



DGCL
A
(V.4)

C.B. 1124496
t. 101254

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 CUARTO

VALLADOLID
TALLERES TIPOGRÁFICOS «CUESTA» MACÍAS PICAVEA, 38 Y 40
1954



R. 78770

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 LATINAS

VOLUMEN CUARTO

VALLADOLID
TALLERES TIPOGRÁFICOS «CUESTA», MORAS 34 Y 36
1931

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 ILLVSTRIVM

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

QUARTA PARS PRINCIPALIS

AD BONAM FIDEM ADSPIRANS

NOTA. Ya en los tomos anteriores para facilitar la lectura de la parte latina, hemos hecho desaparecer la mayor parte de las innumerables abreviaturas de que está plagada la edición veneciana y que constituyen, con la falta de puntuación, una de las mayores dificultades para su traducción. Desde este tomo, teniendo a nuestra disposición la edición de 1668 de Francfort, nos acomodaremos en general a la puntuación de esta última, aun teniendo en lo demás como base la edición de Venecia. (T.).

CAPUT LXX

SUMMAE

1. *Bona fides requiritur ad praescriptionem.*
2. *Bona fides praesumitur.*
3. *Bonus quisque praesumitur.*
4. *Homini naturaliter sunt innata virtutum semina.*
5. *Natura dux optima.*
6. *Principia qualia sunt, talia sunt principiata.*
7. *Generatum simile generanti.*
8. *Titulus putativus sufficit ad praescriptionem.*
9. *Titulus revocabilis sufficit ad praescriptionem.*
10. *Bona fides non est necesse ut probetur.*
11. *Notorium est allegandum.*
12. *Bona fides an sit alleganda.*
13. *Bonam fidem implicite allegari sat est.*
14. *Bonam fidem post causam conclusam allegari sat est.*
15. *Bona fides ut allegetur an requiratur, ardua. q.*

CUARTA PARTE PRINCIPAL

QUE TRATA DE LA BUENA FE

CAPÍTULO LXX

SUMARIO

La buena fe es necesaria para la prescripción. 1.

La buena fe se presume. 2.

Todo hombre se presume bueno. 3.

El hombre lleva ingénitas en su naturaleza las semillas de las virtudes. 4.

La naturaleza es excelente guía. 5.

Cuales son los principios, tal lo que de ellos procede. 6.

Lo engendrado se asemeja a quien lo engendra. 7.

El título putativo es suficiente para la prescripción. 8.

También es suficiente para la prescripción el título revocable. 9.

No es necesario probar la buena fe. 10.

Lo notorio debe alegarse. 11.

¿Es necesario alegar la buena fe? 12.

Es suficiente la implícita alegación de buena fe. 13.

Es suficiente alegar la buena fe, aun después de conclusa la causa. 14.

¿Es preciso alegar la buena fe? Cuestión ardua. 15.

16. *Notorium juris non expedit allegari.*
17. *Rei appellatione omnes suae partes continentur.*
18. *Dominium an praesumatur ex possessione praesenti, ardua. q.*
19. *Dominium incidenter agendo probatur ex possessione.*
20. *Dominium probatur ex possessione contra violentum.*
21. *Dominium probatur ex possessione contra commodatarium & depositarium.*
22. *Domium non praesumitur ex possessione praeterita, fallit in. iii. casibus.*

1. BONAM † fidem in praescriptionibus & usucapionibus desiderari, plus quam manifestum est, ut in l. Celsus. ff. de usucap. l. 2. §. si a pupillo. ff.de usucapi. pro emptore, l. cum haeres. ff. de diveis. & temp. praescrip. l. unica. C. de usucap. transfor. auth. malae fidei. C. de temp. longi praescrip. l. 1. C. de bonis mater. in prin. inst. de usucap. tex. in c. vigilanti, & in ult. de praescrip. tex. in c. possessor malae fidei. de reg. jur. lib. 6. & multa hanc ad rem spectantia tradunt Doct. in dd. locis praesertim novissimi in d. c. possessor, & in auth. nisi tricennale, & in l. 1. C. de bonis mater. cum simil.

2. Bona † autem fides in dubio praesumitur, ex communi nostrorum opinione. Ita enim voluit Gloss. in l. super. in verbo, probetur, C. de praescription. longi tempor. & in l. i. C. de evictio. & in l. si quis emptionis titulo, in verbo, tenuerunt, C. de praescription. triginta annorum, §. primo, in versicu. qui bona institu. de usucapi. & in capitu. sanctorum, in verbo, sacrae. & ibi etiam Panormitan. de praescriptio.

Un derecho notorio no es necesario alegarlo. 16.
En la simple denominación de una cosa se incluyen todas sus partes. 17.
¿Debe presumirse la propiedad de una cosa en virtud de la posesión actual? 18.
En una causa en que incidentalmente se trate del dominio, éste se prueba por la posesión. 19.
La propiedad de una cosa se prueba por la posesión, contra quien por violencia nos despojó de ella. 20.
La posesión actual prueba la propiedad contra el comodatario o depositario de una cosa nuestra. 21.
La posesión anterior no hace que se presuma la propiedad. Exceptúanse tres casos. 22.

Es doctrina más que manifiesta, que en las prescripciones y usucapiones es necesaria la buena fe, como lo declaran numerosas leyes (1), y según la detenida exposición que, referente a esta materia, hacen los doctores (2), principalmente los más modernos (3). Por otra parte, y conforme a la común opinión de nuestros autores, la buena fe se presume siempre en caso dudoso. Así expresamente lo defiende la glosa en varias leyes (4), como también numerosos autores, 1. 2.

(1) La ley *Celsus* del Digesto, tít. *de usucapione;* la ley 2.ª, §. *si a pupillo* del Digesto, tít. *de usuc. pro emptore;* la ley *cum haeredes*, Digesto, tít. *de divers. et tempor. praescrit;* la ley única del tít. *de usucap. transform.* del Código, la auten. *malae fidei* inserta en el Código, tít. *de temporis longi praescriptione;* la ley 1.ª del Código, tít. *de bonis maternis;* la introducción de la Instituta *de usucapione;* el texto del cap. *vigilanti*, del cap. último *de praescript.* y del cap. *possessor malae fidei, de regulis juris*, lib. 6.º

(2) Al comentar las anteriores leyes.

(3) Al exponer el citado cap. *possessor*, la auten. *nisi tricennale* y la ley 1.ª del Código, tít. *de bonis maternis* y otras semejantes.

(4) En la ley *super*, en la palabra *probetur* del Código, tít. *de longi temp. praescriptione;* en la ley 1.ª del Código, tít. *de evictione;* en la ley *si quis empt. titulo* en la palabra *tenuerunt*, Código, tít. *de praescr. trig. annorum;* en el §, 1.º en la palabra *qui bona* de la Instituta *de usucapione;* en el cap. *sanctorum* en la palabra *sacrae*, comentada en igual sentido por el Panormitano *de praescriptione;* igualmente la glosa en el cap. *si diligenti* en la palabra *bona fides*, comentada también por Inocencio, Pedro Ubaldo *in repetition.* del Panormitano y Felino en el mismo título; también la glosa en el cap. último *in glos.* 1.ª acerca de la cual trata también el Panormitano; la glosa en el cap. *cum ecclesia, de causa posses. et propietatis*, en el cap. *abbate* en la introducción en la palabra

& in capit. si diligenti, in verbo, bona fides, & ibi Innocen. & Petr. Ubaldus in repetitio. Panormita. & Felin. eodem titu. & Gloss. in capitu. ulti. in Glos. 1. & ibi etiam Panormitan. eodem tit. & Glos. in cap. cum ecclesia de causa posses. & proprietatis. & Gloss. in cap. abbate, in princip. in verbo, domini, versicul. ad hoc autem. de senten. & re judica. lib. 6. & in capitu. licet 16. quaes. 3. Innocent. in capitu. Michael. de electio. & in capitu. 2. de in integrum restitution. & in c. vigilanti. de praescription. Dynus in l. 1. ff. de itinere actuque priva. Cyn. in l. 1. in 4. quaestione, de servit. colum. 3. Archidiaco. in c. 1. in ver. bona fides, de praescriptio. lib. 6. Barto. in l. Celsus, colum. 5. ff. de usucapionib. ubi de ea re elegantissime disputat, & in l. communia, §. inter praedones, C. communi dividund. & in l. quemadmodum, C. de agricol. & censit. libro 11. Baldus in repetitio. l. 1. colum. 4. C. unde vi & in sua disputatione incipien. accusatus de vi turbativa, colum. penultim. & consi. 257. Titius emi. libro. 1. & consil. 288. dicta mulier, post medium. libr. 4. Angelus. in l. 1. C. quib. non obstat longi temporis praescrip. & in l. super longi. C. de praescrip. longi tempor. Anton. in capitu. pervenit. de censibus. Cumanus consil. 109. domina Joanna, ante finem. Panormit. consil. 18. in causa & quaestione, colum. 1. libro 2. & consil. 54. in quaestione, quae ad praesens vertitur, colum. 5. versicu. nec obstat, si dicatur statutum, Alexand. plene consil. 201. viso & discusso, colum. 2. libr. 2. & consil. 91. in causa & lite vertente, colum. 2. libr. 5. Petrus Ferrar. tit. forma responsionis rei conventi, in verbo, praescriptionis, col. 7. Idem Barbat. consil. 51. colum. 3. libro. 4. Francisc. Curt. jun. consilio. 72. princeps defunctus, colum. 3. in fin. & consilio, 83.

cuales son Inocencio (1), Dino (2), Cino (3), el Archidiácono (4), Bartolo, quien trata admirablemente este punto (5); Baldo (6), Angel (7), Antonino (8), Cumano (9), el Panormitano (10), Alejandro (11), Pedro Ferrariense (12), Francisco Curcio el Joven (13); Socino, que trata este punto con toda extensión (14); Felipe Decio (15), Ancarano (16), Juan Andrés (17), Felipe Corneo (18), el portugués Aries Pinello (19),

---

domini, versic. *adhuc autem, de sen. et re judicata*, lib. 6.° y en el cap. 16 *licet*, cuest. 3.ª

(1) Comentando el cap. *Michael, de electione;* el cap. 2.° *de in integrum restitutione* y el cap. *vigilanti de praescript.*

(2) Al comentar la ley 1.ª, Digesto *de itinere actuque priva.*

(3) En la ley 1.ª, cuest. 4.ª *de servitut.*, colum. 3.ª

(4) En el cap. 1.° en la palabra *bona fides, de praescrip.*, lib. 6.°

(5) Comentando la ley *Celsus*, colum. 5.ª, Digesto, tít. *de usucapione;* la ley *communia*, §. *inter praedones* del Código, tít. *communi dividundo;* la ley *quemadmodum*, Código, tít. *de agric. et censitis*, lib. 9.°

(6) Acerca de la ley 1.ª, colum. 4.ª, Código, tít. *unde vi* y en la disputa que empieza *accusatus de vi turbativa*, colum. penúltima; también en el dictamen 257 que empieza *Titius emit*, lib. 1.° y en el dictamen 288 *dicta mulier*, hacia la mitad, lib. 4.°

(7) Al comentar la ley 1.ª del Código en el tít. *quibus non obstat longi tempor. praescriptio* y la ley *super longi* del Código *de praescript. longi temporis.*

(8) En el cap. *pervenit, de censibus.*

(9) En el dictamen 109 que empieza *domina Joanna*, hacia el final.

(10) En el dictamen 18 que empieza *in causa et quaestione*, colum. 1.ª, lib. 2.° y en el dictamen 54 *in quaest. quae ad praesens vertitur*, colum. 5.ª, vers. *nec obstat si dicatur statutum.*

(11) Extensamente trata de ésto en el dictamen 201 *viso et discusso*, colum. 2.ª, lib. 2.° y en el dictamen 91 *in causa et lite vertente*, colum. 2.ª, lib. 5.°

(12) En el tít. *forma responsio. rei conventi* en la palabra *praescriptionis*, colum. 7.ª. Lo mismo afirma el de Barbatia, dictamen 51, colum. 3.ª, lib. 4.°

(13) Dictamen 72 que empieza *princeps defunctus*, colum. 3.ª al final y dictamen 83 *Deus pius*, colum. 2.ª

(14) Dictamen 38 *in causa dominorum*, colum. 2.ª, lib. 3.°

(15) Dictamen 375 que empieza *juridicam esse arbitror*, colum. 2.ª y dictamen 309 *in causa mota Mediolani.*

(16) Dictamen 142 que empieza *clarior*, colum. penúlt.

(17) *Ad Speculatorem* en el tít. *de testibus*, §. *nunc videndum, additio magna*, colum. 3.ª

(18) Dictamen 130 *viso libello*, colum. 11, lib. 1.°; dictamen 239 que empieza *ostenso mihi*, colum. 4.ª del mismo lib. 1.°; dictamen 117 *primo aspectu*, colum. 9.ª, lib. 2.° y en el texto sobre el cap. *auditis* y sobre el cap. *cum olim, de praescript.*

(19) *De bonis maternis*, en la autent. *nisi tricennali*, núm. 12.

Deus pius, colum. 2. & copiosissime Socinus cons. 38. in causa dominorum, colum. 2. libr. 3. Philippus Decius consil. 375. iuridicam esse arbitror, colum. 2. & consil. 309. in causa mota Mediolani, Ancharanus consil. 142. clarior col. pen. Joannes Andreae ad Speculatorem tit. de test. §. nunc videndum. add. magna colum. 3. Petr. Philippus Corneus consil. 130. viso libello, colum. 11. lib. 1. Idem Corn. consil. 329. ostenso mihi, col. 4. eo. lib. 1. Aries Pinellus Lusitanus de bonis maternis in authen. nisi tricennale, numer. 12. Didacus Covarru. in capitu. possessor. de regul. jur. libr. 6. part. 2. §. 7. Andr. Tiraquel. de praescrip. in Gloss. 2. in verbo bona fides. §. 1. Pet. Philip. Corneus consi. 117. primo aspectu, colum. 9. lib. 2. & consil. 239. in hac consultatione & consil. 206. col. 11. eod. libr. 2. per tex. in capit. auditis, & c. cum olim, de praescription. Jas. in §. sed istae quidem, nu. 100. Insti. de actionib. Gabriel strenuus Theologus in iiii. senten. dist. 15. q. 14. arti. 1.

3. Ratio hujus tam receptissimae sententiae est, quia homo praesumitur bonus, l. merito, ff. pro socio, l. quoties. §. qui dolo, ff. de probatio. l. cum pater, §. te igitur ff. de leg. 2. cap. 1. de scrutin. & tradunt Doctores in dd. locis, & in regula, semel malus, de regul. jur. lib. 6. Gloss. in c. si forte, in verb. scientiae, de electio. lib. 6. Lucas de Penna in l. quemadmodum, colum. penulti. de agricol. & censit. lib. 11. Panormit. & Felin. in cap. cum in jure, de offic. delega. Bal. in cap. fi. col. penul. de praescrip. Idem Bal. in l. 1. ad finem C. si quis omi. causa testamen. cujus rei ratio egregia redditur per Ciceronem. 3. lib. Tuscula.

4. † sunt enim (inquit) in nobis semina innata virtutum, quae

Diego Covarrubias (1), Andrés Tiraqueau (2), Jasón (3) y el notable teólogo Gabriel (4).

3. El fundamento de esta opinión tan generalmente admitida es, que el hombre se presume ser bueno, conforme lo manifiestan numerosas leyes (5), y lo enseñan los doctores (6), la glosa (7) y en especial Lucas de Penna (8), el Panormitano y Felino (9), como también Baldo (10). De lo

4. cual nos da Cicerón una excelente razón en su libro III de las Cuestiones Tusculanas: «Existen, dice, ingénitas en nuestra naturaleza, ciertas semillas de virtudes, que si nosotros dejáramos germinar nos llevarían naturalmente, a una vida dichosa; pero ahora no bien salimos a la luz y recibimos el ser, al punto nos vemos envueltos en toda depravación, como si juntamente con la leche de nuestra nodriza hubiéramos mamado el error y cuando después pasamos a manos de nuestros padres y luego a las de los maestros, son tan varios los errores que se nos inculcan, que la verdad tiene que ceder a la mentira y la misma naturaleza a los prejuicios

5. que ellos alimentan». Y de nuevo dice en el mismo lugar: «...nos apartamos enteramente de la naturaleza; porque nos parece que privan a la naturaleza de lo que tiene de más excelente, quienes etc.». También en el libro I, *de legibus* dice: «no es posible el errar si seguimos a la naturaleza como guía». Y en el libro I Offic. afirma de nuevo: «Si tomamos por guía a la naturaleza, nunca caeremos en error». Y éste es aquel derecho natural que a todos los animales enseñó la naturaleza (11), y que, según el testimonio

(1) En el cap. *possessor, de regulis juris*, lib. 6.°, part. 2.ª, §. 7.

(2) *De praescrip.*, en la glos. 2.ª en la palabra *bona fides*, §. 1.°

(3) En el §. *sed istae quidem*, núm. 100; Instituta *de actionibus*.

(4) *In* 4.° *sententia*. dictamen 15, cuest. 14 ª. art. 1.°

(5) Tales son: la ley *merito* del Digesto, tít *pro socio;* la ley *quoties*, §. *qui dolo* del Digesto, tít. *de probatione;* la ley *cum pater*, §. *te igitur* del Digesto *de legatis*, lib. 2.° y el cap 1.° *de scrutin.*

(6) Al comentar las leyes anteriores y al tratar de la regla *semel malus, de regulis juris*, lib. 6 °

(7) En el cap. *si forte*, en la palabra *scientiae, de electione*.

(8) Al comentar la ley *quemadmodum*, colum. penúlt. *de agricolis et censitis* del Código, lib. 11.

(9) En el cap. *cum in jure, de offic. delega*.

(10) En el cap. final, colum. penúltima *de praescriptione* y en la ley 1.ª al final, Código, tít. *si quis omis. causa testam.*

(11) Conforme consta por la ley 1.ª del Digesto, tít. *de justitia et jure* y en la introducción de la Instituta *de jure naturali.*

si adolescere liceret, ipsa nos natura ad beatam vitam perduceret, nunc autem simul ac editi in lucem, & suscepti sumus continuo in omni pravitate versamur, ut pene cum lacte nutricis errorem suxisse videamur: cum vero parentibus redditi, deinde magistris traditi sumus, tum ita variis imbuimur erroribus, ut vanitati veritas, & opinioni confirmatae
5. natura ipsa cedat. † & rursus ibidem ait: a natura ipsa desciscimus ut optimam naturam nobis invidisse videamur: & rursus libr. 1. de legib. ait: natura duce errari nullo modo potest. & officiorum libr. 1. ait: Naturam ducem si sequamur nunquam aberrabimus. & hoc est illud jus naturale, quod natura omnia animalia docuit, ut in l. 1. ff. de justit. & ju. & in pr. inst. de jure naturali quodque simul cum ipso humano genere praeditum fuisse, testatur Justinianus, in §. singulo-
6. rum, inst. de rer. divi. Nec dubium est, † quin qualia sunt principia talia sint principiata, sicque qualis est natura, talis est hominum quisque, cum principiatus, creatus, & natus est, ita eleganter Bal. in l. 1. ad fi. C. si quis omis. cau. test. & And. Tira. de praesc. §. 1. Glo. 2. ver. sed quod in dubio facit, l. quisquis, in prin. & §. 1. cum ibi no. C. de ad leg. Jul. majest. ubi Gl. ait, saepe solet filius similis esse patri. Unde sic cecinebat Hora. oda. 4. lib. iiii.

7. *Fortes creantur fortibus, & bonis*
Est in juvencis est in equis patrum
Virtus, nec imbellem feroces
Progenerant aquilae columbam.

Cum ergo homo simul ac nascitur ac generatur, habeat semina innata virtutum, quinimo non solum homo, sed etiam ea omnia quae a natura creata sunt, optima sint, par est ut

de Justiniano, fué creado con el mismo género humano (1). Ni cabe la menor duda de que, cuales son los principios, tal 6.
es lo que de ellos procede, y por consiguiente que cual es la naturaleza humana, tal es cada hombre que de ella participa, no bien recibió el ser y salió a la vida, según elegantemente lo expresan Baldo (2) y Andrés Tiraqueau (3). Por lo que Horacio cantaba así (4):

«Los fuertes y animosos engendran fuertes; brilla en los 7.
novillos y en los briosos caballos el vigor paterno, y las altaneras águilas jamás dan el ser a tímidas palomas».

Como, pues, el hombre no bien es engendrado y nace, lleve innatas en sí las semillas de las virtudes, más aún, como no sólo el hombre, sino también todas las cosas que la naturaleza ha creado, sean excelentes, es justo que admitamos en el hombre la presunción de buena fe y honradez mientras no se pruebe lo contrario, principalmente ya que, según hemos antes afirmado, la naturaleza de los principios aparece en lo que de ellos procede.

La anterior común conclusión se ha de entender de varias maneras. Primeramente en el caso de existir legítimo y verdadero título, como sucede cuando compré una cosa con las formalidades legales y rectamente, o la recibí a título de dote, o de donación, o de legado, o de otro cualquier modo semejante; sentido que admiten varios títulos del Digesto y Código (5), y todos los autores arriba citados.

En segundo lugar, admitimos la misma conclusión aun 8.
cuando no se tratara de un título verdadero, sino sólamente putativo, siempre que el error fuera justificado o tolerable (6), como sucedería si la persona a quien diera mandato para que me comprase una cosa, me la entregara, afirmándome con mentira que la había comprado. Así lo defienden todos

(1) Según consta en el §. *singulorum* de la Instituta *de rerum divis.*

(2) Al final de la ley 1.ª del Digesto, tít. *si quis omissa caus. test.*

(3) *De praescript.*, §. 1.º, versic. *sed et in dubio facit.* y al comentar la ley *quisquis* en la introducción, §. 1.º, Código, tít *ad legem Jul. majestatis* donde la glosa dice: es frecuente que el hijo se asemeje al padre.

(4) En la oda 4.ª del lib. 4.º

(5) Los títulos siguientes: *pro emptore, pro donato, pro dote, pro haerede, pro legato,* y *pro suo* todos del Código y Digesto.

(6) Conforme a la ley *quod vulgo,* Digesto, tít. *pro emptore;* a la ley *non solum,* §. *quod vulgo,* Digesto *de usucapione* y a la ley final del Digesto en el tít. *pro suo.*

bona fides & bonitas in homine praesumatur, quandiu contrarium non probatur praesertim, cum qualia sunt principia talia (ut diximus) esse intelligantur principiata.

Haec communis conclusio varie intelligitur. Primum quando adest titulus legitimus & verus, quale est cum emi rite & recte, vel dotis, aut donationis, vel legati, aut alio quovis simili titulo rem accepi, & ita procedunt. ff. & C. pro emptore, & ff. & C. pro donato & ff. & C. pro dote & ff. & C. pro haerede. & ff. & C. pro legato & ff. & C. pro suo. ita volunt omnes supra relati.

8. Secundo † intelligitur, etiamsi putativus tantum non etiam verus esset ille titulus, siquidem error justus fuit aut tolerabilis. l. quod vulgo. ff. pro emp. l. non solum. §. quod vulgo. ff. de usucap. l. fi. ff. pro suo, quale est, cum is cui mandavi, rem ut mihi emeret, eam mihi tradidit, se emisse mentitus, ita tenent omnes quos supra retulimus, istaque & superior sunt communes opiniones.

9. Tertio intellige † etiamsi titulus esset revocabilis. l. 2. §. si sub conditione. ff. pro emptore. l. si id quod. ff. pro derelicto. l. si vir. ff. pro donato, unde si uxor a viro, quem dominum esse credebat, rem donatam accepit, eam contra verum dominum potest praescribere, licet vir eam donationem eamque rem posset revocare. d. l. si vir d. l. si id quod, & licet rem sub hac conditione, nisi melior conditio allata fuerit abs te, quem dominum esse credebam, emerim, tamen eam contra verum dominum possum praescribere, quamvis is titulus meliore conditione allata revocabilis sit, l. 2. & l. 4. ff. de in diem addi. nisi si dominus verus agere impeditus esset, tunc enim contra eum non curreret

los autores arriba citados, siendo común opinión tanto esta última como la precedente.

Entiéndese también en tercer lugar aun cuando el título fuera revocable (1); por consiguiente, si la esposa recibió de su marido en donación una cosa que creía ser propiedad de éste, puede conseguir la prescripción en contra del legítimo dueño, aun cuando el marido podría revocar tal donación y reclamar tal objeto (2). Del mismo modo, aun cuando yo te hubiera comprado una cosa, teniéndote por dueño de ella, con esta condición «a no ser que se te ofreciera mayor precio», sin embargo podría gozar de la prescripción contra el verdadero dueño; aun cuando tal título era revocable, una vez ofrecido mayor precio (3); exceptúase el caso en que el dueño verdadero se hallara impedido para entablar acción, porque entonces no correría contra él la prescripción (4). Una segunda excepción existiría en el caso en que la condición fuera suspensiva (5). 9.

Lo mismo se ha de entender, en cuarto lugar, aun cuando el título en el cual se funda la posesión fuera ilegítimo, pero ésto sólo tendría lugar tratándose de una prescripción de larguísimo tiempo [usuc. extraordinaria], ya que si ésta fuera sólo de largo tiempo [usuc. ordinaria] no sería suficiente tal título, conforme lo exponemos más adelante (6).

Lo mismo se entiende, en quinto lugar, aun cuando en absoluto no existiera título alguno, lo que parece ser opinión común por la relación de autores que hace Andrés Tiraqueau (7) y por lo que nosotros trataremos más adelante (8), junto con lo ya dicho arriba al exponer la materia sobre el título.

---

(1) Conforme a la ley 2.ª, §. *si sub conditione*, Digesto *pro emptore;* a la ley *si id quod*, Digesto *pro derelicto* y a la ley *si vir*, Digesto *pro donato*.

(2) Según la ley *si vir* y la ley *si id quod*.

(3) Conforme a la ley 1.ª y 4.ª del Digesto, tít. *de in diem addictione*.

(4) Según la ley final, §. *sin autem sub conditione* del Código, *communia de legatis;* la ley *qui haeredi*, §. *si pars* con su glosa, Digesto, tít. *de condition. et demonstrat.;* la ley 1.ª, § final del Código, tít. *de annali exceptione*, y otro texto y ejemplo existe también en la ley *in bello*, §. *si quis servum*, Digesto, tít. *de captivis*.

(5) Conforme al citado §. *si sub conditione*.

(6) En el cap. 81, núm. 7 y 8 y en el cap. 77 núm. 15.

(7) *De praescriptione*, §. 1.º, glos. 2.ª, versic. *bona autem fides*.

(8) En el cap. 79, núm. 15 y en el cap. 81, núm. 8 y anteriores.

praescriptio. l. fi. §. sin autem sub conditione, C. com. de lega. l. qui haeredi. §. si pars, cum Glo. ff. de condit. & dem. l. 1. §. fi. C. de annali excep. alium tex. & exemplum habemus in l. in bello. §. si quis servum. ff. de capti. Item fallit secundo, quando conditio esset suspensiva ut d. § si sub conditione.

Quarto intellige, etiamsi titulus in quo nititur possessio sit illegitimus, quod obtinet quoad praescriptionem longissimi temporis, nam quoad longi temporis praescriptionem non sufficeret, ut diximus infra c. 81. nu. 7. & 8. & c. 77. num. 9.

Quinto intellige, etiamsi titulus omnino deficiat, ut videtur esse communis opinio ex relatione Andreae Tiraquell. de praescri. §. 1. Glo. 2. versic. bona autem fides, dicam infra c. 79. num. 15. & c. 81. num. 8. cum praeced. diximus fuse supra dum de titulo disserebamus.

Sexto intellige, si adsit titulus etiamsi eum me habere ignorem. l. 2. §. si sub conditione ad finem. ff. pro emp. dixi infra c. 79. num. 15. & in c. incip. traditio.

Septimo intellige, si ea bona fides indiciis probetur. l. pe. C. de evictio.

10. Octavo † intellige, etiamsi ea bona fides non probetur, sufficit enim allegari, ita tenent Glo. in clem. appellanti de appell. Andraeas Tiraq. de praescrip. §. 1. Glo. 2. versic. sed quaestionis est, & ait se dixisse in d. clem. & hanc allegationem posse fieri etiam post conclusionem in causa, firmat ipsemet Andraeas Tiraquell. ibi, Antonius in c. pervenit, de empt. & vendi. & ibi Joannes de Imola & Alex. in l. unica. C. ut quae desunt advoca. judex suppleat. col. 2. Matthaeus Affli. in consti. Siciliae, const. incip. justitiariis,

En sexto lugar, cuando existe realmente título, pero desconociendo yo que me hallo en posesión de él (1). Sobre lo que tratamos también más adelante en el capítulo 79, número 15.

Lo mismo entendemos, en séptimo lugar, cuando dicha buena fe se prueba por medio de indicios (2).

Octavo, admitimos la misma conclusión, aun cuando dicha 10.
buena fe no se pruebe, ya que es suficiente alegarla, según lo defienden la glosa (3), Andrés Tiraqueau (4), quien dice haber tratado de ésto al comentar la Clementina abajo citada, donde afirma que tal alegación puede hacerse aun después de la conclusión de la causa; defienden lo mismo Antonio (5), Alejandro (6) y Mateo de Afflictis (7). Corrobora lo anterior 11.
el que si bien la presunción de buena fe, por ser conforme a derecho, se considera como un derecho y por consiguiente no es necesaria la prueba, sino sólamente la alegación como de cosa notoria, sin embargo tal alegación es necesaria aun cuando se trate de lo que es notorio; así consta por la ley *si adulterium cum incestu* (8), y por el testimonio de Antonio Butrio (9), Juan de Imola (10) y Marcos de Mantua (11). Y en 12.
concreto, que sea necesario alegar la buena fe, lo defienden el mismo Marcos de Mantua (12) y Baldo (13); y que quien tiene la presunción de derecho deba alegarla en su favor, lo enseñan generalmente Seysel (14) y Marcos de Mantua (15),

---

(1) Así se desprende de la ley 2.ª, §. *si sub conditione* al final, Digesto *pro emptore* y en el cap. que empieza *traditio.*

(2) Según consta por la ley penúlt. del Código *de evictionibus.*

(3) En la Clementina, *appellanti, de appellatione.*

(4) *De praescript.*, § 1.°, glos. 2.ª, versic. *sed quaestionis est.*

(5) En el cap. *pervenit, de empt. et vendition.*, que comenta en igual sentido Juan de Imola.

(6) Comentando la única ley del Código en el tít. *ut quae desunt advoc. judex suppleat.*, colum. 2.ª

(7) En sus Constituciones de Sicilia, en la que empieza *justitiariis*, colum. 4.ª

(8) En el §. *idem Pollioni* del Digesto, tít. *de adulteriis.*

(9) En el cap. *exceptionem, de exceptione* y en el cap. *bonae, de postul. praelatorum.*

(10) Al comentar la ley 4.ª, §. *hoc autem* del Digesto, tít. *de damno infecto.*

(11) En sus lugares comunes, cap. 57.

(12) *Ubi supra.*

(13) Al comentar la ley *super longi*, Código, tít. *de longi temp. praescript.*, colum. 5.ª y la ley *quicumque* en la introducción, Código *de servis fugitivis.*

(14) En la citada ley *Celsus*, colum 9.ª, Digesto *de usucapione.*

(15) En el lugar citado.

11. col. 4. Facit † quia etsi ea praesumptio bonae fidei, eo quod est juris, reputetur esse quid juris, & consequenter non requiratur probatio sit, sed tantum allegatio, tanquam res notoria, tamen & ipsum notorium allegandum est. l. si adulterium cum incestu. §. Idem Pollioni, ff. de adulteriis, secundum Antonium Butrium in c. bonae, de postul. praelatorum. Idem Antonius in c. exceptionem, de excep. Joannes Imolensis in l. 4. §. hoc autem. ff. de damno infecto, Marcus
12. Mantua locorum communium. c. 57. Et in specie † quod bona fides sit alleganda tenent Marcus Mantua, ubi supra, & Bal. in l. super longi. C. de longi temp. praescrip. col. 3. Idem Bal. in l. quicumque, in prin. C. de servis fugit. & quod habens juris praesumptionem pro se eam debeat allegare tradunt generaliter Seysellus in rep. l. Celsus, col. 9. ff. de usucap. & Marcus Mantua, ubi supra, quam tamen post conclusionem etiam causae allegari posse, uterque tam Mantua quam Seysellus affirmat.

13. Nono † intellige, sufficere ut tacite allegetur, puta dico me fundum ut meum possedisse. Ita Alex. consi. 201. col. 1. lib. 2. Decius consi. 267. Romanus consi. 77. pater reverende. Andraeas Tiraquell. ubi supra versic. caeterum. per l. antiquos, verb. domini cogitatione. C. de fur. Boërius decisi. 42. alia insuper. num. 1.

14. Decimo intellige sufficere † quod ea allegatio bonae fidei fiat etiam post conclusum in causa secundum Antonium, Imolam, Afflictum, Tiraquell, & Alex. in locis relatis supra versi. 8. quibus adde idem tenere Decium consi. 267. Panor. in c. dudum. 1. col 2. de electio. & iterum Andraeam Tiraquell. ubi supra versi. intellige & Marcum Mantuam, ubi supra.

pudiendo, sin embargo, alegarse aun después de la conclusión de la causa, según expresamente lo afirman ambos autores Seysel y el de Mantua.

Noveno, consideramos ser suficiente el que se alegue tácitamente, como por ejemplo si dijere, que he poseído una finca como propia; de este parecer son Alejandro (1), Decio (2), Romano (3), Andrés Tiraqueau (4) y Boërio (5). 13.

Entendemos en décimo lugar ser suficiente el que se alegue la buena fe aun después de la conclusión de la causa, conforme opinan en los lugares arriba citados Antonio [Butrio], Imola, de Afflictis, Tiraqueau y Alejandro (6), a los que has de añadir a Decio (7), al Panormitano (8), Andrés Tiraqueau (9) y Marcos de Mantua (10) que defienden lo mismo. 14.

Undécimo, entendemos tener también lugar, aun cuando dicha buena fe, ni se pruebe ni aun se alegue; porque aun cuando las restantes presunciones de derecho sea necesario alegarlas, con todo, ésta referente a la buena fe, de tal modo se presume en derecho, y es una presunción tan justa, natural y evidente que ni el alegarla es preciso; así lo defienden Antonio Butrio y Juan de Imola (11), como también el Panormitano (12) y Andrés de Barbatia (13) en varios lugares y en especial en el capítulo *auditis*, y *cum olim* (14), en los que aparece que no habiéndose hecho mención alguna de la buena fe, se alegó la prescripción y fué suficiente. 15.

Porque, dice el de Barbatia, lo que es notorio en derecho, 16.

(1) Dictamen 201, colum. 1.ª, lib. 2.º

(2) Dictamen 267.

(3) Dictamen 77 que empieza *pater reverende.*

(4) *Ubi supra,* versic. *caeterum* y comentando la ley *antiquos* en la palabra *domini cogitatione* del Código, *de furtis.*

(5) Decisión 42 *alia insuper,* núm. 1.º

(6) En los lugares citados, versic. 8.º

(7) Dictamen 267.

(8) En el cap. *dudum* 1.º, colum. 2.ª *de electione.*

(9) *Ubi supra,* versic. *intellige.*

(10) En el lugar arriba dicho.

(11) En el cap. *praeterea,* 2.º, *de transactione.*

(12) En el cap. final, colum. 8.ª *de praescriptione.*

(13) Dictamen 41 que empieza *illud ad feram,* colum. 10, lib. 1.º; dictamen 50, colum. 9 del mismo libro; dictamen 18, colum. penúlt., lib. 2.º y dictamen 70 del mismo libro.

(14) *De praescriptione.*

15. Undecimo † intellige ut procedat, etiamsi ea bona fides nec probetur neque etiam allegetur, etenim licet reliquae juris praesumptiones sint allegandae, isthaec tamen bona fides adeo a jure praesumitur, tamque aequa, naturalis & indubitata praesumptio est, ut nec eam allegare necesse sit, ita tenent Antonius Butrius & Joan. Imolensis in c. praeterea. 2. de transa. Panorm. in c. fi. col. 8. de praescrip. Barb. consi. 41. illud ad feram col. 10. lib. 1. Idem Andraeas Barb. consil. 50. col. 9. eod. lib. & consil. 18. col. penul. lib. 2. & consi. 70. eod. lib. per c. auditis, & c. cum olim de praescript. ubi nulla bonae fidei mentione facta, praescriptio allegata fuit & satis fuit.

16. † Cum enim (inquit) Barba. notorium est ex jure non expedit allegari, quinimo judex illud ex officio supplere vel attendere debet per ca. Raynutius, de testam. ubi judex judicavit super notorium minime allegatum, ut ibi notant Jo. Imolensis & Panor. Idem Panorm. in cap. afferte, de praesumptionibus Bald. in l. 1. C. ut quae desunt advo. Felin. in cap. ad haec, col. 11. de appel. Nec dubium est (inquit) Andr. Tiraq. ubi supra. quin bona fides oriatur ex juris notorietate ut fusius supra. disseruimus, ergo eam allegari non expedit, juris enim praesumptio liquida probatio est. Gloss. in l. tutor qui repertorium C. de peti. tutorum l. licet Imperator, & ibi plene Alex. & Jas. ff. de legat, 1. per Andraeam Barba. consi. 74. scripsisset psalmista lib. 4. rursusque consi. omium novissimo.

Contrariam tamen partem ut haec bonae fidei praesumptio necessario sit alleganda, tenent Bald. in d. l. super C. de longi temp. praes. Idem Bal. in d. l. quicunque C. de servis fugit. Andr. Tiraq. ubi supra, Marcus Mantua.

no es preciso alegarlo, más aún, el juez en razón de su cargo debe suplirlo y tenerlo presente, conforme aparece por el cap. *Raynutius, de testamento*, en donde vemos que el juez resolvió acerca de lo notorio, aunque no se había alegado en absoluto, conforme lo hacen notar al comentar tal capítulo Juan de Imola y el Panormitano (1), como también Baldo (2) y Felino (3). Ni cabe duda, dice Andrés Tiraqueau, en el lugar citado, que la notoriedad de derecho dé origen a la buena fe, según lo hemos expuesto antes con mayor extensión, luego no es preciso alegarla, porque la presunción de derecho es ya una prueba manifiesta, conforme consta por varias disposiciones legales (4) y comentaristas (5).

Sin embargo, no pocos autores defienden la contraria opinión, a saber, que es necesario alegar dicha presunción de buena fe; tales son Baldo (6), Andrés Tiraqueau (7) y Marcos de Mantua (8), quienes citan además a otros autores, que siguen esta misma opinión, como de paso lo hemos ya tocado arriba en la línea 8.ª. Pero la opinión primera así como es mucho más seguida, así también nos parece más conforme a verdad. Con todo, juzgamos que nuestros autores han dejado esta materia envuelta en oscuridades y tinieblas y para tratarla con claridad, has de tener presentes varios casos. Primero, cuando se hace explícita mención de la buena fe; segundo, cuando sólo implícitamente, y en último lugar cuando no se hace mención ni explícita ni implícita.

En cuanto al primer caso, todos los autores están acordes en que es suficiente; como por ejemplo si al intentar una persona cierta reivindicación, alegara yo que había poseído aquella cosa con título y buena fe durante el tiempo señalado por la ley y por consiguiente que ya había prescrito. En

(1) Este último autor también en el cap. *afferte, de praesumptionibus*.

(2) Comentando la ley 1.ª del Código, tít. *ut quae desunt advocatis*.

(3) En el cap. *ad haec*, colum. 11 *de appellatione*.

(4) Por la glosa de la ley *tutor qui repertorium* del Código, tít. *de periculo tutorum* y por la ley *licet Imperator* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1 °

(5) Tales son: Alejandro y Jasón comentando la ley *licet Imperator*, y Andrés Tiraqueau en el dictamen 74 *scripsisset Psalmita*, lib. 4.° y de nuevo en el dictamen último.

(6) En la citada ley *super*, Código, *de longi tem. praescript.* y en la ley *quicumque*, Código, *de serv. fug.*

(7) *Ubi supra*.

(8) En sus lugares comunes, cap. 57, lib. 3.°

cap. 57. d. lib. 3. locorum communium, qui alios allegant hujus sententiae auxiliares, ut attigimus supra versiculo. 8. sed superior pars ut receptior ita & verior nobis videtur, quae materia a nostris caeca & nebulosa relicta nobis videtur, quae ut liqueat, considera nonnullos casus, primus quando bonae fidei mentio fit explicite, alter quando implicite, ultimus quando nec implicite, nec explicite.

Primo casu omnes conveniunt sufficere, veluti si agenti rei vendicatione allegavi me rem illam titulo & bona fide per tempus legitimum possedisse, sicque praescripsisse. Secundo casu non satis sese explicant, veluti si rei vendicatione agenti objeci praescripsisse me, nulla bonae fidei mentione facta, sed satis est dixisse, praescripsisse me, quia intelligendum est rite & recte, argumento. l. non putavit, in princip. cum ibi nota. ff. de bonorum possessio. contra tab. & illud verbum est intelligendum in pleniore significatu. §. sed quoties, inst. de jure nat. & id perfectum est quod ex omnibus suis partibus constat l. 1. ff. de origine juris, sicque qui dicit se praescripsisse de perfecta (& cum omnibus suis legitimis qualitatibus) praescriptione intelligit, ne aliter inutiliter procesisse videatur, nihil enim & inutile paria sunt
17. §. fi. inst. quib. mod. testam. infir. † & denique appellatione rei simpliciter prolatae, comprehenduntur omnes suae partes sive illae quotitativae sint l. Maevio. in princ. in verbo. totus. ff. de lega. l. 2. conjunctim, in verb. solidam rem, & in verbo. solidam haereditatem, ff. de legat. 3. l. haec scriptura l. si separatim, ff. de cond. & demon. §. si eadem res, inst. de lega. l. si pluribus. ff. de lega. 1. l. si quis cum totum, ff. de excep. rei judic. l. cum quaestio. C. de lega. l. unica. §. ubi autem, cum. §. seq. C. de cad. tollen. sive illae etiam sint partes integrales vel subjectivae, ut in l. qui

cuanto al segundo caso no se explican con bastante claridad; como si a quien entablara dicha reivindicación, yo le opusiera, que ya había prescrito, sin hacer la menor mención de la buena fe. Mas en verdad es suficiente haber dicho que había conseguido la prescripción, porque debe entenderse que la prescripción ha tenido lugar legal y rectamente, conforme consta por la ley *non putavit* (1); además que dicha palabra prescripción hemos de entenderla en su significación más completa (2) y aquello se considera perfecto que consta de todas las partes que le son propias (3). Por consiguiente, quien dice, que ha conseguido ya la prescripción, se refiere a una prescripción perfecta (con todas las cualidades legítimas que le pertenecen), porque de otro modo parecería haber procedido inútilmente, ya que la nada y lo inútil se consideran equivalentes (4). Finalmente, cuando nombramos simplemente una cosa, comprendemos bajo tal nombre todas 17.
las partes de la misma ya se trate de partes *quotitativas* (5) o bien de partes integrales o dependientes del todo (6). Luego, quien afirma que ya ha conseguido la prescripción, se considera comprender en tal afirmación implícitamente todas las partes o cualidades necesarias para la prescripción (tanto la posesión, como el título, como la buena fe). Esto mismo corrobora admirablemente la introducción de la ley *Titius* (7). De donde se colige que el de Barbatia ha aducido con poco acierto dicho texto en sus comentarios al cap. *auditis* y al cap. *cum olim de praescriptione*, puesto que no es verdad

(1) En la introducción de dicha ley, Digesto *de bonorum posses. contra tab.* juntamente con lo allí notado.

(2) Según se colige del §. *sed quoties* de la Instituta *de jure naturali*.

(3) Según la ley 1.ª del Digesto, tít. *de origine juris*

(4) Según consta por el § final de la Instituta *quibus modis testam. infir*.

(5) Según se desprende de la ley *Maevio*, en la introducción en la palabra *totus*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 2.º; de la ley *conjunctim* en la palabra *solidam rem* y *solidam haereditatem*. Digesto *de legatis*, lib. 3.º; de las leyes *haec scriptura* y *si separatim*, Digesto *de legatis*, lib. 1.º; de la ley *si quis cum totum*, Digesto, tít. *de except. rei judic ;* de la ley *cum quaestio*, Código *de legatis* y de la ley única, §. *ubi autem* y siguiente, Código *de caducis tollendis*.

(6) Según aparece por la ley *qui usumfructum* del Digesto *de verbor. obligatione* donde extensamente lo notan Bartolo y Jasón; por la ley *cum quaestio*, por la ley 1.ª, §. *interdum* en la palabra *in solidum* y por la ley *inde Neratius* todas del Digesto *de usufructu accrescendo*.

(7) Del Digesto, tít. *de liberis et posthumis*.

usumfructum, ubi plene notant Bart. & Jas. ff. de verb. oblig. & d. l. cum quaestio. l. 1. §. interdum, in verb. in solidum l. inde Neratius, ff. de usufr. accres. ergo qui se praescripsisse ait omnes partes vel qualitates ad praescriptionem necessarias (sive possessio sit, sive titulus, sive bona fides) comprehendisse implicite videtur: facit egregius text. in l. Titius, in princ. ff. de liber. & posthum. unde apparet a Barbatio parum apte allegatum fuisse textum in d. cap. auditis, & d. cap. cum olim, de praescrip. quandoquidem ibi non est verum, bonam fidem allegatam non fuisse, quinimo eo ipso quod praescriptio allegata fuit, bona quoque fides implicite allegata intelligitur, & sic ita responsuros verisimillimum est, non solum illos qui afirmant bonam fidem allegari non oportere, sed etiam eos qui contendunt allegari oportere, quandoquidem hic implicite allegata videretur.

Ultimo casu quando nec implicite nec etiam explicite allegata fuit, sed duntaxat dictum fuit a reo, se eam rem per tempus ad praescribendum legitimum, legitimaque ex causa possedisse, licet hic nulla mentio fiat de bona fide, adhuc sufficeret, quia ea a jure praesumitur, ut supra latissime ostendimus, id quod in jure notorium est, unde fit ut supervacua ea allegatio videatur, sicque a jure desiderari minime sit verisimile, sed omnino incivile argu. l. haec stipulatio. §. divus. ff. ut lega. nomine cave. l. non cogendum. §. Sabinus. ff. de procura. l. Cornelius l. jam dubitari. ff. de haere. inst. l. verba haec, ff. de cond. inst. & potissimum, quia si verum amamus, usucapiones in sola possessione legitima nituntur, nec bonam fidem desiderant positive, sed tantum malae fidei vitium abesse, nec titulum desiderant, sed tantum justam aut tolerabilem possidendi causam, ut per l. 3. ff. de usucap. fuse ostendimus infra cap. 77. nume.

que en él no se haya alegado la buena fe; antes bien, por el mero hecho de haber alegado la prescripción, se considera ya haber alegado también implícitamente la buena fe, y ésta es la respuesta que con toda probabilidad darían no sólamente aquellos que sostienen no ser preciso el alegar la buena fe, sino también los que defienden ser necesaria su alegación, puesto que en este caso se considera alegada implícitamente.

En cuanto al último caso, cuando ni explícita ni implícitamente se ha alegado la buena fe, sino que el reo sólamente manifestó haber poseído la cosa durante el tiempo señalado por la ley para la prescripción junto con la causa legítima de posesión, aun cuando aquí no se hace mención alguna de la buena fe, todavía sería suficiente, puesto que el derecho la presume, según con toda extensión lo hemos tratado antes y es notorio en derecho. De donde se sigue que tal alegación sería superflua, y por tanto es improbable en absoluto y hasta injusto el que el derecho exija tal alegación (1). Y la razón principal es, porque, si hemos de decir verdad, las usucapiones se basan sólamente en la posesión legítima, ni requieren positivamente la buena fe, sino sólo el que no exista el vicio de la mala fe; como tampoco exigen título alguno, sino sólamente causa justa o tolerable de poseer, conforme extensamente lo demostramos más adelante (2). Por consiguiente, si alguno alegó la posesión, dimanada de causa justa y durante el tiempo fijado por la ley, se considera suficiente su alegación, y nada más se requiere, como en dichos lugares lo hemos demostrado, si bien hacemos constar que esta doctrina no la han tratado nuestros autores con bastante claridad antes de nosotros. Esta doctrina la hemos expuesto ya arriba por toda la extensión de la tercera parte.

Pero volviendo a nuestro asunto de la presunción de la buena fe, habiendo demostrado que la misma naturaleza la presume en el hombre, y que existen ingénitas en la naturaleza de éste las semillas de las virtudes, síguese de ahí por 18.

(1) Pruébanlo la ley *haec stipulatio*, §. *divus*, Digesto, tít *ut lega. nomine cave;* la ley *non cogendum*, §. *Sabinus*, Digesto *de procura.;* la ley *Cornelius*, la ley *jam dubitari*, Digesto, tít. *de haered. institutione* y la ley *verba haec*, Digesto *de cond. instit.*

(2) Comentando la ley 3ª del Digesto del tít. *de usucapione*, en el cap. 77, núm. 10 con otros anteriores y posteriores, y en el cap. 72 y siguientes.

10. cum praeced. & seq. & cap. 72. & cap. 81. Sicque qui legitimi temporis possessionem ex justa causa emanantem allegavit, sufficienter allegasse videtur, nec quidquam ultra desideratur, ut dd. in locis ostendimus, advertentes isthaec a nostris non satis unquam fuisse praevisa. Et diximus supra part. 3. per totam.

18. Redeundo ad nostram bonae fidei praesumptionem, cum ostenderimus, eam praesumi in homine a natura, inque eo naturaliter esse innata virtutum semina, inde pari ratione descendit ut ex possessione praesenti dominium a lege praesumatur, aliter enim cum per l. quaerebatur. C. unde vi praesumptum sit, quod ad me non pertinet, id ad alios omnino pertinere, certe si lex, quod possideo, meum esse non praesumeret, jam alienum possidere praesumeret: sicque me malum hominem esse malamque fidem habere contra ea quae supra fuse ostendimus, sicque in specie ut ex possessione praesenti dominium habere possessorem praesumptio sit, tenent Glo. in l. pen. in verb. amoveri. ff. de condi. inst. quam ibi sequuntur Bart. Bald. Ang. & Pau. Castren. ibi. Bar. Ange. & Paul. Castren. in. l. Titia per text. ibi. ff. solut. matr. & Abb. in d. l. pe. col. 1. & Nico. Boër. deci. 42. alia insuper, Ange. in l. filiusfamilias. §. iidem principes. ff. de legat. 1. Barbatius consi. l. libr. 1. numero. 12.

Contrarium tamen ut ex possessione praesenti non arguatur dominium, tenet Glo. in l. cum res, quam ibi multi sequuntur. C. de probatio.

Quid dicendum? & sane prior opinio ut receptior, ita & verior videtur per jura supra allegata, quibus adde egregium textum in §. commodum inst. de interd. l. actor quod asseverat. C. de proba. & per nostram rationem supra relatam,

idéntica razón, que por la posesión presente de una cosa la ley ha de presumir también la propiedad de la misma; porque de otro modo habiendo la ley *quaerebatur* (1) admitido la presunción de que, lo que no me pertenece a mí, pertenece en absoluto a los demás, ciertamente si la ley no presumiera que lo que poseo es de mi propiedad, por eso mismo presumiría ya, que poseía algo ajeno, y por consiguiente que era un mal hombre y que me hallaba en mala fe, contra lo que arriba hemos demostrado extensamente. Y en concreto, que en razón de la posesión presente deba admitirse la presunción de que el posesor tiene también la propiedad, lo defienden la glosa en la ley penúltima del Digesto, título *de condi. inst.* que admiten Bartolo, Baldo, Angel y Pablo de Castro al comentar tal ley (2).

Sin embargo, la glosa en la ley *cum res* (3), como también numerosos autores al comentarla, defienden la opinión contraria, a saber, que de la posesión presente no se infiere que exista también la propiedad.

¿Qué solución damos nosotros? Ciertamente la primera opinión nos parece más admitida, como también más conforme a verdad, fundados en las leyes antes aducidas, a las que podemos añadir el notable texto del §. *commodum* de la Instituta *de interdictis* y la ley *actor quod asseverat* (4); lo mismo prueba el argumento que arriba hemos presentado, que demuestra que todos los hombres son por naturaleza buenos y se presume ser tales y exentos de mala fe. Por consiguiente, no hemos de admitir en absoluto la presunción de que quien posee una finca como propia, cultivándola y percibiendo para sí sus frutos, esté sustrayendo con mala fe, pérfida y furtivamente una finca ajena, sino que más bien se considera cultivarla como cosa que le pertenece; esta conclusión la admitimos en diversos sentidos. Primero, en cuanto da facultad al posesor para defenderse contra quien

(1) Del Código, tít. *unde vi.*

(2) Lo mismo defienden Bartolo, Angel y Pablo de Castro comentando el texto de la ley *Titia* del Digesto, tít. *soluto matrimonio;* Alberico en la citada ley penúlt. *de conditio. instit.* colum. 1.ª; Nicolás Boërio, decisión 42 que empieza *alia insuper;* Angel en la ley *filiusfamilias,* §. *iidem principes* del Digesto, tít, *de legatis,* lib. 1.º y el de Barbatia en el dictamen 50, lib. 1.º, núm. 12.

(3) Del Código, tít. *de probationibus.*

(4) Del Código, tít. *de probationibus.*

quae habet, omnes homines bonos esse bonosque praesumi & mala fide carentes, sicque minime praesumendum est, ut is qui fundum ut suum possidet, colit & fructus sibi colligit, alienum mala fide, perfide, & furtive contrectet, sed potius ut rem suam pertractare videatur, quae conclusio varie intelligitur. Primum ut se adversus agentem possit defendere, dic. §. commodum, inst. de interdi. d. l. actor. cap. in pari,

19. de reg. jur. lib. 6. l. favorabiliores, ff. de regu. jur. † Deinde intelligitur etiam agendo, nam si possideam fundum dominantem, tuque fundum servientem, te servitutem pati nolente, duo sunt mihi probanda, primum me dominum esse fundi istius, quem dominantem assevero, alterum tuum fundum huic fundo servitutem debere, quod ultimum si probavero, primum nempe me esse dominum fundi dominantis, eo ipso probare videor, quod probo me eum possidere, fructusque ut dominum colligere, eumque arare & colere, & similia, ita tenent Bar. in d. l. pe. & Boër. ubi supra nume. 8. nempe, in d. decis. 42. Alex. cons. 4. lib. 2. & consi. 103. nu. 10. lib. 7. Corn. consi. 48. lib. 3. Andr. Barba. consi. 8. col. 2. libr. 1. Gloss. & Florianus per text. ibi in l. prima. ff. fami. ercisc. Rapha. Cuman. consi. 150. ad finem Gloss. in l. sicuti, §. si quaeratur, ff. si ser. vendi. Jas. post. Bartol. ibi in l. si prius, colum. 9. ff. de novi operis nunciatio. & alii. quos allegat Boërius, ex cujus relatione apparet hanc esse communem opinionem.

Nec ad rem pertinet l. item Mela, §. penulti. ff. ad legem Aquil. quia ibi constabat alterum esse dominum secundum Bar. in d. l. pen.

20. Tertio † haec conclusio intelligitur, etiam quando quis vult agere rei vendicatione contra violentum spoliatorem,

le mueve pleito (1). Segundo, cuando se ha de entablar alguna acción; porque si yo poseyera una finca con derecho a ciertas servidumbres y tú otra gravada con ellas, al oponerte tú a sufrir tales servidumbres, tendría necesidad de probar dos cosas: primera, que soy dueño de aquella finca favorecida, a mi juicio, con tal derecho; y en segundo lugar, que tu finca está gravada con dicha servidumbre en provecho de la mía. Si lograse probar esta segunda parte, la primera se consideraría también probada, es decir, que soy el dueño de la finca *dominante*, por el mismo hecho de probar que tengo la posesión de dicha finca, que percibo como dueño sus frutos y que realizo las labores de ararla, cultivarla y otras parecidas. Así especialmente lo defienden Bartolo (2), Boërio (3), Alejandro (4), Corneo (5), Andrés de Barbatia (6), Floriano (7), Rafael Cumano (8), Jasón (9) y otros autores que cita Boërio, de cuya relación aparece ser esta opinión común. 19.

Ni ofrece dificultad alguna la ley *item Mela*, §. penúltimo, Digesto, título *ad legem Aquiliam*, porque en el caso allí propuesto constaba ya, que el dueño era otro, conforme lo expone Bartolo en la citada ley penúltima.

Tercero, dicha conclusión tiene también lugar aun en el caso de entablarse causa de reivindicación contra quien por la violencia nos despojó de algo, pues para ganar contra él la causa es suficiente el probar que había tenido la posesión de aquel objeto como dueño; así lo defienden Bartolo y Baldo (10), como también Nicolás Boërio (11), Pablo de Castro (12) y Bartolomé Socino (13). 20.

(1) Conforme al §. *commodum* de la Instituta *de interdictis* y a la citada ley *actor* y al cap. *in pari, de regulis juris.*

(2) Al comentar la citada ley penúlt. *de condit. institutionum.*

(3) *Ubi supra* en el núm. 8 de la decisión 42.

(4) Dictamen 4.°, lib. 2.° y dictamen 105, núm. 10, lib. 7.°

(5) Dictamen 48, lib. 3.°

(6) Dictamen 8, colum. 2.ª, lib. 1.°

(7) Al comentar el texto de la ley 1.ª del Digesto, tít. *famil. erciscundae*, lo mismo que admite también la glosa.

(8) Dictamen 150 al final Lo mismo defiende la glosa en la ley *sicuti*. §. *si quaeratur* del Digesto, tít. *si servitus vendicetur*.

(9) Siguiendo el sentir de Bartolo al tratar de la ley *si prius*, colum. 1.ª del Digesto, tít. *de novi operis nuntiatione*.

(10) Ambos al comentar la ley penúlt. del Código, tít. *de cond. institut.*

(11) En la decisión 42, núm. 6.

(12) En la citada ley penúlt. *de cond. inst.*

(13) Dictamen 112, núm. 23, lib 4.° y comentando la ley *si quis emptionis;* §. *sed haec* del Código, tít. *de praescript. XXX annorum.*

tunc enim ut contra eum obtineat, satis est probare se tanquam dominum possedisse. Ita tenent Bartol. & Bal. in d. l. penultim. ff. de condition. institu. & Nicolaus Boërius. d. decis. 42. numer. 6. & etiam Paulus Castrensis in d. l. penultim. & Barthol. Socinus consil. 112. numero 23. libr. 4. per l. si quis emptionis, §. sed haec, C. de praescrip. triginta annorum.

21. Quarto † intellige etiamsi agerem rei vendicatione contra commodatarium, qui rem a me commodati nomine accepit.

Quinto idem si agerem contra depositarium, qui depositi nomine rem a me accepit, nam & his duobus casibus ex hac sola possessione de praesenti dominus praesumor, etiam rei vendicatione agens, nec illi possunt mihi referre quaestionem dominii non magis, quam si contra eos agerem depositi, aut commodati actione, nam eo ipso, quod causam a me habent, nec ex fide restituunt me spoliare videntur, sicque in hac rei vendicatione ex sola praesenti possessione dominus praesumor arg. l. colonus, ff. de vi & vi arm. juncta l. si quis conductionis. C. locati l. si alienam, cum ibi not. ff. solu. matr. & quanvis contrarium videantur tenere Doct. post Glo. ibi in l. ita ut si fur, ff. commod. tamen hanc opinionem defendunt Pau. Castr. in d. l. pe. & Nic. Boërius nu. 7. d. decis. 42.

Hactenus quando is de praesenti possidebat civiliter &
22. naturaliter vel saltem civiliter vere vel interpretative, † quid autem si nunc non possidebat, licet olim possedisset, an ex ea praeterita possessione praesumatur dominium, & regula est non praesumi, ita Glo. in l. 2. C. de probat. Boërius ubi supra nume. 10, Bar. in d. l. pen. Bal. in l. non ignorat col. 6. C. qui accusa. non poss. Corn. consi. 19. cum consi.

Cuarto, tiene también lugar, aun cuando intentara una reivindicación contra un comodatario, que a título de comodato hubiera recibido de mí aquella cosa. 21

Quinto, lo mismo admitiríamos, si entablara acción contra un depositario, que recibió de mí aquella cosa a título de depósito. Porque en estos dos casos, sólo en virtud de la posesión que al presente retengo, se presume que soy el dueño aun pleiteando sobre la reivindicación de tal objeto; ni pueden ellos moverme cuestión acerca de la propiedad, como si sólo entablara contra ellos acción sobre depósito o comodato; porque por el hecho mismo de haber recibido algo de mí, que no me devuelven en virtud de la fidelidad, parece que me despojan de ello, y por tanto al reivindicarlo yo, se presume que soy el dueño por la sola posesión presente, conforme lo prueban varias leyes (1). Y aunque muchos doctores siguiendo el sentir de la glosa en la ley *ita ut si fur* (2) y al comentar ésta, parecen defender lo contrario, sin embargo, la opinión por nosotros expuesta la defienden Pablo de Castro (3) y Nicolás Boërio (4).

Hasta aquí hemos tratado del caso en que al presente retenía la posesión civil y natural, o por lo menos la civil, real o interpretativamente. ¿Qué diríamos si actualmente no tenía la posesión, si bien la había tenido antes? ¿Hemos de presumir la propiedad en virtud de aquella posesión pasada? La norma general es que no, conforme al sentir de la glosa en la ley 2.ª del Código, título *de probationibus* y al parecer de Boërio (5), Bartolo (6), Baldo (7) y Corneo (8). Exceptúase si la posesión duró treinta años, porque trascurrido tal tiempo, prescribiría ya, aun cuando no apareciera título alguno (9). 22.

(1) Tales son: la ley *colonus* del Digesto, tít. *de vi et vi armata;* la ley *si quis conductionis* del Código, tít. *locati* y la ley *si alienam* del Digesto. tít. *soluto matrimonio* con lo en ella notado.

(2) Del Digesto, tít. *commodati*.

(3) En la citada ley penúlt. *de cond. instit.*

(4) En la decisión 42, núm. 7.

(5) *Ubi supra*, núm. 10.

(6) Al comentar la citada ley penúlt. *de cond. inst.*

(7) Al comentar la ley *non ignorat*, colum. 6.ª, Código *qui accusare non pos.*

(8) Dictamen 19 y siguientes, lib. 2.º Lo mismo que consta por la ley *et quae nondum sunt*, §. 1.º, Digesto *de pignor*.

(9) Conforme a la ley *si quis emptionis*. §. 1.º, Código *de praescript. XXX annorum*, según los autores antes citados.

seq. lib. 2. per l. & quae nondum sunt §. 1. ff. de pigno. & fallit si possedisset annis triginta, quia eo tempore rem illam titulo non apparente praescriberet per l. si quis emptionis. §. 1. C. de praescr. 30. annorum secundum eosd. & utraque opinio communiter recepta est. Fallit secundo quando longum tantum tempus praeteriit, siquidem adfuerat legitimus titulus vel causa possidendi, secundum eosdem Doct. communiter & Ludo. Roma. consi. 424. circa propositum, & Socin. consi. 106. in causa, col. 3. lib. 2. Gloss. & communiter Docto. in l. cum res. C. de probat. Boërius, ubi supra, numè. 4. Bar. consi. 110. quidam Masiolus. Fallit tertio quando brevius tempus cum legitimo titulo possedit, & agebat publiciana ad possessionem tantum recuperandam (non autem rei vendicatione) tunc enim obtineret contra possidentem sine titulo: ita procedit titulus. ff. de publ. in rem actio. quia posterior possessio non intitulata aut praesumitur clandestina, aut non juvat contra hunc qui nititur possessione intitulata, ita Socin. in l. rem quae nobis, in princ-q. 4. ff. de acquir. possessio. Alex. consi. 51. lib. 1. & consi. 117. eod. lib. & consil. 6. libr. 3. secus si posterior possessio intitulata similiter esset, tunc enim praeferetur, quia in pari causa potior est conditio possidentis c. in pari, de reg. jur. lib. 6. tradunt. Innoc. & alii in c. cum ad sedem, de rest. spoli. per c. licet causam, de proba. Item fallit quando junior possessio esset diutina, ut dicemus in c. 85. n. 5.

Ambas opiniones admítenlas comúnmente los doctores. Exceptúase en segundo lugar, cuando si bien sólo había transcurrido largo tiempo, pero existía legítimo título o causa de poseer, conforme lo defienden comúnmente los autores dichos, como también Luis Romano (1), Socino (2), Boërio (3) y Bartolo (4). Existe una tercera excepción, a saber, cuando con legítimo título poseyó la cosa durante tiempo más corto, y movía acción Publiciana sólamente para recuperar la posesión (no para reivindicar la cosa misma), pues en tal caso saldría victorioso contra quien tuviera la posesión sin título. Tal es el sentido del título del Digesto *de publiciana in rem actione*. Porque esta última posesión no acompañada de título o se presume ser clandestina, o por lo menos nada vale contra quien apoya su derecho en una posesión con título. Así lo defienden Socino (5) y Alejandro (6). Otra cosa sería si la posesión última estuviera acompañada igualmente de título, en cuyo caso prevalecería, porque en igual causa prevalece la condición de quien tiene la posesión (7). Exceptúase igualmente el caso en que la última posesión hubiera durado ya largo plazo de tiempo, conforme lo trataremos en el capítulo 85, número 5.

---

(1) Dictamen 424 *circa propositum*.

(2) Dictamen 106 que empieza *in causa*, colum. 4.ª lib. 2 °

(3) *Ubi supra*, núm. 4.

(4) Dictamen 110 *quidam Masiolus*. Lo mismo consta por la glosa en la ley *cum res*, Código, tít. *de probationibus*, comentada comúnmente en tal sentido por los doctores.

(5) Al comentar la ley *rem quae nobis* en la introducción, cuest. 4.ª, Digesto. tít. *de acquir. posses*.

(6) Dictamen 51, lib. 1.°; dictamen 117 del mismo libro y dictamen 6 del lib. 3.°

(7) Conforme al cap. *pari causa, de regulis juris*, lib. 6 ° y según lo enseñan Inocencio y otros autores en el cap. *cum ad sedem de rest. spoliatorum* y en el cap. *licet causam, de probat*.

CAPVT LXXI

SUMMAE

1. *Mala fides an noceat, quando contractus fit per procuratorem.*
2. *Domini mala fides nocet, licet contractus fiat per procuratorem, de jure cano.*
3. *Pupillo non nocet tutoris mala fides.*
4. *Pupillus non potest habere malam fidem.*
5. *Malam fidem populus quando videatur habere & quomodo purgetur.*

1.  ALA fides non impedit praescriptionem quando contractus fit per procuratorem, vel eum qui subest nostrae potestati, (ut est filius vel servus) siquidem dominus tantum non etiam is per quem contractus fiebat habebat malam fidem. Ita tenent Bald. & Angelus in l. super longi, C. de longi tempor. praescriptio. per l. eum qui. §. in hac, ff. de public. in rem actio. Gloss. in l. hujusmodi, ff. de contrahen. emptio. Gloss. in l. cum mancipium, ff. de aedi. edict. pe Azonem in summa, C. de aedil. edict. colum. penultim.
2. versicu. sed si quaeras. † Quod optinet de jure civili non de jure canonico, quo jure noceret domini mala fides, teste Balbo de praescription. in 3. part. 3. partis princ. q. 18.

CAPÍTULO LXXI

SUMARIO

¿Perjudica la mala fe, cuando el contrato se verifica por medio de procurador? 1.

Según el derecho canónico la mala fe perjudica aun cuando el contrato se ejecute por medio de procurador. 2.

La mala fe del tutor no perjudica al pupilo. 3.

El pupilo no puede tener mala fe. 4.

¿Cuándo se considera hallarse en mala fe un pueblo, y cómo se purifica ésta? 5.

La mala fe no impide la prescripción, cuando el contrato se realiza por medio de procurador o por persona sujeta a nuestro poder (cual sería un hijo o un siervo), supuesto que la mala fe residiera sólamente en el dueño y no en aquel por cuyo medio el contrato tenía lugar; así lo defienden Baldo, Angel (1) y Azón (2) y consta por varias leyes (3). Esta doctrina tiene lugar atendido el derecho civil, pero no conforme al derecho canónico, según el cual la mala fe del dueño perjudicaría a la prescripción. Así lo atestigua expresamente Balbo (4). 1.

Una segunda excepción de esta doctrina es, que no se 2.

(1) Ambos al comentar la ley *super longi*, Código *de longi temporis praescript.*

(2) En su *Summa*, Código, tít. *de aedilit edicto*, colum. penúlt. versic. *sed si quaeras.*

(3) Por la ley *eum qui*, §. *in hac*, Digesto, tít. *de public. in rem actione;* por la glosa de la ley *hujusmodi*, Digesto *de contrahen. emption.* y por la glosa de la ley *cum mancipium*, Digesto, tít. *de aedelitio edicto.*

(4) *De praescription.* en la 3.ª parte, de la 3.ª parte principal, cuest. 18.

Limita secundo ut mala fides aut bona fides procuratoris non sit in consideratione, sed tantum domini, quoad singularem successorem, unde si rem alienam quam tuam esse putabas, per procuratorem, qui eam alienam esse sciebat mihi vendidisti, praescribere possum, quia non videor ab auctore malae fidei emisse, ita Bartol. in l. qui fundum, §. procurator, ff. pro emptore, Alexand. in. l. Pomponius, §. cum quis colum. 4. ff. de acquiren. possessio. Balbus ubi supra. Quae quidem limitationes verae sunt in se, sed principalis conclusio suspecta videtur, nam utriusque juris definitio dum praescriptionem cum mala fide procedere negavit, id prospectum voluit, ne qui sciebat alienum se possidere, inde lucrum se facturum sperans, tardior & segnior in restituendo fieret, quae ratio non minus urget quando rei alienae possessionem per servum vel filium quaesivi, quam si eam per me ipsum quaererem, utroque enim casu tardior in alieno restituendo reddar, si lucrum praescriptionis inde facturum me spero, quam essem si id minime eventurum scirem, ergo habebit locum capit. possessor. de regulis juris lib. 6. c. vigilanti, capitu. fina. de praescription. in princip. institu. de usucapion. l. unica, C. de usucapion. transfor. cum simil. nisi dixeris, superiorem conclusionem procedere, quando contractus fiebat per procuratorem vel filium vel servum, ignorante domino vel patre, servus enim vel filius contrahendo, & possessionem corporalem apprehendendo jus possessionis naturaliter quaesivit, l. 1. in princip. ubi ex naturali possessione, l. 3. ff. de acquiren. possessi. jure enim naturae hi sunt integri status, l. quod attinet, ff. de reg. ju. unde tale

tiene en cuenta la buena o mala fe del procurador, sino sólamente la del dueño, en lo que respecta al heredero único. Por lo tanto, si una cosa ajena, pero que tú creías pertenecerte, me la vendiste por medio de tu procurador que sabía bien no ser tuya, puedo conseguir la prescripción, puesto que no se considera haberla comprado a persona de mala fe; así lo defienden Bartolo (1), Alejandro (2) y Balbo (3). Estas excepciones en sí consideradas son verdaderas, pero la misma conclusión principal parece poco segura, porque la disposición de ambos derechos al declarar que con mala fe no podía tener lugar la prescripción, se encaminaba a evitar, que quien tenía conocimiento de poseer una cosa ajena, no se hiciera más tardo y remiso en restituirla, esperando poder reportar lucro de ella. Y esta razón no tiene menos fuerza cuando he adquirido la posesión de una cosa ajena por medio de un siervo o de un hijo que si la adquiriera por mí mismo; puesto que en ambos casos seré más remiso en la restitución de lo ajeno, si espero que de ese modo he de lucrarme con la prescripción, de lo que sería si de cierto supiera, que la prescripción no había de tener lugar en absoluto; tendrá, pues, cumplimiento la doctrina del cap. *possessor* (4), del cap. *vigilanti* (5). A no ser que afirmes, que la anterior conclusión es verdadera, cuando el contrato se verifica por medio de procurador o de un siervo o un hijo, sin que de ello tenga conocimiento el señor o el padre; porque tanto el siervo como el hijo al hacer un contrato y tomar sobre sí la posesión corporal adquirieron el derecho de posesión conforme al derecho natural (6); porque atendido este derecho tanto el siervo como el hijo son de condición perfecta (7). Por consiguiente, aquel derecho que en razón de prioridad se adhirió a ellos,

(1) Comentando la ley *qui fundum*, §. *procurator*, Digesto, tít. *pro emptore*.

(2) Al tratar de la ley *Pomponius*, §. *cum quis*, colum. 4.ª, Digesto, tít. *de acquirenda posses*.

(3) *Ubi supra*.

(4) *De regulis juris*, lib. 6.º

(5) Como también la del cap. final *de praescriptione;* de la introducción de la Instituta *de usucapione* y de la ley única del Código, tít. *de usucapione transform.*, con otras semejantes.

(6) Conforme a la ley 1.ª de la introducción, Digesto *de adquir. posses.*, en las palabras *ex naturali possessione* y a la ley 3.ª del mismo título.

(7) Según la ley *quod attinet*, Digesto *de regulis juris*.

jus eis per prius cohaerens, postea transitum facit ad patrem vel dominum, quia penes eos residere nec momento potuit, l. placet, de acquiren. haeredita. l. acquiritur, ff. de acquir. rerum domin. nam domino vel patri insciis, vel etiam invitis acquirerent servi vel filiifamilias, l. servus vetante, ff. de verborum oblig. per totum institu. per quas perso. nob. acquir. & hac ratione per alluvionem rei alienae dominium nobis etiam invitis & ignaris acquiritur vel etiam scientibus alienum esse, §. praeterea. institu. de rerum divisio. l. adeo, §. praeterea per alluvionem, ff. de acquiren. rerum domi. ergo pari ratione nobis etiam volentibus acquiri potest jus possessionis per servum vel filium, sed quoad jus praescribendi dubito: dic ergo quod quandiu ignoravi nomine meo servum procuratoremve aut filium meum emisse & possessionem accepisse, tandiu, & si sciam illam rem esse alienam tamen cum ignorem me eam possidere, non possum videri mala fide possidere, cum bona aut mala fides pendeat ex animo nostro, l. penul. C. de eviction. sicque si per eas personas tandiu ignorante me retenta possessio fuit, quoad expleta fuit praescriptio eam rem optimo jure quaesivi.

Caeterum si ante completan praescriptionem coepi intelligere, eam rem me per illas personas possidere, jam scio alienum me possidere, sicq; sum in mala fide, quae etiam superveniens post coeptam praescriptionem nocet de jure canonico, sumque; in mala fide, eo quod possum, & debeo jubere eas personas eam rem restituere, vel id ipsemet facere debeo. l. semper qui non prohibet, ff. de reg. jur. l. qui patitur, ff. manda. & quia non sufficit abstinere a malo nisi

pasa inmediatamente al padre o al señor, puesto que ni un momento puede estar en poder de aquéllos, conforme consta expresamente por el Digesto (1); ya que aun ignorándolo el señor o el padre y aun contra su voluntad adquirirían para él los siervos o los hijos de familia (2); así vemos también que por medio del crecimiento de un río adquirimos la propiedad de una cosa ajena, aun contra nuestra voluntad y conocimiento y aun sabiendo que pertenece a otro (3). Del mismo modo, pues, aun contra nuestra voluntad puede adquirirnos el derecho de posesión nuestro siervo o hijo (4); aunque dudo que ésto se extienda al derecho de prescripción. Así, pues, hemos de decir que mientras yo no tuve conocimiento de que en mi nombre habían comprado algo mi siervo o mi procurador o mi hijo, y que de lo comprado habían adquirido la posesión, durante ese tiempo aun cuando yo conozca que aquella cosa pertenece a otro, sin embargo, como no tengo conocimiento de ser ya posesión mía, no puede considerarse que la poseo de mala fe, ya que la buena o mala fe depende sólo de nuestra conciencia (5). Por lo tanto, si por medio de dichas personas, ignorándolo yo, retuve la posesión el tiempo necesario para que se complete la prescripción, he adquirido con perfecto derecho la propiedad de aquella cosa.

Mas por el contrario, si antes de terminarse la prescripción vine en conocimiento de que por medio de tales personas tenía yo la posesión de dicha cosa ajena, en tal caso ya sé que estoy poseyendo una cosa que no me pertenece, y por tanto, me hallo en mala fe. Ahora bien, la mala fe aun sobreviniendo después de empezada la prescripción nos perjudica, conforme al derecho canónico. Mi mala fe constaría, porque puedo y es mi deber ordenar a dichas personas que restituyan aquella

(1) En la ley *placet*, tít. *de acquir. haered.* y en la ley *acquiritur*, tít. *de acquir. rerum dominio.*

(2) Según la ley *servus vetante*, Digesto *de verborum obligatione* y conforme a todo el tít. de la Instituta *per quas person. nobis acquiratur.*

(3) Conforme al § *praeterea* de la Instituta *de rerum divis.* y a la ley *adeo*, § *praeterea per aluvionem*, Digesto, *de acquir. rerum dom.*

(4) Ambas edic. de Venecia y Francfort dicen *etiam volentibus*, pero el sentido que se deduce de la comparación anterior parece exigir *nolentibus*, y así lo traducimos (T).

(5) Según se desprende de la ley penúlt. del Código *de evictionibus.*

fiat, quod bonum est, l. si ita stipulatus essem abs te, & ibi Bart. ff. de verb. ob. vide c. 89. nu. 41.

3. Mala † fides tutoris non nocere pupillo tenent Bald. in auth. ad haec. C. de usuris, Joannes Imolensis in repet. cap. fina. col. 29. de praesc. & Franciscus Balbus de praescriptio. in 3. parte 3. partis principa. q. 16.

4. † Sed & ipse pupillus malam fidem habere non potest, quod attinet ad praescriptionem nisi sit doli capax, secundum Bald. & Franc. Balbum ubi supra, & superior sententia probari videtur in l. 3. in sui generalitate, ff. de usucapio. praesertim junctis his, quae diximus supra, circa definitionem praescriptionis.

5. Et † mala fides singularium personarum de universitate nocet ipsi universitati, sicque quandiu vivit aliquis de populo vel collegio vel de universitate qui habuit scientiam rei alienae, is populus, universitas, collegium non praescribit, ita Innocentius in capitu. cura, de jure patronatus Bart. in l. post pluribus, in fi. ff. de usucapion. Franciscus Balbus ubi supra, q. 17. Petrus Philippus Corne. consi. 22. videtur in hac consultatione, col. 4. libr. 1. sed illa mala fides purgatur extinctis omnibus iis qui scierunt, & habuerunt scientiam rei alienae, secundum Innocentium, Bart. & Franciscum Balbum ubi supra, contra Corneum, ubi supra, qui eam purgari illo tempore posse negat, motus per, l. proponebatur, ff. de judic. ubi subrogationis causa semper idem populus

cosa, o de lo contrario debo realizarlo yo mismo (1). Porque no es suficiente el abstenerse de lo que es malo, si no se ejecuta lo que es bueno (2).

La mala fe del tutor no perjudica al pupilo; así lo defien- 3.
den Baldo (3), Juan de Imola (4) y Francisco Balbo (5).

En cuanto al pupilo mismo éste no puede hallarse en 4.
mala fe, en lo que se refiere a la prescripción, fuera del caso en que sea capaz de dolo; así lo defienden Baldo y Francisco Balbo en el lugar antes citado. Esta opinión parece también probarse por el sentido general de la ley 3.ª del Dig. tít. *de usucapione*, principalmente si se une la doctrina expuesta arriba al tratar acerca de la definición de la prescripción.

La mala fe de las personas particulares, que constituyen 5.
una colectividad, perjudica a la misma colectividad; por consiguiente, mientras viva alguno del pueblo, colegio o colectividad que tuvo conocimiento de aquella cosa ajena, no puede adquirir la prescripción tal pueblo, colegio o colectividad. Así expresamente lo defienden Inocencio (6), Bartolo (7), Francisco Balbo (8), Pedro Felipe Corneo (9). Sin embargo aquella mala fe se purifica una vez fallecidos todos los individuos que supieron y tuvieron conocimiento de ser ajena aquella cosa; así lo defienden en los lugares arriba citados Inocencio, Bartolo y Francisco Balbo contra el sentir de Corneo (10), quien sostiene que en tal plazo de tiempo no puede purificarse la mala fe, fundado en la ley *proponebatur* (11), por la que aparece que en virtud de la sustitución de individuos, el pueblo siempre se considera ser el mismo (12).

---

(1) Conforme a la ley *semper qui non prohibet*, Digesto, tít. *de reg. juris*.

(2) Según la ley *si ita stipulatus essem abs te*, Digesto, tít. *de verbor. obligat.*, comentada en este sentido por Bartolo. Véase también el cap. 89, núm. 41.

(3) Al comentar la aut. *ad haec* inserta en el Código, tít. *de usuris*.

(4) En el citado cap. final, colum. 29, *de praescript.*

(5) *De praescript.* en la 3.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 16.

(6) En el cap. *cura, de jure patronatus*.

(7) Comentando la ley *post pluribus* al final, Digesto *de usucapion*.

(8) *Ubi supra*, cuest. 17.

(9) Dictamen 22 que empieza *videtur in hac consultat.*, colum. 4.ª, lib 1.º

(10) *Ubi supra*.

(11) Del Digesto, tít. *de judiciis*.

(12) Lo mismo prueba la ley *si grex*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º; la ley *grege*, Digesto *de legatis*, lib. 2.º y el §. *si grex*, Instituta *de legatis*.

esse intelligitur, facit l. si grex, ff. de leg. 1. l. grege, ff. de leg. 2. §. si grex, inst. de lega. superior tamen sententia quae habet, omnibus saltem extinctis purgari eam malam fidem, ut humanior ita & verior videtur, nam etsi per subrogationem unus idemque populus intelligatur, tamen idem quoque est in filio qui eadem persona cum prae intelligitur, l. fi. C. de impu. & tamen patri succedens justam ignorantiae causam censetur, habere, c. is qui in jus, de reg. jur. lib. 6. l. qui in jus. ff. eo. & consequenter olim praescribebat.

Sin embargo, la primera opinión que sostiene purificarse aquella mala fe, al menos al fallecer todos los que tenían aquel conocimiento, nos parece más humana y a la vez más conforme a verdad; porque aunque es cierto que por la sustitución de individuos se considera ser uno mismo el pueblo, sin embargo, eso mismo sucede tratándose de un hijo que se reputa la misma persona con su padre (1); y con todo al heredar al padre se considera tener justa causa de ignorancia (2), por lo que antiguamente podía adquirir la prescripción.

(1) Según la ley final del Código, tít. *de impuber.*

(2) Conforme al cap. *is qui in jus, de reg. jur.*, lib. 6.° y a la ley *qui in ius*, Digesto *de reg. jur.*

CAPUT LXXII

SUMMAE

1. *Praescribere an possit missus in possessionem ex causa noxali vel damni infecti, cum sciret rem illam non esse illius, contra quem decretum fuit interpositum, egregia q.*
2. *Mala fides quando inesse intelligatur.*
3. *Dominium nobis etiam invitis interdum aufertur.*
4. *Facti appellatione non factum etiam continetur.*
5. *Mala fides non semper sequitur, & arguitur ex scientia rei alienae.*
6. *Dominus rem suam negligens quando videatur eam pro derelicto habere.*
7. *Intellectus c. 1. de praescrip. contra communem opinionem.*
8. *Intellectus l. sicut, & l. omnes. C. de praescrip. 30. annorum.*
9. *Intellectus c. fi. de praescription.*



OSSIDEBAM servum alienum bona fide, cujus verum dominum ego non ignorabam, is servus ex causa noxali mihi traditus fuit, an cum habeam scientiam rei alienae eum possem usucapere quaesium est, ac vehementer controversum.

1. Movet quaestionem † quod licet indubitatum esset, usucapi posse, inspecto jure civili, l. generaliter, ff. de noxalib. act.

CAPÍTULO LXXII

SUMARIO

¿Puede conseguir la prescripción el que ha sido puesto en posesión de alguna cosa, como consecuencia de una causa noxal, o de daño que amenaza, cuando sabía que aquella cosa no pertenecía a la persona contra quien se interpuso el decreto judicial? Cuestión notable. 1.

¿Cuándo se considera intervenir mala fe? 2.

A veces se nos despoja de la propiedad, y ésto aun contra nuestra voluntad. 3.

Bajo el nombre de hecho se incluye también la omisión del hecho. 4.

Del conocimiento de ser una cosa ajena no siempre se sigue, ni arguye mala fe. 5.

El dueño que no hace caso de una cosa propia, ¿cuándo se considera que la abandona renunciando a su propiedad? 6.

Sentido del cap. 1.° *de prescriptionibus*, en contra de la opinión común. 7.

Sentido de la ley *sicut* y de la ley *omnes* del Cód. tit. *de praescript. triginta annorum*. 8.

Sentido del cap. final *de praescript.* 9.

Poseía yo de buena fe un siervo ajeno, conociendo quién era su verdadero dueño; este siervo me había sido entregado por litigio en causa noxal (1). Los doctores han tratado y discutido extensamente sobre si teniendo yo conocimiento de ser una cosa ajena podía conseguir la usucapión. Suscita 1.

(1) El Digesto define la acción *noxal* diciendo que es aquella que se mueve contra alguno no por razón de contrato, sino por el daño o delito cometido por algún siervo suyo, y al ser condenado el dueño puede quedar libre del pago del daño estimado, entregando el siervo que lo hubiera causado.

tamen jure canonico generaliter definitum est, mala fide usucapi nihil posse, c. vigilanti, & c. fi. de praescr. quod jus & in foro seculari servandum esse ait summus pontifex in d. c. fi. sicque communis opinio esse videtur quod missus in possessionem ex causa tam noxali quam damni infecti, non possit praescribere eam rem, quam sciebat esse alienam, non illius contra quem decretum judicis fuit interpositum. Ita tenent Paul. in l. praetoris, in prin. ff. de dam. infec. idque sequitur & ait meritissime defensum esse episcopus dissertissimus civitatis Rod. in c. possessor, de regu. jur. par. 2. §. 9. nu. 8. Rom. in l. si per errorem, ff. de usuc. Ale. in l. si finita §. si de vectigalibus, nu. 11. ff. de damno infec. Imo. in c. fi. de praesc. col. 19. en rep. Idem in l. sequitur, §. si viam, nu. 26. de usucap. Pau. in d. §. si de vectigalibus, Paul. in l. juste possidet, ff. de acq. pos. Bar. in l. Pomponius, §. si jussu, eodem titu. sentit Ang. in l. 1. C. de judi. nu. 63.

Contrariam partem ut missus in possessionem ex causa sive noxali sive damni infecti, possit rem praescribere, licet sciat eam rem esse non illius contra quem decretum fuit interpositum, sed alterius tenent Gloss. in c. possessor, de reg. juris in 6. Gloss. in cap. si diligenti, & ibi Antonius nu. 12. de praescriptio. Bal. in l. 2. ff. si ex noxali causa agatur. Idem Baldus in auth. ei qui jurat, col. pen. & ibi Salicetus q. 9. C. de bonis auth. jud. pos. Spec. in tit. de secundo decreto, §. juxta, nu. 8. Abb. nu. 28. in d. c. si diligenti, & ibi Anto. nu. 12. Bal. l. generaliter, ff. de noxal. act. in prima lectu. & iterum in lect. 2. estque communis op. secundum Ale. in d. §. si de vectigalib. n. 11.

Quid dicendum? & quidem videtur haec posterior opinio in noxali causa longe verior quam contraria, per tex. apertum in

esta cuestión el que si bien está fuera de toda duda, que puedo conseguir la usucapión atendido el derecho civil (1), con todo, el derecho canónico dispone de un modo general que con mala fe no puede usucapirse cosa alguna (2); y este derecho, dice el Sumo Pontífice (3), se ha de observar también en el foro secular. Por lo tanto, parece ser opinión común que quien ha llegado a la posesión, tanto a título de acción *noxal*, cuanto de daño que amenaza *(damni infecti)* (4), no puede conseguir la prescripción de aquella cosa que sabía era ajena y no de aquel contra quien se interpuso el decreto judicial; así lo defiende Pablo de Castro (5), opinión que admite también el elocuentísimo obispo de Ciudad-Rodrigo, diciendo que ha sido defendida con suma razón (6). Del mismo parecer son Luis Romano (7), Alejandro (8), Imola (9), Pablo de Castro (10), Bartolo (11) y Angel (12).

La opinión contraria, a saber, que quien entró en tal posesión en virtud de causa noxal o de daño que amenaza, pueda adquirir la prescripción de aquella cosa, aun cuando sepa no pertenecer ésta a la persona contra quien se interpuso el decreto, sino a otra, consta por las glosas del cap. *possessor* (13) y del cap. *si diligenti* (14), como también por Baldo (15),

---

(1) Según la ley *generaliter* del Digesto, tít. *de noxalibus action.*

(2) Según el cap. *vigilanti* y el cap. final *de praescriptionibus.*

(3) Así lo manifiesta en el citado cap. final *de praescr.*

(4) Según el Digesto *damnum infectum* es el que aún no se ha verificado y tememos que suceda. (T.).

(5) Comentando la ley *praetoris* en la introducción, Digesto *de damno infecto.*

(6) En el cap. *possessor, de regulis juris,* part. 2.ª, §. 9.º, núm. 8.

(7) Comentando la ley *si per errorem,* Digesto *de usucap.*

(8) Al tratar sobre la ley *si finita* §. *si de vectigalibus,* núm. 11, Digesto, tít. *de damno infecto.*

(9) En el cap. final *de praescript*, colum 19 y al comentar la ley *sequitur,* §. *si viam,* núm. 26 *de usucap.*

(10) En el citado §. *si de vectigalibus* y en la ley *juste possidet* del Digesto, tít. *de adquirenda possessione.*

(11) En la ley *Pomponius,* §. *si jussu* del mismo título.

(12) En la ley 1.ª del Código en el tít. *de judiciis,* núm. 63.

(13) *De regulis juris, in* VI.

(14) *De praescription,* comentada en este sentido por Antonio [Butr.], núm 12.

(15) Al comentar la ley 2.ª del Digesto, tít. *si ex noxali causa agatur;* la auten. *ei qui jurat,* colum. penúlt. inserta en el Código, tít. *de bonis auctoritate judicis possidendis* que comenta igualmente Salicet, cuest. 9.ª

d. l. generaliter, & in eo tantum quaestio erit, an is tex. jure cano. correctus intelligatur, quod minime dicendum est, non enim sequitur, habet quis scienciam rei alienae, ergo non
2. potest praescribere, † quinimo saepe praescribere potest, nec in mala fide esse videtur, quod primum apparet in l. si id quod 2. resp. ff. pro derelicto, ubi uxor viro donavit rem suam, sicque eum dominum non fecit ut per tot. ff. & C. de don. inter vir. & uxo. virque deinde eam rem mihi scienti vendidit, qui praescribere possum ut tex. ait, licet non ignorarem eam rem uxoris esse, neque; ab ea sed ab ejus marito causam habere, ratio est, ut ibi expressim jureconsultus ait, quia quasi volente, & concedente domina, is maritus vendidisse videtur.

Nec ad rem pertinet quod Glo. ibi ait, rem alienam donasse uxorem, nam illud est divinare, & praeterea est contra praescriptionem, l. merito in prin. ff. pro soc. & per tot. C. de reb. alien. non alien. & quod intolerabilius est adversatur palam illi textui in verbo dona. Secundo est tex. in l. si vir, ff. per dona. Tertio l. 1. §. si vir, ff de acq. pos. ubi vir uxori donavit, nec ideo desiit transvolare possessio in uxorem donatariam, quam juste possidere intelligendum est. Quarto est tex. in c. 1. de praescr. & in c. placuit supra, alleg. ubi etiam jure cano. ecclesia contra ecclesiam potest etiam brevi tempore praescribere locum, jusque quod sciebat
3. esse alienum. Quinto dominia non sunt de jure naturali primaevo, sed tantum de jure gent. quod induxit dominiorum distinctionem, & separationem, antea enim omnia erant in communi, l. ex hoc jure ff. de just. & ju. §. just. auctor gentium, inst. de jur. nat. plene per Bar. Paul. Jas. & alios in d. l. ex hoc jure diximus in tra. de suc. crea. in praefa. & in §. 1. huic autem juri gen. lex civilis, & derogare potest,

el Speculator (1), el Abad (2), Baldo (3), siendo opinión común al decir de Alejandro (4).

¿Qué solución daremos? Esta segunda opinión parece ciertamente mucho más conforme a verdad que la contraria, tratándose de causa noxal, en virtud del texto tan manifiesto de la citada ley *generaliter*, y sólamente quedará en pie la cuestión sobre si este texto se ha de considerar corregido por el derecho canónico, cosa que no hemos de afirmar en absoluto; porque no es recta consecuencia ésta, tiene uno 2.
conocimiento de que una cosa es ajena, luego no puede conseguir su prescripción; antes bien, muchas veces puede conseguirla, ni se considera estar en mala fe. En cuanto a lo primero es manifiesto por la ley *si id quod* (5), donde se pone el caso de una mujer que hizo donación a su marido de una cosa propiedad de ella, por lo que no pudo transferir la propiedad al marido, conforme consta por el título «de las donaciones entre marido y mujer» del Digesto y Código; posteriormente sabiéndolo yo, el marido me vendió aquella cosa; pues bien, según manifiesta el texto puedo prescribirla, aun no ignorando ser propiedad de la esposa y que el título para ésto lo he recibido, no de ella, sino de su marido. La razón es, según expresamente lo manifiesta allí el jurisconsulto, que el marido parece haberla vendido con el consentimiento y beneplácito de la dueña.

Ni ofrece dificultad alguna lo que la glosa dice en tal lugar, que la esposa ha hecho donación de una cosa ajena, porque ésto es pura conjetura, es además contrario a la prescripción (6), y lo que es más intolerable, se opone manifiestamente a aquel texto en la palabra «dueña» que allí usa. En segundo lugar consta por el texto de la ley *si vir* del Dig. tit. *pro donato*. Consta en tercer lugar por la ley *si vir* del

(1) En el tít. *de secundo decreto*, §. *justa*, núm. 8.

(2) En el núm. 28 acerca del mismo cap. *si diligenti* que comenta también en igual sentido Antonio, núm. 12. *Abbas* de nombre desconocido llamado también *Abbas Antiquus*, discípulo de Pedro Sampson. (T.).

(3) Acerca de la ley *generaliter* del Digesto, tít. *de noxalib. actionibus* en la 1.ª lectura y de nuevo lo afirma en la 2.ª lectura.

(4) Sobre el citado §. *si de vectigalibus*, núm. 11.

(5) Del Digesto, tít. *pro derelicto, 2.º resp.*

(6) Según la ley *merito*, Digesto *pro soc.* y conforme a todo el título *de reb. alien. non alien.*

& quotidie derogat, juxta Gl. communiter appr. ibi in l. jus civile est. ff. de just. & ju. & licet id quod nostrum est sino facto nostro a nobis avelli non debeat l. id quod nostrum, ff. de reg. jur. tamen illud regulare, verum ex causa a nobis aufertur, etiam invitis, vel ignorantib. ut in l. item si verberatum, §. 1. ff. de rei ven. l. Lucius, ff. de evic. Gl. & Bar. in l. Antiochensium, ff. de priv. cre. Bar. Paul. Jas. & alii. in d. l. ex hoc jure, ut ergo ibi aufertur nobis invitis rei nostrae dominium ex legis civilis dispositione & permissione, nec se intromittit jus canoni. ad hoc ut ablatum domino reddatur, cur non idem erit & in specie nostra, ubi justissima causa est ut res nostra nobis auferatur, ne mihi immerenti damnum servus tuus impune inferat, vel si intulerit nobis resarciatur, tibi re tua adempta, & in me ad emendationem damni translata. Nam & similiter, quid si furtum mihi faceres manifestum, quid si non manifestum, quid denique si vi rem abripuisses, nonne praeter ipsius rei substractae, aut vi ablatae restitutionem etiam tuum amitteres, & in me trasferretur s. poena vel dupli vel quadrupli, §. furtorum, §. conceptum, cum seq. §. fi. inst. de obli. quae ex delicto, in prin. inst. de vi bon. rap. §. quadrupli, & §. dupli, inst. de act. nomne te invito his casibus rerum tuarum dominium habeo, te inquam invito, jure tam civili quam cano. in tui poenam, & punitionem? ergo similiter, cum servus tuus damnum mihi, rebusve meis dedit, tu damnum senties, servusque ille tuus mihi tradetur, nisi damnum emendaveris, nec refertur abste an ab alio possideretur quo tempore damnum dedisset, quinimo inspecta legis interpretatione non videtur

Dig. *de acquir. possessione* por la que aparece que el esposo hizo una donación a su esposa, sin que por eso dejara de pasar la posesión al donatario que era la esposa, debiendo considerarse justa esta posesión. Cuarto, consta asimismo por el texto del cap. 1.° *de praescript.* y por el cap. *placuit* arriba citado, donde vemos que, aun según el derecho canónico, puede y aun en breve tiempo conseguir una iglesia en contra de otra la prescripción de un lugar o de un derecho que conocía pertenecer a otro. Quinto, las propiedades no 3.
son de derecho natural primitivo, sino sólo de derecho de gentes, que fué el que introdujo la distinción y separación de dominios, puesto que antes todas las cosas eran comunes, como consta por varias leyes (1), y lo exponen extensamente Bartolo, Pablo de Castro y Jasón (2), y nosotros lo hemos tratado también en la introducción y en el §. 1.° de nuestra obra *De successionum creatione.* Pues bien, la ley civil puede derogar y diariamente deroga disposiciones de este derecho de gentes, según lo afirma la glosa de la ley *jus civile est* (3), admitida generalmente por los autores. Y aunque lo que es de nuestra propiedad no debe arrebatársenos sin un acto nuestro (4), así es, en efecto, como norma general, pero, sin embargo, con causa se nos arrebata, aun contra nuestra voluntad y aun desconociéndolo nosotros, según consta por numerosas leyes y comentaristas (5). Como, pues, en dichos lugares por disposición y permisión de la ley civil se nos quita contra nuestra voluntad la propiedad de una cosa nuestra, sin que el derecho canónico se entrometa en que se devuelva al dueño lo que se le ha quitado, ¿por qué no ha de suceder también lo mismo en nuestro caso, en el que existe justísimo motivo para que se nos quite alguna cosa nuestra, para evitar el que sin merecerlo me cause impunemente algún daño tu siervo,

(1) Según la ley *ex hoc jure*, del Digesto, tít. *de just. et jure*, el §. *jus autem gentium*, Instituta *de jure natur.*

(2) Comentando la ley *ex hoc jure.*

(3) Del Digesto, tít. *de justitia et jure.*

(4) Según consta por la ley *id quod nostrum*, Digesto *de regulis juris.*

(5) Tales son: la ley *item si verberatum*, §. 1.°, tít. *de rei vindicat;* la ley *Lucius* del Digesto, tít. *de evictionibus;* la glosa y Bartolo al comentar la ley *Antiochensium*, Digesto, tít. *de privil. cred.;* Bartolo, Pablo, Jasón y otros en la citada ley *ex hoc jure.*

4. damnum domino servi contigisse sine facto suo, † nam appellatione facti etiam non factum continetur, instit. de nup. §. si qua uxor in fi. dum ait, rectius se facturos si abstinuerint, Gl. & Doct. in l. 3. in pr. ff. de ver. obl. Alex. in §. si id quod l. ubi aut non apparet, ff. de ver. obl. Dec. in l. id quod nostrum, ff. de regul. jur. dominus ergo, qui damnum vel noxam a servo suo datam non emendat, quasi fecisse videtur, quo magis servi sui dominio privetur. Quid denique si servus meus justo bello captus aufugerit, adque suos reversus fuerit, inscio me vel invito? nonne ejus dominium perdo? Quid similiter si feram cepimus, ejusque dominium quaesivimus, eaque custodiam nostram evaserit, inque naturalem suam laxitatem se recepit, nobis invitis, aut ignorantibus nonne in his casib. & similib. id statim nostrum esse desinit? l. 3. ff. de acq. re. do. cum ll. sequen. l. naturalem, §. examen l. nihil, in pr. ff. de capti. §. item ea quam ex hostibus inst. de re. jud. Quid praeterea si servus meus proditionem detegit, nonne inscio me & invito libertate praemii loco donatur, & meus esse desinit, l. 2. 3. & 4. & per tot. C. quib. ex cau. servi pro praemio liber. accip. Nam etsi patria potestas res inaestimabilis sit, l. filiusfa. §. secundum vulgarem, ff. de leg. 1. nonne pater ob duritiem filium emancipare cogitur? l. divus, ff. si a parente quis fuerit manu. id quod accidit in omnibus etiam delictis, in quibus poena bonorum imponitur.

Ergo cum res nostra nobis aufertur, & in alium transfertur, interdum fit ob demeritum nostrum, interdum ob meritum illius in quem transfertur, interdum ob utrumque,

o si me lo hubiera ya causado, para obtener reparación, quitándote a ti una cosa que te pertenece y dándomela a mí para reparación del daño? Porque en parecido caso, ¿qué diríamos si cometieras contra mí un hurto manifiesto; qué, aun cuando no fuera manifiesto, o qué, finalmente, si me hubieras arrebatado por la violencia una cosa mía? ¿Acaso, además de la restitución de la cosa robada o arrebatada por la violencia, no perderías parte de lo tuyo, que me sería entregado a mí, en virtud de la pena del *doble* o del *cuádruple?* (1). Por ventura, ¿no tengo en estos casos la propiedad de cosas tuyas contra tu voluntad, como en pena y castigo tuyo y por disposición tanto del derecho civil como del canónico? Del mismo modo, pues, cuando un siervo tuyo me causó a mí o a mis cosas algún perjuicio, tú sufrirás el daño, y aquel siervo tuyo me será entregado, a no ser que hubieras reparado el perjuicio. Ni se hace diferencia entre si estaba en posesión tuya o más bien en posesión de otro en el tiempo en que hubiera causado aquel daño; mas aun bien entendida la interpretación de la ley no parece que aquel daño sobreviniera al dueño del siervo sin un acto suyo. Porque bajo el nombre de hecho se incluye también la omisión del hecho, según varias leyes y comentaristas (2). Así, pues, 4.
el señor que no repara el daño o perjuicio causado por su siervo, se considera como si lo hubiera hecho él, por lo que con más razón puede ser privado de la propiedad de su siervo. ¿Qué diríamos también, si un siervo mío hecho cautivo en justa guerra, hubiera huido de mí y hubiera vuelto a los suyos sin mi conocimiento contra mi voluntad; no pierdo también la propiedad sobre él? ¿Qué diríamos igualmente, si hubiéramos apresado una fiera y adquirido la propiedad sobre ella, si después contra nuestra voluntad o conocimiento hubiera huido de nuestra custodia y hubiera vuelto a su natural libertad, no dejan al punto de pertenecernos estas cosas en

(1) Conforme al § *furtorum*. al § *conceptum* y siguientes, al §. final de la Instituta *de obligat. quae ex delicto;* a la introducción de la Instituta *de vi bonor. raptorum;* al §. *quadrupli* y al §. *dupli* de la Instituta *de actionibus*.

(2) Tales son: el §. *si qua uxor* al final, Instituta *de nuptiis* en las palabras «mejor harían si se abstuviesen»; la glosa y los doctores en la ley 5.ª en la introducción, Digesto, tít. *de verbor. obligat.;* Alejandro en el §. *si id quod* de la ley *ubi autem non apparet* del Digesto *de verb. oblig.* y Decio en la ley *id quod nostrum* del Digesto *de regulis juris*.

interdum & quarto ob meritum & favorem ipsius rei. Ob demeritum nostrum, ut in d. l. divus, ob meritum ejus in quem transfertur, & ob ejus favorem, ut in. d. l. item si verberatum, cum similibus; ob demeritum nostrum & meritum illius in quem transfertur, vel ob ejus favorem ut in poena dupli, quadrupli, & similibus, supra allegatis, & facit per totum C. & ff. quibus ut indign. ob meritum & favorem ipsius rei, ut in exemplo, C. quibus ex causis servi pro praemio libertatem accipi. Cum ergo res nostra nobis a lege adimatur interdum culpa nostra, interdum sine ea, solum ob favorem ipsius rei, vel ejus in quem transfertur, isque eam possideat, eaque potiatur, non ignorans alienam fuisse, & a domino invito vel inscio ablatam inque eum translatam. Quid mirum, aut novum est, si idem faciat lex ex causa noxali? & qua ratione potuit lex dominium statim tibi ablatum in me transferre, eadem ratione, & longe facilius, aut justius poterit efficere, ut id dominium transeat post longam possessionem, & praescriptionem. Nam & praelatus, qui non potest res ecclesiae alienare, poterit per negligentiam, & interventum longi temporis ecclesiae nocere, ut ejus res praescribantur c. veniens, de praescrip. ubi per Doc. & Decius in d. l. id quod, ff. de reg. jur. facit tex. in c. illud, & c. de quarta, de praescript. ergo utroque casu, ex parte legis par potentia est, in auferendo a nobis dominio rerum nostrarum ex causa, nam & ejus auctoritate nostrum tuemur, aliter n. non deesset alter fortior vel calidior, qui vi, armis, aut caliditate, vel dolo, rebus nostris potiretur; itaque auctoritate legis rerum nostrarum dominium nobis invitis, & igno-

estos o parecidos casos? Así consta en efecto en numerosas leyes (1). Y si un siervo mío hubiera descubierto una traición, ¿no se le otorga a título de premio la libertad sin mi conocimiento y aun contra mi voluntad y deja de pertenecerme? (2). ¿No vemos también que aunque la patria potestad sea una cosa inestimable (3), se le obliga al padre por el mal trato dado al hijo, a que le otorgue la emancipación? (4). Lo mismo sucede también en todos los demás delitos en los que se impone pena de pérdida de bienes.

Así, pues, cuando se nos despoja de alguna cosa nuestra y se trasfiere ésta a otro, unas veces tiene lugar por demérito nuestro, otras por merecimiento de aquel a quien se traspasa, otras veces por ambas razones, y por fin otras en cuarto lugar, por el mérito y favor de la misma cosa que se trasfiere. Por demérito nuestro, como aparece en la citada ley *divus;* por el merecimiento de aquel a quien se otorga y en atención al mismo, como aparece en la ley citada *item si verberatum* y en otras semejantes; por demérito nuestro y a la vez por mérito de aquel a quien se trasfiere o en favor del mismo, como sucede en la pena del doble y del cuádruple o en otras semejantes arriba aducidas (5); finalmente, por el merecimiento y en favor de la misma cosa, según sucede en el ejemplo citado del siervo (6). Como, pues, la ley nos despoje de cosas que nos pertenecen, unas veces por culpa nuestra, y otras sin ella, sólamente en favor de la misma cosa o de aquel a quien se trasfiere, y poseyéndola éste y haciéndose dueño de ella, aun no ignorando que había pertenecido a otro que había sido despojado de ella contra su voluntad o conocimiento y traspasado a él, ¿qué tiene de extraño o de nuevo que la ley ejecute esto mismo tratándose de una causa *noxal?* y por la misma razón que pudo la ley trasferirme a mí

(1) Tales son: la ley 5.ª y siguientes del Digesto en el tít. *de acqui. rerum dominio;* la ley *naturalem*, §. *examen*, la ley *nihil* en la introducción, Digesto, tít. *de captivis;* el §. *item ea quae ex hostibus*, Instituta *de rerum divis.*

(2) Así consta por la ley 2.ª, 5.ª y 4.ª y por todo el tít. del Digesto *quibus ex causis servi pro praem. lib. accip.*

(3) Según la ley *filiusfam.* §. *secundum vulgarem*, Digesto *de legatis*, lib. 1.º

(4) Conforme a la ley *divus* del Digesto, tít. *si a parente quis fuerit manumissus.*

(5) Como aparece por todo el tít. *quibus ut indignis* del Digesto y Código.

(6) Como consta por el tít *quibus ex causis servi pro praemio lib. accipi.*

rantibus ex causa potest, & saepissime solet auferri, quod accidit etiam per modum praescriptionis non secus, quam per alios modos, sive is qui rem acquirit alienum sciat se possidere, sive ignoret, cum adest causa non injusta concedendi, ut etiam sciens quis alienum, & possidere, & praescribere possit, qualis profecto adest in causa noxali quandoquidem esset periniquum, ut servus tuus mihi immerenti, aut rebus meis damnum injuria daret, idque impunitum maneret, si ergo is servus mihi jussu judicis traditus fuerit, nec dominus, aut qui eum possidebat illum defenderit, satis videntur maluisse servum abjicere, inque me transferre, quam damni aestimationem praestare, argu. l. si finita, §. non autem statim, ff. de dan. infec. ubi per Doct. in simili per Jas. in l. 1. col. fi. C. de ser. fugi. per eundem in l. naturaliter, §. nihil commune nu. 84. ff. de acqui. pos. Gloss. in l. si de eo, ibi Paul. & Ale. §. 1. eo. titu.

Quod obtinet, si ponimus ex causa noxali conventum a me fuisse ipsum dominium servi illius, qui damnum dedit, idem si ponimus conventum a me fuisse alium, qui bona fide eum servum possidebat, & cum jussu judicis mihi his servus pro noxa traderetur, illud quidem notum fuisse vero domino, at si ponimus dominum hujus rei ignarum, iniquum videtur, eum re sua ignorantem privari, meque eam lucrifacere cum alienam scirem: nam tunc & ille innocens, & inculpatus damno afficeretur, & ego impius sciensque, mala fide alienum lucrifacerem.

Sed adhuc idem esse debet tam jure civili per de l. generaliter, ff. de noxal. quam jure canoni. nam res mea sive pereat, id ad detrimentum meum non alterius spectare debet,

inmediatamente la propiedad de que a ti te había despojado, por la misma y con mucha mayor facilidad y justicia podrá hacer que tal propiedad se trasfiera después de larga posesión y prescripción. Así vemos también que el prelado que no puede enajenar las cosas de la iglesia, podrá, sin embargo, en razón de negligencia y del trascurso de dilatado tiempo causar perjuicio a tal iglesia, de suerte que se prescriban bienes de ésta (1). Así, pues, en ambos casos existe por parte de la ley igual facultad para despojarnos con causa del dominio de nuestras cosas. Porque también, por el contrario, con su autoridad defendemos lo que es nuestro, ya que de otro modo no faltaría alguno o más fuerte o más astuto que, o por la violencia, o por las armas, o con astucia o dolo, se apoderara de nuestros bienes. Puede, pues, la autoridad de la ley y frecuentemente lo ejecuta, despojarnos con justa causa de la propiedad de nuestras cosas contra nuestra voluntad y aun desconociéndolo nosotros; lo que tiene lugar también por medio de la prescripción, al igual que por otros diversos modos y ésto tanto si el que adquiere la cosa conoce que lo que posee es ajeno, como si lo ignora, siempre que exista causa no injusta para conceder el que pueda poseer y prescribir lo ajeno aun conociendo que es ajeno, como existiría ciertamente cuando interviene causa noxal; puesto que sería sobre manera injusto el que sin yo merecerlo, tu siervo me causase injustamente daño a mí o a mis bienes y el que ésto quedara impune. Si, pues, por mandato del juez se me hubiera entregado este siervo, sin que le hubieran defendido ni el dueño ni la persona que le poseía, bastante claro manifiestan que prefieren el abandonar tal siervo y que pase a mi propiedad, que pagar el daño apreciado (2).

La anterior doctrina tiene cumplimiento en el caso en que hubiera yo entablado causa noxal contra el propio dueño del siervo que me causó el perjuicio; también tiene cumplimiento

(1) Consta por el cap. *veniens, de praescript.* donde así lo exponen los doctores; por Decio al comentar la ley *id quod*, Digesto *de regulis juris;* como también por el texto del cap. *illud* y por el cap. *de quarta, de praescript.*

(2) Pruébalo la ley *si finita* §. *non autem statim* del Digesto *de damno infecto* que comentan en este sentido los doctores, al igual que Jasón al tratar de la ley 1.ª, colum. final, Código *de servis fugitivis;* lo prueba también la ley *naturaliter*, §. *nihil commune,* núm. 84, Digesto, tít *de acquir. possessione;* la glosa, Pablo y Alejandro en la ley *si de eo*, §. 1.º del mismo título.

sive casu fortuito, sive aliter, l. quae fortuitis, C. de pig. sive etiam damnum alteri dedat, id similiter ad detrimentum domini illius rei, quae damnum dedit spectare debet usque ad valorem ipsius rei. ut per totum inst. & C. & ff. de noxa. & in tit. si quadrup. pauper. ergo servus tuus, si mihi damnum dedit, jussuque judicis traditus mihi fuit, neque abs te, aut ab alio defendatur, aequum est ut meus fiat in emendationem damni, quod mihi dedit, neque; tam videor hoc casu turpe aut impium lucrum cum jactura aliena captasse, quam justam damni illati resartionem, aut emendationem, ac satisfactionem recepisse, neque; ultro, ad rem alienam accessisse, aut adspirasse videor, sed coactus necessitate quod amiseram recuperandi, & faciens actum necessitate coactus est pie subveniendus, l. si fidejussor, §. si necessaria, ff. quod sat. cogan. ubi plene per Jas. Diversa causa est illius qui a non domino sciens emit rem alienam, is quidem nec ulla necessitate coactus, sed sponte, ultro, & impie ad rem accessit alienam, neq; ullum damnum ante ab re illa sibi, rebusve suis illatum fuerat, quod resarcire curaretur, sicque scientia rei alienae in isto casu merito inducit malam fidem, & impedit praescriptionem, non sic in casu illo, ubi scientia rei alienae, nec est cur inducat malam fidem, aut praescriptionem impediat, sicque cessat decisio, ratio & mens, ac sensus d. c. fi. & d. c. vigilanti, de praescr. Nam & in terminis l. si voluntate, C. de resc. ven. constat quam quisque contrahentium suam conditionem meliorem facere studeat, quam ejus quo cum contrahit, & adhuc jus canonicum se non intromittit.

en el caso en que el pleito lo hubiera yo movido contra aquel que de buena fe tenía la posesión de aquel siervo, en el supuesto de que al serme entregado éste por mandato del juez en reparación del perjuicio, el verdadero dueño hubiera tenido conocimiento de ello; pues si, por el contrario, suponemos que el dueño desconoce tal cosa, parece injusto el que sin su conocimiento se le prive de una cosa que le pertenece y por el contrario el que yo me enriquezca con ella sabiendo que es de otro; ya que en este caso el inocente y sin culpa sufriría el daño y yo contra conciencia y a sabiendas me lucraría de mala fe con lo ajeno.

Con todo, aun en este caso debe admitirse lo mismo, tanto atendido el derecho civil (1), cuanto el canónico. Porque si perece una cosa propia mía o bien por un suceso casual o de otro modo (2), tal detrimento he de ser yo y no otra persona el que lo soporte, y, si causa perjuicio a un tercero, debe igualmente recaer el perjuicio en el dueño de la cosa que lo causó, hasta igualar el valor de la cosa misma, conforme consta por todo el título *de noxalibus actionibus* de la Instituta, Código y Digesto (3). Por consiguiente, si un siervo tuyo me causó perjuicio y me fué entregado por mandato judicial, sin que tú ni otra persona saliera a su defensa, es justo que pase a ser propiedad mía como reparación del daño que me causó; y en este caso no tanto parece que haya buscado un lucro reprensible o injusto con detrimento de otro, cuanto que he recibido una justa reparación, recompensa o satisfacción por el daño que se me infirió; ni se considera que haya adquirido o buscado aquella cosa ajena por propia voluntad, sino obligado por la necesidad de recuperar lo que había perdido, y quien ejecuta un acto obligado por la necesidad debe ser piadosamente ayudado (4). Distinta de ésta es la causa de aquel que a sabiendas compró una cosa ajena de quien no era su dueño, ya que éste adquirió una cosa ajena no obligado por necesidad alguna, sino espontáneamente, por propia voluntad y contra conciencia y sin que antes aquella cosa le hubiera causado a él o a sus bienes daño

(1) En la citada ley *generaliter* del Digesto *de noxalibus act.*
(2) Según la ley *quae fortuitis* del Código, tít. *de pig. act.*
(3) Lo mismo consta por el tít. *si quadr. paup.* de la Instituta
(4) Según la ley *si fidejussor.* § *si necessaria.* Digesto, *qui satisd cogantur.*

Praeterea in §. item ea quae ab hostibus, & in §. cum ex aliena, insti. de rer. divi. & in aliis quam pluribus causis constat nobis auferri posse, & solere invitis, & ignorantibus rei nostrae dominium, neque possidenti impedimento esse, quod sciret illud nostrum fuisse, & citra factum nostrum a nobis forte ignorantibus, aut invitis abscesisse, quod plene diximus in illa q. an actiones, & alia jura semel praescripta restituerentur domino ex capite ignorantiae. Denique si juste possidet qui auctore praetore possidet, facitque fructus suos, & inde consequenter reliquas utilitates, quae a l. bonae fidei, & justis possessorib. condonatae fuerunt, quale est, quod faciet fructus suos, & reliqua id genus. l. juste possidet, ff. de acq. pos. cur non idem erit in acquisitione quoque proprietatis, cum tam mala fides, & scientia rei alienae eset in fructuum acquisitione quam in acquisitione proprietatis, & eadem aequitatis ratio militaret, eademque ratio peccati vitandi adesset in deneganda fructuum adquisitione ei, qui sciret alienum se possidere, quae militat in ipsius proprietatis adquisitione: verum utrumque lex positiva justissime admisit ex causa praeceden. quae non arguit ullam hujus possessoris turpitudinem, licet sciens alienum possideat. Sicque nec in peccato esse jure quis dixerit, & consequenter cessat ratio non modo potissima, sed etiam unica, qua nititur jus canonicum, quaeque expressa est in d. c. vigilanti, & in d. c. fi. de praescr. ut disseruimus in loco supra citato.

In summa quis negabit quin juste is missus in possessionem ex causa noxali rem illam possideat? nisi injurius

alguno que se intentara resarcir; por lo tanto, en este caso aquel conocimiento de tratarse de cosa ajena, produce con razón mala fe e impide la prescripción, cosa que no sucede en nuestro caso en el que el conocimiento de cosa ajena no hay razón para que cause mala fe o impida la prescripción y por tanto no tiene en él lugar la resolución, ni la razón, espíritu y sentido del citado capítulo final y del capítulo *vigilanti, de praescriptionibus*. Así vemos también según los términos de la ley *si voluntate* (1), con cuánto empeño intenta cada uno de los contratantes el conseguir partido más ventajoso que el de la parte con quien contrata y con todo el derecho canónico no se mezcla en ello.

Además, tanto en el caso del §. *item ea quae ab hostibus*, y del §. *cum ex aliena* de la Instituta *de rerum divis.* como en otras muchísimas causas, consta, que es posible y aun suele despojársenos del dominio de algo nuestro contra nuestra voluntad y aun ignorándolo nosotros, y que al posesor no le sirve del menor impedimento el saber que aquello había sido nuestro, y que sin acto alguno por nuestra parte nos veíamos privados de ello tal vez sin saberlo o contra nuestra voluntad, según lo expusimos extensamente al tratar la cuestión, sobre si las acciones y demás derechos una vez prescritos se restituirían al dueño en razón del desconocimiento de éste. Finalmente, si es justa la posesión de quien posee por concesión del pretor, y hace suyos los frutos, y por ello consigue las restantes utilidades que la ley ha adjudicado a la buena fe y a los que justamente poseen, como es el hacer suyos los frutos y demás beneficios de esta naturaleza (2), por qué no ha de suceder también lo mismo en la adquisición de la propiedad, ya que tan mala fe y conocimiento de cosa ajena existía en la adquisición de los frutos como en la adquisición de la propiedad, y una misma razón de equidad militaría, e igual motivo de evitar un pecado existiría en el denegar la adquisición de los frutos a quien sabía estar en posesión de una cosa ajena, que militaría tratándose de la adquisición de la propiedad misma. Pero con suma justicia la ley positiva admitió ambas cosas por la antedicha razón; porque no arguye maldad alguna en tal posesor, aun

(1) Del Código *de rescind. vendit.*

(2) Según la ley *juste possidet* del Digesto, tít, *de acquir. possessione.*

vellis uti is jus suum deserat, & abjiciat contra text. cum Gloss. in l. ut vim. ff. de just. & jure, ubi omnes, sed ut exordium capiat praescriptio nihil aliud desideratur nisi quod initium possidendi non sit injustum, l. cum haeres. ff. de divers. & tempor. & licet jure canonico desideretur, ut etiam postea ante impletam praescriptionem non superveniat mala fides. d. c. fi. tamen hic ponimus pro constanti non supervenisse, sed progressum possidendi tam justum esse quam initium, ergo, & c.

5. † Ergo rectissime & opportune dictum fuit ab Angelo in l. 1. nu. 63. C. de judi. non esse bonam consequentiam habeo scientiam rei alienae, ergo videor habere malam fidem, & praescribere vetor, quod si diceres cur improbe non curasti, ut citaretur verus dominus illius servi qui tibi noxam dedit, forte enim si resciret, damnum resarciret, servumque suum recuperaret, respondeam improbum, aut malae fidei non posse videri eum, qui illius servi bonae fidei possessorem interpellatum voluit, non etiam verum dominum, quia lex eum ad hoc obligavit non ultra, & justissimum sufficiensque esse praesumitur, quod lege cautum fuit, ut plene per Tiraquel. de utroque retra. in praefatione, n. 75. si enim ad tot ambages, & laboriosas diligentias me lex obligaret, forte essent quam plures, qui maluissent jus suum missum facere, & abjicere, quam tot labores subire, totque molestias ferre, argu l. quia poterat. ff. ad Trebell. sicque cessat illa ratio, quod res inter alios acta, & c. ut per totum, C. res inter alios acta, nam hic legi positivae sat fuisse visum fuit,

cuando a sabiendas tenga la posesión de aquella cosa ajena, por lo que nadie podrá decir con derecho, que dicho posesor se halla en pecado y por consiguiente cesa la razón no sólo fundamental, sino la única en que se apoya el derecho canónico y que se hace constar en el capítulo *vigilanti* y final *de praescript.* conforme lo hemos tratado arriba en el lugar citado.

En suma, ¿quién podrá negar que quien ha sido puesto en posesión de alguna cosa por sentencia en juicio noxal, posea con justicia dicha cosa? A no ser que injustamente pretendas que éste abandone y desprecie su propio derecho, contra lo que defiende el texto y la glosa de la ley *ut vim* (1), como también todos los comentaristas de ella. Pero para dar principio a la prescripción no se requiere otra cosa sino que el comienzo de la posesión no sea injusto (2), y aunque el derecho canónico exige además el que posteriormente no sobrevenga mala fe antes de que se complete la prescripción (3), sin embargo, aquí tratamos del caso en que ésta no ha sobrevenido en todo el trascurso, sino que la continuación de la posesión ha sido tan justa como el principio, luego, etc.

Vemos, pues, que con toda razón y acierto afirmó An- 5.
gel (4), no ser ésta buena consecuencia: tengo conocimiento de ser la cosa ajena, luego parece que estoy en mala fe y por lo tanto se me deniega la prescripción. Y si me objetares que por qué maliciosamente no he procurado que se citara al verdadero dueño de aquel siervo que me causó el daño, ya que tal vez si hubiera tenido conocimiento, hubiera reparado el daño y recobrado su siervo, te responderé que no puede considerarse como malvado o de mala fe, el que procuró que se citara al posesor de buena fe de aquel siervo y no al verdadero dueño, puesto que la ley le obligaba a lo primero y a nada más, y lo que la ley ha dispuesto se presume sumamente justo y suficiente, según extensamente lo expone Tiraqueau (5). Porque si la ley nos obligara a tantos rodeos y trabajosos trámites, tal vez habría muchísimos que preferirían dar de lado y abandonar un derecho propio a soportar tantos

(1) Del Digesto, tít. *de just. et jure.*
(2) Según la ley *cum haeres* del Digesto, tít. *de divers. et tempor.*
(3) Conforme al cit. cap. final *de praescr.*
(4) Al comentar la ley 1.ª del Código *de judiciis*, núm. 63.
(5) *De utroque retract.* en el prólogo, núm. 75.

quod res ageretur inter me, qui damnum passus fui, & possessorem justum illius servi damnum dantis, nec exegit, praeterea, ut etiam notum fieret vero domino. Haec autem omnia jura & rationes ex aequo militant in eo, qui missus fuit in possessionem ex causa damni infecti, sicque erit idem jus, ut in sui generalitate probant plures leges, l. praetoris, in princ. l. his, l. si finita. §. si de vectigalibus, ff. de damno infecto, elegans tex. in d. l. si finita §. non autem statim

6. † ubi dominus rem suam quasi pro derelicto habuisse videtur, cum cavere noluit, aut non curavit, sicque quasi rei suae dominium ei concessisse qui in possessionem missus fuit, licet per quanti temporis cursum dominus rem suam pro derelicto habuisse videatur, non tam lege definitum, quam judicis arbitrio relictum videatur, ut est communis opinio quam tenent Gloss. & communiter Doctores ibi, estque communis opinio secundum Jas. qui eam sequitur in l. 1. col. fi. C. de servis fug. Idem in l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acquir. posse. nu. 84. Gloss. Paulus & Alex. in l. si de eo, §. 1. eod. tit. pro nobis bonus text. in l. locorum, & in l. qui agros. C. de omni agro deserto. lib. 11.

In summa cum quis a lege punitur nihil opus est consensu ipsius puniti, sive ob culpam, ut in prin. & fere per totum instit. de oblig. ex quasi delicto, puniatur, sive etiam puniatur ob dolum, ut in furto & similibus, ut probatur in l. 1. & 2. ff. de legibus, l. 1. ff. de just. & ju. diximus plene in tract. de successi. creati. §. 30. ad fin. Cum ergo in terminis, d. l. generaliter, ff. de noxalibus act. & in toto illo tit. & C. & instit. eod. tit. dominus puniatur per culpam

trabajos y a sufrir tantas molestias (1). Por lo tanto no tiene lugar aquel argumento de que «a nadie pueden perjudicar las cosas realizadas por otras personas», según consta por todo el título del Código *res inter alios acta*. Porque en nuestro caso juzgó ser suficiente la ley positiva que el asunto se ventilase entre mí, que soy el que padeció el daño y el posesor de buena fe de aquel siervo causa del daño, sin exigir además el que se diera también conocimiento de ello al verdadero dueño. Todas las leyes y razones expuestas tienen igual valor tratándose de quien ha sido puesto en posesión de alguna cosa en razón de daño que amenaza *[damni infecti]* y por consiguiente regirá el mismo derecho, conforme lo prueba el sentido general de numerosas leyes (2). Muy del caso es el notable texto de la ley *si finita* (3) citada, donde aparece que 6.
el dueño que no quiso buscar caución o no se cuidó de una cosa que le pertenecía, parece haberla dejado con intención de no retener su propiedad *[pro derelicto]*, y por tanto que en cierto modo ha concedido el dominio de aquella cosa suya a aquel en cuyas manos se ha puesto la posesión de ella, si bien el señalar el plazo de tiempo durante el cual se considera haber tenido el dueño aquella cosa suya *pro derelicto*, no tanto parece haberlo definido la ley, cuanto haberse dejado al arbitrio del juez, según la común opinión que sostiene la glosa y doctores al comentar tal ley (4).

En una palabra, cuando uno es castigado por la ley, para nada se necesita el consentimiento del mismo castigado, tanto si el castigo se le impone por alguna culpa (5), cuanto si lo fuera por dolo, como sucede con el hurto y actos semejantes, según consta por varias leyes (6) y según extensa-

(1) Conforme a la ley *quia poterat*, Digesto, tít. *ad Trebell.*

(2) La ley *praetoris* en la introducción, la ley *his*, la ley *si finita*, §. *si de vectigalibus*, todas del Digesto, tít. *de damno infecto*.

(3) En el §. *non autem statim*.

(4) Lo mismo afirma Jasón al comentar la ley 1.ª, colum. final, Código *de servis fugitivis*, donde admite también esta opinión que llama común, como también en la ley *naturaliter*, §. *nihil commune* del Digesto *de acquir. possessione*, núm. 84; la glosa, Pablo y Alejandro afirman lo mismo en la ley *si de eo*, §. 1.º del mismo título; es también un buen texto en nuestro apoyo el de la ley *locorum* y de la ley *qui agros* del Código *de omni agro deserto*, lib, 11.

(5) Según consta por la introducción y por casi todo el tít. *de obligat. quae ex quasi delicto*.

(6) Tales son la ley 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *de legibus* y la ley 1.ª del Digesto, tít. *de justi. et jure*.

servi, vel si non punitur, saltem damnum sentiat, quid opus est domini consensu? certe nihil nam & similiter aliquando filius ponitur ob culpam patris, l. quisquis, per totam. C. ad leg. Juli. maj. licet regulariter contra per totum. C. ne filius pro patre, per totum ne uxor pro marito, & l. si quis in suo, §. legis, ubi Doct. C. de inof. tes. & in quibus casibus, lex dum te punire vellet, tuum tibi adimere voluit, & in me transferre, neque tibi prodest ignorasse, vel consensum non praestitisse, neque mihi obest scientia rei alienae, quia novum non est ut lex dum unum punire, alterum vero praemio afficere vellet, res suas punito auferat, & in illum transferat ex toto vel ex parte, quale est in eo qui fecit manifestum tacitum fideicommissum, & similia.

Et id mihi videtur probari, in c. 1. de praescrip. & in c. placuit, 16. q. 3. & in d. l. locorum, & in d. l. qui agros. C. de omni agro deserto, lib. 11. ubi episcopus si est negligens circa fidei catholicae doctrinam disserendam, & alter episcopus forte vicinus operam dedit huic rei, tunc brevi tempore quasi praescriptione jus episcopi negligentis transfit in alterum diligentem. Et agricola qui agrum reipublicae non colebat, quasi praescriptione a jure, quod ibi habebat, submovetur biennio, idque jus transfertur in alterum agricolam, vicinum forte, qui illum agrum excolebat, & curabat, & cum ista juris ademptio & translatio contingat non tam ex causa praescriptionis, quam ex causa punitionis minime opus est consensu puniti, ut dixi in loco supra citato, minimeque nocet, quod is in quem transfertur ea res praemii loco sciat olim fuisse alienam, & is quidem videtur ad dicta jura

samente lo hemos expuesto en la obra *De succes. creatione* (1). Como, pues, según los términos de la citada ley *generaliter* (2), y de todo el título *de noxalibus actionibus* (3), el señor sea castigado por la culpa de su siervo, o si no es castigado, al menos sufre el daño, ¿qué necesidad hay para ello de su consentimiento? Ninguno ciertamente. Del mismo modo vemos también que el hijo sufre a veces el castigo por la culpa del padre (4), si bien generalmente sucede lo contrario, según consta por numerosas disposiciones (5); pues bien, en todas aquellas cosas en que la ley, queriendo imponerte un castigo, quiso despojarte de una cosa que te pertenecía y dármela a mí, ni a ti te aprovecha de nada el haberlo ignorado o el no haber dado tu consentimiento, ni por el contrario a mí me perjudica el conocer que la cosa es ajena, porque no es una novedad el que cuando la ley quiere castigar a uno, al mismo tiempo que premiar a otro, despoje de sus bienes al que castiga y los pase en todo o en parte al que premia, como en el caso en que uno hiciera público un fideicomiso secreto y en otros semejantes.

Esto mismo parecen probar diversas disposiciones (6), en algunas de las cuales aparece que si un obispo se mostró negligente en difundir la doctrina de la fe católica, mientras otro obispo, tal vez próximo a él, se consagró con empeño a esta empresa, en tal caso en poco tiempo y como por una especie de prescripción el derecho del negligente pasa al otro obispo diligente. Por otras aparece que al labrador que dejaba de cultivar un campo del Estado, se le despojaba al cabo de dos años como por una especie de prescripción del derecho que sobre él tenía; derecho que se trasfiere a otro labrador, tal vez inmediato que cultivaba y cuidaba dicho campo. Y como esta privación y traslado de algún derecho

(1) Al final del §. 30.

(2) Del Digesto, tít. *de noxalibus actionibus*.

(3) Tanto del Código como de la Instituta.

(4) Según consta por toda la ley *quisquis* del Código, tít. *ad legem Jul. majest.*

(5) Por todo el tít. *ne filius pro patre* y *ne uxor pro marito* del Código y por la ley *si quis in suo*, §. *legis* del Código. tít. *de inof. testam.* que los doctores comentan en este sentido.

(6) Tales son: el cap. 1.° *de praescript.*, el cap. *placuit*, 16, cuest. 3.ª; la ley *locorum* y la ley *qui agros* del Código *de omni agro deserto.*, lib. 11.

longe verior sensus, & intellectus, quam eorum, qui ajunt illud contingere quasi ex tacito consensu vel illius episcopi damnum passi, vel illius agricolae damnum passi.

7. † Nam & si indubitatum fuisset dictum episcopum, illumve agricolam, suam dioecesim, agrumve suum deserere noluisse, quia forte id ita protestati fuerunt, adhuc tamen ea praescriptio, vel ea ademptio & translatio locum haberet, ut patet aperte ex generalitate, mente, & sensu illorum jurium. Unde quod Doctores communiter sentiunt, ut testatur dissertissimus Covarru. ubi supra. §. 11. nume. 8. versi. hanc vero praescriptionem, nempe in d. c. fi. speciale esse favore fidei catholicae, ut ibi cum mala fide, vel cum scientia rei alienae praescriptio procedat, sane longe suspectum est, quod regulare potius sit, ubi non tam de praescriptione, quam de punitione agitur, & ea juris tam ademptio quam translatio magis, per punitionis quam per praescriptionis interventum, contigisse videtur. Sicque videbis ut intelligendum sit quod scribit Bar. in d. l. qui agros, & Jas. insti. de acti. nu. 72. §. omnium. Quinimo tam longe abest, ut acquisitioni quae fit in terminis d. c. 1. de praescrip. obsit scientia juris alieni, quod potius prodest, & juvat, nam cum illa acquisitio, quae a lege inducitur per modum ademptionis, & translationis, ac punitionis, quia adimitur Episcopo negligenti, & transfertur in alterum Episcopum gnavum, pium ac strenuum, fiat in praemium unius, & poenam alterius, expedit reipublicae manifestam esse hujusmodi rem, quo magis alii metu poenarum, alii praemiorum exhortatione boni fiant,

tenga lugar no tanto por razón de prescripción cuanto por razón de castigo, no es necesario en obsoluto el consentimiento del castigado, conforme lo hemos expuesto en el lugar arriba citado, y nada perjudica el que, el individuo a quien se trasfiere aquella cosa como premio, sepa que anteriormente pertenecía a otro; y este sentido y explicación de las citadas leyes nos parece mucho más conforme a verdad, que la explicación que proponen quienes sostienen tener lugar lo expuesto, como por un tácito consentimiento o del obispo perjudicado en el primer caso, o del labrador que sufrió el daño en el segundo.

Porque aun cuando hubiera sido evidente que aquel 7.
obispo o aquel labrador no quisieran abandonar el primero su diócesis y el segundo su campo, porque tal vez así lo declararon expresamente, sin embargo, a pesar de tal protestación tendría lugar aquella prescripción o aquella privación y traslado de derecho, según es manifiesto por la mente, por el sentido y generalidad de aquellas leyes. Por consiguiente, lo que generalmente opinan los doctores, según lo atestigua el elocuentísimo Covarrubias (1), a saber, ser una cosa particular en favor de la fe católica el que, aun con mala fe o con conocimiento de ser la cosa ajena, tenga lugar la prescripción a que se refiere el citado capítulo final *de praescript.*, a nosotros nos parece muy sospechoso, ya que más bien así sucede generalmente, siempre que se trate más que de una prescripción, de un castigo; y en nuestro caso tanto la privación de un derecho cuanto el traspasarlo a otro, más parece haber tenido lugar por razón de castigo que de prescripción. De aquí colegirás cómo se ha de entender lo que escribe Bartolo acerca de la ley *qui agros* y Jasón sobre la Instituta *de action.*, núm. 74, §. *omnium*. Mas aún, tan lejos está de perjudicar para una adquisición que tenga lugar conforme a los términos de la ley 1.ª *de praescriptionibus*, el conocimiento de ser ajena la cosa que se adquiere, que antes bien es provechosa y ayuda. Porque como aquella adquisición que la ley concede a título de privación, traslado y castigo, al privar de dicha cosa al obispo negligente y al trasferirla a otro obispo diligente, piadoso y activo, tenga lugar como premio de uno y castigo del otro, es muy con-

(1) *Ubi supra*, §. 11, núm. 8, versic. *hanc vero praescript.*

arg. l. 1. ff. de just. & jure. Praeterea cum talis juris translatio fiat a lege quasi in praemium diligentiae illius, scientia hac in re non nocet, sed juvat arg. l. 2. de condit. & demon.

8. Ex quibus † non minus utiliter quam nove videtur inferri ac colligi valere leges civiles definientes jurium ac debitorum praescriptiones etiam a scientibus & sic cum scientia juris alieni valere, arg. l. omnes, & l. sicut in rem. C. de
9. praescrip. triginta annorum. † juncto. d. c. fi. de praescrip. nam si sola culpa domini illius rei jurisve de cujus praescriptione agitur praebet possessori vel quasi possessori illius rei etiam scienti justam causam praescribendi, juxta d. c. 1. d. l. locorum. d. l. qui agros, & in culpa ignaviae est ille qui rem suam vel jus suum per longissimum tempus negligit, inque punitionem hujus culpae a lege fit illius rei jurisve translatio in possessorem vel quasi, ergo illius acquisitio justa & legitima videbitur, nec est cur malam fidem habere dicatur, non magis quam in omnibus speciebus supra relatis, in quibus diximus, dominium rei invito aut ignaro domino in alterum transferri.

Quid dicendum? & sane longe distat, utrum culpa domini illius rei, vel juris de cujus praescriptione agitur esset punibilis an vero impunita, priore casu non est novum aut iniquum ut ille re sua privetur, quae in alterum transferatur etiam scientem, nec per hoc in mala fide esse videtur, meritoque illius peccantis hoc fit, caeterum quod rem meam neglexerim vel culpa non est, vel saltem punibilis non est, inspecta legis censura, quia mihi tantum rebusve meis nocui &

veniente para la república que ésto sea a todos manifiesto, para que con más empeño unos por el miedo de los castigos y otros por el aliciente de los premios se hagan buenos (1). Además, como el traspaso de aquel derecho lo ejecuta la ley como en premio de la diligencia de tal sujeto, el conocimiento no sólo no perjudica en tal asunto sino que ayuda (2).

De lo dicho parece inferirse y colegirse, con no menor utilidad que novedad, ser válidas las leyes civiles que determinan las prescripciones de derechos y deudas aun para quienes conocen ser éstas ajenas y por tanto, que son válidas aun con el conocimiento del derecho ajeno (3). Porque si la sola culpa del dueño de aquella cosa o derecho de cuya prescripción se trata, concede al posesor o *quasi* posesor de la misma justa causa para la prescripción, aun conociendo tratarse de una cosa ajena (4), quien descuida durante larguísimo tiempo una cosa o derecho suyo, incurre desde luego en culpa de desidia, y la ley, en castigo de tal culpa, traspasa dicha cosa o derecho al posesor o *quasi* posesor de la misma; así que aquella adquisición se considerará justa y legítima, ni para afirmar que se halle en mala fe, hay mayor motivo que en todos los restantes casos expuestos arriba, en los cuales afirmamos traspasarse la propiedad de una cosa aun contra la voluntad y conocimiento del dueño. 8. 9.

¿Qué solución hemos de dar? Desde luego decimos ser muy grande la diferencia, según que la culpa del dueño de la cosa o derecho, de cuya prescripción se trata, fuera punible o no lo fuera. En el primer caso nada nuevo o injusto hay en que aquel dueño se vea privado de la cosa que le pertenecía y que se trasfiere a otro aun conocedor de ésto, sin que por tal conocimiento se considere hallarse en mala fe; pena de la que es merecedor aquel culpable. Pero en el segundo, el haber descuidado una cosa mía o no supone culpa, o por lo menos no es punible atendido el criterio de la ley, porque sólo a mí o a mis cosas causé perjuicio y a nadie más, ya que tratándose de cosas propias no cabe la menor duda que puedo disiparlas, y hacer de ellas recto o

(1) Conforme lo prueba la ley 1.ª del Digesto, tít. *de just. et jure.*

(2) Pruébalo la ley 2.ª del Digesto, tít. *de condi. et demonstr.*

(3) Como lo prueban la ley *omnes* y la ley *sicut in rem* del Código, tít. *de praescript. trig. annorum*, juntamente con el cap. final *de praescript.*

(4) Conforme al citado cap. 1.º y a las citadas leyes *locorum* y *qui agros.*

praeterea nemini, nec dubium est quin res meas possim prodigere eisque uti & abuti. l. sed & si lege. §. consuluit. ff. de pet. haere. ibi, dum re sua se abuti putant, l. 1. §. & magis verbo prodegit. ff. si quid in fraudem patro. l. in re mandata. C. mand. Merito ergo licet culpa commissa circa rem meam sine ullo omnino alicujus nocumento aut laesione non efficiat, quo magis res mea a sciente praescribatur ut d. c. fi. tamen commissa circa jus meum aut circa rem meam cum ecclesiae vel reipublicae laesione efficit, ut etiam a sciente id jus meum adquiri aut praescribi possit, quasi isto casu justior sit legis punitio quam superiore casu foret, ita praecedit d. c. 1. d. l. qui agros. d. l. locorum, estque non minus nova quam vera & utilis istorum jurium concordia inspecta juris canonici interpretatione, nam de jure civili ex alio forte capite etiam in terminis d. l. sicut. & d. l. omnes. procederet praescriptio, nempe quod lex civilis post tantam creditoris negligentiam & taciturnitatem praesumat debiti remissionem tacitamque concessionem, quam interdum etiam
10. per unius tantum anni taciturnitatem praesumit † ut §. fi. inst. de injur. quo casu nullus unquam dubitavit quin legitima esset acquisitio & praescriptio ex parte injuriantis utcunque jus injuriam passi minime ignoraret, nec per hoc malam fidem videretur habere. Et licet regulariter suum jus jactare aut remittere nullus praesumatur. l. cum de indebito. ff. de probatio. fallit tamen ratione temporis praetereuntis, interdum brevioris ut. d. §. fi. interdum longioris ut d. l. sicut. & d. l. omnes. & cum illius creditoris qui per triginta annos tacuit, animus soli Deo notus sit, & praeterea nemini,

torcido uso, según consta por numerosas leyes (1). Con toda razón, pues, aunque la culpa cometida por mí contra una cosa mía, pero sin dañar ni perjudicar en absoluto a otra persona alguna, no sea razón para que dicha cosa mía pueda ser prescrita más fácilmente por quien de ello tiene conocimiento (2), sin embargo, la culpa cometida contra un derecho o cosa mía, pero con daño de la Iglesia o del Estado, hace que aquel derecho mío pueda ser adquirido y prescrito aun por quien tiene de ello conocimiento, como si en este segundo caso fuera más justo el castigo de la ley, que lo sería en aquel primero y tal es el sentido del citado capítulo 1.°, de la ley *qui agros* y de la ley *locorum*, y así se armonizan, con no menor novedad que verdad y provecho estas leyes, atendida la interpretación del derecho canónico; porque atendido el derecho civil, tal vez tuviera también lugar la prescripción por otro motivo, conforme al sentido de la ley *sicut* y *omnes* ya citadas, a saber, porque después de tan grande negligencia y silencio del acreedor, con razón presume la ley civil, el perdón de la deuda y una tácita concesión, cosa que a veces, aun por la tolerancia de un solo año, presume la ley, como en el caso que consta en el §. final de la Instituta *de injuriis*, en el que nadie jamás dudó de cuán justa fuera la 10.
adquisición y prescripción por parte del injuriador (3), aun cuando en modo alguno desconociera ser un derecho del injuriado, sin que por ello se considere hallarse en mala fe. Y aun cuando como regla general no se admite la presunción de que alguno abandone o ceda su derecho (4), ésto, sin embargo, tiene una excepción en razón del tiempo trascurrido, en unos casos más breve (5) y en otros más dilatado (6). Y como de solo Dios y de nadie más sea conocida

(1) Tales son: la ley *sed etsi lege*. §. *consuluit*, Digesto, tít. *de pet. haereditatis* en las palabras *dum re sua se abuti putant;* la ley 1.ª, §. *et magis* en la palabra *prodegit*, Digesto, tít. *si quid in fraudem patroni*, y la ley *in re mandata*., del Código, tít. *mandati*.

(2) Según el cap. final *de praescript*.

(3) Trata este §. de que si uno recibe una injuria y la abandona, es decir que si luego de recibirla no hubiera reclamado contra ella, si después se arrepintiere, no puede volverse a reclamar la injuria perdonada. (T.).

(4) Conforme a la ley *cum de indebito*, Digesto, *de probationibus*.

(5) Como en el citado §. final, Instituta *de injur.*

(6) Como en la ley *sicut y omnes* citadas.

tam justa est praesumptio legis civilis suspicantis creditorem jus suum remisisse aut pro derelicto habuisse vel neglexisse, quam praesumptio legis canonicae aliud interpretantis, sicque istarum legum juriumve neutrum poterit alterum juste incusare, nam unusquisque abundat in sensu suo variaeque sunt opiniones legumlatorum & aliorum. l. quia poterat, ff. ad Trebellia. Bal. in l. non omnium, & in l. de quibus, col. 10. ff. de legib. fuse per Andraeam Tiraquell. de utroque retra. in praefat, num. 75. fallit quando creditor erat ignarus, nam tunc non poterit videri jus suum remisisse. l. mater decedens, ff. de inoffic. testa. sicque hoc casu videretur standum esse juri canonico ut d. c. fina. nisi & hoc casu velis stare generalitati juris civilis, & d. l. sicut. d. l. omnes, easque hoc colore defendere ac tueri, quod post tam longissimum tempus denegetur creditori litis ingressus & probandi facultas propter suspicionem falsitatis & machinationis, quae facile veteribus in rebus fieri solet, & quia is qui post tantum tempus convenitur forte jam persolverat, licet post tantum tempus probare solutionem nequeat, & hoc plus placet (quod tamen dic ut plenius, infra. c. incip. actio personalis), quod tunc procederet solum in foro contentioso civili, non sic in foro conscientiae, is enim recidit in illud praeceptum juris naturalis & divini quod suadet ne alteri facias quod tibi non vis, & suspicio falsitatis cessat quoad hunc qui hujus rei notitiam certam habet.

Alia plura fundamenta ad justificationem eorum omnium quae hoc capite continentur collige ex c. praecedenti quod incipit quoad sextum.

la intención de aquel acreedor que guardó silencio durante treinta años, tan justa es la presunción de la ley civil al interpretar que aquel acreedor ha perdonado o ha abandonado o despreciado su derecho, como lo es la presunción de la canónica al admitir la interpretación arriba expuesta. Por consiguiente, ninguna de estas dos clases de leyes o derechos [civil o canónico] podrá con justicia combatir al otro, puesto que cada uno de ellos encierra verdadero sentido, siendo además diversas las opiniones de legisladores y comentaristas (1). Exceptúase cuando el acreedor se hallara ignorante del caso, ya que entonces no se podrá considerar que ha perdonado su derecho (2) y por tanto entonces parece que hemos de atenernos al derecho canónico, en el citado capítulo final; a no ser que aun en este caso prefieras atenerte al sentido general del derecho civil y de las citadas leyes *sicut* y *omnes*, defendiéndolas y sosteniéndolas bajo este aspecto, a saber, que después de tan dilatadísimo tiempo se le ha de denegar al acreedor el ingreso al pleito y la facultad de aducir pruebas, a causa de la sospecha de falsedad y maquinación que suelen tener fácil cabida tratándose de cosas tan antiguas, o también porque aquel contra quien se mueve pleito después de trascurrido tanto tiempo, tal vez había ya pagado, aun cuando no pueda probar después de tan dilatado tiempo que ha realizado el pago, esta segunda solución es más de nuestro agrado (3). Lo expuesto, sin embargo, sólo tiene cumplimiento en el foro contencioso civil, pero no en el foro de la conciencia, ya que este caso cae dentro de aquel precepto del derecho natural y a la vez divino que ordena no hacer a otro lo que no se quiere para uno mismo, y la sospecha de falsedad no puede admitirla quien tiene conocimiento cierto del asunto.

Otros muchos argumentos para justificar toda la doctrina expuesta en este capítulo podrás hallarlos en el capítulo anterior que empieza *quoad sextum*.

---

(1) Cita las siguientes: la ley *quia poterat* del Digesto, *ad Trebellianum;* a Baldo al comentar la ley *non omnium* y la ley *de quibus*, colum. 1.ª. Digesto *de legibus* y a Andrés Tiraqueau que trata ésto extensamente en el núm. 75, introducción *de utroque retractat.*

(2) Según la ley *mater decedens* del Digesto, tít. *de inof. testam.*

(3) Sobre este punto hallarás más extensa doctrina más adelante en el capítulo que empieza *actio personalis.*

CAPVT LXXIII

SUMMAE

1. *Intellectus l. neque fructuarium, C. de usufru.*
2. *Haeres quod defunctus mala fide possidebat, an longo tempore praescribat, egregia quaestio.*
3. *Mala fides auctoris an noceat successori universali.*
4. *Intellectus, l. cum haeres. ff. de diver. & temp. & praesc.*
5. *Mala etiam fide a defuncto possessum an haeres praescribat longo tempore: contra communem.*
6. *Mala fides incidens post coeptam a defuncto praescriptionem non impedit, quin haeres eam possit perficere, etiam si velit uti accessione temporis defuncti, contra communem.*
7. *Mala fides auctoris an impediat praescribi eandem rem ab haerede, ardua pugna.*
8. *Praescriptio triginta annorum jure. ff. erat tamen cognita.*
9. *Mala fides impedit praescriptionem triginta annorum jure canonico, & civili, quod obtinet in vera mala fide, aliud in ficta.*
10. *Intellectus novus, l. cum haeres. ff. de diver. & temp. praescrip.*
11. *Intell. l. neque fructuarium, C. de usufru.*
12. *Nostrum quando pro derelicto videamur habere.*
13. *Malae fidei vitium potest purgari.*

CAPÍTULO LXXIII

SUMARIO

Sentido de la ley *neque fructuarium* del Código, título *de usufructu*. 1.

¿Puede el heredero conseguir la prescripción por el largo trascurso de tiempo, de lo que el difunto poseia de mala fe? Cuestión notable. 2.

La mala fe del difunto, ¿perjudica al heredero universal? 3.

Sentido de la ley *cum haeres*, Digesto, título *de diversis et temporalibus praescriptionibus*. 4.

¿Puede el heredero, en virtud del largo trascurso de tiempo, conseguir la prescripción aun de lo que el difunto poseyó de mala fe? Contra la común opinión. 5.

La mala fe que sobreviene después de haber empezado el difunto la prescripción, no es obstáculo para que el heredero pueda completarla, aun cuando quiera añadir el tiempo de la posesión del difunto; contra la común opinión. 6.

La mala fe del difunto, ¿impide que el heredero consiga la prescripción de lo que aquél poseía de mala fe? Cuestión muy debatida. 7.

La prescripción de treinta años era desconocida en el derecho ff. 8.

La mala fe impide la prescripción de treinta años, según el derecho canónico y civil; pero ésto tiene lugar cuando se trata de verdadera mala fe, no cuando es *ficta*. 9.

Sentido de la ley *cum haeres* del Digesto, título *de diver. et tempor. praescript.* 10.

Sentido de la ley *neque fructuarium* del Código, título *de usufructu*. 11.

¿Cuándo se considera que renunciamos a la propiedad de lo que nos pertenece? 12.

El vicio de la mala fe puede corregirse. 13.

14. *Praescriptio de jure canonico, si est annorum triginta procedit, si haeres sit in bona fide, licet defunctus fuisset malae fidei possessor, cum communi contra alteram communem. Idem de jure civili, cum communi, contra alteram communem.*
15. *Praescriptio triginta annorum in persona haeredis non magis justificatur ex confectione inventarii, quam si illud non confecisset, contra Alex. Jas. Felin. Balb.*
16. *Praescriptio tam impeditur ex uno vitio, quam ex multis, cum quibusdam, contra alios.*
17. *Mala fides defuncti haeredi non nocet, quoad rem non quasi haereditariam apprehensam.*
18. *Mala fides non potest non esse praesumpta contra Doctores.*
19. *Error juris non inducit malam fidem, contra Doct.*
20. *Mala fides ficta quando noceat.*
21. *Mala fides auctoris an noceat successori in dignitate.*

1. QUIDAM † fundum praecario possidebat, & decessit, ejus haeres eundem fundum ignorans alienum, & sic bona fide per annos triginta possedit, quaeritur an praescripserit? quod negat Pau. in l. neque fructua-
2. rium, nu. 2. C. de usuf. & refert se ita consuluisse, nec tunc de illa lege meminisse, cujus legis verba ita habent: neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum, quarum usumfructum habet, neque successores ejus ex ea causa tenentes, ulla temporis praescriptio munit, sed, cum ususfr. finiatur morte. §. finitur, insti. de usufru. l. antiquitas. C. eod. & l. corruptionem, ibid. videbatur illius fructuarii successores posse praescribere annis triginta, tunc quia jam non ex ea causa scilicet ususfru. qui morte erat extinctus,

Conforme al derecho canónico, la prescripción, si es de treinta años, tiene lugar si el heredero se halla en buena fe, aun cuando el difunto hubiera poseído de mala fe; lo mismo también según el derecho civil; en ambos casos opinión común contra otra opinión asimismo común. 14.

La prescripción de treinta años, tratándose de la persona del heredero, lo mismo se justifica por haber hecho inventario que si no lo hubiera hecho; contra Alejandro, Jasón, Felino y Balbo. 15.

Lo mismo impide la prescripción un solo vicio, que muchos; con algunos autores en contra de otros. 16.

La mala fe del difunto no perjudica al heredero en cuanto a la cosa que adquirió no como hereditaria. 17.

La mala fe es necesariamente presunta, por ser invisible y de solo Dios conocida. 18.

El error de derecho no causa mala fe, contra algunos doctores. 19.

¿Cuándo perjudica la mala fe *ficta*? 20.

La mala fe del difunto, ¿perjudica a su sucesor en la dignidad? 21.

Cierto individuo poseía en precario una finca y murió; su heredero, ignorando que aquella finca fuera ajena, y por tanto de buena fe, retuvo la posesión durante treinta años; se pregunta, si consiguió la prescripción. Niégalo Pablo de Castro al comentar la ley *neque fructuarium* (1), y dice haber resuelto antes afirmativamente esta cuestión, sin tener entonces presente la anterior ley cuyas palabras son de este tenor: «ni el usufructuario, ni sus sucesores, si poseen por el mismo título, pueden adquirir por prescripción la propiedad de las cosas de las que tienen el usufructo, sea cual fuere el tiempo que las hubieren poseído». Pero como el usufructo se termine con la muerte (2), parecía que los herederos de aquel usufructuario, podrían obtener la prescripción por el trascurso de treinta años, ya porque la causa por la que ahora poseían no era la misma, es decir, no era el usufructo que con la muerte se había extinguido, sino otra nueva, a saber, 1. 2.

(1) Del Código, tít. *de usufructu*, núm. 2.

(2) Según el §. *finitur* de la Instituta *de usufructu;* la ley *antiquitas* del Código del mismo título y la ley *corruptionem* también del mismo.

possidebant, sed, ex nova causa, scilicet tit. pro haerede, quod legitimus est ad praescribendum, per totum, ff. & C. pro haerede, tunc etiam quia in praescriptione longissimi temporis titulus necessarius non est de jure civili, ut in l. sicut, & in l. omnes, C. de praescrip. triginta annorum, ubi tradunt communiter tam Glossatores, quam reliqui, neque etiam de jure canonico, si modo adsit bona fides, ut tradunt communiter Doct. in c. fi. & in c. vigilanti, de praesc.

Huic objectioni, quam Paul. praesensit, ubi supra, nullum responsum dedit, licet ita transeat victus illius legis auctoritate, perperam, ut nobis videtur, intellectae, & sane contrarium ibi sentiunt, Alberi. & Odofred. dum tex. illum quatenus loquitur de successoribus fructuarii, intelligunt, in quibus casibus usufru. transit ad haeredes, ut in l. antiquitas, cum ibi notatis, C. de usufr. isque intellectus necessarius est, quia tex. loquitur quando haeredes fructuarii ex eadem causa possidebant, & sic ex causa ususfru. quod contingere non poterat nisi cum ususfructus ad haeredes transiisset, unde in terminis illius legis, licet idem Pau. Cast. ibi neget currere praescriptionem annorum triginta, tamen idem Alberi. & Odofr. in contrarium inclinant, quod nominatim etiam sequuntur. Jacobus But. Bal. Salice. & alii communiter ibi post Accursium ibi, in Gl. fi. quod & sentit Fulgos. dum ait ex eadem causa possidentes haeredes fructuarii praescribere non posse, significans ex alia causa posse. Unde cum is, qui in jus succedit alterius, justam ignorantiae causam censeatur habere, c. is qui in jus, de regulis jur. in sexto, lege,
3. qui in jus, ff. eod. † cumque titulus pro haerede sit sufficiens causa ad praescribendum, sequitur haeredem fructuarii, si sit bonae fidei, quod in dubio praesumitur, posse usucapere etiam longo tempore, si velit a se inchoare praescriptionem,

a título de *pro haerede*, título legítimo para la prescripción (1), ya también porque en la prescripción de larguísimo tiempo no es necesario el título según el derecho civil, como consta por la ley *sicut* y por la ley *omnes* (2), donde así lo enseñan comúnmente tanto los comentaristas como otros doctores; ni es tampoco necesario conforme al derecho canónico, siempre que exista buena fe, según lo enseñan comúnmente los doctores al comentar el capítulo final y el capítulo *vigilanti, de praescript.*

A esta objeción que previó Pablo de Castro en el lugar citado, no dió respuesta alguna, resignándose a admitirla así, vencido por la autoridad de aquella ley, entendida a nuestro juicio torcidamente. Y en efecto, Alberico y Odofredo, al exponer tal ley, son de parecer contrario, y entienden aquel texto en cuanto se refiere a los herederos del usufructuario, pero en los casos en que el usufructo pasa a los herederos (3); y esta interpretación es necesaria, porque el texto habla de cuando los herederos del usufructuario poseían por la misma causa, y por tanto, en razón de usufructo, cosa que no podía suceder sino cuando el usufructo hubiera pasado a los herederos. Por consiguiente conforme a los términos de dicha ley, aunque el mismo Pablo de Castro niegue que tenga lugar la prescripción de treinta años, sin embargo los citados Alberico y Odofredo apoyan la opinión contraria, que expresamente siguen también Jacobo Butrigario, Salicet y comúnmente otros autores al exponer tal ley, siguiendo el sentir de Acursio (4). Opinión que comparte también Fulgosio cuando dice, que los herederos del usufructuario, que poseen por el mismo título, no pueden conseguir la prescripción; dando a entender que por otro título podrían. Por consiguiente, como quien sucede en el derecho de otro se considere tener justa causa de ignorancia (5), y como el título *pro haerede* sea causa suficiente para la prescripción, síguese que el heredero del usufructuario, si 3.

(1) Conforme consta por todo el tít. *pro haerede* del Código y Digesto.

(2) Ambos del Código en el tít. *de praescript. triginta annorum.*

(3) Como aparece en la ley *antiquitas* del Código *de usufructu* con lo en ella notado.

(4) Al comentar dicha ley, en la glosa final.

(5) Conforme al cap. *is qui in jus, de regulis juris, in* 6.° y a la ley *qui in jus* del Digesto del mismo título.

idque non solum jure canonico, ut voluit Bar. in l. cum haeres, ff. de divers. praescrip. sed etiam jure civili, ut dd. ll. licet Bar. ubi supra contrarium responsurum verosimilius sit: quod si nolit a se inchoare praescriptionem, sed malit uti accessione temporis, quo possederat defunctus, tunc annis triginta opus est, & ita procedat Glosae opinio, & Odofr. Jacobi Butrig. Alberici, Bald. Salicet. & aliorum communiter qui eam sequuntur in d. l. neque fructuarium.

4. Neque ad rem pertinet † l. cum haeres, supra allegata, ex qua Doctores supra allegati falso opinabantur, malam fidem auctoris nocere haeredi ejus quominus praescriberet, nam illud procedit in triennali tantum usucapione & in praescriptione longi temporis, ut opportune voluerunt Jacob. de Arena & Albe. ibi, exponendo primum responsum illius text. in verb. alienum scilicet mobile, & intelligendo secundum responsum in re soli, & sic in praescriptione longi temporis, ut ita differat secundum responsum a primo, & aliquid ei addat. Caeterum quin in terminis illius tex. praescriptio longissimi temporis procederet, & prodesset haeredi, neque tex. ille negat, neque negare poterat, cum illo tempore inventa nondum esset, neque dubitandum est, quin currat, ut in l. sicut, & in l. omnes, & in l. male agitur. C. de praescr. 30. annorum, & in auth. malae fidei, C. de long. temp. praescrip. ergo cum haeres & defunctus una eademque persona reputentur, auth. de jurejur. a mori. praest. §. 1. & in prin. inst. de stip. servorum, mala fides auctoris haeredi jure fforum nocebat in praescriptionibus, eo jure inventis, puta in triennali usucapione & in praesc. longi temporis, ita procedebat d. l. cum haeres l. fi. C. com. de usuc. d. l. neque fructuarium l. vitia. C. de acqui. poss. quod

está en buena fe (cosa que en caso de duda se presume), puede conseguir la usucapión, aun la de largo tiempo si quiere que la prescripción empiece a correr desde que él empezó la posesión; y ésto no sólo conforme al derecho canónico (1), sino también según el derecho civil (2), aunque en esto último es más probable que Bartolo (3) respondería lo contrario; mas si prefiere que se cuente también el tiempo que el usufructuario difunto la había poseído, entonces es necesario para la prescripción el trascurso de treinta años; y en este sentido procede la opinión de la glosa, de Odofredo, Jacobo Butrigario, Alberico, Baldo, Salicet y de otros autores que generalmente la admiten al comentar la ley *neque fructuarium.*

4. Ni ofrece dificultad alguna la ley *cum haeres* antes citada, en la que basados los doctores arriba aducidos opinaban falsamente que la mala fe del autor perjudicaba a su heredero para no poder conseguir la prescripción, porque ésto sólo tiene cumplimiento tratándose de la usucapión trienal o de la prescripción de largo tiempo, según acertadamente lo defendieron Jacobo de Arena y Alberico al comentar dicha ley, aplicando la primera respuesta de aquel texto, en la palabra *alienum*, a las cosas muebles, y la segunda respuesta entendiéndola de las cosas inmuebles y por tanto de la prescripción de largo tiempo, para que así se diferencie algo la segunda respuesta de la primera y le añada algo. Pero en cuanto a la prescripción de larguísimo tiempo si ésta puede tener lugar atendidos los términos de dicho texto, y si puede aprovechar al heredero, ni lo niega aquel texto, ni era posible que lo negara puesto que en aquel tiempo no se había aún creado tal prescripción, ni por otra parte cabe la menor duda de que dicha prescripción tiene lugar, conforme consta por varias leyes (4). Como, pues, el heredero y el difunto se reputan una misma persona (5), la mala fe del

(1) Conforme lo defendió Bartolo al tratar de la ley *cum haeres*, Digesto, tít. *de divers. praescript.*

(2) Según las citadas leyes.

(3) *Ubi supra.*

(4) Tales son: la ley *sicut*, la ley *omnes* y la ley *male agitur* del Código, tit. *de praescript. trig. annorum*, y la ant. inserta en el Código, tít. *de longi temp. praescript.*

(5) Como consta por la Novel. *jurejur. a mori praest.*, §. 1.° y por la Introducción de la Instituta *de stip. servorum.*

procedebat quando haeres volebat uti accessione temporis quo possederat defunctus, nam si propter illam repraesentationem & unitatem personarum, uti gaudereque volebat accessione temporis, consequens erat, ut eadem ratione, is haeres praescriptionem a defuncto male coeptam, vel potius nondum coeptam perficere, aut implere non posset, non magis quam si revera unus idemque homo forent. Verum cum haeres vult a se inchoare praescriptionem, nihil sibi
5. impedimento est, † nam inutilis possessio defuncti non potest haeredi magis nocere, quam si nulla omnino foret, arg. l. unicae. in pr. C. de rei uxoriae actio. quod verissimum puto, licet Glo. Odofr. Alberi. Bald. Butrig. & Salice. in d. l. neque fructuarium, & alii ibi communiter, dum simpliciter transeunt cum illa Gloss. contrarium viderentur velle, intelligentes solam. 30. annorum praescriptionem in terminis
6. illius legis locum habituram. † Verum secundum nos. 30. annorum praescriptio tunc tantum necessaria haeredi fructuarii foret, cum ipse vellet uti accessione temporis, quo defunctus possederat, quo casu teneo cum illis, eam. 30. annorum praescriptionem procedere jure civili, & etiam canonico malaque fides auctoris haeredi non nocere, si is habeat bonam fidem, & simus in praescriptione. 30. annorum, quod probatur ratione, nam. 30. annis etiam cum mala fide procedebat praescriptio d. l. sicut d. l. male agitur d. auth. malae fidei. Sed jure canonico id immutatum non reperitur, nisi ubi praescribens esset in peccato, quia haberet scientiam rei alienae, sed is haeres de quo agimus non habebat scientiam rei alienae, nec erat in peccato, ergo in eo, hac in re, jure canonico nihil est immutatum.

7. Defunctus † rem mala fide possidebat, haeres eandem

autor perjudicaba al heredero según el derecho *fforum*, en las prescripciones creadas por tal derecho, como por ejemplo en la usucapión trienal y en la prescripción de largo tiempo, y este es el sentido de varias leyes (1). Pero tenía cumplimiento lo anterior cuando el heredero quería se contase también el tiempo durante el cual el difunto había tenido la posesión, porque si en razón de aquella representación y unidad de personas quería utilizar y servirse de tal unificación de tiempo, era natural que por la misma razón, no pudiera dicho heredero completar o terminar la prescripción mal empezada por el difunto o mejor dicho ni siquiera empezada, del mismo modo que si efectivamente se tratara de un solo y mismo individuo. Mas en el caso en que este heredero quisiera dar comienzo a la prescripción desde el momento de su posesión, en nada le perjudica lo anterior. Porque la posesión del 5.
difunto inútil para la prescripción, no puede causar mayor perjuicio al heredero que si aquélla no hubiera existido en absoluto (2). Doctrina que juzgo sumamente verdadera, aun cuando la glosa, Odofredo, Alberico, Baldo, Butrigario y Salicet (3) como generalmente otros autores al comentar todos ellos la ley *neque fructuarium*, parecen ser de contraria opinión, al transigir simplemente con aquella glosa, entendiendo que conforme a los términos de dicha ley sólamente podría tener lugar la prescripción de treinta años Pero a juicio nuestro
la prescripción de treinta años sólamente sería necesaria al 6.
heredero del usufructuario en el caso en que quisiera añadir el tiempo en que el difunto había tenido la posesión, en cuyo caso sostengo yo también con dichos autores tener cumplimiento aquella prescripción de treinta años tanto atendido el derecho civil como también el canónico; y que la mala fe del autor no perjudica al heredero siempre que éste se halle en buena fe y en el supuesto de tratarse de prescripción de treinta años. Doctrina que se prueba por esta razón, porque por el trascurso de treinta años tiene lugar la prescripción aun con mala fe. Y por lo que hace al derecho canónico

(1) De la ley *cum haeres* y final del Código, tít. *com de usuf.*; de la ley *neque fructuarium* y *vitia* del Código *de acquir. posses.*

(2) Pruébalo la ley *unicae* en la introducción, Código, tít. *de rei uxor. actio.*

(3) Conforme a la ley *sicut* y a la ley *male agitur* ya citadas, como también a la Novel. *malae fidei.*

rem titulo haereditario. 30. annis possedit, quaeritur an possit praescribere? & communis sententia habet praescriptionem cessare, quod varie intelligitur. Primum quod non sit locus praescriptioni ordinariae longi temporis. Deinde quod nec sit locus praescriptioni longissimi temporis, Tertio quod id procedat de jure tam canonico quam civili. Postremo quod procedat etiamsi haeres velit incipere a se praescriptionem, nec postulet uti se accessione illius temporis, quo defunctus possederat, hanc conclusionem sic declaratam tenuerunt Abbas in cap. 2. col. 2. de praescrip. Idem in c. si diligenti. & ibi Anto. & Felin. col. 8. eo. tit. Balbus de praescrip. 2. par. 3. partis princ. q. 12. qui pluries hanc dicit communem opinionem, hanc sequitur & dicit communem opinionem Jas. in l. Pomponius. §. cum quis, num. 22. ff. de acquir. possessio. ubi eandem sequuntur Alex. & Vincenti. de Hercul. & Joan. Crotus, & ibi Alex. num. 21. ait se saepius consuluisse pro hac opinione & quod est aequior, quam opinio contraria, & hanc opinionem tenent alii quamplures tam consulentes quam legentes, quos referunt Jas. Balb. & Felin. ubi supra & Socin. consi. 203. rem arduam lib. 2. Francus in c. cum quis, de reg. jur. in 6. Sicque sunt quatuor communes assertiones, quas & videntur tenere, quos retulimus in q. praecedenti, & Andr. Tiraquell. qui alios allegat de praescrip. in principio. Gloss. 2.

Contrariam partem, ut de jure canonico in hoc casu non esset praescriptio triginta annorum, tenent Dynus in c. possessor, nu. 42. de reg. juris in 6. Bar. in l. cum haeres. ff. de diver. & tempo. praescript. Aegidius Bellamera. in c. vigilanti, nu. 32. de praescrip. sequitur & dicit communem opinionem Socinus cons. 203. capiendo primum, col. 3.

no consta que haya cambiado nada de ésto sino en el caso en que quien quiere adquirir la prescripción se halle en pecado por conocer que se trata de una cosa ajena; pero este heredero de quien tratamos ni conocía ser ajena la cosa, ni por tanto estaba en pecado, luego tratándose de él nada ha alterado el derecho canónico.

7. Una persona difunta poseía de mala fe una cosa, que su heredero poseyó después a título de herencia durante treinta años, se pregunta si este último puede conseguir la prescripción. La opinión común sostiene que cesa la prescripción, lo que se entiende de varias maneras: primero, que no tiene lugar la prescripción ordinaria de largo tiempo; segundo, que tampoco lo tiene la prescripción de larguísimo tiempo; tercero, que ésto sucede tanto atendido el derecho canónico cuanto el civil, y finalmente, que esta doctrina se entiende aun cuando el heredero quisiera que empezara la prescripción desde su posesión, sin pretender añadir el tiempo en que tuvo la posesión el difunto. Esta conclusión así entendida la han defendido el Abad (1), Balbo (2), que frecuentemente la llama opinión común, lo mismo que Jasón, que también la admite (3), así como Alejandro, Vicente de Hercul. y Juan Croto (4), afirmando Alejandro (5), que él frecuentemente había dictaminado a favor de esta opinión porque es más justa que la opinión contraria, siendo muchísimos los autores tanto intérpretes como lectores, partidarios de esta opinión que citan Jasón, Balbo y Felino (6), como también Socino (7) y Franco (8). Son, pues, cuatro las aserciones comúnmente admitidas y que parecen defender también los autores que hemos citado en la cuestión precedente, como también Andrés Tiraqueau que cita a su vez a otros (9).

(1) En el cap. 2.°, colum. 2.ª *de praescript.* y en el cap. *si diligenti* del mismo título que comentan en igual sentido Antonino y Felino, colum. 8.ª

(2) *De praescript.* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 12.

(3) Al comentar la ley *Pomponius*, §. *cum quis*, núm. 22, Digesto, de *acquir. posses.*

(4) Al comentar la misma ley *Pomponius.*

(5) En la misma ley, núm. 21.

(6) *Ubi supra.*

(7) Dictamen 205 que empieza *rem arduam*, lib. 2.°

(8) En el cap. *cum quis, de regulis juris, in* 6.°

(9) *De praescript.* en la introducción de la glosa 2.ª

lib. 2. & Corn. cons. 304. rem arduam, nu. 17. lib. 3. Cynus & Bar. in l. an vitia. C. de acq. pos. Bal. in l. nihil. C. pro haerede, Bal. in l. eum qui. §. in hac. ff. de puplic. Idem Bal. in l. si ego. §. partus, eod. tit. & ibi Angelus, Imola in l. sequitur, §. haeres, ff. de usucap. sentit Paulus in d. l. Pomponius. §. cum quis, Alexan. consi. 100. nu. 7. lib. 1. & ibi Carolus Molineus. Idem Alex. consi. 39. lib. 2. nu. 2. Glo. in c. cum quis de reg. jur. lib. 6. Aret. & Crot. in d. §. cum quis, Paul. cons. 31. nu. 12. lib. 2. & idem cons. 258. eod. lib. Idem in l. 2. C. de fruct. & liti. rep. & alii quos allegat Tiraquel. ubi supra. Quinimo etiam de jure civili is haeres per annos triginta posset praescribere, ut tenent fere omnes illi, quos modo retulimus tenere, ut de jure canonico praescriberet, & Corneus ubi supra, & Socinus in d. consi. 203. col. 3. lib. 2. incipit capiendo primum consultationis articulum, ubi in 2. col. in fi. & in col. 3. bis firmat hanc esse communem opinionem. Bal. in d. l. nihil, sentit Bar. in d. §. cum quis. B. in d. §. in hac. Idem Bal. in d. §. partus. Joan. Andreae in regula cum quis, de regu. jur. in 6. Alex. consi. 39. lib. 2. Idem Alex. consil. 110. lib. 1. nu. 7. & ibi Carolus Moli. Paulus, cons. 81. lib. 2. Idem consi. 258. eod. lib. Idem Paul. in l. 2. C. de fruct. & litium expen. & alii quos allegat Tiraquel. ubi supra.

Quid dicendum? & sane quod haec praescriptio triginta annorum habeat locum de jure civili, licet defunctus malam fidem haberet, siquidem haeres a se velit inchoare praescriptionem videtur, primum per l. sicut, l. omnes, l. si quis emptionis, l. cum notissimi. C. de praescrip. triginta annorum, in quibus juribus traditur possessionem triginta annorum procedere, nec exigi, ut titulus adsit, aut bona fides, sed ex solo temporis cursu procedere, & aliter existimantibus, ea

La opinión contraria, es decir, que atendido el derecho canónico no deje de existir en este caso la prescripción de treinta años la defienden Dino (1), Bartolo (2), Gil Bellamera (3), Socino que la llama opinión común (4), Corneo (5), como también Cino (6), Baldo (7) y otros autores (8). Más aún, dicho heredero podría conseguir la prescripción por el trascurso de treinta años aun según el derecho civil, conforme lo defienden casi todos aquellos autores que acabamos de enumerar y que sostienen que la prescripción tendría lugar atendido el derecho canónico; así lo defienden Corneo (9), Socino (10), quien en el *consil.* 203 afirma dos veces ser esta opinión común (11), Baldo (12), Bartolo (13), Juan Andrés (14), Alejandro (15), Pablo de Castro (16) y otros, que aduce Tiraqueau *ubi supra*.

¿Qué solución daremos? Desde luego, que la prescripción de treinta años tenga lugar según el derecho civil, aun cuando el difunto hubiera poseído de mala fe, con tal que el

(1) En el cap. *possessor*, núm. 42, *de regulis juris, in* 6.°

(2) Comentando la ley *cum haeres*, Digesto, tít. *de div et tempor. praescript.*

(3) En el cap. *vigilanti*, núm. 32, *de praescript.*

(4) En el *consil.* 203, que empieza *capiendo primum*, colum. 3.ª, lib. 2.°

(5) *Consil.* 304, *rem arduam*, núm. 17, lib. 3.°

(6) En la ley *an vitia* del Código, tít. *de acquir. posses.*

(7) Comentando la ley *nihil* del Código, tít. *pro haerede;* la ley *eum qui*, §. *in hac*, Digesto, tít. *de public* y la ley *si ego*, §. *partus* del mismo título comentada también por Angel.

(8) Tales son: Imola comentando la ley *sequitur*, §. *haeres*, Digesto *de usucapione;* Pablo en la ley *Pomponius*, § *cum quis;* Alejandro, dictam. 100, núm 7, lib. 1.°, y sobre el mismo Carlos Molineo, y dictam. 59, lib. 2.° núm. 2; la glosa del cap. *cum quis de reg. juris*, lib. 6.°; Aretino y Croto en el citado §. *cum quis;* Pablo de Castro, *consil.* 51, núm. 12, lib. 2.° y *consil.* 258 del mismo libro, como también en la ley 2.ª del Código *de fruct. et liti. rep.* y otros autores que cita Tiraqueau, *ubi supra.*

(9) *Ubi supra.*

(10) En el citado *consil.* 203, colum 3.ª, lib. 2.° que empieza *capiendo primum consultationis articulum.*

(11) En la colum. 2.ª al final y en la colum. 3.ª del citado dict. 203.

(12) Comentando la citada ley *nihil*, y los §§. *in hac* y *partus* ya citados.

(13) En el citado §. *cum quis.*

(14) En la regla *cum quis, de regulis juris, in* 6.°

(15) Dictamen 39, lib. 2.° y dict. 110, lib. 1.°, núm. 7, y sobre el mismo Carlos Molineo.

(16) *Consil.* 81, lib. 2.°; *consil.* 258 del mismo libro y comentando la ley 2.ª del Código, tít. *de fruct. et litium expen.*

jura sunt longe praeter earum intentionem restringenda, deinde hic adest titulus pro haerede, id quod alias prodesse & sufficere solet, per totum. ff. & C. pro haerede, ergo longe justior praescriptio erit hic, quam in terminis d. l. sicut, cum similibus & consequenter longe facilius admittenda.

8. Neque † ad rem pertinet tex. in l. cum haeres, ff. de diver. & temp. praescrip. in qua jacet nititurque unum fundamentum tenentium contrarium, quia jure fforum quo jure illa lex facta est, praescriptio triginta annorum non erat inventa: haec est vera & communis opinio, quam tenent Glo. & communiter Doct. in prin. inst. de perpet. & temp. act. Glo. & Doct. in l. Julianus, in pr. ff. ex quibus causis majores, Glo. & Doct. in l. qui occidit. §. sed an. ff. de leg. Aquil. Alex. in l. Pomponius, §. cum quis. ff. de acq. poss. nu. 21. & ibi Jas. nu. 22. Felinus in c. de quarta, n. 34. de praesc. Bar. in l. fi. in fi. ff. rem ratam haberi. Pinelus, C. de bonis mater. in auth. nisi tricennale, in prin. Balbus de praescrip. 2. par. 3. partis principalis, q. 12. nu. 12. Socinus consi. 203. lib. 2. col. 2. in fi. Covarru. in c. possessor, de regu. jur. in 6. par. 2. §. 9. num. 4. ergo quod ibi dicitur cessare praescriptionem in persona haeredis propter malam fidem defuncti, intelligitur de praescriptione ordinaria longi temporis, quae tunc urgebat, & inventa erat, non de praescriptione triginta annorum quae tunc non erat in rerum natura, quaeque postea inventa fuit, ad omnes angustias tollendas, omnesque defectus supplendos, omniaque vitia purganda, et omnem occasionem, quae praescriptioni impedimento esse posset, excludendam, nec dubium est alienum esse a mente & sententia legumlatorum, ut mala fides vera ipsius

heredero quiera empezar la prescripción desde el momento de su posesión, parece probarse primero, por diversas leyes (1), en las cuales se afirma tener lugar la prescripción de treinta años, sin que en ellas se exija que intervenga título, o buena fe, sino que por solo el trascurso de tiempo tiene aquélla lugar; y quienes opinan en contra, tienen que restringir mucho el sentido de dichas leyes contra la mente de las mismas; en segundo lugar, porque en este caso existe el título *pro haerede*, que en otros casos suele ser útil y suficiente (2); así, pues, mucho más justa es la prescripción en nuestro caso, que conforme a los términos de la citada ley *sicut* y de otras semejantes, y por consiguiente, debe admitirse con mucha mayor facilidad que allí.

8. Ni ofrece dificultad alguna el texto de la ley *cum haeres* (3), en el que descansa y se apoya el único fundamento de los que sostienen la opinión contraria, porque en el derecho *fforum*, en el que se creó aquella ley, no estaba aún introducida la prescripción de treinta años: y esta es verdadera y común opinión que defienden las glosas de numerosas leyes y los comentaristas (4). Luego lo que en aquella ley se afirma que cesa la prescripción en la persona del heredero por la mala fe del difunto, se entiende de la prescripción ordinaria de largo tiempo, que se había ya inventado y estaba entonces en vigor, pero no de la prescripción de treinta años que no tenía entonces existencia en en el mundo, y que se inventó después para quitar todas las inquietudes del espíritu, para suplir todo defecto, para purificar todo vicio, y para hacer desaparecer toda ocasión que

(1) Tales son: la ley *sicut*, la ley *omnes*, la ley *si quis emptionis* y *cum notissimi* del Código *de praescrip. triginta annorum*.

(2) Según aparece por todo el título *pro haerede* del Digesto y Codigo.

(3) Del Digesto, tít. *de divers. et tempor. praescript.*

(4) Tales son: la glosa y comúnmente los doctores en la introducción de la Instituta *de perpet. et tempor. action;* la glosa y doctores en la ley *Julianus*, Digesto *ex quibus causis majores* y en la ley *qui occidit*, § *sed an*, Digesto *de lege Aquilia;* Alejandro en la ley *Pomponius*, §. *cum quis*, Digesto *de acq. posses.*, núm. 21 y Jasón, núm. 22; Felino en el cap. *de quarta*, núm. 34, *de praescript.;* Bartolo en la ley última al final, Digesto, *rem ratam haberi;* Pinello en la aut. *nisi tricennali* inserta en el Código *de bonis maternis;* Balbo *de praescript.* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 12, núm. 12; Socino, dict. 203, lib. 2.°, colum. 51, al final. Covarrubias en el cap. *possessor, de regulis juris, in* 6.°, part. 2.ª, §. 9.°, núm. 4.

haeredis, quae jure civili sibi non obesset ad hanc praescriptionem, de l. sicut, cum conc. supra allegatis, ea ficta & descendens in personam haeredis noceat, contra omnem rationem, & contra l. filio quem pater, ff. de lib. & posthum.

9. Neque † quemquam movere debet, quod hodie jure canonico, quod etiam in foro civili servatur, mala fides noceat etiam in praescriptione triginta annorum, nam illud in mala fide vera, certa & indubitata, non sic in ficta mala fide, ut est vera & communis opinio, quam tenent Glo. in l. tutor qui repertorium, ff. de admi. tutorum. Paulus in l. nunquam, in prin. ff. de usucap. Alex. in d. §. cum quis, col. 7. ubi Jas. nu. 23. cum seq. Bar. in l. sed si lege. §. de eo, ff. de peti. haered. Antonius in c. si diligenti, de foro compet. Soci. consil. 203. lib. 2. col. 3. incipit primum consultationis articulum. Covarru. in c. possessor, de reg. jur. in 6. par. 2. §. 9. num. 6. ergo in hac specie obesse non potest ea mala fides defuncti, cum simus in praescriptione triginta annorum cui impedimento non est, inspecto jure civili mala fides etiam aperta, & vera, nec inspecto jure canonico ficta mala fides, qualis est illa, descendit de defuncto ad haeredem,

10. † quod si dixeris dictam legem cum haeres, niti in repraesentatione, quasi defunctus & haeres reputentur, inspecta legis dispositione, una eademque persona, unde ut ipse defunctus si viveret praescribere non possit de jure canonico propter suam malam fidem, sic neque haeres, qui eum repraesentat, sed respondere possumus eam repraesentationem procedere quoad actiones personales, l. 1. C. si certum peta. l. 1. l. pro haereditariis, C. de haere. actio. l. 1. §. si haeres. ff. ad Treb. non sic quoad vitia personalia, ut in l. unica, C. ex delictis defunctorum in quantum haer.

pudiera servir de impedimento a la prescripción; ni cabe la menor duda de que es ajeno a la intención y parecer de los legisladores el que la mala fe del propio heredero que existiendo realmente no le perjudicaría para esta prescripción, según el derecho civil (1), en cambio le perjudicara siendo ficticia al venir a recaer en la persona del heredero, lo que es contrario a toda razón y a la ley *filio quem pater* (2).

Ni a nadie debe hacerle fuerza, el que en el día de hoy, según el derecho canónico, cosa que se observa también en el foro civil, la mala fe perjudica aun en la prescripción de treinta años; porque ésto sucede cuando existe mala fe, verdadera, cierta y evidente, pero no cuando la mala fe existe sólo por ficción del derecho, conforme a la opinión tan común como verdadera que defiende la glosa (3) y numerosos autores (4); así, pues, en nuestro caso no puede ser obstáculo alguno la mala fe del difunto, ya que nos referimos a la prescripción de treinta años para la cual, si atendemos al derecho civil, no es obstáculo la mala fe, aun manifiesta y verdadera, y si atendemos al derecho canónico, tampoco lo es la mala fe *ficta*, cual es la que pasa de la persona del difunto al heredero. Y si objetares que la citada ley *cum haeres* se basa en la representación, como si el difunto y el heredero se consideraran una e idéntica persona atendida la disposición de la ley, por lo que no pudiendo el propio difunto, si viviera, conseguir la prescripción por causa de su mala fe, y atendido el derecho canónico, tampoco podrá conseguirla el heredero que representa al difunto; a ésto podemos responder que dicha representación se refiere a las acciones personales (5), pero no así en cuanto a las

9.

10.

(1) Conforme a la ley *sicut cum conc.*, arriba citadas.

(2) Digesto, tít. *de lib. et posthumis*.

(3) En la ley *tutor qui repertorium*, Digesto, tít. *de admi. tutorum*.

(4) Tales son: Pablo de Castro comentando la ley *nunquam* al princ Digesto, tít. *de usucapione;* Alejandro en el cit. §. *cum quis*, col. 7.ª que también comenta Jasón, núm. 23 y siguientes; Bartolo en la ley *sed si lege*, §. *de eo*, Digesto *de peti. haereditatis;* Antonio en el cap *si diligenti, de foro competenti;* Socino, dict 203, lib. 2.º, col. 3.ª que empieza *primum consultationis articulum;* Covarrubias en el cap. *possessor de reg. juris, in* 6.º, parte 2.ª, §. 9.º, núm. 6.

(5) Según la ley 1.ª del Código, tít. *si certum peta.;* la ley 1.ª y *pro haereditariis* del Código en el tít. *de haered. actionibus* y la ley 1.ª, §. *si haeres* del Digesto, tít. *ad Trebellianum*.

Nec d. l. cum haeres, ait haeredem, quoad malam fidem repraesentare defunctum, sed solum ait, haeredem, quia succedit in universum jus defuncti, eodem jure quo defunctus uti debere, unde si velit perficere praescriptionem ab illo coeptam non poterit, non magis quam ille posset, nam si ille utiliter praescribere coepisset, tunc & haeres praescriberet, sed cum ille nondum praescriptionem inchoasset, neque iste quidem inchoare poterit, ne diverso jure utatur, quam defunctus uteretur, contra l. 2. §. ex his, ff. de verb. obliga. ergo constat ex superioribus non nocere decisionem illius tex. qui loquitur in praescriptione longi temporis tantum, non etiam longissimi, in qua praescriptione nec loquutus fuit, nec loqui poterat, cum inventa nondum esset. Non quoque obest ratio illius tex. dum ait, cum haeres in jus omne defuncti succedit ignorantia sua defuncti vitia non excludit, nam palam fatemur vitium defuncti non purgari per ignorantiam haeredis, sed hic quidem necesse non est, ut purgetur, cum praescriptio haec ex persona haeredis initium capiat, & progressum & consummationem. Non quoque obest altera ratio quae in fine illius legis subjicitur, dum ait (cum exordium rei bonae fidei ratione non tueatur) nam agnoscimus ingenue, quod in exordio possessionis a defuncto apprehensae bona fides non interfuit, & ideo tempus quo defunctus possedit tanquam inutile & vitiosum, abjectum & remotum volumus, ut a persona haeredis bonam fidem habentis exordium & progressum & finem ac perfectionem capiat praescriptio. Sensus ergo illius tex. revera tam in decisione quam in rationibus ibi insertis non pertinet ad nostrum casum.

11. Ad l. neque usufructuarium, C. de usufr. resp. quod

culpas personales (1). Ni la citada ley *cum haeres* afirma que el heredero represente al difunto, en cuanto a la mala fe, sino sólamente declara que el heredero, puesto que sucede en todos los derechos del difunto, debe disfrutar del mismo derecho que aquél; por consiguiente, si quiere completar la prescripción empezada por el difunto, no podrá lograrlo de otro modo que aquél hubiera podido; y así si el difunto hubiera empezado útilmente la prescripción, entonces el heredero podrá completarla, pero en el caso en que aquél no hubiera dado principio a la prescripción, tampoco el heredero podrá empezarla, para no usar de diverso derecho del que usaría el difunto (2); consta, pues, por lo dicho, que la disposición del texto de la ley *cum haeres*, en nada va contra nuestra doctrina, porque se refiere sólamente a la prescripción de largo tiempo, pero no a la de larguísimo tiempo, a la cual ni se refirió ni era posible referirse puesto que aún no se había introducido. Tampoco es obstáculo alguno la razón que aduce dicho texto, al afirmar que cuando el heredero sucede en todos los derechos del difunto, su ignorancia no es obstáculo para que no le perjudique el vicio de aquél; porque abiertamente confesamos que el vicio del difunto no se purifica por la ignorancia del heredero; pero en nuestro caso, ni es necesario el que se purifique, puesto que esta prescripción tiene su principio, su continuación y su perfección en la persona del heredero. Tampoco ofrece obstáculo alguno la segunda razón que se añade al final de dicha ley, cuando dice «no teniendo desde el principio el apoyo de la buena fe», porque de grado confesamos que al dar comienzo a la posesión el difunto, no intervino buena fe y por esa razón el tiempo durante el cual el difunto retuvo la posesión, como inútil y vicioso que es, lo despreciamos sin tenerlo en cuenta, para que la prescripción tenga su principio y progreso, su fin y perfección en sola la persona del heredero adornado de buena fe. Por consiguiente, el sentido de dicho texto tanto en lo que dispone, cuanto en las razones que allí se aducen, en nada se refiere a nuestro caso.

11. En cuanto a la ley *neque fructuarium* (3), respondemos,

(1) Conforme consta por la ley única del Código, tít. *ex delict. defunct. in quantum haere.*

(2) Contra la ley 2 ª. §. *ex his* del Digesto, tít. *de verb. obligation.*

(3) Del Código, tít. *de usufructu.*

quandiu haeres fructuarii possederit nomine proprietarii, tandiu cessabit incipere usucapere, non quidem tam ex defectu bonae fidei quam ex defectu possessionis, quia cum alterius nomine in possessione sum, tunc non ego, sed ille videtur possidere, & in hac civili possessione nititur & consistit usucapio. l. 1. §. per servum qui in fuga, ff. de acquir. possess. Quinimo in d. l. neque usumfructuarium tenent. Glo. & alii non cessare praescriptionem triginta annorum, si forte per malignationem fructuarius vellet intervertere domini possessionem, sibique vi retinere.

Ad l. cum plures, in fine principii ff. locati, ubi haeres coloni, quamvis colonus non sit, dicitur domino non sibi possidere, resp. quod ibi cessaret praescriptio ex defectu possessionis. Praeterea, ut ibi declarant Glo. & Doct. illud procedit ante apprehensam per haeredem haereditatis possessionem, nam postquam haeres illius rei possessionem tanquam haereditariae apprehendisset, jam sibi ipsi non etiam proprietario possidere videretur, nisi in quibus casibus reconduxisse tacite videretur, quinimo & tunc si cessaret praescriptio, id descenderet ex defectu possessionis, & bonae fidei, non solius bonae fidei.

Denique non obest quod haeres teneatur exonerare conscientiam defuncti c. fi. de sepulturis, quia, ut ait Socin. in d. cons. 203. col. 3. lib. 2. cum primum rei praescriptionem perfecit, sicque ejus dominium quaesivit, jam evanuit & cessabit obligatio restitutionis, sicque conscientia defuncti exonerata fuit. Praeterea quod semel factum est infectum esse non potest l. in bello. §. factae. ff. de capti. sicque peccatum a defuncto semel commissum infectum facere haeres non potuit. Ad restitutionem autem rei praescriptae defunctus non tenetur, quia ipse nec ejus dominium abstulit

que mientras el heredero del usufructuario retuviese la posesión a nombre del propietario, no dará principio durante ese tiempo a la usucapión, no tanto ciertamente porque falte la buena fe, cuanto por la falta de posesión, porque mientras tengo una posesión a nombre de otro, no soy yo sino el otro quien se considera poseer, y en esta posesión civil se apoya y fundamenta la usucapión (1). Más aún, tanto la glosa como algunos comentaristas defienden acerca de la ley *neque usufructuarium*, que no cesa la prescripción de treinta años, aun en el caso en que tal vez el usufructuario quisiera maliciosamente privar al dueño de la posesión y retenerla para sí por la violencia.

En cuanto a la ley *cum plures* (2), en donde se dice que el heredero de un colono, aun cuando él no es colono posee para el dueño y no para sí, respondemos que en tal caso cesaría la prescripción por falta de posesión. Además, según lo declaran en tal lugar la glosa y los doctores, ésto tendría lugar, antes que el heredero tomase la posesión de la herencia, porque una vez que tal heredero hubiese tomado la posesión de aquella cosa como hereditaria, se consideraría ya poseer para sí y no para el propietario, fuera de los casos en que se reputara tácitamente como un nuevo arrendamiento; más aún, si en tal caso cesaba la prescripción procedería ésto de la falta de posesión y de buena fe, pero no sólo de la falta de buena fe.

Finalmente, no es tampoco obstáculo el que el heredero esté obligado a descargar la conciencia del difunto (3); porque según afirma Socino (4), tan pronto como se completó la prescripción de aquella cosa y por tanto adquirió la propiedad de la misma, se disipó ya y cesaría la obligación de restituirla, y de este modo se descargó la conciencia del difunto. Además que lo que una vez se ha hecho no puede convertirse en no hecho (5), y por tanto si el difunto cometió un pecado, no puede hacer el heredero que no se haya cometido. Además el difunto no está obligado a la restitu-

(1) Según la ley 1.ª, §. *per servum qui in fuga* Digesto, tít. *de acquirenda possessione.*

(2) Al final de la introducción de tal ley, Digesto, tít. *locati.*

(3) Según el cap. final *de sepulturis.*

(4) En el dict. 203, colum. 3.ª, lib. 2.º

(5) Según la ley *in bello*, § *factae*, Digesto *de captivis.*

vero domino, nec etiam coepit eam praescribere, sed demum post mortem illius & aditam haereditatem, & apprehensam possessionem ab haerede initium coepit praescriptio, & pro-
12. gressum & consummationem, † sicque per longi temporis taciturnitatem ipsemet dominus eam rem abjecisse videtur, aut alienasse, Glos. in l. si de eo. §. 1. ubi Paul. Alex. & alii, ff. de acqui. poss. Jas. in l. naturaliter. §. nihil commune, nu. 84. ff. eo. tit. Idem Jas. in l. 1. col. fi. C. de servis fugi.
13. ergo jam quasi accedere videtur domini voluntas, † sicque omnis mala fides, omneque vitium praecedens, l. si fur. in pr. & §. 1. ff. de usucap. l. si id quod 2. resp. ibi quasi volente & concedente domina, ff. pro dereli. in simili §. fi. inst. de injur. l. filio quem, ff. de lib. & posth. Tene ergo has duas conclusiones, quae utrum a plerisque approbentur, an
14. a plerisque improbentur, mihi quidem incertum est. † Prima quod mala fides defuncti non nocet haeredi in praescrip. 30. annorum inspecto jure civili. Altera quod non nocet etiam inspecto jure canonico, si in utroque casu haeres a se inchoavit praescr. & adde quod dicam inf. n. 22.

15. Retenta tamen op. existimantium malam fidem defuncti nocere haeredi in praescrip. 30. annorum tam jure canonico quam civili, licet a se velit inchoare praescrip. eam limitat Alex. in d. §. cum quis, n. 21. & Jas. col. pe. Feli, in c. si diligenti. nu. 6. de praescr. Balb. ubi supra d. q. 12. ut non procedat quando haeres fecit inventarium, quo casu non potest teneri ultra vires haereditarias, l. fi. in pr. & per totam. C. de jur. delib. ergo si is haeres, qui omnem forte substantiam haereditariam effudit in solutione debitorum haereditariorum, teneretur praeterea istam rem restituere, cujus praescriptio ex ipsiusmet haeredis persona exordium,

ción de la cosa prescrita, porque él no arrebató la propiedad de la misma al verdadero dueño, ni siquiera dió principio a su prescripción, sino que sólamente después de su muerte, y de la adición de la herencia y de empezada la posesión por el heredero tuvo la prescripción comienzo, progreso y perfección, y por consiguiente en virtud del largo trascurso de tiempo parece que el propio dueño ha abandonado la propiedad de aquella cosa o que la ha enajenado (1), y por tanto 12.
se considera acceder a ello la voluntad del dueño, con lo que se corrige la mala fe y todo vicio precedente (2). Queden, pues 13.
en pie estas dos conclusiones, sobre las que no tengo certeza si son más los autores que las defienden que los que las combaten: primera, que la mala fe del difunto no perjudica al here- 14.
dero tratándose de la prescripción de treinta años y según el derecho civil; segunda, que no le perjudica tampoco atendido el derecho canónico, si en ambos casos el heredero quiere dar comienzo a la prescripción desde su propia posesión; puede añadirse lo que trataremos más adelante en el núm. 22.

Sin embargo, admitida la opinión de los que defienden 15.
que la mala fe del difunto perjudica al heredero en la prescripción de treinta años, tanto según el derecho canónico cuanto según el derecho civil, aun cuando quiera dar comienzo a la prescripción a partir de su posesión, restringen, sin embargo, esta doctrina Alejandro (3), Jasón (4), Felino (5) y Balbo (6) diciendo que no tiene lugar cuando el heredero hizo inventario, en cuyo caso sólo puede obligársele hasta donde lleguen las posibilidades de la herencia (7); luego si este heredero que tal vez invirtió todos los bienes hereditarios en el pago de las deudas de la herencia, se viere además

(1) Según consta por la glosa de la ley *si de eo*, §. 1.°, Digesto *de acquir. posses.* donde así lo comentan Pablo, Alejandro y otros; lo mismo afirma Jasón en la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, núm, 84, Digesto del mismo título y en la ley 1.ª colum. final, Código *de servis fugit*.

(2) Conforme a la ley *si fur*, en la introducción y §. 1.°, Digesto, tít. *de usucapione;* a la ley *si id quod*, 2.° resp. en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña», Digesto *pro derelicto* e igualmente en el §. final de la Instituta *de injuriis* y en la ley *filio quem* del Digesto, tít. *de liberis et posthumis.*

(3) Acerca del citado §. *cum quis*, núm. 21.

(4) Sobre el mismo §. colum. penúlt.

(5) En el cap. *si diligenti*, núm. 6, *de praescript.*

(6) *Ubi supra* en la cuest. 12.

(7) Según consta por toda la ley final del Código, tít. *de jure deliber.*

progressum & finem coepit, jam, inquit, teneretur ultra vires haereditarias, contra d. l. fi.

Sed sane istorum collectio parum circunspecta est, etenim d. l. fi. hoc unum prospectum voluit, ne haeres, qui inventarium faceret, damno afficeretur, non autem ut lucrum praeterea consequeretur, sed haeres iste ut eam rem in haereditate reperiisset, eamque quasi haereditariam apprehendisset ponimus pro constanti, ergo etiamsi eam restituat cum reliquis rebus, & bonis, quae vere haereditaria erant, nullo damno afficietur, non magis, quam si cogeretur restituere eam rem, quam defunctus depositam, commodatam pignorive datam habebat. Praeterea, quid si amplae erant defuncti facultates, ut etiam post hujus rei restitutionem multa haeredi superessent? Jam quidem adhuc restituere teneretur, & si inventarium fuisset. Praeterea quid ad exonerationem animae defuncti, quod haereditas sit locuples, necne, quodve fiat inventarium necne, tene ergo nihil referre fecerit haeres inventarium, necne.

16. Et † similiter nihil referre utrum defunctus, qui mala fide possidebat, tit. haberet, necne, nam cum solum vitium malae fidei sufficiat ad impediendam praescr. in persona haeredis, qui successit defuncto mala fide possidenti, tam impedita erit praescriptio cum defunctus malae fidei possessor titulum haberet, quam cum non haberet, ita Pau. in d. consi. 81. nu. 12. lib. 2. Idem Pau. consi. 258. eo. lib. Crot. in d. §. cum quis Covar. ubi supra, §. 9. n. 5. licet Paulus sibi contrarius oppositum responderit & non recte in cons. 158. libr. 2.

17. Illud † autem ab utriusque partis fautoribus sine contro-

obligado a restituir esta cosa, cuya prescripción tuvo principio, progreso y complemento a partir de la posesión del propio heredero, en este caso, dice Alejandro, se vería ya obligado a más de lo que da de sí la herencia, contra la ley últimamente citada.

Mas, en verdad, la conclusión de estos autores me parece poco prudente, porque la citada ley final sólamente quiso atender a ésto, a que el heredero que hiciera inventario, no saliese perjudicado, pero no a que además consiguiese lucro, pero en este caso damos como cierto que este heredero encontró aquella cosa en la herencia y que la tomó como hereditaria, luego aun cuando la restituya con las restantes cosas y bienes que eran realmente hereditarios, no sufrirá perjuicio alguno, al igual que si se viera obligado a restituir una cosa que el difunto tuviera en depósito, o prestada, o dada en prenda. Además, ¿qué diríamos si los bienes del difunto fueran copiosos, de suerte que, aun después de restituir esta cosa, le quedaran muchos al heredero? Ciertamente también en este caso estaría obligado a restituirla, aun cuando existiera inventario. Y por fin, ¿qué importa para descargar la conciencia del difunto el que la herencia sea rica o no?, ¿qué el que se haga o no se haga inventario? Quedemos, pues, en que ninguna diferencia existe, cuando el heredero ha hecho inventario, y cuando no lo ha hecho.

16. Igualmente hemos de sostener que nada importa tampoco el que el difunto que poseía de mala fe, tuviera, o no tuviera título; porque siendo suficiente el vicio de la mala fe para impedir la prescripción en la persona del heredero que sucede al difunto que poseía de mala fe, tan imposible será la prescripción cuando el difunto, poseedor de mala fe, tenía título como cuando no lo tenía; así lo defienden Pablo de Castro (1), Croto (2), Covarrubias (3), si bien el primero contradiciéndose a sí mismo, haya respondido lo contrario, y con poco acierto en el dictamen 158, lib. II.

17. Pero, lo que sin controversia alguna admiten los defensores de ambas opiniones es, que si este heredero hubiese recibido una cosa poseída de mala fe por el difunto, pero no como hereditaria o encontrada entre las cosas de la herencia,

(1) En el dict. 81, núm. 12, lib. 2.° y en el dict 258 del mismo libro.
(2) Acerca del citado § *cum quis*.
(3) *Ubi supra*, §. 9, núm. 5.

versia receptum est, ut si is haeres rem a defuncto mala fide possessam cepisset, non quidem tanquam haereditariam, aut in haereditate inventam, sed eam cepisset de manu alterius tertii, tunc usucapere posset, non secus quam si ab defuncto mala fide possessa nunquam fuisset, p. l. an vitium, §. fi. ff. de divers. & tempo. praescr. nam quod haeres defuncti personam repraesentet, id versetur quoad ea quae ad haereditatem spectant, non sic in ea re, quae nec re vera haereditaria erat, nec in haereditate inventa. Ita tenent communiter Docto. in d. §. cum quis ubi Aret. & Jas. col. antepe. Balb. in d. q. 12. ad fi. Alexand. consi. 181. libr. 1. Idem Alex. in d. §. cum quis. & episcopus Covar. ubi supra.

18. Denique illud quoque receptissimum est † quod si defunctus fuit in mala fide non vera, sed ficta vel praesumpta, tunc haeres posset praescribere a se ipso incipiens praescriptionem, non aliter atque si defunctus eam rem mala fide non possedisset, ita tenet Glo. in l. tutor rerum, ff. de admin. tutorum, Pau. in l. nunquam, in pri. ff. de usuc. Alex. in d. l. Pomponius, §. cum quis. nu. 22. Covar. ubi supra. Jas. in d. §. cum quis. Sed sane quod ajunt referre sitne praesumpta mala fides, an vera, & certa, suspecta nobis videtur, quia mala fides cujusque invisibilis est, Deoque soli nota, sicque praesumpta tantum esse potest.

19. † Praeterea quod Ale. ibi exemplum ponit in haerede, qui per errorem juris possideret, putans tit. causamque possidendi fuisse justam, quae revera injusta erat, veluti si emit a pupillo sine tutoris auctoritate juxta, l. 2. §. si a pupillo, ff. per emp. id quidem exemplum indubitatum est, nam ille non dicitur malam fidem habere, ut jam docuimus, sed ex

sino que la hubiera recibido de mano de un tercero, que entonces podría usucapirla, del mismo modo que si el difunto no la hubiera poseído jamás de mala fe (1). Porque el que el heredero represente la persona del difunto, ésto se refiere a aquellas cosas que pertenecen a la herencia, pero no a aquella cosa que en realidad ni era siquiera hereditaria, ni se hallaba entre las cosas de la herencia; así lo defienden comúnmente los doctores al comentar el §. *cum quis* y en especial el Aretino, Jasón, Balbo (2), Alejandro (3) y el obispo Covarrubias (4).

18. Finalmente es también doctrina muy admitida por los autores que si el difunto poseyó de mala fe no verdadera, sino *ficta* o presunta, que en ese caso podría el heredero conseguir la prescripción empezando ésta a correr desde el propio heredero, del mismo modo que si el difunto no hubiera poseído aquella cosa de mala fe; así lo defiende la glosa (5), Pablo de Castro (6), Alejandro (7), Covarrubias (8) y Jasón (9). Pero, en verdad, lo que afirman estos autores, que existe diferencia cuando la mala fe es presunta o por el contrario verdadera y cierta, a nosotros nos parece sospechoso, porque la mala fe de cada uno es invisible y de sólo Dios conocida y por tanto sólamente puede ser presunta.

19. Además, el ejemplo que en dicho lugar aduce Alejandro acerca de un heredero que por error de derecho tenía una posesión, juzgando que el título y causa de tal posesión era justo, cuando en realidad era injusto, como si por ejemplo compró de un pupilo alguna cosa sin autorización del tutor (10), es ciertamente un ejemplo que no admite duda alguna, puesto que tal posesor no se dice que se halle en mala fe, conforme lo hemos ya expuesto antes; con todo cesa en tal caso la prescripción por falta de título, es decir, de causa legítima de

(1) Como consta por la ley *an vitium*, §. final, Digesto *de div. et temp. praescript.*

(2) En la citada cuest. 12 al final.

(3) Dictamen 181, lib. 1.°, y en el citado §. *cum quis.*

(4) *Ubi supra.*

(5) En la ley *tutor rerum* del Digesto, tít. *de adminis. tutorum.*

(6) Al comentar la ley *nunquam*, en la introducción, Digesto *de usucapione.*

(7) En la citada ley *Pomponius*, §. *cum quis*, núm. 22.

(8) *Ubi supra.*

(9) En el citado §. *cum quis.*

(10) Según consta por la ley 2.ª, §. *si a pupillo* del Digesto, tít. *pro emptore.*

defectu ti. id est causae legitimae cessat praescriptio: nec n. error juris inducit malam fidem, aut injustam facit possessionem l. si id quod ff. pro dereli. l. si vir, ff. pro dona. l. fi. ff. pro legato l. 1. §. si vir, ff. de ac. po. ergo quod in hoc exemplo ajunt haeredem posse a se incipere praescriptionem, verum est, quod autem securi & incauti existimant, defunctum eo casu fuisse in mala fide, verum non est.

In summa, licet defunctus haberet malam fidem, sicque ejus primus haeres usucapere non posset per d. l. cum haeres, tamen si is primus haeres decessit haerede relicto is secundus haeres usucapere posset, quasi haeres haeredis mei meus haeres non videatur, quoad impediendam hanc
20. praescri. sicque cesset, l. fi. C. de haer. inst. † vel quia ut ficta mala fides defuncti non nocet haeredi, ut jam edocuimus, ita & vera mala fides defuncti non noceat haeredi haeredis, quia primus haeres esse videtur, in ficta tantum mala fide, quae ex causa representationis in eum transvolavit descendens ab primo defuncto, qui fuerat in vera mala fide. ita Cro. in d. §. cum quis, ad fi. ubi Jas. col. pe. ad prin. & Cova. ubi supra, facit tex. egregius, quem nullus alleg. in d. l. si id quod ff. pro dereli. ubi uxor marito rem suam donavit sicque non valuit donatio, virque autem sciebat rem donatam adhuc uxoris permanere, sicque alienam esse, aut scire debebat, & a marito sciens emi, adhuc tamen non videor malam fidem habere, & possum praescribere, cogita
21. tamen. Postremo † isthaec mala fides auctoris non nocet successori etiam singulari in dignitate c. cura, de jure pa. Ratio quia is non ab praedecessore causam habuisse videtur, sed a superiore, qui beneficium confert, ita Gl. in c. cura, de jure patr. per tex. ibi ubi communiter Doct. Glo. in c. quia v. de judi. Glo. & communiter Doct. in c. de quarta, de

poseer; porque el error de derecho no produce mala fe, ni hace la posesión injusta (1); luego, lo que a propósito de este caso afirman los autores, que el heredero de tal posesor puede dar principio a la prescripción desde su propia posesión, es verdad; pero lo que con tanta seguridad y ligereza juzgan que el difunto en este caso se halló en mala fe, no es conforme a verdad.

En suma, aun cuando el difunto se hallara en mala fe y por tanto no pudiera su heredero inmediato conseguir la usucapión (2), sin embargo, al morir este primer heredero dejando a su vez otro heredero, este segundo podrá conseguir la usucapión, como si el que hereda a mi heredero no se considerara heredero mío en cuanto se refiere a impedir esta prescripción, y por tanto no tiene cumplimiento la ley final del Cód. *de haeredibus instituendis*. O también porque, como la mala fe *ficta* del difunto 20.
no perjudica al heredero, según lo hemos ya expuesto, así también la verdadera mala fe del difunto no perjudique al heredero del primer heredero, puesto que el primer heredero parece hallarse sólamente en mala fe presunta, que en razón de la representación que ostenta pasó a él dimanada de la persona del difunto que se halló de verdad en mala fe; así lo expone Croto (3), Covarrubias (4) y Jasón (5). Existe a este mismo propósito un notable texto que nadie cita, en la ley *si id quod* (6), por el que consta que una esposa hizo donación al marido de una cosa suya y por tanto no fué válida la donación; el marido por su parte o sabía que la cosa donada seguía perteneciendo a la esposa y por tanto que no era suya o debía saberlo; conociendo yo esto se la compré al marido y con todo no se considera que yo me halle en mala fe, y puedo conseguir la prescripción. Pondera esta última razón. Finalmente la mala fe del autor no perjudica 21.
al sucesor, aun siendo inmediato, cuando se trata de una

(1) Así consta por numerosas leyes: por la ley *si id quod* del Digesto, tít. *pro derelicto;* por la ley *si vir*, Digesto, *pro donato;* por la ley final del Digesto, tít. *pro legato* y por la ley 1.ª, §. *si vir* del Digesto, tít. *de acq. possessione*.

(2) Conforme consta por la ley citada *cum haeres*.

(3) En el citado §. *cum quis* al final.

(4) *Ubi supra*.

(5) Sobre el mismo §. *cum quis*, colum. penúlt. al principio.

(6) Del Digesto, tít. *pro derelicto*.

praescr. Jas. in l. Pomponius, §. cum quis, col. fi. in fin. ff. de acquir. pos.

In summa quoad illam fortem rationem, quod de jure canonico haeres teneatur exonerare conscientiam defuncti, ultra dicta supra, numero. 11. adde apertas evasiones, nam ut aliud est hominem nasci, aliud postea mori, ita aliud est quaerere an praescriptio semel nata effectaque fuerit, aliud an postea res sic praescripta ad conscientiam defuncti exonerandam restituenda sit, licet enim fateremur restituendam esse adhuc tamen verum esset praescriptionem semel contigisse, ut interim omittam non bene sequi restitui rem, ergo exoneratur conscientia defuncti, quid enim si modo res longe deterior facta est, certe per ejus restitutionem non esset exonerata conscientia defuncti, quid rursum si longe melior facta est, expensis forte haeredis per sumptuosa forte aedificia superaddita, aut per sumptuosas picturas, & similia, quae abradi, & separari nequeunt, nonne tunc haeredem talem rem restituere si cogeres injustissimum, & inhumanum esset, ergo longe justius est & juris menti ac conscienciae proximius non solum rem semel jureque praescriptam fuisse, sed etiam irrevocabiliter praescriptam apud haeredem permansuram, diversamque longe causam fore eam exonerationem conscienciae defuncti, de qua apud judicem agi vel poterit, vel non poterit ut in simili ait egregius tex. in l. Titius, in fi. in pr. ff. de lib. & post. ibi, apud judicem agi oportere.

dignidad (1), y la razón es porque el sucesor no se considera haber recibido el título de su predecesor sino del superior que confiere el beneficio, conforme lo defienden varias glosas y comentaristas (2).

En conclusión, en cuanto a aquella poderosa razón, a saber, que según el derecho canónico el heredero está obligado a descargar la conciencia del difunto, además de lo dicho arriba en el núm. 11, puedo añadir otras manifiestas soluciones: porque así como una cosa es el nacer el hombre, y, otra diversa, el morir después, así también una cosa es investigar si la prescripción ha llegado a tener lugar y se ha efectuado, y otra, si con posterioridad se ha de restituir la cosa así prescrita, para exonerar la conciencia del difunto; porque aun cuando concediéramos que había obligación de restituirla, no dejaría por eso de ser verdad, que la prescripción había llegado a realizarse; pasando ahora por alto que no es legítima, consecuencia ésta: he restituido la cosa, luego queda ya descargada la conciencia del difunto. Porque ¿qué diríamos si la cosa al presente se hallara notablemente deteriorada? Cierto que entonces con su restitución no se descargaría la conciencia del difunto. ¿Qué diríamos, por el contrario, si hubiera sido notablemente mejorada, por ejemplo, con suntuosos edificios añadidos a expensas del heredero, o con magníficas pinturas o cosas semejantes, que ni pueden arrancarse ni separarse, no sería sumamente injusto e inhumano el obligar en tal caso al heredero a la restitución? Luego es mucho más justo y mucho más conforme a la mente y parecer de la ley el sostener no sólo que aquella cosa ha prescrito efectivamente con todo derecho, sino también que como irrevocablemente prescrita ha de permanecer en poder del heredero, y que otra, completamente distinta, es la causa referente a descargar la conciencia del difunto, acerca de la cual se podrá o no tratar delante del juez, conforme lo afirma en parecido caso el notable texto de la ley *Titius* (3).

---

(1) Conforme al cap. *cura, de jure patronatus.*

(2) La glosa en el cap. *cura, de jure patronatus,* por todo el texto y comunmente los doctores en dicho cap.; la glosa en el cap. *quia* 5.°, *de judiciis;* la glosa y doctores en el cap. *de quarta, de praescript;* Jasón comentando la ley *Pomponius,* §. *cum quis,* colum. final, Digesto, tít. *de acquir. posses.*

(3) Al fin de la introducción de esta ley, Digesto *de liberis et posthumis,* en las palabras *apud judicem agi aportere.*

CAPVT LXXIV

SUMMAE

1. *Malae fidei superventus post completam praescriptionem non nocet, ingens. pugna.*
2. *Nostrum nobis sine facto nostro non raro ex legis dispositione adimitur.*
3. *Praescriptum haeres debitum solvere jussus, restituere non tenetur.*
4. *Praescripta actione personali cum bona fide, obligatio naturalis si qua superest inutilis est quoad effectum juris civilis.*
5. *Conscientiae in foro liber est, qui actionem personalem praescripsit cum bona fide.*
6. *Praescripta actione personali, obligatio natu. si qua superest, non proderit ut super eam possit fieri novatio, cum communi contra alteram communem, nec proderit ut ei posset accedere fidejussor, cum communi, contra alteram communem.*
7. *Actio personalis praescribitur de jure canonico cum bona fide & cum mala fide non praescriberetur etiam de jure civili.*
8. *Mala fides facilius praesumitur de jure cano. quam de jure civili.*



CAPÍTULO LXXIV

SUMARIO

Si la mala fe sobreviene después de terminada la prescripción, en nada perjudica. Cuestión muy debatida. 1.

No raras veces se nos quita por disposición de la ley algo que nos pertenece, aun sin acto alguno nuestro. 2.

El heredero a quien se manda pagar una deuda que ya ha prescrito, no está obligado a hacerlo. 3.

Una vez conseguida con buena fe la prescripción de una acción personal, la obligación natural, si es que queda alguna en pie, es inútil para los efectos del derecho civil. 4.

Quien con buena fe consiguió la prescripción de una acción personal queda libre en el foro de la conciencia. 5.

Una vez prescrita la acción personal, la obligación natural, si alguna queda, no será apta para la novación, ni tampoco para recibir fiador; ambas partes con la opinión común y en contra de la opuesta opinión, asimismo común. 6.

Con buena fe puede conseguirse la prescripción de una acción personal aun según el derecho canónico, mientras que con mala fe no se consigue ni aun según el derecho civil. 7.

Con más facilidad presume la mala fe el derecho canónico que el derecho civil. 8.

1.  I post † completam praescriptionem, quam quis bona fide perfecit, superveniat mala fides, non tenetur quis rem praescriptam restituere, ita ait esse communem op. Theologorum Ange. in l. 1. n. 59. C. de jud. Im. in c. fi. n. 30. de rescr. Abb. in c. vigilanti, n. 6. ubi Feli. n. 11. e. ti. & hanc opi. communem esse firmat ibi Felin. eandem dicit communem opi. esse legistarum, & cano. Imo. ubi supra quod & firmat Ang. ubi supra & etiam Abb. in d. c. vigilanti, Gl. & Collec. in c. fi. e. Inn. in c. cura, de jure pat. Aegi. in d. c. vigilanti, Bal. consi. 315. lib. 3. Tho. quodli. 12. art. 4. Conradus de contractib. q. 15. concl. 3. & 4. Dec. in c. 1. n. 18. de const. Bal. de praesc. in 2. par. 3. part. prin. q. 9. ubi hanc dicit communem quod & firmat Cova. in c. possessor, de reg. jur. part. 3. §. 2. qui plures allegat.

Contrariam op. ut praescribens restituere teneatur, dicit esse communem Theologorum. Jo. Banchel. in breviario sexti in regula possessor, in fi. q. de reg. jur. per Alcia. de quinque pedum praesc. n. 33. & nu. 50. ubi hanc opi. affirmativam, ut restituere teneatur, veriorem esse multis verbis contendit Ant. in d. c. vigilanti, de praescr. Bar. in extrav. ad repr. in ver. denunciationem, Jo. And. in d. c. possessor, de reg. jur. in 6. summa Rosella in verb. praescr. & alii quamplures Theologorum relati per Ang. ubi supra & Corn. cons. 251. in hac consulta. n. 4. lib. 3. qui plures alios alle. hanc op. tenentes.

Sed primam opi. tenent divus Tho. quodlib. 12. & quodlib. 25. Scotus in 4. sen. dis. 15. Ant. Flo. in 2. par. prin. ti. 1. c. 7. divus Bernar. lib. de evang. aeterno, ser. 37.

Si después de terminada por completo la prescripción, que se llevó a cabo de buena fe, sobreviene mala fe, no está obligado nadie a restituir la cosa prescrita; tal es la común opinión de los Teólogos, según el testimonio de Angel (1); la defienden también Imola (2), el Abad (3) y Felino (4), quien afirma ser esta opinión común; defiéndenla también comúnmente legistas y canonistas, según el testimonio de Imola (5), de Angel (6) y del Abad (7); lo mismo que consta también por otros numerosos autores (8). 1.

La opinión contraria, a saber, que quien ha conseguido tal prescripción esté obligado a la restitución, afirman ser opinión común de los Teólogos Juan Banchel (9), Alciato (10), Antonio (11) quien defiende que la opinión afirmativa, esto es, que esté obligado a la restitución, es más conforme a verdad, lo que admiten también Bartolo (12), Juan Andrés (13) y otros numerosos Teólogos citados por Angel (14) y por Corneo (15) quien aduce a otros muchos que defienden esta misma opinión.

Sin embargo, la primera opinión la sostienen Santo Tomás (16), Escoto (17), Antonino de Florencia (18), San

(1) Al comentar la ley 1.ª, núm. 59 del Código, tít. *de judiciis.*
(2) En el cap. final, núm. 50 *de rescr.*
(3) En el cap. *vigilanti*, núm. 6.
(4) En el núm. 15 sobre el mismo cap. *vigilanti.*
(5) *Ubi supra.*
(6) *Ubi supra.*
(7) En el citado cap. *vigilanti.*
(8) Tales son: Inocencio en el cap. *cura*, *de jure patronatus;* Aegi. en el citado cap. *vigilanti;* Santo Tomás *quodlib.* 12, art. 4.º; Covarrubias *de contractibus*, cuest. 15, concl. 3.ª y 4.ª; Decio en el cap. 1.º, núm. 18, *de const.*, Baldo dict. 315, lib. 3.º y *de praescript.* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 9.ª donde la llama opinión común, al igual que Covarrubias en el cap. *possessor, de regulis juris*, parte 3.ª, § 2.º quien cita a otros muchos autores. También consta por la *glos.* y *Collec.* en el cap. fin. e.
(9) *In breviario sexti. in reg. possesor* al final de la cuest. *de regulis juris.*
(10) *De quinque pedum praescrip.*, núm. 33 y 50.
(11) En el citado cap. *vigilanti, de praescript.*
(12) En la Extravag. *ad repr.*, en la palabra *denuntiationem.*
(13) En el cap. *possessor, de reg. juris in* 6.º. Consta lo mismo por la *Summa Rosella* en la palabra *praescript.*
(14) *Ubi supra.*
(15) Dictamen 251 que empieza *in hac consultatione*, núm. 4, lib. 3.º
(16) *Quodlibet* 12 y *quodlib.* 25.
(17) *In 4 sent. dist.* 15.ª
(18) En la 2.ª parte princ., tít. 1.º, cap. 7.

c. 1. & iterum, c. 3. & 4. & Adria. in suis q. And. Tira. de praesc. §. 1. Gl. 2. ad fi. qui plures allegat. Moventur quod id, quod nostrum est, sine facto nostro a nobis avelli non possit, l. id quod nostrum, ff. de reg. jur. & injurium est alterum alterius jactura locupletari. c. locupletari, de reg. jur. in 6. l. jure naturae, de reg. jur. l. nam hoc, de cond. ind. ff. ergo qui post completam praescri. coepit habere scientiam rei alien. quae licet modo sua sit, non aliena, tamen antea aliena erat, & a potestate domini citra ullum ejus factum, aut voluntatem evasit, abscessitque ab ejus dominio, qui ergo (inquam) norit illum hanc injuriam pati, & laesionem, vel passum fuisse, videtur, ut eam resarcire teneatur, ne contra aequitatem naturalem durescat, arg. l. ut vim, ff. de just. & ju. cum ibi nota. nec memini me legisse aliquem huic rationi ex integro satisfacientem, unde quae ab aliis traduntur omissa, defendendo communem sent. quam verissimam opinamur, sciendum est inspectis principiis juris naturalis omnia esse communia, dico & loquor de praediis, fundis & similibus, natura. n. isthaec hominibus exhibuit utenda tantum, non etiam usurpanda, ut plene docet Pau. in rep. l. ex hoc jure, ff. de just. & jure, unde Ovid. sic ait:

Omne solum forti patria est, ut piscibus aequor,

Sentit enim nullos hominum habere in solo dominium, non magis quam pisces in aequore, sed usum tantum communem. & Vergilius:

Ante Jovem nulli subigebant arva coloni.

Qua de re plene disseruimus in tract. de succ. crea. in

Bernardo (1), Adriano (2), Andrés Tiraqueau (3), quien cita a otros muchos. La razón que les mueve es ésta, que lo que es nuestro, no puede quitársenos sin algún acto nuestro (4) y que es injusto que uno se enriquezca con el quebranto de otro (5). Si, pues, alguno después de realizada por completo la prescripción, viniere en conocimiento de que se trataba de una cosa ajena, que aunque al presente sea suya y no de otro, antes sin embargo lo era, y que sin acto alguno y sin la voluntad del antiguo dueño salió de su poder y huyó de su dominio, quien, repito, llegare a conocer que aquella persona era víctima, o lo había sido, de esta injusticia y daño, parece que está obligado a resarcirlo, para no mostrarse insensible a la equidad natural (6); y en verdad no recuerdo haber leído autor alguno que haya dado completa solución a este argumento; por consiguiente, pasando en silencio lo que otros autores aducen, y para defender esta común opinión, que juzgamos en absoluto verdadera, hemos de tener presente que atendidos los principios del derecho natural todas las cosas son comunes, me refiero al hablar así a los predios, fundos y cosas semejantes; porque la naturaleza concedió estas cosas a los hombres sólamente para su uso, pero no para que las hicieran propias, conforme lo enseña extensamente Pablo de Castro (7). Por eso canta también Ovidio:

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

Donde nos da a entender que ningún hombre tiene dominio sobre el suelo, como no lo tienen los peces sobre el mar, sino únicamente el uso común a todos. Y Virgilio dice también:

«Antes del reinado de Júpiter no había labradores que arasen los campos».

Sobre este punto hemos tratado con toda extensión en la obra *De succes. creatione* en la introdución y en el §. 1.°.

---

(1) En el libro *de evang. aeterno*, serm. 37, cap. 1 y de nuevo en el cap. 3 y 4.
(2) *In suis quaestionibus.*
(3) *De praescript*, §. 1.°, glosa 2.ª al final.
(4) Conforme a la ley *id quod nostrum*, Digesto *de reg juris.*
(5) Según el cap. *locupletari de reg. juris in 6;* la ley *jure naturae de reg. juris* y la ley *nam hoc* del Digesto, tít. *de condictione indebiti.*
(6) Según la ley *ut vim*, Digesto, tít. *de just. et jure*, con lo sobre ella notado.
(7) Al comentar la citada ley *ex hoc jure* del Digesto *de just. et jure.*

praefatione, & §. 1. Sed jure gen. quod hac in re a naturali declinat, dominia fuerunt distincta, d. l. ex hoc jure. istud autem jus gentium ex causa possunt & solent leges & prin-
2. cipes immutare aliqua ex parte & disponere † ut dominium nostrum, nobis insciis, vel etiam invitis, auferatur, l. Item si verberatum, §. 1. ff. de rei ven. tradunt Bar. Pau. Jas. & alii in d. l. ex hoc jure, Dec. in l. id quod nostrum, de reg. ju. ibi novissimi diximus, & nos in d. §. 1. in tra. de succ. crea. ergo ex causa publicae tranquillitatis, quae summopere expedit rei publicae, ne rerum dominia in incerto sint, inductum fuit, ut id quod nostrum fuit, licet regulariter sine facto nostro a nobis avelli non possit, tamen possit ex causa usucapionis, quae propter bonum publicum inducta fuit, ne rerum dominia in incerto essent. l. 1. ff. de usucap. nam cum ei cujus rei praescripta est, ejus dominium contingeret per concessionem legis positivae, non enim mero jure naturae, ita quoque dominium ab eo discedere potuit per dispositionem alterius juris positivi. Et ut, propter gentium tranquillitatem, dominiorum distinctio, contra jus naturae primaevum, permissa fuit, ita quoque & propter eandem tranquillitatem ista usucapionis acquisitio permissa est. Nec est novum ut quod nostrum est nobis invitis aut ignorantibus abscedat, nam & idem contingit in d. §. item si verberatum, & idem contingit in terminis. l. 2. & 3. §. fi. & l. naturalem. §. examen, ff. de acqui. rerum dominio. & in l. adeo. §. ferae cum pluribus sequ. §§. ff. de acqui. rerum dominio. & in §. ferae, cum pluribus. §§. seq. usque ad finem tituli illius inst. de rerum divis. Quinimo quod isto modo a nobis abscessit nobis postea non restituitur, ut d. §. examen, & d. l. 2. & 3. ff. de acqui. rerum dominio, quia ut lex nobis dispensavit & permisit ex causa publicae tranquillitatis, ut

Pero según el derecho de gentes, que en este punto se aparta del natural, se distinguieron ya los dominios (1). Pues bien, los príncipes y leyes pueden y suelen con causa alterar en parte este derecho de gentes, y disponer que sin nuestro 2.
conocimiento y aun contra nuestra voluntad se nos despoje de nuestro dominio (2); así lo enseñan Bartolo, Pablo de Castro, Jasón y otros autores comentando la ley *ex hoc jure*, Decio en la citada ley *id quod nostrum* (3), y últimamente lo hemos expuesto también nosotros al tratar de la misma ley, en el §. 1.° de la introducción de nuestra obra *De succes. creatione;* luego, por razón de la pública tranquilidad que interesa sobremanera a la república, para que el dominio de las cosas no fuera incierto, se estableció, que, si bien no puede regularmente quitársenos sin un acto nuestro lo que es de nuestra propiedad, pueda quitársenos sin embargo por medio de la usucapión, instituida en razón del bien público, para que la propiedad de las cosas no quedara incierta (4), porque así como la persona cuya cosa ha prescrito ahora, adquirió antes la propiedad de la misma no por mero derecho natural sino por concesión de la ley positiva, así también por disposición de otra ley positiva pudo verse privado de la propiedad. Y así como en razón de la tranquilidad de los pueblos, se permitió la distinción de propiedades, contra el primitivo derecho natural, así también en razón de la misma tranquilidad, se permitió esta adquisición por medio de la usucapión. Ni es tampoco cosa nueva que lo que es nuestro, deje de serlo, aun contra nuestra voluntad y aun ignorándolo nosotros; ya que esto mismo sucede conforme al sentido de numerosas leyes (5). Más aún, lo que de este modo se apartó de nosotros, no se nos restituye después (6);

(1) Según la ley *ex hoc jure* del Digesto.

(2) Conforme a la ley *item si verberatum*, §. 1.°, Digesto *de rei vindicat.*

(3) Digesto *de reg. juris.*

(4) Según la ley 1.ª del Digesto, tít. *de usucapione.*

(5) Tales son: el §. *item si verberatum*, la ley 2.ª y 3.ª en el §. final y la ley *naturalem*, §. *examen* todas del Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio*, la ley *adeo* §. *ferae* con otros muchos §§. siguientes, Digesto, tít. *de acq. rer. dominio* y el § *ferae* con otros muchos siguientes hasta el fin del título, Instit. *de rerum divis.*

(6) Según consta por el citado §. *examen* y las citadas leyes 2.ª y 3.ª del Digesto, tít. *de acquir. rer. dom.*

illud proprium & peculiare non in communi haberemus, ita eadem lex ex causa ejusdem publicae tranquillitatis induxit, ut postquam diu res nostra ab alio possideretur, sua fieret, nostraque esse desineret, ne post longam & quietam possess. inquietaremur, & haec ratio militat etiam in rebus mobilibus, & se moventibus & juribus, quae licet per legem nostra fiant, & regulariter sine facto nostro a nobis non abscedant, tamen saepe expedit ut sine facto nostro a nobis abscedant, inque alium migrent.

Ergo omnia quae inspecto jure naturae primaevo communia esse debebant, jure positivo permissum est, ut cujusque in particulari propria esse possint, optimus tex. in l. fi. C. de long. temp. praescrip. eodemque positivo jure datum est, ut quemadmodum propter publicam tranquillitatem admissum fuit, ut proprium nostrum aliquid esset, & in communi esse desineret, ita quoque propter publicam tranquillitatem quod proprium meum erat eadem lege positiva desinit, etiam me inscio vel invito, esse meum: parem enim potestatem lex habuit in dando, & in adimendo. l. quidam referunt. ff. de jure codicil. ergo si rem tuam praescripsi, tibi dicenti, cur improbe impieque retines quod meum antea erat, replicabo, cur tu quoque retinere vis, quod antea alterius erat, legis enim auctoritate & quod antea alterius erat in te translatum fuit, & ejusdem legis auctoritate postquam in te translatum fuit rursus in me migravit.

Neque ad rem pertinet quod inscio te migrasset, nam & in quampluribus aliis casibus dominium ignorantes amittimus, quod aliis lex applicuit, nec ideo magis nobis restituitur, quam si per contractum & voluntatem nostram a nobis abscessisset, sicque ei, cujus res ita praescripta est, dicere possemus, eum non tam suum videri amisisse, quam alienum

porque así como la ley dispensó con nosotros y nos permitió, por razón de la pública tranquilidad, el que tuviéramos aquella cosa como propia y privativa nuestra y no en común, así también la misma ley y por causa de esa misma pública tranquilidad, dispuso que, después de haber estado una cosa nuestra en posesión de otro por largo tiempo, éste la hiciera suya y dejara de pertenecernos, para evitar el que los hombres estén llenos de inquietud después de una posesión larga y pacífica; argumento que tiene también valor aun tratándose de cosas muebles y semovientes y derechos; todo lo cual aunque por concesión de la ley lo hacemos nuestro, y regularmente no se nos priva de ello sin un acto por nuestra parte, sin embargo, con frecuencia es conveniente que aun sin acto nuestro nos abandone a nosotros y pase a otro.

Así pues, todas las cosas que, atendido el derecho natural primitivo, debían ser comunes, permitió el derecho positivo, que pudieran ser propias de cada uno en particular (1); el mismo derecho positivo estableció también, que así como por la pública tranquilidad se concedió el que algunas cosas fueran propias nuestras, dejando de ser comunes, así también por la misma pública tranquilidad lo que era propio mío, deja de serlo, por disposición de la misma ley, aun sin saberlo yo y contra mi voluntad, porque sin duda igual poder tuvo la ley para dar que para quitar (2), por lo tanto, si he conseguido la prescripción de una cosa tuya, al decirme tú: ¿por qué retienes perversa e injustamente lo que era antes de mi propiedad?, te contestaré: y ¿por qué tú quieres retener también lo que antes pertenecía a otro? Porque si por la autoridad de la ley se traspasó a ti lo que antes era de otro, por esa misma autoridad de la ley después de haberte pertenecido a ti, se me trasfirió últimamente a mí.

Ni hace al caso el que te hayas visto privado de tal cosa sin saberlo, porque lo mismo sucede en otros muchísimos casos en los cuales perdemos, aun ignorándolo, la propiedad que la ley confiere a otros, sin que sea razón tal ignorancia para que se nos restituya, del mismo modo que si por contrato o por nuestra propia voluntad nos hubiéramos despo-

(1) Un excelente texto sobre ésto es el de la ley final del Código, tít *de longi temp. praescript.*

(2) Según consta por la ley *quidam referunt*., Digesto, tít. *de jure codicil.*

reddidisse, sicque nullam injuriam tullisse, ut in simili per
3. tex. in l. filio quem, ff. de lib. & posth. † Unde haeres jussus a testatore omnia debita persolvere, non tenetur ad debitum a testatore praescriptum, ita Bar. in l. legavi, ff. de lib. lega. & in l. quibus diebus. §. dominus. ff. de condi. & demonst. Bal. in l. id quod pauperibus. C. de Episc. & cler. & in l. si creditori, ff. de leg. 1. & in sua disput. incip. statuto cavetur, Joannes Imol. in c. fi. col. 37. de praescrip. Andraeas Tiraquell. de praescrip. §. 1. Glo. 2. in fi.

4. Debebam † tibi decem actione personali, ea per praeteritionem legitimi temporis bona fide praescripsi, an obligatio naturalis extincta sit, vehementer & saepissime controversum fuit, qua in re Bar. in l. fi. ff. rem ratam haberi, tenet naturalem obligationem non extingui quidem mero jure. per §. sed naturalia inst. de jure natur. l. omnes populi, ff. de just. & ju. l. eas causas, ff. de cap. dimi. l. jura sanguinis, & quae ibi late per Decium, & noviores. ff. de reg. jur. tamen ejus effectus, aut ad nihilum reducitur & enervatur. Idem Bar. in extravag. ad repri. ver. per denunciationem, sequitur & dicit esse communem opinionem Joan. Crotus in l. nemo potest. ff. de lega. 1. nu. 52. sequitur etiam & dicit cum Bar. esse communem opin. Imol. in c. fi. de praescrip. nu. 31. ubi subdit, quod Bal. dum in auth. ad haec. C. de usuris nu. 8. dixit in contrarium se habere communem opinionem, verum non dixit, & cum Bar. tenet Ang. in rep. l. 1. num. 61. C. de judi. & Felin. in c. ad aures, col. 2. de praescr. Balb. de praescript. in 2. par. 3. par. prin. q. 10. ubi cum Bar. ait esse communem opinionem quamvis ipse ibi & rursus in. 1. par. princ. q. 5. & q. 6. videatur tenere

jado de ella. Por consiguiente podríamos decir a aquel, cuya cosa ha prescrito de este modo, que no tanto se considera haber perdido algo propio, cuanto haber devuelto lo que era ajeno, y por tanto, que ninguna injusticia ha sufrido, según consta en parecido caso por el texto de la ley *filio quem* (1).

3. De donde se sigue que el heredero a quien el testador manda pagar todas las deudas, que no está obligado a hacerlo con aquella que hubiera ya prescrito en favor del testador, así lo defienden Bartolo (2), Baldo (3), Juan de Imola (4) y Andrés Tiraqueau (5).

4. Tenía contigo una deuda como de diez bajo acción personal; pero he conseguido de buena fe la prescripción de esta acción por el trascurso del tiempo señalado por la ley; pues bien, con mucha frecuencia se ha entablado ardorosa controversia sobre si en este caso se ha extinguido la obligación natural; Bartolo (6) defiende en esta materia, que la obligación natural no se extingue de pleno derecho (7), pero que sin embargo, su efecto se reduce a la nada y pierde toda su fuerza (8). Esta doctrina la defiende también, llamándola opinión común Juan Croto (9); admítela también y con Bartolo la llama opinión común Imola, en el capítulo final *de praescript.*, número 31, donde añade que cuando Baldo afirmó (10) que consideraba la opinión contraria como común, no dijo verdad; la misma opinión de Bartolo defienden Angel (11), Felino (12),

---

(1) Del Digesto *de lib et posth.*

(2) Comentando la ley *legavi*, Digesto *de lib. lega.* y la ley *quibus diebus*, §. *dominus*, Digesto, tít. *de cond. et demonstrat.*

(3) En la ley *quod pauperibus*, Código, tít *de episc. et clericis;* en la ley *si creditori*, Digesto *de legat.*, lib. 1.º y en la disputa que empieza: *statuto cavetur.*

(4) En el cap, final, colum. 37 *de praescript.*

(5) *De praescript*, §. 1.º, glosa 2.ª al final.

(6) Comentando la ley final del Digesto *rem ratam haberi.*

(7) Como consta por las siguientes disposiciones: por el §. *sed naturalia* de la Instituta *de jure naturae;* por la ley *omnes populi* del Digesto *de just. et jure;* por la ley *eas causas*, Digesto *de capi diminut.;* por la ley *jura sanguinis* del Digesto, tít. *de reg. juris*, con lo que sobre ella enseña Decio y otros autores más modernos.

(8) Lo mismo repite Bartolo en el Extrav. *ad repri. ver. per denuntiationem.*

(9) En la ley *nemo potest*, Digesto *de legatis*, lib. 1.º, núm 52.

(10) En la authen. *ad haec* inserta en el Código *de usuris*, núm. 8.

(11) *De praescript.*, §. 1.º, glosa 2.ª al final.

(12) En la citada authen. *ad haec*, inserta en el Código *de usuris*, núm. 8.

contrarium & etiam Andrae. Tiraquell. de praescrip. §. 1. Glo. 2. ad finem.

Contrariam sententiam ut nec tollatur obligatio naturalis, nec ejus effectus, tenet & dicit communiter teneri Bal. in d. auth. ad haec, C. de usuris n. 8. quod & defendunt nonnulli scribentium relati per Balbum ubi supra. Moventur quia nihil tam juri naturae, naturalique aequitati convenit, quam conventionum, pactorumque observatio, fideique praestitae inviolata exhibitio. l. 1. ff. de consti. pecu. l. 1. ff. de pact. l. non minorem. C. de transact. c. 1. de pact. Sed lex civilis civilia quidem jura perimere aut mutare potuit, naturalia vero non utique §. sed naturalia, inst. de jure naturali. l. eas causas ff. de cap. dimi. l. jura sanguinis, ff. de reg. jur. ergo qui convenit mecum ut decem daret post annos triginta, etiam si forte praescripsit debitum, quia erat in bona fide per oblivionem vel aliam rationem. l. sicut, & l. omnes. C. de praesc, 30. annorum, tamen a sola obligatione civili, & coactione quam leges illae perimere potuerunt liberatus videbitur, non quidem ab obligatione naturali, quam leges illae perimere nequibant. Manet ergo integra naturalis obligatio, quae legibus civilibus subdita non est.

Verum huic argumento facile satisfaciemus, nam ut lex civilis potuit civilia jura perimere, civilemque actionem vel obligationem, ita quoque potuit obligationem naturalem enudare, & expilare ab illis effectibus & juribus, quos illi obligationi accommodavit quosque a lege naturali sortita non fuit, sed tantum a lege potiva, nam quod obligatio naturalis pariat exceptionem, §. praeterea, inst. de excep. l. juris gentium. §. quinimo. §. si paciscar. ff. de pact. quod ipsa possit novari, l. 1. ff. de novati. §. praeterea, inst. quib. mod. tollitur oblig. quod obligationi naturali possit accedere

Balbo en el tratado *de praescriptionibus* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuestión 10.ª, en donde dice con Bartolo que es opinión común, aunque él mismo en dicho lugar y de nuevo en la 1.ª parte principal, cuestión 5.ª y 6.ª parece defender lo contrario, y también Andrés Tiraqueau (1).

La opinión contraria, es decir, que no se extingue la obligación natural, ni tampoco su efecto, la defiende Baldo (2), quien afirma ser comúnmente de esta opinión los autores; defienden también esta doctrina algunos comentaristas citados por Balbo en dicho lugar. Fúndanse en que nada es tan conforme al derecho natural y a la natural equidad, como el cumplimiento de convenciones y pactos y la inquebrantable sujeción a la fe prestada (3). Pero la ley civil ha podido ciertamente suprimir y cambiar derechos civiles, pero no así los naturales (4), luego quien hizo un contrato conmigo de darme diez, al transcurrir treinta años, aun cuando tal vez haya conseguido la prescripción de tal deuda, por hallarse en buena fe a causa del olvido o por otra razón (5), sin embargo se considerará libre sólamente de la obligación civil y de la coacción que dichas leyes civiles pudieron suprimir, pero de ningún modo de la obligación natural que dichas leyes no podrán quitar; queda, pues, intacta la obligación natural que no está sujeta a las leyes civiles.

Pero a este argumento podemos dar fácil solución, porque así como pudo la ley civil quitar derechos civiles e igualmente extinguir una acción u obligación civil, así también ha podido privar y despojar a una obligación natural de aquellos efectos y derechos que la ley positiva añadió a tal obligación, y que no procedían de la ley natural, sino sólamente de la ley positiva; porque el que la obligación natural produzca una excepción (6), que la obligación sea capaz de

(1) *De praescript.* §. 1, glos 2.ª al final.

(2) En la citada *auth. ad haec*, Cód. *de usuris*, núm. 8.

(3) Conforme consta por la ley 2.ª *de const. pecu.;* por la ley 1.ª *de pactis* del Digesto; por la ley *non minorem* del Código, tít. *de transact.* y por el cap. 1.º *de pactis.*

(4) Conforme al §. *sed naturalia*, Instituta *de jure naturali;* a la ley *eas causas*, Digesto *de capi. diminut.* y a la ley *jura sanguinis*, Digesto *de reg juris.*

(6) Según las leyes *sicut* y *omnes* del Código *de praescript. XXX annorum.*

(6) Según consta por el §. *praeterea*, Instituta *de exceptionibus;* por la ley *juris gentium*, §. *quinimo* y §. *si paciscar* del Digesto, tít. *de pactis.*

fidejussor, §. 1. insti. de fidejusso. quod ipsa utilis sit & oriatur, cum alteri stipulamur Glo. communiter approbata per Bar. Alex. Jas. & alios ibi in l. stipulatio ista. §. alteri, ff. de verb. oblig. isthaec omnia & alia multa similia, effectus sicut, quibus obligatio naturalis a lege quidem civili positiva, non item a lege naturali, condonata fuit hosque effectus lex positiva ei adimere potuit, c. omnis res, de reg. jur. l. nihil tam naturale, ff. de reg. jur. l. fi. ff. de acceptil. ergo rectissime & scitissime dixerunt Bar. & alii supra memorati per praescriptionem enervari obligationem naturalem, enudari expilarique ab omnibus suis effectibus, quia eos effectus intelligebant huic obligationi, legem civilem non naturalem condonasse, & accommodasse, quae intelligenda sunt quoad forum contentiosum, tam civile quam canonicum.

5. † In foro vero, quod ajunt, animae vel conscientiae dubitari posset, an adhuc ille qui praescripsit teneatur, & per denuntiationem evangelicam exigatur, & quidem, si ea obligatio non descendebat ex contractu per eum inito, sed forte haereditaria erat, ipseque ex contractu defuncti conveniebatur, seque exceptione praescriptionis tegebat, & tuebatur, expeditum est liberum esse etiam in foro poenitentiali, quia quod haeredes teneantur ad solvenda debita defunctorum pro portionibus haereditariis representantes quoad illas portiones personas ipsorum defunctorum. l. 1. C. de haered. acti. l. pro haereditariis. eadem l. 1. C. si certum petatur. l. 1. §. si haeres. ff. ad Trebell. id sane ex lege civili, non etiam naturali descendit, ex dispositioneque legis civilis, quae hujus obligationis, & actionis praescriptionem induxit, cessabit. Quod si ex proprio contractu is conveniretur, ad cujus inviolatam observationem jure naturae tenetur, tunc

novación (1), que a una obligación natural pueda añadirse fiador (2), que tal obligación sea provechosa y se produzca cuando estipulamos con otro, según la glosa comúnmente aprobada, como consta por Bartolo, Alejandro, Jasón y otros en la ley *stipulatio ista* (3), todas estas y otras muchas semejantes cosas, le fueron otorgadas, como efectos a la obligación natural por la ley positiva civil y no por la ley natural, y por tanto ha podido justamente la ley positiva quitar estos efectos a la obligación natural (4). Con toda razón, pues, y sabiamente afirmaron Bartolo y otros autores arriba citados, que por la prescripción se quitaba fuerza a la obligación natural, y que se la privaba y despojaba de todos sus efectos, porque entendían que aquellos efectos los había otorgado y aplicado a aquella obligación no la ley natural, sino la ley civil; esta doctrina hemos de entenderla en cuanto al foro contencioso tanto civil como canónico.

Mas en cuanto al foro que llaman del espíritu o de la conciencia, podría dudarse, si quien ha conseguido tal prescripción estaría aún obligado y si se le exigiría el cumplimiento por medio de la denunciación evangélica; desde luego si aquella obligación no procedía de un contrato realizado por él mismo, sino que tal vez era hereditaria, moviéndose pleito contra él por el contrato del difunto y hallándose defendido y protegido por la excepción de prescripción, es manifiesto que se halla también libre en el foro de la conciencia; porque el que los herederos estén obligados a pagar las deudas de los difuntos en proporción a las partes hereditarias, representando en cuanto a aquellas porciones las personas de los propios difuntos (5), tiene su origen en la ley civil y no en la ley natural y cesará también por disposición de la 5.

(1) Novación según el Derecho Romano es la transformación de una obligación existente en otra nueva de forma distinta. Que sea capaz de novación consta por la ley 1.ª, Digesto *de novationibus* y por el §. *praeterea* de la Instituta *quibus mod. tolli. obligatio.*

(2) Según el §, 1.° de la Instituta *de fidejussoribus.*

(3) En el §. *alteri* del Digesto, tít. *de verborum obligat.*

(4) Según consta por el cap. *omnis res, de regulis juris;* por la ley *nihil tam naturale,* Digesto *de reg. juris* y por la ley final del Digesto *de acceptilat.*

(5) Conforme a varias leyes: a la ley 1.ª, Código, tít. *de haered. acti.;* a la ley *pro haereditariis* del mismo título, a la ley 1.ª, Código, tít. *si certum petatur* y a la ley 1.ª, §. *si haeres,* Digesto *ad Trebell.*

magis dubium, sed adhuc idem defendi potest. Nam leges fiunt & factae regulariter praesumuntur propter bonum publicum, c. erit autem lex. 4. distin. l. 1. & 2. ff. de legibus. plene per Andrae. Tiraquell. de utroque retract. in praefat. num. 75. quod maxime verum est in hac praescriptione. l. 1. ff. de usucapio. not. in l. jus civile, ff. de just. & jure, expedit enim reipublicae, etiam principaliter, ne lites excitentur, utque excitatae brevi finiantur, ut tradunt communiter Doctores in l. nemo potest. ff. de lega. 1. per Bar. Alex. & alios in simili in l. Sejus & Augerius. ff. ad leg. Falci. ubi huic rei negant privatorum conventione posse derogari, nec dubium est quin, si post annos triginta liceret debitum petere, lites plures excitarentur, aliae vero longioris essent vitae, quam par est, quod malum a republica exulare conducibile & pium est, huicque tam utili legis traditioni, tamquam ad publicam tranquillitatem spectanti, privatos homines acquiescere sanctissimum est, capitulo secundo de major. & obedi. per Bartol. & alios in l. si quis pro eo. ff. de fidejussor. in simili. Ergo praetextu peccati vitandi non debet admitti hujus legis positivae transgressio, quae maxime pertinuit ad reipublicae tranquillitatem, litesque vitandas; & alia quamplurima mala, inde oriuntur, & multorum peccatorum calumniarumque occasio esset contrarium admittere: id autem recipit distinctionem, ut infra dicam, nam simpliciter verum non esset.

6. Ex superioribus infertur contra eam opinionem quam Balbus communem dixerat † quod praescripta actione personali obligatio naturalis, si qua adhuc remanet, non proderit ad novationem. Secundo quod non proderit ad hoc quod ei accedat fidejussor. Tertio quod non pariet exceptionem, quae omnia nominatim collegit & tenuit Crotus ubi supra, & sunt

misma ley civil que dispuso la prescripción de tal obligación y acción. Pero si se moviera pleito contra tal persona en virtud de propio contrato, a cuyo cumplimiento íntegro está obligado por derecho natural, entonces sería más fundada la duda, pero aún podía sostenerse la misma solución. Porque las leyes se instituyen y se presumen regularmente instituidas por el bien público (1), lo que es verdad tratándose sobre todo de esta prescripción (2); porque interesa aun como a parte principal a la república, el que no se susciten pleitos, o el que una vez suscitados se terminen en breve, conforme lo enseñan comúnmente los doctores al comentar la ley *nemo potest* (3), y lo afirman Bartolo, Alejandro y otros en parecido caso, al comentar la ley *Sejus et Augerius* (4), donde afirman que el pacto entre particulares no puede derogar nada en esta materia; y no cabe la menor duda de que si después de trascurridos treinta años fuera lícito el reclamar una deuda, se suscitarían numerosos pleitos y otros serían de mayor duración de lo que es justo; por lo que es conveniente y humano el desterrar de la república este mal, y sobremanera justo el que los particulares se conformen con esta tan útil disposición de la ley y tan encaminada a la pública tranquilidad (5) Luego no debe admitirse, so pretexto de evitar un pecado, la trasgresión de ésta ley positiva que ha sido sobremanera conveniente para la tranquilidad de la república y para evitar pleitos y otros males innumerables que de ellos nacen; y el admitir lo contrario sería ocasión de muchos pecados y falsedades; sin embargo, debe señalarse una distinción, como diremos más adelante, porque entendido de un modo absoluto no sería verdad.

6. De lo anteriormente expuesto podemos inferir contra aquella doctrina que Baldo llamaba opinión común lo

(1) Según consta por el cap. *erit autem lex*, dict. 4.°; por la ley 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *de legibus;* por lo que extensamente expone Andrés Tiraqueau *de utroque retract.*, introducción, núm. 75.

(2) Según la ley 1.ª, Digesto, tít. *de usucap. not.* y la ley *jus civile*, Digesto *de just. et jure*.

(3) Del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.°

(4) Del Digesto, tít. *ad legem Falcidiam.*

(5) Así consta por el cap. 2.° *de majo. et obedi.* y por Bartolo y otros autores al comentar en parecido caso la ley *si quis pro eo*, Digesto *de fidejussor.*

ex mente Angeli ubi supra, & etiam Imolae & aliorum, quos diximus tenuisse hanc obligationem naturalem inutilem reddi, & vide in simili per Jason in l. si non fortem, in princip. ff. de conditio. indebiti & quae plene diximus in tract. de succes. crea. libro 3. ad finem.

7. Denique mirandum est unde tanta inter Doctores varietas, cum omnes in duobus conveniant, primum quod actionum praescriptio cum mala fide de jure civili hodie non magis procedat quam de jure canonico. Alterum quod cum bona fide procederet actionum praescriptio non solum de jure civili, sed etiam de jure canonico, inde deducentes quod si debebam tibi centum ex contractu procuratoris mei, quem ignorabam, possum 30. annis istud debitum praescribere etiam de jure canonico, id quod tenent Antonius Butrius & Panormitanus, columna quinta, in capitu. fina. de praescript. Balbus in dict. quaestione. 10. Joannes Imolensis in l. sequitur. §. si viam. ff. de usucap. estque communis opinio.

8. † Quid dicendum? & sane varietas inde defluxit, quod quando sciebam me debere licet creditor taceret per annos 30. adhuc tamen jus canonicum interpretatur me esse in mala fide, non secus quam si rem corporalem alienam scienter possiderem triginta annis, domino vero tacente, nam adhuc malam fidem interpretatur, per d. c. fi. licet ille forte bonam fidem habere posset, voluti si putabat dominum id permittere, vel jus suum remittere, aut rem suam possidenti concessam velle, nam & si vetare in dubio quisque praesumatur, l. qui vas. ff. de furtis, praesumaturque nolle jactare suum, l. cum de indebito, ff. de proba. tamen interdum possessor juste existimat dominum permissurum, & tunc neque in rei

siguiente: que una vez prescrita una acción personal, si algo queda en pie de la obligación natural, ésta no aprovechará para la novación. Segundo, que no aprovechará tampoco para que pueda dársele fiador y tercero que no producirá excepción; afirmaciones todas que dedujo y defendió también Croto (1), y son a la vez conformes a la mente de Angel (2), de Imola y de aquellos otros autores, que dijimos haber defendido, que esta obligación natural perdía por completo su valor con la prescripción de la acción personal. Puedes consultar lo que en parecido caso expone Jasón (3) y lo que con toda extensión hemos tratado nosotros en la obra *de succes. creatione* (4).

7. Finalmente, no deja de ser extraño de dónde proceda tan gran diversidad entre los doctores, puesto que convienen todos en estas dos cosas: primera, que en el día de hoy, la prescripción de acciones con mala fe, no tiene cumplimiento en el derecho civil como tampoco en el derecho canónico. Segunda, que con buena fe, tendría lugar la prescripción de acciones, no sólo según el derecho civil, sino también según el derecho canónico, deduciendo de aquí, que si por razón de un contrato de mi procurador, contrato que yo desconocía, te debía a ti cien, que puedo, aun según el derecho canónico, conseguir la prescripción de tal deuda por el trascurso de treinta años; doctrina que defienden Antonio Butrio, el Panormitano (5), Balbo (6) y Juan de Imola (7); siendo esta opinión común.

8. ¿Qué diremos nosotros? Ante todo, que la diversidad procede de aquí; de que teniendo yo conocimiento de una deuda mía, aun cuando el acreedor callara durante treinta años, en este caso interpreta el derecho canónico que me hallo en mala fe, del mismo modo que si a sabiendas poseyera durante treinta años una cosa corporal ajena, con el silencio del dueño, en cuyo caso interpreta que nos hallamos en mala

(1) *Ubi supra.*
(2) *Ubi supra.*
(3) Comentando la ley *si non fortem* en la introducción, Digesto, tít. *de condítio. indebiti.*
(4) En el lib. 3 al final.
(5) En el cap. final *de praescript.*, colum. 5.ª
(6) En la citada cuestión 10.ª
(7) Comentando la ley *sequitur*, §. *si viam*, Digesto *de usucap.*

mobilis alienae possessione committitur furtum, neque inest mala fides si ea immobilis sit, ut notatur per omnes in §. 1. inst. de obl. quae ex deli. Mala enim aut bona fides soli Deo certa esse potest, & praeterea nemini cum ex animo pendeat, sicque conjecturis statur, l. pe. C. de evictio. Caeterum jus civile etiam si sciam me debere vel etiam si sciam alienam rem corp. me possidere, vel non praesumit malam fidem, vel interpretatur quod duravit per longum tantum tempus 10. vel 20. annorum, at si postea alii multi anni praetereant usque ad 30. annorum metam, tunc jus civile interpretatur me opinionem mutasse, cogitareque coepisse dominum aut creditorem jus suum negligere, aut remittere, vel concedere, sicque coepisse me bonam fidem habere vitiumque malae fidei praeteritae purgari, ut veriorem & receptiorem opinionem esse (multis tamen repugnantibus) diximus: vel post longissimum tempus jus civile voluit jus nostrum consumi & perire (id quod potuit, nam sub legum potestate jus dominiumque rerum nostrarum esse supra, c. 72. ostendimus) sicque in tali jure vel re potiorem esse causam possidentis, non secus quam in re quae a vero domino pro derelicto habita esset, cujusque denuo eam occupantis melior conditio esset, l. 1. & 2. & per totum, ff. pro dereli. l. naturalem. §. examen, l. 1. & l. 3. §. fin. ff. de acquir. rerum domin. §. ferae, instit. de rerum divisio. nec novum est ut quid nostrum ex culpa nostra, vel etiam sine ea nobis a lege adimatur inque alium transferatur, nec ille per hoc dicitur malam fidem habere, ut plene supra, c. 72. & de succ. crea. §. 10. num. 665. scripsimus, ergo ex his vel

fe (1), aun cuando tal vez pudiera de hecho hallarme en buena fe, como si creyera, por ejemplo, que el dueño permitía aquella posesión, o que abandonaba su derecho, o que quería conceder al posesor aquella cosa suya. Porque aunque en caso de duda se presume que todos se oponen a ésto (2), y se presume igualmente que nadie abandona lo que le pertenece (3), sin embargo a veces el posesor justamente juzga, que el dueño lo ha permitido y entonces ni comete hurto en la posesión de una cosa mueble ajena, ni existe mala fe, si la cosa es inmueble, como lo notan todos los autores en el §. 1.° de la Instituta *de obligat. quae ex delicto*. Puesto que la buena o mala fe, dependiendo de nuestra intención sólo Dios puede conocerla con certeza y nadie más en absoluto, por lo que tenemos que atenernos a las conjeturas (4).

Mientras que el derecho civil, aun en el caso en que yo sepa que soy deudor, o aun cuando conozca que poseo una cosa ajena corporal, o no presume que estoy en mala fe, o interpreta que ésta duró sólamente por el largo espacio de diez o veinte años, mas si después transcurren otros muchos hasta llegar al límite de los treinta años, entonces supone la ley que he cambiado ya de opinión, y que he empezado ya a juzgar que el dueño o el acreedor abandonan, o bien condonan o me conceden su derecho, y por consiguiente que he empezado ya a estar en buena fe purificándose el vicio de la mala fe anterior, conforme hemos visto que lo defiende la opinión más recibida y verdadera, aunque con la oposición de muchos autores; o también podríamos decir, que el derecho civil quiere, que después de dilatadísimo tiempo se extinga y perezca nuestro derecho (cosa que ha podido realizar, puesto que nuestro derecho y propiedad está sometido al poder de las leyes, según hemos demostrado arriba, en el capítulo 72); por consiguiente, en este derecho y asunto es mejor la causa del posesor, al igual que si se tratara de una cosa cuya propiedad hubiera desechado el dueño, y sobre la cual es mejor la condición de quien nueva-

(1) Según el citado cap. final.
(2) Según la ley *qui vas*, Digesto *de furtis*.
(3) Según la ley *cum de indebito*, Digesto *de probationibus*.
(4) Según la ley penúlt. del Código *de eviction*.

aliis considerationibus post longissimum tempus lex civilis voluit plenissimam securitatem contingere sive dibitori sive rem alienam possidenti, & si objiciatur eum non potuisse cum mala fide conditionem suam meliorem facere, replicabimus incertum esse, utrum ille bonam an malam fidem haberet, & non minus possibile esse, eum habere bonam fidem, quam malam, nec hujus rei probationem admittendam cum sit omnino incerta, ejusque tuitionem in foro contentioso legem suscepisse, ergo pro eo judicandum in foro contentioso civili, praesertim cum bona fides orta etiam ex injusta causa sufficiat. Gloss. app. in l. 1. C. ubi causa status, estque communis opinio ut dixi. De jure autem canonico contentioso contra eum judicandum est per d. c. fi. de praescrip. In foro autem conscientiae quid respondendum sit, pendet magna ex parte ab animo ipsius, nam si ipse erat conscius se debere vel se rem alienam possidere, sed habebat justam vel probabilem causam suspicandi creditores jus suum remittere, vel dominum rem suam negligere aut ei concedere velle, tutus erit; idem si id suspicandi nullam causam justam habebat, si tamen revera id ita quanvis per stultitiam credebat, arg. l. quia poterat. ff. ad Trebell. & quia ut diximus bona fides orta etiam ex injusta causa sufficit ut dixi, quod si ipse nec juste, nec injuste credebat dominum permissurum, sed putabat eum dolere ex juris sui detentione, adhuc idem siquidem revera id procedebat ex domini voluntate, possum enim quem invitum & ignorantem rei vel juris mei dominum facere, licet ipse postea repudiare possit, l. cum pater. §. surdo. ff. de legatis secundo, l. a Titio. ff. de

mente la ocupa (1); ni es tampoco cosa nueva el que la ley por culpa nuestra y aun sin culpa por nuestra parte, nos despoje de algo que nos pertenecía y se lo conceda a otro, sin que por ésto se diga hallarse el segundo en mala fe, conforme lo hemos expuesto antes extensamente (2). Así, pues, por éstas o por otras consideraciones quiso la ley que después de larguísimo tiempo, tanto el deudor como el poseedor de cosa ajena, consiguieran una seguridad absoluta. Y si se nos objetare, que con mala fe no ha podido mejorar su causa, responderemos ser cosa incierta si se hallaba en buena o en mala fe, ya que tan posible era el que tuviera buena fe, como el tenerla mala, y que no ha de admitirse prueba en ésto por tratarse de una cosa incierta, y que además la ley ha tomado a su cargo su defensa en el foro contencioso; luego en el foro contencioso civil deberá juzgarse a su favor, sobre todo teniendo presente que es suficiente la buena fe aun nacida de injusta causa (3), siendo esta opinión común. Por el contrario, según el derecho contencioso canónico se ha de resolver en contra de tal sujeto (4). En cuanto a la solución que se ha de dar en el foro de la conciencia, depende en gran parte de la intención del mismo, porque si sabía que pesaba sobre él tal deuda, o que poseía una cosa ajena, pero a la vez tenía justo motivo o probable para sospechar que los acreedores renunciaban a su derecho, o que el dueño desechaba aquella cosa suya o que quería concedérsela, estará seguro en conciencia; lo mismo diríamos cuando no había causa alguna justa para sospechar ésto, si él con todo así lo creía en efecto, aunque neciamente (5), y porque según hemos dicho antes, es suficiente la buena fe aun nacida de causa injusta; mas si sin causa alguna justa, ni injusta, creía que el dueño lo permitiría, pero juzgaba que la retención de aquel derecho suyo le causaba sentimiento, aún resolveríamos lo mismo, puesto

(1) Conforme a la ley 1.ª, 2.ª y a todo el tít. *pro derelicto* del Digesto; a la ley *naturalem*. §. *examen*, a la ley 1.ª y 3.ª, §. final del Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio;* al §. *ferae*, Instituta *de rerum divis*

(2) En el cap. 72, y en el tratado *de succes. creatione*, §. 10, núm. 665.

(3) Según la glosa generalmente admitida en la ley 1.ª del Código, tít. *ub causa status*.

(4) Conforme al cap. final *de praescriptionibus*.

(5) Como lo prueba la ley *quia poterat* del Digesto, tít. *ad Trebellianum*,

furtis §. interdum, institut. de rerum divi. l. adeo. §. interdum. ff. de adquirend. rerum domi. Caeterum si re vera dominus vel creditor dolebat, & id debitori, vel possessori notum erat, tunc plane in mala fide esset nec praescribere posset, & isthaec omnia (judice me) sunt ex mente utriusque juris & secundum has distinctiones superiores varietates conciliari & possunt & debent, secundum quae si creditoris voluntas remittendi debitum accessit vel contingit, obligatio etiam naturalis non solum elisa sed etiam ex toto sublata videretur, quia ut nata fuit ex consensu obligandi, ita soluta fuit ex voluntate liberandi, lege nihil tam naturale. ff. de regulis juris. per totum institu. quibus modis tollen. obliga. Intellige quando ea voluntas creditoris revera accessit, hoc primo. Idem & si non accessit si accessisse lex interpretatur & utrunque est contra utriusque partis fautores.

Alia plura fundamenta ad justificationem eorum quae hoc. c. dicuntur collige supra, c. 72. & in c. incipiente, quoad sextum.

que en realidad ésto procedía de la voluntad del dueño, ya que podemos hacer a otro, aun contra su voluntad y desconociéndolo, dueño de una cosa o derecho nuestro, aun cuando después pueda él repudiarlo (1). Por lo demás, si realmente el dueño o el acreedor se dolían y ésto le constaba al deudor o al posesor, entonces manifiestamente se hallaría en mala fe y no podría conseguir la prescripción; y todas estas afirmaciones están, a mi juicio, acordes con la mente de ambos derechos y conforme a estas distinciones puede y debe armonizarse la variedad de sentencias arriba dichas; así pues, según lo expuesto, si sobrevino o existió la voluntad del acreedor de perdonar la deuda, en tal caso no sólo se consideraría quebrantada aun la obligación natural, sino extinguida totalmente; porque así como nació del consentimiento de obligarse, así también cesó por la voluntad de dejar en libertad (2). Esto se ha de entender en primer lugar cuando realmente existió tal voluntad del acreedor. En segundo lugar aun cuando no existiera, si la ley interpretó sin embargo haber existido, y ambas cosas son contra los defensores de una y otra parte.

Otros muchos argumentos para justificar la doctrina contenida en este capítulo podrás sacarlos del cap. 72 y del capítulo que empieza, *quoad sextum*.

---

(1) Conforme a la ley *cum pater*, §. *surdo*, Digesto *de legatis*, lib. 2.°; a la ley *Titio*, Digesto *de furtis;* al §. *interdum* de la Instituta *de rerum divis.* y a la ley *adeo*. §. *interdum*, Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio*.

(2) Conforme a la ley *nihil tam naturale*, Digesto *de reg juris* y a todo el tít. de la Instituta *quibus modis toll. obligatio*.

CAPVT LXXV

SUMMAE

1. *Praescriptione semel completa an detur restitutio, egregia pugna.*
2. *Nostrum, nobis invitis & ignaris, quandoque aufertur.*
3. *Praescriptione completa cessat restitutio, primo in praescriptione centum annorum, deinde etiam in praescriptione 40 annorum, tertio etiam in praescriptione 30 annorum, quarto etiam in praescriptione ordinaria, haec omnia contra communem, cum multis tamen.*
4. *Intellectus, l. 1. §. si quis propter, ff. de itinere actuque privato, & l. si locus, & l. si partem, ff. quemadmo. servit. amittatur.*
5. *Lex an cesset ejus ratione cessante.*

1.  UNDUM tuum † possedi cum titulo & bona fide tempore legitimo ad praescribendum, sicque eum praescripsi, tu vero illum recuperare contendis allegans justam causam, vel absentiae, vel ignorantiae: sicque petis restitutionem ex clausula generali, si qua mihi justa causa videatur, controversum est saepissime, & vehementer, an restitutio concedenda sit, ut sic praescriptio illa, quae semel expleta factaque fuit, infecta reddatur. Constat enim longi

CAPÍTULO LXXV

SUMARIO

Una vez terminada la prescripción, ¿se ha de conceder la restitución? Notable cuestión muy debatida. 1.

A veces contra nuestra voluntad y aun sin saberlo, puede quitársenos lo que nos pertenece. 2.

Una vez llevada a completo término la prescripción, no tiene lugar la restitución: primero, en la prescripción de cien años; segundo, lo mismo en la prescripción de cuarenta años; tercero, igualmente en la de treinta años y en cuarto lugar, aun en la prescripción ordinaria; todas estas partes contra la opinión común, aunque apoyándome también en muchos autores. 3.

Sentido de la ley 1.ª, §. *si quis propter*, Digesto, título *de itinere actuque privato;* igualmente de las leyes *si locus* y *si partem* del Digesto, título *quemadmodum servitus amittatur.* 4.

¿Cesa la ley, cuando cesa el motivo por el que se dió? 5.

Retuve con título y buena fe la posesión de un fundo tuyo durante el tiempo señalado por la ley para la prescripción, y por consiguiente he conseguido que prescribiera a mi favor; mas tú pretendes recuperarlo, alegando justa causa o de ausencia o bien de ignorancia, y por tanto reclamas la restitución basado en la cláusula general, «si juzgo como justa alguna causa». Con suma frecuencia y con gran ardimiento se ha disputado, si se ha de otorgar la restitución, con lo que la prescripción aun una vez completa y terminada, se convertiría en no realizada. Nos consta en primer lugar que la prescripción de largo tiempo tiene lugar aun contra los 1.

temporis praescriptionem procedere etiam adversus absentes & ignorantes, l. fin. C. de praesc. longi temp. Constat similiter jus alienum, nobis per injuriam, non a nobis, sed aliunde illatam, acquiri posse, tam quoad proprietatem, quam quoad possessionem, nostrum enim nobis insciis aut ignorantibus vel invitis auferri injurium est, l. id quod nostrum, l. jure naturae. ff. de reg. jur. l. nam hoc ff. de cond. indeb. & tamen si flumen alveum mutaverit alteri, cum injuria seu jactura alterius, contingi taccessio seu acquisitio, & similiter ex causa alluvionis, si flumen sensim paulatimque coepit declinare in fundum tuum, ager meus crescit, tuum vero decrescit, sicque & mihi inscio accedit & acquiritur, & tibi inscio similiter & invito, & sine facti tui interventu, decedit & abest, quod tuum antea erat, ut. ff. de acq. rerum dominio, l. adeo fere, per totam, & inst. de rerum divi. §. praeterea. Simile in §. item ea quae ab hostibus, eod. tit. l. 3. l. naturalem, in prin. ff. de acq. rerum dominio, d. l. adeo. §. examen. §. apum, inst. de rerum divi. l. item si verberatum in §. 1. ff. de rerum divi. Decius in l. id quod nostrum. ff. de reg. jur. diximus supra, c. 1.

Fac ergo regulam affirmativam, ut licet praescriptio mero jure currat contra ignorantem rem suam jusve suum praescribi, tamen ex capite ignorantiae detur restitutio in integrum, ut sic, praescriptio illa semel effecta, & repleta, virtualiter infecta reddatur, haec conclusio varie intelligitur, & primum quidem in praescriptione triginta annorum, ita tenent Bar. in l. 1. §. si quis propter. per tex. ibi. ff. de itinere actuque privato, quem sequuntur quam plures relati per Alex. in additio. ad Bar. in d. §. si quis propter. Item Alex. nu. 4. in l. cum filiusfamilias. §. in haec. ff. de verb. obli. sequitur & dicit esse communem opinionem, Socinus

ausentes y desconocedores de ello (1). Nos consta igualmente que aun con detrimento de un tercero, inferido no por nosotros, sino por otras causas, podemos adquirir un derecho suyo, tanto referente a la propiedad cuanto a la posesión. Porque en efecto, el que ignorándolo o desconociéndolo nosotros o contra nuestra voluntad se nos despoje de algo nuestro, es una cosa injusta (2) y sin embargo, cuando un río cambia su cauce, sucede que uno aumenta y adquiere con injuria o detrimento de otro, y lo mismo acontece también por razón de aluvión, porque si un río insensible y paulatinamente comenzó a desviar su curso hacia tu fundo, se aumenta mi finca, mientras la tuya decrece, y por consiguiente sin yo saberlo, aumento y adquiero y tú del mismo modo ignorándolo y contra tu voluntad y aun sin intervenir acto alguno tuyo, te ves privado y abandonado de lo que antes era tuyo, según consta por numerosas leyes (3).

Pues bien, propongamos en primer término la regla afirmativa; ésto es, que aunque la prescripción corra de pleno derecho contra aquel que desconoce que una cosa o derecho suyo está prescribiendo, sin embargo, por razón de su ignorancia se le ha de conceder la restitución *in integrum*, de suerte que aquella prescripción una vez completa y terminada, quede virtualmente sin realizar; esta conclusión se entiende de diversas maneras: en primer lugar, cuando se trata de una prescripción de treinta años, como lo defiende Bartolo (4), a quien siguen otros numerosos autores que cita Alejandro en sus adiciones a Bartolo (5), lo mismo defienden

(1) Según aparece por la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescript.*

(2) Según consta por la ley *id quod nostrum* y *jus naturae* del Digesto, tít. *de reg. juris* y por la ley *nam hoc*, Digesto *de cond. indebiti.*

(3) Tales son: la ley *adeo fere* del Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio;* el §. *praeterea*, Instituta *de rerum divis.* e igualmente el §. *item ea quae ab hostibus* del mismo título; la ley 3.ª y la ley *naturalem* en la introducción, Digesto *de acq. rerum dom.;* la ley *adeo*, §. *examen*, y §. *apum*, Instituta *de rer. divis.;* la ley *item si verberatum*, §. 1.º, Digesto *de ver. divi.* y Decio en la ley *id quod nostrum*, Digesto *de reg. juris.* y nosotros hemos tratado de ésto en el cap. 1.º

(4) Comentando la ley 1.ª, §. *si quis propter, per text.*, Digesto *de itinere actuque privato.*

(5) En el citado §. *si quis propter* y el mismo Alejandro al comentar la ley *cum filiusfam.* §. *in hac.*, Digesto *de verb. oblig.*, núm. 4, y en el dict. 71, lib. 1, como también *Molin.*

ibi, col. pen. & antepen. Matthaeus Afflictus decisione 329. nu. 6. plene per Covarru. qui hanc ait esse communem opin. in regula possessor, de reg. juris in 6. par. 3. §. 3. sentit Glo. in l. si partem. ff. quem. servit. amitt. Glo. in l. 1. C. de patr. potest. Romanus cons. 149. in fi. ubi hanc firmat esse communem opinionem, Decius, qui hanc dicit communem opinionem cons. 36. n. 9. Idem Decius, ubi similiter hanc dicit communem opi. cons. 29. & pro tenui col. 1. sequitur & dicit conmunem opi. Afflictus, lib. 3. feudorum, tit. si de feudo fuerit contro. inter dominum, & agna. num. 12. not. 2. & rursus 4. not. nu. 4. & secundum opin. Bar. judicatum fuisse ipse ait, d. deci. 329. sequitur & dicit communem opin. Balb. de praescrip. in 4. part. 4. partis princ. sequitur & dicit communem opinio. Boërius decisione 39. Paulus in l. fi. nu. 5. C. de long. temp. praes. Idem Paul. in l. unus ex sociis. ff. de servit. rust. praedi. Alex. & Moline. cons. 71. lib. 1. Hieronimus Gratus cons. 91. nu. 65. lib. 1. ubi hanc dicit communem opinionem Tiraq. ubi hanc dicit communem opin. de utroque retr. §. 35. Gloss. 4. nu. 35. Alciatus lib. 1. de verbo. figni. & est communis opinio secundum Pinellum de bonis mater. in auth. nisi tricennale, nu. 58. sequitur & dicit communem opinionem, Aymon Gravet, de antiqu. temporum, in 3. parte, nu. 44. sectione incipiente materia ista, & Soci. nepos cons. 128. num. 147. lib. 1. Decius cons. 137. Idem Decius consil. 265. col. fi. & quamplures alii, quos refert Tiraq. ubi supra. Dilectus de arte testandi, tit. de acqui. haer cautela. 6. qui hanc dicit communem opin.

Contrariam partem in praescrip. triginta annorum tenent, Bal. in l. 1. C. qui admitti, n. 24. Aret. in l. qui universas, §. fi. ff. de acq. pos. & in cons. 104. & alii quamplures,

Socino (1), Covarrubias (2), éste con toda extensión, Romano (3), Decio (4), Mateo Aflict. (5) quien dice haberse juzgado según la opinión de Bartolo (6), Balbo (7), Jerónimo Crato (8), Tiraqueau (9), Pinello (10), Aymon Cravet (11), y Dilectus (12), todos los cuales la llaman opinión común; también la defienden Boërio (13), Pablo de Castro (14), Alciato (15) y otros muchos que cita Tiraqueau (16).

Defienden la opinión contraria, tratándose de la prescripción de treinta años Baldo (17), el Aretino (18), y otros numerosos autores que cita Tiraqueau (19), quien parece inclinarse también a esta opinión, al menos en la prescripción de cuarenta años.

En segundo lugar, hemos de entender que con mucha mayor razón tiene cumplimiento la opinión común afirmativa tratándose de la prescripción de diez o de veinte años, contra la cual se otorga la restitución por razón de ignorancia, conforme lo defienden todos los doctores que hemos dicho

---

(1) En la colum. penúlt. y antep. sobre la ley *filiusfam.*

(2) En la regla *possessor, de reg. juris, in 6*, part. 3, §. 3, lo mismo consta por la glosa en la ley *si partem*, Digesto *quemad. serv. amittatur* y en la ley 1.ª, Código *de patr. potestate.*

(3) Dictamen 149 al final.

(4) En el dict. 36, núm 9; en el dict. 39 *et pro tenui*, colum. 1.ª; en el dict. 137 y en el 267 colum. final.

(5) En la decisión 329, núm. 6; en el lib. 3.º de los feudos en el tít. *si de feudo fuerit controv. inter dom. et agnat.*, núm. 12, not. 2 y de nuevo en la not 4, núm. 4.

(6) En la decisión 329 citada.

(7) *De praescript.* en la 4.ª parte de la 4.ª parte principal.

(8) Dictamen 91, núm. 65, lib. 1.

(9) *De utroque retract.*, §. 35, glosa 4 ª, núm. 35.

(10) *De bonis maternis*, en la *auth. nisi tricennale*, núm. 58.

(11) *De antiquit. temporum*, en la parte 4.ª, núm. 44, en donde empieza *materia ista.*

(12) *De arte testandi*, en el tít. *de acquir. haer., cautela* 6.

(13) Dictamen 39

(14) Comentando la ley final, núm. 5, Código, tít. *de longi temp. praescriptione* y la ley *unus ex sociis*, Digesto, tít. *de servit. rust. praediorum.*

(15) En el lib. 1.º *de verb. significatione.*

(16) *Ubi supra.*

(17) Comentando la ley 1.ª, Código *qui admitti*, núm. 24.

(18) En la ley *qui universas*, §. final, Digesto *de acquir. posses.* y en el dictamen 104.

(19) *Ubi supra*, núm 37.

quos refert Tiraquel. nu. 37. ubi supra qui in hanc partem, saltem in praescriptione 40. annorum inclinare videtur.

Secundo haec communis opinio intelligitur a fortiori ut procedat in praescriptione decem vel viginti annorum, contra quam datur restitutio ex capite ignorantiae, ut firmant omnes Doctores, quos diximus idem tenuisse in praescriptione. 30. annorum, id quod in hac praescriptione decem vel viginti annorum firmant quasi certum & indubitatum, & Covarru. ubi supra ait hanc esse unanimem omnium sententiam, sed sane non desunt, qui & hoc casu teneant contra communem sententiam, quos & nos infra sequemur.

Tertio intelligitur communis opinio ut procedat etiam in praescriptione quadraginta annorum, contra quam etiam ex capite ignorantiae datur restitutio, ita tenuerunt Socin. cons. 80. lib. 3. col. fin. Idem Socin. consi. 66. libr. 4. col. 2. in eandemque opinionem declinat ipse Socin. in d. l. cum filiusfamilias. §. in hac, col. fi. Dec. consi. 36. colum. fin. Idem Dec. consi. 104. col. pen. Idem consi. 267. col. fi. Gozad. consi, 56. col. 3. ubi hanc dicit communem opinionem, Alexandrinus consi. 13. col. fi. Imo. in c. fi. de praescrip. fol. pen. Alex. consi. 71. num, 3. lib. 1. & consi. 84. eod. lib. num. 3. est communis opinio secundum Felinum in cap. vigilanti, de praescrip. colum. 2. qui eam sequitur, & dicit communem opinionem Balb. in tract. praescrip. in 4. par. 4. par. princip. q. 29. Boërius. q. 39. nu. 6. qui hanc dicit communem opinionem Alex. in d. consi. 169. lib. 2. n. 15. hanc firmat esse communem opinionem & hanc dicit communem Aymon ubi supra, num. 61. Abb. nu. 3. in d. c. vigilanti de praesc. & ibi Parisi. num. 5. Afflictus decisi. 37. col. 2. Idem decis. 329. Ruin. consi. 26. ad fi. lib. 1.

haber defendido ésto en la prescripción de treinta años; sólo que tratándose de la prescripción de diez o de veinte años lo defienden como cierto e indudable y Covarrubias en el lugar antes dicho afirma ser esta unánime opinión de los autores; mas en verdad no faltan quienes aun en este caso sostengan la opinión contraria, cuyo parecer seguiremos también nosotros más abajo.

En tercer lugar, se ha de entender que dicha común opinión tiene también cumplimiento, tratándose de la prescripción de cuarenta años, contra la cual se concede también la restitución por la misma razón de ignorancia; así lo han defendido Socino (1), Decio (2), Gozadino, quien la llama opinión común (3); como opinión común la defienden también Felino (4), Balbo (5), Boërio (6), Alejandro (7) y Aymón (8); también la defienden Alejandrino (9), Imola (10), el Abad (11), *Afflictus* (12), Ruino (13), Silva (14) y Lofredo Napol. (15).

La opinión contraria tratándose de la prescripción de treinta años, es decir, que en ella no se otorga la restitución, la han defendido Socino (16), Decio (17), Gozadino (18) y

(1) Dictamen 80, lib. 3, colum. final; dict. 66, lib. 4, colum. 2.ª y a la misma opinión se inclina en la ley *cum filiusfam* §. *in hac*, colum. final.

(2) Dictamen 56, colum. final; dict. 164, colum. penúlt.; dict. 267, colum. final.

(3) Dictamen 56, colum. 3.ª

(4) Sobre el cap. *vigilanti, de praescript.*, colum. 2.ª, donde el mismo la admite también.

(5) En el tratado sobre la prescripción en la 4.ª parte, de la 4.ª parte principal, cuestión 29.

(6) En la cuestión, 39. núm. 6.

(7) En el citado dict. 169, lib. 2, núm. 15; en el dict. 75, núm. 3, lib. 1.º; y en el dict. 84, del mismo libro núm. 3.

(8) *Ubi supra*, núm. 61.

(9) Dictamen 13, colum. final.

(10) En el cap. final *de praescriptionibus*, fol. penúlt.

(11) Acerca del cap. *vigilanti, de praescript.*, núm. 3 y sobre el mismo trata también Páris, núm. 5.

(12) Decisión 37, colum. 2.ª y en la decisión 329.

(13) Dictamen 26 hacia el fin, lib. 1.º

(14) Dictamen 4 al final.

(15) *Consi. feud.* 16 al final, como también *Rebuf. Constitut Galliae*, tomo 2, tít. *de restit.*, art. 1, núm. 26.

(16) Dictamen 164, al final, lib. 2; dict. 2, lib. 3 y dict. 28 del mismo lib. 3.

(17) Dictamen 29 por todo él y en la ley 2.ª del Código, en el tít. *qui admitti*, columna 2.ª

(18) Dictamen 8, al final y 68 en la colum. 4.ª

Sylva. consi. 4. ad fi. Lofredus Neapol. consi. feud. 16. ad fi. Rebuffus in const. Galliae tomo. 2. tit. de rest. art. 1. nu. 26.

Contrariam partem in praescriptione quadraginta annorum, ut non detur restitutio, tenuerunt Socin. sibi contrarius consi. 164. in fin. lib. 2. Idem Socin. sibi contrarius consi. 2. lib. 3. Idem sibi contrarius consi. 27. eod. lib. 3. Dec. sibi contrarius consi. 29. per totum. Idem Dec. sibi contrarius in l. 2. C. qui admitti, col. 2. Gozadinus sibi contrarius consi. 7. in fi. Idem Gozadinus sibi contrarius cons. 68. col. 4. Alexandrinus sibi contrarius consi. 12. in fi. Idem Alexandrinus sibi contrarius consi. 56. in fin. Idem Alexandrinus consi. 97. Alexandr. Imol. consi. 151. lib. 2. colum. fi. Idem Alex. in l. 3. §. Labeo, in fi. ff. de acq. poss. Areti. consi. 103. colum. 1. & 2. Idem in l. qui universas, §. fi. ff. de acqui. poss. Curt. Sen. consi. 81. col. 4. Barbatius, consi. 81. num. 18. lib. 1. Carolus Molineus ad Alexandrum, consi. 151. col. fin. sequitur & dicit communem opinionem Socin. d. consi. 2. col. pen. lib. 3. Rubeus consi. 56. ubi firmat hanc esse communem opinionem, sequitur & dicit communem opinionem Socin. nepos, consi. 54. lib. 1. Idem consi. 76. nu. 102. lib. eodem. Idem consi. 145. n. 76. eod. lib. Dilectus de arte testandi tit. de acq. haer. cautela. 6. Gomezius in §. rursus, col. 4. inst. de act. Galiaula in l. 2. §. & harum, nu. 39. ff. de verbo. obl. ubi etiam Alcia. nu. 72. Rubeus, cons. 97.

Quarto intelligitur haec opinio affirmativa, videtur restitutio etiam in praescriptione centum annorum, ut in quibus casibus centum annorum praescriptio currit contra ecclesiam, vel fiscum, vel civitatem, in illis casibus ex capite ignorantiae etiam post eam praescriptionem completam detur restitutio,

Alejandrino (1), los cuatro contradiciéndose a sí mismos; como opinión común defiéndela Socino (2), Rubeo (3), y Socino el nieto (4); la misma opinión sostienen Alejandro (5), el Aretino (6), Curcio el viejo (7), el de Barbatia (8), Carlos Molin. en sus comentarios a Alejandro (9), *Dilectus* (10), Gómez (11) y Galiaula (12).

En cuarto lugar, esta opinión afirmativa se ha de entender también en cuanto a la restitución en la prescripción de cien años; de suerte que en aquellos casos en que la prescripción de cien años tiene lugar contra la iglesia, o contra el fisco, o contra la ciudad, en dichos casos y por razón de ignorancia se concede la restitución aun después de terminada por completo tal prescripción; así lo defiende Alejandrino (13), y Aymón Cravet (14) quien cita a otros autores.

¿Qué solución damos nosotros? En verdad, bajo el 2.
aspecto del derecho, es mucho más conforme a verdad la opinión y parte negativa en todos los cuatro casos arriba expuestos; de suerte que tanto en la prescripción de largo tiempo de diez o de veinte años, cuanto en la prescripción de treinta años, como también en la de cien años, no se conceda la restitución una vez que tales prescripciones legí- 3.
timas se hubieran terminado por completo, para evitar el que una prescripción ya realizada se convierta en no realizada. Lo que probamos en primer lugar por la ley final del

(1) Dictamen 12, al final y dict. 97.

(2) En el citado dict. 2, colum. penúlt, lib. 3.

(3) Dictamen 56 y dict. 97.

(4) En el dict 54, lib. 1; en el dict. 76, núm 102 del mismo libro y en el dict. 145, núm 76 también del mismo libro.

(5) *Consil.* 151, lib. 2, colum. final; en la ley 3.ª, §. *Labeo* al final, Digesto *de acquir. posses*.

(6) *Consil.* 103, colum. 1.ª y 2.ª y comentando la ley *qui universas* §. final, Digesto *de acquir. posses*.

(7) Dictamen 82, colum. 4.ª

(8) Dictamen 81, núm. 18, lib. 1.

(9) Dictamen 151, colum. final.

(10) *De arte testandi*, tít. *de acquir. haered., cautela* 6.

(11) Sobre el §. *rursus*, colum. 4.ª, Instituta *de actionibus*.

(12) Acerca de la ley 2.ª, §. *et harum*, núm. 39, Digesto, tít. *de verborum obligat.* que en el mismo sentido comenta Alciato, núm. 72.

(13) Dictamen 13, colum. final.

(14) *Ubi supra*, núm. 44 y 69.

ita Alexandrinus cons. 13. col. fi. Aymon Cravet. ubi supra nu. 44. & nu. 69. qui alios refert.

2. Quid dicendum † & sane longe verior est in puncto juris opinio & pars negativa in omnibus quatuor casibus praemissis, ut in praescriptione longi temporis decem vel viginti
3. annorum, & in praescriptione triginta annorum, † & in praescriptione centum annorum, cesset restitutio, postquam eae praescriptiones legitimae expletae fuerunt, ne praescriptio, jam perfecta infecta reddatur, quod primum probatur in d. l. fi. C. de praescrip. longi temporis, ibi, nulla scientia vel ignorantia spectanda.

Secundo d. l. fin. ibi, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.

Tertio, quia si daretur restitutio, tunc praescriptio illa semel facta perfectaque infecta inutilisque redderetur, at incivile est, id inutile & frustratorium, otiosumque admittere, l. non cogendum, §. Sabinus, ff. de procu. l. haec stipulatio §. divus, ff. ut legat. no. cave.

Quarto esset imponere legem verbis contra l. 2. C. com. de leg.

Quinto leges fierent ludibrio contra l. fi. C. de temp. in integ. rest. & l. fina. C. si saepius in integr. resti.

Sexto urget tex. in l. unic. C. de usucap. trans. secundum Soci. in d. §. in hac, nam ibi dicitur, nullus ad eam reservatur regressus, junctis illis verbis nescientibus dominis, ibi enim postquam per interventum temporis & praescriptionis constabat, dominium rei meae, postquam praescripta fuerat, a me abscessise, inque praescribentem migrasse, dubitabatur an regressus mihi ad eam daretur, per modum forte restitutionis, vel alterius rei, & negatur omnino

Código, título *de praescript. longi temporis* en las palabras «sin atenderse para nada a la ciencia o a la ignorancia».

Probámoslo en segundo lugar por la misma ley final en las palabras para «evitar el que surjan nuevas ocasiones de indisolubles dudas».

Pruébase en tercer lugar porque de otorgarse la restitución, entonces la prescripción, aun después de terminada y completa, se convertiría en no realizada e inútil; pero es injusto el admitir una cosa inútil, vana y ociosa (1), luego, etc.

Cuarto, lo contrario sería hacer las leyes por las palabras y no por los hechos, contra lo que dispone la ley 2.ª del Código en el título *commu. de legatis*.

Quinto, las leyes se convertirían en objeto de irrisión, contra la ley final del Código *de temp. in integ. rest.* y la ley también final del Código, título *si saepius in int. rest.*

Sexto, pruébalo aun más el texto de la ley única del Código en el título *de usucap. transformanda*, según Socino en el citado §. *in hoc*, pues que allí se dice, que ningún derecho se le reserva para recuperar aquella cosa, juntamente con las palabras «ignorándolo los dueños»; porque en dicha ley después que por el tiempo trascurrido y por la existencia de la prescripción constaba ya que el dominio de aquella cosa mía, una vez prescrita, se había apartado de mí y pasado a la persona que consiguió la prescripción, surgía la duda sobre si se me otorgaría el recuperarla, o bien a título de restitución, o de cualquier otro modo, y en ella se niega en absoluto el derecho de recobrarla; de suerte que por medio de la prescripción no sólo tiene lugar la privación y traspaso de un derecho nuestro, sino también el que tal derecho nuestro se traspase de un modo irrevocable e irreparable.

Séptimo, las leyes se han de entender de ordinario según los casos que comúnmente se presentan, no según aquellos que rara y difícilmente suceden (2); pero con gran frecuencia y aun casi siempre la prescripción de nuestros bienes tiene lugar no con nuestro conocimiento, sino desconociéndolo e ignorándolo nosotros; porque no suelen, quienes de ello

(1) Según la ley *non cogendum*, §. *Sabinus*, Digesto, tít. *de procura.* y la ley *haec stipulatio*, §. *divus*, Digesto *ut legat. no. cave.*

(2) Conforme a la ley *non ad ea*, Digesto, tít. *de legibus.*

regressus, ut sic per interventum praescriptionis, non tantum ademptio & translatio juris nostri contingat, sed etiam illa juris nostri translatio sit irrevocabilis, & irreparabilis.

Septimo leges in casibus communiter accidentibus, non in raro stringentibus, sunt regulariter intelligendae l. non ad ea. ff. de legib. sed plerumque & fere semper res nostrae nobis insciis & ignorantibus, non etiam scientibus praescribuntur, nam scientes non solent res suas pati ab aliis possideri, & longe minus tandiu possideri, ut usucapione absumerentur, nec suum homines jactere solent, l. cum de indebito. ff. de probati. sed acquirere student & augere l. defunctus. C. de arbitr. tutelae, l. ut vim, cum Gloss. & quae ibi tradunt Bar. & alii. ff. de just. & jure, suum enim cuique pulchrum est, secundum Ciceronem & secundum Ovidium, est amor & rerum cunctis tutela suarum, quinimo ut in l. si voluntate. C. de rescinden. vendi. quique res suas meliores reddere studet, easque tuetur, & lucrum facere studet, etiam cum jactura illius, quo cum negotiatur.

Octavo militat ratio illa in praescribendo potissima, scilicet ne rerum dominia in incerto sint l. 1. ff. de usucap. etenim si passim contra praescriptionem daretur restitutio, rerum dominia certa non essent, non magis quam si praescriptio, contra quam restitutio datur, mero jure non contigisset.

Nono hoc bonum publicum de quo in d. l. 1. non debet cessare per privatorum laesionem, arg. auth. res quae. C. com. de leg.

Decimo adduco tex. in l. 3. §. fi. ff. de acqui. rerum domin. ubi si feram cepisti, & per hoc ejus dominium nactus es, simul ac illa a manibus tuis evasit, suamque laxitatem

tienen conocimiento, consentir que cosas suyas estén en posesión de otros y mucho menos que lo estén por tan dilatado tiempo que por la usucapión se vean de ellas despojados; ni suelen tampoco los hombres abandonar lo que les pertenece (1), sino que se afanan por adquirir y aumentar sus bienes (2), porque según Cicerón, todos miran con agrado las cosas propias, y según Ovidio, todos aman y defienden sus propios bienes; más aún, según aparece por la ley *si voluntate* (3), cada uno trabaja con afán por mejorar sus cosas, y las defiende, e intenta siempre obtener ganancia aun con detrimento de aquel con quien negocia.

Octavo, milita en nuestro favor aquella razón tan fundamental en la prescripción, a saber, para que el dominio de las cosas no sea incierto (4); porque si con frecuencia se otorgara la restitución contra la prescripción no sería cierta la propiedad de las cosas, como si la prescripción contra la cual se da la restitución, no hubiera tenido lugar de pleno derecho.

Noveno, pruébalo también el que este bien público, del que trata la citada ley 1.ª, no debe cesar por el daño de particulares (5).

Décimo, en prueba de lo mismo aducimos el texto de la ley 3.ª, §. final del Digesto, título *de acquir. rerum dominio*, donde vemos que si apresaras una fiera salvaje y por este hecho hubiera nacido en ti la propiedad sobre ella, tan pronto como huyera de tus manos, y recobrara su antigua libertad, te abandonaría también el dominio sobre ella; de suerte que si de nuevo cayera en poder de otro, pasaría a ser propiedad suya, sin que (y en ésto es en lo que hacemos hincapié) deba restituírtela a título de que había huido sin tu conocimiento y contra tu voluntad.

Undécimo, aducimos en confirmación de lo mismo la ley *naturalem*. §. *examen* (6), por la que consta que aunque

(1) Según la ley *cum de indebito*, Digesto *de probati*.

(2) Conforme consta por la ley *defunctus*, Código *arbitr. tutelae* y por la ley *ut vim*, Digesto *de just. et jure*, juntamente con su glosa y lo que sobre ella expone Bartolo y otros autores.

(3) Del Código *de rescind. venditione*.

(4) Según la ley 1.ª, Digesto *de usucap*.

(5) Como lo prueba la *auth.* inserta en el Código *commu. de legatis*.

(6) Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio*

recepit, ejus dominium abste discessit, & si rursus in potestatem alterius venerit, illius fit, nec tibi (& hoc est quod expendimus) restituenda est ex eo capite quod te inscio, vel invito evaserit.

Undecimo adduco l. naturalem. §. examen. ff. eod. tit. ubi examen apum licet meum fiat apprehensione, & meum esse desinat, simul ac apes ita evolaverint, ut difficilis sit earum persecutio, tamen licet in potestatem alterius pervenerint, postquam meae esse desierunt, mihi quidem restituendae non sunt, non magis, quam si ad me nunquam pertinuissent, sic & in specie nostra quod nostrum erat, & per interventum praescriptionis a nobis abscessit, inque alium jure dominii migravit, juxta l. 4. ff. de usuc. l. traditionibus. C. de pact. nobis quidem restituendum non est, non magis quam si revera ad nos nunquam pertinuisset.

Duodecimo adduco l. adeo, §. praeterea, ff. de acq. rerum dominio. & §. praeterea, insti. de rerum divi. ubi per alluvionem, si flumen latenter coepit fundum tuum latiorem reddere, meumque arctiorem seu angustiorem, haec ademptio mihi invito & ignaro contingit, tuque locupletaris cum jactura mea, & tu nihil restituere teneris ex capite justae ignorantiae, aut impotentiae.

Tertiodecimo adduco eadem jura junctis ibidem notatis per Glo. & alios, dum ajunt, quod si flumen ex fundo meo aliquam partem abstulit, tuoque fundo applicuit, si terra convalescente radices egit, statim meum esse desinit, & ad te pertinere coepit jure dominii, nec mihi restituere teneris, licet ad oculum ea pars, quae a fundo meo abscessit, & tuo accessit, demonstrari & distingui posset.

Quartodecimo adduco §. quod si naturali alveo, inst. de rerum divi. & d. l. adeo, §. quod si naturali. ff. de acq.

adquiera la propiedad sobre un enjambre de abejas al apresarlo, y deje de pertenecerme tan pronto como las abejas huyeran y se hiciera difícil el seguirlas, sin embargo, aun cuando vinieren a poder de otro, después que dejaron de pertenecerme, no tiene mayor obligación de restituírmelas, que si jamás me hubieran pertenecido; del mismo modo pues, en nuestro caso, aquello que era nuestro y que por causa de la prescripción dejó de serlo, pasando a otro con derecho de propiedad (1), no hay obligación de que nos lo restituya, de igual modo que si jamás nos hubiera pertenecido.

Duodécimo, aducimos también la ley *adeo* (2), y el §. *praeterea* de la Instituta *de rerum divis*. donde aparece que si un río, por medio de aluvión, comenzó insensiblemente a ensanchar la extensión de un fundo tuyo, y a reducir y disminuir uno mío, esta disminución tiene lugar contra mi voluntad y conocimiento, y aunque tú te enriqueces con detrimento mío, sin embargo no estás obligado a restituirme nada a título de justa ignorancia o impotencia mía.

Décimotercero, confirmo lo mismo con las citadas leyes, junto con lo que la glosa y doctores hacen notar sobre ellas, al decir que si un río arrastró parte de un fundo mío y lo añadió a otro tuyo, al asentarse allí la tierra y arraigar firmemente, al punto deja de pertenecerme y empieza a ser tuya por derecho de propiedad, sin que tengas obligación de restituirme nada, aun cuando pueda señalarse y distinguirse a simple vista aquella parte que fué arrancada de mi fundo y se incorporó al tuyo.

Décimocuarto, pruebo lo mismo por el §. *quod si naturali alveo* (3), y por la citada ley *adeo* (4), donde se dice que si un río dirigió su curso por sitio distinto del que solía y ocupó un campo mío, pierdo la propiedad de éste, que empieza a ser del dominio público, mientras la cubra y retenga en su posesión el río, y si después el río volviera a su primitivo cauce, aquel campo mío deja de pertenecer al dominio público, pero no se me restituye a mí, sino que por

(1) Conforme a la ley 3.ª del Digesto, tít. *de usucapione* y a la ley *traditionibus* del Código, tít. *de pactis*.

(2) En el §. *praeterea* del Digesto, tít. *de acq. rer. dominio*.

(3) De la Instituta *de rerum divis*.

(4) En el §. *quod si naturali*, Digesto *de acq. rerum dominio*.

rerum dominio. ubi dicit, quod si flumen alio quam solebat fluere coepit, & agrum meum occupavit. amitto ejus dominium, quod publici juris esse incipit, quandiu a flumine inundatur, & possidetur, & si postea flumen ad priorem alveum revertatur, ager ille meus desinit publici juris esse, sed mihi quidem non restituitur, imo jure vicinitatis acquiritur eis, qui prope praedia habebant, & tamen isthaec amissio inscio & invito me contingit.

Quintodecimo facit d. l. adeo, §. cum quis ex aliena, & inst. de acq. rerum dom. §. cum quis ex aliena, cum tribus sequentibus. §§. ubi dominium rerum nostrarum interdum per specificationem, interdum per seminationem, interdum per accessionem, interdum per plantationem, interdum per confusionem, a nobis insciis & ignorantibus abscedit, inque alium transit, nec propter ignorantiam nostram nobis datur ulla restitutio, aut regressus, non magis quam si gnari essemus, sic ergo & in proposito, cum tempore rem nostram amissimus, cessat restitutio & regressus praetextu ignorantiae, militant enim res humanae sub hoc periculo, & fragilitate.

Sextodecimo probatur nostra opinio in l. traditionibus, C. de pact. ubi aequiparatur dominium nobis fuisse quaesitum traditione ex causa contractus descendente, vel esse quaesitum usucapione; ut cum usucapione quaeritur cesset restitutio praetextu ignorantiae, non secus quam cessaret, si per contractum quaesitum esset, quo casu ignorantia allegari non posset.

Decimoseptimo adduco. §. 1. inst. de litterarum obliga. dum ait, sic fit, ut hodie dum quaeri non potest, scriptura obligetur, nam ibi per ipsam temporis praeteritionem inducitur obligatio litterarum, quae personalis est, quaeque antea

derecho de proximidad lo adquieren aquellos que tenían fincas contiguas y sin embargo tal pérdida tuvo lugar contra mi conocimiento y voluntad.

Décimoquinto, prueba lo mismo la ley *adeo* y el §. *cum quis ex aliena*, de la Instituta (1) donde aparece que ignorándolo y desconociéndolo nosotros nos vemos privados de la propiedad de bienes nuestros, unas veces por la especificación, otras por la siembra, a veces por la accesión, a veces por la plantación o bien por la confusión (2), propiedad que pasa a un tercero, sin que por razón de nuestra ignorancia se nos conceda derecho alguno a la restitución o recuperación, del mismo modo que si hubiera sucedido con nuestro conocimiento; lo mismo tiene también lugar en nuestro caso, cuando hemos perdido una cosa que nos pertenecía, por haber trascurrido largo tiempo, cesa la restitución y recuperación bajo el pretexto de ignorancia, ya que es este un peligro y fragilidad a que están sujetas las cosas humanas.

Décimosexto, confirma también nuestra opinión la ley *traditionibus* (3), en la que se equipara la propiedad adquirida por medio de la tradición hecha por razón de contrato, con la adquirida por la usucapión, por lo que cuando se ha adquirido por usucapión cesa la restitución a título de ignorancia, del mismo modo que cesaría si se hubiera adquirido por contrato, en cuyo caso no podía alegarse la ignorancia.

Décimoséptimo, lo mismo prueba el §. de la Instituta, *de litterarum obligatione*, cuando dice: «Así sucede, que hoy día, cuando no puede quejarse, se obliga por la escritura», porque en dicho lugar por sólo el trascurso de tiempo se introduce la obligación por escrito que es una obligación personal y que antes no existía en virtud del precedente convenio, y sin embargo mucha mayor gravedad parece encerrar el obligarse personalmente a dar alguna cosa, que el perder algo propio que está en posesión de un tercero (4).

---

(1) Juntamente con los tres §§. siguientes, en el tít *de acquir. rerum dominio*.

(2) Véanse en el Derecho Romano todos estos conceptos al tratar de la adquisición de la propiedad.

(3) Código *de pactis*

(4) Según lo prueba la ley *unum ex familia*, §. *si rem*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 2.

ex conventione praeambula inducta non erat, & tamen longe gravius esse videtur personaliter ad quid dandum obligari, quam rem suam ab alio possessam amittare, argu. l. unum ex familia, §. si rem, ff. de leg. 2. Itaque ut ibi per solum temporis interventum obligamur citra novum factum, ita & hic per solum temporis interventum rem nostram ab alio possessam irremeabiliter amittimus, quia id malum levius est, quam illud. Habes ergo varia jura variaque exempla, in quibus rei meae dominium, a me inscio vel invito citra interventum facti, aut voluntatis meae abscedit, inque alium migrat irremeabiliter, ut ille mihi ex capite ignorantiae non teneatur restituere, non magis quam si ea res ad me nunquam pertinuisset, & si recte inspexeris in ea acquisitione, quae contingit per interventum usucapionis, est longe justior causa irrevocabiliter acquirendi, quam in juribus, & exemplis supra relatis, propter longaevam possessionem, & propter quietudinem dominiorum, & tranquillitatem civium, & alia multa.

Ad illam rationem, ne quis locupletetur cum jactura aliena, responde, satius esse id malum admittere, quam quod rerum dominia sub incerto sint, & exulet reipublicae tranquillitas, ita Gloss. in l. jus civile est, ff. de just. & ju. ut sic minus malum eligatur, ut ibi ait Gloss.

Decimooctavo adduco, l. sicut, C. de praescriptio. triginta annorum.

Decimonono tex. in l. omnes, C. eod.

Vigesimo, C. de fundis patrimo. lib. 11. l. finalis, quam legem varie expendunt Tiraquel. & Socin. ubi supra, & geminantia verba illius legis & d. l. omnes, poteris astringere per ea quae de vi & potestate geminationis diximus in libr. de succ. crea. §. 13. nu. 13.

Pues bien, así como, según dicha ley, quedamos obligados por sólo el trascurso de tiempo sin necesidad de nuevo acto nuestro, del mismo modo en nuestro caso por sólo el efecto del tiempo, perdemos irremediablemente aquella cosa nuestra que un tercero poseía, ya que este mal es más leve que el primero. Existen, pues, numerosas leyes y diversidad de casos en los cuales, sin yo saberlo y aun contra mi voluntad, sin acto alguno mío, e independientemente de mi voluntad, me veo privado de la propiedad de una cosa mía, propiedad que pasa a otro irreparablemente, de suerte que este último no esté obligado a restituírmela en razón de mi ignorancia, del mismo modo que si dicha cosa jamás me hubiera pertenecido. Y si atentamente examinas esta forma de adquisición que tiene lugar por medio de la usucapión, existe en ella una causa mucho más justa de adquirir irrevocablemente, que en las leyes y casos arriba aducidos por existir aquí una posesión tan duradera y en razón de la tranquilidad de los dueños y sosiego de los ciudadanos y por otras muchas razones.

En cuanto a aquel argumento que nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro, responderás, que es preferible admitir este mal, a que permanezca incierta la propiedad de las cosas y a que se destierre la pública tranquilidad del Estado (1), eligiéndose de este modo un mal menor, conforme lo expresa allí la glosa.

Décimooctavo, lo mismo prueba la ley *sicut* del Código en el título *de praescript. triginta annorum.*

Décimonono, confirma lo mismo el texto de la ley *omnes* del Código en el mismo título.

Vigésimo, para el mismo efecto aducimos la ley final del Código en el título *de fundis patrimonialibus*, libro 11, ley que diversamente comentan Tiraqueau y Socino *ubi supra;* y tanto los términos repetidos de esta ley, como también de la citada ley *omnes*, podrás reforzarlos con la doctrina que tenemos expuesta en la obra *de Succes. creatione* (2), al tratar sobre la fuerza y poder de la repetición.

En cuanto a la ley 1.ª, §. *si quis propter* del Digesto, título *quemad. servitus amittatur*, responderemos que se 4.

(1) Según la glosa en la ley *jus civile est*, Digesto *de just. et jure.*

(2) En el §. 13, núm. 13.

4. Ad † l. 1. §. si quis propter, ff. de itinere actuque privato,& ad l. si locus l. si partem, ff. quemadmod. servitu. amitt. responde, quod loquuntur in impedimento casuum fortuitorum, qui raro accidunt, & praevideri, aut caveri non possunt non sic in impedimento ignorantiae, quia saepissime, immo fere semper contingeret, & praetera praecaveri posset.

Item illud impedimentum non erat longaevi, aut longissimi temporis, ideo admittitur restitutio, non sic in impedimento quod post tam diutinam possessionem, aut etiam longissimam, aut forte centum annorum allegaretur, prout est in speciebus nostris.

Vigesimo primo adduco regulam, factum legitime, de regulis juris in sexto, nam factum legitime retractari non debet, licet casus postea evenerit a quo incipere non posset, ergo praescriptio completa legitime rescindi. & c.

Vigesimo secundo facit, nam lex vel princeps possunt ex causa nobis jus, resque nostras auferre, l. item si verberatum, §. 1. ff. de rei vendi. Bartol. Pau. Jas. & alii communiter in l. ex hoc jure. ff. de justit. & jure, Decius in l. id quod nostrum, ff. de regul. jur. sed ex causa publicae tranquillitatis usucapio introducta est, l. 1. ff. de usucap. & statim plenius dicemus, ergo non est rescindenda per interventum
5. restitutionis † etiansi ratio legis cessaret in particulari, cum non cesset in communi, ut in l. 1. ad fin. ff. de mino. l. prospexit, ff. qui & a quibus, Tiraquell. de causa cessante, limita. trigesimasecunda, Aretinus in l. secunda, ff. de vulgari. per text. meliorem de jure, secundum eos in l. prima, ad finem ff. de minorib. & cum praetor in dict. l. prima, ff. quibus ex causis majores, pollicitus sit majoribus restitutionem, non quidem pure aut simpliciter vel temere,

refieren al impedimento de casos fortuitos que suceden raras veces y que ni se pueden prever ni evitar, pero no al impedimento de ignorancia, porque éste existiría con suma frecuencia, más aún, en casi todos los casos, y podría evitarse.

Además el impedimento de que allí se trata no era un impedimento de largo o de larguísimo tiempo y por eso se admite allí la restitución, pero no sucede lo mismo con el impedimento que se alegara después de una posesión de largo o de larguísimo tiempo y aun tal vez de cien años, como sucede en los casos por nosotros propuestos.

Vigésimoprimero, probamos también lo mismo por la regla *factum legitime* (1), por la que consta que no debe retractarse un hecho legítimo, aun cuando después sobrevenga un suceso desde el cual no hubiera podido empezarse aquel hecho, luego la prescripción una vez legalmente terminada no puede rescindirse, etc.

Vigésimosegundo, confirma lo mismo el que tanto la ley cuanto el príncipe pueden con causa despojarnos de un derecho o de bienes nuestros (2), según lo exponen Bartolo, Pablo de Castro, Jasón y comúnmente otros autores al comentar la ley *ex hoc jure* (3), y Decio al exponer la ley *id quod nostrum* (4); ahora bien, como la usucapión se introdujo por causa de la pública tranquilidad, según consta por la ley 1.ª del Digesto en el título *de usucap.* y en seguida expondremos con mayor detenimiento, no se ha de rescindir por medio de la restitución, aun cuando la razón de tal ley cesara en algún caso particular, siempre que no cesara para el común de los ciudadanos, según consta por varias leyes y comentaristas (5). Y cuando el pretor en la citada ley 1.ª del Digesto, título *quibus ex causis majores*, prometió la restitución por entero a los mayores de veinticinco años, no lo hizo pura, simple o temerariamente, sino sólo bajo esta condición, siempre que juzgara existir 5.

(1) *De regulis juris in* 6.

(2) Según la ley *item si verberatum*, §. 1.º del Digesto *de rei vindicatione*.

(3) Digesto, tít. *de just. et jure*.

(4) Del Digesto, tít. de *regulis juris*.

(5) Tales son: la ley 1.ª al final, Digesto *de minoribus;* la ley *prospexit* del Digesto, tít. *qui et a quibus;* Tiraqueau *de causa cessante limita.* 32; Aretino comentando la ley 2.ª del Digesto, tít. *de vulgari* y el texto excelente en derecho, según estos autores, de la ley 1.ª del Digesto citada, *de minoribus*.

sed demum sub hac conditione, si qua justa causa restitutionis beneficium concedendi sibi affuisse videretur ut ibi. in speciebus nostris magis ac magis nego justum arbitrium fore illius judicis, qui post tam longam possessionem, praesertim legitimo forte titulo, & bona fide, justificatam, arbitraretur, rem semel non injuria amissam, & alteri jure quaesitam, ad dominum priorem reverti, in reipublicae omniumque civium perniciem, quibus nihil suum in tuto unquam foret. Adde & vigesimo tertio quod nostrum, nobis invitis, per delictorum interventum, etiam auferri, & potest, et non infrequenter solet citra voluntatem nostram, neque unquam ad res nostras sic amissas datur nobis regressus, ut plene diximus de succession. creation. §. 30. ad finem, cur ergo non idem & in specie nostra?; faciunt quae diximus supra capitulo 72 numero tertio, cum sequentib.

justa causa para conceder el beneficio de la restitución, como sucedía en el caso allí propuesto. Pero en los casos que hemos propuesto nosotros, una y mil veces niego que fuera justa la resolución de aquel juez, que después de una posesión tan duradera y sobre todo justificada tal vez por legítimo título y buena fe, juzgase que una cosa perdida sin intervención de injusticia alguna y adquirida con derecho por un tercero, volviese al primer dueño, con daño de la república y de todos los ciudadanos, quienes no tendrían jamás seguro ninguno de sus propios bienes.

Vigésimotercero, añádase también que aun contra nuestra voluntad, por la comisión de delitos, no sólo es posible sino que suele frecuentemente quitársenos sin acto alguno de nuestra voluntad lo que nos pertenecía, sin que jamás se nos conceda la restitución de tales cosas así perdidas, conforme lo hemos expuesto extensamente en el tratado *de succes. creatione*, al final del §. 30; ¿por qué, pues, no hemos de admitir lo mismo en nuestro caso? Prueba también ésto lo que hemos expuesto más arriba en el capítulo 72, número 3 y siguientes.

CAPVT LXXVI

SUMMAE

1. *Actio personalis an jure canonico praescribatur sine titulo & cum mala fide, arduum certamen.*
2. *Verosimilia pro dispositis habentur.*
3. *Debitor ipsum debitum possidere videtur.*
4. *Possessio perditur decennio.*
5. *Creditor pecuniam creditam si petere negligit, an videatur remittere.*
6. *Ratio nova.*
7. *Legum in conjectura sese fundantes unaquaeque in suo foro servanda est.*
8. *Nova distinctio.*
9. *Praescribatur ut per decennium, vel aliud etiam brevius tempus, statuto civitatis superiorem non recognoscentis induci potest.*

1.  CTIO † personalis an jure canonico cum mala fide praescribatur, annis triginta? ingens quaestio est, plerique enim negant hanc praescriptionem procedere, ita tenet Angelus in l. 1. col. pen. & fi. C. de judi. Imol. in c. fi. nu. 24. cum plurib. seq. de praescrip. sequitur & dicit communem esse opinionem Abba. ibi, sequitur etiam & dicit communem opinionem Felinus ibi col. 1. & 2. sequitur & dicit communem opinionem Balb. de praescrip. in 2. par.

CAPÍTULO LXXVI

SUMARIO

¿Puede conseguirse, según el derecho canónico, la prescripción de una acción personal, sin título y con mala fe? Cuestión muy debatida. 1.

Lo que probablemente hubiera dispuesto el legislador, se tiene como dispuesto. 2.

El deudor se considera estar en posesión de la propia deuda. 3.

La posesión se pierde por el trascurso de diez años. 4.

Si el acreedor descuida el pedir el dinero prestado, ¿debe considerarse que perdona la deuda? 5.

Argumento nuevo. 6.

Cada una de las leyes fundada en conjeturas debe cumplirse en el foro correspondiente. 7.

Nueva distinción. 8.

Puede ser válido el estatuto de un pueblo soberano que establezca la prescripción por el trascurso de diez años y aun por tiempo más breve. 9.

¿Puede conseguirse, según el derecho canónico, la prescripción de una acción personal por el trascurso de treinta años, si existe mala fe? Es esta una cuestión muy debatida; la mayor parte de los autores rechazan el que esta prescripción pueda tener lugar; así expresamente lo afiman Angel (1) e Imola (2); esto mismo defienden, diciendo ser opinión 1.

(1) Comentando la ley 1.ª, colum. penúlt y final del Código en el tít *de judiciis* y la ley *sequitur*. §. *si viam*, Digesto, tít. *de acquir. possessione*, donde dice que así lo defienden los doctores en contra de Bartolo.

(2) En el cap. final, núm. 24 y siguientes, *de praescript.* y comentando el §. *si viam* de la citada ley *sequitur* donde afirma contra Bartolo ser esta opinión común.

3. part. princip. q. 13. & hanc opinionem fatetur esse communem Corneus consil. 176. ad audientiam, libro. 1. & Corneus ubi supra, numero. 11. ait, quod Doctores fundant sese in solo peccato vitando, sequitur Angelus in l. sequitur, §. si viam. ff. de acquiren. poss. qui ait ita tenere Doctores contra Bartol. ibi, sequitur Imola in d. §. si viam, colum. 2. 3. & 4. ubi firmat contra Barto. esse communem opinionem, sequitur Bal. in l. 1. C. de servitu. ubi ait hanc esse communem opin. contra Barto. & hanc tenet Joan. And. in merçur. in d. c. possessor. & Ancharanus ibi in repeti. Ludov. Roman. in d. §. si viam, qui latissime procedit, ubi ait hanc esse communem opi. & ibi Pau. num. 6. firmat esse hanc communem opin. canonistarum & legistarum. Corne. consi. 251. in hac consultatione n. 3. lib. 3.

Pro hac communi opinione primo est text. in c. vigilanti de praescr. Secundo est tex. in c. fi. eod. ti. in decisione. Tertio ibidem in ratione decidendi ibi expressa, dum ait omne, quod ex fide non est, peccatum esse, ex bona autem fide non videtur descendere res alienas retinere. Quarto tex. ibi in secunda vel eadem ratione repetita, dum ait absque mortali peccato, & c. Nam palam est res alienas retinere domino invito (quod semper praesumitur l. vetare, ff. de furtis) impium injuriumque esse, & absque peccato fieri non posse. nec dubium est quin isthaec rationes ibi expressae militent in eo, qui debitum retinet, non secus, quam in eo qui fundum, aut aliam rem corpoream, quae aliena esset retinere, ergo idem jus, l. illud, ff. ad legem Aquil.

común, el Abad (1), Felino (2), Balbo (3), Corneo (4), Baldo (5), Luis Romano, quien trata este punto con gran extensión (6) y Pablo de Castro (7); también lo defienden Juan Andrés (8) y Ancarano (9).

En apoyo de esta común opinión existe en primer lugar el texto del capítulo *vigilanti, de praescriptione*. En segundo lugar el texto del capítulo final del mismo título, en la decisión. En tercer lugar la razón que allí mismo se expresa en la decisión, cuando dice: todo lo que no procede de la fe, es pecado; y de la buena fe no parece dimanar el retener las cosas ajenas. Apoya esta opinión en cuarto lugar, la segunda razón o mejor dicho la misma razón repetida en tal capítulo en donde dice: sin pecado mortal, etc... Porque es evidente, que el retener cosas ajenas contra la voluntad del dueño (cosa que siempre se presume) (10) es perverso e injusto y sin pecado no puede hacerse. Ni cabe dudar que estas razones que en tal lugar se expresan, comprenden de lleno a aquel que retiene una deuda, del mismo modo que a quien retuviera un fundo u otra cosa corporal perteneciente a otro, luego la misma ley regirá para ambos (11). Quinto, corrobora la misma opinión común el texto de la Novela «del privilegio concedido a la Iglesia romana de que contra ella sólo corra la prescripción de cien años», cuando dice en la introducción: «y los hombres perversos tengan un apoyo y aliciente para sus impiedades», pues el legislador tenía como cosa cierta, que los hombres con mucha mayor avidez retendrían pecaminosamente las cosas ajenas, si entendieran que

(1) En el citado cap. final *de praescript.*

(2) Sobre el mismo cap. final, colum. 1.ª y 2.ª

(3) *De praescript.* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 13.

(4) Dictamen 176 *ad audientiam*, lib. 1.º y *ubi supra*, núm. 11 donde dice que el solo fundamento de los doctores es el evitar el pecado, y dict. 251 *in hac consultatione*, núm 3, lib. 3.

(5) Comentando la ley 1.ª del Código, tít. *de servitu.* donde dice ser opinión común, contra Bartolo.

(6) Acerca del §. *si viam* de la citada ley *sequitur.*

(7) Comentando la misma ley *sequitur*, diciendo en el núm. 6 ser esta opinión común de canonistas y legistas.

(8) *In merçur.* en el cit. cap. *possessor.*

(9) *Ibi in repeti.*

(10) Según la ley *vetare* del Digesto *de furtis.*

(11) Según la ley *illud* Digesto, tít. *ad legem Aquiliam.*

Quinto urget textus. in auth. ut ecclesia Romana centum annorum gaudeat praescriptione, ad princ. dum ait, iniquis hominibus impium maneat praesidium, habuit enim legislator pro comperto avidiores fore homines ad res alienas perfide, & cum peccato retinendas, si intelligerent se tutos fore praescriptione effectum habente, quam si talem praescriptionem admitti desperarent. Sexto urget tex. ibi, dum ait, & tutus peccandi locus etiam scientibus relinquatur, id enim lex illa prospectum voluit, ne homines per interventum peccati aliquem locum tutum, jusve firmum sperarent, neve ex nequitia lucrum consequerentur, per hocque ad delinquendum invitarentur. Septimo legislatoribus curae esse debet non solum peccata jam admissa punire, sed etiam prospicere ne peccata committantur, removereque omnem peccandi occasionem, ut in l. fina. C. de pact. l. de fideicommisso C. de transactio. l. 2. in fin. cum l. sequenti. ff. de his quib. ut indig. cap. constitutus, & capit. fin. de concessio. praebend. c. detestanda, & cap. ne captandae. eo. ti. in 6. Glo. in l. 2. & in l. scire debemus, C. ut in posses. legatorum.

Nec dubium est, quin si homines, qui res alienas impie detinent, sperarent lapsu temporis earum se dominium tute assequuturos, invitarentur ad retentionem rerum alienarum, quod non ita facile continget, cum noverint nullo tempore se tueri posse, & cum isthaec rationes sint expressae in d. capitu. vigilanti, & in d. capitu. fina. faciunt ut decisiones dictorum jurium latiores videantur, non tam ex vi extensiva, quam ex vi comprehensiva, ut sic decisiones illorum jurium

habían de quedar amparados por la prescripción al tener ésta efecto, que si no existiera esperanza alguna de que tal prescripción pudiera admitirse. Sexto, confirma lo mismo el texto de la anterior Novela en donde dice: «y sepan éstos que no les queda un refugio seguro para sus pecados», porque aquella ley tendió a evitar el que los hombres esperaran alcanzar seguro apoyo o derecho firme por medio de la perpetración del pecado, como también el que su perversidad les proporcionase lucro, con lo que se sentirían atraídos a delinquir. Séptimo, los legisladores no sólo deben cuidar de imponer castigo por los delitos ya perpetrados, sino también velar para que éstos no se cometan y remover toda ocasión de pecar (1).

Ni cabe la menor duda de que, si quienes retienen perversamente cosas ajenas, abrigaran la esperanza de llegar a alcanzar con el trascurso del tiempo un dominio seguro sobre aquellas cosas, se sentirían alentados a la retención de cosas ajenas, lo que no sucederá tan fácilmente si están persuadidos de que ningún trascurso de tiempo puede otorgarles aquella segura defensa. Y como semejantes razones constan expresamente en el citado capítulo *vigilanti* y en el capítulo final también citado, hacen que las decisiones de dichas leyes se reputen más generales, no tanto en razón de su fuerza extensiva, cuanto de su fuerza comprehensiva, de suerte que las decisiones de dichas leyes se consideren como ejemplos concretos que no restringen la ley, mientras que las razones que constan expresamente en tales leyes se tienen por verdadera ley. De donde se sigue que si bien aquellas leyes parecen referirse a cosas corporales y no a derechos y acciones, sin embargo, como las razones en ellas expuestas

(1) Así consta por la ley final del Código, tít. *de pactis;* por la ley *de fideicommisso* del Código, tít. *de transaction.;* por la ley 2 y 5 del Digesto en el tít. *de his quibus ut indignis;* por el cap. *constitutus,* y final *de conces. praebendae;* por el cap. *detestanda* y *ne captandae* del mismo tít. *in* 6; por la glosa de la ley 2.ª y de la ley *scire debemus* del Código, tít. *ut in posses. legatorum.*

quasi exempla videantur, quae non arctant legem, rationes vero ibi expressae pro lege sint; unde fit, ut licet jura illa in rebus corporeis non etiam in juribus, & actionibus loqui videantur, tamen cum rationes ibi expressae sint generales, ipsae quoque illorum jurium decisiones generales similiter videantur, etiamsi materia correctoria sit, ut est communis opinio, quam tenuerunt Gloss. in clemen. 1. de elect. in verb. eligatur, estque communis opinio secundum Jas. in authen. quas actiones. numero 22. C. de sacrosan. eccles. Idem Jas. in l. de quibus, ff. de legibus, numero 14. Idem Jas. in l. quamvis, C. de fideicommiss. Idem Jas. in l. humanitatis, per text. ibi, C. de impuberum, nume. 6. & ibi Alexan. nu. 5. & Corneus numero 15. Georg. Nata. in c. quamvis pactum de pact. libr. 6. nu. 32. Purpurat. in l. fina. per tex. ibi, C. de pact. num. 23. & ibi Curtius Junior, num. 9. & Decius ibidem, num. 15. Jas. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. obligation. nume. 12. Cumanus in l. cum mulier, §. 1. ff. soluto matrimon. Paulus Castren. in d. l. quamvis. Curtius Junior in d. l. humanitatis, numero 15. Gloss. in authen. de haeredita. ab intesta. §. fi. in verb. ordi. quam dicit singula. Bald. in l. final. ff. de haeredi. instituend. Ripa, numero 50. in l. nemo potest, ff. de leg. 1. ubi Annib. nu. 349. Jas. in. l. transigere, C. de trans. nu. 15. nam ut genus comprehendit sub se omnes suas species, non ex vi extensiva, sed ex vi comprehensiva, ut ex communi opinio. resolvit And. Tira. ubi supra. & non pauci eorum quos modo retulimus, ita quoque ratio generalis expressa in lege correctoria ex vi etiam comprehensiva videtur sub se

son generales, las mismas decisiones que constan en aquellas leyes se consideran igualmente generales, aun cuando se trata de materia correctiva; tal es la común opinión que han defendido la glosa (1), Jasón (2), Alejandro (3), Jorge Nata. (4), Corneo (5), el Purpurado (6), Curcio el Joven, Decio (7), Cumano (8), Pablo de Castro (9), Ripa (10) y Aníbal (11). Porque así como el género comprende dentro de sí a todas sus especies, no por su fuerza extensiva, sino por su fuerza comprehensiva, como, basado en la común opinión, lo resolvió Andrés Tiraqueau (12), y no pocos de los autores que acabamos de citar, así también la razón general contenida en la citada ley correctiva parece que por su fuerza, asimismo comprehensiva, abarca dentro de sí todos los casos absolutamente que puedan pensarse, de suerte que la decisión, si es particular, se considera como un ejemplo que por tanto no restringe la ley, según la opinión verdadera y común de los autores que últimamente hemos citado. Como, pues, la razón que se aduce en el capítulo *vigilanti* y en el capítulo final *de praescript.* citados, sea

(1) En la Clementina 1.ª *de electione,* en la palabra *eligatur.*

(2) En la auth. *quas actiones,* núm. 22, inserta en el Código, tít. *de sacros. ecclesiis;* y al comentar la ley *de quibus,* Digesto *de legibus,* núm. 14; la ley *quamvis* del Código, tít. *fideicommissis;* la ley *humanitatis* del Código, tít. *de impuberum,* núm. 6; la ley *stipulatio hoc modo concepta,* Digesto *de verbor. obligatione,* núm. 12; la ley *transigere,* Código, tít. *de transaction,* núm. 15.

(3) En el núm. 5. comentando la ley *humanitatis* citada.

(4) En el cap. *quamvis pactum, de pactis,* lib. 6, núm. 32.

(5) En el núm. 15, sobre la ley *humanitatis.*

(6) Comentando la ley final del Código, tít. *de pactis,* núm. 25.

(7) En el núm. 9 el primero y Decio en el núm. 15 sobre la misma ley final del Código *de pactis.*

(8) Al comentar la ley *cum mulier,* §. 1.°, Digesto, tít. *soluto matrimonio.*

(9) Comentando la ley *quamvis,* citada; lo mismo consta por la glosa de la *auth. de haeredi. ab intesta,* §. final en la palabra *ordi.* glosa que llama notable Baldo al comentar la ley final del Digesto, tít. *de haeredi. institu.*

(10) Al comentar la ley *nemo potest* del Digesto, tít *de legatis,* lib. 1, en el núm. 50.

(11) En el núm. 349 sobre la misma ley.

(12) *Ubi supra.*

comprehendere omnes omnino casus, qui excogitari possunt, ut decisio, si sit particularis, loco exempli habeatur, sicque legem non restringat, ut est vera & communis sententia scribentium, quos modo retulimus; ergo cum ratio d. c. vigilanti, & d. c. fin. de praescripti. sit generalis, eoque spectet, ut peccandi occasio tollatur, quae quidem occasio integra maneret, si permitteretur praescriptio actionum personalium cum mala fide, non secus quam si permiteretur in rebus corporeis praescribendis, sequitur istarum actionum praescriptionem vetitam videri, non secus quam rerum corporalium, & sane diminuta videretur provisio, d. c. fin. & d. cap. vigilanti, nisi hunc casum comprehendisse diceremus, qui non minus egebat correctione, quam casus in decisione illorum jurium comprehensus, quinimo etiamsi per rationem expressam in d. c. fi. & d. c. vigilanti, is casus comprehensus non fuisset, adhuc tamen mentaliter diceremus hunc casum comprehensum fuisse, quia quando unica tantum ratio reddi potest verisimiliter in lege correctoria, ea quidem habetur pro expressa, ut quatenus ea ratio etiam non expressa, sed subintellecta, se extendere poterat, eatenus ipsa legis correctio sese extendisse videatur, ut ex communi opinione resolvit Jas. in l. quanvis. C. de fideic. post Gl. & alios ibi. Idem in l. de quibus. ff. de legibus, & in auth. quas actiones. C. de sacrosan. eccle. Andraeas Tiraq. de utroque retract.
2 & de causa cessante, par. 1. † in qualibet enim dispositione non solum id dispositum videtur, quod verbis palam comprehensum fuit, sed etiam id, quod mente tantum, non etiam verbis fuit assequutum, l. ita stipulatus, vers. Sabin. ubi

general, y tenga por blanco el quitar la ocasión de pecar, y ésta quedaría íntegramente en pie, si se permitiera la prescripción de acciones personales, existiendo mala fe, del mismo modo que si se permitiera en la prescripción de cosas corporales, síguese que la prescripción de tales acciones personales debe considerarse prohibida, al igual que la de cosas corporales; y en verdad muy menguada hubiera sido la previsión del citado capítulo final y del capítulo *vigilanti* si no afirmáramos haber comprendido también este caso, que no necesitaba de menor corrección, que el caso contenido en la resolución de aquellas leyes; más aún, aun cuando la razón expuesta en el citado capítulo final y en el capítulo *vigilanti* no comprendiera expresamente este caso, con todo diríamos que mentalmente estaba también incluido; porque cuando sólo existe una razón que pueda alegarse verosímilmente tratándose de una ley de carácter correctivo, esta razón se tiene por expresamente aducida, de suerte que, hemos de considerar que el poder correctivo de la ley se ha extendido a todos aquellos casos, a los cuales alcanza la razón, que fundamenta la ley, aun cuando tal razón no se haya expresado, sino que esté sobreentendida en la ley, conforme lo resuelven, fundados en la común opinión, Jason (1), y Andrés Tiraqueau (2); porque toda disposición de la ley no sólamente se considera extenderse a aquello que terminantemente comprenden las palabras, sino también a todo aquello que aunque no lo expresen las palabras, lo abarcaba la intención (3); más aún, se extiende también a todo aquello a que ni las palabras ni la intención se 2.

(1) Comentando la ley *quamvis* del Código, tít. *de fideic.* siguiendo la doctrina de la glosa y de otros comentaristas; la ley *de quibus*, Digesto *de legibus* y finalmente la *auth. quas actiones* inserta en el Código *de sacros. ecclesiis*.

(2) *De utroque retract.* y *de causa cessante*.

(3) Conforme aparece por la ley *ita stipulatus*, en la palabra *Sabinus*, del Digesto, tít. *de verb. obligatione*, donde así lo exponen Pablo de Castro, Jasón y otros.

Paul. Jas. & alii. ff. de verb. oblig. quinimo etiam id quod nec verbis nec mente fuit asequutum, si tamen verisimiliter provideretur a disponente, si de eo meminisset, ut tenet Glo. communiter ibi & ubique approbata, in l. tale pactum. §. fin. ff. de pact. tex. optimus in l. 3. C. de inoffi. testam.

Unde in terminis d. ca. fi. si Romanus Pontifex rogatus esset an praescriptionem actionum personalium vellet cum mala fide, & peccato tolerari, dubio procul, minime responderet, non secus quam in praescriptione rerum corporalium, ergo & is casus per eum quasi provisus & decisus videri debet, ergo per d. c. fina. contendimus hunc quoque casum decisum esse, primum verbis propter rationem ibidem expressam: deinde mente & sententia, quia mens Romani Pontificis fuit tollere peccatum in hoc casu non secus, quam in aliis: tertio licet nec verbis, nec mente, dispositive esset is casus decisus, quasi pro deciso habendus esset ex verisimili mente & sententia Romani Pontificis, qui ita caveret, si de eo meminisset.

Praeterea facit ratio cap. possessor, de regu. juris, dum generaliter ait, possessor malae fidei nullo tempore praescribit † nam qui debet ipsum debitum, ad quod actione personali tenetur, videtur possidere, l. regulariter, cum ibi notatis. ff. de petition. haered. Paulus in l. sequitur, §. si viam. ff. de usucapion. Corneus in consil. 176. ad audientiam, lib. 1. Praeterea facit regula non dimittitur peccatum de regu. jur. in 6. nam peccatum si non dimittitur, nisi restituatur ablatum, nonne abstulisse jure videbitur, qui sciens se debere, noluit solvere?

3.

referían, pero que con toda probabilidad lo hubiera incluido en su disposición el legislador, si de ello se hubiera acordado, conforme lo afirma la glosa, admitida generalmente por los autores, tanto al comentar la ley *tale pactum* (1) como en otros lugares.

Por consiguiente, si conforme a los términos del citado capítulo final, hubiera sido consultado el Romano Pontífice, si era su voluntad el que se tolerara la prescripción de acciones personales, existiendo mala fe y pecado, sin género de duda respondería, que de ningún modo, lo mismo que si se tratara de la prescripción de cosas corporales, luego dicho caso debe también considerarse previsto y decidido por él; por consiguiente, sostenemos que la decisión del citado capítulo final comprende también este caso: primero atendidas las palabras mismas, como consta por la razón que allí se expresa; en segundo lugar atendida la mente y sentir del Romano Pontífice, ya que el propósito de éste, tanto en dicho caso como en otros, fué el quitar el pecado, y en tercer lugar aun cuando ni las palabras ni la intención comprendieran expresamente este caso en tal decisión, sin embargo debería tenerse como allí resuelto, atendida la mente y sentir del Romano Pontífice, quien verosímilmente así lo hubiera dispuesto, si hubiera tenido presente dicho caso. Además confirma esto mismo la razón que contiene el citado capítulo *possessor* (2), cuando dice de un modo general, que el 3.
posesor de mala fe no puede en tiempo alguno conseguir la prescripción; ahora bien, quien debe algo, parece hallarse en posesión del débito al cual está obligado con acción personal (3), conforme lo expone Pablo de Castro (4) y Corneo (5). Lo mismo prueba también la regla «no se perdona el pecado etc.» *de regulis juris in 6;* porque si no se perdona el pecado, sino restituyendo lo quitado, ¿no se considerará con justicia que ha quitado algo, quien sabiendo que tiene una deuda, no ha querido pagarla?

(1) En el §. final, Digesto *de pactis*, donde se halla dicha glosa. Un texto excelente hay en la ley 3.ª del Digesto, tít. *de inof testamento*.

(2) *De regulis juris*.

(3) Según la ley *regulariter* del Digesto, tít. *de pet. haeredit.* con lo que en ella se hace constar.

(4) Al comentar la ley *sequitur*, §. *si viam*, Digesto, tít. *de usucapione*.

(5) En el dict. 176, *ad audientiam*, lib. 1.

Contrariam tamen partem, ut cum mala fide actio personalis triginta annis tollatur, & praescribatur tenuit Bar. in l. sequitur. §. si viam, ff. de usucap. ubi Paulus ait se vidisse quamplures tenentes, veram esse han copinionem sicut evangelium, tenet etiam Innocentius in cap. cura, de jure patronatus, tenent alii plures relati per Felinum in d. cap. fin. & Baldus in. §. si quis per triginta in titulo. si de feudo fuerit controver. colum. tertia. Hostiensis in summa titu. de praescription. rerum immobilium. §. quaeres, colum. prima. versi. actiones vero personales, & tenuit Baldus in consi. 420, lib. 3. secundum quod refert Balbus ubi supra, non tamen invenio Bal. in d. cons. ita tenere: tenet in pract. Papiensis in forma resp. rei conventi tamen Glo. verb. praescription. Marianus Socinus cons. 203. circa primum consultationis articulum, ubi firmat hanc opinionem Bar. esse communem, tenuit idem Marianus in rep. rub. de causa posse. & propriet. & hanc opinionem plene defendit Corn. cons. 176. ad evidentiam, lib. 1. Philipus Francus in regula possessor, col. fi. Bar. in l. fi. ff. quemad. servit. amit. & in hanc partem sub quadam distinctione inclinat Abb. in d. c. fin. de praescrip. n. 13. utcunque modo huc modo illuc fluctuarit.

Quid dicendum? & sane pro hac posteriore parte ut procedat praescriptio faciunt multa. Primum ne rerum jura in incerto sint, l. 1. ff. de usucap. deinde ut tandem sit litium finis, l. fin. ff. pro suo, nam post tam longaevum tempus triginta annorum vix fides adhibenda est probanti, sibi retro abhinc annis triginta aliquid deberi. Tertio ne homines

Sin embargo, la opinión contraria, es decir, que aun con mala fe se extingue y prescribe a los treinta años la acción personal, la defendió Bartolo al comentar la ley *sequitur* (1), donde dice Pablo de Castro haber leído numerosos autores que defienden ser esta opinión tan verdadera como el Evangelio; la defiende también Inocencio (2) y otros muchos que aduce Felino (3), como también Baldo (4), el Hostiense (5). Mariano Socino, quien afirma (6), ser común esta opinión de Bartolo; defiéndela extensamente Corneo (7), Felipe Franco (8), y a esta opinión se inclina, pero bajo cierta distinción, el Abad (9), quien, sin embargo, ha andado fluctuante de un lado a otro.

¿Qué solución damos nosotros? Ciertamente, muchas son las razones que militan en favor de esta segunda parte, es decir, que tenga lugar la prescripción. Primera, para que el derecho sobre las cosas no sea incierto (10). Segunda, para que puedan tener fin los pleitos (11), puesto que después de tan dilatado tiempo de treinta años, apenas se ha de dar fe a quien intente probar que se le debía algo desde hacía ya treinta años. Tercera, para evitar el que los hombres se vean atormentados por temor casi imperecedero (12); porque aun cuando realmente hubiera pagado lo que debía, sin embargo, después de trascurrir treinta años, a quien de nuevo me reclamase el pago, o no podría o sería muy difícil probarle

(1) En el §. *si viam*, Digesto *de usucapione*, y en la ley final del Digesto *quemad. servit. amittatur.*

(2) En el cap. *cura, de jure patronatus.*

(3) En el cit. cap. final.

(4) En el § *si quis per triginta*, en el tít. *si de feudo fuerit controv.* colum. 3, y en el dict 420, lib. 3, al decir de Balbo *ubi supra*. aunque no vemos que en el citado dictamen así lo defienda Baldo; defiéndolo *in pract. Papiensis, in forma resp. rei conventi* la glosa en la palabra *praescriptio*

(5) En la *Summa*, tít. *de praescript. rerum immovil.* §. *quae res.*, colum. 1, línea *actiones vero personales.*

(6) En el dict. 203 que empieza *circa primum consult. articulum* como también en el cit. tít. *de causa posses. et propriet.*

(7) Dictamen 176 *ad evidentiam*, lib. 1

(8) En la regla *possessor*, colum. final.

(9) En el citado cap. final *de praescript.*, núm. 13.

(10) Conforme a la ley 1.ª del Digesto, tít. *de usucap.*

(11) Según la ley final del Digesto. tít. *pro suo.*

(12) Según la ley *cum notissimi* al final de la introducción, Código, tít. *de praescript. triginta annorum*

immortali prope timore teneantur, l. cum notissimi, in fi. pr. C. de praes. 30. annorum, licet enim vere solvissem quod debebam, tamen post triginta annos iterum repetenti non potero, aut vix potero solutionem probare. Quarto propter vitandam hanc confusionem, & longi temporis errorem, post tam longaevum enim tempus ex errore magis debitum peti, quam quod revera debeatur, videbitur arg. d. c. fi. ibi longi temporis errorem, & confusionem, facit quod ajunt Bar. Alex. & alii in l. si Titius & Augerius. ff. ad leg. Fal. & c. finem litibus, de dolo & contumacia. Quinto punitione digna videtur segnities debitum non potentis & tandiu negligentis,

4. d. ca. fi. ibi, miserorum segnitiem. † Sexto jus nostrum, resque nostras per lapsum decennii videmus oblivisci, & quasi pro derelicto habere, ut est communis opinio quam resolvit Jas. in l. prima, columna fina. C. de servis fugitivis. Idem Jas. numero 84. in l. naturaliter §. nihil commune. ff. de adquirend. posses. Glo. Paul. & Alexan. in l. si de eo, §. 1. ff. de acqu. pos. per l. si id quod, eod. tit. facit l. 1. & 2. ff. pro derelicto, ut ergo poterit videri esse in mala fide, qui non solvit,

5. † cum possit cogitare creditorem velle, vel dilatione condonare, vel etiam dissimulatione & quasi donatione debitum remittere? quod si dixeris constat eum non habuisse animum debitum remittendi, quandoquidem illud modo asserit, cum praescriptioni adversatur, & contradicit, sed replicabo, quod potuit habere animum remittendi, & donandi, licet postea poenituerit, quae quidem poenitentia excludenda est, l. perfecta. C. de donatio. quae sub modo, l. 2. C. de revo. dona.

que ya lo había verificado. Cuarta, para evitar esta confusión y error que nace del largo tiempo trascurrido, porque después de tan dilatado tiempo, se considera que el reclamar tal deuda, más bien procede de error que de que realmente se deba (1), lo mismo que corroboran las palabras de Bartolo, Alejandro y otros autores al comentar la ley *si Titius et Augerius* (2). Quinta, porque parece merecedora de castigo la negligencia de quien no reclama la deuda y por tanto tiempo la descuida (3). Sexta, por el solo trascurso de diez 4.
años parecemos dar al olvido nuestro derecho y cosas que nos pertenecen y abandonarlas, como renunciando a su propiedad, conforme consta por la común opinión que sostiene Jasón (4), como también Pablo de Castro y Alejandro (5); ¿cómo, pues, podrá parecer que se halla en mala fe el que no paga la deuda, cuando puede pensar ser la voluntad del 5.
acreedor o el condonársela con la dilación o el perdonársela disimulando y como por cierta donación? Y si objetares, ser manifiesto, no haber tenido intención de perdonarle la deuda, puesto que así lo manifiesta ahora, al oponerse e impugnar la prescripción, a ésto te responderé que muy bien pudo tener la intención de perdonar y hacer aquella donación, aun cuando después se haya arrepentido, pero este arrepentimiento de ningún modo debe admitirse (6).

Así, pues, a aquel acreedor que después de treinta años me reclamase el pago de la deuda, podré oponerle que por haber disimulado ésto durante tan largo tiempo, parece haberme hecho tácita donación de ello, o que ha abandonado aquella deuda *(pro derelicto);* y si todavía alegare la excepción de que en cosas ciertas no tienen lugar las conjeturas (7), y que por la declaración que ahora hace, consta

(1) Como consta por el citado cap. final donde dice: «el error y confusión del largo tiempo».

(2) Del Digesto, tít. *ad legem Falcidiam* y el cap. *finem litibus, de dolo et contumacia.*

(3) Conforme al cap. final en las palabras *miserorum segnitiem.*

(4) Al comentar la ley 1.ª colum. final, Código *de servis fugitivis* y en el núm. 84 acerca de la ley *naturaliter*, § *nihil commune*, Digesto *de adquir. posses.*

(5) En la ley *si de eo*, §. final. Digesto *de acquir. posses.*, lo mismo aparece en la ley *si id quod*, del mismo tít. y en la ley 1.ª y 2.ª. Digesto *pro derelicto.*

(6) Según la ley *perfecta*, Código, tít *de donatione quae sub modo* y la ley 2.ª del Código, tít. *de revoc. donatione.*

(7) Conforme a la ley *continuus*, §. *cum ita*, Digesto *de verb obligat.*

Ergo huic creditori debitum post annos triginta petenti objiciam, quod tacite per tantam temporis dissimulationem donasse videtur, vel debitum illud pro derelicto habuisse, quod si excipiat allegans in certis non esse locum conjecturis, l. continuus. §. cum ita. ff. de verb. oblig. per quod ejus declarationem, quam modo facit, certum esse se nunquam habuisse animum donandi, replicabo ejus declarationi standum non esse, cum potuerit habere animum donandi & remittendi illud debitum, & postea poenitentia ductus voluntatem mutare, debitumque illud jam dissimulatione & tacita remissione abolitum, rursus velle exigere, & suscitare contra d. l. perfecta. praesertim cum facilius quis remittat plura, quam donet, aut tradat pauca, ut per Jas. in l. pactum dotali. in pr. C. de col. & diximus nos in lib. primo, de success. creati. in materia pactorum, de non petendo, & cum hujusmodi conjecturae non sint improbabiles, sed satis verosimiles, post tam longaevi temporis dissimulationem, sane non video cur in materia ista desinat stari, & fidem haberi praesumptioni legis civilis, quae tam ad bonum publicum spectat, nec video cur possit lex canonica inducere praesumptionem huic rei contrariam praetextu peccati vitandi, ut sic jam non de voluntate legis canonicae aut civilis agendum sit, sed magis de potestate alterius, nam ut nos interpretamur, certa & indubitata fuit voluntas legis canonicae, etiam in hoc casu praescriptionem vetare volentis, sed similiter indubitata est voluntas legis civilis praescriptionem inducentis, ut d. l. sicut l. omnes, l, cum notissimi. l. si quis

6. emptionis. C. de praescription. 30. annorum † & ut periculum

de cierto, no haber tenido jamás intención de hacer aquella donación, le contestaré que no hemos de atenernos a su declaración, puesto que muy bien ha podido tener la intención de hacer tal donación y perdonar aquella deuda y después, arrepentido, haber cambiado de voluntad, y querer exigir y como suscitar de nuevo aquella deuda que en virtud de la larga tolerancia y tácito perdón estaba ya extinguida, contra lo que dispone la citada ley *perfecta;* principalmente cuando somos mucho más fáciles en perdonar cosas mayores que en hacer de nuevo donación o entrega de cosas pequeñas, conforme lo expresa Jasón (1), y nosotros lo hemos expuesto en el libro primero *de successionum creatione* (2); y como las conjeturas dichas no sean improbables, antes al contrario, bastante fundadas, después de una disimulación por tan dilatado tiempo, no comprendo ciertamente, por qué en esta materia hemos de dejar de atenernos y de dar crédito a la presunción de la ley civil, que tan de veras se encamina al bien público; ni veo tampoco la razón por la que la ley canónica puede asentar una presunción contraria en este punto a pretexto de evitar pecado; de suerte que ya no tanto hemos de tratar de la voluntad de la ley canónica o de la ley civil, sino más bien del poder de cada una de éstas; porque según nuestra interpretación, la voluntad de la ley canónica, queriendo prohibir, aun en este caso, la prescripción, fué cierta e indudable; pero del mismo modo es también indudable la voluntad de la ley civil de admitir la prescripción (3) y así como existe el peligro de que admitida tal prescripción 6.
se cometa algún pecado, en el caso en que el acreedor no hubiera tenido tal vez intención de perdonar aquella deuda, así también por el contrario existe el peligro de que rechazada la prescripción, incurra en pecado el acreedor, si habiendo tenido ya realmente la intención de perdonar aquella deuda, se apresura a reclamar de nuevo lo que ya en su ánimo había perdonado.

Lo mismo que sucede también cuando interpreta la ley 7.

(1) Al comentar la ley *pactum dotali* en la introducción, Código, tít. *de collationibus.*

(2) Al tratar de los pactos. *de non petendo.*

(3) Conforme a la ley *sicut,* a la ley *omnes,* e igualmente a las leyes *cum notissimi* y *si quis emptionis* del Código, tít. *de praescript. trig. annorum.*

est, ne admissa tali praescriptione, resultet peccatum si forte creditor nunquam habuerat animum remittendi debitum, ita quoque periculum est per contrarium, ne forte exclusa praescriptione, in peccato constituatur creditor, si revera cum habuisset animum debitum illud remittendi rursus ad
7. petendum, quod jam animo remiserat properet, † nam & similiter cum lex injuriam dissimulatione aboleri, & remitti interpretatur, §. penultimo, & fina. institutio. de injuri. potuit errare interpretans injuriam remisisse illum, qui revera de tali remissione non forte cogitarit. Nam & in contractibus nominatis lex interpretatur locum esse poenitentiae ante traditionem, lege prima, ff. de rerum permutati. lege naturalis, §. primo. ff. de praescriptio. verb. quasi contrahentes consensum praestiterint revocabilem, & tamen possibile fuit ab initio hujus animi eos fuisse, ut non revocarent consensum, & cum in venditione fit mentio de scriptura, contrahentes possunt mutare voluntatem usque quo scriptura confficiatur, in principio Institution. de emptione, & venditione, & tamen in contractibus nominatis regulariter cessat poenitentia, quasi contrahentes ab initio hujus animi fuissent, ne consensus ille revocaretur, qualis autem fuerit animus eorum solus Deus novit.

Unde hujusmodi legum interpretationes interdum convenient menti animoque contrahentium, interdum longe adversabuntur, quod si peccati & perfidiae ipsorum vitandae causa velis hoc magis quam illud interpretari, rem omnino incertam tentabis, sic ergo cum per annos triginta debitum petere per dissimulationem reliquisti, & cessasti, si revera habuisti animum illius debiti remittendi, vix erit ut salva conscientia, illud petere possis, quod si revera nunquam animum remittendi habuisti, tunc tibi petenti deberem

que por la disimulación se borra y perdona la injuria (1); pues ha podido equivocarse al interpretar que ha perdonado la injuria quien tal vez ni había pensado realmente en tal perdón. Del mismo modo en los contratos nominados interpreta la ley ser posible la retractación antes de la entrega de la cosa (2); como si los contratantes hubieran prestado un consentimiento revocable, y sin embargo es muy posible que desde el principio hubieran tenido el firme propósito de no revocar su consentimiento; y cuando en una compra-venta se hace mención de instrumento escrito, pueden los contratantes cambiar de propósito hasta que se extienda la escritura (3); y sin embargo en tales contratos nominados como norma general no hay lugar al arrepentimiento, como si los contratantes hubieran tenido desde el principio el propósito de no revocar aquel consentimiento, aunque sólo Dios sabe cuál haya sido realmente su ánimo.

Por consiguiente, estas interpretaciones de las leyes unas veces se acomodarán a la mente e intención de los contratantes, pero otras veces serán del todo opuestas a ellas, y si con el fin de evitar el pecado y perfidia de aquéllos, sostienes una interpretación con preferencia a otra, intentarás una cosa insegura en absoluto. Así, pues, si disimulando dejaste y te abstuviste durante treinta años de reclamar una deuda, si realmente tuviste la intención de perdonarla, difícilmente podrás reclamar aquella deuda dejando a salvo tu conciencia; mas si por el contrario nunca tuviste la intención de perdonar la deuda, entonces al reclamármela tú, debería satisfacerla; pues bien, entre tales dudas, no ha podido conocer la ley canónica con más fundamento que la ley civil lo que más se aproxima a la verdad, y por tanto cada una de estas leyes podrá admitir la interpretación que quiera, ni hay razón para que una impugne o condene la interpretación de la otra, siendo como son ambas, ciertas. Con todo, esta razón no es de general aplicación, sino que sólo tiene cumplimiento cuando el acreedor tuviera conocimiento de aquella deuda, pues si la hubiera desconocido otra sería la solución. Y por-

(1) Conforme al § penúlt. y final de la Instituta *de injuriis*.

(2) Así consta por la ley 1.ª del Digesto en el tít. *de rerum permutatione* y en la ley *naturalis*, §. 1.º, Digesto, tít *de praescript verb*.

(3) Como consta por la introducción de la Instituta *de emption et venditione*.

satisfacere, inter has autem dubietates quidnam certius fuerit non novit lex canonica, non magis quam civilis, sicque quaeque harum legum poterit interpretari quod vellet, nec est cur altera alterius intepretationem incuset, aut damnet, cum utraque, tamen certa sit, ista autem ratio non est generalis, sed solum procedit, quando creditor sciebat sibi
8. deberi, quod si ignorasset, tunc secus esset † & quia, ut firmat Cor. in d. consil. 176. lib. 1. tenentes opinionem illam magis communem, quae habet, praescriptionem actionis personalis non currere cum mala fide, fundantur in peccato vitando, unde ubi peccatum certum non arguitur, cessat eorum potissimum fundamentum, considera quatuor casus. Nam aut tam debitor, quam creditor erant conscii debiti illius, de cujus praescriptione agebatur, aut uterque ignorabat illud debitum, aut creditor solus sciebat, aut debitor solus.

Primo casu cum uterque sciebat, imputetur creditori, qui per longissimum tempus tacuit, puniatur ejus segnities, vel laudetur ejus benignitas, interpretando eum habuisse animum remittendi debiti, ac condonandi, per rationes supra relatas. Secundo casu cum uterque ignorabat, quasi omnes sentiunt debitum praescribi, quia in creditore ignorante cessat malae fidei suspicio, & peccatum. Tertio casu cum solus creditor scit, debitor autem ignorat, tunc currit praescriptio, quia & in hoc debitore ignorante non potest cadere mala fides, & in creditore sciente adest per longissimam hanc taciturnitatem praesumptio remittendi debiti, aut donandi, vel negligendi, seu parvipendendi. Cum autem solus debitor scit, creditor autem ignorat sibi deberi, cessat praesumptio remissionis aut donationis, emergitque contra debitorem praesumptio tergiversationis, aut perfidiae, & debet cessare praescriptio, ne

que, según lo sostiene Corneo (1), los defensores de aquella opinión más seguida, que afirma, no tener cumplimiento con mala fe la prescripción de una acción personal, señalan como razón fundamental el evitar el pecado, de donde se sigue que cuando no puede objetarse un pecado cierto, cae por tierra el fundamento principal de dichos autores, has de tener presente en ésto cuatro casos. Porque o bien tanto el deudor cuanto el acreedor tenían conocimiento de la deuda de cuya prescripción se trataba, o bien ambos la desconocían, o sólo el acreedor tenía conocimiento de ella, o finalmente sólo el deudor. 8.

En el primer caso, cuando ambos lo sabían, impútese al acreedor que guardó silencio durante un tiempo tan dilatado; castíguese, pues, su desidia o alábese su generosidad, interpretando, basados en las razones arriba expuestas, que ha tenido intención de abandonar o de perdonar aquella deuda. En el segundo caso, cuando ambos lo desconocían, casi todos los autores opinan que tal deuda prescribe, porque al ignorarlo el acreedor cesa la sospecha de mala fe y el pecado. En el tercer caso, cuando sólo conoce la deuda el acreedor, desconociéndola el deudor, tiene lugar la prescripción, porque la mala fe no puede tampoco tener cabida en un deudor que desconoce la deuda, y en el acreedor que la conoce, existe, en razón de su silencio tan dilatado, la presunción de que perdona la deuda o hace donación de ella, o de que la menosprecia o tiene en poco. Por fin, cuando sólo el deudor conoce la deuda, mientras el acreedor la desconoce, en este caso no existe la presunción de que se le perdone o se le haga de ella donación, antes al contrario, surge contra el deudor la presunción de subterfugio o perfidia y por tanto debe cesar la prescripción, para que los hombres no se sientan atraídos a diferir el pago y a quebrantar la fe, con el fin de obtener este reprobable lucro. Así, pues, dicha opinión más admitida por los autores, sólo en este cuarto caso tiene cumplimiento, mientras en los tres restantes es verdadera la opinión de Bartolo, y en ninguna parte hallarás explicado de este modo, dicho célebre artículo. Más aún, tal vez aun en este mismo cuarto caso tendría cumplimiento la opinión de Bartolo, conforme lo hemos

(1) En el citado dict. 176, lib. 1.º

homines istius lucri turpiter faciendi gratia invitentur ad differendam solutionem, fidemque violandam. Ergo solo isto quarto casu procedit opinio magis communis, reliquis autem tribus casibus vera sit opinio Bart. neque usquam ita expeditum hunc celebrem articulum invenies, sed & isto etiam quarto casu forte procederet opinio Bart. ut dixi supra c. incip. possidebas servum, & quoties mentionem facio de mala fide est intelligendum non de mala fide, sed de scientia rei, vel juris alieni, & mala fides pendet ex animo. l. penult. C. de evicti. pro nostra princ. opin. est tex. in l. alienationis verbum. ff. de verbo. signi. l. si quis diuturno, in prin. ff. si servi. ved. l. si ego. §. 1. ibi per traditionem forte, aut per patientiam. ff. de pub. in re act. §. fi. inst. de injur. juncto §. per traditionem, inst. de rerum divi.

Denique isthaec faciunt ad illum satis celebrem, & vulgatum articulum a quibusdam ex supra alleg. elaboratum. statuto cavetur, quod debitum decennio praescribatur, quaeri
9. solet an valeat, & Bart. in l. sequitur. §. si viam, ff. de usucap. tenet valere, quem sequuntur ibi Ang. Pau. & Rom. nu. 7. & Angel. in l. 1. col. pen. C. de judi. Abbas. Anto. de Butr. Cardi. Imola, & Felinus in c. fi. de praescrip. tenet Bar. in l. fi. ff. quemadmodum servitutes amittantur. Corn. consi. 176. ad evidentiam, lib. 1. Balbus, qui plures sallegat & hanc quasi communem opinionem sequitur in trac. de praescr. in 2. parte. 3. par. prin. quaes. 13. & alii, quamplures quos allegat Tiraquel. in tract. praescri. §. 1. glo. 2. ad prin. Sed longe plures allegat ibi ipsemet Andreas Tiraq. defendentes contrariam partem, ut tale statutum non valeat, tenen. Bar. in l. omnes populi. quaes. 3. prin. ff. de just. & jur Imola. nu. 20. in d. l. sequitur §. si viam, ubi ait hanc esse communem opinionem, & quod ita saepe consuluit. Ego hac de

expuesto arriba (1), y cuantas veces hago mención de la mala fe, ha de entenderse no de la mala fe, sino del conocimiento de ser ajena la cosa o el derecho, pues la mala fe depende del ánimo (1). Apoyan nuestra opinión principal varias leyes (2).

9. Finalmente, esta doctrina tiene aplicación en el siguiente artículo bastante célebre y divulgado, y propuesto por algunos autores basados en la anterior exposición: dispone un estatuto que la deuda prescriba por el trascurso de diez años, y suele preguntarse, si tal estatuto es válido. Sostiene ser válido Bartolo (4), a quien siguen, al comentar el mismo lugar, Pablo, Luis Romano (5) y Angel (6), como también el Abad, Antonio Butr., Imola y Felino (7), asimismo Corneo (8), Balbo quien cita a otros muchos y sigue esta opinión casi común (9), como otros muchos autores que alega Tiraqueau (10). Pero en el mismo lugar cita también Tiraqueau a otros autores mucho más numerosos que defienden la contraria opinión, esto es, que dicho estatuto no es válido; así lo sostienen Bartolo (11) e Imola quien dice, en el lugar abajo citado (12), ser esta opinión común y que él así lo resolvió muchas veces. Yo mismo he expuesto este punto en el tratado *de successionum creatione* (13), y en verdad la

(1) En el cap. que empieza: *possidebas servum.*

(2) Como aparece por la ley penúlt. del Código, tít *de evictionibus.*

(3) Tales son: la ley *alienationis verbum* del Digesto, tít. *de verbor. significatione;* la ley *si quis diuturno* en la introducción. Digesto, tít. *si servitus vindicetur;* la ley *si ego*, §. 1.° en las palabras *per traditionem forte, aut. per patientiam* del Digesto, tít. *de publiciana in rem actione;* el §. final de la Instituta *de injuriis*, junto con el §. *per traditionem* de la Instituta *de rerum divis.*

(4) Al comentar la ley *sequitur*, §. *si viam* del Digesto, tít. *de usucap.* y la ley final del Digesto, tít. *quemadmodum servitutes amittantur.*

(5) En el núm. 7.

(6) Lo mismo defiende al comentar la ley 1.ª, colum. penúlt. del Código, tít. *de judiciis.*

(7) En el cap. final *de praescript.*

(8) Dictamen 176 *ad evidentiam*, lib. 1.°

(9) En el tratado *de praescriptione*, en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuestión 13.ª

(10) En el tratado *de praescriptione*, §. 1.°, glosa 2.ª, al principio.

(11) Al comentar la ley *omnes populi*, cuest. 3.ª, introducción, Digesto *de just. et jure.*

(12) En el núm. 20 acerca de la citada ley *sequitur*, §. *si viam.*

(13) En la parte 1.ª §. 10, núm. 26 y en el §. 21, núm. 119 en la línea *facit quia.*

re dixi in tract. de succes. creati. in prima parte. §. 10. nu. 26. & §. 21. nu. 119. ver. facit quia, & sane prior opinio affirmativa verissima est, si intelligis quod praescribatur bona fide per decennium tale debitum, nam ut per annos triginta praescribi potest debitum personale secundum omnes, ita & per decennium, & etiam per annum poterit ex forma legis positivae. At cum mala fide per decennium praescribi non poterit, nec etiam per annos centum praescriberetur, quod intellige data ignorantia ex parte creditoris, & scientia ex parte debitoris: nam si uterque esset conscius, vel uterque ignarus, vel creditor conscius esset debiti, debitor autem ignarus, tunc praescriptio curreret, ut proxime dicebamus quia si ea lex idve statutum diceret quia passim usu venit, ut chirographa debitorum solutorum ipsimet solventes negligant bona fide, atque amittant; sicque postea iidem pessimi creditores, ac foeneratores quod semel sibi solutum fuerat iterum repetant contra omne jus, & bona fides non patitur, ut bis idem exigatur ut in reg. juris lib. 6. l. qui bis ff. de verb. obli. sicque & homines meliores simplicioresque fiunt pauperiores, & deteriores fiunt ditiores, & quia naturali rationi, & usui gentium, ac moribus consonat, ut qui per decennium, debitum quod sibi deberi non ignorabat, petere quo casu sibi solutum non erat, supersedit, is vel jus suum abiicere, vel debitori remissum, ac donatum voluerit, sicque si postea peteret jam id quod concesserat, vel abjecerat naturali ratione debitori suo quaesitum videretur (unde ab eo, qui repeteret contra jus illud naturale, & divinum tenderet, ut diximus supra cap. 1. edocentes, quidquid dictat ratio naturalis id esse juris divini, & naturalis) cum haec omnia ita sint statuimus ut nullum debitum post decennium peti possit, sed decennio praescribatur, ut sic peccandi occasio perfidis

primera opinión afirmativa es del todo verdadera, si nos referimos a que con buena fe prescribe dicha deuda por el trascurso de diez años; porque así como, según todos los autores, puede prescribir una deuda personal por el trascurso de treinta años, así también por el trascurso de diez años y aun de un solo año en virtud de la forma de la ley positiva. Por el contrario existiendo mala fe no se podrá conseguir la prescripción por el trascurso de diez años, ni aun siquiera por el de cien años, lo que se ha de entender supuesta la ignorancia por parte del acreedor y el conocimiento por parte del deudor; porque si ambos tuvieran conocimiento de la deuda, o ambos la desconocieran, o bien conociéndola el acreedor la desconociera el deudor, en tal caso correría la prescripción según acabamos últimamente de exponer. Porque si aquella ley o estatuto dijera lo siguiente: porque con frecuencia acontece que los mismos deudores descuidan de buena fe y pierden los recibos de las deudas pagadas, con lo que después los mismos perversos acreedores y prestamistas reclaman de nuevo contra todo derecho lo que ya una vez les había sido satisfecho, y no consintiendo la buena fe, el que se exija lo mismo dos veces, según consta por las reglas del derecho, libro 6 (1), con lo que los hombres más honrados y sencillos caen en mayor pobreza, y los más perversos se enriquecen; y puesto que es conforme a la razón natural y al uso de gentes y a sus costumbres el que quien se abstuvo durante diez años de reclamar una deuda, que sabía se le debía y que no se le había satisfecho, que había querido o renunciar a su derecho, o perdonarlo o hacer donación de él al deudor, y por consiguiente si después lo reclamase, parecería exigir lo que ya había concedido o abandonado y que conforme al derecho natural había adquirido ya su deudor (por lo que quien se lo reclamara iría contra aquel derecho natural y divino, conforme lo hemos expuesto anteriormente haciendo ver que cuanto dicta la razón natural es de derecho divino y natural), siendo todo esto así, decretamos que no pueda reclamarse deuda alguna después de trascurridos diez años, sino que al cabo de ellos prescriba, para quitar de este modo a los acreedores sin conciencia la ocasión de pecar, y para que los hombres sencillos no se vean privados de justa

(1) Como también en la ley *qui bis* del Digesto, tít. *de verbor. obligatione*.

creditoribus adimatur, & justa tuitio simplicibus hominibus non deficiat, certe talis lex tam longe ab iniquitate, vel a peccato peccandive occasione hominibus porrigenda abesse videretur, quod potius eam peccandi occasionem, ut sanctissima removeret.

Nam & eadem ratione licet de jure naturali, & divino sit quod semel alicui concessum ei non adimatur per concedentem dict. §. per traditionem. ibi, nihil tam naturali aequitate, l. 1. cum sequen. ibi, naturali ratione, tamen donatio inter virum & uxorem prohibetur ne deterior eorum & avarior ditior fiat, alter vero pauperior l. 1. cum sequen. ff. de donatio. inter virum & uxorem & licet juris divini & naturalis sit ne occidatur, tamen lex civilis definivit ut ad defensionem nostri corporis vel rerum nostrarum (quod plus est) occidere fas sit l. ut vim, ff. de just. & jur. cum ibi not. per Glos. & Doct. & licet jus naturae & Dei dictet festa coli, tamen jus civile ex causa id moderavit ut in l. omnes. C. de feriis & licet jus naturae suadeat ut alimenta liberis dentur l. 1. ff. de jus. & ju. in pr. inst. de jure nat. c. jus naturale. 1. dis. tamen in mille casibus permittitur a lege civili ut liberis alimenta denegentur ut plene egimus de success. creation. §. 20. per totum super authenti. novissima ibi collocata, & tandem omnia praecepta tam juris divini, quam naturalis per leges positivas ex causa non solum transgredi fas est, sed etiam transgressa reperiuntur: ut exactissime egimus per librum praecedentem fere totum, & non minus eleganter, quam utiliter disseruimus de succession. progressu in praefation. ad princip. ut sic jus canonicum positivum ex causa longe facilius transgredi a lege civili fas sit quale est id de quo agimus (admissa opinione eorum qui contendunt jure canonico prohibitum videri hoc, quae vera

defensa, ciertamente semejante ley distaría tanto de ser inicua o pecaminosa o de proporcionar a los hombres ocasión de pecar, que antes bien como ley santísima haría desaparecer aquella ocasión de pecar.

Porque por la misma razón sucede también, que aun cuando sea de derecho natural y divino que lo que una vez se ha concedido a una persona no pueda quitárselo el que se lo concedió (1), sin embargo, se prohibe la donación entre marido y mujer para evitar que el de más pobre condición o más avaro de ellos se enriquezca y el otro se empobrezca (2); y aunque sea de derecho divino y natural el precepto de no matar, sin embargo la ley civil definió el que sea lícito matar en defensa de nuestro cuerpo y lo que es más de nuestros bienes (3); y aun cuando el derecho natural y divino dicte el que se santifiquen las fiestas, sin embargo, el derecho civil, por justas causas, moderó tal precepto (4); igualmente aun cuando el derecho natural disponga que se den alimentos a los hijos (5), sin embargo existen infinidad de casos en los que la ley civil permite que se denieguen alimentos a los hijos, conforme lo hemos expuesto con toda extensión en la obra *De successionum creatione* en todo el §. 20 al comentar la Auten. *novissima* allí inserta; y finalmente no sólo es lícito trasgredir con justa causa, sino que de hecho se hallan trasgredidos por las leyes positivas todos los preceptos tanto del derecho divino, cuanto del natural, según lo hemos expuesto con el mayor cuidado en casi todo el libro precedente, y sobre lo que hemos disertado también con no menor novedad que provecho al comienzo de la introducción de la obra *De successionum progressu;* por lo que mucho más fácilmente podrá con justa causa la ley positiva trasgredir el derecho canónico positivo, cual lo es este de que aquí tratamos (admitida la opinión de aquellos autores que

(1) Conforme al citado §. *per traditionem* en las palabras *nihil tan naturali aequitate*, y a la ley 1.ª y siguientes en las palabras *naturali ratione*.

(2) Conforme a la ley 1.ª y siguientes del Digesto en el tít. *de donatione inter virum et uxorem*.

(3) Según consta por la ley *ut vim* del Digesto, tít *de justi et jure* y por lo que sobre ella notan la glosa y los doctores.

(4) Conforme a la ley *omnes* del Código, tít. *de feriis*.

(5) Como consta por la ley 1.ª del Digesto, tít. *de just. et jure;* por la introducción de la Instituta *de jure natur.* y por el cap. *jus naturae*, 1.ª dist.

non est, quia cap. vigilanti & cap. fin. de praescrip. loquuntur in rebus corporalibus non in juribus & actionibus) sed & si nominatim jure canonico praescriptio cum mala fide tam in juribus & actionibus quam in rebus corporeis vetita esset, adhuc nostrum statutum valeret, & in eo tantum quaestio maneret, utrum si quod tibi debebam post decennium a me peteres, possem dicere, obest tibi temporis cursus & sic praescriptio, & sine dubio sic excipere possem, quasi sub ea exceptione vel me jam solvisse vel debitum mihi remissum fuisse tacite vel forte expressim intelligatur & praesumatur, quae praesumptiones justissimae & verosimillimae sunt, & passim similibus in speciebus (aut in iisdem forte speciebus) factae reperiuntur post tantundem temporis ut in l. si quis diutino, in prin. supra all. d. l. si ego. §. 1. d. l. alienationis verbum, & etiam post longe brevius tempus ut in §. fi. inst. de injur. quid ergo mirum aut novum si hic eadem fiat interpretatio, & ut periculum est ne forte hac admissa interpretatione peccet debitor, ita & longe verosimilius periculum erit ne contraria interpretatione admissa, creditor peccet perfidissime, si forte quod semel exegit iterum repetat, vel quod semel expressim, aut tacite remissit aut forte abjecit & neglexit petere festinet contra rationem juris naturae & Dei de qua in dict. §. per traditionem, & d. l. 1. ff. de acqui. rer. domi.

Quinimo post tale tempus impossibile est quod debitor certo sit in mala fide, cum ipse cogitare, & possit, & debeat creditorem animum remittendi habuisse, & quod talem animum non habuerit ipse debitor certo scire non possit, nam & si id testetur creditor, & adjuret, ipse debitor potest vereri ne id poenitentia ductus varians dicat & asserat, sicque debitor in certa mala fide constitui non potest, creditor

defienden prohibir ésto el derecho canónico, opinión que no es verdadera, porque el capítulo *vigilanti* y el capítulo final *de praescriptione* tratan de cosas corporales, pero no de derechos y acciones); pero aun cuando el derecho canónico prohibiera expresamente la prescripción de mala fe, tanto refiriéndose a derechos y acciones cuanto a cosas corporales, aún sería válido nuestro estatuto; y sólo restaría en pie esta cuestión, a saber, si al reclamarme tú, después de diez años, lo que te debía, podría yo responder: tienes contra ti el trascurso del tiempo, y por tanto la prescripción, y sin duda alguna podría oponer tal excepción, como si en virtud de ella existiera la inteligencia y presunción o de que he pagado ya la deuda, o de que me ha sido perdonada tácita o aun expresamente; presunciones que son sumamente justas y verosímiles y que hallamos hechas con frecuencia en parecidos y aun tal vez en idénticos casos, una vez trascurrido igual plazo de tiempo (1), y aun un plazo mucho más reducido (2), ¿qué hay, pues, de nuevo o de extraño en que también en nuestro caso se admita la misma presunción?; y así como hay peligro en que, admitida esta interpretación, peque tal vez el deudor, así también habrá peligro y mucho más fundado en que, admitida la interpretación contraria, peque con la mayor perfidia el acreedor, si tal vez reclama de nuevo lo que ya se había hecho pagar, o si lo que una vez había ya tácita o expresamente perdonado, o tal vez había abandonado o despreciado, se apresurara a reclamarlo contra la razón de derecho natural y divino, de la que trata el citado §. *per traditionem* y la citada ley 1.ª del Digesto en el título *de acquir. rerum dominio.*

Más aún, después de trascurrido tal plazo de tiempo es imposible que el deudor se halle de cierto en mala fe, puesto que no sólo puede, sino qne debe pensar que el acreedor ha tenido la intención de perdonarle y porque el propio deudor no puede conocer de cierto que el acreedor no ha tenido tal intención; porque aun cuando así lo atestiguara y jurara el acreedor, puede temer el deudor que ésto lo afirma y sostiene movido de arrepentimiento y por haber cambiado su intención,

(1) Como consta en la ley *si quis diuturno;* en la introducción arriba citada de la ley *si ego*, §. 1.° y en la ley *alienationis verbum* también citada.

(2) Como aparece por el §. final de la Instituta *de injuriis*

autem posset si forte quod expressim, aut tacite remisisset, aut (id quod perfidius esset) quod semel exegisset iterum peteret, ergo admissa contraria interpretatione certius, & majus peccati periculum minaretur immineretque quam, nostra admissa interpretatione, pro nobis, l. alienationis verbum, ff. de verborum signification. ibi, vix est enim, l. si id quod. ff. pro dereli. ibi, quasi volente, l. si quis diuturno in princi. ff. si ser. vendi. l. si ego, §. 1. verb. patientiam, ff. de publ. in rem action. §. fina. institu. de injur. l. jam dubitari, verb. sua sponte, ff. de haere. insti.

Sicque cum opinio contraria, nec ullum aliud habeat fundamentum, nec alium scopulum intueatur, quam peccati vitandi, aut vitandi peccati occasionem, cumque per nostram, quam per contrariam opinionem id facilius, & verosimilius contingat, superest ut sententia nostra recipienda contrariaque rejicienda sit, praesertim cum ad firmitatem legum quae ex causa ab jure divino, aut naturali discedunt, quaelibet causa tolerabilis, sufficiat. ut plene per Bal. in l. non omnium. ff. de legib. & in l. de quibus, colum. 10. eod. titu. Andreas Tiraquel. de utroque retra. in praefa. numero 75. dixi. de succes. creation. §. 3. nume. 2. & §. 20. numero 292. per l. prospexit, ff. qui & a quibus l. 1. §. initium, ibi, quia moderatam hanc aetatem praetor ratus est. ubi hanc rationem Glos. appellat mirabilem, ff. de postul. quanto ergo magis ubi sunt tot tamque justae rationes ut in specie nostra. Et ita nostram opinionem tenent Bart. in l. sequitur §. suam. ff. de usucap. Idem in l. haec autem jura. ff. de servituti. urban. praedio. Host. in summa titu. de praescr. rerum immobilium. §. quae res col. 1. sentit Bal. in d. §. si quis per triginta, col. 3. Practica Papien. in forma responsionis rei conventi, in verb. praescriptio, ubi firmat hanc partem

por lo que el deudor no puede constituirse de cierto en mala fe, cosa que puede suceder con el acreedor, si tal vez reclamara de nuevo lo que expresa o tácitamente hubiera perdonado, o lo que se le hubiera ya pagado antes (lo que envolvería mucho mayor perfidia). Admitida, pues, la interpretación contraria a la nuestra, existiría y amenazaría un peligro de pecar más cierto y mayor que admitida nuestra interpretación; apoyan nuestra opinión diferentes leyes (1).

Por consiguiente, como la opinión contraria no tenga otro fundamento alguno, ni tienda a otro fin que a evitar el pecado o la ocasión de pecado, y teniendo ésto más fácil y probable cumplimiento por medio de nuestra opinión que de la contraria, síguese que nuestra opinión debe ser admitida y la contraria rechazada, principalmente siendo suficiente cualquier causa tolerable para la firmeza de las leyes que con justa causa se apartan del derecho divino o natural, según extensamente lo expone Baldo (2), Andrés Tiraqueau (3) y nosotros lo hemos expuesto en la obra *De suces. creatione* (4), al comentar la ley *prospexit* (5) y la ley 1.ª §. *initium* del Digesto, título *de postulando* en las palabras «porque el pretor juzgó moderada esta edad», razón que llama admirable la glosa; con cuánto más motivo, pues, cuando existen tantas y tan justas razones, como sucede en nuestro caso. Y así vemos que defienden nuestra opinión Bartolo (6), el Hostiense (7), Baldo (8), la Practica Papien, en la palabra *praescriptio* (9) donde sostiene que

(1) Tales son: la ley *alienationis verbum* del Digesto, tít. *de verborum significatione* en las palabras *vix est enim;* la ley *si id quod*, Digesto, tít. *pro derelicto* en las palabras *quasi volente;* la ley *si quis diuturno* en la introducción, Digesto, tít. *si servitus vindicetur;* la ley *si ego*, §. 1.°, en la palabra *patientiam*, Digesto, tít. *de public. in rem actione;* el §. final de la Instituta *de injuriis* y la ley *jam dubitari*, en las palabras *sua sponte*, Digesto *de haered. instit.*

(2) Comentando la ley *non omnium*, Digesto *de legibus* y la ley *de quibus*, colum. 10 del mismo título.

(3) En la introducción *de utroque retractatione*, núm. 75.

(4) En el § 3, núm. 2 y en el §. 20, núm. 292.

(5) Del Digesto, tít. *qui et a quibus*.

(6) Al comentar la ley *sequitur*, §. *suam*, Digesto, tít. *de usucapione* y la ley *haec autem jura*, Digesto *de servit. urbanor. praediorum.*

(7) En la *summa*, tít. *de praescript. rer. immobil.* §. *quae res*, colum. 1.

(8) En el citado §. *si quis per triginta*, colum. 3.ª y en el dict. 437, lib. 1.°

(9) *In forma responsionis rei conventi.*

communiter practicari tanquam veriorem, Marianus Socin. consi. 203. circa primum consultationis articulum, ubi firmat hanc esse communem opi. Roma. in d. §. si viam, Aegidius Bellamera in d. c. fi. nu. 6. Bald. consi. 437. lib. 1. Corn. consi. 176. ad evidentiam col. 2. & consi. 138. videtur lib. 1. Idem consil. 106. circa thema, libro. 2. Tolosana decisio. 73. Idem Corn. consi. 251. quanquam, col. 1. eod. lib. consi. 176. ubi firmat hanc esse communem, & veriorem, & usu forensi receptam, quam nos quoque receptiorem putamus, & saltem tribus casibus admittendam, nempe cum debiti gnari erant debitor & creditor, vel cum uterque id ignorabat, vel cum solus creditor sciebat, debitor autem ignorabat, praesertim cum per hoc vitentur lites in quo vertitur favor publicus etiam principaliter c. finem litibus, de dolo & contu. l. properandum. C. de judi. Alex. in l. Sejus & Auger. ff. ad l. Fal. Quarto autem casu cum debitor sciebat, creditor vero ignorabat, contraria pars tueri potest forte. Et hoc not. ad intell. l. 3. titu. 13. libro tertio ordinat. & pragma. anni. 1528. c. 157. in legibus Hispanorum.

esta opinión se admite comúnmente en la práctica como más verdadera, Mariano Socino, quien defiende ser opinión común (1), Romano (2), Gil Bellamera (3), Corneo (4), quien afirma en el dictamen 177 ser esta opinión común, más conforme a verdad y admitida en la práctica forense, opinión que nosotros juzgamos también más seguida por los autores y que debe admitirse por lo menos en los tres casos siguientes, a saber, cuando tanto el deudor como el acreedor tenían conocimiento de la deuda, o cuando ambos la desconocían, o finalmente cuando sólo la conocía el acreedor desconociéndola el deudor, sobre todo evitándose por ella los pleitos en lo que de un modo principal está interesado el bien público (5). En cuanto al cuarto caso, cuando el deudor conocía la deuda mientras el acreedor la desconocía, tal vez pueda en él defenderse la contraria opinión. Lo que has de tener presente para comprender el sentido de la ley 3, título 13, libro 3 de las ordenaciones y pragmáticas del año 1528, capítulo 157 de las leyes de España.

---

(1) En el dict. 203 *circa primum consultationis articulum.*

(2) En el citado §. *si viam.*

(3) En el citado cap. final, núm. 6.

(4) Dictamen 176 *ad evidentiam*, colum. 2.ª; dict. 138 *videtur*, lib. 1.º, dict. 106 *circa thema*, lib. 2.º; dict. 251 *in hac consultatione*, lib. 3.º y dict. 275 *quanquam*, colum. 1.ª, del mismo libro. Lo mismo consta por la decisión Tolosana 73.

(5) Según el cap. *finem litibus, de dolo et contu.* y la ley *properandum* del Código *de judiciis* y según lo defiende Alejandro en la ley *Seius et Auger*, Digesto, tít. *ad legem Falcidiam.*

CAPVT LXXVII

SUMMAE

1. *Bonam inter & malam fidem an medium esse possit, egregia quaestio.*
2. *Dubietas quoad praescribendum inducit bonam fidem.*
3. *Dubietas non inducit malam fidem, nec impedit praescriptionem, cum multis contra communem.*
4. *Credulitas sufficit ad adeundum.*
5. *Dominium difficulter probatur.*
6. *Bona aut mala fides, quoad praescribendum non admittunt medium, dubietas inculpata non differt a bona fide, quoad praescribendum, talis dubietas non impedit praescriptionem inchoari, non magis, quam inchoatam perfici, haec tria cum communi contra alteram communem.*
7. *Titulus in praescriptione an requiratur.*
8. *Furiosus & infans possunt usucapere.*
9. *Bona fides orta etiam ex injusta causa, caeteris habilibus, sufficit ad praescribendum.*
10. *Titulus in usucapionibus vel praescriptionibus an requiratur, nova traditio.*
11. *Falsum quod est, nihil est.*
12. *Bona fides ad usucapionem vel praescriptionem positive non requiritur, contra Doct.*
13. *Error juris an impediat longi temporis praescriptionem.*
14. *Error juris non impedit praescriptionem de jure civili, si sit praescriptio triginta annorum. Et quid de jure canonico?*

CAPÍTULO LXXVII

SUMARIO

¿Puede darse medio entre la buena y la mala fe?; cuestión notable. 1.

La duda, en materia de prescripción, supone buena fe. 2.

La duda no es causa de mala fe, ni impide la prescripción; con numerosos autores en contra de la común opinión. 3.

Para adir una herencia es suficiente la creencia y común opinión de haber muerto el propietario de ella. 4.

Es difícil probar el dominio. 5.

En materia de prescripción no se da medio entre la buena y la mala fe; la duda exenta de culpa no se diferencia de la buena fe en cuanto a la prescripción; tal duda ni impide el que se dé comienzo a la prescripción, como ni tampoco el que se termine la ya empezada; estos tres puntos con la opinión común contra autores que defienden la opuesta opinión también común. 6.

¿Se exige positivamente título en la prescripción? 7.

El furioso y el niño son capaces de usucapir. 8.

La buena fe nacida, aun de causa injusta, es suficiente para la prescripción, concurriendo los demás requisitos. 9.

¿Se exige título en las usucapiones o prescripciones?; nueva exposición. 10.

Lo que es falso, es como nada. 11.

No se exige positivamente la buena fe para la usucapión o prescripción, contra los doctores. 12.

¿Impide el error de derecho la prescripción de largo tiempo? 13.

El error de derecho no impide la prescripción de treinta años según el derecho civil; y ¿qué diremos atendido el derecho canónico? 14.

15. *Error juris etiam resistentis, non impedit praescriptionem triginta annorum.*
16. *Errans in jure non ideo est in mala fide, contra Doctores, & ideo praescribit annis triginta, contra eosdem.*
17. *Bonae fidei possessor quis dicatur.*
18. *Errans in jure etiam resistente praescribit annis triginta, contra Doct.*
19. *Leges resistentes an obligent nos ad peccatum, contra novissimos.*
20. *Legis resistentis transgressor an mortaliter peccet, contra Docto.*
21. *Error juris difficillimi prodest ad praescriptionem vel usucapionem ordinariam, contra Covarru. cum Metina & inter errorem juris & errorem facti nihil interesse quoad praescr. vel usucap. data paritate terminorum, contra Doct. num. 22. & 23.*
22. *Error juris omnino inculpatus an praescriptionem vel usucap. ordinariam impediat.*

1.  NTER † bonam & malam fidem medium esse magis obtinuit, aliud est enim bona fides, aliud mala fides, aliud dubietas, quae medium esse videtur inter bonam & malam fidem. Bonam fidem habere intelligitur, qui emit ab eo, quem dominum esse putabat, vel jus habere alienandi, qualis est procurator, aut tutor l. bonae fidei, ff. de verbor. significa. l. bonae fidei. §. 1. ff. de acq. rerum domi. l. qui scit, §. bonae fidei, ff. de usur. malam fidem habere dicitur is, qui recepit rem ab eo, quem dominum non esse sciebat, nec rei alienandae jus habere intelligebat c. fi. de praescr. est etiam, qui nec habeat bonam fidem, nec malam,

El error de derecho, aun siendo éste resistente, no impide la prescripción de treinta años. 15.

Quien incurre en error de derecho no está por eso en mala fe, contra algunos doctores y por tanto goza de la prescripción de treinta años, contra los mismos autores. 16.

¿Quién se dice poseedor de buena fe? 17.

Quien incurre en error de derecho, aun siendo éste resistente, goza de la prescripción de treinta años, contra algunos doctores. 18.

¿Nos obligan bajo pecado las leyes resistentes? Contra algunos contemporáneos. 19.

¿Peca mortalmente el trasgresor de una ley resistente? Contra algunos doctores. 20.

El error invencible de derecho es útil para la prescripción o usucapión ordinaria, contra Covarrubias y Medina; y dada la paridad de términos, ninguna diferencia existe en cuanto a la prescripción o usucapión entre el error de hecho y el error de derecho; contra algunos doctores. 21.

El error de derecho exento de toda culpa, ¿impide la prescripción o usucapión ordinaria? 22.

Es la opinión más seguida por los autores, existir medio entre la buena y la mala fe. Porque una cosa es la buena fe, otra la mala y otra, finalmente, la duda que parece ser medio entre la buena y la mala fe. Se considera estar en buena fe, quien compra una cosa a quien consideraba dueño de ella, o que tenía facultad para venderla, como es el procurador o tutor, según consta por varias leyes (1). Se dice estar en mala fe quien recibió una cosa de quien sabía no ser dueño de ella, o de quien comprendía no tener facultad para enajenarla (2). 1.

Pero existe también quien no se halla ni en buena ni en

(1) Tales son: la ley *bonae fidei*, Digesto, tít. de *verb. significatione;* la ley *bonae fidei*, §. 1.°, Digesto, *de acquir. rerum dominio;* la ley *qui scit*, §. *bonae fidei*, Digesto, tít. *de usuris*.

(2) Conforme al cap. final *de praescriptione*.

puta dubius & incertus, argum. text. in l. 1. §. scientiam, ff. de Tributori. & is quidem si solvit indebitum, potest repetere non secus, quam si bona fide solveret, credens se debere l. fin. C. de condi. indeb. ut sic ei assimiletur qui erraret in
2. facto, ut ibi. † Et quod dubitans nec dicatur esse in bona, nec in mala fide, in materia praescriptionis tenuerunt Glo. in l. 1. C. de acquir. possess. Glo. ff. pro soluto. in l. 2. Glo. in l. 3. §. generaliter, ff. de acqu. posses. quae communiter recepta est, ut patet ibi ex relatione Alex. & Jas. & firmat Covar. nu. 3. in c. possessor. par. 2. §. 7. de reg. jur. in 6. Unde infertur quod cum ad praescriptionem inchoandam ab ipso initio desideretur bona fides, l. uni. C. de usucap. trans. l. cum haeres, ff. de diver. & temp. praescr. sane qui emeret rem ab eo, quem dominum esse dubitaret, eam usucapere non posset, quasi is non videretur bonam fidem habere. Verum, cum ex post facto interventus dubietatis non soleat impedire usucapionem coeptam, quinimo nec etiam interventus malae fidei inspecto civili jure, tunc licet is qui emerat bona fide ab eo, quem dominum esse putabat, postea ante completam usucapionem incipiat dubitare, an ille dominus esset necne, non impedietur usucapionem perficere, utrumque communiter tenent Doctores, quales sunt Bart. in l. naturaliter, col. 7. ff. de usucap. Abbas, in cap. fi. num. 38. de praescr. ubi Imola. & Felinus, nume. 9. Balbus de praescrip. 2. par. 3. par. principa. quaest. 2. Sylvester in verb. praescriptio. 1. §. 3. & hanc esse communem sententiam firmant Felin. & Bald. ubi supra, quod & firmat Covar. ubi supra sequitur & ait esse communem opinionem Joan. Annibal in l. naturaliter, nu. 117. ff. de usucap. quod omnes intelligunt procedere de jure canonico, non secus quam de jure civili.

mala fe, por ejemplo, el que está dudoso o incierto (1). Este si hubiera pagado algo indebidamente, puede exigir se le devuelva, del mismo modo que si creyendo que lo debía, lo hubiera pagado de buena fe (2), por lo que se asimila a aquel que hubiera incurrido en error de hecho, como aparece en el lugar abajo citado. Y que en materia de prescripciones quien tiene duda, no se considere hallarse ni en buena ni en mala fe, lo sostienen las glosas en varias leyes (3) en especial en la ley 3.ª, §. *generaliter* del Digesto *de acquir. posses.* que admiten comúnmente los autores, según aparece por la relación que en tal lugar hacen Alejandro y Jasón y lo sostiene también Covarrubias (4). De donde se infiere que siendo necesario para dar comienzo a la prescripción el que desde el principio exista buena fe (5), ciertamente quien comprara una cosa a otra persona con duda de que ésta fuera el dueño de la cosa comprada, no podría conseguir la prescripción, como si se le considerara no hallarse en buena fe. Pero como ni la existencia de duda con posterioridad al hecho *[ex postfacto]*, más aún, ni la existencia de mala fe, atendido el derecho civil, suela impedir la usucapión una vez comenzada, en tal caso quien hubiera comprado una cosa a quien consideraba dueño de ella, aunque empezara después a dudar, antes de que la usucapión se terminase, sobre si tal persona era o no el dueño, nada le impediría el terminar la usucapión. Ambas afirmaciones las defienden comúnmente los doctores, tales como Bartolo (6), el Abad (7), Balbo (8) y Silvestre; y que ésta sea opinión común lo sostienen Felino y Baldo (9), como también Covarrubias (10) y finalmente Juan 2.

(1) Según lo prueba el texto de la ley 1.ª, §. *scientiam* del Digesto, tít. *de tributoria actione*.

(2) Conforme consta por la ley final del Código, tít. *de condictione indebiti*.

(3) En la ley 1.ª del Código, tít. *de acquir. possessione* y en la ley 2.ª del Digesto, tít. *pro soluto*.

(4) En el núm. 3 en el cap. *possessor*, part. 2.ª, §. 7 *de regulis juris in VI*.

(5) Conforme a la ley única del Código en el tít. *de usucap. transformanda*, y a la ley *cum haeres*, Digesto, *de diver. et tempor. praescript*.

(6) Comentando la ley *naturaliter*, col. 7, Digesto, *de usucapione*.

(7) En el cap. final, núm. 39 *de praescriptione*, donde defienden lo mismo Imola y Felino.

(8) *De praescriptione* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 2.ª

(9) *Ubi supra*.

(10) *Ubi supra*.

Sunt etiam qui putent quod haec dubietas incidens post inchoatam praescriptionem vitiet & impediat usucapionem expleri, ita tenet, fluctuans tamen, Abb. in d. cap. fin. de praescrip. Adrianus in 4. sententiarum, in tract. de rest. c. de praescriptione.

3. Sunt per contrarium, qui tentant defendere, ut talis dubietas etiam ab ipso initio non impediat usucapionem, quasi dubius in hac materia similis sit ei, qui securus, & incautus, rem quam emebat, venditoris esse putaret, ita pungit Abb. num. 39. in d. cap. fin. sentit Glo. in d. c. fi. & in c. vigilanti, de praescript. facit optime c. si virgo. 34. q. 2. facit optime d. capi. fin. ibi, in nulla temporis parte scientiam rei habeat alienae, facit l. qui scit. §. bonae fidei. ff. de usur. facit optime c. vigilanti, de praescript. ibi, ne malae fidei possessores simus, nihil enim aliud tam ad inchoandam. quam ad perficiendam praescriptionem desiderat, quam ut absit mala fides, ut autem adsit bona fides, scilicet ut emens certo & indubitanter putasset venditorem fuisse dominum, id ibi non exigitur, nec sine summa imprudentia exigi poterat, quid enim juvaret nimia & improbanda credulitas accipientis? pro hac opinione facit §. si a pupillo, in l. 2. ff. pro emptore, in primo resp. ubi qui emit a pupillo quem puberem putabat usucapit, nec exigimus quod adhibuerit exactam diligentiam ut nosceret pupillusne esset an pubes, facit & ille text. in 2. resp, ubi emens a furioso, quem sanae mentis putabat, praescribit, nec similiter exactam diligentiam ibi exigimus, per quam appareret eum justissimam causam errandi habuisse, unde in terminis illius tex. forte erat dubius: facit l. quod vulgo, ff. pro emp. & l. fi. ff. pro suo, ubi qui accepit rem a servo vel procuratore, cui

Aníbal (1), entendiendo todos los autores que esta doctrina tiene cumplimiento no menos atendido el derecho canónico que el derecho civil.

No faltan tampoco quienes opinen que al sobrevenir la duda después de empezada la prescripción, se vicie ésta, con lo que se impide el que la usucapión se complete; así lo sostienen, aunque entre vacilaciones, el Abad (2) y Adriano (3).

Existen por el contrario quienes pretenden defender que semejante duda aun existiendo desde el principio mismo, no impide la usucapión, como si en esta materia el que tiene duda se equiparase a aquel que confiado e incauto creyese pertenecer al vendedor la cosa que compraba; así lo insinúa el Abad (4), y lo defiende la glosa en el citado capítulo final (5); muy del caso es el citado capítulo en las palabras: «en ninguna parte de tiempo tenga conocimiento de ser ajena la cosa», como también la ley *qui scit* (6), y especialmente el capítulo *vigilanti* (7) en las palabras: «para que no seamos poseedores de mala fe»; porque ninguna otra cosa exige, tanto para empezar la prescripción, cuanto para terminarla, sino el que no exista mala fe; pero ni allí se exige ni sin suma imprudencia podría exigirse, el que existiera buena fe, ésto es que el comprador juzgara cierta y seguramente que el vendedor era el dueño; porque ¿qué ventaja traería esa excesiva y reprensible credulidad del comprador? Corrobora esta opinión el §. *si a pupillo* (8), en la primera respuesta, donde consta que quien compró alguna cosa a un pupilo a quien juzgaba ya púbero, puede usucapirla, ni le exigimos que haya empleado una diligencia perfecta para conocer si era pupilo o púbero; lo mismo prueba dicho texto en la respuesta segunda, donde consta que quien comprare algo a un furioso, a quien consideraba hombre de sano juicio,

3.

(1) Al comentar la ley *naturaliter*, núm. 117, Digesto, tít. *de usucapione*.

(2) En el citado cap. final *de praescript*.

(3) *In 3.° sententiarum* en el tratado *de restit.*, cap. *de praescript*.

(4) En el núm. 39 sobre el citado cap. final.

(5) Como también en el cap. *vigilanti, de praescript*. Muy a propósito es también el cap. *si virgo*, 34, cuest. 2.ª

(6) En el §. *bonae fidei*, Digesto, *de usuris*.

(7) *De praescriptione*.

(8) En la ley 2.ª del Dig., tít. *pro emptore*.

mandaverat ut eam emeret, praescribit, licet ille revera non emisset, sed tantum se emisse mentitus fuit, de quo mendacio potuit ipse dominus cogitare, facit per totum ff. & C. pro haere. & c. is qui in jus, de reg. jur. in 6. ubi sufficit ignorantia ejus, qui alteri successit, & tamen potuit cogitare, an defunctus alienum possideret, facit, ff. de acq. haer. l. cum quidam, §. quod dicitur. Secundo ubi ad acquirendam haereditatem & adeundam sufficit vehemens opinio adeuntis, qui eum, cujus de haereditate agebatur, mortuum putabat: facit ff. pro dereli. l. 2. & 3. ubi quis rem pro derelicto habuit, eamque alter, qui appraehendit, mihi vendidit, & praescribo, licet nullam justam causam haberem putandi dominum fuisse eum, qui talem rem pro derelicto habuerat, quinimo res suas jactare & abjicere pauci solent l. cum de

4. indebito, ff. de proba. † Undecimo facit l. 2. §. interdum, ff. de vulga. ibi, improbum esse eum qui solicitus esset de haereditate viventis l. nec nos, in verb. perperam. C. de capt. ubi haereditatem viventis qui adierit turpissime fecisse videtur, & tamen, ut eam adire possit, sufficit rumor, & multorum opinio existimantium illum, cujus de haereditate agebatur, mortuum esse d. §. quod dicitur, cum ibi not. per Glo. Bar. & alios communiter. Sic & in proposito, ut quis intelligatur esse in bona fide, sufficit rem cepisse ab eo, qui putabatur dominus, vel reputabatur jus habuisse tradendi, licet is qui accepit non injuste dubitare posset, an ille dominus esset.

5. † Duodecimo facit ratio viva & peremptoria, nam, ut notatur communiter per Glo. & Doct. in leg. cum res, & in l. sive possidetis C. de proba. dominium directum in rebus soli vix alio modo probari potest, quam per

consigue la prescripción, sin que en tal caso le exijamos tampoco una diligencia completa por la que apareciera que había tenido justísima causa de errar, siendo así que según los términos de dicho texto tal vez abrigaba duda. Hace también al caso la ley *quod vulgo* y la ley final del título *pro suo*, ambas del Digesto, por las que aparece que quien recibe de su siervo o procurador una cosa que éste debía comprar por su mandato, consigue la prescripción de ella, aun cuando aquél no la hubiera comprado en realidad, sino que le hubiera dicho mintiendo que la había comprado, a pesar de que el señor pudo muy bien pensar en aquella mentira. Es también del caso todo el título *pro haerede* del Código y Digesto y el capítulo *is qui in jus, de regulis juris in VI*, donde vemos ser suficiente la ignorancia de aquel que hereda a otro, aun cuando pudo pensar si sería ajeno lo que el difunto poseía (1). Prueba lo mismo en segundo lugar el que para adquirir y adir una herencia es suficiente la sospecha vehemente del heredero que juzgaba muerto a aquel de cuya herencia se trataba; lo que confirma también la ley 2.ª y 3.ª *pro derelicto* del Digesto, donde aparece que si una persona abandonó el dominio de una cosa, que luego me vendió otra persona que se apoderó de ella, consigo la prescripción, aun cuando no tuviera causa alguna justa de pensar haber sido dueño de ella aquel que la abandonó *pro derelicto* y más aún cuando pocos suelen abandonar y renunciar a las cosas propias (2). Undécimo, confirma lo mismo la ley 2.ª, §. *interdum* del Digesto (3) donde se dice ser perverso quien estuviese solícito de la herencia de quien aún vive, y la ley *nec nos* (4), por la que aparece haber obrado perversamente quien hubiera adido la herencia de una persona viva, y sin embargo es suficiente para poder adirla, el rumor y la opinión de muchos que juzguen haber ya muerto aquel de cuya herencia se trata (5). Del mismo modo también en nuestro asunto, para que se considere hallarse una persona en buena fe, es 4.

(1) Lo mismo se confirma por la ley *cum quidam*, §. *quod dicitur* del Digesto, tít. *de acquir. haeredit.*

(2) Según la ley *cum de indebito*, Digesto, tít. *de probat.*

(3) En el tít. *de vulgari et pupillari sustitutione.*

(4) En la palabra *perperam* del Código, tít *de captivis*

(5) Conforme al citado §. *quod dicitur* y a lo que sobre él nota la glosa, Bartolo y comúnmente otros autores.

praescriptionem, nam si fundum emi abs te, tuque a Titio, Titiusque a Sempronio, Semproniusque a Maevio, adhuc etiam per interventum istorum omnium totque titulorum, non sequitur nec probatur necessario me hujus rei dominium assecutum fuisse, quod non apparet, nec potest apparere, an tu, qui mihi vendidisti, esses dominus, nec apparet, quod Titius qui tibi prius vendiderat, dominus fuisset, nec apparet, quod Sempronius, qui Titio vendiderat, fuisset dominus, & sic de singulis, itaque etiamsi per mille manus fundus ille ambulaverit, milliesque de persona in personam titulo venditionis, vel alio legitimo migraverit, adhuc tamen non apparet quisnam hujus fundi dominus factus fuerit, nisi per interventum longi temporis contingat praescriptio, ideoque scite dixit consultus in d. l. 1. ff. de usuc. usucapionem necessariam, ut dominia rerum non semper in incerto essent, & in l. fi. ff. pro suo dixit consultus usucapionem necessariam, ne lites, propter dominiorum, & jurium incertitudinem essent immortales, & in l. cum notissimi, in fi. princ. C. de praescr. 30. ann. dixit Justi. praescriptionem esse necessariam, ne possessores rerum immortali paene timore tenerentur, cum per solam usucapionem dominium rerum immobilium probari possit, ut diximus, nam mobilium rerum usucapionem rarissime contingere testatur Justinianus in §. furtivae, ad finem inst. de usucap. per rationem ibi expressam. Item jurium & actionum contingebat praescriptio, jure civili sine bona fide, l. sicut, l. omnes, l. cum notissimi. cum l. seq. C. de praescrip. 30. annorum, tunc sic, si cum agimus de praescriptione, quae contingit cum bona fide, non est curandum de praescriptione rerum nobilium, quia illa raro contingit, non quoque de praescriptione jurium & actionum, quia illa de jure civili non exigebat bonam fidem,

suficiente que haya recibido la cosa de quien era tenido como dueño de ella, o de quien se creía haber tenido derecho de entregarla, aun cuando quien la recibió hubiera podido sin injusticia dudar si sería aquél el verdadero dueño.

Confirma lo mismo en duodécimo lugar una razón de viva actualidad y definitiva, porque según lo notan comúnmente la glosa y los doctores al comentar algunas leyes (1), el dominio directo sobre las cosas inmuebles, apenas puede probarse de otro modo que por la prescripción. Porque si yo te compré un fundo, y tú se lo compraste a Ticio, Ticio a Sempronio y Sempronio a Mevio, todavía aun con la existencia de todos estos títulos tan numerosos, no se sigue, ni necesariamente se prueba, que yo haya adquirido el dominio de dicho inmueble, puesto que ni aparece ni puede aparecer, si tú, que me lo vendiste, eras el dueño, ni consta que Ticio, que te lo vendió a ti antes, fuera el dueño, como tampoco Sempronio que lo vendió a Ticio y del mismo modo en cuanto a cada uno de los restantes. Así pues, aunque aquel fundo hubiera pasado por innumerables manos, y aunque innumerables veces se hubiera traspasado de una persona a otra a título de venta o de otro cualquier título legítimo, no consta, sin embargo, quién haya sido verdadero dueño de tal fundo, a no ser que tenga lugar la prescripción por el trascurso de largo tiempo; por lo que sabiamente afirmó el jurisconsulto (2), ser necesaria la usucapión para que no fuera siempre incierta la propiedad de las cosas, y en la ley final del título *pro suo* del Digesto dice el jurisconsulto, ser necesaria la usucapión para que no fueran eternos los pleitos a causa de la incertidumbre de las propiedades y derechos, y en la ley *cum notissimi* (3), afirmó Justiniano ser necesaria la prescripción para que los poseedores de las cosas no se vieran atormentados por un temor casi continuo, puesto que el dominio de las cosas inmuebles sólo puede probarse por la usucapión, según lo hemos expuesto, mientras que la prescripción de cosas muebles muy rara vez tiene lugar conforme lo atestigua Justiniano (4), fundado en la 5.

(1) La ley *cum res*, y la ley *sive possidetis* del Código, tít. *de probationibus*.
(2) En la citada ley 1.ª del Digesto, tít. *de usucapione*.
(3) Al final de la introd., Código, tít. *de praescript. triginta annorum*.
(4) Al final del §. *furtivae*, Instituta, *de usucapione*.

ergo superest ut haec inspectio bonae, vel malae fidei, adhibenda sit regulariter & potissimum in praescriptione rerum immobilium, quarum dominium vix probari potest aliter quam per praescriptionem, ergo si abs te emi, mihique tradidisti fundum, non juste desinam dubitare an me dominum feceris, & an illius fundi dominus esses, quandoquidem te dominum fuisse mihi vix constare poterat, & haec dubitatio non modo justa & probabilis, verum etiam necessaria nobis videtur, & tam frequens & ordinaria, ut vix ullum emptorem alicujus fundi reperias, qui modo improvidus & inexpertus non sit, qui hujus timoris & dubietatis ratione sibi non provideat exigens longas cautiones de evictione, idoneosque fidejussores, hypothecas, poenarum promissiones, & similia, ergo scite & provide jura nostra tam canonica quam civilia, quae retulimus ad interventum bonae fidei in praescriptione nihil aliud desiderant, praeter abscessum malae fidei, & scientiam rei alienae indubitatam, aut verosimilem abesse, animadvertentes solam dubitationem emptoris nihil obesse, cum is non posset non dubitare, an qui ei tradebat dominus esset, haec ergo dubietas, ut impedimento sit praescription etiam inchoandae tantum quidem obest (1), quod ausim verissimum dicere, nunquam inchoari talem praescriptionem absque interventu talis dubietatis, nisi cum emptor esset rerum humanarum ignarus, improvidus, iners, inexpertus, incautus: & hanc nostram opinionem tenuerunt Glo. in d. c. vigilanti. & d. c. fi. de praes. & alii supra relati, sequitur & dicit communiter approbatam, Abb. in d. c. fin. n. 40. Unde deducuntur tres conclusiones secundum hanc communem opinionem, quam sequimur, contra superiorem communem

(1) Ambas ediciones veneciana y de Francfort dicen *obest*, pero debe ser *abest* y así lo traducimos.

razón allí expuesta. Por otra parte, la prescripción de derechos y acciones tenía lugar, atendido el derecho civil, aun sin buena fe, conforme consta por varias leyes (1). Ahora bien, si cuando tratamos de la prescripción que tiene lugar con buena fe, no hemos de tener en cuenta la prescripción de las cosas muebles, puesto que rara vez se da, ni tampoco la prescripción de derechos y acciones, puesto que ésta no exigía la buena fe, atendido el derecho civil, síguese que esta consideración de la buena o mala fe, se ha de aplicar regularmente y de un modo principal a la prescripción de las cosas inmuebles, cuyo dominio difícilmente puede probarse de otro modo que por la prescripción; luego si te compré un fundo y tú me lo entregaste, no dejaré de dudar con justicia, si me habrás hecho dueño de él, y si tú mismo eras dueño de dicho fundo, puesto que difícilmente podía constarme el que fuera propiedad tuya. Y esta duda, no sólo nos parece justa y fundada, sino hasta necesaria; y tan frecuente y aun ordinaria es, que difícilmente encontrarás algún comprador de un fundo, que no procure, a menos que sea un inconsiderado y falto de experiencia, el ponerse a cubierto, en razón de este temor y duda, exigiendo copiosas cauciones sobre evicción, seguros fiadores, hipotecas, sujeción a penas y cosas semejantes; así pues, sabia y prudentemente, nuestras leyes tanto canónicas cuanto civiles, que arriba hemos citado, ninguna otra cosa exigen en cuanto a la existencia de la buena fe en la prescripción, sino la ausencia de la mala fe, y el que no exista un conocimiento cierto o verosímil de ser ajena la cosa, advirtiendo que la sola duda del comprador no es ningún obstáculo, ya que el dudar sobre si el que le entregó la cosa sería el dueño de la misma, no puede dejar de asaltar al comprador. Y tan lejos está en verdad, el que semejante duda sirva de impedimento ni aun siquiera para dar comienzo a la prescripción, que aun me atrevería a decir con toda verdad, que jamás se da principio a tal prescripción sin la existencia de dicha duda, fuera del caso en que

(1) Tales son: la ley *sicut*, la ley *omnes*, la ley *cum notissimi* y otras siguientes, todas del Código, en el tít. *de praescript. triginta annorum.*

6. conclusionem, quam improbamus. † Prima quod in materia praescriptionis non est medium inter bonam & malam fidem. Secunda quod dubietas nihil (si non sit supina) differt a bona fide. Tertia quod etiam talis dubietas non impedit (si non sit supina) inchoari talem praescriptionem etiam de jure canonico, non magis, quam inchoatam perfici, quod sane significavit, d. c. fin. de praescript. ibi, in nulla temporis parte rei habeat scientiam alienae, sensus enim & proprietas illorum verborum est, quod ad praescriptionem sufficit abesse scientiam rei alienae in prima temporis parte, non secus quam in media, vel ultima parte temporis, sicque sufficere & prodesse ad inchoandam praescriptionem non secus, quam ad prosequendam, vel perficiendam. Denique si talis dubietas praescriptionem inchoari non impedit, apparet quod longe minus impediet inchoatam continuari, ut est communis opinio supra relata, licet quidam contrarium putaverint; pro nobis in principali conclusione est, l. pe. C. de evictio. ubi apparet bonam aut malam fidem (cum sit res pendens ex animo nostro, qui soli Deo certo potest esse cognitus) solis indiciis posse probari, non etiam aliis dilucidis probationibus, unde hac in re ad verosimilia necessario recurrendum est, & ad juris decisiones huic rei proximiores, proxima autem est ea de qua in d. l. cum quidam. §. quod dicitur. 1. & 2. ff. de acqui. haer. cum ibi not. nam si is cujus de successione agitur revera mortuus est, si id certo scio, ejus haereditatem adire possum, si ignoro, non possum, quod si dubius sum, tunc si habui justam causam credendi eum defunctum fuisse, adire possum, sin minus non possum, ut ibi, sic & in proposito emi fundum revera alienum, si certo scio alienum esse praescribere non possum, si vendentis esse putavi, praescribere possum, & in re dubia

el comprador sea un hombre desconocedor de las cosas humanas, inconsiderado, inhábil, inexperto e incauto; y esta nuestra opinión la han defendido la glosa (1) y muchos autores arriba citados, como también la admite teniéndola por opinión comúnmente aprobada, el Abad (2).

De lo expuesto y conforme a esta común opinión que defendemos, se deducen tres conclusiones, contrarias a la conclusión común arriba consignada y que nosotros rechazamos. Primera, que en materia de prescripción no existe 6.
medio entre la buena y la mala fe. Segunda, que la duda (a no ser que sea supina), en nada se diferencia de la buena fe. Tercera, que aun semejante duda (si no es supina) no impide, ni aun conforme al derecho canónico, el dar comienzo a dicha prescripción, del mismo modo que no impediría el terminarla una vez empezada, que es lo que dió a entender el citado capítulo final *de praescriptione*, en las palabras «y en ninguna parte de tiempo tenga conocimiento de ser ajena la cosa». Porque el sentido y propiedad de aquellas palabras es, que para la prescripción es suficiente el que no se tenga conocimiento de ser ajena la cosa, en la primera parte de tiempo, como tampoco en el tiempo medio, ni en la última parte del mismo, y por tanto ser esto suficiente y conducente para dar comienzo a la prescripción, no menos que para continuarla y terminarla. Finalmente, si semejante duda no impide el dar comienzo a la prescripción, es manifiesto que mucho menos impedirá el continuarla una vez empezada, como lo sostiene la común opinión antes expuesta, aun cuando otros hayan defendido lo contrario. En apoyo de nuestra conclusión principal existe el texto de la ley penúltima del Código, título *de evictione*, donde aparece que la buena o mala fe sólo puede probarse por indicios y no por otras pruebas manifiestas (ya que dependiendo como depende de nuestro ánimo, sólo de Dios puede ser conocida con certeza); por lo que en este punto es necesario recurrir a la verosimilitud y a las decisiones del derecho más parecidas a este asunto. Una de ellas es la que se contiene en la citada ley *cum quidam* (3), porque en el caso de dicha ley, si aquel de

(1) En el citado cap. *vigilanti* y en el cap. final *de praescriptione*.

(2) En el citado cap. final, núm. 40.

(3) En el §. *quod dicitur* 1 y 2 del Digesto, tít. *de acquir. haereditate* con lo en ella notado.

ita putare licuit: fallit quando evidenter contrarium debui existimare, arg. d. §. quod dicitur, quando autem haec evidentia adsit alibi dixi.

7. Denique cum ad praescriptionem desiderentur possessio, l. 3. l. sine possessione. ff. de usuca. c. sine possessione, de reg. jur. in 6. l. uni. C. de usuc. transf. & titulus, l. clavibus. ff. de contrahen. empt. d. l. uni. & in prin. inst. de usucapio. is sane titulus & verus esse regulariter debet, non tantum putativus, l. quod vulgo, ff. pro emptore l. fin. cum Glo. C. pro donato, l. Celsus. ff. de usucapion. & legitimus esse debet non autem illegitimus, aut legibus non approbatus, l. quemadmodum. C. de agri. & censi. lib. 11. c. qui contra jura, de regulis juris, in 6. l. 2. C. pro emptore, l. 2. §. si a pupillo. ff. pro emp. l. nunquam l. si fur. §. 1. ff. de usucap. c. 2. §. contractus, de rebus eccle. non ali. l. fin. §. sin autem sub conditione. C. com. de lega. sicque is titulus positive desideratur, non enim sufficit quod absit titulus improbatus, ut in exemplis supra memoratis, hoc est contentis in d. ll. sed oportet quod positive interveniat titulus, ut patet in l. prima, secunda, tertia. & per totum ff. pro suo, nam si quis rem nullo jure, aut titulo occupasset, is sane non praescriberet etiamsi tam incautus ignarusque esset, ut putaret id sibi (contra legem nullo. C. de rei vend.) licere, & contra leges omnes supra allegatas, quia regulariter non sufficit ad praescribendam rem abscessus mali & improbi tituli, sed tituli legitimi interventus positive desideratur, ut dd. ll. nisi in casibus specialibus, ut in l. si quis diuturno. ff. si servitus vendi. & similibus.

Non sic est in bona fide, quae, ut satis jam docuimus,

cuya herencia se trata, había muerto realmente y ésto lo sé de cierto, puedo adir su herencia, si lo ignoro, no puedo; si tengo duda en tal caso cuando he tenido justa causa para creer que ha muerto, puedo adir la herencia, de otra suerte no puedo, según allí consta; del mismo modo, pues, en nuestro asunto, he comprado un fundo que realmente no era del vendedor; si yo sé de cierto que era de otro, no puedo conseguir la prescripción; si juzgué que era del vendedor puedo conseguirla, y en caso de duda es lícito juzgar esto último; exceptúase el caso en que evidentemente debí haber juzgado lo contrario (1); cuándo exista esta evidencia, lo hemos expuesto ya en otro lugar.

7. Finalmente, como para la prescripción sean necesarios, la posesión (2) y el título (3), este último debe por una parte ser por regla general verdadero, no sólo tenido por tal (4), y por otra debe ser legítimo, de ningún modo ilegítimo o no aprobado por las leyes (5); por consiguiente, este título se requiere positivamente, porque no es suficiente el que no exista título reprobado, como sucede en los ejemplos arriba citados, es decir, contenidos en dichas leyes, sino que es preciso que positivamente intervenga título, como consta por la 1.ª, 2.ª y 3.ª ley y por todo el título *pro suo* del Digesto; porque si una persona hubiera ocupado una cosa sin derecho o título alguno, no conseguiría en verdad la prescripción, aun cuando fuera tan incauto e ignorante, que juzgara serle ésto lícito (contra lo que dispone la ley *nullo* del Código, título *de reivindicatione* y contra todas las leyes arriba citadas); porque ordinariamente no es suficiente, para

(1) Pruébalo el citado §. *quod dicitur.*

(2) Según consta por la ley 3.ª y por la ley *sine possessione* del Digesto, de *usucapione;* por el cap. *sine possessione, de reg. juris in VI,* y por la ley única del Código en el título *de usuc. transfor.*

(3) Según consta por la ley *clavibus,* Digesto, *de contraend. emptione,* por la citada ley única y por la introd. de la Instituta, *de usucapione.*

(4) Según la ley *quod vulgo,* Digesto, *pro emptore,* la ley final con su glosa, Código, *pro donato* y la ley *Celsus* del Digesto, tít. *de usucapione.*

(5) Como consta por la ley *quemadmodum* del Código, tít. *de agric. et censitis,* lib. 11; por el cap. *qui contra jura, de regulis juris in VI;* por la ley 2.ª, Código, *pro emptore;* por la ley 2.ª, §. *si a pupillo,* Digesto, *pro emptore;* por la ley *nunquam* y por la ley *si fur,* §. 1.º, Digesto, tít. *de usucapione;* por el cap. 2, §. *contractus, de rebus eccles. non alienandis* y por la ley final, §. *sin autem sub conditione,* Código, tít. *commu. de legatis.*

positive non desideratur ad praescriptionem, sed tantum remotive, non enim necesse est quod adsit bona fides, sed quod absit mala fides, abscessus enim malae fidei, & remotio sufficit, non autem bonae fidei interventus desideratur, ideoque dicitur per jureconsultum in definitione usucapionis, quod causatur non a bona fide, sed a possessionis
8. continuatione d. l. 3. ff. de usuca. † unde in quibus casibus ignoranti acquiri possessio potest, & in quibus casibus furioso, & infanti citra ipsorum factum acquiritur, in eisdem si titulus positive revera interfuit legitimus, contingere potest praescriptio, licet non sit hic, ullus bonae fidei interventus, aut fidei malae positive, cum ignorans non possit habere bonam, aut malam fidem.

Unde infertur veram esse illam communem opinionem,
9. quae habet † quod in praescriptionibus, quae titulum non desiderant, tunc bona fides orta etiam ex injusta causa, & fatua, puta ex juris errore, sufficeret ad praescribendum, ita tenent Antonius, & Imola in ca. pervenit, per tex. ibi de empt. & venditio. Idem Imola in c. de quarta, & in c. fi. col. 4. de praescrip. Paul. consi. 44. libr. 2. col. pe. Bar. in l. Celsus, col. pen. ubi etiam Paul. ff. de usucap. Bal. in rep. dic. l. Celsus. quaest. 4. est communis secundum Rubeum consi. 75. tenet Feli. in d. c. de quarta. nu. 34. Covar. in c. possessor. de regu. jur. par. 2. §. 7. unde cum praesc. 30. annorum non requirat titulum. l. sicut, & l. omnes. c. de praescri. 30. annorum. talis bona fides in ea sufficiet. Nec obest. l. cum quaerebatur. C. unde vi. nam resp. ut per Bar. ibi in fine vide. c. 81. nu. 8. quod intelligitur procedere in errore juris, neque assistentis neque resistentis, non sic si jus expressim resisteret tali titulo, tunc enim cessaret praescriptio ex defectu bonae fidei, quasi tunc,

lograr la prescripción de una cosa, la ausencia de título malo y reprobado, sino que positivamente se exige la existencia de un título legítimo (1), a excepción de algunos casos especiales, como el que consta en la ley *si quis diuturno* del Digesto, título *si servitus vindicetur* y en otras parecidas leyes.

Pero ésto no sucede tratándose de la buena fe, la cual, según suficientemente lo hemos expuesto, no se exige para la prescripción positivamente, sino sólo privativamente, puesto que no es necesario que exista buena fe, sino sólo que no exista mala fe, ya que es suficiente la carencia y remoción de la mala fe, sin que se exija la existencia de la buena fe. Por esta razón afirma el jurisconsulto en la definición de la usucapión, que ésta se produce no por la buena fe, sino por la duración de la posesión (2). Por consiguiente, en todos 8.
aquellos casos en que una persona sin saberlo ella, puede adquirir la posesión de una cosa, o en aquellos otros en que puede adquirirla un furioso o infante sin acto alguno suyo, en todos ellos si intervino positiva y realmente título legítimo, puede tener lugar la prescripción, aun cuando no intervenga positivamente buena ni mala fe, puesto que ni la una ni la otra pueden existir en la persona que no tiene conocimiento de ello.

De lo dicho se infiere ser verdadera la opinión, que sos- 9.
tiene, que en aquellas prescripciones en las que no se exige título, es suficiente para conseguir la prescripción, la buena fe aun procediendo ésta de causa injusta y necia como por ejemplo, de error de derecho; así lo defienden Antonio e Imola (3), como también Pablo (4), Bartolo (5), Baldo (6), y es opinión común según Rubeo (7), Felino (8) y Covarrubias (9); por consiguiente, como la prescripción de treinta

(1) Como consta por las citadas leyes.

(2) Según la ley 3.ª del Digesto, tít. *de usucapione*.

(3) Sobre el texto del cap. *pervenit, de empt. et venditione;* e Imola también en el cap. *de quarta* y en el cap. final, colum. 4.ª, *de praescript.*

(4) Dictamen 44, lib. 2, colum. penúltima.

(5) Comentando la ley *Celsus*, colum. penúlt., Digesto, *de usucapione*, en la que defiende lo mismo Pablo de Castro.

(6) En la citada ley *Celsus*, cuest. 4.ª

(7) Dictamen 75.

(8) En el citado cap. *de quarta*, núm. 34.

(9) En el cap. *possessor, de regulis juris*, part. 2.ª, §. 7.

vel non videatur bona fides interfuisse, vel ea videatur illegitima, & sic insufficiens, propterea quod profecta sit ab errore juris, quod illi contractui resistebat. ita Bar. in l. sed & si lege. §. scire. ff. de peti. haered. Covarr. ubi supra. versi. haec autem secunda. Balb. in d. l. Celsus. 4. notab. post Abbatem in d. c. de quarta, col. 2. Felin. in d. c. de quarta, nu. 26. Pau. in d. l. Celsus, Bar. in d. l. quemadmodum, Cardin. in clemen. 1. §. si quis, quaest. 11. de reb. ecclesi. & sic haec est communis opi. unde ex mente ipsorum si pupillus sine tutoris auctoritate rem alienam mihi venderet, licet revera eandem ipsius pupilli esse crediderim, non solum cessat praescriptio ordinaria juxta l. 2. §. si a pupillo. ff. pro emp. sed etiam praescriptio 30. annorum, quasi ex tam fatuo juris errore praesumatur mala fides. Unde omnes hi quos modo citavimus similiter consentiunt talem bonam fidem non prodesse in praescriptione longi temporis, quia ea titulum requirit, & quando titulus requiritur, bona fides profecta ex titulo & causa fatua non sufficeret, nec haberetur pro bona fide.

Verum licet passim omnes plerique nostrorum ubique veluti notissimum juris elementum tradere soleant, ad praescriptionem, vel usucapionem ordinariam tria requisita desiderari, scilicet possessio, titulus, & bona fides, per jura supra allegata, tamen nos sumus in hac sententia, & opinione,
10. † ut sola diutina possessio continuata, & justa sifficiat ad talem praescriptionem, vel usucapionem, creandam, perficiendam, consummandam, ut non obscure ab jureconsulto docemur, qui dum usucapionis deffinitionem traderet in l. 3. ff. de usuca. ait, usucapio est acquisitio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti; perpende nullum verbum posuisse de titulo, aut bona fide, sed tantum

años no exija título alguno (1), en ella será suficiente dicha buena fe. Ni ofrece dificultad alguna la ley *cum quaerebatur* (2), porque respondemos, como lo hace Bartolo en dicho lugar (3), que se entiende tener cumplimiento dicha ley cuando se trata de error de derecho ni favorable ni opuesto, pero no en el caso en que la ley expresamente se opusiera a tal título, porque entonces cesaría la prescripción por faltar la buena fe, como si entonces se considerara o no haber intervenido buena fe, o que ésta era ilegítima y por lo tanto insuficiente, por haber nacido de error de derecho que se oponía a tal contrato; así lo defienden Bartolo (4), Covarrubias (5), Balbo (6), Felino (7), Pablo [de Castro] (8), y el Cardenal (9), siendo por tanto opinión común. Por consiguiente, conforme al sentir de estos autores, si un pupilo me vendiera sin autoridad del tutor una cosa ajena, aun cuando yo creyera que realmente era suya, no sólamente cesaría la prescripción ordinaria, conforme a la ley 2.ª, §. *si a pupillo* del Digesto, título *pro emptore*, sino también la prescripción de treinta años, como si en razón de un error de derecho tan fatuo, se presumiera la mala fe. Por lo que todos aquellos autores, que acabamos de citar, son de unánime parecer, que semejante buena fe nada aprovecharía en la prescripción de largo tiempo, porque ésta exige título y cuando el título es necesario, la buena fe que se funda en un título o causa necia, no sería suficiente, ni aun se tendría por buena fe.

Mas aunque a cada paso acostumbre la mayor parte de nuestros autores a proponer por doquier como un elemento divulgadísimo en derecho, que para la prescripción o usucapión ordinaria se exigen tres requisitos, a saber: la posesión, el título y la buena fe, fundándose en las leyes arriba citadas;

(1) Según consta por la ley *sicut* y por la ley *omnes* del Código, tít. *de praescr. triginta annorum.*

(2) Del Código, tít. *unde vi.*

(3) Vid., cap. 81, núm. 8.

(4) En la ley *sed etsi lege*, §. *scire*, Digesto, tít. *de pet. haered.*

(5) *Ubi supra*, versic. *haec autem secunda.*

(6) En la citada ley *Celsus*, 4 *notab.* siguiendo el sentir del Abad en el cap. *de quarta*, col. 2.ª

(7) En el citado cap. *de quarta*, núm. 26.

(8) En la citada ley *Celsus*, como también Bartolo en la ley *quemadmodum.*

(9) En la clem. 1.ª, §. *si quis*, cuest. 11, *de rebus eccles.*

de continua & diutina possessione, nam tituli interventus positive necessarius non est, patet quia si procuratori, vel servo mandavi, ut agrum emerent mihi, hique se emisse mentiti, mihi agrum ipsum tradiderunt, eum potero usucapere non secus, quam si revera titulus verus interfuisset. & tamen hic nullus titulus interfuit, licet titulum interfuisse putarem, tex. in l. quod vulgo. ff. pro empt. & ff. pro legato. & l. fi. & l. ff. de usuca. l. non solum. §. quod vulgo, versic. idem hic, & l. fi. ff. pro suo, licet enim regulariter pro emptore possidere nequeat qui non emit, & pro legato nequeat possidere is cui legatum non fuit, l. 2. & 3. ff. pro legato d. l. fi. ff. pro suo d. l. quod vulgo, & d. l. non solum, §. quod vulgo d. l. pro legato, & d. l. fi. ff. pro legato. tamen id verum est, nisi justam causam habuit existimandi sibi legatum fuisse, ut dd. legibus: justam autem causam id existimandi habuisse videtur is, cui testamento legatum relictum fuit quod postea fuit codicillis ademptum. d. l. pro legato, & d. l. fi. ff. pro legato, vel si nunciatum fuit legatario septem testes affuisse in testamento, cum pauciores interfuissent glo. in d. l. fi. vel sibi nuntiatum fuit testamentum fuisse a testibus sigillatum, cum non fuisset, secundum d. glo. vel solemne erat testamentum, sed postea apparuit injustum fuisse praeteritione sui haeredis, ut d. Gloss. in omnibus his casibus, & similibus in d. Glo. adnotatis defectus tituli non nocet quando, qui praescribit habuit justam causam putandi se jure possidere, titulumque possidendi habere.

Itaque aut fuit justa causa existimandi, aut fuit injusta, aut fuit media; si fuit justa procedit usucapio, ut dd. legibus, maxime in dict. l. pro legato, ibi subest justa causa, & d. l. fi. ff. pro legato, dic. l. quod vulgo ibi; si nullam justam

nosotros, sin embargo, persistimos en este sentir y opinión, que para crear, realizar y consumar tal prescripción o usucapión es suficiente la sola posesión continuada por largo tiempo, siempre que sea justa, como con bastante claridad nos lo da a conocer el jurisconsulto, quien al proponer la definición de la usucapión (1), dice, que la usucapión es la adquisición de dominio por la continuación de la posesión por el tiempo señalado por la ley. Donde has de notar que ni una sola palabra hace constar acerca del título o la buena fe, sino sólamente acerca de la posesión continua y por largo tiempo. Porque no es positivamente necesaria la existencia de título; lo que es manifiesto, porque si di mandato a mi procurador o siervo para que me compraran una finca y ellos diciéndome mentirosamente que la habían comprado, me entregaron dicha finca, podré conseguir la usucapión, del mismo modo que si efectivamente hubiera existido título verdadero, y sin embargo ningún título intervino aquí, aun cuando yo creyera que había intervenido, lo que se confirma por varias leyes (2). Porque si bien por regla general, no puede poseer una cosa *pro emptore* quien no la ha comprado, ni pueda poseer a título de *pro legato* aquel a quien no se hizo tal legado, según consta por varias leyes (3), sin embargo, ésto es verdad, siempre que no exista causa justa para juzgar haberle sido hecho aquel legado, conforme a dichas leyes. Ahora bien, se considera haber tenido justa causa para juzgar así, aquel a quien en el testamento se le dejó un legado que después se le quitó por medio de codicilos (4); o si se le comunicó al legatario haber intervenido siete testigos en el testamento, cuando en realidad fué menor el número (5), o si se le comunicó haber sido el testamento sellado por los testigos, cuando en realidad no lo fué (6), o bien si era un testamento solemne, pero que después apare- 10.

(1) En la ley 3.ª del Digesto, tít. *de usucapione.*

(2) Tales son: la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro emptore* y *pro legato;* la ley *pro legato* y final del Digesto en el tít *de usucapione;* la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, línea *idem hic* y la ley final del tít. *pro suo* del Digesto.

(3) Por las leyes 2.ª y 3.ª del Digesto, tít. *pro legato;* por la citada ley final del Digesto, tít. *pro suo;* por la ley *quod vulgo;* por la ley *non solum*, §. *quod vulgo;* por la ley *pro legato* y final del Digesto en el tít. *pro legato.*

(4) Según la ley *pro legato* y final del Digesto, tít. *pro legato.*

(5) Conforme a la glosa en la citada ley final.

(6) Según dicha glosa.

causam d. l. non solum. §. quod vulgo, ibi si nullam justam causam, quod si interfuit causa injusta, fatua, & supina, sive ille procederet ex errore facti, cessaret usucapio. l. 2. & 3. ff. pro legato, sive etiam ex errore juris. l. nunquam in usucapionibus. ff. de usucap. l. si fur, §. 1. eod. tit. quod si nec nimis justa fuit errandi causa, nec nimis injusta, sed media, puta quod fuit tolerabilis; adhuc continget usucapio. d. l. fi. ff. pro suo, ibi, tolerabilis error. similis distinctio fit inter culpam latam, levem, & levissiman. in gl. §. praeterea ubi per Doct. inst. quib. mo. re contrah. obligatio. quae omnia maxima ex parte pendent ex arbitrio, & prudenti judicis aestimatione, et censura.

Stat ergo ex sola possessionis diuturnae continuatione contingere usucapionem ordinariam, nisi per interventum malae fidei excludatur, aut impediatur. Horum ratio est, quia ut per traditionem quaeritur rerum dominium, quando dominus rem suam tradebat eo amnio, ut a se, & dominium abscederet, & in accipientem transvolaret, §. per traditionem, inst. de rerum divi. l. traditionibus. C. de pact. ita quoque per traditionem factam, & acceptam eo amnio, ut dominium a tradente in accipientem migraret transfertur dominium, non statim, sed post longam continuamque possessionem quando tradens dominus non erat, nec jus transferendi dominium habebat, licet accipiens existimaret quod habebat jus, ff. de contrah. emp. & cum olim dominium ex naturali possessione coepisset. l. 1. in prin. ff. de acqui. pos. quod in rebus quae ad alium jure dominii pertinent contingere non potest, nisi per domini concessionem l. nunquam nuda. ff. de acqui. rerum domonio. d. l. traditionibus. l. id quod nostrum. ff. de reg. jur. hoc limitatur nisi adsit usucapio, ut si possessioni accedat, & causa posidendi tolerabilis, & non

ció injusto por la omisión de uno de los herederos; en todos estos y parecidos casos, señalados en dicha glosa, la carencia de título no perjudica, cuando el que consigue la prescripción, tuvo causa justa para juzgar que poseía con derecho y que tenía título para tal posesión.

Así pues, la causa de juzgar ésto o bien fué justa o fué injusta o fué media; si fué justa tiene lugar la usucapión, conforme a las citadas leyes (1); si intervino causa injusta, fatua o supina, cesaría la usucapión, tanto si aquélla procedía de error de hecho (2), como también de error de derecho (3); mas si la causa de error no fué ni demasiado justa, ni demasiado injusta, sino media porque era tolerable por ejemplo, aun en este caso tendría lugar la usucapión (4); parecida distinción se establece entre culpa lata, leve y levísima en la glosa del §. *praeterea* de la Instituta *quibus modis re contr. obligatio.* por los doctores que la comentan; todo lo cual depende en su mayor parte del arbitrio y prudente apreciación y criterio del juez.

Queda, pues, en pie que por la sola continuación de la posesión durante largo tiempo tiene lugar la usucapión ordinaria, a no ser que la excluya e impida la existencia de mala fe. La razón de estas afirmaciones, es la siguiente: porque así como por la tradición se adquiere la propiedad de las cosas, cuando el dueño entregaba una cosa suya con el ánimo de que la propiedad se apartara de él y pasara al que recibía dicha cosa (5), así también por medio de la tradición hecha y recibida con intención de que el dominio pasara del que entregaba la cosa al que la recibía, se trasfiere en realidad el dominio, no inmediatamente, sino después de larga y no interrumpida posesión, cuando el que entregaba la cosa no era el dueño de ella, ni tenía derecho de trasferir su dominio,

(1) Y principalmente conforme a la ley *pro legato*, en las palabras «si existe causa justa»; a la citada ley final del Digesto, tít. *pro legato;* a la ley *quod vulgo*, en las palabras «si ninguna causa justa, etc.» y a la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, en las palabras *si nullam justam causam.*

(2) Según las leyes 2.ª y 3.ª del Digesto, tít. *pro legato.*

(3) Conforme a la ley *nunquam in usucapionibus*, Digesto, tít. *de usucapione* y a la ley *si fur*, §. 1.º, del mismo título.

(4) Conforme a la citada ley final del Digesto, tít. *pro suo*, en las palabras «error tolerable».

(5) Conforme al §. *per traditionem*, Instituta, *de rerum divis.* y a la ley *traditionibus*, Código, tít. *de pactis.*

injusta, & temporis diuturnitas, isthaec tantundem importent, et juvant ad acquisitionem dominii, quantum ipsius domini concessio, per rationes, quae referuntur a jureconsultis in l. 1. ff. de usucap. & in l fi. ff. pro suo, & l. cum notissimi. ad prin. C. de praescri. 30. annorum, ergo licet regulariter ad dominii translationem titulus exigatur. d. l. nunquam nuda. d. §. per traditionem d. l. id quod nostrum, tamen id procedet quando agitur ut transferatur dominium sine temporis intervallo, sed per solam ipsam traditionem, quale est cum dominus rem tradit. At cum quaeritur an post longam temporis possessionisque continuationem dominium quaeri possit citra tituli interventum, tunc fit indubitatum posse per leges, & rationes memoratas. Nam tunc tituli accessus, interventus non exigitur, nisi ad justificationem possessionis, cum enim, ut diximus, haec diuturna possessio, vel justa esse debeat, vel saltem non injusta, a communiter accidentibus, ac plerumque titulum, & causam justam possidendi exigimus, ne injuste & perperam possidentibus tale compendium contingat, per quod ad delinquendum invitentur: sicque titulus in praescriptione non est necessarius propter se, sed propter aliud, ad justificandam. s. possessionem: unde in quibus casibus sine titulo justa possessio inveniri potest, in illis usucapio sine titulo procedit. d. l. quod vulgo ff. pro emp. de l. non solum. §. quod vulgo, ff. de usucap. d. l.
11. pro legato. d. l. fi. ff. pro legato. In quibus juribus, † & in d. l. fi. pro suo titulus erat vel falsus, vel inutilis, illegitimus, vel etiam tantum putativus, & sic nullus, ut §. fi. inst. quib. mo. testam. infirm. plene per Tiraquel. dum late in tract. retract. lignarier. §. 1. glo. 20. nu. 11 probat quod falsus denarius non est denarius; falsus testis, non est testis; falsum instrumentum, non est instrumentum; falsus judex,

aun cuando el que la recibía juzgara que tenía el derecho y potestad para trasferir la propiedad (1); y habiendo tenido origen primitivamente el dominio en la posesión natural (2), lo que no puede realizarse tratándose de cosas que pertenecen a otro por derecho de propiedad, sino por concesión del dueño (3), con todo admite esta excepción, fuera del caso en que exista la usucapión; de suerte que si se une a la posesión una causa tolerable y no injusta de poseer, junto con el largo trascurso de tiempo, estas cosas tienen tanto poder y conducen tanto a la adquisición de la propiedad, cuanto la concesión misma del dominio, por las razones que exponen los jurisconsultos en varias leyes (4); por consiguiente, aunque regularmente se requiera título para trasferir el dominio (5), sin embargo, ésto tiene lugar cuando se trata de trasferir el dominio sin trascurso de tiempo, por la sola tradición, como cuando el dueño entrega una cosa suya. Mas cuando se pregunta, si después de una dilatada continuación de tiempo y posesión puede adquirirse el dominio sin la intervención de título, entonces es manifiesto ser posible, por las leyes y razones expuestas. Porque entonces la existencia e intervención del título se exige sólamente para justificar la posesión. Porque debiendo ser, según hemos expuesto, esta posesión de largo tiempo o justa o por lo menos no injusta, exigimos la existencia de título y causa justa de poseer fundados en lo que comúnmente y casi siempre sucede, para evitar que los poseedores injustos y perversos tengan a mano este camino abreviado por el que se sientan atraídos a delinquir. Por lo tanto, en la prescripción no es el título necesario por sí mismo, sino por causa de otra cosa, es decir, para justificar la posesión. Por lo tanto, en los casos en que sin título aparece justa la posesión, en ellos tiene lugar la usuca-

(1) Según la ley *clavibus* del Digesto, tít. *de contrahenda emptione*.

(2) Conforme a la ley 1.ª en la introd., Digesto, tít. *de acquir. possessione*.

(3) Según la ley *nunquam nuda*, Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio* y según la ley *traditionibus* y la ley *id quod nostrum*, Digesto, tít. *de regulis juris*.

(4) Tales son: la ley 1.ª del Digesto, tít. *de usucapione;* la ley final del Digesto, tít. *pro suo;* la ley *cum notissimi* en la introd., Código, *de praescript. triginta annorum*.

(5) Según la citada ley *nunquam nuda;* el §. *per traditionem* también citado y la ley *id quod nostrum*.

non est judex; falsus modius, non est modius, & similia, nam falsum quod est, nihil, est, & nos alibi diximus. in lib. 2. §. 17. nume. 65. de success. crea.

Item bona fides non desideratur positive, sed sufficit quod privative, negativeque absit mala fides, quod contingit cum datur ignorantia rei alienae d. c. fi. de praescrip. d. c. si virgo. d. c. vigilanti, bonus tex. ff. de publi. l. traditionem, in verbo sciens. juncto verb. ignorasse, ubi sensus est quoad usucapionem, vel quoad publicianam actionem concedendam, vel denegandam malae fidei possessorem intelligi, qui sciat rem esse alienam, & per contrarium bonae fidei possessorem qui alienam ignorat, nec dubium est quin in hac materia, & similibus dubius ignoranti exequetur. l. fi. C. de cond. indebi. si sit tolerabilis, & non injusta dubietas. d. l. fi. ff. pro suo cum aliis supra allegatis. Sit ergo fixum indubitatumque praeceptum, ut bonae fidei interventus positive ad praescriptionem non desideretur necessario, sed quod malae fidei abscessus, ac defectus sufficit, & quod similiter titulus non est necessarius, licet plerumque & prout plurimum utilis sit ad certiorem possessionis justificationem, & ita sunt intelligenda jura quae in hac materia loquuntur de titulo, aut bona fide.

Quid enim juvat dicere bonam fidem positive intervenire debere in usucapienda re etiam a principio, cum ut ostendimus nullus, modo providus, & prudens, seu expertus rerum, possit non dubitare an tradentis esset res illa jure dominii, an non, cum tradentis fuisse rem illam certo scire vix ullus possit, ergo etiamsi ipse possessor qui usucapere contendit fateatur hac in re dubitasse se tempore primo, quo sibi res tradebatur, & quo usucapio inchoabatur, adhuc non desinet usucapere, si ex causa non nimis injusta, sed tolerabili

pión sin título, según se deduce de varias leyes (1), en las cuales, como también en la ley final del Digesto título *pro suo*, el título era o falso o inútil, ilegítimo o aun sólamente putativo y por tanto nulo, conforme consta por el §. final de 11.
la Instituta *quibus modis test. infirmetur* y según lo expone extensamente Tiraqueau (2), al probar que un denario falso no es denario; que un testigo falso no es testigo; que un instrumento falso no es instrumento; que un juez falso no es juez, ni un modio falso es modio y cosas semejantes; porque lo que es falso, es nada, conforme lo hemos expuesto también nosotros en otro lugar (3).

Del mismo modo, tampoco se exige positivamente la buena fe, sino que es suficiente privativa y negativamente la ausencia de mala fe, lo que sucede cuando se ignora ser ajena la cosa, como consta principalmente por el texto de la ley *traditionem* (4), en las palabras *sciens* e *ignorasse* cuyo sentido es que tratándose de conceder o denegar la usucapión o la acción publiciana, se entiende poseedor de mala fe aquel que conoce ser ajena la cosa, y por el contrario poseedor de buena fe quien ignora ser ajena; ni cabe la menor duda de que en esta materia y en otras semejantes, se equiparan el que duda y el que ignora (5), siempre que la duda sea tolerable y no injusta (6). Quede, pues, asentada como regla firme y cierta que para la prescripción no se exige necesariamente la existencia positiva de buena fe, sino que es suficiente la ausencia y falta de mala fe, del mismo modo que no es necesario el título, aun cuando muchas veces y aun como norma general sea útil para una más segura justificación de la posesión; y en tal sentido deben interpretarse las leyes que en esta materia tratan del título o de la buena fe.

Porque, ¿a qué conduce el afirmar que en la usucapión

(1) Tales son: la ley *quod vulgo*, Digesto, *pro emptore;* la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, *de usucapione;* la ley *pro legato*, y la ley final del Digesto, tít. *pro legato*.

(2) En el tratado *de retractat. lignarier*, §. 1.°, glos. 20, núm. 11.

(3) *De success. creatione*, lib. 2, §. 17, núm. 65.

(4) Del Digesto, tít. *de publiciana;* consta también por el cap. final *de praescriptione*, por el cap. *si virgo* y por el cap. *vigilanti*.

(5) Según el cap. final del Código, tít. *de condit. indebiti*.

(6) Conforme a la ley final del Digesto, tít. *pro suo*, con otras arriba citadas.

rem accepit, quod si per contrarium firmasset se certo scisse, firmissimeque se securum, & incautum existimasse, rem traditam fuisse tradentis, adhuc non continget usucapio, si causam ita existimandi habuit injustam & intolerabilem. ergo ejus assertioni, declarationi cum minime standum sit, & veritas hujus rei in rerum natura incerta sit, ut apud solum Deum satis certa esse possit, superest ut illud solum sit inspiciendum, utrum ille initio rem acceperit ex causa tolerabili, an ex intolerabili, justa, an injusta, ut si justa & tolerabilis sit, prosit ad usucapionem, sive ipse ut prudens provides, & expertus dubitasset de jure tradentis, sive ut ignarus, & supinus, ac incautus animo suo nihil conceperit suspectionis, aut dubitationis, ne aut incuria prosit, aut diligentia, & providentia noceat; confirmatur, nam aut emptor certo sciebat rem esse vendentis, & tradentis, & illico fit dominus, sicque cessat praescriptio. l. sequitur. § lana. ff. de usucap. aut certo sciebat esse alienam, & nullo tempore praescribit. c. fi. de praescri. c. possessor, de reg. jur. aut neutrum certo sciebat, sed dubius erat & locus est praescriptioni. Ergo nullo alio casu praescriptioni locus est, nisi cum emptor de vero dominio incertus est.

12. Hinc † primum infertur veram non esse opinionem Barto. quem ibi reliqui simpliciter sequuntur in l. sed & si lege, §. scire, ff. de peti. haere. dum ait ad usucapionem bonae fidei interventum desiderari etiam positive, quod suspectum sane est, cum ut jam ediximus, etiamsi is, qui accepit, animo suo ab ipso initio traditionis dubitare coepisset de jure tradentis, adhuc usucapere posset, non secus, quam si securus & incautus nihil mali suspicaretur. Cum enim mera accipientis ignoratio rei alienae sufficiat, ignorantia autem

de una cosa debe intervenir positivamente, aun desde el principio, la buena fe, cuando según hemos demostrado, nadie hay, si es previsor, y prudente o con experiencia de las cosas, que pueda dejar de dudar, si aquella cosa pertenecía o no con derecho de propiedad al que se la entregaba, ya que casi es imposible que nadie pueda conocer con certeza haber pertenecido la cosa a éste?; luego aun cuando el mismo poseedor, que pretende la usucapión, confiese haber dudado sobre ésto desde el primer momento en que se le hacía entrega de la cosa y en que daba comienzo la usucapión, no dejará con todo de conseguir la usucapión, si recibió la cosa con causa no demasiado injusta sino tolerable. Mas si, por el contrario, sostuviera haber conocido con certeza y haber juzgado con la mayor firmeza, seguridad y sin el menor recelo que la cosa entregada era propiedad de quien la entregaba, no tendría con todo lugar la usucapión, si la causa de juzgar así, era injusta o intolerable. Así pues, no debiendo atenernos de ningún modo a su testimonio y declaración, y por otra parte siendo incierta en la naturaleza de las cosas la verdad en este asunto, ya que sólo a Dios puede constarle con toda certeza, síguese que sólamente hemos de atenernos a ésto, a si recibió la cosa desde el principio con causa tolerable, o por el contrario intolerable; justa o más bien injusta; de suerte que si fué justa y tolerable le sea útil para la usucapión tanto en el caso en que como hombre prudente, previsor y experimentado, hubiera dudado acerca del derecho de quien le entregaba la cosa, como en el caso en que ignorante, descuidado e incauto no hubiera abrigado en su ánimo la menor sospecha o duda, para que ni la incuria sea provechosa, ni por el contrario la diligencia y prudencia perjudicial. Lo que se confirma también por este otro caso: porque el comprador de una cosa o sabía de cierto que ésta era propiedad de quien la vendía y entregaba, con lo que al punto se hace dueño de ella, cesando por tanto la prescripción (1), o sabía de cierto que no era propiedad del vendedor y entonces no consigue la prescripción de la misma en tiempo alguno (2), o no le constaba con certeza ninguna de ambas cosas, sino que se hallaba dudoso, y

(1) Conforme a la ley *sequitur*, §. *lana*, Digesto, *de usucapione*.
(2) Según el cap. final *de praescript.* y el cap. *possessor, de regulis juris*

nihil sit positive, sed sit denegatio, privatio scientiae, superest ut talis bona fides non possit videri positive desiderari, quod Bar. sequitur Covar. in c. possessor. par. 2. §. 7. de reg. jur. in 6.

13. Hinc † etiam patebit an vera sit illa communis opinio supra relata, quae habet in praescriptione ordinaria, quae titulum desiderat, errantem in jure circa hunc titulum, vel causam possidendi, non juvari, nec bonam fidem profectam ab illa ignorantia non laudabili sibi prodesse quidquam non magis, quam si legalium traditionum gnarus, & conscius esset, perque hoc malam fidem haberet, veluti si ex testamento, quod uno tantum teste nitebatur, rem mihi legatam accepi bona fide, quia tale testamentum etiam cum uno tantum teste valere putabam, vel non erat a testibus sigillatum, & id non obesse ejus validitati, & firmitati putabam, vel ademptum erat legatum in codicillis, quod non obesse putabam, existimans semel testamento datum non posse codicillis adimi. His enim casibus, & similibus vera est communis opi. quae usucapionem cessare edocuit in usucapione ordinaria, quae praeter diuturnae possessionis continuationem, desiderat justam causam possidendi, vel saltem tolerabilem, ut ll. supra allegatis. Causa enim descendens ab errore juris, non justa, non tolerabilis videtur, ut dd. legibus, tum ne juris ignarus melioris sit conditionis, quam jure peritus contra l. leges sacratissimae, de legibus, & ff. de origine juris l. 2. §. pe. ante medi. tum quod legum traditiones justissimae sunt, & praesumuntur. l. 1. ff. de just. & jur. l. 1. & 2. ff. de legib. c. erit autem lex 4. dist. plene per Tiraquel. de utroque retract. in praefatione, nu. 75. cum enim lex justissime statuerit propter vitandas falsitates ne quidquam

entonces es posible la prescripción. Luego en ningún otro caso es posible la prescripción, sino cuando el comprador está incierto acerca del verdadero dominio.

12. De aquí se infiere en primer lugar no ser verdadera la opinión de Bartolo, cuyo parecer siguen sin reparo alguno los demás autores (1), cuando afirma que para la usucapión se exige la existencia aun positiva de buena fe; doctrina en verdad sospechosa, puesto que, según hemos ya dicho, aun cuando desde el principio en que se le entregó la cosa, hubiera empezado a dudar en su ánimo el que la recibió sobre el derecho de quien se la entregaba, todavía podría conseguir la usucapión, del mismo modo que si confiado y con la mayor seguridad nada malo hubiera sospechado. Porque siendo suficiente en quien recibe la cosa, la mera ignorancia de ser ésta ajena, y no siendo la ignorancia algo positivo, sino pura negación y privación de conocimiento, síguese que no puede considerarse positivamente necesaria dicha buena fe, según lo defienden Bartolo y Covarrubias (2).

13. De lo dicho se colegirá en segundo lugar, si se ha de tener por verdadera la opinión común arriba expuesta, que sostiene que en la prescripción ordinaria que exige título, al que incurre en error de derecho acerca de tal título o causa de poseer no se le ayuda, como tampoco le aprovecha nada la buena fe nacida de aquella ignorancia no recomendable, del mismo modo que si fuera sabedor y conocedor de las disposiciones legales y por ese conocimiento se hallara en mala fe; como por ejemplo, si recibí de buena fe un legado en un testamento en el que intervino un solo testigo, por juzgar que dicho testamento era válido aun con ese solo testigo, o si el testamento no estaba sellado por los testigos, creyendo yo que ésto no perjudicaba su validez y firmeza, o si se me había despojado de aquel legado en los codicilos y juzgaba que ésto no era obstáculo por creer que no podía quitarse en los codicilos lo que una vez se había otorgado en el testamento. En todos estos y parecidos casos es verdadera la opinión común que sostiene que tratándose de usucapión ordinaria no tiene ésta lugar, porque exige además de una posesión continua por mucho tiempo, una causa justa o por

(1) Al comentar la ley *sed etsi lege*, §. *scire*, Digesto, *de pet. haered.*
(2) En el cap. *possessor*, part. 2.ª, §. 7, *de regul. juris* in 6.º

aliquis ex testamento minus solemni capere possit. l. fi. C. de fidiecom. §. fi. inst. de fidei. haere. iniquum esset, ut res aliena tali testamento relicta, a me per interventum usucapionis acquiri posset, cum etiam si testator dominus ejus rei foret, ex tali testamento per traditionem ipsam non acquireretur. l. nunquam nuda, ff. de acquir. rerum dominio, sicque obstat regula l. clavibus, ff. de contrah. em.

14. Infertur etiam † an vera sit ea communis opi. quam supra retulimus, quae habet, quod talis error juris utcunque illaudabilis non impediret praescriptionem 30. annorum per l. sicut. l. omnes. l. cum notissimi. C. de praescr. 30. annorum, quia ibi justus titulus, & causa non desideratur. quinimo sola continuatio possessionis tricennalis, etiamsi justa non sit, vel justa ex causa profecta, sufficit de per se quasi ipsum tempus longissimum pro justa causa sit, quod verissimum est de jure civili, nec per hoc eo jure inspecto melioris conditionis est juris ignarus, quam juris peritus: nam & si is juris peritus foret, & per hoc malam fidem praesumptam haberet, adhuc quidem de jure civili usucapio 30. annorum procederet, ut dd. ll.

Quid autem de jure canonico? & ad hoc idem, ut dato eo juris errore contingat usucapio, secundum eandem communem opi. quae tamen non procederet in eo, qui esset juris peritus, & haberet ab initio possessionis scientiam rei alienae, & sic isto casu de jure canonico melioris conditionis erit juris ignarus quam juris peritus: nam si ponas legatum mihi testamento relictum, quod postea fuit codicillis ademptum quod ipse non ignorabam, sed putabam non posse codicillis adimi, sicque mihi traditum 30 annis possedi certe praescribam tam de jure civili, quam canonico, quia longissimum

lo menos tolerable de poseer, conforme consta por las leyes arriba citadas. Porque el título que procede de un error de derecho no parece justo ni tolerable, según dichas leyes, tanto para que no sea de mejor condición el desconocedor del derecho que el versado en el mismo (1), cuanto porque las disposiciones de las leyes son y se presumen justísimas(2); porque habiendo dispuesto con la mayor justicia la ley, para evitar falsedades, que nadie pueda percibir cosa alguna en virtud de un testamento falto de formalidades (3), sería injusto el que pudiera adquirir por medio de la usucapión una cosa ajena que se me hubiera dejado en dicho testamento, cuando, aun siendo el testador verdadero dueño de dicha cosa no podría adquirirla en virtud de tal testamento y aun por la entrega misma de ella (4); y por tanto, se opone la regla contenida en la ley *clavibus*, Digesto, *de contrahenda emptione*.

14. Infiérese también si se ha de tener por verdadera aquella común opinión que arriba hemos expuesto, que sostiene que tal error de derecho aun no siendo en modo alguno merecedor de alabanza, no impediría la prescripción de treinta años, por lo que disponen las leyes *sicut*, *omnes* y *cum notissimi* del Código, título *de praescriptione XXX annorum*, ya que en ellas no se exige título y causa justa; más aún, la sola posesión continuada durante treinta años, aun cuando no sea justa, ni proceda de causa justa, es de suyo suficiente, como si el mismo dilatadísimo tiempo fuera ya justa causa, cosa que es verdad en absoluto atendido el derecho civil, sin que por ésto y conforme a tal derecho sea de mejor condición el que desconoce el derecho que el jurisperito; porque aun cuando este último fuera versado en derecho y por ésto pudiera estar en mala fe presunta, a pesar de ello aún tendría lugar la prescripción de treinta años conforme al derecho civil, según consta por dichas leyes.

---

(1) Contra lo que dispone la ley *leges sacratissimae*, tít. *de legibus* y la ley 2.ª, § penúlt., tít. *de origine juris*, ambas del Digesto.

(2) Según la ley 1.ª del Digesto, tít. *de just. et jure;* las leyes 1.ª y 2.ª, Digesto, tít. *de legibus:* el cap. *erit autem lex*, dist. 4.ª y conforme lo expone extensamente Tiraqueau *de utroque retract.* en la introducción, núm. 75.

(3) Conforme a la ley final del Código *de fideic.* y al § final de la Instituta *de fidei. haered.*

(4) Según la ley *nunquam nuda*, Digesto, *de acquir. rerum dominio*,

tempus pro justa causa, & titulo est. At si juris peritus forem, sicque scirem quod ademptum fuerat, perinde esse, ac si nec datum revera foret, sicque me alienum possidere, tunc sane & si de jure civili adhuc praescribere possem, ut dd. ll. quia longissimum tempus pro causa & titulo est, tamen non potero praescribere de jure canonico, quia scientia rei alienae non potuit purgari eo jure inspecto per interventum longissimi temporis, quinimo tantum abest, ut purgetur, quod potius vitium illud malae fidei eo jure inspecto videtur augeri, & ratio diferentiae inter jus canonicum & civile ea est, quod jure civili per interventum longissimi temporis vitium scientiae rei alienae vel purgatur, vel toleratur, sed de jure canonico tantum abest ut videatur purgari vel tolerari, quod potius videtur augeri, ergo inter jus canonicum & civile nulla diferentia erit quando eram in bona fide profecta ex errorre juris, sive simus in usucapione ordinaria, sive etiam in usucapione 30 annorum vel quadraginta, quod si eram in mala fide similiter non est differentia in usucapione ordinaria, quia utroque jure cessat, sed in usucap. 30. vel 40. annorum est differentia quia procedebat de jure civili, non sic de jure canonico.

Sed an tale jus civile sit in hoc correctum? & quidem in quibusdam casibus correctum videri potest, in quibusdam vero non utique, secundum distinctionem quam supra tradidimus in c. incip. actio personalis. Nam si ponas legatum mihi testamento relictum postea fuisse codicillis ademptum, cujus rei conscii eramus in jure & in facto tan legatarius quam haeres, & nihilominus hanc rem legatam cepi, & triginta annis possedi, sciente & patiente haerede; tunc, si ipse haeres vel alter de voluntate ipsius tradidit, non usucapiam, sed ab initio dominus videor factus, l. cujus per

Mas ¿qué solución daremos, atendido el derecho canónico? Afirmaremos lo mismo; que supuesto tal error de derecho tendría lugar la usucapión conforme a la misma común opinión; la que, sin embargo, no tendría cumplimiento si se tratara de una persona versada en el derecho y que desde el comienzo de la posesión tuviera conocimiento de que aquella cosa era ajena y, por consiguiente, en este caso y según el derecho canónico sería de mejor condición el ignorante que el versado en derecho. Porque supongamos que se me hubiera dejado un legado en un testamento, legado que después se me quitó en los codicilos, cosa que yo no ignoraba, pero creyendo que en los codicilos no podía quitárseme y que habiéndoseme entregado lo poseí durante treinta años, en este caso conseguiré la prescripción tanto atendido el derecho civil, como el canónico, porque tan dilatadísimo tiempo hace las veces de causa y título justo. Pero si fuera versado en derecho, y como tal conociera que lo que se había quitado era lo mismo que si jamás se hubiera concedido en realidad y por tanto que estaba en posesión de una cosa ajena, en tal caso aun cuando podría todavía conseguir la prescripción atendido el derecho civil, según consta por dichas leyes, ya que el dilatadísimo tiempo hace las veces de causa y título de poseer, sin embargo, no conseguiría la prescripción atendido el derecho canónico, porque el trascurso de dilatadísimo tiempo no pudo purificar aquel conocimiento de ser la cosa ajena; más aún, tan lejos está de corregirlo que por el contrario parece aumentarse el vicio de la mala fe atendido tal derecho. Y la razón de la diferencia entre el derecho canónico y el civil es ésta, que por el trascurso de dilatadísimo tiempo se corrige o se tolera en el derecho civil el conocimiento vicioso de ser ajena la cosa, mientras que según el derecho canónico lejos de considerarse tal vicio corregido o tolerado, se reputa por el contrario aumentado. Así pues, entre el derecho civil y el canónico ninguna diferencia existe en el caso de hallarme en buena fe, nacida de error de derecho, ya se trate de usucapión ordinaria, como también de usucapión de treinta o de cuarenta años; mas si me hallara en mala fe tampoco habría diferencia tratándose de usucapión ordinaria, porque ésta no tendría lugar en ninguno de ambos derechos; pero si se tratara de usucapión de treinta o de cuarenta años

errorem, ff. de reg. jur. quod si propria auctoritate cepi & postea accessit haeredis voluntas expressa, ab eo tempore dominium videor consequi, & cessat usucapi. l. si fur. in prin. ff. de usucapi. inst. de rerum divi. §. pen. & fin. quod si accessit voluntas tacita, idem eadem ratione si modo ea voluntas probetur, l. cum quid. ff. si cer. pet. quod si constat de scientia haeredis, & dissimulatione, incertum tamen sit an velit rem suam pro derelicto haberi, aut mihi veluti concessam ac donatam esse, tunc per lapsum longi temporis forte concessa videbitur, ut per tradita a Jasone in l. 1. col. fi. C. de servi. fug. Gl. & Paulus in l. si de eo. §. 1. ff. de acquir. poss. Jas. in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 84. ff. eod. titu. ergo etiam tunc cessat praescriptio, cum dominii acquisitio magis per domini concessionem, quam per usucapionem contigisse videatur, quod si praetereant 30. anni, tunc vel quasi usucaptum videtur, vel acquisitum domini voluntate de jure civili, d. l. sicut. d. l. omnes. d. l. cum notissimi, non sic forte de jure canonico, d. c. vigilanti, c. fi. de praescri. nisi ea jura data scientia & patientia domini cessare dixeris, quod magis est, ut alibi diximus, & supra c. 1. incipi. actio personalis, ergo aut uterque sciebat alienum possideri, aut uterque ignorabat, aut dominus solus sciebat, aut solus legatarius sciebat, non autem haeres idemque dominus, & quidem si uterque sciebat contingere videtur dominii acquisitio, non tam ex praescriptione, quam ex domini tacita & praesumpta vel concessione, vel abjectione, qui enim rem suam ab alio nullo jure possideri sciebat, & per tantum tempus possideri passus est, & dissimulavit, videbitur rem suam vel quasi abjecisse, parvi pendisse, neglexisse, pro derelicto habuisse, vel concesisse, & quasi possessori donatam voluisse, l. 1. & 2. ff. pro dereli.

habría diferencia porque tendría lugar según el derecho civil, pero no según el derecho canónico.

Pero semejante derecho civil, ¿ha sido corregido en este punto? Ciertamente en algunos casos puede parecer corregido, pero no así en otros, conforme a la distinción que arriba hemos propuesto en el capítulo que empieza *actio personalis*. Porque si suponemos este caso, que en un testamento se me hubiera dejado un legado que después se me quitó en los codicilos, de lo que teníamos conocimiento así de derecho como de hecho tanto el legatario cuanto el heredero, si a pesar de ello adquirí semejante legado y retuve la posesión durante treinta años a ciencia y paciencia del heredero, en tal caso si el propio heredero u otra tercera persona con el beneplácito de aquél me hizo entrega del legado, no tendría lugar la usucapión, sino que se considera que he sido hecho dueño desde el principio (1); si por propia autoridad tomé aquel legado y con posterioridad accedió a ello la expresa voluntad del heredero, desde tal instante se considera que he adquirido la propiedad y cesa la usucapión (2); si accedió a ello la voluntad tácita del heredero, daríamos la misma solución movidos por idéntico motivo, siempre que se pruebe tal voluntad (3); mas si nos consta el conocimiento y disimulación del heredero, siendo sólo incierto si prefiere el que se considere abondonada por él la propiedad de aquella cosa, o más bien habérmela como concedido y donado, en este caso en virtud de largo trascurso de tiempo se considerará tal vez concedida, conforme a la doctrina que expone Jasón (4) y Pablo de Castro (5); luego aun en este caso cesa la prescripción, ya que la adquisición de la propiedad parece haber tenido lugar más por concesión del dueño que por la usucapión; pero si trascurren treinta años o se considera como obtenido por usucapión, o adquirido por la voluntad del dueño; ésto atendido el derecho civil (6), pues

(1) Según la ley *cujus per errorem*, Digesto, tít. *de regulis juris*.

(2) Conforme a la ley *si fur* en la introduc., Digesto, tít. *de usucapione* y al §. penúlt. y final de la Instituta *de rerum divisione*.

(3) Según la ley *cum quid* del Digesto, tít. *si certum petatur*.

(4) Al comentar la ley 1.ª, col. final del Código, tít. *de servis fugitivis* y la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, núm. 84 del Digesto del mismo título.

(5) En la ley *si de eo*, §. 1.º, Digesto, tít. *de acquir. posses*.

(6) Según las citadas leyes *sicut*, *omnes* y *cum notissimi*.

Glo. d. l. si de eo. §. 1. Jas. in d. n. 84. Idem Jas. in d. col. fin. quod si uterque ignorabat alienum possideri, tunc sane utroque jure contingit praescr. per annos 30. etiam si in jure erratum esset, d. l. sicut. d. l. omnes. d. l. cum notissimi, quod si alienum possideri solus haeres idemque dominus sciebat, legatarius vero inscius juris ignorabat, tunc longo tempore non contingit usucapio, nec etiam longissimo, quia legatario continget dominii acquisitio magis eo, quod dominus rem suam vel abjecisse, vel concesisse videatur, quam quod ex possessione illa non justificata contingat usucapi. quod si solus legatarius alienum possideri sciebat, haeres autem per ignorantiam sive juris sive facti putabat jure rem illam possideri a legatario, tunc non potest videri consensisse, aut concesisse, l. per errorem. ff. de jur. om. jud. sicque tunc longi temporis usucapio cessat, quia causa possidendi non justa erat. ut dd. ll. longissimo autem tempore usucapio contingeret inspecto jure civili. d. l. sicut, cum simi. non sic inspecto jure canonico, d. c. vigilanti, & c. fin. de praescript. quod jus hoc casu servandum etiam est in foro seculari, quia tunc cessat dominii acquisitio quasi ex domini abjectione, aut concessione, quia qui ignorat suum ab alio possideri per ignorantiam sive juris, sive facti, non potest videri, rem suam abjecisse, aut pro derelicto habuisse, & longe minus donatam voluisse: non quoque contingit dominii acquisitio quasi per usucapionem, quia per longissimi temporis interventum non purgabitur, sed potius augetur vitium malae fidei de jure canonico, ut dictis juribus: quae nota, quia nullus unquam sic

tal vez no sería lo mismo según el derecho canónico, como consta por el capítulo *vigilanti* y final *de praescriptione;* a no ser que sostengas que, supuesta la ciencia y paciencia del dueño, cesan dichas leyes, cosa que parece más fundada, según lo hemos expuesto en otra parte y antes en el capítulo 1.° que empieza *actio personalis.* Así pues, o ambos sabían que estaba en posesión de una cosa ajena, o ambos lo ignoraban, o sólo lo sabía el dueño, o finalmente sólo lo sabía el legatario, pero no el heredero que era a la vez el dueño. Pues bien, si ambos tenían conocimiento de ésto, la adquisición de la propiedad parece tener lugar no tanto en virtud de la prescripción, cuanto por tácita o supuesta concesión o abandono del propio dueño; porque quien tenía conocimiento de que una cosa suya estaba en posesión de un tercero sin derecho alguno, y sufrió y disimuló el que la poseyera por tan dilatado tiempo, se considerará o que ha abandonado aquella cosa, que la ha tenido en nada, que la ha despreciado y que ha renunciado a su propiedad, o bien que ha querido concederla o hacer como una donación de ella al poseedor (1); si ambos por el contrario desconocían que estaba en posesión de una cosa ajena, entonces tiene lugar ciertamente la prescripción de treinta años, según ambos derechos, aun cuando se hubiera incurrido en error de derecho (2); si únicamente el heredero, que a la vez era el dueño, conocía ser ajena la cosa poseída, ignorándolo el legatario desconocedor del derecho, en tal caso no tiene lugar la usucapión ni por el trascurso de largo tiempo ni siquiera por el de larguísimo tiempo, puesto que el legatario conseguirá la adquisición de la propiedad, más bien por considerarse que el dueño ha renunciado al dominio de aquella cosa o que se la ha concedido, que porque tenga lugar la usucapión en virtud de una posesión no justificada; mas si sólamente el legatario sabía hallarse en posesión de una cosa ajena, juzgando el heredero por ignorancia de derecho o de hecho que el legatario poseía en justicia aquella cosa, en este caso no puede considerarse que haya consentido en ello o que la haya concedido al lega-

(1) Conforme a las leyes 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *pro haerede,* a la glos. de la citada ley *si de eo,* §. 1.° y a lo que Jasón dice en el citado núm. 84 y en la citada col. final.

(2) Según las citadas leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi.*

declaravit, & istorum membrorum quaedam sunt ex mente, quaedam contra mentem communis opinionis.

15. Infertur etiam, † quod si triginta annis possedi rem ex causa non justa, vel titulo non justo, quam tamen causam justam putabam per errorem juris resistentis non tantum non assistentis, an possim praescribere? videtur communis opinio praescribi ut non possit, licet in hac praescriptione titulus non requiratur, ita Balbus in l. Celsus. 4. not. de usucap. allegat Abb. in c. de quarta, col. 2. de praescrip. Felinus ibi, nu. 26. Paul. in de l. Celsus. Cardinalis in clem. 1. de reb. eccles. §. si quis. q. 11. Bar. in l. quemadmodum, C. de agri. & censi. lib. 11. Idem in l. sed & si. §. scire. ff. de pet. haere. licet non satis declaret sese Covarru. in d. c. possessor. de reg. jur. par. 2. §. 7. versi. haec autem secunda conclusio, jus autem resistere videtur secundum eandem communem conclusionem in terminis d. l. quemadmodum, & in c. qui contra, de regu. jur. in 6. & in l. fin. §. sin autem sub conditione. C. commu. de lega. & iterum Felinus, nu. 35. in d. c. de quarta, qui plures allegat hanc opinionem tenentes.

Sed sane verius est, hoc casu praescriptionem contingere triginta annorum vel 40. per generalitatem d. l. sicut, d. l. omnes, d. l. cum notissimi, d. l. si quis emptionis. C. de praesc. 30. annorum, nam cum tale tempus longissimum pro legitima causa possidendi sit, ut dd. ll. & ut usucapio contingat, nihil aliud exigatur praeter continuationem possessionis temporis lege definiti l. 3. ff. de usucap. dummodo

tario (1), y por tanto cesa en tal caso la usucapión de largo tiempo por no ser justa la causa de la posesión (2); mientras que la usucapión de larguísimo tiempo tendría lugar atendido el derecho civil (3), pero no lo tendría atendido el derecho canónico (4), derecho que se ha de observar también en el foro secular en este caso, ya que en él no puede tener lugar la adquisición de la propiedad como por abandono o concesión del dueño, porque quien desconoce por ignorancia o de derecho o bien de hecho, que un tercero retiene la posesión de algo suyo, no puede considerarse o que ha abandonado aquella cosa suya, a que ha renunciado a su propiedad y mucho menos que ha querido hacer donación de ella. Tampoco tiene lugar la adquisición de la propiedad como en virtud de cierta usucapión, porque en virtud del trascurso de dilatadísimo tiempo no se purificará, antes bien, se aumentará el vicio de la mala fe, atendido el derecho canónico, según las citadas leyes, lo que tendrás muy presente porque nadie ha expuesto de este modo esta materia, cuyos miembros unos son conforme a la mente de la opinión común y otros son opuestos a ella.

15. Infiérese también si podré conseguir la prescripción en el caso de haber poseído durante treinta años una cosa en virtud de causa o título no justos, causa que yo, sin embargo, juzgaba justa por error de derecho, no sólo no favorable, sino opuesto. Parece ser común opinión que no es posible la prescripción, aun cuando no se exija título alguno en dicha prescripción. Así lo defienden Balbo (5), el Abad (6), Felino (7), Pablo de Castro (8), el Cardenal (9), Bartolo (10), y Covarrubias, aun cuando no muestre con bastante claridad su sentir (11)

(1) Según la ley *per errorem*, Digesto, tít. *de jur. omn. jud.*
(2) Según consta por las citadas leyes.
(3) Según la ley *sicut* citada y otras semejantes.
(4) Conforme al cap. *vigilanti* y al cap. final *de praescript.*
(5) Comentando la ley *Celsus*, 4 not. *de usucapione.*
(6) En el cap. *de quarta*, col. 2, *de praescript.*
(7) En el núm. 26, sobre el mismo cap.
(8) En la citada ley *Celsus.*
(9) *In Clement.* 1.ª *de rebus eccles.*, § *si quis*, cuest. 11.
(10) En la ley *quemadmodum* del Código, tít. *de agric. et censitis*, lib 11 y en la ley *sed etsi*, §. *scire*, Digesto, tít. *de pet. haered.*
(11) En el citado cap. *possessor, de regulis juris*, part. 2.ª, §. 7, línea *haec autem secunda conclusio.*

possessio sit non intolerabilis & omnino injusta, d. l. fina. ff. pro suo l. quod vulgo. ff. pro emptore, l. non solum. §. quod vulgo. ff. de usucap. l. pro legato, l. fin. ff. pro legato, & alia jura supra allegata, praesertim dum ajunt & mentionem faciunt de causa possidendi non injusta, aut intolerabili, sane illud vitium quod causa possidendi esset non justa purgatur per longissimi temporis interventum, & accessionem per d. l. sicut, cum simi. licet non purgaretur per interventum longi temporis, per d. l. quod vulgo. cum simi. nec invenies legem facientem differentiam utrum lex resistat vel non assistat quoad hanc materiam, quinimo, d. l. sicut, cum conc. etiam quando lege resistente res possideretur, potest & debet intelligi, nam quando lege permittente res possideretur, tunc etiam longo tempore contingeret usucapio.

16. Infertur suspectam esse opinionem dissertissimi Didaci Covarru. meritissimi episcopi Rod. is enim in c. possessor, de reg. jur. part. 2. §. 7. nu. 7. versi. tertio hinc patet, qui tenuit errantem in jure non videri esse in bona fide, & consequenter non posse praescribere etiam per annos 30. licet in tali praescriptione titulus regulariter non exigatur, ut in l. sicut, l. omnes, C. de praes. 30. annorum, movetur ex doctrina Bar. in l. sed & si lege, §. scire, ff. de peti. haered. ubi Bar. voluit errantem in jure, quod alicui actui resistit, neque esse in bona, neque in mala fide, quod & sentit Felinus, num. 31. in c. de quarta, de praescriptio. post alios, quos ipsi allegant.

y otros muchos autores que cita Felino (1) que sostienen esta misma opinión. Conforme a esta común conclusión parece tratarse de un derecho resistente en los términos de la citada ley *quemadmodum*, en el capítulo *qui contra* (2) y en la ley final, §. *sin autem sub conditione* del Código (3).

Pero ciertamente, es más conforme a verdad que en este caso tiene lugar la prescripción de treinta o cuarenta años, conforme al sentido general de las citadas leyes *sicut*, *omnes*, *cum notissimi* y *si quis emptionis* (4); porque como tan larguísimo tiempo se tenga ya por legítimo título de poseer, según dichas leyes, y no exigiéndose para que tenga lugar la usucapión ninguna otra cosa que la posesión continuada durante el largo tiempo señalado por la ley (5), siempre que la posesión no sea intolerable o completamente injusta, según consta por numerosas leyes, aquí (6) y anteriormente citadas, principalmente cuando hablan y hacen mención de la causa de poseer no injusta o intolerable, ciertamente aquel vicio que consistía en no ser justa la causa de poseer, se purifica por el trascurso y existencia de larguísimo tiempo (7), aun cuando no se purificaría por el trascurso de solo largo tiempo (8), ni encontrarás ley alguna que haga diferencia en cuanto a esta materia entre ley resistente y ley no favorable; más aún, la citada ley *sicut*, *cum conc.* puede y debe entenderse aun cuando se poseyera la cosa oponiéndose la ley, porque si se poseyera permitiéndolo la ley tendría lugar la usucapión aun por el trascurso de solo largo tiempo.

De lo dicho se infiere ser sospechosa la opinión del eruditísimo Diego Covarrubias, ilustre obispo de Ciudad Rodrigo, quien al sostener (9) que el que incurre en error de 16.

(1) En el citado cap. *de quarta*, núm. 35.

(2) *De regulis juris in 6.*

(3) Del tit. *commun. de legatis.*

(4) Del Código, tít *de praescript. 30 annorum.*

(5) Según la ley 3.ª del Digesto, tít. *de usucapione.*

(6) Conforme a la ley final del Digesto, tít. *pro suo;* a la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro emptore;* a la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, tít. *de usucapione*, a la ley *pro legato* y a ley final del Digesto, tít. *pro legato.*

(7) Conforme a la citada ley *sicut* y a otras semejantes.

(8) Según la citada ley *quod vulgo* con otras semejantes.

(9) En el cap. *possessor; de reg. juris*, part. 2, §. 7.º, núm. 7, línea *tertio hinc patet.*

Sed id apud nos semper suspectum fuit, in primis errantem in jure utcunque resistente, non potest non habere bonam fidem, quod probatur lege & ratione, nam tex. in c. 1. de praescrip. in 6. ait me possedisse decimas, quae de jure pertinebant ad ecclesiam quandam juxta text. in c. ad decimas, de resti. spoliatorum, c. dudum, & fere per totum de decimis, & quia titulum allegatum probare non potui cessasse illam decimarum praescriptionem etiam per annos 30. vel 40. quia juris praesumptio erat contra me, & juris communis dispositio, adhuc tamen ponit pro constanti me bonam fidem habuisse ut ibi exprimitur, in verbis primae partis, & rursus in verbis secundae partis, ergo palam est, quod errans in jure, qui possidebat decimas illas, quas jure resistente possidere non poterat, licet si tamen juridice & legitime se possidere putabat, licet per ignorantiam juris etiam resistentis non possit, adhuc tamen dicitur habere bonam fidem, neque ad rem pertinuit, quod ibi denegetur
17. praescriptio, † quia illa non cessavit ex defectu bonae fidei sed ex defectu tituli, qui ultra bonam fidem ibi desideratur, nam ubi plura copulative desiderantur, non sufficit unum, vel quaedam adesse, sed omnia simul concurrere oportet, l. si haeredi plures, ff. de cond. insti. Ad idem & secundo est tex. in l. bonae fidei, ff. de acquiren. rerum dominio, probatur ratione, nam in bona fide est, qui non habet scientiam rei alienae, c. fi. de praescrip. c. si virgo. 34. quaestione 2. facit l. si per errorem, ff. de juri. om. judic. nec qua ex causa error descendat invenies legem ullam distinguentem quoad denegandam bonam fidem. Facit optime, dict. lex, sed & si §. scire.

derecho no parece hallarse en buena fe y por consiguiente que no puede conseguir la prescripción ni aun la de treinta años, aun cuando en tal prescripción no se exija regularmente título alguno (1), se funda en la doctrina que expone Bartolo al comentar la ley *sed etsi lege* (2), donde este autor defendió que quien incurre en error de derecho opuesto a algún acto, no se halla ni en buena ni en mala fe; lo mismo que defiende Felino (3) siguiendo el sentir de otros autores que ambos citan.

Pero esta doctrina siempre nos pareció a nosotros sospechosa; en primer lugar, porque quien incurre en error de derecho aun cuando éste sea resistente, no puede dejar de hallarse en buena fe, afirmación que probamos por la ley y por la razón. Porque el texto del capítulo 1.° *de praescript. in 6.°*, dice, que habiéndome hallado yo en posesión de diezmos que pertenecían de derecho a cierta iglesia (4), por no haber podido probar el título alegado, no tenía lugar la prescripción de tales diezmos aun después de trascurridos treinta o cuarenta años, por estar en contra mía la presunción de derecho y la disposición del derecho común, pero sin embargo siempre da por supuesto que me hallaba en buena fe según allí se hace constar en las palabras de la primera parte y de nuevo en las de la segunda; es pues, manifiesto que quien por error de derecho poseía aquellos diezmos que no podía poseer por existir un derecho que lo impedía, si él, sin embargo, juzgaba que su posesión era justa y legal, cosa que no puede ser posible en virtud de la ignorancia de un derecho aun resistente, todavía se dice sin embargo hallarse en buena fe, sin que haga fuerza alguna el que en tal lugar se niegue la prescripción, porque ésta no dejó de 17.
tener lugar por falta de buena fe, sino por falta de título que allí se exigía además de la buena fe; porque cuando se exigen copulativamente varias cosas, no es suficiente el que exista una o algunas de ellas, sino que es preciso que concurran todas simultáneamente, como lo prueban algunas

(1) Conforme a las leyes *sicut* y *omnes* del Código, tít. *de praescript. 30 annorum*.

(2) En el §. *scire* del Digesto, tít. *de pet. haered.*

(3) En el núm. 15 en el cap. *de quarta, de praescript.*

(4) Conforme al texto del cap. *ad decimas, de restit. spoliatorum*, y al cap. *dudum* como también al contenido de casi todo el tratado *de decimis*.

Stat ergo errantem in jure utcunque resistente non desi-
18. nere habere bonam fidem, † sed an is praescribere possit per cursum 30. aut 40. annorum, & Covarrub. ubi. supra negat, nos contra ut praescribere possit, nam licet is per longum tempus decem vel viginti annorum praescribere non posset, quia in tali praescriptione ordinaria desideratur justa causa, vel titulus possidendi, ultra ipsam possessionem, & bon. fid. ut in l. unica. C. de usucap. trans. l. nunquam, in usucapionibus. ff. de usucap. in princ. inst. eod. justam autem causam aut titulum habuisse non videtur qui a pupillo sine tutoris auctoritate inscius juris emit, d. l. nunquam, l. 2. §. si a pupillo. cum §. seq. ff. pro empt. l. quod vulgo, eod. l. fin. ff. pro suo. tamen id procedit in praescriptione ordinaria, non sic in praescriptione 30. aut 40. annorum, in qua titulus desideratur, l. sicut l. omnes, l. si quis emptionis, l. cum notissimi, C. de praescription. 30. annorum, ergo si interfuit titulus utcumque inutilis, & a jure etiam resistente improbatus, non evanuit aut cessavit praescriptio, quia interventus illius rei, quae abundabat, & necessaria non erat, non nocet, l. uni. in prin. C. de rei uxo. actio. nec ullus, modo sanus negabit, quin favorabilior esse debeat, qui titulum licet a jure improbatum, quem legitimum putabat, habebat, quam si nullum omnino titulum haberet, neque huic rei juste opponit Bar. in d. §, scire, is enim in praescriptione tantum ordinaria loqui intelligendus est, non in praescriptione 30. annorum. Nec me movet tex. in c. vigilanti, & c. fin. de praescrip. nam ibi loquitur ubi erat mala fides certa, hic autem nec est (ut docuimus) mala fides certa, nec etiam praesumpta quia ponimus pro constanti contrarium.

leyes (1); pruébase también por la razón: porque está en buena fe, quien no tiene conocimiento de ser ajena la cosa que posee (2); ni encontrarás ley alguna que, en lo que se refiere a denegar la buena fe, haga distinción según la causa de donde dimane el error. Muy del caso es también la ley *sed etsi*, §. *scire*.

18. Queda, pues, asentado, que quien incurre en error de derecho aun cuando éste sea resistente, no deja por eso de tener buena fe; pero ¿puede conseguir la prescripción por el trascurso de treinta o de cuarenta años? Niégalo Covarrubias en el lugar arriba citado; nosotros, sin embargo, sostenemos que puede conseguir la prescripción; porque aun cuando tal poseedor no conseguiría la prescripción por el trascurso de largo tiempo de diez o de veinte años, ya que en tal prescripción ordinaria además de la posesión misma y de la buena fe, se exige causa justa o título de posesión (3), causa justa o título que no parece haber tenido quien ignorante del derecho compró alguna cosa a un pupilo sin autoridad del tutor (4); sin embargo, ésto tiene cumplimiento en la prescripción ordinaria, pero no en la prescripción de treinta o de cuarenta años, en la que no se exige título (5); luego si intervino título, aun cuando fuera inútil y desechado por el derecho aun cuando éste sea resistente, no por eso se disipó o cesó la prescripción, porque la existencia de una cosa superabundante y que no es necesaria, no causa perjuicio (6), y nadie negará, si está en su sano juicio, que deba mirarse como más favorable la causa de quien tenía un título, aunque desechado por el derecho, pero que él juzgaba legítimo, que la de

(1) En primer lugar la ley *si haeredi plures*, Digesto, *de condi. instit.* y en segundo lugar el texto de la ley *bonae fidei*, Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio*.

(2) Conforme al cap. final *de praescriptione*, al cap. 34 *si virgo*, cuest. 2.ª, y a la ley *si per errorem*, Digesto, tít. *de jurisd. omn. jud.*

(3) Como consta por la ley única del tít. *de usucap. transf.* del Código, por la ley *nunquam in usucapionibus*, Digesto, tít. *de usucap.* y por la introd. de la Instituta del mismo título.

(4) Según la ley *nunquam* y la ley 2.ª, §. *si a pupillo* y siguientes, Digesto, *pro emptore*, como también conforme a las leyes *quod vulgo* y final del Digesto, tít. *pro suo*.

(5) Como consta por las leyes *sicut, omnes, si quis emptionis* y *cum notissimi*, todas del Código, tít. *de praescript. 30 annorum*.

(6) Conforme consta por la introducción de la ley única del Código en el tít. *de rei uxo. actio*.

Quid enim si esset minor, quid si rusticus, quid si mulier, vel alii in quibus juris ignorantia toleratur, cessabit certe in eis sinistra suspicio, de qua in l. quemadmodum. C. de agric. & cens. lib. 11. & c. qui contra. de reg. jur. lib. 6. ergo si hi 30. annis cum titulo illegitimo possederunt, praescribunt de iure civili, d. l. sicut, d. l. omnes, quod si dominus excipiat id jus servandum non esse de jure canonico propter praesumptum peccatum malae fidei, replicabo in aliis forte personis id peccatum praesumi posse, in istis vero non posse, juxta Glo. communiter approbatam in l. ubi exigitur. ff. de in jus vocand. & magis est in neutris praesumi, ut dixi supra c. 1. & c. inci. possidebas servum.

Infertur etiam quod dum Bar. in d. §. scire, tenuit eum qui errabat in jure quod neque assistit, neque resistit, non habere bonam, nec malam fidem, errat sane, nam semper dicitur habere bonam fidem licet ea bona fides citra justi tituli interventum, ad praesc. ordinariam non sufficiat, quae tamen sufficeret ad praescriptionem 30. aut 40. annorum, unde cavendum est ab ipso episcopo civit. Rode. viro apprime discreto, qui Bar. opinionem sequitur, ex parte, ut supra dixi.

19. Infertur suspectum esse quod ibidem in vers. secundo ab his. idem dissertissimus episcopus ait, quatenus vult ubi jus resistit, tunc ex errore juris oriri malam fidem, non quoad factum, sed quoad juris effectum, & sic inducere peccatum, sed sane dum ait quoad factum esse bonam fidem verum est, l. bonae fidei. §. 1. ff. de acq. rerum dominio, quod

quien no tuviera en absoluto título alguno; ni a esta doctrina opone justamente Bartolo el citado §. *scire*, porque éste se considera referirse sólamente a la prescripción ordinaria, pero no a la de treinta años. Ni me hace fuerza tampoco el texto del cap. *vigilanti* y final *de praescript*, porque allí se refiere al caso de existir mala fe cierta; pero en nuestro caso no existe (según hemos hecho ver) mala fe ni cierta, ni aun presunta, porque procedemos siempre en el supuesto contrario. Y, ¿qué dirías si se tratara de un menor, o de un rústico, o de una mujer o de otros tales en los que es tolerable la ignorancia de derecho? Ciertamente en ellos no tendrá lugar aquella funesta sospecha a la que se refiere la ley *quemadmodum* (1); si, pues, éstos retuvieron la posesión con título ilegítimo, durante treinta años, consiguen la prescripción conforme al derecho civil (2); y si el dueño alega la excepción de que este derecho no debe ser reconocido, conforme al derecho canónico, por el pecado presunto de mala fe, contestaré que tratándose de otras personas tal vez pudiera presumirse tal pecado, pero que en éstas no es posible tal presunción (3), y lo que es más probable, que ni en unas ni en otras se da tal presunción, conforme lo hemos expuesto anteriormente (4).

Infiérese también que cuando Bartolo sostiene en el citado §. *scire*, que quien incurre en error de derecho ni favorable ni adverso, no se halla ni en buena ni en mala fe, se equivoca ciertamente, porque en tal caso se dice siempre hallarse en buena fe, y aun cuando ésta, si no existe justo título, no sería suficiente para la prescripción ordinaria, lo sería con todo para la prescripción de treinta o cuarenta años; por lo que hemos de precavernos del sentir del citado obispo de Ciudad-Rodrigo, varón, por lo demás, de la mayor discreción, que sigue en parte la opinión de Bartolo, conforme hemos dicho arriba.

Infiérese también ser sospechoso lo que en tal lugar (5) 19.

(1) Del Código, tít. *de agric. et censitis*, lib. 11 y el cap. *qui contra de reg. juris*, lib. 6.º

(2) Según las citadas leyes *sicut* y *omnes*.

(3) Conforme a la glosa comúnmente admitida en la ley *ubi exigitur*, Digesto *de in jus vocand*.

(4) En el cap. 1.º y en el que empieza *possidebas servum*.

(5) En la línea *secundo ab his*.

vero subdit quoad juris effectum videri malam fidem, errat, ut patet ex superioribus, errat similiter dum ait inde sequi peccatum certum & indubitatum, nam sat male ageretur cum humano genere, si leges resistentes earum inscios & ignaros ad peccatum obligarent, quod longe ab earum intentione alienum est, cum leges positivae ad res humanas recte componendas, non ad vitam aeternam pertineant, ut disseruimus in tract. de suc. crea. par. 1. Ad l. leges sacratissimae. C. de legibus resp. procedere in praesumptione, nos loquimur in casu certo, sicque excluditur legis praesumptio, l. continuus. §. cum ita. ff. de verb. ob.

20. Unde † subinfertur longe suspectum esse & pernitiosum, quod ab ipso disertissimo episcopo ibidem vers. tertium huic asseveratum fuit, nempe peccasse qui actum agit contra legis praecepta, quod est contra mentem totius juris civilis, & contra ea quae tradunt Bar. & omnes in l. 1. §. si quis ita ff. de verb. obl. Jas. & omnes in l. contra juris civilis regulas, ff. de pact. in quibus locis taliter contrahens, vel testans, vel codicillans, vel aliud quicquam contra legum praecepta agens nihil egisse regulariter videtur, nec in alio punitur, nisi essemus in delictis, vel quasi, de quo per totum inst. de obl. quae ex quasi delicto nascuntur & alibi dixi praesertim supra lib. 1. c. 29. nu. 18.

21. Infertur secundum novissi. etiam suspectum esse, quod Joa. Medina in trac. de contractibus, q. 17. tentavit † dum scribit eum qui erravit in jure, sicque bonam fidem habebat, licet ea ex causa non legitima orta esset, posse usucapere,

dice el mismo sapientísimo obispo, en cuanto sostiene que cuando se trata de un derecho resistente, entonces del error de derecho nace mala fe, no ciertamente en cuanto al hecho, sino en cuanto al efecto del derecho, y por tanto es causa de pecado. Mas en verdad, cuando afirma que en cuanto al hecho existe buena fe, dice verdad (1); pero cuando añade que parece existir mala fe en cuanto al efecto del derecho, incurre en error, según es manifiesto por lo que anteriormente hemos expuesto; igualmente se equivoca cuando sostiene que de esa mala fe se sigue pecado cierto y manifiesto; porque sería un proceder poco justo con el humano linaje, si las leyes resistentes (prohibitivas) obligaran a pecado a los que las desconocen o ignoran, cosa del todo ajena a la intención de tales leyes, ya que las leyes positivas tienen por blanco el recto orden de las cosas humanas y no la vida eterna, conforme lo hemos tratado en la obra *de succes. creat. part. 1.ª* En cuanto a la ley *leges sacratissimae* (2), responderás, que tiene cumplimiento cuando se trata de presunción, pero nosotros hablamos de caso cierto, que por tanto excluye la presunción de la ley (3).

20. De aquí se infiere ser muy sospechoso y pernicioso lo que el mismo doctísimo obispo afirmó en tal lugar (4), a saber, haber pecado quien ejecutó un acto contra los preceptos de la ley, afirmación que es contraria a la mente de todo el derecho civil, y a lo que enseñan Bartolo y todos los doctores al comentar la ley 1.ª §. *si quis ita* del Digesto (5), como también Jasón y los demás comentaristas de la ley *contra juris civilis regulas* (6), pues en estos lugares quien de ese modo hiciera un contrato, o un testamento, o un codicilo, o realizara cualquier otro acto contra los preceptos de la ley, se consideraría regularmente haber hecho un acto nulo, ni se le impondría otro castigo, a no ser que se tratara de delitos o cuasi-delitos (7); de lo que hemos tratado en

(1) Según la ley *bonae fidei*, § 1.°, Digesto *de acquir. rerum dominio.*
(2) Código *de legibus.*
(3) Según la ley *continuus*. §. *cum ita*, Digesto *de verb. obligat.*
(4) *Vers. tertium huic.*
(5) Título *de verb. obligat.*
(6) Digesto, tít. *de pactis.*
(7) De lo que trata casi todo el tít. *de oblig. quae ex quasi delicto nascuntur* de la Instituta.

si ea bona fides sit invincibilis, & ille juris error sit invincibilis, quid enim si in materia legis Gallus. ff. de lib. & post. quis erravit, is sane error tolerabilis est, ergo non punibilis, ut in l. fi. ff. pro suo Glo. in pr. inst. de obli. quae quasi ex delicto nascuntur, verum ipse Covarr. ubi supra, hujus sententiam firmat in primis esse contra communem sententiam utriusque juris professorum, deinde ait indubitatum esse legem humanam potuisse beneficium usucapionis denegare illi, qui esset in bona fide, etiamsi descenderet ab juris errore inculpato, & consequenter dominii acquisitionem abnegare, abnegatumque non posse detineri rem alienam, ab illo qui possidebat eamdem, neque in foro contentioso, neque in foro conscienciae: & subjicio exemplum tale. Emi abs te fundum alienum, quem tuum esse putabam, in hoc contractu de scriptura mentio facta fuit, tradidisti mihi illum fundum, nec tamen postea illa scriptura fuit confecta, unde incidimus in illam quaestionem vehementer controversam, de qua per Glo. & omnes in prin. inst. de emp. & vend. an ea venditio nulla fuerit per defectum scripturae illius, de qua ab contrahentibus mentio facta fuerat, fundum illum sic traditum longo tempore possedi, quem tamen in foro exteriori secundum communem opi. non possem usucapere, at in foro conscienciae possem ex sententia, d. Joa. Medin. quod negat eruditissimus episcopus Covarru. & sane posito pro constanti non valuisse illum contractum, verissima est secundum quosdam op. Covarrub. contra Medinam, quid enim juvat tua bona fides ut mihi res mea auferatur, & cum beneficium usucapionis lege humana, non naturali, aut divina,

otro lugar, principalmente arriba, libro 1.°, capítulo 29, número 18.

21. Infiérese, según algunos contemporáneos, ser también sospechoso lo que propugnó Juan Medina (1), al escribir que quien incurrió en error de derecho, hallándose por tanto en buena fe, aun cuando ésta procediera de causa no legítima, que puede conseguir la usucapión, siempre que dicha buena fe sea invencible, e invencible igualmente aquel error de derecho. Porque ¿qué diríamos si alguno incurrió en error en materia de la ley *Gallus*? (2). Tal error es ciertamente tolerable, luego no es punible (3). Mas el mismo Covarrubias (4) sostiene, en primer lugar, que el parecer de Medina es contrario a la común opinión de los doctores de ambos derechos. Dice, en segundo lugar, ser evidente que la ley humana ha podido denegar el beneficio de la usucapión a quien estaba en buena fe, aun cuando ésta naciera de un error de derecho exento de culpa, y por consiguiente negarle la adquisición del dominio, y que una vez denegado ésto, no podía ni en el foro contencioso, ni en el foro de la conciencia, retener aquella cosa ajena quien tenía la posesión de la misma. Y añado el caso siguiente: te compré un fundo ajeno que yo creía ser propiedad tuya, haciendo mención en el contrato de la escritura; tú me entregaste dicho fundo sin que después se extendiera tal escritura; con lo que venimos a dar en aquella cuestión tan ardorosamente debatida (5), a saber, si tal venta ha sido nula por falta de aquella escritura de que los contratantes habían hecho mención. Retuve por largo tiempo la posesión de aquel fundo de aquella forma entregado, del que, sin embargo, no podría conseguir la prescripción en el foro contencioso según la común opinión, aunque podría en el foro de la conciencia según la opinión de Juan Medina, cosa que niega el eruditísimo Covarrubias; y ciertamente, admitido como cosa cierta no haber sido válido tal contrato, es muy verdadera, según algunos, la

---

(1) *In contractibus*, cuest. 17.

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

(3) Conforme a la ley final del Digesto, tít. *pro suo* y a la glosa en la introducción de la Instituta, tít. *de obligat. quae quasi ex delicto nascuntur*.

(4) *Ubi supra*.

(5) Acerca de la cual trata la glosa y todos los comentaristas en la introducción de la Instituta *de empt. et venditione*.

inductum sit, quis vetat denegari posse per eandem legem humanam, l. nihil tam naturale. ff. de reg. jur. c. omnis res,

22. de reg. jur. † sed duxerim non abnegamus legem potuisse si vellet hoc beneficium auferre, sed negamus auferre voluisse id beneficium ei, qui in jure inculpabiliter erravit, quemadmodum si in facto erravit non abnegat ei beneficium usucapionis, quando tale factum inculpabiliter ignorabatur ab eo, qui praescribere se dicebat, l. quod vulgo ff. pro emp. l. fi. ff. pro suo, l. pro empt. l. fi. ff. pro legato. nam leges hac de re loquentes ideo faciunt differentiam inter errorem juris & facti, quia errans in jure non intelligitur habuisse justam causam, aut occasionem errandi, errans autem in facto justam & inculpatam errandi occasionem habuit a plerumque, & communiter, passimque accidentibus, lex ergo positiva ei subventum voluit, qui esset in rei alienae diutina continuaque possessione, quam suam esse putabat inculpabiliter, non sic si culpabiliter suam esse putasset, ergo cum quaeritur an diutina eademque continua possessio possessori praebuerit dominium rei possessae cum laesione domini, non tam quaerendum aut distinguendum est, utrum possessor erraverit in facto an vero in jure, quam utrum possessor culpabiliter an inculpabiliter rem possessam suam esse putasset, ut si inculpabiliter, suam rem illam fecisse usucapione videatur, sin vero culpabiliter non utique, quod verissimum est, probaturque expressim in d. l. quod vulgo, in verb. si nullam justam causam, & in d. l. fin. ff. pro suo, in verb. tolerabilis, & verbo error, & c. & in d. l. non solum, §. quod vulgo, ff. de usucap. verb. si nullam justam

opinión de Covarrubias contra Medina. Porque ¿qué puede aprovechar tu buena fe, para que se me despoje de una cosa que me pertenece?; y habiéndose establecido el beneficio de la usucapión por la ley humana y no por la ley natural o divina, ¿qué impide el que pueda denegarse por la misma ley humana? (1). Pero añadiría yo: no negamos que la ley haya 22.
podido denegar este beneficio, si así lo hubiera querido, lo que negamos es que de hecho haya querido despojar de este beneficio aquien inculpablemente incurrió en error de derecho, del mismo modo que a quien si incurrió en error de hecho no le niega el beneficio de la usucapión, cuando inculpablemente ignoraba el hecho la persona que decía conseguir la prescripción (2). Porque la razón por la que las leyes que tratan de este asunto hacen diferencia entre el error de derecho y el de hecho es porque quien incurre en error de derecho no se considera haber tenido justa causa u ocasión de errar, mientras que quien cae en error de hecho tuvo justa e inculpable ocasión de errar, a juzgar por lo que con frecuencia, comúnmente y a cada paso sucede. Así pues, la ley positiva quiso apoyar a aquel que se hallaba en posesión no interrumpida y por largo tiempo de una cosa ajena que inculpablemente juzgaba pertenecerle, pero no así si culpablemente hubiera juzgado que era suya.

Así pues, cuando se investiga si la posesión durante mucho tiempo y a la vez sin interrupción ha dado al poseedor la propiedad de la cosa poseída con daño del dueño, no tanto hemos de averiguar y distinguir si el poseedor incurrió en error de hecho o más bien en error de derecho, cuanto si el poseedor había juzgado ser suya la cosa poseída culpable o inculpablemente, de suerte que si lo juzgó así inculpablemente, se considere haber hecho suya aquella cosa por la usucapión; pero de ningún modo si lo juzgó así culpablemente, lo que es del todo verdadero y lo prueban expresamente numerosas leyes (3), y ésta parece ser la opi-

(1) Conforme a la ley *nihil tan naturale*, Digesto *de regulis juris* y al cap. *omnis res, de regulis juris.*

(2) Según la ley *quod vulgo*, Digesto, *pro emptore* y la ley final del tít. *pro suo, pro emptore* y *pro legato* del Digesto.

(3) Tales son: la ley *quod vulgo* en las palabras *si nullam justam causam*, la ley final del tít. *pro suo* del Digesto en las palabras *tolerabilis* y *error;* la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, tít. *de usucap.* en las palabras *si nullam*

causam, & in d. l. pro legato, ibi, subest justa. ff. pro legato, & in c. 1. de praes. in 6. in verb. causam, & hoc est quod jureconsultus sensisse videtur in l. fi. ff. pro legato, dum ait post magnas varietates obtinuisse.

Quae omnia jura, ut vides, non tam inter errorem juris & facti differentiam faccere voluerunt, quam inter culpatam aut inculpatam occasionem, & initium possidendi, ideoque semper quaerunt an habuerit possessor justam causam, aut occasionem inchoandi possessionem, & apprehendendi, ut tunc usucapere possit, sin autem non habuerit, tunc minime possit, & dum lex sit non solum quod verbis legis expressim comprehensum est, sed etiam illud quod mente tacita legislator comprehendit & intellexit, l. ita stipulatus, versic. Sabinus, ibi, ex mente, ubi Paul. Jas. & alii ff. de verb. obl. l. fi. ff. de haer. insti. unde contra legem facit, qui verba legis complexus contra legis nititur voluntatem, ut per text. in l. fraus, ff. de legib. quinimo lex est non solum quod legislator verbis expressis aut mente tacita comprehendit, sed etiam illud quod nec verbis, nec mente comprehendit (quia non meminit de casu quo de agitur) si tamen verosimile est ita responsurum legislatorem, si de tali casu memineret, & agitaret tex. egregius in l. 3. C. de inof. test. tex elegans in l. fi. ff. de haer. inst. Gl. communiter ibi appro. in l. tale pactum, §. fi. ff. de pac. plene per Tiraq. in l. si unquam, C. de rev. don. per Jas. in l. de quibus, ff. de legib. Idem Jas. in l. quamvis. C. de fideicom. Idem Jas. in l. de quibus, nu. 14. ff. de legib. Idem Jas. in l. tale pactum, §. fi. ff. de pac. supra alle. And. Tiraq. de cau. cessan. par. 1. Idem in simili in praefa. trac. de retract. n. 75. cum multis seq. ergo in specie proposita quis abnegabit quin sit tuendus in re illa quam diu possedit is qui non putavit

nión del jurisconsulto cuando en la ley última del título *pro legato* dice que después de múltiples opiniones prevaleció ésta.

Todas estas leyes, como ves, no tanto han querido hacer diferencia entre el error de derecho y el de hecho, cuanto entre la ocasión y comienzo de poseer culpable o inculpable; y por eso siempre investigan si el poseedor tuvo justa causa o motivo para empezar la posesión y tomar la cosa para sí, en cuyo caso puede conseguir la usucapión; cosa que no podría de ningún modo, si no tuvo causa o motivo justo; y siendo ley no sólo lo que está comprendido expresamente en sus palabras, sino también lo que tácitamente comprendió y entendió la intención del legislador (1); síguese que obra contra la ley quien, ajustándose a las palabras materiales de la misma procede contra el espíritu de ésta, según consta por el texto de la ley *fraus* del Dig., tít. *de legibus*. Más aún, es ley no sólamente lo que el legislador abarcó expresamente con sus palabras y tácitamente con su intención, sino también aquello que ni con sus palabras ni con su intención comprendió (por no haber tenido presente el caso de que se trata), siempre que verosímilmente el legislador hubiera respondido en ese sentido, si hubiera tenido presente y hubiera discurrido sobre tal caso, lo que consta por el texto de varias leyes (2) y lo prueban extensamente Jasón (3) y Andrés Tiraqueau (4). Así pues, en el caso propuesto, ¿quién negará que deba ser protegido en aquella cosa que poseyó por largo tiempo, quien no creía que aquella compra exigiera necesariamente escritura, por la razón de que los contratantes hubieran hecho mención de ella, cuando entre los

---

justam causam; la ley *pro legato* en las palabras *subest justit.* Digesto *pro legato;* y el cap. 1.º *de praescript. in 6,* en la palabra *causam.*

(1) Según la ley *ita stipulatus, vers. Sabinus* del Digesto, tít. *de verborum obligat.* donde así lo exponen en la palabra *ex mente* Pablo, Jasón y otros autores. Consta también en la ley final, Digesto *de haer. institut.*

(2) Así lo prueba el notable texto de la ley 3.ª del Código, tít. *de innoff. testamento* y la ley final del Digesto, tít. *de haered. institut.;* consta también por la glosa comúnmente admitida de la ley *tale pactum,* §. final, Digesto, tít. *de pactis.*

(3) Comentando la ley *de quibus* del Digesto, tít. *de legibus;* la ley *quamvis* del Código. tít. *de fideicom.;* la ley *tale pactum,* §. final, Digesto *de pactis,* que arriba hemos citado.

(4) Al comentar la ley *si unquam,* Código *de revoc. dona.* también en *de causa cessante,* y en el citado tratado *de retract.* núm. 75 y siguientes.

emptionem illam neccesario exigere scripturam, ob id quod de scriptura contrahentes mentionem fecissent, cum hac in re sit ingens inter juris professores contentio, si ergo is habuit inculpatam causam & occasionem putandi illum contractum valuisse, & consequenter existimandi se rem illam recte & rite emisse, & possedisse, potuit se tueri & protegere omnibus illis legibus, supra allegatis, quae ajebant causam tantum inculpatam desiderari, & praeterea poterit se tueri mente & scientia legislatorum, qui omnibus aliis legibus hujus fuerunt intentionis, ut si is habuit causam inculpatam rem illam accipiendi, ejusque possessionis aprehendendi eamdem possit usucapere, cum lex sit quod legislator verosimiliter responderet si hac de re interrogatus fuisset, licet illud verbis non expresserit, nec etiam intentione assecutus fuerit, quia de eo non meminit, quinimo vix est ut in jure errasse videatur is, qui in re, quae inter juris professores controversa est, ita ut in varias sententias discedant, & scindantur, alteram partem elegit, juxta ea quae not. per Gl. & Doct. in rub. & in l. 1. C. de litis contest. quod si dixeris erranti utcumque inculpabiliter non expedire, aut decere, ut subveniatur, cum agitur de lucro captando cum laesione alterius arg. tex. egregii in l. 1. §. causa. ff. de aedil. edi. (per quem olim ipse tuebar opin. & partem illam quae opin. d. Joa. de Med. adversatur, ubi vendidi tibi equum non sanum, quem tamen absque ullo morbo esse putabam, & ait lex perinde me redhibitoria teneri, ac si equum illum morbosum scirem, quasi cum agitur de lucro captando ab uno, & ab altero de damno vitando, & laesione resartienda, bona fides illius qui lucrum captat non sufficiat aut juvet, non magis quam si mala fides interfuisset): sed respondendum, illud procedere regulariter, sed fallit in favorem diutinae possessionis,

mismos jurisconsultos existe en este punto tan ardorosa contienda? Este, pues, si tuvo causa y ocasión inculpable de creer que aquel contrato había sido válido y por consiguiente de juzgar que había comprado y poseído recta y legalmente aquella cosa, pudo muy bien ampararse y defenderse en todas aquellas leyes arriba citadas, que afirman que sólo se exige causa exenta de culpa. Podrá además ampararse en la mente y parecer de los legisladores, quienes en todas las restantes leyes manifestaron este propósito a saber, que si tal poseedor tuvo causa exenta de culpa para tomar aquella cosa y apropiarse la posesión de la misma, podría conseguir la usucapión, como si el legislador hubiera sido consultado acerca de este punto, aun cuando ni lo hubiera manifestado con expresas palabras, ni aun lo hubiera comprendido en su intención por no haber tenido nunca presente tal caso. Más aún, difícilmente puede considerarse haber incurrido en error de derecho quien, en un asunto tan controvertido entre los mismos maestros del derecho que se separan y dividen en varias opiniones, eligió una de ellas; pruébalo el notable texto de la ley 1.ª §. *causa* del Dig., tít. *de aedilitio edicto:* (fundado en este texto defendía yo en tiempos anteriores la opinión y parte contraria a Juan de Medina, tratando del caso en que te hubiera vendido un caballo enfermo que yo sin embargo creía libre de toda enfermedad, y dice dicha ley que estoy sujeto a acción redhibitoria del mismo modo que si supiera que tal caballo estaba enfermo, como si cuando uno trata de conseguir lucro y otro de evitar el daño y resarcir el perjuicio, la buena fe de aquel que percibe el lucro, no sea suficiente, ni le aproveche más que si de hecho hubiera intervenido mala fe); pero hemos de responder que ésto así acontece como norma general, pero que no tiene cumplimiento tratándose de la posesión de largo tiempo si se empezó y continuó inculpablemente; y tal es el sentido de las leyes arriba aducidas y del caso principal propuesto por nosotros, que no negamos tener contra sí conocidísimas reglas de derecho, porque el que consigue la prescripción, por una parte se enriquece con detrimento de otro, lo que es contrario a las leyes *nam hoc* y *jure naturae* (1), y por

(1) Ambas del Digesto, la 1.ª del tít. *de condictione indebiti* y la 2.ª del tít. *de regulis juris.*

quae inculpabiliter & inchoata fuit, & continuata, ita procedunt jura supra allegata, & nostra materia, quam non abnegamus notissimis juris regulis adversari, quia & locupletatur praescribens cum jactura aliena contra regulam, l. nam hoc. ff. de cond. indeb. l. jure natu. ff. de reg. jur. & dominium rei nostrae jure gen. quaesitum nobis sine facto ullo nostro aufertur, contra regulam, l. id quod nostrum ff. de re. ju. sed nobis contra tot regulas praescribentibus patrocinantur rationes de quibus in l. ff. de usuc. & in l. 1. fi. ff. pro suo, & in l. cum notissimi, in fi. pr. C. de praes. 30. annorum.

Paulatim ergo in hanc declinamus sententiam, ut existi-
23. memus † ubi error juris sit inculpatus, ut tunc praescriptio procedat, non secus quam si error facti inculpatus interfuisset, nam & ipse facti error si culpatus esset, aut nimis supinus non prodesset, tex. juncta Gloss. in l. fina. C. pro donato, ubi per docto. & in d. l. quod vulgo, & d. l. fina. ff. pro suo, & in l. non solum, §. quod vulgo, ff. de usucapion. ergo data paritate terminorum vix ulla differentia erit inter errorem facti, & errorem juris, nam uterque nocet, si est fatuus, & supinus, neuter autem noceret cum inculpatus esset, aut tolerabilis. d. l. fina. ff. pro suo in verb. tolerabilis, pro nobis etiam l. 3. ff. de usucapion. & quae diximus supra.

Ad rationem Episcopi Covar. dum ait posse legem etiam inculpabiliter erranti denegare beneficium usucapionis, respondemus posse utique si vellet, verum in eo quaestio est, an voluerit, necne, ipse putatur voluise, nos negamus,

otra se nos despoja, sin acto alguno nuestro, del dominio de una cosa nuestra adquirido por derecho de gentes, contra lo que dispone la ley *id quod nostrum* (1); pero con todo tal prescripción, aun en contra de tantas reglas, tiene en su apoyo las razones contenidas en numerosas leyes (2).

23. Así pues, nos inclinamos algún tanto más a esta opinión, a juzgar que cuando el error de derecho es inculpable entonces procede la prescripción, al igual que si hubiera intervenido error de hecho inculpable; porque el mismo error de hecho si fuera culpable o demasiado craso no aprovecharía, según consta por varias leyes (3); así pues, dada la paridad de términos, apenas existirá diferencia alguna entre el error de hecho y el error de derecho, porque uno y otro perjudica si es craso o supino, y ninguno de ellos perjudicaría si fuera inculpable o tolerable, según consta por la ley final del Dig., tít. *pro suo* en la palabra *tolerabilis;* a nuestro favor milita también la ley 3.ª del Dig. *de usucapione* y lo que arriba hemos expuesto.

En cuanto a la razón que aduce el obispo Covarrubias al afirmar que puede la ley denegar el beneficio de la usucapión al que incurre en error aun inculpablemente, respondemos que efectivamente puede hacerlo, si quisiera; pero la cuestión está precisamente en ésto, en si la ley lo ha querido o no; él afirma que la ley lo ha querido así y nosotros lo negamos defendiendo y probando, dada la igualdad de términos, no existir diferencia alguna en este punto entre el error de derecho y el error de hecho, no sólo examinando la mente y tácita intención de los legisladores, sino también vistas atentamente las palabras de las mismas leyes; y sostenemos tener ésto cumplimiento no sólo en cuanto al foro de la conciencia, según opinó Juan Medina, sino también en el foro contencioso, si bien esta segunda parte la negaría el dicho Juan Medina (a quien llama varón

(1) Del Digesto, tít. *de regul. juris.*

(2) Tales son las contenidas en la ley 1.ª del Digesto, tít. *de usucapione;* en la ley final del Digesto, tít. *pro suo;* en la ley *cum notissimi* al fin de la introducción, Código, tít. *de praescript. 30 annorum.*

(3) Así consta por el texto y glosa de la ley final del Código, tít. *pro donato,* comentada en este sentido por los doctores; por la ley *quod vulgo* y final del Código, tít. *pro suo* y por la ley *non solum,* §. *quod vulgo,* Digesto, tít. *de usucapione.*

contendentes & probantes, data paritate terminorum, non esse differentiam hac in re inter errorem juris erroremque facti, non solum inspecta mente, & tacita intentione legislatorum, sed etiam inspectis verbis ipsarum legum, quod procedere firmamus non solum quoad forum conscientiae, ut voluit Jo. Medina, sed etiam, quoad forum contentiosum, quorum alterum ipse Joannes Medina (quem doctissimum virum appellat episcopus Covarru. ubi supra) negaret, utrumque autem ipse episcopus abnegaret vir sane dissertissimus, quae omnia not. quia per ea insigniter declaratur tota haec materia praescriptionum.

24. Intellige † tamen id procedere ubi juris error esset inculpatus, verum juris errorem in exemplis positis per l. sed etsi §. scire, ff. de peti. haere. & per Bart. ibi, & per Bald. in l. non dubium, C. de legib. ubi ponunt exempla juris neque resistentis, neque assistentis, intelligo non esse inculpatum quoad materiam usucapionis, licet inculpatus sit quoad hoc, ut quis non puniatur in suo amittendo, & ita intellige, quod not. Bar. in d. §. scire. Itaque si legatum relictum in testamento minus solemni diu possedi, illud non praescribam, quia etsi hic adsit juris non resistentis neque assistentis error tamen is non est inculpatus, quoad praescriptionem ordinariam, l. pro legato, l. fina. ff. pro legato. Id intellige retenta opinione dicentium ibi jus non resistere neque assistere, quam modo neque probamus, neque improbamus, quia alibi hac de re agemus. Denique hanc opi. quam defendimus, ut is error juris, si inculpatus sit, non noceat etiam in praescriptione ordinaria (quae titulum secundum communem opi. causam vero non injustam secundum nos desiderat) videntur tenere Abba. & Imo. in c. cum dilectus, per

doctísimo el obispo Covarrubias), y ambas partes las rechazaría dicho Covarrubias, varón, por otra parte, de suma autoridad. Todo lo dicho has de tenerlo presente, porque por ello se declara notablemente toda esta materia de las prescripciones.

24. Sin embargo, has de entender que lo dicho tiene cumplimiento cuando el error de derecho fuera inculpable; pero el error de derecho en los casos propuestos por la ley *sed etsi* (1), y por Bartolo (2), y Baldo (3), cuando aducen ejemplos de derecho ni opuesto ni favorable, yo no considero tal error libre de culpa en lo que se refiere a la usucapión, aun cuando sea inculpable en cuanto a que no sea castigado el que erró, con la pérdida de lo que le pertenece, y así has de entender lo que nota Bartolo acerca del citado §. *scire*. Así pues, si poseí por largo tiempo un legado que se me dejó en un testamento falto de formalidades, no conseguiré la prescripción del mismo, porque aunque en este caso existe error de derecho ni resistente ni favorable, pero no es un error libre de culpa; ésto tratándose de la prescripción ordinaria (4). Lo que se ha de entender, admitida la opinión de quienes afirman que en dicho caso el derecho ni es resistente ni favorable, cosa que al presente nosotros ni aprobamos ni rechazamos, porque trataremos de este punto en otra parte. Finalmente, la opinión que nosotros defendemos, a saber, que el error de derecho, si es inculpable, no perjudica aun en la prescripción ordinaria (que, según la opinión común, exige título, y, según la nuestra, causa no injusta), parecen defenderla también el Abad e Imola (5), como asimismo Balbo (6), Curcio el Joven (7), Antonino (8) y Felino (9); expone y sigue esta misma opinión el doctísimo Obispo Covarrubias (10), quien en

(1) En el §. *scire*, Digesto, tít. *de pet. haered.*

(2) En la misma ley *sed etsi*.

(3) Al comentar la ley *non dubium* del Código, tít. *de legibus*.

(4) Según la ley *pro legato* y final del Digesto, tít. *pro legato*.

(5) Ambos en el cap. *cum dilectus, de consuet.* al exponer el texto; el Abad también en el cap. *de quarta*, colum. 3.ª, *de praescript.*

(6) Comentando la ley *Celsus*, not. 4.ª, *de usucap.*

(7) Dictamen 6, núm. 22 y dict. 28, colum. 3.ª

(8) Al exponer el citado cap. *cum dilectus*.

(9) En el citado cap. *de quarta*, en la introducción y también *in princ. decretorum.*

(10) *Ubi supra*, vers. *tertia conclusio*.

tex. ibi de consuet. Abb. in c. de quarta, col. 3. de praescr. Balb. in repe. l. Celsus, 4. not. de usuca. Curtius Jun. consil. 6. nu. 22. Anto. in d. c. cum dilectus, Fel. in d. c. de quarta, in prin. Idem in prin. decretorum, Curt. Jun. cons. 28. col. 3. refert & sequitur ipse disertissimus Covar. episcopus ubi supra ver. tertia conclusio, qui hac in re sibi contrarius mihi visus est, nisi eum, & alios intelligas, & salves cum praescribens consuluit juris peritos, eorumque consilium sequutus fuit quod mihi necessarium non videtur, dummodo jus ambiguum, sit, ut in simili per Bar. & alios in l. in ambiguo, ff. de reb. dub. denique pro nobis tex. expressius in l. si vir uxori, ff. pro donato, & in l. si id quod ff. pro derelicto. In summa huc atque illuc circumcurses, nullam, data paritate terminorum, invenies differentiam quoad praescriptionem, inter errorem facti, & errorem juris, nam alterutra, si supinus sit, impedit praescriptionem, sin autem tolerabilis sit, neuter eorum praescriptionem impedit.

este punto me ha parecido contradecirse, a no ser que entiendas y salves el parecer de éste y otros autores refiriéndole al caso en que quien pretende la prescripción hubiera consultado a los jurisperitos y seguido su consejo; cosa que a mí no me parece necesaria en el caso de tratarse de un derecho dudoso, como consta en parecido caso por Bartolo y otros autores al comentar la ley *in ambiguo* (1). Más claro es aún en nuestro apoyo el texto de la ley *si vir uxori* (2) y el de la ley *si id quod* (3). En suma, aunque dirijas tu investigación de una a otra parte, no hallarás, dada la paridad de términos, diferencia alguna, en cuanto a la prescripción, entre el error de hecho y el error de derecho, porque uno y otro si es supino impide la prescripción, y si es tolerable ninguno de los dos la impide.

(1) Del Digesto, tít *de rebus dub.*
(2) Del Digesto, tít. *pro donato.*
(3) Del Digesto, tít. *pro derelicto.*

CAPVT LXXVIII

SUMMAE

1. *Servitus sine titulo an praescribatur, egregia quaestio.*
2. *Praescriptio qualitatis per quam res deterior fit, facilius admittitur quam praescriptio per quam res tota aufertur.*
3. *Praescriptio quare non currat sine titulo in reditu alcabalarum.*
4. *Bona fides orta etiam ex injusta causa sufficit ad praescribendum.*

SERVITUTEM aquae ducendae ex fundo tuo acquiro; & praescribo si eandem duxi non vi, non clam, non precario, per longum temp. licet non doceam ex causa legati, vel donationis, vel emptionis, vel alterius tituli ad me pertinuisse, l. si quis diuturno, in
1. pr. ff. si ser. ven. † id quod mirabile videtur, tum quia regulariter tit. in praescri. long. temp. desideratur, l. unica, C. de trans. usc. tum quia etiam in praescriptione longi temporis requiritur quando est contra praescribentem, vel possidentem juris praesumptio, c. 1. de praesc. lib. 6. juncto, c. ad decimas, de rest. spo. hic autem erat juris praesumptio contra istum praescribentem, quia quaeque res praesumitur libera l. altius, C. de ser. & aqua. Qua in re plerique scribentium ajunt referre, utrum agatur de praescribenda tota re, an vero de praescribendo aliquo jure per quod

CAPÍTULO LXXVIII

SUMARIO

Sin título, ¿puede conseguirse la prescripción de una servidumbre? Cuestión notable. 1.

Más fácilmente se admite la prescripción de una cualidad por la que la cosa pierde de valor, que la prescripción por la que se pierde toda la cosa. 2.

¿Por qué razón no corre la prescripción sin título, tratándose de los censos llamados alcabalas? 3.

La buena fe, aun dimanada de causa injusta, es suficiente para la prescripción. 4.

Adquiero la servidumbre de conducir el agua desde tu fundo, y consigo la prescripción de la misma, si por largo tiempo la conduje no por la violencia, ni clandestinamente, ni a título de precario, aun cuando no justifique haber tenido derecho a ello a título de legado, o de donación, o de compra o de otro cualquiera (1); lo que no deja de parecer 1.
extraño, ya porque regularmente se exige título en la prescripción de largo tiempo (2), ya también porque éste se exige en la prescripción de largo tiempo, cuando existe presunción de derecho contra el poseedor o el que pretende la prescripción (3); y en este caso existía tal presunción de derecho contra el que prescribía, ya que todas las cosas

(1) Conforme a la ley *si quis diuturno*, en la introducción, Digesto, tít. *si servit. vend.*

(2) Según la ley única del Código en el tít. *de transf. usuc.*

(3) Según el cap. 1 *de praescript.*, lib. 6, junto con el cap. *ad decimas, de restit. spoliat.*

res illa deterior fiat, priore casu titu. requiritur, posteriore vero non utique; ita tenent Glo. Alber. Bar. Bal. Ang. Paul. & alii in d. l. si quis diuturno, Jo. Imo. in c. vigilanti. nu. 15. de praescr. Idem in c. fi. nu. 10. eo. ti. Anch. in c. possessor, de reg. jur. col. 9. Fran. Rip. in c. cum ecclesia Sutrina, de causa possessio. & proprie. col. penulti. ubi Anton. similiter colum. 1. Roma. in l. sequitur. §. si viam, ff. de usuc. est communis opinio, & solutio secundum Covarru. variarum resolut. c. 17. lib. 1. nu. 7. sequitur & dicit esse communem sol. Balbus de praescriptio. in 2. par. 3. par. princip. q. 6. tenet Felinus in d. c. si diligenti, nu. 7. & alii innumeri quos allegat Andraeas Tiraquel. de praescrip. §. 1. Glo. 4. versicul. 14. & versic. 39. ibi sed & multi hoc intelligunt ubi agatur de modico praejudicio.

Hanc communem distinctionem novissime impugnat ipse Covarru. ubi supra, dicens non agi de levi, sed de gravi praejudicio, & laesione cum praescribatur servitus in aliqua re, quae vehementer per abscessum juris libertatis deterior fit, unde inquit, quod quando adest vehemens juris prohibitio ne res qua de agitur ab alio possideatur, quam ab eo ad quem pertinet de jure, tunc si contra talem juris prohibitionem possideatur abscedente titulo, non possit contingere praescriptio, ita intelligit d. c. 1. ubi una ecclesia contra aliam jus decimandi praescribere volebat, cum possideri, & occupari jus decimandi ab una ecclesia, quod quidem jus ad aliam pertineret, vehementer vetitum sit d. c. ad decimas, verum inquit ista vehemens prohibitio non erat in terminis de l. si quis diuturno, nos vero accepimus jus alienum possidere, occupare, alienare, & quoquo modo attingere, & deterius facere non minus vehementer vetitum esse a legibus civilibus ut in l. fina. & per totum, C. de rebus

se presumen libres de servidumbre (1). Mas en este punto la mayor parte de los tratadistas afirman, ser distinto, si se trata de la prescripción de toda la cosa, o más bien de la prescripción de algún derecho que aminora el valor de aquella cosa; en el primer caso se requiere título, pero no en el segundo; así lo defienden la glosa, Alberico, Bartolo, Baldo, Angel, Pablo y otros al comentar la ley *si quis diuturno*, Juan de Imola (2), Ancarano (3), Francisco de Ripa (4) y Romano (5); es opinión y solución común, según el testimonio de Covarrubias (6); admítela también, llamándola solución común, Balbo (7), como también la defienden Felino (8) y otros innumerables autores que cita Andrés Tiraqueau (9); pero muchos sostienen esta opinión en el caso de tratarse de pequeño perjuicio.

Esta común distinción la impugna últimamente el propio Covarrubias en el lugar arriba citado, diciendo que no se trata de leve, sino de grave perjuicio y daño cuando prescribe la servidumbre de alguna cosa, ya que ésta por la pérdida del derecho de libertad desmerece notablemente; por lo que, afirma, que cuando existe terminante prohibición del derecho, de que nadie posea la cosa de que se trata, fuera de aquel a quien de derecho pertenece, que en tal caso si se retuviera la posesión contra tal disposición del derecho, no podría tener lugar la prescripción, faltando título; y así entiende el citado capítulo 1, donde aparece que una iglesia quería conseguir la prescripción del derecho de diezmos en perjuicio de otra, cuando está terminantemente prohibido (10) que una iglesia posea y ocupe el derecho de diezmos cuando este derecho pertenece a otra; pero, dice él, dicha terminante prohibición no está incluida en los términos de la

(1) Según la ley *altius* del Código, tít. *de servit. et aqua.*

(2) En el cap. *vigilanti*, núm. 15, *de praescript.*

(3) En el cap. *possessor, de regul. juris*, col. 9.

(4) En el cap. *cum eccles. Sutrina, de caus. posses. et proprietat.*, columna penúltima, comentada en el mismo sentido por Antonino, colum. 1.

(5) Comentando la ley *sequitur*, §. *si viam*, Digesto, tít. *de usucap.*

(6) *Variar. resolut.*, cap. 17, lib. 1, núm. 7.

(7) *De praescript.*, en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 6.

(8) En el citado cap. *si diligenti*, núm. 7.

(9) *De praescript.*, §. 1, glos. 4, versic. 14 y 39.

(10) Según el cap. *ad decimas*.

alienis non alien. per totum, C. unde vi, & ff. de vi & vi arma. l. clam possidere. ff, de acquiren. posses. quam sit vetitum a lege canonica usurpari, & possideri ab una ecclesia jus decimandi ad aliam pertinens, utrobique enim par prohibi-
2. tio est, & esse decebat, verum longe & facilius admittitur ut aliqua res deterior fiat per abscessum alicujus juris ad eam pertinentis, vel etiam per abscessum alicujus quotae partis, quam quod tota illa res pereat, abscedat vel ad alium transferatur, ut opportune in simili docet Corneus per text. ibi post alios in l. cum quaestio, C. de lega. unde in d. l. unica, de usucapion. transfor. agebatur de praescribenda ipsa re & in d. c. 1. de praescript. in 6. agebatur de praescribendo jure decimandi ipso, quod nocivum magis esse constat, quam si ageretur de praescribenda alicujus rei qualitate vel jure ut in d. l. si quis diuturno; tu dic ut diximus supra part. 2. in 3. vel 4. capitu. illius partis 2.

Unde infertur (id quod in nostro praetorio summorum Caesaris rationalium saepe tractatum est) quod in quibus casibus duces, comites, marchiones, & alii quamplures nobiles illum censum regalem (quem nos alcabalas appellamus) possederunt etiam longissimo tempore triginta annorum, adhuc tamen illum praescribere non poterunt sine alicujus
3. tituli interventu, † quia licet in praescriptione longissimi temporis regulariter titulus non sit necessarius l. sicut, l. omnes, l. cum notissimi, C. de praescri. 30. annorum, tamen illud procedit in rebus & juribus in quibus non habebat fundatam suam intentionem de jure, ipse praescribens, nec is contra quem praescribatur, veluti in praediis & quibuscunque aliis rebus vel juribus regulariter non sic est in dicto reditu (quem alcabalas vocamus) in quo per nostras leges regias solus piissimus Rex noster habet suam

citada ley *si quis diuturno*. Pero nosotros sabemos, que el poseer, ocupar, enajenar, y de cualquier modo disminuir o empeorar el derecho ajeno, no está menos terminantemente prohibido por las leyes civiles (1), que lo está por la ley canónica el que una iglesia usurpe y posea el derecho de percibir diezmos que pertenecen a otra iglesia, pues en ambos casos existe y es preciso que exista igual prohibición. Pero con mucha mayor facilidad se admite el que alguna 2.
cosa disminuya su valor por la pérdida de algún derecho que le pertenecía, o también por la separación de alguna parte que integraba dicha cosa, que el que ésta perezca en su totalidad, o nos abandone y se trasfiera a otro, como oportunamente lo enseña en parecido caso Corneo (2), siguiendo el sentir de otros autores. Como pues, en la citada ley única *de usucapione transformanda*, se trataba de la prescripción de la cosa misma, y en el citado capítulo 1 *de praescript. in* 6, se trataba de la prescripción del mismo derecho de diezmos, es manifiestamente mucho más perjudicial, que si se tratara de la prescripción de una cualidad o derecho de alguna cosa, como en la ley *si quis diuturno*. Puedes contestar en el sentido en que lo hicimos nosotros anteriormente en la 2.ª parte (3).

Infiérese de aquí (cosa que se ha tratado muchas veces en el Supremo Tribunal de Cuentas de nuestro Monarca) que en aquellos casos en que duques, condes, marqueses y otros numerosos nobles hubieran estado en posesión, aun por el larguísimo tiempo de treinta años, de aquel censo real (que nosotros llamamos alcabalas) que sin embargo no pudieron conseguir la prescripción del mismo sin la existencia de algún título. Porque aun cuando en la prescripción de larguísimo 3.
tiempo no sea necesario regularmente título alguno (4), sin embargo ésto sucede tratándose de cosas y derechos en que tanto el que consigue la prescripción como aquel contra quien ésta tiene lugar, no tenían su intención fundamentada en pleno

(1) Según es manifiesto por la ley final y por todo el tít. *de rebus alien. non alienandis* del Código; por todo el tít. *unde vi* del Código; *de vi et vi armata* del Digesto y por la ley *clam possidere* del Digesto, tít. *de acquir. posses.*

(2) Al comentar el texto de la ley *cum quaestio* del Código, tít. *de legatis.*

(3) En el cap. tercero o cuarto de dicha 2.ª parte.

(4) Conforme a las leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi* del Código, tít. *de praescript. 30 annorum.*

intentionem fundatam, ut contra eum praescriptio etiam 30. anno. citra tituli interventum currere nequeat.

Unde in usu forensi saepe dicebam, quod cum bona fides orta etiam ex injusta causa vel titulo sufficiat ad praescriptionem illam, quae sine titulo procedit, qualis est praescriptio triginta annorum, l. sicut, l. omnes, C. de praescriptio. triginta annorum, quae quidem jura etiam jure canonico manent incorrecta ubi adest bona fides, ut tenent communiter Doctor. ibi & dixi supra capitu. proximo cum praeceden. nam si habeo bonam fidem in re soli quam inscius emi a minore vigintiquinque annis sine decreto, vel sine auctoritate tutoris, quem ille habebat, tunc licet haec bona fides non sufficeret ad hanc rem praescribendam longo tempore, quia in tali longi temporis praescriptione requiritur titulus legitimus, l. unica de usucapion. transform. l. nunquam, ff. de acquiren. rerum dominio, capitu. qui contra jura, de regul. juris, l. 1. C. de bonis maternis, l. quemadmodum, C. de agricol. & censit. libr. 11. titulus autem illegitimus, & improbatus habetur pro non titulo, ut dictis juribus, & l. fina. C. pro donato, tamen ubi titulus non requiritur si is interveniat licet minus legitimus, aut a lege improbatus, sufficit ad inducendam bonam fidem, eaque bona fides ab hoc etiam juris errore causata, sufficit ad
4. praescriptionem, ut est vera & communis opinio quam tenuit Gloss. in l. 2. C. ubi causa status agi debeat. Antonius & Imola in cap. pervenit, per tex. ibi, de emp. & vendi. Pau. consi. 44. col. pen. lib. 2. Anton. in c. de quarta, de praescriptio. Barto. col. penul. & ibi Paul. in l. Celsus, ff. de

derecho, como sucede tratándose de fincas y generalmente de las restantes cosas y derechos, pero no sucede lo mismo tratándose de dicho censo (que llamamos alcabalas) en el que en virtud de nuestras leyes regias, sólamente nuestro piadosísimo Rey tiene su intención firme, de suerte que contra él no puede correr la prescripción ni aun la de treinta años, si no interviene título.

Por consiguiente en la práctica forense con frecuencia sostenía, que siendo suficiente la buena fe, aun nacida de causa o título injusto, para aquella prescripción que tiene lugar sin título alguno, cual es la prescripción de treinta años, según consta por las leyes *sicut* y *omnes* (1), leyes que ni aun por el derecho canónico han sido corregidas cuando existe buena fe, según lo sostienen los doctores al comentarlas y nosotros lo hemos expuesto anteriormente (2), hemos de tener presente lo que sigue: que si estoy en buena fe respecto a una cosa inmueble que compré a un menor de venticinco años, ignorando yo su condición, sin que interviniera decreto ni consentimiento del tutor que dicho menor tenía, en este caso aunque dicha buena fe no sería suficiente para la prescripción de tal cosa inmueble tratándose de la prescripción de largo tiempo, porque en ella se requiere título legítimo, como consta por varias leyes (3), y aunque el título ilegítimo y vicioso se considera como título nulo, según dichas leyes (4), sin embargo, cuando no se requiere título, si interviene éste aunque sea ilegítimo y rechazado por la ley, es suficiente para causar buena fe, y esta buena fe aun dimanada de tal error de derecho es suficiente para la prescripción, conforme a la común y verdadera opinión que sostienen la glosa (5), Antonio e Imola (6), Pablo [de 4.

(1) Ambas del Código, tít. *de praescript. 30 annorum.*

(2) En el cap. precedente y anteriores.

(3) Por la ley única del tít. *de usucap. transformanda;* por la ley *nunquam* del Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio;* por el cap. *qui contra jura, de reg. juris;* por la ley 1.ª del Código, tít. *de bonis maternis* y por la ley *quemadmodum* del Código, tít. *de agricolis et censitis.* lib. 11.

(4) Lo mismo que consta por la ley final del Código, tít. *pro donato.*

(5) En la ley 2.ª del Código, tít. *ubi causa status agi debeat.*

(6) Comentando el texto del cap. *pervenit, de empt. et venditione;* Antonio además en el cap. *de quarta,* y en el cap. final *de praescriptione,* expuesto este último también por Imola, colum. 4.ª en igual sentido.

usucapion. Antonius in capit. fina. de praescriptio. ubi Imola col. 4. Felin. in d. c. de quarta, nu. 34. Balb. in d. l. Celsus, 4. nota. Ant. Rub. consi. 75. ubi hanc dicit communem episcopus civi. Rod. in c. possessor, de reg. jur. in 6. part. 2. §. 7. Paulus Cast. consi. 44. col. pe. lib. 2. quia is titulus illegitimus ubi nullus titulus necessarius erat non nocet, cum interventus illius rei quae necessaria non erat non soleat nocere, l. unica, in princip. C. de rei uxor. actio. sicque praescript. 30. annorum contingit & procedit ex ista bona fide orta, & profecta ab isto titulo, & causa erronea, & non legitima, quod quidem regulariter procedit, sed ubi agimus de praescribenda re vel jure, in qua is contra quem praescribebatur, habebat intentionem suam fundatam de jure, ut sic contra eum non curreret praescriptio temporis brevioris, quam annorum, & tunc cum titulo (quale est in terminis dicti capitu. 1. de praescrip. in 6.) tunc is titulus improbatus & illegitimus, & ea bona fides inde profecta non sufficeret ad praescribendum, non magis, quam si nullus titulus interfuisset. Idemque dicebam in dictis reditibus regalibus (quos alcabalas vocamus) praescribendis in quibus similiter Rex noster fundat intentionem suam de jure & per hoc contra eum currit sola praescrip. longissimi temporis non aliter, quam cum tituli interventu, nam tunc licet interveniat is titulus illegitimus & bona fides erronea ab illo illegitimo titulo profecta non sufficeret ad praescriptionem inchoandam.

Hactenus in reditibus, sed quid in jurisdictione? dic quod contra potestatem supremam Papae aut Caesari concessam currere praescriptionem tanti temporis cujus initii memoria non stat, tenent Bartol. in l. 1. ff. de aqua pluv. arcen. Idem in l. hostes. ff. de captivis, Felin. in cap. cum non liceat,

Castro] (1), Bartolo (2) Felino (3), Balbo (4), Antonio Rub. (5), que la llama opinión común, y el obispo de Ciudad-Rodrigo (6), porque este título ilegítimo cuando no se requería título alguno no perjudica, puesto que no suele causar perjuicio la existencia de aquella cosa que no era ciertamente necesaria (7); y por consiguiente, la prescripción de treinta años tiene lugar y cumplimiento en virtud de esta buena fe, nacida y dimanada de dicho título y causa errónea y no legítima, cosa que sucede regularmente; pero cuando se trata de la prescripción de una cosa o derecho sobre la que tiene su intención firme de pleno derecho aquel contra quien prescribía, no corriendo por tanto contra él la prescripción de tiempo más breve que el de treinta años (8) y ésto sólo si existe título (según consta por los términos del citado capítulo 1.° *de praescript.)*, entonces este título ilegítimo y desechado por la ley y la buena fe de él dimanada, no sería suficiente para la prescripción al igual que si no hubiera intervenido título alguno. La misma solución dábamos tratándose de la prescripción de los referidos censos reales (que llamamos alcabalas), en los que nuestro Rey de pleno derecho tiene firme su intención, por lo que contra él sólo corre la prescripción de larguísimo tiempo en el caso de intervenir título, pues aun cuando existiera título ilegítimo y buena fe errónea nacida de tal título ilegítimo, no sería suficiente para dar comienzo a la prescripción.

Hasta aquí nos hemos referido a los censos, ¿qué diremos con respecto a la jurisdicción? Puedes sostener que contra la suprema potestad concedida al Papa o al Rey tiene lugar la prescripción de tiempo inmemorial; así lo defienden

(1) Comentando la ley *Celsus*, Digesto, tít. *de usucapione* y en el dictamen 44, colum. penúlt. lib. 2.

(2) En el citado cap. *de quarta*, col. penúlt.

(3) Acerca del mismo cap. *de quarta*, núm. 34.

(4) En la ley citada *Celsus*, not. 4.°

(5) Dictamen 75.

(6) En el cap. *possessor, de regul. juris* in 6.°, part. 2.ª, § 7.

(7) Conforme a la ley única del Código, tít. *de rei uxor. action.*, en la introducción.

(8) Aunque las ediciones de Venecia y Francfort dicen ambas *praescriptio temporis brevioris quam annorum*, parece haber omitido ambas *triginta* y nosotros así lo traducimos.

colum. 4. de praescription. Abb. in capitu. fina. nota. 1. de constitu. Felin. in cap. cum nobis, col. 2. de praescription. Bart. in l. infamem, ff. de publi. judi. Abb. in c. quoad translationem, de off. delega. Ale. consil. 15. colum. 2. libr. 5. Jas. consil. 70. col. 1. lib. 3. Alexand. consil. 11. colum. 3. lib. 7. Purpuratus in l. imperium numero 174. ff. de jur. omnium judic. Curtius Junior in 2. par. trac. feudorum, quomodo feud. in esse deducatur, 2. q. prin. & hanc sequitur, & firmat esse magis communem opinionem Aymon Cravet. de antiq. tempor. quarta parte sectione materia ista numero 72, Covar. qui neminem alleg. in c. possessor, de regulis juris libro. 6. part. 2. §. 8. num. 4.

Contrariam partem ut non praescribatur contra talem supremam potestatem etiam per interventum temporis cujus initii memoria non sit, tenuerunt Abb. sibi contrarius in capitu. per venerabilem, qui filii sint legit. colum. fi. Idem in dict. capitu. cum non liceat, Romanus consi. 371. col. fi. Alex. in l. more, col. pe. ff. de acq. haer. sequitur, & dicit communem opinionem Soci. consil. 275. col. 3. libr. 2. Decius consilio 307. columna tertia. Jaso. consilio 208. columna tertia, libro secundo, & Purpuratus sibi contrarius in l. prima, colum. quinta, ff. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. Jas. in l. imperium, columna nona, ff. de jurisdict. omnium judicum, sed soleo tenere priorem partem, quia isthaec summa potestas juris positivi esse videtur neque ullum jus positivum est, quod per hoc tempus non tollatur ut diximus supra c. 1. & 2. & 6. l. fi. ti. de las praesc. lib. 3. ordin.

Bartolo (1), Felino (2), el Abad (3), Alejandro (4), Jasón (5), el Purpurado (6), Curcio el Joven (7); sigue también esta opinión, defendiéndola como más admitida, Aymón Cravet (8), y Covarrubias, quien, sin embargo, no cita a otros autores (9).

La opinión contraria, a saber, que aun por el trascurso de tiempo inmemorial no tiene lugar la prescripción contra tal suprema potestad, la defendieron el Abad contradiciéndose a sí mismo (10), Romano [Luis] (11) y Alejandro (12); sigue esta opinión, llamándola común, Socino (13), Decio (14), Jasón (15) y el Purpurado, contradiciéndose (16). Yo, sin embargo, suelo defender la primera parte, porque esta suprema potestad parece ser de derecho positivo, y no existe derecho positivo alguno que no se pierda por tal tiempo inmemorial, conforme lo hemos expuesto anteriormente (17).

(1) Comentando la ley 1.ª del Digesto, tít. *de aqua pluv. arcend.*; la ley *hostes*, Digesto, tít. *de captivis* y la ley *infamem*, Digesto, tít. *de publi. judiciis*.

(2) En el cap *cum non liceat*, colum. 4.ª y en el cap. *cum novis*, colum. 2.ª, *de praescript.*

(3) En el cap. final, not. 1, *de constitu.* y en el cap. *quo ad translation., de offic. delegati.*

(4) Dictamen 15, colum. 2.ª, lib. 5 y dictamen 11, colum. 3.ª, lib. 7.

(5) Dictamen 70, colum. 1.ª, lib. 3.

(6) Al comentar la ley *imperium*, núm. 174, Digesto, *de jurisdic. omnium judicum.*

(7) En la 2.ª parte del tratado sobre los feudos, *quomodo feudus in esse deducatur.*

(8) *De antiquit. tempor.*, cuarta parte, *sectio. materia ista*, núm. 72.

(9) En el cap. *possessor, de regul. juris*, lib. 6, part. 2.ª, § 8, núm. 4.

(10) En el cap. *per venerabilem, qui filii sint legitimi*, colum. final, y en el citado cap. *cum non liceat.*

(11) Dictamen 371, colum. final.

(12) Comentando la ley *more*, col. penúlt., Digesto, tít. *de acquir. haered.*

(13) Dictamen 275, col. 3.ª, lib. 2.

(14) Dictamen 307, colum. 3.ª

(15) Dictamen 208, col. 3.ª, lib. 2 y en la ley *imperium*, colum 9.ª, Digesto, tít. *de jurisd. omn. judicum.*

(16) En la ley 1.ª, colum. 5.ª, Digesto, tít. *de officio ejus cui mandata est jurisdictio.*

(17) En los caps. 1, 2 y 6; en la ley final del tít. de las prescripciones, lib. 3, ordenam.

CAPVT LXXIX

SUMMAE

1. *Titulus improbatus prodest interdum ad praescribendum, ardua quaest.*
2. *Intellectus, leg. secundae, §. si sub conditione, ff. pro empto.*
3. *Error juris regulariter impedit praescriptionem etiamsi concurrat cum errore facti, contra communem.*
4. *Intel. l. si vir, ff. pro donato.*
5. *Praescriptio procedit quando uxor viro rem alienam donavit, licet vir eam uxoris esse & sic donationem quoad transferendum dominium non valuisse existimasset, contra doc.*
6. *Error Jacob. & Alberi.*
7. *Intell. l. si id quod pro derelic.*
8. *Malam fidem non dicitur habere qui contra jura mercatur, si & prohibitio fiebat ob privatam utilitatem, & cum eo contraxit qui inops intellectus a lege non praesumebatur, nova traditio.*
9. *Intel. l. 2. C. pro empt.*
10. *Intellectus, l. final. §. sin autem, C. commun. de legatis.*
11. *Error Covarru. emendatus.*
12. *Mala fides respectu unius impedit praescriptionem respectu alterius, ardua q.*
13. *Intel. l. si id quod ff. pro derelicto.*

CAPÍTULO LXXIX

SUMARIO

A veces un título prohibido es útil para la prescripción; cuestión difícil. 1.

Sentido de la ley 2.ª, §. *si sub conditione* del Digesto en el título *pro emptore*. 2.

El error de derecho impide generalmente la prescripción aun cuando concurra con el error de hecho; en contra de la opinión común. 3.

Sentido de la ley *si vir* del Digesto, título *pro donato;* véanse también los números 5 y 6. 4.

Tiene lugar la prescripción cuando la esposa hubiera hecho donación a su marido de una cosa ajena, aun cuando el marido hubiera creído que pertenecía a su mujer, y por tanto, que no había sido válida la donación para trasferir la propiedad; contra algunos doctores. 5.

Error en que incurren Jacobo de Arena y Alberico. 6.

Sentido de la ley *si id quod pro derelicto*, de la que trata también el número 13. 7.

No se dice estar en mala fe aquel que compra contra las disposiciones de las leyes, en el caso en que la prohibición se hiciera por utilidad particular y el contrato lo efectuara con quien no existía la presunción de que la ley le tuviera por necesitado; exposición nueva. 8.

Sentido de la ley 2.ª del Código en el título *pro emptore*. 9.

Sentido de la ley final, §. *sin autem* del Código, título *communia de legatis*. 10.

Corrígese el error de Covarrubias. 11.

La mala fe con respecto a una persona, impide la prescripción con respecto a otra; cuestión ardua. 12.

Sentido de la ley *si id quod pro derelicto*. 13.

14. *Mala fides non videtur adesse nisi tribus demum concurrentibus.*
15. *Bona fides an praesumatur titulo deficiente, ardua quaestio.*
16. *Malae fidei vitium an purgetur tempore.*
17. *Bona fides praesumitur ex longa possessione.*
18. *Malae fidei vitium purgatur tempore.*
19. *Bona fides in praescriptione immemoriali an sit necessaria, ardua quaestio.*

1. VXOR viro fundum alienum a se tamen possessum donavit & tradidit, quem vir longo tempore possedit, an praescribat quaeritur, & jureconsultus in l. si vir uxori, ff. pro dona. ait praescripsisse, idem ait in l. si id quod, ff. pro derelicto, & Gloss. in dict. l. si vir, opponit sic, aut enim is donatarius cogitavit rem donatam esse donatricis, aut putavit esse alienam, si putabat esse donatricis, non habuit justam causam accipiendi, & possidendi, cum lege vitata sit ea donatio, sicque cessat uxucapio ordinaria quae in hac justa causa nititur, ut diximus per dict. l. quod vulgo, & dict. l. non solum, & quod vulgo d. l. fina. ff. pro suo, d. l. pro legato, & d. l. fina. ff. pro legato: sin autem putabat rem donatam esse alienam non habebat bonam fidem, sicque cessat usucapio.

Responde quod dicitur ad praescritionem ordinariam exigi initium, & causam possidendi justam, non intelligitur quod sit justa re, & opinione possidentis, satis enim est justam esse re tantum, quinimo re & opinione ibi justa & legitima causa erat: re, quia lex permittebat talem rei alienae donationem valere: opinione, quia & eam donationem valere donatarius existimabat, sed in causa validitatis errabat,

No parece existir mala fe, sino sólo concurriendo tres requisitos. 14.
¿Se presume buena fe cuando no existe título? Cuestión importante. 15.
¿Se purifica con el tiempo el vicio de la mala fe? 16.
En virtud de la larga posesión se presume la buena fe. 17.
El tiempo purifica el vicio de la mala fe. 18.
¿Es necesaria la buena fe en la prescripción inmemorial? Cuestión ardua. 19.

Una esposa donó y entregó a su marido un fundo ajeno, del que ella, sin embargo, tenía la posesión; el marido poseyó a su vez este fundo durante largo tiempo; se pregunta si consigue la prescripción del mismo. El jurisconsulto, tanto en la ley *si vir uxori*, como en la ley *si id quod* (1), dice que ha prescrito. Pero la glosa, en la citada ley *si vir*, opone este argumento: o este donatario pensó que la cosa donada era de la donante, o creyó que era ajena. Si juzgaba que era propiedad de la donante, no tuvo justa causa para recibirla y poseerla, puesto que la ley prohibe semejante donación, y por tanto cesa la usucapión ordinaria, que se funda precisamente en esta causa justa, conforme lo hicimos constar por la disposición de varias leyes (2); mas si juzgaba que la cosa donada era ajena, carecía de buena fe, y por tanto cesa la usucapión.

Pero responderás que lo que se afirma, que para la prescripción ordinaria se exige principio y causa justa de posesión, no se ha de entender que ésta sea justa en realidad y a juicio del poseedor, puesto que es suficiente que lo sea sólo en realidad; más aún, en este caso era la causa justa y legítima en realidad y a juicio del poseedor: en realidad, porque la ley permitía que fuera válida tal donación de cosa ajena; y a juicio del poseedor, por creer este donatario que era válida aquella donación, aunque erraba en cuanto a la causa de la validez, puesto que el donatario juzgaba que era válida por

(1) Ambas del Digesto, la primera del tít. *pro donato* y la segunda del tít. *pro derelicto*.

(2) Tales son: la ley *quod vulgo*, la citada ley *non solum*, § *quod vulgo*, y la ley final del Digesto, tít. *pro suo;* la ley *pro legato* y final del Digesto, tít. *pro legato*.

quia donatarius putabat valere eo quod esset uxoris, ea autem valebat eo quod esset aliena: itaque licet ibi esset error juris tamen non erat error in effectu, sed erat error in causa qui non nocet, simile in l. prima, §. si legatarius, ff. ad legem Falci. ergo in terminis d. l. si vir, erat justa possidendi causa inspecta re, hoc est juris dispositione, & inspecta opinione praescribentis, quoad juris effectum, licet in causa errasset: sicque ibi veritas juris concurrebat cum opinione praescribentis, at in terminis l. nunquam ff. de usucapion. & l. 2. §. si a pupillo, ff. pro empto. ubi emi a pupillo sine tutoris auctoritate rem suam, causa quam habeo possidendi injusta erat vel justa non erat inspecta legis dispositione, & opinione mea; nam licet ponas me inscium ingnarumque juris existimasse id licere, tamen jus aliud disponebat, sicque causa illa possidendi legitima erat opinione tantum inspecta, non inspecta re, id est, legis dispositione, ergo aut initium, & causa possidendi est legitima re, & opinione, aut illegitima re & opinione, aut legitima re tantum, aut legitima opinione tantum.

Primo casu procedit sine dubio, quia contingit praescriptio ut in dict. l. si vir, & in omnibus legibus permittentibus usucapionem, nam licet res alienas de facto inscio vel invito domino vetitum sit alienare, ut per totum, C. de rebus alien. non alienandis, tamen illud est illicitum ex parte tradentis, caeterum ex parte accipientis si bonam fidem habebat non est vetitum l. bonae fidei, ff. de verborum significationib. & in legibus supra allegatis. Itaque cum ad praescriptionem exigimus initium possidendi legitimum fuisse re & opinione, intelligimus ex parte accipientis, nec curamus utrum ita sit necne regulariter ex parte tradentis, licet

pertenecer a su esposa, cuando en realidad lo era por ser donación de cosa ajena; por consiguiente, aunque allí existía error de derecho, con todo no era error en cuanto al efecto, sino error en cuanto a la causa y éste no perjudica; caso parecido consta en la ley 1.ª, §. *si legatarius* (1); así pues, atendidos los términos de la citada ley *si vir*, existía causa justa de poseer si atendemos a la realidad, esto es, a la disposición del derecho; y si atendemos a la opinión del que conseguía la prescripción existía también causa justa en cuanto al efecto del derecho, aun cuando hubiera errado en cuanto a la causa, y por tanto, la verdad de derecho iba unida a la opinión del que prescribe, cosa que no sucede según los términos de la ley *nunquam* (2) y de la ley 2.ª §. *si a pupillo* (3), según las cuales al comprar a un pupilo una cosa suya sin autoridad del tutor, la causa que tengo para poseer es injusta, o por lo menos no es justa atendida la disposición de la ley y a la vez mi opinión, porque aun cuando supongas que yo, ignorante y desconocedor del derecho, juzgara que aquel acto era válido, sin embargo otra era la disposición del derecho, y por tanto aquella causa de poseer era legítima atendida sólamente mi opinión, pero no tenida en cuenta la realidad, ésto es, la disposición de la ley. Así pues, o el comienzo y la causa de poseer es legítimo en realidad y a juicio del poseedor, o es ilegítimo atendidos ambos extremos, o es legítimo sólamente en realidad o por fin es sólamente legítimo a juicio del poseedor.

En el primer caso procede sin duda alguna la prescripción, porque ésta tiene entonces lugar conforme a la citada ley *si vir* y a todas aquellas leyes que permiten la usucapión. Porque aun cuando de hecho esté prohibido el enajenar cosas de otro sin el conocimiento del dueño o contra su voluntad (4), sin embargo esto es ilícito por parte del que entrega la cosa, pero por parte del que la recibe no está prohibido, si lo hace con buena fe, según consta por la ley *bonae fidei* (5) y por otras arriba citadas. Así pues,

(1) Del Digesto, tít. *ad legem Falcidiam.*
(2) Del Digesto, tít. *de usucapione.*
(3) Digesto, tít. *pro emptore.*
(4) Según consta por todo el tít. del Código, *de rebus alienis non alienandis.*
(5) Digesto, tít. *de verbor. significat.*

aliquando sic ut in authen. malae fidei, C. de praescription. sic ergo si re & opinione erat legitima causa & initium possidendi, procedit usucapio, d. l. si vir, cum concordant. quod si re & opinione accipientis erat injusta causa, tunc sine dubio cessat praescriptio propter malam fidem accipientis, l. unica, C. de usucapio. transform. capitu. possessor, de regu. jur. in 6. quod si justa causa erat accipiendi opinione tantum, non etiam re, quia per errorem juris putabat accipiens eum contractum legitimum esse, veluti si emit a pupillo sine tutoris auctoritate, & tunc cessat praescriptio, dic. §. si a pupillo dict. l. nunquam, quod si re id est, ex legis dispositione legitima erat possessio, sed opinione accipientis erat illegitima, quia ipse putabat contractum esse a lege vetitum cum non esset, veluti si existimabat adultum non posse res mobiles alienare sine decreto, cum prohibito sit in praediis non in mobilibus regulariter l. magis puto, per totam, ff. de rebus eorum per totum, C. de praedi. mino. ipse autem emit rem mobilem ab adulto sine decreto, cum tutoris auctoritate si eum habebat, vel sine tutore quando eum non habebat, & tunc puto cessare praescriptionem, nam aut pupillus dominus erat, & tunc statim facit dominum accipientem l. traditionibus, C. de pact. juncta le. nunquam, ff. de acquiren. rerum dominio, sicque cessat usucapio, §. sic itaque, institu. de action. aut non erat dominus, & tunc adest mala fides accipientis, quae impedit usucapionem, ut dict. l. unica, & d. capitu. possessor. capitu. vigilanti, & capitu. fina. de praescription. ratio differentiae, quia quando rem suam adultus tradebat ex causa legitima ad transferendum dominium, licet eandem illegitimam accipiens putaret, injurium non est dominium transferri, quia nihil tam naturale est, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis

cuando exigimos para la prescripción que el comienzo de la posesión haya sido legítimo no sólo en realidad, sino juzgado como tal, nos referimos en ésto al que recibe la cosa, sin atender generalmente a si por parte de quien la entrega sucede lo mismo, o no, si bien algunas veces lo exigimos también en este último, como consta por la *auth. malae fidei* (1). Así pues, si en realidad y en opinión [de quien recibe la cosa] la causa y comienzo de poseer era legítimo, tiene lugar la usucapión (2); si en realidad y a juicio de quien la recibe, era injusta la causa de poseer, cesa sin duda alguna la prescripción por la mala fe de quien recibe la cosa (3); mas si la causa de poseer era justa sólamente a juicio de quien recibía la cosa, pero no en realidad, por juzgar éste por error de derecho, que era legítimo aquel contrato, como por ejemplo si hizo una compra a un pupilo sin autorización del tutor, en este caso cesaría la prescripción (4); si la posesión era legítima en realidad, esto es, atendida la disposición de la ley, pero a juicio de quien recibía la cosa era ilegítima, por juzgar éste que aquel contrato estaba prohibido por la ley, cuando en realidad no lo estaba, como por ejemplo si juzgaba que el adulto no podía enajenar sin decreto las cosas muebles, siendo así que la prohibición se refiere regularmente a los predios, no a las cosas muebles (5), y él compró una cosa mueble a un adulto sin decreto, con autoridad del tutor si le tenía y sin intervención del tutor si no le tenía, juzgo que también en este caso cesa la prescripción, porque o el pupilo era dueño y en ese caso al punto hace dueño al que recibe la cosa (6), y por tanto cesa la usucapión (7), o no era dueño y entonces existiendo mala fe en el que recibe la cosa impide la usucapión (9). La razón de

(1) Inserta en el Código, tít. *de praescript.*

(2) Conforme a la citada ley *si vir*, y a otras de sentido parecido.

(3) Según consta por la ley única del Código, tít. *de usucap. transformanda* y por el cap. *possessor, de regulis juris in 6.*

(4) Según el citado §. *si a pupillo* en la ley *nunquam.*

(5) Según consta por toda la ley *magis puto* del Digesto, tít. *de rebus eorum* y por todo el tít. *de praed. minorum* del Código.

(6) Conforme a la ley *traditionibus.* Código, tít. *de pactis*, junto con la ley *nunquam* del Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio.*

(7) Conforme lo dicta la ley única citada y el cap. *possessor*, como también los caps. *vigilanti* y final *de praescript.*

(8) Conforme al cap. *posssessor, vigilanti* y final *de praescript.*

ratam esse, §. per traditionem, institu. de rerum division. l. nemo, ff. de pact. verum cum adultus traderet alienum & accipiens erraret in facto, quia putabat alienum non esse, & in jure, quia putabat adultis res suas mobiles alienare sine decreto non licere, tunc non adest voluntas domini, quae efficiat ut dominium statim transeat, nec aequitas quae subveniat possidenti per concessionem usucapionis sicque videtur cessare usucapio.

Per contrarium ut locus sit usucapioni videtur per regulam l. regula. §. qui ignoravit, ff. de jur. & facti ignor. juncta lege clavibus, ff. de contrahen. emp. ubi qui abs te emit rem tuam, quam alienam putabat, si ei tradidisti dominus fit, licet negare non possimus, quin ille haberet malam fidem, quandoquidem rem quam accepit, alienam putabat, sed hac in re veritas praevalet opinioni, ergo si tradente domino statim transfertur dominium non obstante mala fide accipientis, similiter transferetur usucapiendi conditio, quando traderet non dominus.

2. Ad † idem l. 2. §. si sub conditione. versi. contra, ff. pro emp. ubi abs te emi rem alienam sub conditione, & conditio extitit me ignorante, sicque adhuc tuam esse putabam, quia conditionalia pendente conditione nihil ponunt in esse, §. sin autem aliquid sub conditione, C. de cad. toll. l. fi. §. sin autem sub conditione, C. commu. de legatis l. si quis sub conditione dandorum decem, ff. si quis omissa caus. testa. l. servo legato, §. 1. ff. de lega. 1. & tamen tex. ibi ait a tempore quo revera expleta conditio fuit, praescriptionem inchoari, quanvis ipse putarem eam rem meam non esse, sed permanere adhuc in dominio venditoris quousque conditio impleretur.

la diferencia es ésta, que cuando el adulto entrega una cosa suya fundado en causa legítima para trasferir la propiedad, aun cuando el que la recibía juzgara que la causa era ilegítima, no se comete injusticia al trasferir así el dominio, porque nada hay tan conforme con la natural equidad como el tener por válida la voluntad del dueño que quiere trasferir a otro una cosa suya (1); mas cuando el adulto entregaba una cosa ajena, y el que la recibía incurría en error de hecho, por juzgar que aquella cosa no era ajena, y en error de derecho por juzgar no serles lícito a los adultos el enajenar las cosas muebles que les pertenecen, entonces no existe la voluntad del dueño que haga que el dominio pase al instante al otro, ni la equidad que ampare al poseedor por medio de la concesión de la usucapión, y por consiguiente parece que ésta no tiene lugar.

Mas con todo, se juzga tener lugar la usucapión por lo que consta en la ley *regula*, §. *ignoravit* (2), donde vemos que quien te compró una cosa propia tuya, pero que el comprador juzgaba ajena, si tú se la entregaste, queda hecho dueño de ella, aun cuando no podamos negar que se hallaba en mala fe, puesto que juzgaba ser ajena la cosa que recibía, mas con todo la verdad prevalece en este punto sobre la opinión; luego si al entregar una cosa el dueño al punto se trasfiere el dominio, sin que sea obstáculo la mala fe de quien la recibe, del mismo modo al entregar la cosa el que no era dueño de ella, se trasferirá la posibilidad de usucapión.

Prueba lo mismo la ley 2.ª, §. *si sub conditione* del Digesto, título *pro emptore*, versículo *contra*, donde aparece que te compré a ti bajo cierta condición una cosa que pertenecía a otro; la condición se cumplió sin yo saberlo y por tanto yo seguía creyendo que todavía era tuya, porque las cosas condicionales, pendiente aún la condición, nada producen en la realidad (3); y, sin embargo, dice allí el texto, 2.

(1) Conforme al §. *per traditionem*, Instituta, *de rerum divis.* y a la ley *nemo*, Digesto, tít. *de pactis.*

(2) Digesto, tít. *de jur. et facti ignorantia*, junto con la ley *clavibus* del Digesto, tít. *de contrahen. emptione.*

(3) Conforme consta por el §. *sin autem aliquid sub conditione*, Código, tít. *de caduc. tollend.*, por la ley final, §. *sin autem sub conditione*, Código, *commun. de legatis;* por la ley *si quis sub conditione dandorum decem*,

Ad idem & tertio d. §. si sub conditione, versi. quod apertius, ubi defunctus emerat, sed sibi res nondum fuit tradita, quae tamen postea haeredi tradita fuit, isque ignorabat defunctum emisse, sicque rem alienam esse putabat, & ad se nullo modo pertinere, adhuc, quia revera habebat titulum emptionis, potest praescribere: ratio, quia hac in re veritas praevalet opinioni ut ibi exprimitur, & eadem l. §. si a pupillo, & d. l. regula, §. qui ignoravit.

Ad idem & quarto tex. optimus in l. si id quod ff. pro derelicto, ubi uxor marito rem donavit, quod cum scirem, a marito emi, licet non ignorarem alienum me emisse, quia uxor quae marito donavit, eum dominum non fecit, adhuc tamen possum usucapere ut ibi, non obstante scientia rei alienae, quia ut tex. ille ait quasi volente et concedente domina maritus tradidit, ergo licet uterque id est tam emptor quam venditor haberent scientiam rei alienae, adhuc non videntur esse in mala fide, quando habebant domini voluntatem, etiamsi ea voluntas a jure probata non esset, et talis dominus eam rem alienare non posset.

Ad idem & quinto l. si vir uxori, ff. pro donato, ubi uxor viro rem alienam donavit quam vir uxoris esse putabat, & valere donationem juris ignarus existimabat, & adhuc profuit valuitque is contractus quoad praescribendum, quia ignorantia juris non nocet in usucapionibus quando praescribens putabat contractum non valere qui revera valebat, sic ergo & in proposito, emi ab adulto rem mobilem sine decreto, quo casu venditio rite facta fuit, possum ex hoc titulo & causa usucapere, licet putarem venditionem esse nullam, quia hac in re plus est in re quam in opinione: diversum esset sane si contractus rite factus non esset & ipse putarem valere, nam is error non faceret tenere eum contractum qui ex legis

que desde el momento en que realmente se cumplió la condición, empieza a correr la prescripción, aun cuando yo juzgara no ser mía aquella cosa, sino que permanecía todavía bajo el dominio del vendedor hasta que la condición se cumpliese.

Prueba lo mismo en tercer lugar el §. *si sub conditione*, versículo *quod apertius*, donde consta que el difunto había comprado una cosa que no se le había aún entregado, pero que después se entregó al heredero; éste ignoraba que el difunto la hubiera comprado y por tanto juzgaba que aquella cosa era ajena y que de ningún modo le pertenecía a él, y sin embargo, porque realmente tenía el título de compra, puede conseguir la prescripción y la razón es, porque en esta materia la verdad prevalece sobre la opinión, según allí mismo se expresa. Esto confirman también otras leyes (1).

Prueba lo mismo en cuarto lugar el excelente texto de la ley *si id quod* del Digesto, título *pro derelicto*, donde se dice que una esposa hizo donación a su marido de cierta cosa; yo, aun sabiendo ésto, se la compré al marido, aun cuando no ignoraba que había comprado una cosa que no le pertenecía, porque la esposa al hacerle la donación, no pudo trasferirle la propiedad; y, sin embargo, puedo conseguir la usucapión, según allí consta, no obstante el conocimiento de ser ajena aquella cosa, porque según dice tal texto, el marido entregó aquella cosa como por voluntad y concesión de la dueña. Así pues, aun cuando ambos, esto es, tanto el vendedor cuanto el comprador conocieran ser ajena aquella cosa, no se consideran con todo estar en mala fe, cuando estaba conforme la voluntad del dueño, aun cuando esta voluntad no estuviera aprobada por la ley y dicho dueño no pudiera enajenar aquella cosa.

Prueba lo mismo en quinto lugar la ley *si vir uxori* (2), donde aparece que una esposa donó a su marido una cosa ajena, que el marido juzgaba ser de su esposa, creyendo, además, como desconocedor del derecho, que aquella donación era válida y con todo tal contrato le aprovechó y fué

Digesto, tít. *si quis omissa causa testa*. y por la ley *servo legato*, §. 1.º Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º

(1) La ley *si a pupillo* y la citada ley *regula*, §. *qui ignoravit*.

(2) Del Digesto, tít. *pro donato*.

dispositione non valebat l. nunquam, ff. de usucap. & d. l. 2. §. si a pupillo, ergo ignorantia possessoris in jure qui rem acceperat nec de contractu valido facit invalidum, nec de infirmo & inutili facit firmum, quia hoc in veritate magis est quam in opin.

3. Hinc † infertur veram non esse eam communem sententiam, quod in praescriptione ordinaria error juris non nocet quando concurrit cum errore facti, quam opinionem tenuit Glo. per tex. ibi in d. l. si vir, & ibi Bar. Dyn. num. 40. in c. possessor, de regu. jur. in 6. Bal. in l. 4. C. pro empt. num. 4. Balbus in d. l. Celsus, ff. de usucap. in 4. not. Felinus in cap. de quarta, de praescriptio.

Sed haec communis opinio vera esse non potest, nam si solus error juris impedit usucapionem ordinariam, ergo longe magis impedietur si concurrat error tam juris quam facti, quia duo vincula & c. l. testam. C. de impub. Item est contra l. nunquam, ff. de usucap. l. 2. §. si a pupillo, cum conc. ff. pro empt. ubi possessor errabat in facto, quia emit rem alienam quam venditoris esse putabat, & in jure, quia emit a pupillo existimans quod haberet rerum suarum liberam alienationem, cum non haberet & tamen negatur ibi usucapionem procedere.

4. Ad † d. l. si vir, responde ut diximus, quae responsio longe melior est quam ea quae assignatur a Paulo Castr. in tit. pro donato ad finem & in d. l. nunquam, & per Azonem in summa. C. de juris & facti igno. per Aegidium in cap. vigilanti, de praescrip. num. 47. Felin. nume. 36. in d. c. de quarta, & episcopus Covarru. ubi supra, §. 7. ad finem. Hi enim intelligunt quod in d. l. si vir, ideo error juris non

válido para la prescripción, porque la ignorancia del derecho no perjudica en las usucapiones, cuando el que consigue la prescripción juzgaba que no era válido el contrato, si en realidad lo era; lo mismo, pues, en nuestro caso, compré a un adulto una cosa mueble sin que interviniera decreto, estando en realidad la venta hecha legítimamente; puedo, pues, en razón de esta causa y título conseguir la usucapión aun cuando yo juzgara ser nula la venta, porque en esta materia es mayor el poder de la realidad que el de la opinión. Cosa diversa sucedería, en verdad, si el contrato no se hubiera realizado legítimamente, aunque yo juzgara que era válido, porque este error no hace que subsista en pie aquel contrato que no era válido por disposición de la ley (1). Luego la ignorancia del derecho en el poseedor que recibió la cosa, ni convierte el contrato válido en inválido, ni, por el contrario, hace de un contrato inválido o inútil otro válido, porque en esta materia la verdad prevalece sobre la opinión.

3. De aquí se infiere no ser verdadera aquella común opinión que sostiene que en la prescripción ordinaria el error de derecho no perjudica cuando va unido al error de hecho; opinión que defendió la glosa sobre el texto de la ley *si vir*, como también Bartolo al comentar la misma ley, Dino (2), Baldo (3), Balbo (4) y Felino (5).

Pero esta común opinión no puede ser verdadera; porque si el solo error de derecho impide la usucapión ordinaria, luego con mucha mayor razón se impedirá ésta si concurre el error tanto de derecho cuanto de hecho (6). Además esta opinión es contraria a la ley *nunquam* (7) y a la ley 2.ª, §. *si a pupillo* del Digesto, título *pro emptore*, donde el poseedor incurría en error de hecho por comprar una cosa ajena juzgando que era del vendedor; y en error de derecho, por

(1) Según consta por la ley *nunquam*, Digesto, tít. *de usucap.* y por la citada ley 2.ª, §. *si a pupillo.*

(2) Sobre el cap. *possessor, de regul. juris in 6*, núm. 40.

(3) Comentando la ley 4.ª del Código, tít. *de emptione*, núm. 4.

(4) En la ley *Celsus* del Digesto, tít. *de usucap*, en la 4.ª not.

(5) En el cap. *de quarta, de praescript.*

(6) Según la regla *duo vincula*, etc. y la ley *testamento* del Código, tít. *de impuberum.*

(7) Digesto, tít. *de usucapione.*

nocet, quia errabatur non circa validitatem contractus, sed circa causam validitatis; donatarius enim, bene putabat contractum valere, & verum erat, sed ideo valere existimabat, quod intelligebat, omnem donationem inter virum & uxorem valere non secus quam inter reliquos, & in hoc decipiebatur errore juris, qui non nocet, licet ut ipsi sentiunt noceret si erraret circa validitatem contractus, quod nos omnino negamus asseverantes in terminis d. l. si vir, valiturum esse contractum etiamsi donatarius existimaret non valere, itaque licet vir donatarius juris esset conscius, sciretque donationem inter virum & uxorem regulariter non valere, remque illam sibi ab uxore donatam putasset uxoris esse, non autem alienam, adhuc valeret donatio, & procederet usucapio per generalitatem illius text. qui non facit vim in errore donatarii circa jus, & id subaudire est intolerabilis divinatio, & suppletio ad illum tex. ergo intelligamus maritum ibi rem donatam uxoris esse intellexisse, cum esset aliena, sicque errasse in facto, & similiter intellexisse vetitam esse donationem, inter virum & uxorem, & nihilominus rem accepisse, sicque habuisse scientiam rei alienae hoc modo, quia rem uxoris esse putabat cum esset aliena, & putabat non jure sibi fuisse donatam & traditam, sicque in bona fide non erat, existimans se possidere rem quae adhuc uxoris maneret etiam post donationem & traditionem, adhuc tamen usucapere eam potest jure civili, quia revera illa donatio valuit, & illa mala fides vel mala fides non est, vel si est, non tamen nocet quoad praescriptionem propter consensum domini accedentem, itaque ibi contingit praescri-

haberla comprado a un pupilo, juzgando que éste tenía libre facultad de enajenarla, cuando en realidad no la tenía, y con todo se niega en dicha ley que tenga lugar la usucapión.

En cuanto a la citada ley *si vir*, puedes responder como nosotros lo hemos hecho. Respuesta que nos parece mucho más acertada que la que dan Pablo de Castro (1), Azón (2), Gil (3), Felino (4) y Covarrubias (5). Porque todos estos autores entienden, que el no perjudicar el error de derecho, a que se refiere la citada ley *si vir*, es porque el error versaba no sobre la validez del contrato, sino sobre la causa de la validez;porque el donatario juzgaba ciertamente que el contrato era válido, y así era en verdad; pero él juzgaba que era válido por creer que toda donación entre marido y mujer es válida al igual que entre otras personas y en ésto se equivocaba por error de derecho que no perjudica, aunque según el sentir de dichos autores, le perjudicaría si el error versara sobre la validez del contrato, cosa que nosotros negamos de plano, sosteniendo que según los términos de la citada ley *si vir*, sería válido el contrato, aun cuando el donatario juzgara que no lo era. Así pues, aun cuando el donatario fuera versado en derecho, y supiera que ordinariamente no es válida la donación entre marido y mujer y creyera que aquella cosa que la mujer le donaba pertenecía a ésta y no a otro, aún sería válida la donación y tendría lugar la usucapión conforme al sentido general de aquel texto que no hace para nada hincapié en que el error del donatario sea error de derecho, luego el sobreentenderlo nosotros así sería una intolerable interpretación y una ampliación caprichosa de aquel texto. Así pues, hemos de entender que el marido, de quien trata aquella ley, creía que la cosa donada era de su esposa, siendo así que no lo era, y por consiguiente que incurría en error de hecho; igualmente que sabía estar prohibida la donación entre marido y mujer y, sin embargo, él recibió aquella cosa, y por tanto que tenía conocimiento de que la cosa era ajena de este modo, cuanto que juzgaba 4.

(1) En el tít. *pro donato* al final y en la ley *nunquam*.
(2) *In Summa*, Código, *de juris et facta ignorantia*.
(3) En el cap. *vigilanti, de praescript.*, núm. 47.
(4) En el núm. 56 sobre el citado cap. *de quarta*.
(5) *Ubi supra*, §. 6, al final.

ptio, quia affuit possessio & affuit titulus revera sufficiens licet donatarius eum tit. insufficientem putasset, cujus error non obest aut enervat veritatem, affuit etiam bona fides, quia in mala fide non est, qui possidet rem alienam scienter, si scit se habere domini voluntatem, ut probatur ibi & expressius in l. si id quod, ubi elegans text. ff. pro derelicto ibi, quasi volente & concedente domina: ergo in d. l. si vir, nihi deerat ad usucapionis requisitum cum adessent possessio titulus & bo. fides, sicque ut ibi contingeret praescriptio non erat necesse quod donatarius errasset in causa validitatis contractus, licet aliud & diversum sentiant Paulus & alii quos proxime retulimus.

5. Unde contra ipsos facio talem conclusionem: si res aliena viro ab uxore donata est, virque errabat bis in facto, quia & rem uxoris esse putabat, & illum contractum ob eundem facti errorem putabat non valere, praescribere poterit: quae conclusio contra ipsos probatur, primo per d. l. si vir, si generaliter prout debet intelligatur, secundo in d. l. si id quod in decissione, tertio ibidem in ratione decidendi, quarto in d. l. regula, §. primo, quinto in d. l. 2. §. si sub cond. versi. contra ff. pro emptore, sexto ibid. in ultimo responso, septimo in l. loci corpus, ff. de acq. rerum dominio, octavo in l. 1. §. si legatarius juncta sua Glo. ff. ad leg. Falc. Denique donatio inter virum & uxorem valet, quoad posses. l. 1. §. si vir, ff. de acqui. poss. ergo etiansi uxor viro rem propiam donasset eum faceret justum possessorem, licet dominum non faceret, sicque praescriberet.

que la cosa pertenecía a su esposa, siendo así que era ajena, juzgando igualmente que no era conforme a derecho el que se le hubiera donado y entregado a él, y por consiguiente careciendo de buena fe al juzgar que poseía una cosa que seguía siendo de su esposa aun después de la donación; y, sin embargo, podría, según el derecho civil, conseguir la usucapión de aquella cosa, porque en realidad aquella donación fué válida, y aquella mala fe, o no es realmente mala fe, o si lo es, no perjudica, sin embargo, para la prescripción, por ir acompañada del consentimiento del dueño. Así pues, en dicho caso tiene lugar la prescripción, porque existió posesión y a la vez título en realidad suficiente, aun cuando el donatario le creyera insuficiente, pero tal error no impide ni destruye la verdad; existió también buena fe, porque no se halla en mala fe, quien a sabiendas retiene la posesión de una cosa ajena, si sabe que la posee con el consentimiento del dueño, conforme se prueba en tal ley y más expresamente en la ley *si id quod* (1), texto notable, en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña»; así pues, en la citada ley *si vir*, no faltaba requisito alguno para la usucapión, puesto que existía posesión, título y buena fe, y por tanto para que tuviera lugar la prescripción no era preciso que el donatario errara en cuanto a la causa de la validez del contrato, aunque otro y diverso sea el sentir de Pablo y de otros autores que hace poco hemos nombrado.

Por consiguiente, contra dichos autores dejo asentada 5.
esta conclusión: que si la esposa hizo donación a su marido de una cosa de otro, y el marido incurría en doble error de hecho, por juzgar, por una parte, que aquella cosa era de su esposa, y por otra, al juzgar por error igualmente de hecho que aquel contrato no era válido, que podrá conseguir la prescripción; conclusión que se prueba contra dichos autores: primero, por la citada ley *si vir* si se entiende generalmente, como debe entenderse; segundo, por la ley *si id quod*, en la decisión; tercero, por la razón que se expresa en dicha decisión; cuarto, por la citada ley *regula*, §. primero; quinto, por la ley 2.ª, §. *si sub conditione*, versículo *contra*, Digesto, título *pro emptore;* sexto, *ibidem* en la última respuesta; séptimo, por la ley *loci corpus*, Digesto, título *de*

(1) Digesto, tít. *pro derelicto*.

6. Subinfertur verum † non esse intellectum quem ad d. l. si vir, assignant ibi Jacob. de Arena & Albericus, ajunt enim quod ibi erat possessio & titulus verus & legitimus & in hoc recte: & licet donatarius errasset in jure existimans ibi donationem non valuisse, tamen is error non excludit bonam fidem, & sane, quod non excludat bonam fidem agnosco, sed nego juris errorem interfuisse, quia ipsi intelligunt quod donatarius putabat, donationem valere ductus errore juris, ego intelligo quod putabat non valere deceptus errore facti, sciebat enim jus, quod praecipit donationem inter virum & uxorem non valere, quando uxor viro rem suam donabat, ipse autem putabat eam donationem, ideo non valuisse, quia non res aliena, sed ipsius uxoris donata esset, sicque ibi non in jure, sed in facto tantum erravit, & similiter ibi bona fides profecta fuit ab illo errore facti, non quidem ab errore juris, ergo Albericus & Jaco. de Arena bis errasse videntur, primum, quia existimarunt ibi bonam fidem ab errore juris emanasse, cum non effluxerit nisi ab errore facti, deinde, quia virum in jure errasse crediderunt, cum in facto tantum, non etiam in jure errasset.

7. Subinfertur † verus intellectus ad l. si id quod ff. pro derelicto versic. nam & si, cujus verba, ita habent, nam & si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente & concedente domina id faceres, idem juris est, scilicet ut usucapere possem & Gloss. ibi quam simpliciter sequuntur Dynus, Jacob. de Arena. Barto. Alberi. & Pau. ibi & alii communiter duos assignat intellectus, primus est

acquir. rerum dominio; octavo, por la ley 1.ª, §. *si legatarius* con su glosa, Digesto *ad legem Falcidiam.* Finalmente, la donación entre marido y mujer es válida en cuanto a la posesión (1), por consiguiente, si la esposa hubiera hecho donación de una cosa propia a su marido, le haría justo poseedor de aquélla, aun cuando no le haría dueño, y por tanto conseguiría la prescripción.

Infiérese de esto último no ser verdadero el sentido que atribuyen a la citada ley *si vir*, al comentarla, Jacobo de Arenas y Alberico, porque dicen que en ella existía posesión y título verdadero y legítimo, en lo que dicen verdad; y continúan, que aunque el donatario hubiera incurrido en error de derecho, juzgando que en aquel caso no era válida la donación, que dicho error no excluía la buena fe. Ciertamente concedo que no excluya la buena fe, pero niego que haya existido error de derecho, porque dichos autores juzgan que el donatario creía ser válida la donación llevado de error de derecho, y yo juzgo que creía no ser válida la donación engañado por error de hecho, porque conocía la disposición del derecho que ordena no sea válida la donación entre marido y mujer, cuando la esposa hace donación al marido de una cosa propia suya; y él juzgaba no ser válida tal donación porque se le había hecho donación no de una cosa ajena, sino de una propia de su esposa; y por tanto en tal caso incurrió no en error de derecho, sino sólamente de hecho; del mismo modo la buena fe nació en dicho caso de aquel error de hecho, no de error de derecho, por lo que Alberico y Jacobo de Arenas parecen haber incurrido en doble error, primero, al juzgar que allí la buena fe procedió de error de derecho, cuando en realidad nació de error de hecho; segundo, al creer que el marido incurrió en error de derecho, siendo así que sólo fué en error de hecho y no de derecho. 6.

Infiérese también el verdadero sentido de la ley *si id quod* (2), versículo *nam etsi*, cuyas palabras son de este tenor: «porque si sabiéndolo, comprase lo que te donó la mujer, se dirá lo mismo, ya que hiciste ésto como por voluntad y concesión de la dueña», es decir, que podría con- 7.

(1) Según la ley 1.ª, §. *si vir*, Digesto, tít. *de acquir. possessione.*
(2) Del Digesto, tít. *pro derelicto.*

quod ibi uxor quae donavit marito non erat domina rei donatae, quia eam pro derelicto habitam a non domino accepit, sicque ejus dominium nacta non fuit, & consequenter dominium ejus rei in maritum donatarium non transtulit l. nemo plus, ff. de reg. jur. c. nemo potest plus, de reg. jur. in 6. unde cum ego sciens a marito emissem, nec dominium acquirere potuissem, quaesivi usucapiendi conditionem, sed in re dubia quisque praesumitur suum non alienum alienare, per tot. C. de reb. ali. non alien. l. merito, in prin. ff. pro socio, sicque dicere quod ibi uxor marito alienum alienavit, praeterea quod est divinare, est etiam contra legis praesumptionem, unde Glos. transvolat ad secundum intellectum, ut ibi venditio, ideo valeret, quia uxor erat praesens & consentiens huic venditioni tempore quo fiebat, sicque ipsamet per mediam personam viri vendidisse videretur, sicque emptor non haberet malam fidem aut scientiam rei alienae cum ab ipsa uxore quam dominam putabat videatur emisse.

Sed & is intellectus cum quo simpliciter omnes ibi transeunt, divinat uxorem esse praesentem tempore quo maritus mihi donabat. Dic ergo quod sive res illa esset uxoris non fieret mariti donatarii, quia per hoc uxor efficeretur pauperior l. si vir, ff. pro donato, sive esset aliena non fieret mariti, quia uxor non posset dominium quod non habebat transferre in maritum donatarium l. nemo plus, ff. de reg. jur. d. c. nemo potest plus, in re autem dubia magis est ut uxorem donantem dominam fuisse rei donatae praesumamus per jura supra allegata, quod plane significat tex. ille dum ait quia quasi volente & concedente domina, sic ergo maritus

seguir la usucapión; la glosa en dicha ley, glosa que simplemente admiten Dino, Jacobo de Arenas, Bartolo, Alberico, Pablo y comúnmente otros autores, señala dos sentidos: primero que en tal lugar la esposa cuando hizo la donación al marido no era dueña de la cosa que donaba, porque ella la recibió al hallarla abandonada *[pro derelicto]* por el que no era su dueño, y por consiguiente la mujer no obtuvo la propiedad de la misma y por lo tanto no pudo conferir al donatario, su marido, el dominio sobre dicha cosa (1); por lo cual habiendo yo comprado, sabedor de ésto, dicha cosa al marido, y no habiendo podido adquirir la propiedad, adquirí la posibilidad de la usucapión. Mas en verdad, cuando existe duda, se presume que lo que una persona enajena, es suyo y no de otro, según consta por varias leyes (2), y por tanto el afirmar que en este caso era ajena la cosa que la mujer donaba al marido, además de ser una interpretación caprichosa, va contra la presunción de la ley. Por ésto la glosa pasa en seguida a esta segunda explicación, es decir, que la razón de ser válida la venta en dicho caso, es porque la esposa se hallaba presente al realizarse ésta y consentía en ello, y por tanto se reputa como si ella misma realizara la venta por intermedio de su marido y por consiguiente el comprador ni tendría mala fe, ni conocimiento de ser ajena aquella cosa, ya que parecería comprarla a la misma esposa a quien tenía por verdadera dueña.

Pero también esta explicación, que sin el menor reparo admiten todos los autores al comentar dicha ley, supone caprichosamente que se hallaba presente la esposa al tiempo de entregarme el marido lo comprado. Sostendrás pues, que en el caso en que aquella cosa fuera propiedad de la mujer, no pasaría a ser del donatario su marido, porque con ello la mujer se empobrecería, contra lo que dispone la ley *si vir*, Digesto, *pro donato*, y en el caso en que fuera de otro, no pasaría tampoco a propiedad del marido, porque no podría la mujer traspasar al donatario, su marido, un dominio

(1) Conforme a la ley *nemo plus* del Digesto, tít. *de regulis juris* y al cap. *nemo potest plus, de reg. juris* in 6.°

(2) Así aparece por todo el tít. *de rebus alienis non alienandis* del Código y por la ley *merito* del Digesto, tít. *pro socio*.

eam rem cujus dominium non habebat vendidit mihi qui eam praescribere possum ut tex. ait, nam hic adest possessio, adest etiam titulus venditionis, adest etiam bona fides, nam, licet ego scirem hanc rem a marito mihi venditam, mariti non fuisse, sed uxoris fuisse & nunc esse, tamen sciebam maritum eam possedisse non invita uxore, sed volente (ex illo enim contractu a lege improbato fuit ab uxore in maritum donatarium translata possessio l. 1. §. si vir, ff. de acq. poss.) sciebamque eam possessionem in me transtulisse similiter volente & concedente uxore, quae cum rem illam marito donatam vellet, voluit etiam ut ille de illa libere disponere posset, ut per totum. C. de donati. quae sub modo, sicque ego non eram in mala fide, quia ut qui possidet rem alienam videatur malam fidem habere, oportet vel quod sciat certo se alienum possidere invito domino, vel quod simus in dubio, quo casu dominus praesumitur invitus l. vetare, ff. de furt.

Diversum est cum is possessor possidet alienum de voluntate domini vel certa vel praesumpta, prout erat in terminis d. l. si id quod, quia tunc malam fidem non intelligitur habere cum domino non invito alienum possideat, probatur in §. 1. inst. de obliga. quae ex delicto, ubi tunc demum is qui contrectat rem alienam mobilem videtur malam fidem habere, cum id facit invito domino, non sic si eo non invito contrectet, tunc enim nec videtur regulariter malam fidem habere, nec facit furtum, ut ibi in tex. & en Glo. Neque ad rem pertinet quod qui contra jura mercatur bonam fidem non praesumatur habere cap. qui contra. de reg. jur.

que ella no tenía (1); y finalmente, si existía duda, es más fundada la presunción de que la esposa donante era dueña de la cosa donada, según se desprende de las leyes antes citadas, y lo da claramente a entender dicho texto en las palabras «porque como por voluntad y concesión de la dueña... etc.». Así pues, el marido me vendió aquella cosa sobre la que no tenía él la propiedad, y de la que yo puedo conseguir la prescripción, según es manifiesto por el texto. Porque existe posesión, existe también título de venta y finalmente buena fe. Porque aun cuando yo supiera que la cosa que el marido me vendía no era suya, sino que había pertenecido y pertenecía a su esposa, sabía, sin embargo, que el marido la había poseído no contra la voluntad de su esposa, sino con su consentimiento (pues en virtud de aquel contrato, prohibido por la ley, la mujer traspasó al donatario su marido la posesión) (2); y sabía igualmente que el marido me había traspasado aquella posesión con la voluntad y concesión de su mujer, quien, al querer hacer donación a su marido de aquella cosa, quiso también que éste pudiera disponer libremente acerca de la misma (3); no me hallaba por tanto en mala fe, porque para que el que posee una cosa ajena se repute hallarse en mala fe, es preciso que sepa de cierto que posee esa cosa ajena contra la voluntad del dueño, o por lo menos que abrigue duda, en cuyo caso se presume contraria la voluntad del dueño (4).

Cosa diversa ocurre cuando el poseedor retiene la posesión de lo ajeno con el consentimiento cierto o presunto del dueño, como sucede conforme a los términos de la ley *si id quod*, porque en tal caso no se considera estar en mala fe, puesto que posee lo ajeno, pero no contra la voluntad del dueño. Prueba esto mismo el §. 1.° de la Instituta *de obligat. quae ex delicto*, donde vemos que en último término sólo se considera estar en mala fe el que sustrae una cosa ajena mueble, cuando lo ejecuta contra la voluntad del dueño, pero no cuando el sustraerla no es contrario a la voluntad de aquél, ya que en este caso ni se considera ordinariamente

(1) Conforme a la ley *nemo plus* del Digesto, tít. *de regul. juris* y al cap. *nemo plus*.

(2) Según la ley 1.ª, §. *si vir*, Digesto, tít. *de acquir. possessione*.

(3) Como consta por todo el tít. *de donat. quae sub modo* del Código.

(4) Según la ley *vetare* del Digesto, tít. *de furtis*.

in 6. l. quemadmodum, C. de agri & censi. lib. 11. unde cum ego in terminis d. l. si id quod, sciens a marito emissem rem quam uxoris esse non ignorabam, videor contra jura mercari, sicque bo. fide carere. Sed respon. dic. ca. qui contra, & dic. l. quemadmodum, procedere quando jus resistit, non sic quando non assistit, prout est in donatione inter virum & uxorem ut docet Bart. in l. si quis pro eo, ff. de fidejussorib. qui inde deducit hanc donationem firmari juramento, cujus opinio communiter approbata est ut disseruimus lib. de suc. crea. parte. 1. §. 29. n. 11. tunc enim cum jus non assistit alicui actui nec ei condonat actionem, qua possit exequi & ad effectum produci, qui talem actum cui lex non assistit facit non videtur malam fidem habere, non magis quam si faceret actum a lege permissum, ita intelligo d. l. si id quod, simile per Bart. in l. sed & si lege. §. scire, ff. de peti. haere.

Item responde quod d. c. qui contra, & d. l. quemadmodum, cum conc. procedunt in iis quae vetantur principaliter propter publicam utilitatem, nam qui contra talem prohibitionem contrahit bonam fidem non praesumitur habere, non sic in iis quae vetantur propter utilitatem principaliter privatam ipsius prohibiti, qualis est donatio inter virum & uxorem secundum Barto. in d. l. si quis pro eo, quem communiter Doct. sequuntur ut diximus in d. tract. part. 1. nam qui facit contractum a lege vetitum propter utilitatem principaliter privatam, non videtur habere malam fidem, accedente consensu expresso vel tacito illius cujus favore is actus vetitus fuit, ita procedit d. l. si id quod, sicque utilissime &

estar en mala fe, ni cometer hurto, conforme consta por el texto y la glosa en el citado lugar. Ni ofrece dificultad alguna el que, quien compra contra la disposición de las leyes, no se presume proceder de buena fe, según consta por el capítulo *qui contra* (1) y por la ley *quemadmodum* (2); por consiguiente, habiendo yo a sabiendas, conforme al sentido de la ley *si id quod*, comprado al marido una cosa que no ignoraba ser de su esposa, parece que realizo una compra contra las leyes y por tanto que carezco de buena fe. Pero respondo que el citado capítulo *qui contra* y la citada ley *quemadmodum*, tienen cumplimiento cuando se trata de una ley resistente, pero no cuando es meramente no favorable, cual es la que se refiere a la donación entre marido y mujer, según lo enseña Bartolo al comentar la ley *si quis pro eo* (3), de donde deduce que dicha donación se afianza con el juramento, opinión comúnmente aprobada, según lo hemos expuesto en nuestra obra *de success. creatione* (4). Porque en el caso en que el derecho no apoya algún acto, ni le otorga acción por la que pueda realizarse y ser llevado a efecto, quien ejecuta dicho acto que la ley no apoya, no se considera hallarse en mala fe, al igual que si realizase un acto permitido por la ley, y así entiendo la citada ley *si id quod* (5).

En segundo lugar responderás que el citado capítulo *qui contra* y la citada ley *quemadmodum*, *cum conc.* tienen cumplimiento en aquellas cosas que se prohiben principalmente por la pública utilidad, puesto que quien contrata contra tal prohibición no se presume tener buena fe, pero no sucede lo mismo en aquellas cosas que se prohiben principalmente por la utilidad particular de la misma persona a quien se dirige la prohibición, lo que ocurre con la donación entre marido y mujer, según lo expone Bartolo (6), a quien siguen comúnmente los doctores, conforme lo hemos expuesto en el citado tratado, parte 1.ª. Porque quien realiza un con-

(1) *De regulis juris in* 6.°
(2) Del Código, tít. *de agricolis et censitis.*
(3) Del Digesto, tít. *de fidejussoribus.*
(4) En la parte 1.ª, §. 29, núm. 11.
(5) Parecida solución da Bartolo en la ley *sed etsi lege*, §. *scire*, Digesto, tít. *de pet. haereditatis.*
(6) En la citada ley *si quis pro eo.*

mirum in modum limitatur & declaratur materia bonae fidei quae in praescriptionibus exigitur, quod & novum est, & procedit etiam de jure canonico, non secus quam de jure civili, nam quod jura canonum ajunt, malae fidei possessorem eum esse, qui alienum sciens possidet cap. vigilanti, ca. fi. de praescrip. c. si virgo. 34. q. 2. id sane intelligendum est dummodo alienum possideat invito domino, quod in dubio praesumitur d. l. vetare, non sic si domino volente possideat alienum, quod praesumitur quando dominus eam rem alienavit, licet propter suammet utilitatem alienare vetitus esset, tunc enim tam is in quem ipse prohibitus alienavit quam reliqui omnes qui a priore accipiente acceperunt, bonam fidem videntur habere, quasi omnes de illius domini prohibiti voluntate possidere videantur per d. l. si id quod. Diversum forte esset si quis alienare a lege vetitus sit etiam ob privatam principaliter utilitatem non ipsius quidem prohibiti, sed alterius tertii, puta in terminis l. filiusfamilias,

8. §. divi, ff. de lega. 1. † ergo si quod alumno minus industrioso propter suammet utilitatem reliquit alienare prohibuit, ut fuit in l. Titio centum, in prin. ff. de cond. & dem. ipseque sciens ab illo emi, non videbor malam fidem habere, licet is titulus illegitimus sit, ut ibi, & consequenter licet quasi ex defectu tituli cesset praescriptio ordinaria decem vel viginti annorum, erit tamen locus praescriptioni triginta annorum in qua titulus non exigitur, sed tantum bona fides hodie de jure canonico, quae hac in re minime defuisse videtur, ut in d. l. si id quod, sicque mire declarantur d. c. vigilanti, & d. c. fi. de praescr. l. bonae fidei, ff. de verb. sign. l. unica, de usuc. trans. cum similibus.

trato que la ley prohibe, principalmente por la utilidad particular, no parece hallarse en mala fe, si concurre el consentimiento expreso o tácito de aquella persona en cuyo favor se prohibió tal acto, y tal es el sentido de la citada ley *si id quod*, con lo que de un modo admirable y con la mayor utilidad queda limitada y declarada la materia de la buena fe que se exige en las prescripciones. Exposición nueva por una parte y por otra no menos conforme al derecho canónico que al derecho civil. Porque lo que afirman las leyes canónicas que es poseedor de mala fe el que posee algo ajeno a sabiendas de que lo es (1), ésto se ha de entender, siempre que lo posea contra la voluntad del dueño, lo que en caso dudoso se presume (2); pero no, si posee lo ajeno con el consentimiento del dueño, cosa que se presume cuando el mismo dueño enajenó una cosa suya, aun cuando por su propia utilidad le estuviera prohibido el enajenarla, porque en este caso tanto aquél que recibió la cosa de quien tenía prohibida la enajenación, cuanto todos los restantes que después la recibieron del primer poseedor, se consideran estar en buena fe, reputándose como si todos ellos retuvieran la posesión con el consentimiento de aquel dueño a quien la prohibición se refería. Tal vez otra sería la solución si la ley prohibiera a alguno la enajenación principalmente por la utilidad particular, pero no de la persona a quien se prohibía, sino de un tercero, como por ejemplo sucedería según el sentido de la ley *si filiusfamilias* (3); luego si una 8.
persona prohibió a un alumno menos industrioso y por la propia utilidad de éste el enajenar lo que le dejó, como aparece en la ley *Titio centum* (4), y yo sabiendo ésto se lo compré, no por eso se considerará que estoy en mala fe, aun cuando este título sea ilegítimo, como aparece por dicha ley, y por consiguiente aun cuando cese la prescripción ordinaria de diez o de veinte años como por falta de título, pero tendrá lugar la prescripción de treinta años para la que no se exige título alguno, sino sólamente buena fe, atendido el derecho canónico y esta buena fe no parece haber faltado de

(1) Conforme al cap. *vigilanti*, al cap. final *de praescript.* y al cap. *si virgo*, 33, cuest. 2.ª

(2) Conforme a la ley *vetare*.

(3) En el § *divi*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º

(4) En la introducción de dicha ley, Digesto, tít. *de cond. et demonstrat.*

9. Sicque † si servos filio minori legavi qui erant perfectae artis periti propterque illam peritiam eos alienare vetui, quo casu valet ea prohibitio l. 2. C. pro emptore, isque filius scienti donavit, vendidit aut dotis nomine dedit, is quidem titulum legitimum non habet, sed bonam fidem habere non desinit, sicque cessabit ordinaria praescriptio, quae legitimum titulum desiderat d. §. si a pupillo, in l. 2. ff. pro empt. cum simi. sed locus erit praescriptioni triginta annorum quae titulum non desiderat, sed sola bona fide contenta est, quae hic adesse intelligitur, per quod mirum in modum declarantur d. ca. vigilanti, & d. c. fi. & l. sicut l. omnes l. si quis emptionis, l. cum notissimi, C. de praescrip. 30. anno.

10. Diversum † sane esset si rem sub conditione legatam ego pendete conditione scienter emissem ab haerede, & postquam eam per ann. 30. possedissem conditio extitisset eamque a me legatarius vendicasset, tunc enim nove aut nova ratione teneo me tueri praetextu praescriptionis non posse, nec praescripsisse, non quidem longo tantum tempore ut expressum est in l. fina. §. sin autem sub conditione. C. commu. de lega. nec etiam longissimo, quia licet in hac praescriptione titulus non exigatur d. l. sicut, cum concor. tamen hodie exigitur bona fides per d. c. vigilanti, & d. c. fina. quae hic adesse non videtur, quia licet pendente conditione verum sit possedisse me de voluntate domini, sicque bonam fidem habeam respectu ipsius, habeo tamen malam fidem respectu alterius, scilicet legatarii, sicque cessat praescriptio, per quam declarationem pulchre ampliatur d. §. sin autem, & d. c. fin. & d. c. vigilanti.

ningún modo en nuestro caso (1); lo que es una admirable declaración de varias disposiciones legales (2).

9. Por consiguiente, si yo a un hijo menor le legué algunos siervos, perfectos artífices, y a causa de aquella pericia le prohibí su enajenación, en cuyo caso es válida tal prohibición, según la ley 2.ª del Código, título *pro emptore*, y dicho hijo los donó, vendió o dió a título de dote a quien conocía aquella prohibición, éste no tiene en verdad título legítimo, pero no deja de estar en buena fe y por consiguiente cesará la prescripción ordinaria que exige título legítimo (3); pero tendrá lugar la prescripción de treinta años que no exige título, sino que considera suficiente la buena fe, que no falta en este caso propuesto. Esta doctrina aclara de un modo admirable varias disposiciones (4). Otra cosa sería si yo

10. hubiera comprado al heredero una cosa que se había dejado como legado a otro bajo condición y a sabiendas de que tal condición estaba aun pendiente, y después de haberla poseído durante treinta años, habiéndose cumplido la condición me la reivindicara el legatario; porque en este caso defiendo, movido por un argumento no expuesto hasta ahora, que no puedo defenderme a pretexto de prescripción, más aún, que ésta no ha tenido lugar, no ya por el trascurso de solo largo tiempo (5), pero ni aun por el de larguísimo tiempo, porque aun cuando en esta prescripción no se exija título (6), sin embargo, hoy en día se exige buena fe por la disposición del citado capítulo *vigilanti* y por el capítulo último *de praescript.* y esta buena fe parece faltar en dicho caso; porque aun cuando sea verdad que estando pendiente la condición tuve la posesión con el consentimiento del dueño y por tanto estaba en buena fe con

(1) Como consta en la citada ley *si id quod*.

(2) Tales son: el cap. *vigilanti*, el cap. final *de praescript.*, la ley *bonae fidei*, Digesto, *de verb. significatione* y la ley única *de usucap. transformanda* con otras semejantes.

(3) Conforme al §. *si a pupillo* en la ley 2.ª del Digesto, *pro emptore* con otras semejantes.

(4) El cap. *vigilanti*, el cit. cap. final *de praescript*, las leyes *sicut, omnes, si quis emptionis, cum notissimi*, todas del Código, *de praescriptione 30 annorum*.

(5) Según se ha hecho constar sobre la ley final, §. *sin autem sub conditione* del Código, tít. *commun. de legatis*.

(6) Según la ley *sicut, cum concord*.

11. Ex † superioribus etiam apparet Glo. in l. Pomponius, §. si jussu, ff. de acq. poss. non jure notatam fuisse ab episcopo Covar. viro alioquin dissertissimo, ea enim Glo. ait quod in terminis d. l. si vir, ff. pro donato cessat regula l. clavibus ff. de contrah. emp. nam inquit uxor cum domina non est, & marito donavit, transfert in eum usucapiendi conditionem, & tamen si domina esset, dominium non transferret quod verissimum est & probatur in d. l. si vir, quod improbat ipse episcopus, dicens quod ibi uxor si traderet propriam rem, dominium in maritum transmitteret, quod est contra totum titulum ff. & C. de dona. inter virum & uxo. unde illud verbum incuria lapsum aut errore librariorum depravatum credendum est.

Ex superioribus maxime ex intellectu quem signavimus ad d. l. si id quod ff. pro derelicto, & l. si vir, ff. pro donato

12. patet vera resolutio illius articuli sat controversi † an mala fides respectu unius impediat praescriptionem respectu alterius, quale est cum fundum alienum sciens possidebam, qui quidem fundus revera tuus erat, sed eum Sempronii esse falso opinabar, & hac in re ajunt Bart. in l. naturaliter, ff. de usucapionibus, nume. 11. & apertius, nume. 14. tenuisse procedere usucapionem, nec illam scientiam rei alienae impedimento esse, quod ex mente videtur esse Glo. fi. in l. si quis fundum, ff. de acquir. possess. & Glo. in l. sicut. C. de praescript. 30. annorum, & Bart. ita intellexerunt Aegidius Bellamera in c. vigilanti, num. 35. de praesc. Antonius, col. fi, & Felinus, col. 1. in c. fin. de praesc. ubi Imola, num. 25. & hanc Bar. opinionem sic intellectam communem

respecto al mismo, sin embargo, con respecto al otro, es decir, al legatario, estoy en mala fe y por tanto cesa la prescripción, ampliándose de un modo notable por esta declaración el sentido del §. *sin autem*, del citado capítulo final y del capítulo *vigilanti*.

11. Es también manifiesto por lo expuesto, no haber sido justamente impugnada por el obispo Covarrubias, varón, por otra parte, de gran penetración, la glosa de la ley *Pomponius* (1), pues dice dicha glosa que conforme a los términos de la ley *si vir* (2), cesa la regla de la ley *clavibus* (3); porque, añade, cuando la esposa hizo una donación al marido de lo que ella no era dueña, trasfiere al marido la posibilidad de la usucapión, y, sin embargo, si fuera dueña, no le trasferiría el dominio; doctrina sumamente verdadera y que se prueba por la ley *si vir* y que, sin embargo, combate el dicho obispo afirmando, que si la mujer en dicho caso entregara una cosa propia suya, trasferiría al marido la propiedad, lo que es contra todo el título *de donatione inter virum et uxorem* del Digesto y del Código. Por lo que hemos de creer que aquella palabra es debida a un descuido del autor, o a un error de impresión.

12. De lo expuesto y principalmente del sentido que hemos dado a las dos leyes *si id quod* (4) y *sir vir* (5), aparece clara la solución a aquel artículo tan debatido, a saber, si la mala fe con respecto a una persona, impide la prescripción con respecto a otra; como sucedería en el caso en que poseyera un fundo ajeno a sabiendas de que lo era, fundo que siendo en realidad tuyo, juzgaba yo falsamente pertenecer a Sempronio. Sobre este punto afirman los autores haber sostenido Bartolo, en el número 11, y más claramente en el número 14, al comentar la ley *naturaliter* (6), tener lugar la usucapión, sin que fuera impedimento el conocimiento de ser ajena aquella cosa, lo que parece ser conforme a la mente de la glosa final en la ley *si quis fundum* (7) y de la glosa en la

(1) En el §. *si jussu*, Digesto, tít. *de acquir. posses.*
(2) En el tít. *pro donato* del Digesto.
(3) Del Digesto, tít. *de contrahenda emptione*.
(4) Del Digesto, tít. *pro derelicto*.
(5) Del Digesto, tít. *pro donato*.
(6) Del Digesto, tít. *de usucapionibus*.
(7) Digesto, *de acquir. possessione*.

esse firmat Balbus de praesc. in 3. par. 6. part. princip. q. 2. versic. tertio Socinusque idem firmat consi. 47. lib. 3. col. fin. quod & firmat Joan. Anibal in d. l. naturaliter, num. 156. & hanc Bartoli opinionem simpliciter sequuntur Imo. in d. l. si quis fundum. Ancha. in cap. 1. de praesc. in 6. Salicetus in l. cum notissimi. §. imo, C. de praesc. 30. annorum, qui tamen sententiam suam non satis aperiunt, sed Bar. simpliciter sequuntur.

Contrariam partem ut qui alienum sciens possidet is licet circa verum dominum illius rei erret dum eum Sempronii esse putaret, cum tuus esset, non possit praescribere contra te, nec contra Sempronium, aut alium, tenent Abb. in d. c. illud, num. 8. Aretin. nume. 56. in l. 1. §. item acquirimus, ff. de acq. possess. Idem Aretin. in l. 3. §. Neratius, col. fin. Idem in l. Pomponius, §. ex facto, eod. titu. Vincentius Hercul. in d. §. item acquirimus, nume. 24. Aretin. consi. 17. col. 9. Balbus ubi supra Annib. ubi supra, nu. 160. Bellamera ubi supra Annib. ubi supra & Socinus in d. §. item acquirimus, & Claudius in d. l. naturaliter, col. 3. & hanc opinionem sequitur & firmat esse magis communem episcop. civita. Rod. in c. possessor, par. 2. §. 8. ad fin. de regu. juris in 6.

Moventur tenentes hanc posteriorem partem, quia malae fidei possessor is est qui possidet alienum scienter, isque nullo tempore praescribit c. fin. de praescrip. c. vigilanti, eod. ti. cap. si virgo. 34. q. 2. ubi quandiu quis ignorat alienum se possidere tandiu & non diutius potest intelligi bonae fidei possessor, & tandiu & non diutius potest praescribere, nec dubium est, quin is haberet scientiam rei alienae

ley *sicut* (1). De este modo entendieron la doctrina de Bartolo, Gil Bellamera (2), Antonio, Felino e Imola (3), afirmando Balbo (4), que esta opinión de Bartolo, así entendida, era opinión común, lo mismo que sostienen también Socino (5) y Juan Aníbal (6). Siguen simplemente esta opinión de Bartolo, Imola (7), Ancarano (8) y Salicet (9), quienes, sin embargo, no descubren abiertamente su sentir, sino que siguen simplemente el de Bartolo.

La opinión contraria, a saber, que quien posee una cosa ajena a sabiendas, aun cuando incurra en error acerca del verdadero dueño de ella, al juzgar que pertenecía a Sempronio cuando en realidad era tuya, que no pueda conseguir la prescripción ni en perjuicio tuyo, ni de Sempronio, ni de otro tercero, la defienden el Abad (10), el Aretino (11), Vicente Hercul. (12), Balbo (13), Aníbal (14), Bellamera (15), Socino (16) y Claudio (17) y el obispo de Ciudad-Rodrigo que sigue esta opinión diciendo ser más generalmente admitida (18).

La razón en que se fundan los defensores de esta última parte, es la siguiente: que quien posee algo ajeno a sabiendas, es poseedor de mala fe, y tal poseedor no consigue la prescripción por ningún trascurso de tiempo, según consta

(1) Del Código, tít. *de praescript 30 annorum.*

(2) En el cap. *vigilanti*, núm. 35, *de praescript.*

(3) El primero en la colum. final, Felino en la col. primera e Imola en el núm. 25 sobre el cap. final *de praescript.*

(4) *De praescript.*, en la 3.ª parte de la 6.ª parte principal, cuest. 2, versic. 3.

(5) En el dictamen 47, lib. 3, colum. final.

(6) Al comentar la ley *naturaliter* citada, núm. 156.

(7) En la ley *si quis fundum.*

(8) En el cap. 1 *de praescript.* in 6.

(9) En la ley *cum notissimi*, §. *imo* del Código, tít. *de praescript. 30 ann.*

(10) En el citado cap. *illud*, núm. 8.

(11) En el núm. 56 sobre la ley 1.ª, §. *item acquirimus*, Digesto, tít. *de acquir. possessione;* en la ley 3.ª, §. *Neratius*, colum. final; en la ley *Pomponius*, §. *ex facto* del mismo título y en el dictamen 17, col. 9.

(12) Sobre el citado §. *item acquirimus*, núm. 24.

(13) *Ubi supra.*

(14) *Ubi supra*, núm. 160.

(15) *Ubi supra.*

(16) Sobre el citado §. *item acquirimus.*

(17) Al comentar la citada ley *naturaliter*, colum. 3.ª

(18) En el cap. *possessor*, part. 2.ª, §. 8 al final, *de regulis juris*, in 6.º

licet errasset circa verum dominum, l. aut qui aliter, §. si quis dum putat, ff. quod vi aut clam.

Ad d. l. si quis fundum, unde effluxit potissimum Bartol. & sequacium fundamentum, respondent procedere respectu diversorum jurium vel respectu partium, nam si totum fundum ab omni parte, & ab omni jure, & respectu possidebam, cum scirem usumfructum alienum esse, proprietatem autem ad me pertinere putarem, vel totum possidebam, cum tertiam ejus fundi partem alienam esse non ignorarem, reliquas vero fundi partes meas esse falso opinarer, tunc & proprietatem illam usucapere potero; nihilum impediente scientia usus-fructus alieni, & illas duas fundi partes potero usucapere licet scirem alteram tertiam partem fuisse esseque alienam. Idque licebit non aliter atque si duos fundos alienos possiderem, alterum sciens alterum errans putansque ad me pertinere, tunc enim indubitatum esset fundum bona fide possessum me praescribere posse, nec huic rei impedimento esse mala fides, quae insequebatur me, & impediebat respectu alterius fundi quem alienum sciebam. Sicque neque in bona neque in mala fide hac in re erit jus accrescendi, licet videretur argument. in contrarium ex leg. si ponas, §. fina. ff. de inofficioso testamento. & in l. prima, & secunda, l. inde Neratius, l. si quis Titio & fere per totum, ff. de usufr. accres.

13. Quid † dicendum? & sane pro priore opinione Bartol. & sequacium nove adduco tex. a nemine hanc ad rem praevisum. in l. si id quod, secundo responso, ff. pro derelicto,

por el capítulo final y *vigilanti, de praescript.* y por el capítulo 34 *si virgo*, cuestión 2.ª, donde vemos que mientras uno desconoce y sólo mientras desconoce que está en posesión de una cosa ajena, puede considerarse poseedor de buena fe, y durante ese tiempo y sólo durante él, puede conseguir la prescripción; ni cabe la menor duda de que en nuestro caso tenía conocimiento tal persona de que aquella cosa era ajena, aun cuando errara acerca del verdadero dueño (1).

A la ley *si quis fundum* de donde procede el fundamento principal de Bartolo y sus seguidores, responden los defensores de la última parte, que tiene cumplimiento dicha ley con respecto a partes y derechos diversos; porque si yo poseía en su totalidad un fundo, en todas sus partes, en todos sus derechos y bajo todo respecto, sabiendo que el usufructo era ajeno, pero juzgando que la propiedad era mía, o bien tenía la posesión de todo el fundo, no ignorando que la tercera parte de éste pertenecía a otro, y juzgando falsamente que las restantes partes me pertenecían, en tal caso podré conseguir la usucapión de tal propiedad, sin que sea obstáculo alguno el conocimiento de que el usufructo es ajeno, y del mismo modo podré obtener la usucapión de aquellas dos partes, aun sabiendo que la otra tercera parte había sido y era de otro. Del mismo modo que me sería lícita la usucapión, si poseyera dos fundos ajenos, el uno a sabiendas de que lo era y el otro juzgando erróneamente que me pertenecía, en cuyo caso estaría fuera de toda duda que podría conseguir la prescripción del fundo que poseía de buena fe, sin que fuera impedimento alguno para ésto la mala fe que me acompañaba y que impedía la prescripción con respecto al otro fundo que sabía yo ser ajeno. Y por tanto en este punto ni con buena ni con mala fe se dará el derecho de acrecer, aun cuando parezca existir un argumento contrario en varias leyes (2).

13. ¿Qué solución hemos de dar? Desde luego en defensa de la primera opinión sostenida por Bartolo y sus seguido-

(1) Según la ley *aut qui aliter*, §. *si quis dum putat*, Digesto, tít. *quod vi aut clam*.

(2) Tales son: la ley *si ponas*, §. final, Digesto, *de inofficioso testamento;* las leyes 1.ª y 2.ª, la ley *inde Neratius*, y *si quis Titio* del Digesto, tít. *de usufr. acresc.* y otras numerosas leyes de este título.

cujus verba, si tibi fundum ab uxore donatum sciens emero, quia quasi volente, & concedente domina feceris idem erit, scilicet ut usucapere eum possim, ecce ubi ego emptor qui habebam scientiam rei alienae dum sciebam eum fundum jure dominii mariti non esse, sicque nec illum in me transvolasse, adhuc hac scientia rei alienae non obstante usucapere possum, & quod jus fundi illius non transierit in maritum qui mihi vendidit patet, quia sive ille uxoris donatricis esset in maritum donatarium transire non potuit, per totum, C. & ff. de donation. inter virum & uxorem, sive uxoris non foret, sed alienus, similiter ex concessione uxoris in maritum transire nequivit per regulam, l. nemo plus, ff. de regul. jur. capi. nemo potest plus, eodem tit. in sexto, & cum emptor qui a marito accepit sciens esset, haberetque scientiam rei alienae, videbatur praescribere non posse, & tamen ibi respondetur posse, & si intelligimus ideo praescripsisse, quia is emptor sciebat fundum alienum, tamen putabat eum esse uxoris donatricis, cum alterius esset secundum intellectum Gloss. ibi, erit ibi tex. expressus pro hac opinione, sed sane respondere possumus, & debemus illum text. plane probare scientiam rei alienae non semper impedire usucapionem quia non semper inducit fidem malam, veluti si de consensu tacito, vel expresso domini rem suam possideam, quale fuit ibi, ut patet in verb. quasi volente, & concedente domina.

Secundo ad idem est tex. egregius in l. si vir ff. pro donato, ubi uxor marito donavit fundum alienum, quem maritus uxoris esse putabat, sicque postquam accepit sciebat se adhuc alienum possidere, vel saltem ita esse putabat, aut

res, presento yo el primero un texto en el que nadie había reparado al tratar de este asunto, y es la ley *si id quod*, en la segunda respuesta (1), cuyas palabras son éstas: «que si te comprase un fundo donado por tu mujer, cosa que yo sabía, se dirá lo mismo, ya que hiciste ésto permitiéndolo y queriéndolo la dueña»; es decir, que puedo conseguir su usucapión; así pues, en el caso de ser yo el comprador y teniendo conocimiento de que aquella cosa era ajena puesto que sabía que aquel fundo no pertenecía al marido con derecho de propiedad y por consiguiente que no había podido pasar a mi dominio, con todo, y sin que sea obstáculo este conocimiento de ser ajena aquella cosa puedo conseguir su usucapión. Que el derecho sobre aquel fundo no haya pasado al marido que me lo vendió, es manifiesto; porque o bien aquel fundo pertenecía a la esposa donante y en tal caso no pudo pasar a propiedad del donatario su marido, según consta por todo el título *de donationibus inter virum et uxorem* (2), o bien no pertenecía a la esposa sino a otro y entonces no pudo igualmente por concesión de la esposa pasar a su marido, según consta por la regla consignada en la ley *nemo plus* (3), y como por otra parte el comprador que adquirió del marido el fundo era sabedor de ésto y tenía conocimiento de que aquella cosa era ajena, parecía no ser posible la prescripción y sin embargo en dicho lugar se responde ser aquélla posible. Y si entendemos que la razón de haber prescrito era porque aquel comprador sabía que el fundo era ajeno, si bien creía que pertenecía a la esposa donante cuando en realidad pertenecía a otro, según el sentido de la glosa en tal lugar, tendríamos un texto expreso en favor de esta opinión; pero en verdad podemos y debemos responder que aquel texto prueba enteramente que el conocimiento de ser la cosa ajena no impide siempre la usucapión, porque no siempre causa mala fe, como en el caso en que poseyera una cosa con el consentimiento tácito o expreso del dueño, lo que sucede en el caso propuesto según aparece por las palabras «como por voluntad y concesión de la dueña».

(1) Digesto, tít. *pro derelicto*.

(2) Del Código y Digesto.

(3) Del Digesto, tít. *de regulis juris* y en el cap. *nemo potest plus* del mismo título.

putare debebat, ut per totum, C. & ff. de donation. inter virum & uxorem, & adhuc is maritus usucepit eum fundum, quia licet sciret alienum, errabat tamen in vero domino, sicque habens scientiam rei alienae respectu uxoris donatricis non vetatur usucapere contra verum dominum, quem dominum esse ignorabat, sed & ad hunc text. possumus respondere verissimum esse, quod non semper scientia rei alienae respectu unius impedit praescriptionem respectu alterius, nam qui sciens alienum possidet etiamsi revera possideat invito domino praesumptive, tamen si putet se volente domino possidere, satis est ut ibi, nam in illo tex. intelligendum est maritum possedisse praesumptive domino invito, l. vetare, ff. de furtis, sed tamen is maritus cum falso existimaret eum fundum esse uxoris donatricis, licet per hoc intelligere deberet fundi dominium ad se non transvolasse, sicque alienum se possedisse, adhuc tamen cum possideret volente, & concedente uxore, quam dominam esse putabat, non erat in mala fide, licet haberet scientiam rei alienae, nos autem loquimur eo casu quo & haberet scientiam rei alienae, & sciret aut scire deberet alienum se possidere invito domino,

14. ergo † tribus demum concurrentibus constituitur quis in mala fide: primum, quod revera possideat alienum, alterum, quod invito domino, tertium, quod sciat, vel scire debeat se invito domino possidere.

Facito ergo regulam talem, scientia rei alienae impedit praescriptionem non solum respectu ejus quem dominum esse putabam, set etiam respectu domini quem dominum esse ignorabam, dicto capitu. fina. dicto capitu. vigilanti, de praescrip.

Limita primum, nisi qui sciret alienum se possidere inculpabiliter putasset volente domino possidere se, nam tunc

En segundo lugar prueba lo mismo el notable texto de la ley *si vir* (1), donde consta que una esposa hizo donación a su marido de un fundo ajeno que el marido juzgaba pertenecer a su mujer, y por tanto después de haberlo recibido sabía que seguía poseyendo aún una cosa ajena, o por lo menos juzgaba o debía juzgar que así era, conforme a la doctrina de todo el título *de donationibus inter virum et uxorem* (2) y sin embargo tal marido podrá conseguir la usucapión de aquel fundo, porque aunque sabía que era ajeno, incurría en error en cuanto al verdadero dueño; por consiguiente, el conocimiento de que aquella cosa era ajena, juzgándola de la mujer donante, no le impide la usucapión contra el verdadero dueño, de quien ignoraba por completo que fuera el dueño. Pero a dicho texto podemos responder ser absolutamente verdadero, que no siempre el conocimiento de ser ajena la cosa creyéndola de uno, impida la prescripción con respecto a otro; porque el que a sabiendas posee algo ajeno, aun cuando en realidad lo posea contra la voluntad del dueño que se presume contraria, sin embargo si él cree que lo posee con la voluntad del dueño, es ésto suficiente, como en el caso citado, porque en dicho texto hemos de entender que el marido tenía aquella posesión presuntamente contra la voluntad del dueño (3), pero sin embargo, creyendo dicho marido que tal fundo era posesión de la donante su esposa, aun cuando por eso mismo debía comprender que la propiedad de aquel fundo no había pasado a él y por consiguiente que seguía poseyendo una cosa ajena, con todo como poseía el fundo con la voluntad y concesión de su mujer a la que tenía por verdadera dueña, no se hallaba en mala fe aun cuando tuviera conocimiento de que aquella cosa era ajena, pero nosotros hablamos en el supuesto de que por una parte tuviera conocimiento de que la cosa era ajena y por otra supiera o debiera saber que la poseía contra la voluntad del dueño. Así pues, únicamente 14.
concurriendo estas tres cosas incurre uno en mala fe: primero, que posea una cosa ajena; segundo, que ésto sea contra la voluntad del dueño, y tercero, que sepa o deba saber que la posee contra la voluntad del dueño.

(1) Del Digesto, tít. *pro donato*.
(2) Título del Código y Digesto.
(3) Según la ley *vetare* del Digesto, tít. *de furtis*.

etiam si revera domino nolente possideret usucapere posset ut in d. l. si vir, & d. l. si id quod.

Secundo limita ut procedat respectu ejusdem juris non sic respectu alterius juris diversi, ut in dicta lege si quis fundum, quod varie intelligitur, primum quando jus diversum esset in proprietate quoad partem, quae distincte, & separare pro diviso possideretur, possetque ad oculum demonstrari, veluti si possidebam fundum alienum cujus certam partem, puta de tali arbore ad talem arborem, sciebam alienum esse, reliquam vero fundi partem ad me pertinere putarem, tunc enim eum fundum, dempta illa parte quam alienam sciebam, praescribere possem. Deinde intellige etiamsi quotam fundi partem alienam putarem, puta tertiam reliquas vero ad me pertinere, utrumque probatur in d. l. si quis fundum, primo responso.

Tertio intellige etiam in jure usufructus, puta fundum alienum quem meum esse putabam possidebam, cum usumfructum alienum scirem, potero praescribere proprietatem non utique usumfructum d. l. si quis fundum, secundo responso.

Quarto intellige quando scirem jus hypothecae in eo fundo alienum esse, tunc enim salvo jure hypothecae proprietatem, & usumfructum illius fundi possiderem, d. l. si quis fundum, ultimo responso.

Quinto eadem ratione idem intellige quando usum scirem alienum, vel aliud simile jus, ut ibidem, puta retrovendendi, & similia.

Denique etiam op. Bart. defendi posset, eo casu quo adultus mihi rem mobilem sine decreto vendidisset alienam quidem, quam tamen ipse, & adulti esse putarem, & eam sine decreto alienare non potuisse errore juris existimarem,

Establezcamos pues, esta regla: el conocimiento de que es ajena la cosa, impide la prescripción no sólamente respecto de aquel a quien tenía por dueño, sino también respecto del que era verdadero dueño, pero que yo lo desconocía (1).

La primera excepción de esta regla es; a no ser que quien poseía aquella cosa ajena, juzgara inculpablemente que la poseía con el consentimiento del dueño, porque entonces aunque realmente la poseyera contra la voluntad del mismo, podría conseguir la usucapión (2).

La segunda excepción es que dicha regla tenga cumplimiento respecto al mismo derecho, pero no respecto a otro derecho diverso, como aparece por la citada ley *si quis fundum*, lo que entendemos de varias maneras: primero cuando ese derecho distinto se refiere a la propiedad de una parte que se poseyera como dividida, separada y determinada, pudiéndose señalar a simple vista, como en el caso en que poseyera un fundo ajeno, del que sabía que una parte determinada, por ejemplo, desde tal árbol a tal otro, era propiedad de un tercero, creyendo que las restantes partes del fundo eran propiedad mía, en cuyo caso podría conseguir la prescripción de aquel fundo, excluyendo la parte que sabía era ajena. En segundo lugar lo mismo hemos de entender aun cuando creyera que una parte del fundo, por ejemplo una tercera parte era ajena y que las restantes me pertenecían a mí; ambas cosas se prueban por la citada ley *si quis fundum* en la respuesta primera.

Entiéndese en tercer lugar respecto al derecho de usufructo; como por ejemplo si poseyera un fundo ajeno, que juzgaba ser mío, pero sabiendo que el usufructo pertenecía a otro; en tal caso podré conseguir la prescripción de la propiedad, pero no la del usufructo, conforme a la ley *si quis fundum*, respuesta segunda.

Entiéndese en cuarto lugar cuando supiera que el derecho de prenda que existe sobre aquel fundo pertenecía a otro, pues en tal caso, salvo el derecho de prenda, poseería yo la propiedad y el usufructo de aquel fundo, conforme a la misma ley *si quis fundum*, última respuesta.

---

(1) Según el citado cap. final y el cap. *vigilanti, de praescriptionibus*.

(2) Conforme a la ley *si vir* y a la ley *si id quod* ambas citadas.

tunc enim cum is adultus curatorem non haberet, valuit quidem venditio, ut per totum ff. de rebus eorum, & C. de praed. minor. sicque habeo possessionem, & titulum venditionis, & licet putarem rem esse adulti vendentis, inque me dominium translatum non fuisse, adhuc non videor malam fidem habere, quia quasi volente, & concedente domino eam rem alienam possideo, sicque contingit praescriptio ut supra dicebam, quia hac in re plus est in veritate, quam in opinione, ff. pro emptore, l. 2. §. si a pupillo, & §. si sub conditione, ergo scientia rei alienae respectu unius. s. adulti vendentis non impedit praescriptionem respectu alterius. s. veri domini ut d. l. si id quod & d. l. si vir, quod nota, quia nullus attigit unquam. Adde alias limita. per episcop. Covar. ubi supra.

15. Ex superioribus etiam infertur † an vera sit communis opinio existimantium bonam fidem in dubio praesumi, ut tenuerunt Gl. quam omnes ibi sequuntur in cap. si diligenti, Glos. & Doctor. in capitu. sanctorum, de praescriptio. Glo. in l. penulti. C. de eviction. Gloss. in capitu. fina. de praescriptionib. Bartol. & omnes in l. Celsus ff. de usucapion. Curtius Junior consilio 28, colum. 2. Alciatus de praesump. reg. 3. praesumptione 5. Jaso. numero 99. in §. sed istae quidem, Institu. de action. Curtius Senior consil. 71. colum. 4. Covarru. in d. cap. possessor, part. 2. §. 8. qui hanc firmat communem opinionem esse, per quem multa hac de re scitu non indigna videre poteris.

Id quod procedit etsi possessor non ostendit ullum titulum,

En quinto lugar y por la misma razón, se ha de entender lo propio cuando supiera que el uso pertenecía a otro, o cuando se tratara de otro derecho cualquiera, por ejemplo del de retro-venta u otros semejantes.

Finalmente, la opinión de Bartolo podría sostenerse también en el caso en que un púbero me hubiera vendido sin decreto una cosa mueble, que no le pertenecía, pero creyendo yo por una parte que era del púbero y por otra juzgando por error de derecho que sin decreto no había podido enajenarla; pues en este caso no teniendo el púbero curador fué válida la venta (1), y por consiguiente tengo por un lado la posesión y el título de venta y por otro, aun cuando juzgara que aquella cosa seguía perteneciendo al púbero que me la vendió y que la propiedad no se me había traspasado, no se considera con todo que esté en mala fe, puesto que poseo aquella cosa como por voluntad y concesión del dueño, y por tanto tiene lugar la prescripción, según antes decíamos, porque en esta materia tiene más valor la verdad que la opinión (2). Luego el conocimiento de ser ajena la cosa con respecto a uno, a saber, al púbero vendedor de la misma, no impide la prescripción con respecto a otro, a saber, con respecto al verdadero dueño (3); lo que tendrás muy presente porque nadie hasta ahora lo ha expuesto así. Añade otras excepciones señaladas por el obispo Covarrubias, *ubi supra*.

De lo anteriormente expuesto infiérese también, si se ha 15.
de tener por verdadera la común opinión de quienes juzgan que en caso de duda se presume la buena fe, conforme lo han defendido las glosas en várias leyes (4) y numerosos doctores, como son Bartolo (5), Curcio el Joven (6),

(1) Según consta por todo el tít. *de rebus eorum* del Digesto y por el tít. *de praediis minorum* del Código.

(2) Según consta por la ley 2.ª, §§. *si a pupillo* y *si sub conditione* del Digesto, tít. *pro emptore*.

(3) Según aparece por la ley *si id quod* y por la ley *si vir* ambas citadas.

(4) Tales son: la glosa en el cap. *si diligenti* que admiten todos los comentaristas de dicho cap., la glosa y doctores en el cap. *Sanctorum, de praescriptionibus*, la glosa en la ley penúlt. del Código, tít. *de eviction*. y la glosa en el cap. final *de praescript*.

(5) Al comentar la ley *Celsus*, Digesto, tít. *de usucap*. al igual que los restantes comentaristas.

(6) Dictamen 28, colum. 2.ª

Barto. nume. 17. in d. l. Celsus, cum quo alii transeunt, estque communis opinio secundum Alciatum, ubi supra, vide infra, capitu. 81. numero 7. cum sequent. & adde ita tenentem Andraeam Tiraquel. de praescrip. §. 1. Gloss. 2. vers. bona autem fides.

Contrarium tamen, quando non ostenditur titulus, fore praesumendum ait Bartol. in l. fina. per tex. ibi C. unde vi. Innocentius, & Bald. in capitu. per tuas de testibus Imola in repetio. c. fina. colum. 5. de praescrip. Sed prior opinio, ut bona fides praesumatur, verior est, pro qua adduco tex. ab aliis nunquam animadversum in l. 2. §. sub conditione ad finem, ff. pro emptore ubi defunctus emerat fundum qui sibi traditus non fuit, isque mihi haeredi ejus traditus postea fuit, neque ego sciebam qua ex causa mihi traderetur, & tamen videor bonam fidem habere, eumque usucapere possum, ergo bona fides quae sufficiat ad praescribendum adesse potest citra ullius tituli interventum: nam quoad bonam fidem quid refert utrum titulum non habeam, an vero me habere ignorem? certe nihil, & id etiam procedit in praescriptione ordinaria per illum tex. facit tex. in d. l. si id, & d. l. si vir, quinimo titul. ut diximus regulariter necessarius non est in praescriptione etiam ordinaria, sed tantum causa possidendi non injusta omnino, sed tolerabilis, d. l. fin. pro suo, cum multis similib. supra allegatis.

Ad l. fi. C. unde vi, in qua jacet fundamentum eorum qui tenent contrarium, responde procedere in eo qui certo sciebat rem suam non esse, eamque veluti habitam pro derelicto (juxta titulum, ff. pro derelicto) retinere volebat, sibique jure

Alciato (1), Jasón (2), Curcio el Viejo (3) y Covarrubias (4), quien defiende ser esta opinión común y en quien podrás leer sobre esta materia copiosa doctrina, merecedora en verdad de ser conocida.

Esta opinión la defienden, aun en el caso en que el poseedor no ostente título alguno, Bartolo en el número 17 de la citada ley *Celsus*, cuya doctrina admiten sin reparo alguno los demás, Alciato quien la llama opinión común (5) y finalmente Andrés Tiraqueau que también la defiende (6).

Sin embargo, que deba presumirse lo contrario cuando el poseedor no ostenta título alguno lo defienden Bartolo (7), Inocencio y Baldo (8), como también Imola (9). Pero la opinión primera, a saber, que en dicho caso se presuma la buena fe, es más conforme a verdad y en su defensa aduzco el texto en que nadie hasta ahora había reparado, de la ley 2.ª, §. *sub conditione* del Digesto, título *pro emptore;* donde aparece que una persona difunta había comprado un fundo, sin que se le hubiera entregado, y que después se me entregó a mí, su heredero, pero sin que yo supiera por qué causa se me entregaba, y sin embargo se considera que me hallo en buena fe y puedo conseguir su usucapión; luego puede existir buena fe suficiente para la prescripción sin que intervenga título alguno. Porque en cuanto a la buena fe, ¿qué diferencia existe entre no tener título alguno o desconocer que se tiene? Ninguna en verdad. Y esto tiene también lugar aun tratándose de la prescripción ordinaria (10). Más aún, el título, según hemos expuesto, no es regularmente necesario en la prescripción ni aun en la ordinaria, sino sólamente se requiere causa de poseer no injusta del todo, sino tolerable (11).

---

(1) *De praescriptionibus*, regla 3.ª, *praesumpt.* 5.ª

(2) En el núm. 99 al comentar el §. *sed istae quidem*, Instituta, *de actionibus.*

(3) Dictamen 71, colum. 4.ª

(4) En el citado cap. *possessor*, parte 2.ª, §. 8.

(5) *Ubi supra*, véase también el cap. 81, núm. 7 y siguientes.

(6) *De praescript.*, §. 1.º, glos. 2.ª, lín. *bona autem fides.*

(7) En la ley final del Código, tít. *unde vi*, en el texto.

(8) Ambos en el cap. *per tuas, de testibus.*

(9) En el citado cap. final, colum. 5.ª, *de praescript.*

(10) Conforme a dicho texto y al de las leyes *si id* y *si vir* citadas.

(11) Según la ley final del tít. *pro suo* del Digesto con otras muchas semejantes anteriormente citadas.

dominii habere, quod ibi denegatur dicens nihil vacuum praesumi, sed omnia praesumi, suos dominos habere.

Deinde ille tex. procedit quando recens possessio est, vel saltem non diuturna, nam ex diuturnitate temporis praesumitur praecessisse causa sufficiens ad possessionis justificationem, l. si filiusfa. C. de peti. haer. per omnes in l. sciendum, ff. de ver. obl. quod plenius alibi scripsimus, quae obtinent quando revera ti. aderat, licet possidens eum, adesse ignoraret, d. §. sub conditione. Caererum si revera deesset tit. cessaret praescr. ordinaria, sed non praescr. 30. anno ut infra c. 81. n. 7. & 8. vide super. c. incipiente traditio.

Quod tamen intellige quando quis non propria auctor. rem aliquam apprehendit, sed eam ab alio accepit, ita procedit, d. §. si sub conditione d. l. si id quod ff. pro derelict. d. l. si vir, ff. pro donato, l. quod vulgo, ff. pro emptore, l. fina. ff. pro suo, l. pro legato, l. final. ff. pro legato, l. non solum, §. quod vulgo, ff. de usucapion. non sic si propria auctoritate rem aliquam, olim ab alio possessam apprehendisset, tunc enim posterior haec possessio praesumeretur clandestina, ut est communis, & vera opinio quam tradunt Alexand. & Socinus columna prima in l. rem quae nobis. ff. de acquiren. possession. Alexand. consil. quodam 151. quem allegat Socin. ubi supra, tandem cum ad praescriptionem oporteat intervenire causam possidendi positive veram, vel putativam, l. quod vulgo, ff. pro empt. l. fina. ff. pro suo, l. pro legato & l. fina. ff. pro legato, certe qui tali causa careat, licet bonam fidem forte possit habere, tamen non praescribet, nisi dixeris tunc non ex defectu bon. fid. sed ex defectu causae vel tituli cessare praescriptionem.

16. Sed † & hoc casu hoc vitium clandestinitatis praescriptum

En cuanto a la ley final del Código en el título *unde vi*, en la que se fundamentan quienes sostienen la opinión contraria, responderás que tiene cumplimiento dicha ley en aquél que sabía de cierto no pertenecerle aquella cosa y que sin embargo quería retenerla y poseerla con derecho de propiedad como si se tratara de una cosa sin dueño *(pro derelicto)* (1); cosa que se niega en dicha ley, al afirmar que nada se presume sin dueño, sino por el contrario, se presume que todo pertenece a alguno.

En segundo lugar dicho texto tiene cumplimiento cuando la posesión es reciente o por lo menos no es de larga duración, porque por la posesión de largo tiempo se presume ya haber precedido causa suficiente para justificar la posesión (2); lo que con más extensión hemos expuesto en otra parte; lo que tiene lugar cuando en realidad existía título, aun cuando el poseedor ignorara que existía (3). Por lo demás si en realidad no existiera título, no tendría lugar la prescripción ordinaria, aunque sí la de treinta años, conforme lo expondré más adelante (4).

Esto, sin embargo, se ha de entender cuando uno no se apoderó por propia autoridad de aquella cosa, sino que la recibió de otro, y tal es el sentido de varias leyes (5); pero no tendría lugar en el caso en que por propia autoridad se hubiera apoderado de una cosa que antes pertenecía a otro; pues en tal caso esta última posesión se presumiría clandestina, según común y verdadera opinión, como lo defienden Alejandro y Socino (6). Finalmente, siendo preciso que para la prescripción exista causa de poseer o positivamente verda-

(1) Conforme al tít. *pro derelicto* del Digesto.

(2) Según la ley *si filiusfam.* del Código, tít. *de petit. haereditatis* y la ley *sciendum* del Digesto, tít. *de verb. obligatione*, según todos los comentaristas.

(3) Según el citado §. *sub conditione.*

(4) En el cap 87, núms. 7 y 8. Véase también el cap. anterior que empieza, *traditio.*

(5) Tales son: el citado §. *si sub conditione;* la ley *si id quod*, Digesto, *pro derelicto;* la ley *si vir*, Digesto, *pro donato;* la ley *quod vulgo*, Digesto, *pro emptore;* la ley final del Digesto, tít. *pro suo;* la ley *pro legato* y final del Digesto, tít. *pro legato;* la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, tít. *de usucapione.*

(6) Al comentar la ley *rem quae nobis*, Digesto, tít. *de acquir. posses.*, colum. 1.ª y Alejandro también en el dict. 151 citado por Socino en el lugar anterior.

per lapsum annorum purgaretur Bartol. in d. l. final. C. unde vi. Decius consi. 267. Alexand. consilio sexto, libro primo. Idem consil. 155. libro 2. numero 7. Curtius Senior consil. 82. columna 3. Jaso. in §. sed istae, numero 100. Institu. de action. Rubeus consilio 75. nume. 3. Matthaeus Afflictus decisione Neapolitan. 40. nume. 12. Balbus in d. l. Celsus, parte 3. colum. 6. qui hanc dicit communem opinio. quod & firmat Claudius, numero 31. in d. l. Celsus, Decius consil. 558. colum. final. plene per Tiraquel. de praescription. §. 1. Glo. 4. versi. 18.

17. Quinimo † sunt qui putent bonam fidem praesumi, vel ex justo titulo, vel ex longa possessione, ita Innocentius in capitu. 2. de in integ. resti. quem alii sequuntur, teste Covar. in c. possessor, parte secunda de reg. juris in 6. §. 18.

18. Unde † apparet verum non esse quod Imola contrarium sentiens tentavit in l. Celsus, columna fina. supra alleg. & in repetition. capit. fina. colum. 5. de praescription. Aymon. consil. 146. colum. fina. Corneus consil. 207. libro 3. Hieronymus Tortus inter consi. Alexandri consi. 192. libro 2, hi enim sentiunt & quidam ex eis ex professo contendunt per dict. l. fin. ut qui rem olim ab alio possessam propria auctoritate ceperit, eamque triginta annis possederit adhuc videatur malae fidei possessor, nec 30. anni sufficiant ad purgandam illam malae fidei praesumptionem, quod sane verum non est, nam regulariter etiam solum longum tempus decem, vel viginti annorum sufficeret, quasi

dera o tenida por tal (1), ciertamente, quien de ella carezca, aun cuando tal vez pueda estar en buena fe, no conseguirá la prescripción, a no ser que digas que en dicho caso cesa la prescripción no por falta de buena fe, sino por faltar causa o título de poseer.

Pero aun en este caso dicho vicio de clandestinidad se corregiría al prescribir por el trascurso de los años; así lo expresan Bartolo (2), Decio (3), Alejandro (4), Curcio el Viejo (5), Jasón (6), Rubeo (7), Mateo de Afflictis (8), Balbo (9), quien tiene por común esta opinión, lo que confirma también Claudio (10) y Decio (11); de ésto trata extensamente Tiraqueau (12). 16.

Más aún, hay autores que opinan que la buena fe se presume o por la existencia de título justo, o en razón de la posesión duradera; así lo defiende Inocencio (13), cuyo parecer siguen otros autores, según lo atestigua Covarrubias (14). 17.

De donde se colige no ser verdad lo que Imola, defensor de la contraria opinión intentó probar (15), como también Aymon (16), Corneo (17) y Jerónimo *Tortus* (18); éstos opinan, y alguno de ellos intenta probarlo expresamente por la citada ley final, que quien por propia autoridad hubiera tomado una cosa poseída anteriormente por otro, aunque la hubiera poseído durante treinta años, se consideraría aún poseedor 18.

(1) Según la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro emptore*; la ley final del Digesto, tít. *pro suo;* la ley *pro legato* y final del Digesto en el tít. *pro legato*.

(2) Al comentar la ley final del Código, tít. *unde vi*.

(3) Dictamen 257.

(4) Dictamen 6, libro 1.° y en el dict. 155, lib. 2.°, núm. 7.

(5) Dictamen 82, colum. 2.

(6) Sobre el §. *sed istae*, núm 100, Instituta, *de actionibus*.

(7) Dictamen 75, núm. 3.

(8) En sus Decisiones Napolitanas, decis. 40, núm. 12.

(9) Acerca de la ley *Celsus*, part. 3.ª, col. 6.

(10) En el núm. 31 al comentar dicha ley *Celsus*.

(11) Dictamen 558, colum. final.

(12) *De praescript.*, §. 1, glos. 4.ª, vers. 18

(13) En el cap. 2 *de in integrum restitut.*

(14) En el cap. *possessor*, part. 2.ª, *de regul. juris* in 6 °, § 18.

(15) Comentando la ley *Celsus*, colum. final arriba citada y en el cap. final, colum. 5.ª, *de praescript.*

(16) Dictamen 146, col. final.

(17) Dictamen 207, lib. 3.°

(18) *Inter consil. Alexandri, consil.* 192, lib. 2.°

per hoc tempus dominus rem suam neglexisse, vel abjecisse, vel pro derelicto habuisse videatur, & per hoc jure possessionem ejus amisisse, ut est communis opinio secundum Jason, in l. 1. colum. final. C. de servi. fug. per eundem in l. naturaliter, §. nihil commune, numero 84. ff. de acquirend. possession. Paulus, & Alexan. post Gloss. ibi in l. si de eo. §. 1. eo. ti. ergo cum mala fides purgetur per consensum domini denuo accedentem certo, vel praesumptive, l. si fur, in princip. & §. 1. ff. de usucapion. in simili per text. opti. in l. filio quem pater, ff. de liber. & posthum. tex. in simili in §. fina. Institu. de injur. consequens est ut per interventum longi temporis praesumptio malae fidei, & clandestinitatis ab initio emanans, vitiumque taliter contractum purgetur, nam & similiter purgatur inimicitia, & odium in terminis, d. §. fina. & etiam in terminis d. l. filio, & in terminis, l. ex parte etiam, ff. de adimen. lega. facit optime, d. l. si id quod ff. pro derelicto ibi, quasi volente, & concedente domina, & d. l. si vir, ff. pro donato: itaque & si dominus cujus res a me propria auctoritate capta est regulariter, & ab initio nolens praesumatur, l. vetare, ff. de furtis, tamen per patientiam, & dissimulationem longi temporis ab illa voluntate quasi recessisse videtur, sicque accedente mihi domini voluntate, & concessione, incipio mala fide purgata, & abscedente bonae fidei possessorem videri, d. l. si id quod, cum aliis supra allega. ff. pro derelicto, quod obtinere potest quando dominus scit rem suam ab alio possideri, & tacet, quod si nesciat non potest videri consensisse, aut jus suum concessisse, l. mater decedens, ff. de inofficioso testamento, sicque illud vitium dominicae voluntatis non purgaretur, quinimo etiamsi dominus sciat, adhuc praescript. ordinaria cessat, cum non adsit aliqua causa

de mala fe, y aquellos treinta años no serían suficientes para purificar aquella presunción de mala fe; lo que no es conforme a verdad porque ordinariamente aun el solo largo trascurso de diez o de veinte años es suficiente, como si el dueño por ese solo trascurso de tiempo pareciera no hacer ya caso de aquella cosa, o haberla desechado, o haberla abandonado con ánimo de renunciar a su propiedad, por lo que con derecho había perdido la posesión, lo que es opinión común según lo expone Jasón (1), Pablo y Alejandro (2); luego si la mala fe se purifica por el consentimiento del dueño que sobreviene después, de modo cierto o presunto (3), síguese que por el trascurso de largo tiempo se corrige también la presunción de mala fe y de clandestinidad producida desde el principio y el vicio en que por ello se incurrió, del mismo modo que se purifica la enemistad y el odio, conforme aparece por los términos de varias disposiciones (4); así pues, aun cuando el dueño, de cuya cosa me he apoderado por propia autoridad, se presuma regularmente y desde el principio opuesto a ello (5), sin embargo, por su tolerancia y disimulo durante largo tiempo, parece como si hubiera desistido de aquella su primera voluntad, y por consiguiente al sobrevenir ahora en mi favor la voluntad y concesión del dueño, al purificarse y cesar la mala fe, empiezo a ser reputado como poseedor de buena fe (6). Esto puede tener lugar cuando el dueño sabe que aquella cosa suya está en posesión de otro y sin embargo calla, pero si lo ignorara no puede considerarse que haya consentido o que haya concedido su derecho (7),

(1) En la ley 1.ª, colum. final, Código, *de servis fugitivis* y en la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, núm. 84, Digesto, *de acquir. possessione*.

(2) Al comentar la glosa en la ley *si de eo*, §. 1 del mismo título.

(3) Según la ley *si fur*, en la introduc. y en el §. 1.º, Digesto, tít. *de usucapione* y según el notable texto de la ley *filio quem pater* del Digesto, tít. *de lib. et posthumis*, y el texto del §. final de la Instituta *de injuriis;* ambas en parecidos casos.

(4) Tales son: el citado §. final de la Instituta *de injuriis;* la ley *filio* y la ley *ex parte etiam* del Digesto, tít. *de adimend. legat.*, siendo muy del caso la ley *si id quod*, Digesto, tít. *pro derelicto* en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña» y la ley *si vir* del Digesto, tít. *pro donato*.

(5) Según la ley *vetare* del Digesto, tít. *de furtis*.

(6) Según la ley *si id quod* del Digesto, tít. *pro derelicto* y otras citadas.

(7) Conforme aparece por la ley *mater decedens*, Digesto, tít. *de inofficioso testamento*.

extrinsecus positive, l. pro legato, l. fina. ff. pro legato, l. quod vulgo, ff. pro empt. sed tunc locus fieret praescriptioni triginta annorum, & ad hoc prodesset vitium malae fidei purgatum videri.

Apparet ergo ex his ut bona fides & citra tituli interventum, & praesumi & adesse possit. Illud tamen advertendum est, quod licet per cursum longi temporis purgetur malae fidei praesumptio, ut modo diximus, tamen non ideo inducitur ex tali tempore titulus ad praescribendum sufficiens. Aliud est enim possessionem meam antea injustam, modo per longi temporis interventum, quasi domini voluntate accedente justam fieri & videri, aliud vero esset statim rem possessam praescriptam videri, non enim videtur nisi praeterea accedant alii decem aut viginti anni, ut sic de tempore longo fiat longissimum. Ratio horum est, quia ubi interfuit longum tantum tempus, licet per hoc mihi injuste possidenti voluntas domini accedere videatur, eaque sufficiat ad meam possessionem justificandam, non tamen sufficit ad dominium in me transferendum, ut enim transferatur, oportet praeter rei traditionem, quod ea traditio fiat ex causa legitima & destinata ad transferendum dominium, qualis esset causa emptionis, dotis, donationis, legati & similia, aliter enim sola traditio & concessio possessionis, etiam a domino facta, non sufficeret l. nunquam nuda, ff. de acq. rerum domi. ergo per lapsum longi temporis licet voluntas domini accessisse possessori videatur, tamen cum non accesserit ex causa praeambula sufficiente & legitima ad transferendum dominium, cessat dominii translatio: absurdum enim esset ut ea praesumpta domini voluntas, quae huic possessori accessisse videtur, potentior sit quam etiam voluntas expressa foret, sicque; ut voluntas expressa sola de per se ad transferendum

por lo que no podría corregirse aquel mal que proviene de la voluntad contraria del dueño; más aún, aun sabiéndolo el dueño cesaría la prescripción ordinaria, no existiendo algún título extrínseco y positivo (1), si bien entonces tendría lugar la prescripción de treinta años, para la cual aprovecharía el considerarse purificado ya el vicio de la mala fe.

Es, pues, manifiesto, por lo expuesto, que la buena fe no sólo puede presumirse sino existir realmente, aun cuando no intervenga título. Pero hemos de advertir que aunque por el trascurso de largo tiempo se purifica la presunción de mala fe, según acabamos de decir, sin embargo, no por eso produce dicho tiempo título suficiente para la prescripción. Porque una cosa es que aquella posesión mía antes injusta, empiece ahora a ser justa y a considerarse como tal por el largo trascurso de tiempo, como si accediera a ello la voluntad del dueño, y otra muy distinta el que se considere prescrita al momento aquella cosa poseída; lo que no sucede sino en el caso de trascurrir además otros diez o veinte años, con lo que el tiempo, de largo, pasa a ser larguísimo. La razón de estas afirmaciones es, que en el caso de existir sólo largo tiempo, aun cuando por ésto se considere ya que la voluntad del dueño accede a esa mi injusta posesión y dicha voluntad sea suficiente para justificar mi posesión, no es, con todo, suficiente para trasferirme la propiedad, porque para ésto es necesario además de la entrega, que tal entrega se haga por causa legítima y encaminada a trasferir el dominio, como sería el título de compra, de dote, de donación, de legado y otros semejantes, pues de otro modo la sola entrega y concesión de la posesión, aun hecha por el mismo dueño, no sería suficiente (2). Luego aun cuando por el largo trascurso de tiempo se considere que la voluntad del dueño acompaña ya al poseedor, sin embargo, como ésto no ha sucedido en virtud de título anterior suficiente y legítimo para trasferir el dominio, no se trasfiere éste. Porque sería absurdo que aquella voluntad presunta del dueño, que se considera acompañar ahora al poseedor, fuera más eficaz que lo sería la misma voluntad expresa; y así como la sola

(1) Según aparece por las leyes *pro legato* y final del tít. *pro legato* del Digesto y por la ley *quod vulgo*, Digesto, *pro emptore*.

(2) Según la ley *nunquam nuda*, Digesto, tít. *de acquir. rer. dominio*.

dominium efficax non est, ita & haec tacita voluntas ad illud transferendum efficax non erit, sicque utilis erit ad justificandam tantum possessionem, non etiam ad titulum inducendum, dominiumque transferendum aut usucapionem concedendam, & ita procedit d. l. 2. §. si sub conditione, & l. quod vulgo, ff. pro emptore, cum similibus supra all. & d. l. si id quod, & d. l. si vir. Unde postquam de longo tempore factum fuerit longissimum continget etiam & praescriptio dominiique translatio, tam jure civili, quo titulus in tali praescriptione aut bona fides non exigebatur, quam jure canonico quo jure bona fides desideratur non autem titulus, nisi in casibus specialibus c. 1. de praesc. in 6. nam hic per lapsum longi temporis contingit justificatio possessionis, & malae fidei abscessio seu purgatio, deinde cum supervenit tempus etiam longissimum, abscessit requisitum tituli legitimi vel ipsum tempus pro legitimo titulo & causa est, sicque contingit praescriptio. Sicut in simili dicimus quod licet obligatio, sine causa legitima praeambula, non sit efficax l. 2. §. circa, ff. de doli excep. tamen ubi sit sub conditione ipsa conditio pro causa est, ut ff. de verbor. oblig. l. a Titio, simile in principio. insti de litterarum obligatio.

Vides ergo ut bona fides citra tituli interventum adesse possit, sed & in alio casu adest, scilicet cum emi ab eo qui bona fide praescribere inceperat, egoque non tam denuo usucapere incipio quam perficere eam usucapionem, quae ab eo auctore meo coepta erat, sicque contingit praescriptio ordinaria sine titulo, secundum Covarru. ubi supra, a quo cavendum est, quia non advertit quod ibi etiam ille auctor meus praescriptionem ordinariam sine titulo inchoare non posset, sicque cum titulo contingit usucapio illa ordinaria, nam de praescript. 30. annorum ipse intelligendus non est,

voluntad expresa no es de por sí eficaz para trasferir el dominio, del mismo modo esta voluntad tácita no será tampoco suficiente para trasferir el dominio y por consiguiente será sólo útil para justificar la posesión, pero no para producir título, ni para trasferir el dominio o para conceder la usucapión, y tal es el sentido de varias leyes (1). Por lo que cuando el largo tiempo se haya convertido ya en larguísimo, tendrá también lugar la prescripción y el traspaso de dominio, tanto atendido el derecho civil que no exigía en dicha prescripción ni título, ni buena fe, cuanto el derecho canónico que exige ciertamente buena fe, pero no título, fuera de ciertos casos especiales (2); porque en éste de que tratamos, por el trascurso de largo tiempo se justifica la posesión y cesa o se purifica la mala fe, y después cuando el trascurso de tiempo es ya larguísimo, cesa también el requisito de legítimo título, o el mismo tiempo se reputa como causa y título legítimos, por lo que tiene lugar la prescripción. Lo mismo que decimos en parecido caso, que aunque no es eficaz la obligación sin causa legítima precedente (3), sin embargo, cuando se establece bajo condición, la misma condición se reputa como causa (4).

Ves pues, por este caso, cómo puede existir buena fe, sin que intervenga título; pero existe además en otro caso, a saber, cuando yo compré la cosa a una persona que con buena fe había empezado ya la prescripción, ya que entonces no tanto empiezo yo de nuevo la usucapión de aquella cosa, cuanto termino la usucapión empezada por el vendedor, y de este modo tiene lugar la prescripción ordinaria sin título, conforme lo defiende Covarrubias (5). Aunque hemos de apartarnos del sentir de este autor, porque no ha caído en la cuenta de que en tal caso, quien dió principio a la prescripción, no pudo empezar aquella prescripción ordinaria sin título, y por consiguiente dicha usucapión ordinaria tiene

(1) Tales son: la ley 2.ª, §. *si sub conditione*, la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro emptore* y otras semejantes ya citadas y las leyes *si id quod* y *si vir* ambas citadas también.

(2) Véase el cap. 1.° *de praescript.* in 6.°

(3) Según la ley 2.ª, §. *circa* del Digesto, tít. *de doli except.*

(4) Conforme a la ley *a Titio* del Digesto, *de verb. obligat.* y a la introd. de la Instituta *de litterar. obligat.* en parecido caso.

(5) *Ubi supra.*

cum illa indubitanter sine titulo procedat, quinimo si advertis hic geminus titulus adest, unus quem habebat auctor meus, alter quem ego ab eo habui.

19. Denique † etiam in quibus casibus ad praescriptionem desideratur tempus, cujus initii non sit memoria, adhuc tamen ibi bona fides necessaria est, ita tenet Glos. in c. 1. de praescrip. in 6. verb. nisi, & ibi Francus col. fin. Ang. in §. furtivae, in princ. insti. de usucap. Rubeus, consi. 13. numero. 14. Balbus de praescrip. 2. par. 3. partis principalis, q. 6. colum. 5. Aymon Cravet. consi. 146. Idem Aymon de antiquit. temporis, 4. part. scissione, materia ista, numero. 19. Matthaeus. Afflictus decisione. 368. num. 10. est communis opinio secundum Alex. qui eam sequitur in l. cum quis, C. de jure deliber. & ipse episcopus civit. Roder. ubi supra, num. 4. Abb. in c. fi. de consti. not. 1. Dominicus in cap. sacrosancta. 22. distinctione. Felin. in c. cum nobis, col. 1. de praescrip.

Contrariam partem defendunt Dec. consi. 496. Salicetus in l. 2. num. 8. C. de servi. & aqua Dec. in l. traditionibus, col. 3. C. de pac. Boërius decisione. 39. num. 7. sentit Barto. in l. fin. C. unde vi. Unde sane prior sententia verior est per generalitatem d. c. vigilanti, & d. c. fi. de praescr. & c. possessor, de reg. jur. in 6. praesertim cum ratio peccati vitandi ibi expressa tam militet in hac praescriptione quam in praescriptione ordinaria vel in praescriptione longissimi temporis.

lugar con título, ya que las palabras de tal autor no han de referirse a la prescripción de treinta años, que indudablemente tiene lugar sin título; pero si bien lo consideras, en este caso existen dos títulos, uno el que tenía mi vendedor y otro el que yo adquirí de él por la venta.

Finalmente, en ciertos casos se exige también para la prescripción el trascurso de tiempo inmemorial, y sin embargo, aun en ellos es necesaria la buena fe; así lo defienden la glosa en el capítulo 1.° *de praescript. in IV* (1), Angel (2), Rubeo (3), Balbo (4), Aymón Cravet (5), Mateo de Afflictis (6), siendo opinión común según Alejandro que la defiende también (7), así como el Obispo de Ciudad-Rodrigo (8), el Abad (9), Domingo (10) y Felino (11). 19.

La opinión contraria la defienden Decio (12), Salicet (13), y Boërio (14). Mas ciertamente la primera opinión es más conforme a verdad por la generalidad en que se expresa el citado capítulo *vigilanti*, el capítulo final *de praescript.* y el capítulo *possessor* (15), principalmente cuando el motivo de evitar el pecado que allí se expresa, lo mismo tenga valor en esta prescripción, que en la prescripción ordinaria o en la de larguísimo tiempo.

---

(1) En la palabra *nisi*, expuesta en este sentido por Franco, col. final.
(2) En el §. *furtivae* de la Instituta, *de usucapione*.
(3) Dictamen 13, núm. 14.
(4) *De praescript.* en la parte 2.ª de la 3.ª parte principal, cuest. 6.ª, col. 5.
(5) Dictamen 146, y *de antiquit. temporis*, part. 4.ª, *scissione materia ista*, núm. 19.
(6) Decisión 568, núm. 10.
(7) En la ley *cum quis*, Código, *de jure deliber.*
(8) *Ubi supra*, núm. 4.
(9) En el cap. final *de constit.*, not. 1.ª
(10) En el cap. *sacrosancta*, dist. 22.
(11) En el cap. *cum nobis*, col. 1.ª, *de praescript.*
(12) Dictamen 496 y en la ley *traditionibus*, col. 3, Código, *de pactis.*
(13) En la ley 2.ª, núm. 8, Código, *de servit. et aqua.*
(14) En la decis. 39, núm. 7. *sentit. Bartol.* y en la ley final del Código, tít. *unde vi.*
(15) *De reg. juris in VI.*

CAPVT LXXX

SUMMAE

1. *Malae fidei emptor est, qui altero denuntiante se dominum esse, nihilominus emit, cum communi contra novissimos.*
2. *Judici non parti denuntians jus suum ostendere tenetur.*
3. *Credulitas nimia improbatur.*
4. *Malae fidei emptor est, qui emit ab eo quem dominum non esse fama est, & in mala fide esse videntur ementes, aut dono accipientes oppida & reditus regales a Regibus Hispaniae.*
5. *Malam fidem inducit denuntiatio, quae praevenerat non quae postea secuta fuit.*
6. *Mandatum ostendere debet, qui ad alterius utilitatem denuntiat.*
7. *Mala fides praesumpta quae inducitur ex denuntiatione, an impediat praescriptionem, 30. annorum.*
8. *Denuntianti quando credendum sit.*

1.  UNDUM † alienum mihi vendere volebas, quem tuum esse dicebas, & verus dominus ante contractum celebratum denuntiavit mihi ne emerem, dicens suum esse, sed nihilominus emi, an sim malae fidei emptor? & communis opinio est me malam fidem habere, ita tenent Petrus de Bellapertica, Jacob. Butrig. Odofredus, & Joannes

CAPÍTULO LXXX

SUMARIO

Es comprador de mala fe quien, al denunciarle otro ser él el dueño, no obstante realiza la compra, con la común opinión contra algunos contemporáneos. 1.

El denunciante está obligado a demostrar su derecho al juez, pero no a la parte. 2.

Condénase la excesiva credulidad. 3.

Es comprador de mala fe el que compra a quien es fama no ser el dueño de la cosa, y también parecen hallarse en mala fe quienes compran o reciben en donación pueblos y réditos reales de los reyes de España. 4.

Causa mala fe la denunciación que precedió, no la que siguió al contrato. 5.

Quien hace la denunciación en provecho de un tercero, debe mostrar el mandato de éste. 6.

La presunción de mala fe causada por la denunciación, ¿impide la prescripción de treinta años? 7.

¿Cuándo se ha de dar fe al denunciante? 8.

1. Querías venderme un fundo ajeno, diciendo que era tuyo, pero el dueño verdadero me denunció, antes de celebrado el contrato, que no lo comprara, afirmando ser suyo; yo sin embargo lo compré, ¿soy comprador de mala fe? Es opinión común que efectivamente me hallo en mala fe; así lo defienden Pedro de Bellapértica, Jacobo Butrigario, Odofredo, y Juan Faber siguiendo el sentir de Dino a quien cita (1); siguen la misma opinión Bartolo, Alberico, Baldo,

(1) Al comentar el texto de la ley *si demum* del Código, tít. *de reivindicatione*, lo mismo que en tal lugar parece defender la glosa, como también la glosa de la ley penúltima del Digesto, tít. *pro empt.*

Faber post Dynum quem ipse allegat in l. si domum, per tex. ibi, C. de reivendica. quod videtur tenere Glos. ibi, & Glo. in l. penulti. ff. pro emptor. sequuntur Bartol. in fin. Alberic. numero 3. Bald. Salice. numero. 2. Fulgosius Paulus Castrens. & Angelus ibi Bald. not. consi. 257. Titius emit, libro 1. Alexand. in l. de pupillo, §. nuntiationem, numero 12. ff. de operis novi nuntiatio. Felin. in capit. 2. de praescription. numero 5. colum. fina. Antonius in capitu. gravis, de restitu. spolia. Abb. in d. capitu. 2. & in capi. sanctorum, de praescr. Bartol. in l. penultim. ff. pro empt. Idem in l. naturaliter, colum. 3. de usucapion. Innocentius in cap. dilecti, de majoritate & obedien. Cyn. in d. l. si fundum, Corneus consilio 50. in causa vertente, numero 15. lib. 2. Speculator de emption. & vendition. §. nunc dicendum secundo Abb. in c. si diligenti, colum. 4. de praescript. Imola in cap. fina. colum. 5. de praescriptio. sentit. Jas. consilio 29. nunquam putavi, ad fin. lib. 1. est communis opinio secundum Arias Pinellum de bonis maternis in authenti. nisi tricennale, numero 18. sequitur & dicit communem opinionem Baldus in l. Celsus, part. 3. nume. 13. de usucapion. Matth. Afflic. decisione 369. numero 10, sentit Decius in l. velle, numero 3. de regu. jur. ff.

Contrariam partem ut per interventum talis denuntiationis is emptor in mala fide constitutus non videatur vehementi conatu defendit novissime eruditus Arias Pinellus, de bon. maternis in authent. nisi tricennale, numero 15. cum sequen. quam longe antea tenuerat Joann. Fab. in l. si fundum, C. de rei vendicatio. quem ipse non allegat, sed communis opinio satis superque probatur in l. si fundum, C. de rei vendicatio. ut contra tam apertam sanctionem contendere otiosum nobis videatur, licet ipse Pinellus ejus litteram

Salicet, Fulgosio, Pablo de Castro y Angel (1), como también Alejandro (2), Felino (3), Antonio (4), el Abad (5), Inocencio (6), Cino (7), Corneo (8), el Speculator (9), Imola (10), Jasón (11), siendo opinión común, según afirma Arias Pinello (12).

La opinión contraria, a saber, que por la existencia de tal denunciación no se considere constituido en mala fe dicho comprador, la defiende últimamente con esforzado empeño Arias Pinello (13), opinión que mucho antes había defendido Juan Faber (14), aunque Pinello no le cita. Pero la común opinión precedente queda más que suficientemente probada por la citada ley *si fundum* (15), pareciéndonos cosa ociosa el intentar probar algo contra tan manifiesta sanción de dicha ley, aun cuando el propio Pinello se esfuerce con empeño, si bien con poco acierto, en desnaturalizar las palabras de la ley, puesto que el sentido y significación que quiere atribuir a dicha ley, se acomodan muy poco a ella y difieren tanto de su verdadero sentido y espíritu que no es necesaria nuestra refutación ni la de otro alguno. Pues, tratándose de nuestro derecho, aquél tiende, a mi juicio, a la verdadera gloria, y se considera haber realizado una obra

(1) Todos ellos al comentar la citada ley penúltima del Digesto, *pro empt.*; Bartolo al final, Alberico en el núm. 3; Baldo y Salicet en el núm. 2 y Baldo también en el dict. 257, *Titius emit.*, lib. 1.° y Bartolo también en la citada ley *naturaliter*, colum. 3.ª, *de usucap.*

(2) En la ley *de pupillo*, §. *nuntiationem*, núm. 12, Digesto, *de operis novi nuntiat.*

(3) En el cap. 2 *de praescript.*, núm. 5, colum. final.

(4) En el cap. *gravis, de restit. spoliatorum.*

(5) En el citado cap. 2; en el cap. *sanctorum*, y en el cap. *si diligenti, de praescript.*

(6) En el cap. *dilecti, de major. et obedient.*

(7) Al comentar la citada ley *si fundum.*

(8) En el dictamen 50, *in causa vertente*, núm. 15, lib. 2.

(9) *De empt. et vendit.*, §. *nunc dicendo, secundo.*

(10) En el cap. final, colum. 5.ª, *de praescript.*

(11) Dictamen 29, *nunquam putavi*, al final, lib. 1.

(12) *De bonis maternis*, en la Aut. *nisi tricennale*, núm. 18; la misma opinión sigue, llamándola opinión común, Baldo en la ley *Celsus*, part. 5.ª, núm. 13, *de usucapione;* Mateo de Afflictis, decis. 369, núm. 10 y Decio en la ley *velle*, núm. 3, Digesto, *de regulis juris.*

(13) *De bonis maternis*, en la Aut. *nisi tricennale*, núm. 15 y siguientes.

(14) Al comentar la ley *si fundum* del Código, tít. *de reivind.*

(15) Del Código, *de reivindicat.*

invertere anxie, sed parum feliciter nitatur, cum ille sensus ac intellectus quos ipse huic legi aptare vult, parum illi conveniant, & ab ejus legis mente, & sensu longe remotiores sint, quam nostra, aut ullius confutatione egeant, at in jure nostro, judice me, ille demum ad veram contendit gloriam & opere pretium fecisse videtur, qui genuinos, veros ac simplices legum nostrarum sensus captaverit & illis (ut nostrorum loquendi more utar) nativos sensus non dativos accommodaverit, & haec opinio summam habet aequitatem quando veritas concurrit cum denuntiantis assertione, argumento, l. cum quidam, §. quod dicitur 2. cum not. ibi per Gloss. & alios, ff. de acquiren. haeredita. aequissimum est enim huic domino, qui satis opportuno tempore ac re integra denuntiavit, jus suum integrum servari, neque is emptor inculpatus videri potest cum non tam temere ad res alienas comparandas accedere deberet, praesertim cum admonitus esset, argumento, l. qui cum alio, de regulis juris l. quemadmodum, C. de agricol. & censit. libro decimo, bonus textus in l. viribus. §. si adierit, ff. de lega. praestan. ibi, denuntiante eo, l. nomen, in verb. certior a te factus, C. quae res pignor. obligari possunt, sed opinio Pinelli defende ut procedat quando denuntians verum non dicebat, argumen. l. cum quidam, §. quod dicitur, ff. de acquiren. haeredita. & etiam in aliis casibus de quib. infra, secus si verum dicebat.

2. Amplia † etiam si non statim jus suum ostenderet, id enim judici non etiam parti ostendi oportet: ista est vera, & communis opinio quam tenent Bald. in d. consilio 257. Titius emit, libro 1. Bald. Angelus Fulgosius, & Paulus Castrens. in d. l. si fundum, quod & vult Bartol. ibi dum ait sufficere denuntiatorem se dominum dicere, quod & volunt plerique

meritoria, que llegó a penetrar los sentidos propios, verdaderos y puros de nuestras leyes y que (siguiendo el modo de hablar de nuestros autores) atribuyó a estas leyes sentidos *nativos*, no *dativos*. Además esta opinión encierra la mayor justicia cuando se basa en la verdad la afirmación del denunciante (1); pues es sumamente justo el que se conserve íntegro el derecho de aquel dueño que hizo la denunciación en tiempo suficientemente oportuno y cuando aún estaba sin realizar el contrato, ni puede considerarse libre de culpa dicho comprador, ya que no debía con tanta ligereza pretender adquirir cosas ajenas, sobre todo después de haber sido avisado, según lo prueban varias leyes (2). Con todo puede defenderse ser verdadera la opinión de Pinello cuando el denunciante no decía verdad (3), como también en otros casos de los que trataremos más adelante; pero no puede defenderse si el denunciante decía verdad.

Lo expuesto tiene también lugar, aun cuando el denun- 2.
ciante no demostrara al punto su derecho, pues no es preciso demostrarlo a la parte, sino al juez; es ésta una opinión verdadera y común que defienden Baldo, Angel, Fulgosio y Pablo de Castro (4); del mismo sentir es Bartolo cuando dice, al comentar la ley *si fundum*, ser suficiente que el denunciante afirme ser él el dueño, y lo mismo sostienen también la mayor parte de los autores arriba citados, porque es preciso que cada uno demuestre su derecho al juez en juicio, pero no a la parte fuera de juicio, según se desprende de numerosas leyes (5). Pero también en ésto

(1) Pruébalo la ley *cum quidam*, §. *quod dicitur*, 2.°, Digesto, tít. *de acquir. haeredit.* con lo que la glosa y diversos autores exponen sobre ella.

(2) Tales son: la ley *qui cum alio*, *de reg. juris* y la ley *quemadmodum* del Código, tít *de agricolis et censitis*, lib. 10; excelente texto es el de la ley *viribus*, §. *si adierit*, Digesto, tít. *de legat. praestan.* en las palabras *denuntiante eo* y la ley *nomen* en las palabras *certior a te factus* del Código, tít. *quae res pignor. obligari possunt*.

(3) Pruébalo la ley *cum quidam*, §. *quod dicitur*, Digesto, tít. *de acquir. haeredit.*

(4) Baldo en el citado dictamen 257 *Titius emit*, lib. 1.° y todos ellos al comentar la citada ley *si fundum*.

(5) Tales son: la ley 2.ª del Código, tít. *de edendo;* la ley *ait praetor*, §. *si quis particeps*, Digesto, *quae in fraudem credit.;* la ley 1.ª en la introdución, Digesto, tít. *de operis novi nuntiatione;* la ley final del tít. *de lege commis* del Digesto y la ley *haeredes*, Digesto, tít. *ad Trebellia*.

eorum quos supra retulimus, quia judici in judicio non parti extra judicium quisque jus suum monstrare oportet, l. secunda, C. de edendo, l. ait praetor, §. si quis particeps, ff. quae in fraudem credit. l. 1. in princip. ff. de oper. novi nuntiation. l. final. ff. de lege commisso. l. haeredes, ff. ad Trebellia. Sed & in hoc contrarium a fortiore volunt Pinellus, & Faber ubi supra. Movetur Pinellus quia non tenetur quis fidem adhibere asserenti aliquid, nisi ostendat quod firmat, l. si quis inficiatus, & l. plane, ff. depositi, Bart. in dict. l. si quis inficiatus. Idem in l. quod te mihi, numero 15. ff. si certum petatur. Boërius decisione 154. sentit Felinus colum. fina. in capitu. secundo. de praescription. Decius & Cagnolus in l. qui alterius, ff. de regulis juris.

Sed defendendo communem respon. ea jura procedere quando per talem denuntiationem quis juberetur, quod recte possidet tenetque missum facere, nos autem loquimur quando nondum tenebat, & ei tantum suadebam ut ab alienis abstineret, quod longe facilius est, argumen. l. si ita stipulatus essem per te non fieri, & quae ibi docemur a Bar. & aliis, ff. de verbo. oblig. nam, & facilius quis remittit plura (id est, abstinet ab eorum petitione, & exactione), quam donet, & tradat pauca, ut tradunt Jas. Decius & alii in l. pactum dotali, in princip. C. de collation. & diximus plenius in materia pactorum de non petendo in lib. de succession. creatio. tex. celebris in l. unum ex familia, §. si rem, ff. de lega. secundo, tex. optimus in l. penult. ff. pro empt. & in l. unica ad pr. C. de usucapion. trans.

5. Neque † ad rem pertinet quod Pinellus ait, jure nostro credulitatem improbari, l. prima ubi plene Jas. ff. de eo per quem factum erit, nam illud in nimia, & inconsulta credulitate,

defienden con mayor motivo lo contrario Pinello y Faber (1); fúndase Pinello en que nadie está obligado a dar crédito a quien afirma algo, si éste no demuestra lo que afirma, según consta por algunas leyes (2) y por el sentir de Bartolo (3), Boërio (4), Felino (5), Decio y Cagnolo (6).

Pero defendiendo la común opinión respondemos que estas leyes tienen cumplimiento cuando por medio de tal denunciación se manda que alguno abandone lo que ya posee y tiene rectamente, y nosotros nos referimos al caso en que no lo tenía aún, y sólamente le inducía a que se abstuviera de lo ajeno, lo que es mucho más fácil (7). Porque mucho más fáciles somos en abandonar cosas mayores (ésto es, en abstenernos de pedirlas y exigirlas) que en hacer de nuevo donación y entrega de cosas pequeñas, según lo enseñan Jasón, Decio y otros autores al comentar la ley *pactum dotali* (8) y lo hemos expuesto con más extensión al tratar la materia de los pactos (9).

Ni ofrece dificultad alguna lo que afirma Pinello que 3.
nuestro derecho condena la credulidad (10), porque lo que condena es la credulidad excesiva e inconsiderada, no aquella que no es imprudente, como no lo es la que se da en nuestro caso, en el que la verdad va unida a la afirmación del denunciante. Ni a nadie debe mover en lo más mínimo lo que afirma Pinello (71), que no se produce mala fe, si alguno compra a un poseedor una cosa como propia de éste, aun cuando la fama pública y general afirmara que

(1) *Ubi supra.*

(2) Por la ley *si quis inficiatus* y *plane* del Digesto, tít. *depositi.*

(3) Al comentar la citada ley *si quis inficiatus* y la ley *quod te mihi*, núm. 15, Digesto, *si certum petatur.*

(4) Dictamen 154.

(5) *De praescript.*, cap. 2.°, colum. final.

(6) En la ley *qui alterius*, Digesto, *de reg. juris.*

(7) Conforme a la ley *si ita stipulatus essem per te non fieri* del Digesto, tít. *de verb. obligat.* con lo que Bartolo y otros autores exponen sobre ella.

(8) En la introducción, Código, tít. *de collatione.*

(9) *De non petendo*, en el lib. *de succession. creatione.* Textos muy notables son el de la ley *unum ex familia*, §. *si rem*, Digesto, *de legat.*, 2.°, el de la ley penúlt. del Digesto, tít. *pro emptore* y el de la ley única en la introd., Código, tít. *de usucap. transform.*

(10) Según aparece por la ley 1.ª, Código, en el tít. *de eo per quem factum erit*, expuesta con toda extensión por Jasón.

(11) *Ubi supra.*

non sic ubi non esset inconsulta, quae erat in specie nostra, ubi veritas concurrebat cum assertione denuntiantis. Nec quemquam movere debet quod Pinellus, ubi supra, ait, non induci malam fidem, si quis a possidente rem emat ut suam, licet fama publica, & generalis esset, eam rem alienam esse, allegat Bald. in capitu. vigilanti, numero 5. de praescriptio. Felinum in capitulo, si diligenti, numero 5, eodem titulo. Afflictum decisione, 178. nu. 11. nam Bal. Felin. & alii loquuntur quando venditor ille habebat justum tit. & longam atque inconcussam possessionem, quasi ex titulo simul cum longa & inconcussa opinione major veritatis praesumptio oriatur quam ex illa fama, quae mendax saepe
4. esse solet. † Diversum sane esset, si cum esset fama in vicinia aliquam rem non esse possidentis, qui nullum titulum habebat nec longam possessionem, ad emptionem rei illius accederem, tunc enim non bona, sed mala fide accessisse viderer, ut tenet Imo. in c. fin. de praescr. num. 16. versic. idem si probetur quod de hoc erat fama in vicinia. Sic ergo & in specie nostra in qua non ponimus venditorem titulum legitimum habuisse & in longa praeterea & inconcussa possessione fuisse, quod not. ad proceres Hispaniae qui titulo donationis, aut emptionis tot populos & reditus regales a regibus dominisque nostris acceperunt quibus alienare non licere constat per titu. de las donaciones lib. 5. ord.

5. Tenendo communem sententiam limita ut non procedat quando post rem emptam & traditam fieret talis denuntiatio, tunc enim possessor, idemque emptor, non videretur in mala fide constitutus per solius denuntiationis interventum. Ista est vera & communis opinio quam tenent Glos. in l. penul. ff. pro emp. quam sequuntur ibi similiter transeuntes Jacob.

aquella cosa era ajena, y cita en su apoyo a Baldo (1), a Felino (2) y a *de Afflictis* (3); pero Baldo, Felino y otros autores se refieren al caso en que el vendedor tuviera justo título y una posesión duradera y no disputada, como si el título, juntamente con aquella posesión duradera y firme, produjera mayor presunción de verdad que aquella fama, que muchas veces suele ser mentirosa. Cosa diversa sería 4.
si existiendo en la vecindad fama de que cierta cosa no pertenecía al poseedor, que por otra parte no tenía ni título alguno ni larga posesión, efectuase yo la compra de dicha cosa, pues en tal caso se reputaría que la había efectuado no con buena sino con mala fe, según lo defiende Imola (4); lo mismo sucede, pues, en nuestro caso, en el que no suponemos que el vendedor tuviera legítimo título, ni que estuviera en larga y firme posesión de la cosa, lo que tendrás muy presente tratándose de aquellos nobles españoles que a título de donación o de compra recibieron tantos pueblos y réditos reales de nuestros reyes y señores, que éstos no pueden enajenar, según consta por el título «de las donaciones», libro 5.° Ord.

Aun defendiendo la común opinión, no admitimos, sin 5.
embargo, su cumplimiento cuando dicha denunciación se hiciera después de comprada y entregada ya la cosa, pues en tal caso tanto el poseedor como el comprador no se considerarán constituidos en mala fe por la sola existencia de la denunciación. Esta opinión es verdadera y común; defiéndela la glosa en la ley penúltima del título *pro emptore* del Digesto, glosa que siguen y admiten sin reparo alguno Jacobo de Ravena, Bartolo, Alberico, Rainerio de Forli y otros autores al comentar tal ley; defienden la misma opinión Baldo (5), Alejandro (6), Felino (7), Butrigario (8), el

(1) En el cap. *vigilanti*, núm. 5, *de praescript.*
(2) En el cap. *si diligenti*, núm. 5 del mismo título.
(3) Decisión 178, núm. 11.
(4) En el cap. final *de praescript.*, núm. 16, versic. *idem si probetur quod de hoc erat fama in vicinia.*
(5) Dictamen 257 *Titius emit*, lib. 1.°
(6) En la ley *de pupillo*, §. *nuntiationem*, núm. 12, Digesto, *de oper. nov. nuntiatione.*
(7) En el cap. 2 *de praescript.*, núm. 5.
(8) En el cap. *gravis, de restitut. spoliat.*

de Rav. Bart. Alberic. Raynerius de Forli. & alii, Bald. consi. 257. Titius emit, libr. 1. Alex. in l. de pupillo. §. nuntiationem, nu. 12. de ope. nov. nun. ff. Felin. num. 5 in cap. 2. de praescr. Anton. Butri. in c. gravis, de resti. spol. Abba. in c. 2. Idem Abb. in cap. sanctorum, de praescrip. & in cap. si diligenti, col. 4. Innocentius, in cap. dilecti, de major. & obedi. Cyn. Joan. Fab. Butrig. Petr. Bell. Bart. Alberi. Bal. Ang. Salic. Fulgo. & Paul. Castr. in l. domum, C. de rei vendic. Corn. consi. 50. in causa vertente lib. 2. Specul. de emp. & vend. §. nunc dicendum. 2. Bart. in l. naturaliter, col. 3. de usucap. Pinel. ubi supra, Balbus in l. Celsus, de usucap. par. 3. nu. 13.

Quod ipsi tenent & intelligunt de jure tam canonico quam civili; contrarium tenet Imo. in c. fi. de praescript. nume. 16, licet agnoscat in contrarium se habere communem opinionem; movetur, quia licet praescriptioni semel rite & recte inchoatae, interventus malae fidei postea nascentis, impedimento non sit de jure civili l. unica. C. de usucap. trans. tamen de jure canonico aliud est, nam nocet mala fides superveniens non secus, quam si ab ipso usucapionis primordio interfuisset d. c. fi. de praescr. ibi, in nulla temporis parte scientiam rei habeat alienae. Sed nihil est, nam malam fidem supervenientem nocere de jure canonico agnoscimus, at in specie nostra malam fidem videri supervenisse negamus, quia assertioni illius possessor ille postquam bona fide semel & emit & possidere coepit, non tenetur fidem adhibere, licet teneretur ante contractum initum coeptamque possessionem, aliter enim nunquam quisquam bonam fidem haberet, quia semper

Abad (1), Inocencio (2) Cino, Juan Faber, Pedro de Bellap, Bartolo, Alberico, Baldo, etc., al comentar la ley *domum* (3), Corneo (4), el Speculator (5), Pinello (6) y Balbo (7).

Esta opinión la entienden y defienden dichos autores tanto atendido el derecho canónico, como el civil; a ella se opone, sin embargo, Imola (8), aun reconociendo que tiene contra sí la común opinión; fúndase en que si bien, atendido el derecho civil (7), no es impedimento para la prescripción, legal y rectamente empezada, el que posteriormente sobrevenga mala fe, pero no sucede lo mismo atendido el derecho canónico, porque según éste la mala fe, que posteriormente sobreviene, perjudica del mismo modo que si hubiera existido desde el comienzo mismo de la usucapión (10). Pero esta razón nada prueba; porque confesamos de grado que, según el derecho canónico, la mala fe que sobreviene, perjudica, pero negamos que en nuestro caso se repute haber sobrevenido dicha mala fe, porque tal comprador, una vez que de buena fe hizo aquella compra y empezó su posesión, no está obligado a dar fe a la afirmación del denunciante, aunque estaría obligado a ello antes de celebrado el contrato y de empezada la posesión; pues de otro modo nadie estaría jamás en buena fe, ya que siempre podría abrigar la duda sobre si la propiedad pertenecía al vendedor, y en este sentido se entiende la ley *si quis inficiatus* (11) y así lo hemos expuesto arriba en parecido caso.

En segundo lugar admitimos la opinión general en el caso en que el denunciante manifestara que el dueño era él mismo, pero no si dijera que el dueño era otra tercera per- 6.

(1) En el citado cap. 2 y en el cap. *sanctorum*, ambas *de praescript.*; en el cap. *si diligenti*, col. 4.ª

(2) En el cap. *dilecti, de major. et obedient.*

(3) Del Código, tít. *de reivindicatione.*

(4) En el dictamen 50 *in causa vertente*, lib. 2.

(5) *De empt. et vendit.*, § *nunc dicendum* 2, lo mismo que sostiene Bartolo en la ley *naturaliter*, colum. 3.ª, *de usucap.*

(6) *Ubi supra.*

(7) Al comentar la ley *Celsus, de usucap.*, part. 3.ª, núm. 13.

(8) En el cap. final *de praescript.*, núm. 16.

(9) Según la única ley del Código en el tít. *de usucap. transfor.*

(10) Conforme al cap. final *de praescript.* en las palabras: «en ninguna parte de tiempo tenga conocimiento de ser ajena la cosa».

(11) Del Digesto, tít. *depositi.*

posset dubitare an dominium esset concedentis, & ita procedit d. l. si quis inficiatus, ff. depositi, & in simili diximus supra.

6. † Secundo intellige quando ille denuntiator se dominum dicebat, secus si dicebat alium esse dominum, tunc enim ei non secus esset adhibenda fides nisi mandatum ostenderet illius, quem dominum dicebat, ista est vera & communis opinio ut sic cesset mala fides, quam tenent Bart. & Angelus in d. l. si fundum, Balbus in l. Celsus, de usuc. par. 3. n. 13. & ait Ang. ubi supra, hoc esse notant. ad multa, & ita intelligitur, dic. l. si quis inficiatus, tenet Bald. d. consil. 257. lib. 1. tenent Bald. Salice. Fulgosius, Paulus, & alii communiter in d. l. si fundum, & Alexan. in dicto. §. nuntiationem, ratio differentiae, quia lex non tam assistit ei cujus non interest, quam assisteret si ejus interfuisset, argumen. in l. stipulatio ista. §. alteri, ff. de verborum obligation. §. alteri, insti. de inutili. stipulatio. l. certi conditio, §. quoniam, ff. si certum peta. l. ex conventione, C. de pact. l. sine censu vel reli. unde denuntiationem factam a non domino non interpretatur lex emptorem in mala fide constituisse, quasi is fidem non adhibuerit denuntianti, licet fidem denuntianti adhibuisse interpretaretur, quando denuntians se dominum diceret, vel ostenderet mandatum ejus quem dominum dicebat.

Tertio intellige quando veritas concurrebat cum assertione denuntiantis, tunc enim emptor constitueretur in mala fide, non sic si denuntians non esset dominus etiamsi res non foret vendentis, ita videntur sentire communiter Doct. ubi supra, quod verum existimo arg. l. cum quidam, §. quod dicitur, 2. cum ibi notatis, ff. de acq. haer. quasi illa denuntiatio tribus demum concurrentibus noceat, quod & fiat ante contractum, & quod denuntians se dominum dicat, & revera dominus sit.

sona, en cuyo caso sólo se le había de dar crédito en cuanto presentara mandato para ello de aquél que decía ser dueño; es ésta una opinión verdadera y común, cesando por tanto en dicho caso la mala fe; defiéndenla Bartolo y Angel al comentar la ley *si fundum*, Balbo al tratar de la ley *Celsus* (1), diciendo Angel en el lugar arriba citado que esta doctrina se ha de tener presente en muchos casos (2); también la defiende Baldo (3), Salicet, Fulgosio, Pablo y comúnmente otros autores al comentar la ley *si fundum*, y Alejandro (4). La razón de la diferencia entre ambos casos es ésta, que la ley no apoya tanto a aquel que no está personalmente interesado en algo, cuanto le apoyaría si realmente lo estuviera, como lo prueban numerosas leyes (5); por lo que la ley interpreta que la denunciación hecha por el que no era dueño de la cosa, no constituye al comprador en mala fe, como si éste no hubiera dado crédito al denunciante, mientras que si el que denuncia afirmara ser él el dueño o mostrara mandato de quien decía ser el dueño, interpreta la ley que en este caso ha dado crédito al denunciante.

En tercer lugar admitimos la opinión común cuando la verdad estaba acorde con la afirmación del denunciante, ya que entonces el comprador se constituiría en mala fe, pero no sucedería ésto si el denunciante no fuera el dueño, aun suponiendo que la cosa no perteneciera al vendedor; tal parece ser el común sentir de los doctores en los lugares arriba citados, cosa que nosotros también juzgamos verdad basados en la ley *cum quidam* (6); como si aquella denunciación sólo perjudicara al comprador cuando concurran estas tres cosas: que sea hecha antes del contrato, que el denunciante afirme ser él el dueño y finalmente que en realidad lo sea.

---

(1) *De usufructu*, part. 3.ª, núm. 15.

(2) En tal sentido se entiende la ley *si quis inficiatus*.

(3) Dictamen 257, lib. 1.º

(4) En el citado §. *nuntiationem*.

(5) Tales son: la ley *stipulatio ista*, §. *alteri*, Digesto, *de verbor. obligatione;* el §. *alteri* de la Instituta *de inutil. stipulatione;* la ley *certi conditio*, §. *quoniam*, Digesto, *si certum petatur;* la ley *ex conventione*, Código, *de pactis* y la ley *sive censu vel reli*.

(6) En el §. *quod dicitur* 2.º, Digesto, tít. *de acquir. haered.* con lo notado sobre él.

Quarto intellige ut procedat quando venditor non haberet titulum & longam possessionem, nam si utrumque habuisset tunc forte illa denuntiatio, etiam ante contractum facta, non noceret arg. eorum quae supra diximus tenuisse Bald. nume. 5. in c. vigilanti, de praescr. & Felin. in cap. si diligenti, num. 5. eod. tit. Afflictus decisione. 178. num. 11.

7. Ex † superioribus infertur suspectum esse quod Aries Pinel. in auth. nisi tricennale, num. 16. de bon. mater. ait, scilicet quod si pater in bonis filii maternis habebat usumfructum & proprietatem ei vendere properanti, atqui etiam emptori festinanti filius denuntiet rem illam suam esse, nec vendi licere, & nihilominus emptor emerit, quod procedet praescriptio. 30. annorum, nam defectus illius tituli illegitimi in tali praescriptione non nocebat de jure civili l. sicut l. omnes, C. de praescr. 30. annorum nec etiam de jure canonico cap. illud, & c. de quarta, de praesc. non quoque oberit, inquit, malam fidem ut ipse contra communem sententiam contendit, sed cum communis sententia verior sit & obtinere debeat, & in hac specie tenendum est, malam fidem inductam esse, quae utroque tempore impedit praescriptionem longissimi etiam temporis, & in eo tantum quaestio erit, an ea mala fides sic ab initio praesumpta per interventum longissimi temporis evanuerit ac abscesserit, quasi lex quae tunc praesumit bonam fidem, eadem post longissimi temporis cursum ab ea praesumptione discedat, & quasi poeniteat illius sinistrae suspicionis, quam contra talem emptorem conceperat, vel interpretetur domini voluntatem emptori denuo accessisse tacite ex tanti temporis tolerantia, sicque purgatum fuisse vitium illud malae fidei, arg. eorum quae tradit Bar. in l. fi. in fin. C. unde vi. & quae nos disseruimus supra.

En cuarto lugar entendemos que tiene cumplimiento, cuando el vendedor no tuviera título y larga posesión, porque de haber tenido ambas cosas entonces aquella denunciación, aun hecha antes del contrato, tal vez no perjudicaría al comprador; pruébanlo las razones que arriba dijimos haber expuesto Baldo (1), Felino (2) y *de Afflictis* (3).

7. De lo arriba expuesto, infiérese ser sospechoso lo que afirma Arias Pinello (4), a saber, que si un padre tenía el usufructo de los bienes maternos de su hijo, y al disponerse a vender la propiedad, denunciaba el hijo tanto al padre como al comprador, que aquella cosa era suya y que no podía venderse, pero que a pesar de ésto el segundo la había comprado, que tendría lugar la prescripción de treinta años, porque el vicio de tal título ilegítimo no perjudica en la prescripción de treinta años, atendido el derecho civil (5), como tampoco atendido el derecho canónico (6); más aún, dice él, ni perjudica la mala fe, porque dicha denunciación no es causa de mala fe, según lo defiende contra la común opinión; pero siendo más conforme a verdad la opinión común, y debiendo con toda razón prevalecer, hemos de sostener también en este caso haberse producido mala fe que impide ambas prescripciones, la de largo y aun la de larguísimo tiempo, y sólamente restará esta cuestión, a saber, si aquella mala fe, que desde el principio se presume del modo dicho, se había desvanecido y desaparecido por el trascurso de larguísimo tiempo, como si la ley que en un principio presumió mala fe (7), se apartara ella misma de aquella presunción después del trascurso de dilatadísimo tiempo, como si se arrepintiera de aquella mala sospecha que contra tal comprador había concebido, o bien supone la ley que por la tolerancia del dueño durante tanto tiempo ha venido posteriormente a dar éste su tácito consentimiento al comprador,

(1) En el cap. *vigilanti, de praescript.*, núm. 5.

(2) En el cap. *si diligenti*, núm. 5 del mismo título.

(3) En la decisión 178, núm. 11.

(4) Al comentar la *auth. nisi tricennale*, núm. 16, *de bonis maternis*.

(5) Conforme a las leyes *sicut* y *omnes* del Código, tít. *de praescript. 30 annorum*.

(6) Según los caps. *illud* y *de quarta, de praescript.*

(7) Aunque ambas ediciones de Venecia y Francfort dicen *bonam fidem*, debe ser por el sentido *malam fidem* y así lo traducimos. (T.).

Ex superioribus etiam infertur quid respondendum sit in
8. illo articulo quotidie contingente, † cum quis conduxit mercenarios seu operarios ad quendam fundum excolendum, & alter vociferat se illius fundi dominum esse, denuntiatque laboratoribus illis ab altero conductis, ne in fundum illum pedem inferant, an per hoc in mala fide videantur constituti & abstinere debeant ab ingressu fundi, & quid si jam ingressi fuerant & laborare coeperant, sicque postea eis facta fuit denuntiatio, ut inde exirent; qua in re communis opinio esse videtur, ut si denuntitatio facta nunquam fuit, laboratores inculpati videantur, ut tenet Glo. fi. in l. in rem. §. tignum, ff. de rei vendi. & ibi Bart. Ang. & communiter Docto. Bald. consi. 468. statuto civitatis, lib. 3. Bald. in l. non ideo, col. 1. C. de accusa. & Salic. ibi. q. 1. Bald. in auth. ingressi, col. 2. de sacro. eccl. Alberi. in l. si quis id quod, col. pen. ff. de jur. omn. judi. Idem in l. 1. in princ. col. 1. ff. de eo per quem factum erit, Bart. in l. non solum, §. si mandato, col. 3. ff. de injur. prout refert & sequitur Dec. in l. velle, n. 3. ff. de reg. jur. Verum post factam denuntiationem tales laboratores non viderentur inculpati, sed potius in mala fide constituti, ut videtur esse communis opinio, quam tenent Imo. & Roma. in d. §. nuntiationem, Ang. in §. quibus, in auth. ut omnes obedi. judi. sentit Ang. in d. §. tignum, Alex. consi. 36. visis his, num. 3. versic. praeterea, sequitur & dicit esse communem opinionem Dec. in de l. velle, num. 3. Contrarium tamen videtur tenere idem Alex. sibi contrarius in d. §. nuntiationem, nu. 2.

Quid dicendum? & quidem si ipsi laboratores sciebant

con lo que aquel vicio de mala fe quedó purificado, como lo prueba lo que expone Bartolo al comentar la ley final del Código en el título *unde vi* y lo que nosotros hemos expuesto también arriba.

Colígese también de lo anterior la respuesta que hemos de dar en aquella cuestión que diariamente tiene lugar, a saber, si cuando una persona conduce mercenarios u obreros para cultivar una finca y otro les grita que él es el dueño de aquella finca, e intima a dichos trabajadores contratados por el otro que no penetren en ella, si por ésto, se han de considerar constituidos en mala fe, y si deben abstenerse de entrar en dicho fundo, y qué se ha de decir en el caso de que ya hubieran entrado y empezado a trabajar, habiéndoseles hecho después la intimación de que salieran de allí. En esta materia la común opinión defiende que si nunca se había hecho tal denunciación, los trabajadores se consideran libres de culpa, conforme lo sostiene la glosa final de la ley *in rem* (1), Baldo (2), Alberico (3), Bartolo (4). Pero después de hecha la denunciación tales trabajadores no se reputan libres de culpa, sino más bien que se hallan en mala fe, como parece sostenerlo la común opinión que defienden Imola y Romano en el citado § *nuntiationem*, Angel (5), Alejandro (6); lo mismo defiende, llamándola opinión común, Decio (7), aunque Alejandro, contradiciéndose a sí mismo, parece defender lo contrario (8). 8.

¿Qué solución hemos de dar? Ciertamente si los propios

(1) En el §. *tignum* del Digesto, *de reivindic.* comentada en tal sentido por Bartolo, Angel, y comúnmente por los doctores.

(2) Dictamen 463 que empieza *statuto civitatis*, lib. 3, como también al comentar la ley *non ideo*, colum. 1.ª, Código, *de accurat.* expuesta también por Salic., cuest. 1.ª, y al tratar de la *auth ingressi*, col. 2.ª, *de sacrosanct. ecclesiis*.

(3) Al comentar la ley *si quis id quod*, columna penúltima, Digesto, tít. *de jurisdict. omn. judicum* y la ley 1.ª en la introd., col. 1.ª, Digesto, tít. *de eo per quem factum erit*.

(4) Al comentar la ley *non solum*, §. *si mandato*, col. 3.ª, Digesto, *de injuriis*. según lo refiere y admite Decio en la ley *velle*, núm. 3, Digesto. *de regul. juris*.

(5) En el §. *quibus* en la Auth., *ut omnes obed. judi.* y lo mismo en el citado §. *tignum*.

(6) Dictamen 36 *visis his*, núm. 3, vers. *praeterea*.

(7) Al comentar la ley *velle* citada, núm. 3.

(8) En el citado §. *nuntiationem*, núm. 2.

denuntiantem aliquid juris in tali fundo habere, inculpati non viderentur, ut docent Alexan. in d. cons. 36. num. 3. & 4. & Salice. de accusa. in l. non ideo minus, q. 2. quod si ignorabant, tunc aut jam fundum ingressi coeperant laborare & exire non tenerentur, argum. d. l. pen. ff. pro emp. & l. si quis inficiatus, ff. de positi. l. plane. eod. aut nondum ingresi fuerant fundum, nec etiam conducti, & tunc parere deberent, argum. d. l. si fundum. C. de rei vendi. l. nomen, in verb. certior factus. C. quae res pignori obligari possunt, aut jam fuerant conducti, licet fundum ingressi non fuissent, & tunc verior & benignior opinio videtur ut non videatur res ex toto integra, sicque inculpati videantur, licet non paruerint, argumento dict. leg. penul. et dictae leg. si quis inficiatus, praesertim cum res sit parvi praejudicii, argum. leg. si quis diutino, cum iis, quae supra tradidimus.

Ex superioribus apparet quid respondendum sit in eo qui venandi causa fundum alienum ingreditur, id quod verum est nisi dominus contradicat & reclamet, cui reclamanti si fidem adhibere nolui, inculpatus non videbor, si quidem sit verum eum dominum fuisse, & ita intelligerem (arg. eorum quae supra diximus) tex. & jura supra alleg.

obreros sabían que el denunciante tenía algún derecho sobre tal fundo, no se considerarían libres de culpa, según lo enseñan Alejandro (1) y Salice. (2); si lo ignoraban o bien habiendo penetrado ya en la finca habían empezado a cultivarla, en cuyo caso no estaban obligados a salir de ella (3), o bien no habían aún penetrado en ella ni aun habían sido conducidos a ella y en ese caso estarían obligados a obedecer (4), o finalmente habían sido ya conducidos aun cuando no habían aún penetrado en la finca y en este caso se considera opinión más verdadera y benigna, que la obra está ya de alguna manera empezada y por tanto, aun cuando no hayan obedecido, no se consideran culpables (5), sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un perjuicio pequeño, como lo prueba la ley *si quis diutino* y las razones anteriormente aducidas.

De lo expuesto es ya manifiesta la respuesta que hemos de dar en el caso en que uno hubiera penetrado en la finca de otro con el fin de cazar, en cuyo caso es verdad lo expuesto, a no ser que el dueño se oponga y reclame, y si al reclamar éste no quise darle crédito, no pareceré ya inculpable, siempre que sea verdad que él es el dueño, y en este sentido entendería yo los textos y leyes arriba citados (probándolo las razones que arriba hemos expuesto).

(1) En el citado dict. 56, núms. 3 y 4.

(2) En la ley *non ideo minus*, cuest. 2.ª

(3) Como lo prueba la ley penúlt. del Digesto en el tít. *pro emptore* y la ley *si quis inficiatus* y *plane* del Digesto, tít. *depositi*.

(4) Como lo prueba la ley *si fundum*, Código, *de rei vindic.* y la ley *nomen* en las palabras *certior factus* del Código, tít. *quae res pignori obligari possunt*.

(5) Pruébanlo la citada ley penúltima *pro emptore* y la ley *si quis inficiatus* también citada.

CAPVT LXXXI

SUMMAE

1. *Malae fidei possessor est qui contra jura mercatur.*
2. *Malae fidei praesumptio an purgetur longissimo tempore, ard. q.*
3. *Bona aut mala fides solo Deo certo nota.*
4. *Bona fides praesumitur.*
5. *Servitute utens sine causa, an jure canonico praesumatur esse in bona fide.*
6. *Mala fides an praesumatur ex defectu tituli quando non apparet antiquior possessor.*
7. *Mala fides non praesumitur ex tituli defectu post annos triginta.*
8. *Bona fides orta ex injusta causa an sufficiat ad praescriptionem ardua q.*
9. *Praescribit annis triginta emens rem filii in qua paterfamilias habebat usumfructum.*
10. *Mala fides nocet etiam in praescriptione immemoriali, ardua quaestio.*
11. *Praescriptio immemorialis an cesset si appareat de titulo illegitimo ard. q.*
12. *Diuturnitas temporis facit praesumi etiam ea quae sunt facti.*
13. *Tituli allegatio aut probatio non requiritur in praescriptione immemoriali.*

CAPÍTULO LXXXI

SUMARIO

Quien compra contra la disposición de las leyes es poseedor de mala fe. 1.

¿La presunción de mala fe se purifica por el trascurso de larguísimo tiempo? Cuestión debatida. 2.

Sólo Dios conoce de cierto la buena o mala fe. 3.

La buena fe se presume. 4.

Quien sin título disfruta de una servidumbre, ¿se presupone por el derecho canónico que esté en mala fe? 5.

¿Se ha de presumir mala fe por falta de título, cuando no aparece un poseedor más antiguo? 6.

Después de trascurridos treinta años no se presume mala fe por la falta de título. 7.

¿Es suficiente para la prescripción la buena fe si nace de causa injusta? Cuestión ardua. 8.

Quien compra a los hijos una cosa sobre la que el padre de familia tenía el usufructo, consigue la prescripción por el trascurso de treinta años. 9.

La mala fe perjudica aun en la prescripción inmemorial; cuestión difícil. 10.

¿Cesa la prescripción inmemorial si consta ser el título ilegítimo? Cuestión ardua. 11.

El largo trascurso de tiempo hace que se presuman aun cosas que son de hecho. 12.

En la prescripción inmemorial no se exige ni la alegación ni la prueba de título. 13.

14. *Inutilium interventus non nocet ubi eorum defectus non noceret.*
15. *Titulus inutilis non nocet praescriptioni etiam longissimi tantum temporis.*
16. *Praescriptioni immemoriali non nocet initium vitiosum.*
17. *Tempus immemoriale facit ut omnium possibilium concursus praesumatur.*
18. *Praescriptio triginta annorum cessat in spurio qui dispensationem illegitimam impetravit, ejusque virtute bona patris possedit, egregia quaestio.*
19. *Intel. l. nemo. ff. pro legato.*
20. *Praescriptio longi temporis cessat in spurio qui bona patris virtute illegitimae dispensationis possidebat.*
21. *Praescriptio immemorialis non nititur in possessione civili, sed naturali detentatione contenta est.*
22. *Intell. cap. ad decimas, de restitutione spoliatorum.*

1. QUI contra jura mercatur bonam fidem non praesumitur habere, cap. qui contra, de regul. jur. lib. 6. l. quemadmodum, C. de agri & censi. lib. 10. l. 1. in fi. C. de bon. mater. l. fin. §. sin autem sub conditione, C. commu. de lega. l. fi. C. unde vi, sicque cessat longi temporis praescriptio, ut dd. ll. quia in ea bona fides desideratur l. unica de usucap. transfor. C. in prin. inst. de usucap. l. ubi lex, ff. de usucap. c. vigilanti, c. fi. de praescr. quod procedit quoad praescriptionem longi temporis ut dd. ll. nam longissimi temporis praescriptio non impeditur, ut tenet Glos. fi. in d. l. quemadmodum, cum qua transeunt ibi Doct. sentit Glo. in d. §. sin autem sub conditione, in verb. longi temporis, dum allegat l. cum notissimi,

No perjudica la existencia de aquellas cosas inútiles que no perjudicarían aunque faltaran. 14.

Un título inútil no perjudica aun a la prescripción de solo larguísimo tiempo. 15.

Un comienzo vicioso de poseer no perjudica en la prescripción inmemorial. 16.

El tiempo inmemorial hace que se presuma la existencia de todas las cosas posibles. 17.

La prescripción de treinta años cesa en el hijo espurio que consiguió una legitimación ilegal y en virtud de la cual poseyó los bienes paternos; cuestión notable. 18.

Sentido de la ley *nemo* del Digesto, título *pro legato*. 19.

La prescripción de largo tiempo cesa en el espurio que poseía los bienes paternos en virtud de una dispensa ilegítima. 20.

La prescripción inmemorial no se funda en la posesión civil, sino que para ella es suficiente la retención natural. 21.

Sentido del capítulo *ad decimas, de restitutione spoliatorum*. 22.

Quien contra las disposiciones de las leyes compra alguna cosa, no se presume hallarse en buena fe (1), y por tanto no tiene lugar la prescripción de largo tiempo, conforme a las leyes abajo expuestas, ya que falta en ella la buena fe (2); lo que ha de referirse a la prescripción de largo tiempo, según consta por dichas leyes, ya que la prescripción de larguísimo tiempo no se impide por ello, según lo defiende la glosa última en la citada ley *quemadmodum*, glosa que admiten sin reparo alguno los doctores (3); es ésta una 1.

(1) Según el cap. *qui contra, de reg. juris*, lib. 6.º; lo mismo que consta por la ley *quemadmodum* del Código, tít. *de agric. et censitis*, lib. 10; por la ley 1.ª al final, Código, *de bon. maternis;* por la ley final, §. *sin autem sub conditione*, Código, *commu. de legatis* y por la ley final del Código, tít. *unde vi*.

(2) Como consta por la ley única del Código en el tít. *de usucap. transfor.;* por la introd. de la Instituta *de usucapione;* por la ley *ubi lex* del Digesto, tít. *de usucap.* y por el cap. *vigilanti* y final *de praescript.*

(3) Lo mismo que defiende la glosa en el citado §. *sin autem sub conditione* en las palabras *longissimi temporis* al citar la ley *cum notissimi*, §. *illud, de*

§. illud, de praescrip. 30. annorum cum qua transeunt Doct. ibi Glo. in l. 1. in verb. praescriptionem, C. de bon. mater. cum qua transeunt Doct. ibi, estque indubitata opinio de jure civili, quo jure in praescriptione, 30. vel 40. annorum bona fides non exigebatur l. sicut, l. omnes, & d. l. cum notissimi, C. de praescr. 30. annorum. Sed cum jure canonico (quod hac in re in utroque foro servatur) etiam in ea praescriptione bona fides exigatur, cap. vigilanti, c. fi. de
2. praescr. † an ea mala fides praesumpta noceat quoad hanc praescriptionem longissimi temporis, 30. vel 40. annorum? & Bar. in l. fi. num. 17. C. unde vi tenet non nocere, & licet ipse non exprimat se loqui de jure canonico, tamen ita intelligendus est, dum ait, illam malae fidei praesumptionem post illud tempus longissimum cessare, evanescere, purgari, ut etiam retro bo. fidei possessor ille semper fuissse intelligatur, unde si illa mala fides praesumpta etiam post annos triginta completos quasi in bonam fidem versa & transformata videtur, malae fidei praesumptione abscedente, praescriptio de jure canonico non secus quam de jure civili contingere poterit, & illam Bar. opinionem sequuntur Abb. consi. 89. num. 5. in quaestione quae ad praesens lib. 1. Innocen. in c. 2. de resti. spoli. Aymon Cravet. de antiq. temporum par. 4. versi. materia ista, num. 4. fol. 157. sentit Salic. num. 1. in d. l. fin. C. unde vi, Dec. consi. 267. non excedit, num. 5. col. penul. versic. tertio de bona fide, Abb. consi. 102. in causa, num. 1. l. 1. Dec. consi. 272. viso processu, num. 9. col. pen. Jaso. in §. sed iste, numero. 100. inst. de actionibus. Idem Jas. consi. 57. col. fin. lib. 1. Idem consi. 72. col. 2. eod. lib. Idem Jas. consi. 209. col. 2. lib. 2. Curtius jun. consi. 52. col. 4. Pau. Cast. consi. 169. lib. 2. viso quodam processu agitato. Corn. cons. 96. col. 2.

opinión que no ofrece duda alguna atendido el derecho civil, ya que según él en la prescripción de treinta y cuarenta años no se exigía buena fe (1). Pero como aun en esta prescripción exige buena fe el derecho canónico (2) (que en esta materia se sigue en ambos foros), aquella presunción de mala fe, ¿es perjudicial en cuanto a la prescripción de treinta y cuarenta años? Bartolo sostiene que no perjudica (3), y, 2.
aun cuando él no expresa que se refiera al derecho canónico, sin embargo, ha de entenderse que así es, al afirmar que después de aquel dilatadísimo tiempo cesa, se desvanece y purifica aquella presunción de mala fe, hasta el punto de considerarse haber sido siempre desde atrás poseedor de buena fe; luego si aquella mala fe presunta, aun después de treinta años completos, parece como si se hubiera convertido y transformado en buena fe, al desaparecer la presunción de mala fe, podrá tener lugar la prescripción no menos según el derecho canónico que según el derecho civil, y esta opinión de Bartolo la siguen también el Abad (4), Inocencio (5), Aymon Cravet (6), Salicet (7), Decio (8), Jasón (9), Curcio el Joven (10), Pablo de Castro (11), Corneo (12), Alejandro (13) quien cita el parecer de Bartolo, a quien también citan y

---

praescript. 30 annorum y la glosa en la ley 1.ª en la palabra *praescriptionem* del Código, tít. *de bonis mater.* las cuales admiten sin reparo alguno los doctores al comentar tales leyes.

(1) Como aparece por las leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi* del Código, tit. *de praescript. 30 annorum.*

(2) Según el cap. *vigilanti* y final *de praescript.*

(3) Al comentar la ley final, núm. 17, Código, *unde vi.*

(4) Dictamen 89, núm. 5, *in quaestione quae ad praesens*, lib. 1 en el dictamen 102. *in causa*, núm. 1, lib. 1.º

(5) En el cap. 2, *de restitut. spoliatorum.*

(6) *De antiquitate tempor.*, part. 3.ª, vers. *materia ista*, núm. 4, fol. 157.

(7) Al comentar la citada ley final del Código, tít. *unde vi*, núm. 1.

(8) Dictamen 267, *non excedit*, núm. 5, col. penúlt., vers. 3, *de bona fide* y dict. 272, *viso processu*, núm. 9, col. penúlt.

(9) En el §. *sed iste*, núm. 100, Instituta, *de actionibus*, lo mismo en el dictamen 57, colum. final. lib. 1; en el dict. 72, col. 2.ª del mismo libro y en el 209, col. 2.ª, lib. 2.

(10) Dictamen 52, colum. 4.ª

(11) Dictamen 169, lib. 2.º, *viso quodam processu agitato.*

(12) Dictamen 96, col. 2.ª, lib. 4.º.

(13) Dictamen 6, *viso themate*, col. 1.ª, núm. 1, lin.ª 1.ª donde cita a Bartolo al comentar éste la ley final del Código, tít. *unde vi;* y en el dictamen 151, *viso themate*, lib. 2. núm. 7, donde cita de nuevo a Bartolo.

lib. 4. Idem vult Alex. consi. 6. viso themate, col. 1. num. 1. lib. 1. dum allegat Bar. in d. l. fi. C. unde vi. Idem Alex. consi. 151. viso themate, lib. 2. num. 7. ubi etiam allegat Bar. in d. l. fin. quem etiam refert & sequitur Areti. consi. 63. in praesenti consultatione, col. pen. quem etiam refert & sequitur in consi. 103. in causa & quaestione, nu. 7. col. pe· Idem Are. consi. 112. col. 2. vers. his breviter incipit consideratis. Idem Areti. consi. 153. consultatio proposita col. fin. in fi. Rom. consi. 107. cum praesupponatur, in prin. & illud dictum Bar. satis communiter appr. videtur, quod sequitur & exaltat Abb. in c. si diligenti, de praescrip. nu. 16. quod & admittit Aymon de anti. temp. par. 4. vers. materia ista nu. 20. quoad praesumptam malam fidem, licet contrarium teneat in mala fide aperta Andr. Tiraq. de praesc. Glo. 2. §. 1. ver. bona autem fides, & Gl. 4. ver. 18. ubi quamplures allegat.

Contrariam partem ut malae fidei possessor, in speciebus nostris is intelligatur etiam post longis. tempus, videntur tenere Bal. & Ang. in d. l. fi. C. unde vi. dum intelligunt quod jure canonico, de l. fi. non procederet, etenim si quis semel extitit in mala fide, certe per praeteritionem longioris temporis non in meliore, sed in deteriore fide constitui videtur tantumque abest ut huic quasi bona fides renasci videatur, quod potius quotidie in majorem perfidiam injustioremque causam recidisse intelligatur, ut in c. fi. de praescr. ubi haec fere ratio redditur. Denique illud dictum Bar. majore conatu reprehendit Jo. Im. in c. fi. de praesc. n. 14. & Felin. in c. si diligenti, 2. & 3. col. e. ti. sentiunt Inn. & Bal. in c. per tuas, de testib. dum generaliter ajunt praesumi malam fidem in possidente sine tit. Idem tenet Aymon de antiq. temp. par. 4. ver. materia ista. nu. 20. fol. 159. qui alios alleg. & dictum

siguen el Aretino (1) y Romano (2); y tal opinión de Bartolo parece bastante admitida por la generalidad de los autores, la misma que sigue y hace resaltar más el Abad (3) y que admite Aymon (4) cuando se trata de mala fe presunta; si bien cuando se trata de mala fe manifiesta defiende lo contrario Andrés Tiraqueau (5), quien cita a otros numerosos autores.

La opinión contraria, a saber, que en los casos propuestos, dicho comprador se considera poseedor de mala fe, aun después de larguísimo tiempo, parecen defenderla Baldo y Angel (6), ya que son de parecer que, según el derecho canónico, dicha ley final no tendría cumplimiento, porque quien una vez se constituyó en mala fe, por el trascurso de más dilatado tiempo no mejorará, sino que empeorará su fe, y lejos de considerarse renacer en él como otra buena fe, se considera, por el contrario, haber caído de día en día en mayor perfidia y en más injusta causa, según aparece por el capítulo final *de praescript.* donde se da una razón casi idéntica a ésta. Finalmente, dicha doctrina de Bartolo la impugna con mayor empeño Juan de Imola (7) y Felino (8), siendo del mismo sentir que éstos Inocencio y Baldo (9), cuando en términos generales afirman que se presume mala fe en el que posee sin título. Lo mismo defiende Aymon (10) quien cita a otros autores, admitiendo que la citada opinión de Bartolo sólamente es verdadera atendido el derecho civil, pero niegan que se le haya de dar cumplimiento, sino por el contrario, que aun en ambos foros hemos de atenernos al derecho canónico.

---

(1) Dictamen 63, *in praesenti consultatione*, col. penúlt.; en el dictamen 103, *in causa et quaestione*, núm. 7, col. penúlt., lo mismo defiende en el dict. 112, col. 2.ª que empieza *his breviter consideratis* y en el dict. 153, *consultatio proposita*, col. final.

(2) Dictamen 107 *cum praesuponatur* en la introducción.

(3) En el cap. *diligenti, de praescript.*, núm. 16.

(4) *De antiquitate tempor.*, part 4.ª, vers. *materia ista*, núm. 20.

(5) *De praescriptione*, glos. 2.ª, §. 1, vers. *bona autem fides* y glos. 4.ª, vers. 18.

(6) Al comentar la citada ley final, Código, tít. *unde vi.*

(7) En el cap. final *de praescript.*, núm. 14.

(8) En el cap. *si diligenti*, 2.ª y 3.ª col. del mismo tít.

(9) En el cap. *per tuas, de testibus*.

(10) *De antiquit. temporis*, part. 4.ª, vers. *materia ista*, núm. 20, col. 159 y en el dict. 146.

Bar. admittunt ut procedat de jure tantum civili quod tamen negant servandum esse, sed juri canonico etiam in utroque foro standum idem Aym. cons. 146.

3. Quid dicendum † & quidem bona, aut mala fides possidentis cum ex ejus animo pendeat, certo probari non potest, sed tantum per conjecturas, l. pe. C. de evict. ibi aliis itaque hoc indiciis, hujus, n. rei solus Deus opti. Maxi. conscius esse potest, nam & quod ore proprio profitemur ejus contrarium sentire possumus, l. an inutilis. ff. de accept. l. obligationum substantia, ff. de act. & obl. non solum, e. ti.

4. † lex autem in re dubia praesumit possessorem esse bonae fidei, Glo. quam communiter sequuntur ibi Doc. in prin. insti. de usuc. Glo. & ibi communiter Doc. in l. pe. C. de evict. Gl. & communiter Doc. §. sed istae, Inst. de act. Bar. & alii. in l. Celsus, ff. de usuc. Imo. Abb. Felin. & alii in c. fi. de praesc. Fel. in c. si diligenti, e. ti. colum. 2. & 3. post Abb. ibi, nu. 14. cum seq. est communis opi. secundum Arias Pinel. de bon. mat. in authen. nisi tricennale nu. 12. communis secundum Jas. in d. §. sed istae. n. 100. Dec. cons. 267. nu. 5. Idem Deci. cons. 272. nu. 8. arg. l. merito, cum simi. ff. pro soc. Fallit in eo qui nulla justa causa, aut ti. rem possederit, quia quisque scire debet, quod suum non est id ad alium modis omnibus pertinere, l. fi. C. unde vi. Haec tamen limitatio, ut cessante ti. mala fides praesumatur, sublimitatur ut non procedat cum agitur de servitute acquirenda, possidenda, & praescribenda, arg. l. si quis diuturno, ff. si ser.

5. vend. † quia tunc agi videtur de levi, aut non magno praejudicio, & laesione ejus contra quem praescribitur ut Doc. communiter interpraetantur, quod indubitanter procedit de jure civi. sed de jure cano. an idem admittendum sit vehementer

¿Qué solución hemos de dar? Desde luego que depen- 3.
diendo la buena o mala fe del poseedor del ánimo de éste, no puede probarse con certeza, sino sólo por conjeturas (1), ya que de sólo Dios, Supremo Hacedor, puede ser conocido; porque aun manifestando expresamente algo con nuestras palabras, podemos en nuestro interior sentir lo contrario (2). La ley, por su parte, presume, en caso de duda, que el 4.
poseedor se halla en buena fe, según consta por varias glosas (3), admitidas comúnmente por los doctores y por el testimonio de Bartolo y otros autores al comentar la ley *Celsus* (4), de Imola, el Abad, Felino (5) y otros al comentar el capítulo final *de praescriptionibus;* y es común opinión, según el sentir de Arias Pinello (6), de Jasón (7) y Decio (8). Exceptúase el caso en que poseyera la cosa sin causa o título justo, porque todos deben saber que lo que no es suyo, pertenece completamente a otros (9). Sin embargo, esta excepción dicha, a saber, que al no existir título se presume mala fe, tiene a su vez otra excepción, cual es en el caso de tratarse de la adquisición, posesión y prescripción de una servidumbre (10), por tratarse en este caso de un 5.
perjuicio, o daño ligero, o no grande al menos, de aquel contra quien tiene lugar la prescripción, según la común interpretación de los doctores; lo que sin género de duda es así, atendido el derecho civil; pero se disputa con el mayor ardimiento si se ha de admitir lo mismo atendido el derecho

(1) Según aparece por la ley penúlt. del Código, tít. *de evictione,* en las palabras *aliis itaque hoc judiciis.*

(2) Como consta por la ley *an inutilis* del Digesto, tít. *de accept.;* por la ley *obligationum substantia,* Digesto, *de action. et obligat.* y por la ley *non solum* del mismo título.

(3) Tales son: la glosa en la introd. de la Instituta *de usucap.;* la glosa en la ley penúlt. del Código, tít. *de evictione,* la glosa en el §. *sed istae,* Instituta, *de actionibus.*

(4) Del Digesto, tít. *de usucapione.*

(5) Felino expresa lo mismo al comentar el cap. *si diligenti, de praescript.,* col. 2.ª y 3.ª siguiendo el sentir del Abad, núm 14 y siguientes.

(6) *De bonis maternis,* en la Aut. *nisi tricennale,* núm. 12.

(7) En el citado §. *sed istae,* núm. 100.

(8) Dictamen 267, núm. 5 y 272, núm. 8. Pruébalo la ley *merito* con otras semejantes, Digesto, *pro socio.*

(9) Según la ley final del tít. *unde vi* del Código.

(10) Pruébalo la ley *si quis diuturno* del Digesto, tít. *si servitus vindicetur.*

controversum est, & communis opi. est ut de jure cano. non procedat. Ita tenet & firmat communiter teneri Jo. Imo. in d. c. fi. de praesc. nu. 15. alleg. Bart. in l. 1. §. 1. ff. de itine. actuque priv. & Cyn. in l. 1. & 2. C. de serv. & aqua, Covar. variar. resolu. lib. 1. c. 18. nu. 7. &. Denique quod bona fides in dubio praesumatur, tradit fusius Andr. Tiraq. de praescr. §. 1. Glo. 2. ver. bona autem fides.

Contrariam partem ut d. l. si quis diuturno procedat etiam de jure cano. tenent Dynus nu. 31. in c. possessor, de reg. jur. lib. 6. Abb. in c. de quarta, nu. 25. de praescrip. Idem Abb. in c. si diligenti, nu. 14. cum praec. & seq. ubi Felin. colum. 2. & 3. eo. tit. Glo. & Doct. in c. 1. de praescr. lib. 6. Ancha. in c. sine possessione, de regu. jur. libr. 6. col. 9. Imol. nume. 15. in d. c. si diligenti. Anton. in cap. cum ecclesia Sutrina, de causa posses. & proprieta. ubi reliqui idem tenere videntur praesertim Ripa col. pe. Roma. in l. sequitur, §. si viam ff. de usuc. Balb. qui hanc firmat esse communem opi. & plures hujus partis auxiliares citat in tract. praescr. par. 2. 3. par. prin. q. 6. ad fi. & hanc partem putat esse receptiorem Covarr. ubi supra, licet in contrarium inclinet, & vide quam plures quos alleg. And. Tiraq. ubi supra Glo. 4. ver. 39. ibi, sed & multi hoc intelligunt ubi agitur de modico praejudicio, & versi. 14.

Quid dicendum? & sane haec posterior pars utroque jure longe verior est, cum facilius admittatur cujusque rei deterioratio quam interitus, l. cum quaest, ubi Cor. n. 6. C. de lega. l. & hoc Tiberius, ff. de haer. insti. sicque longe levius est, facilius ac tolerabilius fundum meum servitutem realem pati, quam ex toto amitti inque alium transvolare: unde licet alienam rem ex toto mihi arrogare dominioque adimere impium, & avarum sit dominumque permissurum verosimile

canónico; y es común opinión que atendido éste no tiene cumplimiento tal doctrina; así lo defiende, afirmando ser opinión común, Juan de Imola (1), quien cita a Bartolo (2), Cino (3) y Covarrubias (4). Finalmente, que en caso de duda se presuma buena fe, lo expone más extensamente Andrés Tiraqueau (5).

La opinión contraria, a saber, que la citada ley *si quis diuturno* tiene también cumplimiento atendido el derecho canónico, la defienden Dino (6), el Abad (7), Ancarano (8), Imola (9), Antonino, al comentar el capítulo *cum ecclesia Sutrina* (10), donde parecen defender lo mismo los restantes comentadores, principalmente Ripa (11), Romano (12), Balbo, quien dice ser común esta opinión, y cita a otros muchos autores defensores de esta parte (13), y el mismo Covarrubias (14), aunque él se inclina a la opinión contraria, dice con todo ser ésta más admitida; puedes ver otros muchos autores del mismo sentir citados por Andrés Tiraqueau (15), si bien dice que muchos defienden esta opinión en el caso de tratarse de un perjuicio pequeño.

¿Qué solución damos nosotros? En verdad, esta segunda opinión es mucho más verdadera atendidos ambos derechos, ya que con mucha mayor facilidad admitimos el deterioro de una cosa cualquiera que la destrucción completa de la

---

(1) En el citado cap. final *de praescript*., núm. 15.

(2) Al comentar éste la ley 1.ª, §. 1.º del Digesto en el tít. *de itin. actuque priva.*

(3) Al comentar las leyes 1.ª y 2.ª del Código en el tít. *de servi. et aqua.*

(4) *Variar. resolut.*, lib. 1, cap. 17, núm. 7.

(5) *De praescript.*, §. 1.º, glos. 2.ª, versic. *bona autem fides.*

(6) En el cap. *possessor*, núm. 31, *de regulis juris*, lib. 6.

(7) En el cap. *de quarta, de praescript.*, núm. 25 y en el cap. *si diligenti*, núm. 14 y en otros anteriores y posteriores, donde defiende lo mismo Felino, columnas 2.ª y 3.ª del mismo título, la glosa y los doctores en el cap. 1, *de praescript.*, lib. 6.

(8) En el cap. *sine possessione, de regul. juris*, lib. 6, col. 9.

(9) En el núm. 15 sobre el cit. cap. *si diligenti.*

(10) *De causa possessionis et proprietatis.*

(11) Columna penúlt. sobre el cap. *cum ecclesia* citado.

(12) En la ley *sequitur*, § *si viam*, Digesto, *de usucapione.*

(13) En el tratado de las prescripciones, part. 2.ª de la 3.ª parte principal. cuest. 6.ª al final.

(14) *Ubi supra.*

(15) *Ubi supra*, glos. 3.ª versic. 39, como también en el 14.

non sit, tamen eandem rem mihi servire aliquamque commoditatem afferre, ipsa fere salva manente, facilius, humanius, & tolerabilius est, sicque id dominum permissurum verosimilius potui sperare, perque hujus fiduciae interventum malae fidei suspicio abscessit, ita probatur de jure civili in d. l. si quis diuturno, & de jure canoni. in d. c. cum ecclesia Sutrina, secundum receptiorem intellectum. Simile in furto, quod licet committatur cum quis contrectat rem alienam invito domino, tamen si putabat dominum permissurum, furtum fieri non intelligitur, ut no. per Gl. & Doc. in §. 1. institu. de obliga. quae ex deli. nasc. ut enim arguatur mala fides possidentis non sat est, quod sciat se rem alienam possidere nisi, & praeterea sciat, aut scire debeat, dominum minime permissurum, non sic si verisimiliter existimet id illum permissurum, ut diximus, & probat opti. tex. in l. si id quod ff. pro dereli. ibi quasi volente, & concedente domina, & l. si vir ff. pro donato.

6. Secundo intellige † quod cessante titulo mala fides praesumatur, quando apparebat de antiquiore possessore, non sic si de antiquiore possessore non appareret, nam tunc mala fides non praesumeretur etiam cessante titulo, ita tenent Abb. nu. 15. & Felin. qui hanc dicit communem opinionem in d. c. si diligenti, de praesc. Inno. & Imo. in c. 2. de restitu. in integrum, Arch. in c. si virgo, 34. q. 2. Butrius in c. cum ecclesia de causa poss. & proprieta. Idem in c. pervenit, de censibus Dynus in c. qui contra, de reg. jur. in 6. Bar. in l. 2. §. si a pupillo, ff. pro empt. Bar. in l. 1. §. hoc interdicto, ff. de itinere actuque privato, Angelus in l. cum qui,

misma (1); y así mucho más llevadero, fácil y tolerable es el que un fundo mío esté sujeto a una servidumbre real, que el perderlo por completo o el que pase a poder de otro. Por consiguiente, aunque el adjudicarme por completo una cosa ajena y arrebatársela al dueño es una perversidad y avaricia y no es verosímil que el dueño lo haya de consentir, sin embargo, el que esa misma cosa me preste algún servicio o me proporcione algún provecho, pero quedando casi a salvo la misma cosa, es mucho más fácil, humano y tolerable y por tanto pude esperar con más verosimilitud que el dueño lo consentiría, cesando entonces la sospecha de mala fe por la existencia de aquella esperanza; así se prueba, atendido el derecho civil, en la citada ley *si quis diuturno* y, atendido el derecho canónico, en el citado capítulo *cum ecclesia Sutrina*, conforme a la interpretación más admitida. Cosa parecida sucede con el hurto, que aunque éste se comete cuando se sustrae una cosa ajena contra la voluntad de su dueño, sin embargo, si juzgaba que el dueño lo consentiría, no se considera que se cometa hurto, como lo hacen notar la glosa y los doctores en el §. 1.° de la Instituta *de obligat. quae ex delicto nascuntur*. Porque para poder imputar mala fe al poseedor, no es suficiente que éste sepa que está en posesión de una cosa ajena, sino que además sepa o deba saber que el dueño no lo consentirá de ningún modo, pero no se le imputatá si juzga con probabilidad que el dueño lo ha de consentir, según antes lo hemos dicho y lo prueba admirablemente el texto de la ley *si id quod* (2), en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña».

6. En segundo lugar, entendemos presumirse mala fe al no existir título, en el caso de tener conocimiento de un poseedor anterior, pero no en el caso en que no apareciera poseedor más antiguo, ya que entonces, aun no existiendo título, no se presumiría mala fe; así lo defienden el Abad (3), Felino, quien dice ser opinión común (4), Inocencio e Imola (5),

(1) Conforme a la ley *cum quaestio*, Código, *de legatis*, donde así lo expone Corneo, núm. 6, y a la ley *et hoc Tiberius*, Digesto, *de haered. institut.*

(2) Digesto, tít. *pro derelicto* y la ley *si vir*, Digesto, *pro donato*.

(3) En el núm. 15 al comentar el cap. *si diligenti, de praescript.*

(4) En el mismo cap. *si diligenti*.

(5) Ambos en el cap. *de restitut. in integrum*, como también el Arch. en el cap. *si virgo* 34, cuest. 2.ª

§. publiciana, ff. de pub. Are. in §. si quis a non domino, inst. de rer. divis. & alii plures relati per Felin. ubi supra.

7. Tertio † intellige ut etiam cessante titulo mala fides in possessore desinat praesumi postquam tricesimum annum suae possessionis explevit, ut in l. fina. C. unde vi, secundum Bartol. ibi in fi. & secundum communem opinionem supra relatam, quasi vitium malae fidei, quod praesumebatur, ex defectu tituli purgetur, & evanuerit per lapsum temporis tricennalis, ut quasi volente, & concedente domino per tanti temporis desidiam, patientiam, & tolerantiam, is possidere intelligatur, & consequenter in bona fide constitutus videatur cum res alienas de dominorum voluntate possidere vetitum non sit ut, ff. pro derelicto per totum, §. venditae. instit. de rerum divis. d. l. si id quod, ff. pro derelicto, l. si ego, §. 1. ff. de publ. in rem actio. ibi per traditionem, aut per patientiam forte, facit l. sicut, l. omnes, l. cum notissimi, C. de praescripti. 30. annorum, facit quia taciti, & expressi par potentia est, l. cum quid, cum ibi late traditis ab Jas. & aliis. ff. si cer. peta. nec dubium est quin istius possidentis possessio tam justificetur ex tacita concessione domini, quae praesumitur, & colligitur ex longa ipsius patientia, quam justificaretur per ejusdem expressam concessionem, & cum isthaec verosimilia sint, justissime admittimus, hanc praesumptionem ut mala fides, quae ab initio ex defectu tituli praesumitur, per tricennalis temporis cursum quasi abscessisse evanuisseque videatur, successisseque ejus loco ac renasci bonam fidem justamque ac probabilem confidentiam,

Butr. (1), Dino (2), Bartolo (3), Angel (4), el Aretino (5) y otros muchos autores citados por Felino *ubi supra*.

7. En tercer lugar, entendemos que, aun no existiendo título, deja de presumirse mala fe en el poseedor después de cumplidos treinta años de posesión, según consta por la ley final del título *unde vi*, del Código, por el testimonio de Bartolo al comentarla y por la opinión común arriba expuesta; como si el vicio de mala fe, que por la falta de título se presumía, quedara purificado y hubiera desaparecido por el trascurso de treinta años, considerándose que tiene la posesión como por voluntad y concesión del dueño, en virtud del abandono, paciencia y tolerancia de éste, y por consiguiente reputándose el poseedor constituido en buena fe, puesto que no está prohibido el poseer cosas ajenas con el consentimiento del dueño, según consta por numerosas leyes (6). Pruébase también porque lo expreso y lo tácito tienen la misma fuerza, según consta por la ley *cum quid* (7), juntamente con lo que sobre ella expone largamente Jasón y otros autores. Ni cabe la menor duda de que la posesión de dicho poseedor, tanto se justifica por la tácita concesión del dueño, que se presume y colige por la larga tolerancia de éste, cuanto se justificaría por la expresa concesión del mismo; y existiendo verosímilmente dicha concesión, con la mayor justicia admitimos esta presunción, que la mala fe que se supone existir desde un principio por la falta de título, parece haberse como disipado y desaparecido en virtud del trascurso de treinta años y en su lugar haber sucedido y renacido la buena fe y una justa y probable presunción de acceder a ello la voluntad y concesión del dueño; un texto

(1) En el cap. *cum eccles. de causa posses. et proprietatis* y en el cap. *pervenit, de censibus.*

(2) En el cap. *qui contra, de regul. juris in 6.°*

(3) Comentando la ley 2.ª, §. *si a pupillo*, Digesto, *pro emptore* y en la ley 1.ª §. *hoc interdicto*, Digesto, tít. *de itinere actuque privato.*

(4) En la ley *cum qui*, §. *publiciana*, Digesto, *de publ.*

(5) En el §. *si quis a non domino*, Instituta, *de rerum divis.*

(6) Tales son: todas las del tít. *pro derelicto* del Digesto; el § *venditae*, Instituta, *de rerum divis.*; la ley *si id quod*, Digesto, *pro derelicto*; la ley *si ego*, §. 1.°, Digesto, *de public. in rem actione* en las palabras «por la entrega o por la tolerancia»; las leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi* del Código, *de praescriptione 30 annorum.*

(7) Digesto, *si certum petatur.*

de domini voluntate ac concessione accedente, bon. tex in l. alienationis verbum ibi, vix est. n. ut non videatur alienare, ff. de verb. fig. quinimo per solius anni taciturnitatem jus nostrum remittere videmur, §. fi. inst. de injur. facit d. l. si quis diuturno, & l. omnimodo ibi, nam si nullam, C. de inof. testa. facit quia & simili, & etiam longe breviore taciturnitate jus possessionis omissum videtur Jas. in l. 1. col. fi. C. de ser. fug. & in l. naturaliter, §. nihil commune, nu. 88. ff. de acq. pos. Glo. Paul. & Alex. in l. si de eo, §. fin. eo, ti. vide supra, c. 79. nu. 15.

8. Quarto † intellige ut sufficiat bona fides orta ex injusta causa & ex tit. illegitimo, veluti si emi a minore rem soli sine decreto vel ab ecclesia citra solemniorum interventum, nam si bona fides adesse potest ad praescriptionem sufficiens citra ullius tituli, aut justae causae interventum, ergo multo magis cum interventu tituli minus legitimi, arg. l. unica in prin. cum ibi late traditis per Glo. & Doct. C. de rei uxo. act. & C. de testa. l. testa. ubi Jas. Cor. & alii, intellige quando constabat bonam fidem interfuisse, nam in re dubia non praesumeretur in eo qui contra jura mercaretur l. 1. C. de bo. mater. l. quemadmodum, C. de agri. & censi. lib. 10. c. qui contra jura, de reg. jur. in 6. sed cum constabat de bona fide tunc ad praescriptionem tam sufficiens esset, quae nasceretur ex injusta causa etiam profecta ab errore juris, quam si a causa legitima descenderet, ita tenent Glo. in l. 2. C. ubi causa status agi debeat, cum qua transeunt Doctores ibi Gloss. cum qua transeunt Docto. ibi in l. 2. C. si quis ignorans rem minoris esse, Bar. in l. sed & si lege, §. scire per tex. ibi, ff. de peti. haer. Paulus in l. Celsus, col. 1. ff. de usuc. Idem Paul. in l. nunquam in fi. eo. titu. Afflict.

excelente en apoyo de ésto es el de la ley *alienationis verbum* (1) en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajena, etc.». Más aún, por la tolerancia de un solo año se considera a veces que abandonamos nuestro derecho (2). Prueba lo mismo el que por parecida y aun por más corta tolerancia se considera abandonado el derecho de posesión, según lo exponen Jasón (3), la glosa, Pablo y Alejandro al comentar la ley *si de eo* (4). Puedes consultar también lo expuesto arriba en el capítulo 79 en el número 15.

En cuarto lugar, entendemos ser suficiente la buena fe, 8.
nacida de causa injusta y de título ilegítimo, como por ejemplo si compré a un menor sin decreto judicial una cosa inmueble, o a una iglesia sin el cumplimiento de las formalidades exigidas, porque si puede ser suficiente para la prescripción la buena fe sin la existencia de título alguno o de causa justa, luego con mayor motivo será suficiente si existe título aunque éste sea ilegítimo (5); si bien ésto se ha de entender cuando constaba haber intervenido dicha buena fe, porque en caso de duda no se presumiría en aquel que comprara contra las disposiciones de las leyes (6). Pero en el caso de constarnos la existencia de buena fe, entonces tan suficiente sería para la prescripción dicha buena fe cuando naciera de causa injusta, aun dimanada ésta de error de derecho, cuanto si procediera de causa legítima; así lo defiende la glosa en la ley 2.ª del título *ubi causa status agi debeat* del Código y la glosa de la ley 2.ª del Código en el título *si quis ignorans rem minoris*, que admiten sin reparo alguno los doctores; así lo defienden también

(1) Del Digesto, tít. *de verbor. significat.*

(2) Como consta por el §. final Instituta *de injuriis;* por la ley *si quis diuturno*, por la ley *omnimodo* en las palabras *nam si nullam*, ambas del Código, tít. *de inofficioso testam.*

(3) En la ley 1.ª, colum. final, Código, *de servis fugit.* y en la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, núm. 88, Digesto, *de acquir. posses.*

(4) En el §. final, Digesto, tít. *de acquir. pos.*

(5) Como consta por la introd. de la ley única, tít. *de rei uxor. act.* del Código extensamente comentada por la glosa y doctores, como también por la ley *testam.* del Código, tít. *de testam.* expuesto por Jasón, Corneo y otros.

(6) Según consta por la ley 1.ª del Código, tít. *de bonis maternis;* por la ley *quemadmodum*, Código, tít. *de agric. et censitis*, lib. 10, y por el cap. *qui contra jura, de regul. juris in 6.º*

decis. 40. nu. 12. Pau. in l. 2. §. si a pupillo nu. 4. ff. pro emp. Idem in l. venditioni, C. e. ti. Ant. Rub. consi. 75. Balb. in l. Celsus, de praescr. 4. not. n. 15. Covar. in c. possessor, de reg. jur. in 6. par. 2. §. 7. Aym. de anti. temp. 4. part. fol. 157. Cor. cons. 277. lib. 4. Fel. in c. de quarta, n. 34. de praesc. Ant. & Imo in c. pervenit, de empt. & vend. Imo. & Ant. in d. c. de quarta, Fel. in c. si diligenti, col. 3. de praescrip. Emmanuel. de a Costa lusitanus in l. si ex cautione. C. de non nume. pec. pag. 55. Alex. consi. 127. lib. 4. colum. 3. Pinel. nu. 11. in auth. nisi tricennale, C. de bo. mater. qui hanc dicit communem; tenet & dicit communem Balb. ubi supra, not. 3. dicit communem Rub. ubi. supra, Bal. in l. nullo, n. 4. C. de rei ven. Rip. in l. 1. nu. 9. ff. quo. bon. Alexandri. consi. 75. col. 2. ubi hanc dicit communem & consil. 154. ad fi. sentit Tiraq. de praesc. Glos. 2. §. 1. ver. bona.

Contrariam partem tenet Fel. in c. de quarta, supra alle. nu. 35. Pau. Cast. in d. l. Celsus, in prin. Idem consi. 72. quia frustra, ad fi. prout refert Fel. ubi supra, qui etiam alleg. hujus partis fautores Cynum in l. si quis emptionis, §. 1. de praescr. 30. anno. & Bar. in d. §. scire, Glo. in c. 2. de his quae fiunt a praelato, Glo. in c. Apostolicae, de don. cum quibus transent simpliciter Doc. ibi, Glo. in c. cura de jure patro. Abb. in dict. capitu. de quarta. Idem Abbas, in capitu. cum non liceat de praescription. sentit Fel. in d. c. si diligenti, nu. 4. & non desunt qui hanc dicant communem ut per Aymo. de antiq. temp. par. 4. versi. materia ista, nu. 7.

Quid dicendum? & sane prior opinio negativa ut non noceat, quod illa bona fides oriatur ex titulo inutili, & a jure improbato, est longe verior, per dict. §. scire, & l. pro legato, l. fina. ff. pro legato, l. fina. ff. pro suo, l. non solum,

Bartolo (1), Pablo [de Castro] (2), de Afflictis (3), Antonio Rubeo (4), Balbo (5), Covarrubias (6), Aymón (7), Felino (8), Antonio e Imola (9), el lusitano Manuel Acosta (10), Alejandro (11), Pinello, quien la llama opinión común (12).

La opinión contraria la defienden Felino (13), Pablo de Castro (14), según el testimonio de Felino, que cita también como defensores de esta parte a Cino (15), a Bartolo (16), y varias glosas (17) a las que no oponen reparo alguno los doctores, y finalmente al Abad (18), sin que falten autores que la llamen opinión común, como lo atestigua Aymón (19).

¿Qué solución daremos? Ciertamente la opinión negativa, esto es, que no perjudique el que la buena fe haya nacido de título inútil y reprobado por la ley, es mucho más conforme

(1) Al comentar el texto de la ley *sed etsi scire*, §. *scire*, Digesto, *de pet. haered.*

(2) En la ley *Celsus*, colum. 1.ª, Digesto, tít. *de usucapione;* como también en la ley *nunquam*, al final, del mismo título; en la ley 2.ª, §. *si a pupillo*, núm. 4, Digesto, *pro emptore* y en la ley *venditione*, Código, del mismo título.

(3) En la decisión 40, núm. 12.

(4) Dictamen 75.

(5) En la ley *Celsus, de praescript.*, 4 not , núm. 15.

(6) En el cap. *possessor, de regul. juris, in 6.º*, part 2.ª, §. 7.

(7) *De antiquitate tempor.*, 4.ª part., fol. 157.

(8) En el cap. *de quarta*, núm. 94, *de praescript.* y en el cap. *si diligenti*, colum 3.ª, *de praescript.*

(9) En el cap. *pervenit, de empt. et vendit.* y en el cit. cap. *de quarta.*

(10) Al comentar la ley *si ex cautione*, Código, tít. *de non numer. peccu.*, pág. 55.

(11) Dictamen 127, lib. 4.º, colum. 3.ª y dictamen 75, col. 2.ª, donde la llama opinión común y en el dict. 154 al final.

(12) En la auth. *nisi tricennale*, inserta en el Código, tít. *de bonis mater.*, también la llaman opinión común Balbo, *ubi supra*, not 3.ª y en la ley *nullo*, núm. 4, Código, tít. *de rei vindicat.* Rubeo *ubi supra*, Ripa en la ley 1.ª, núm. 9, Digesto, *quo bon.* y Tiraqueau *de praescript.*, glos. 2.ª, §. 1, *ver. bona.*

(13) En el cap. *de quarta*, arriba citado, núm. 35, y en el cap. *si diligenti*, núm. 4.º

(14) En la ley *Celsus*, en la introducción y en el dictamen 72, *quia frustra*, al final.

(15) Al comentar éste la ley *si quis emptionis*, §. 1.º *de praescript. 30 annor.*

(16) En el citado §. *scire.*

(17) La glosa en el cap. 2.º *de his quae fiunt a praelato;* la glosa en el cap. *apostolicae, de donatione;* la glosa en el cap. *cura, de jure patronatus.*

(18) En el citado cap. *de quarta* y en el cap. *cum non liceat, de praescript.*

(19) *De antiquit. tempor.*, part. 4.ª, vers *materia ista*, núm. 7.

§. quod vulgo, ff. de usucapion. l. quod vulgo. ff. pro emptore, nam in praescriptionibus bona fides non tam positive desideratur, quam privative, id est, quod absit perfidia, & mala fides ut dd. ll. & capitu. vigilanti, & capitu. fina. de praescription. & capitu. si virgo, 34, quaestione 2, quae cum abscesserit non refert, qua ex causa abscesserit, id est sive ex peritia, sive ex imperitia, aut stultitia, facit, l. si per errorem, ff. de jurisdi. omnium jud.

Tenendo hanc partem ad omnia jura in contrarium per Doctor. adducta respondetur in praescriptionibus regulariter tria inter se distincta, & separata desiderari, scilicet possessio, titulus, bona fides, ut altero horum trium deficiente non contingat praescriptio, l. unica, C. de usucapionib. trans. in princip. institut. de usucapion. l. sine possessione, l. Celsus. 3. ff. de usucapio l. 2, C. pro emp. l. 2. §. si a pupillo, eodem titu. ff. titulus autem a lege improbatus pro non titulo habetur, d. §. a pupillo, & dict. l. 2. cum similibus & sic licet ab illo titulo contingenter profecta sit bona fides, adhuc tamen cessat praescriptio non quidem ex capite bonae fidei cessantis (affuit enim satis sufficiens ad officium suum peragendum) sed cessat praescriptio ex capite tituli deficientis, l. qui haeredi, plures, ff. de condi. institu. nam & similiter licet titulus esset legitimus, & bona fides indubitata, tamen si possessio foret interrupta, cessaret praescriptio, l. coeptam, cum ibi notatis, ff. de usuc. l. more, C. de rei vend. quod alibi plenius diximus, & aliquid supra, c. 77. nu. 9.

9. Infertur † quod si pater habebat usumfructum in bonis maternis filii sui, quem habebat in potestate, eamque rem vendidit mihi contra l. 1. C. de bonis maternis, eam

a verdad, según consta por varias leyes (1); porque en las prescripciones no tanto se exige positivamente buena fe, cuanto privativamente; es decir, se exige que no exista perfidia y mala fe, como aparece por las citadas leyes (2); y no existiendo mala fe nada importa cuál sea la causa de que ésta no exista, tanto si la causa es la ciencia como la ignorancia o la necedad del sujeto, según consta por la ley *si per errorem* (3).

Defendiendo esta parte, responderemos a todas las leyes que aducen en contra los doctores, que en las prescripciones se exigen regularmente tres requisitos distintos y separados entre sí, a saber, posesión, título y buena fe, de suerte que faltando cualquiera de estos tres, no tiene lugar la prescripción, como consta por numerosas leyes (4). Ahora bien, el título condenado por la ley se tiene por título nulo (5) y por tanto aunque casualmente haya nacido de él la buena fe, cesa con todo la prescripción, no ciertamente porque faltara buena fe (ya que ésta existía suficientemente para llenar su cometido), sino que la prescripción cesaba por razón de la falta de título (6); del mismo modo que cesaría también la prescripción aun cuando el título fuera legítimo y evidente la buena fe, si se tratara de una posesión interrumpida, no continua (7), lo que hemos expuesto con más extensión en otro lugar y algo también arriba en el capítulo 77, número 9.

9. De lo expuesto se infiere que si un padre tenía el usufructo de los bienes maternos de un hijo suyo que vivía bajo su

(1) Tales son: el citado §. *scire*, la ley *pro legato* y final del Digesto, tít. *pro legato;* la ley final del Digesto, tít. *pro suo;* la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, *de usucapione*, y la ley *quod vulgo*, Digesto, *pro emptore*.

(2) Lo mismo que consta por el cap. *vigilanti*, y final *de praescript.* y por el cap. *si virgo*, 34, cuest. 2.ª

(3) Código, *de jurisdict. omnium judicum*.

(4) Tales son: la ley única del Código en el tít. *de usucap. transfor.;* la introducción de la Instituta, *de usucapione;* las leyes *sine possessione* y *Celsus* del Digesto, tít. *de usucapione;* la ley 2.ª del tít. *pro emptore* del Código y la ley 2.ª, §. *si a pupillo* del Digesto del mismo título.

(5) Según consta por el citado §. *a pupillo* y por la citada ley 2.ª con otras semejantes.

(6) Según la ley *qui haeredi, plures*, Digesto, *de condi. institut.*

(7) Según la ley *coeptam*, Digesto, *de usucapione* con lo en ella notado y la ley *more* del Código, tít. *de rei vindicat.*

praescribere potero annis triginta, si ignarus eram illius legis prohibitionis, quia haec bona fides orta ex hoc juris errore sufficit, & titulus ille qui pro nullo est, in praescriptione longissima non nocet, l. sicut, l. omnes, l. cum notissimi, C. de praescript. triginta annorum, tenent in specie Cynus, Alberic. Paulus, & Pinellus, numero 12. in authen. nisi tricennale, C. de bon. mater.

10. Infertur etiam decisio illius articuli † an praescriptio tanti temporis cujus initii memoria non existat, procedat cum mala fide? qua in re sunt qui teneant procedere etiam cum mala fide, ita tenet Decius, numero 12. in l. traditionibus, C. de pact. qui refert idem tenuisse Salicet. in l. secunda ad finem, C. de servi. & aqua. Joannes Zenobius de Ubaldis inter consilia Bald. consilio 370. verba rescripti libr. 3. Boërius decisione 39. nume. 7. Decius consil. 417. in causa domini operarii. numero. 5. ver. similiter nec bona fides. Idem Decius consilio 238. communitas Spadiae, nu. 3.

Contrariam partem ut in tali praescriptione bona fides exigatur, nec procedat cum mala fide, tenent Gloss. penultima in capitu. 1. de praescription. in 6. & ibi Francus colum. fina. sequitur decisio Neapolita. 368. colum. 4. Angelus Aretinus in §. furtivae, colum. 1. institu. de usucapionib. Abbas Panormitan. in capitu. fina. nota. 1. de praescript. Dominicus in capit. sacrosancta, 22. distinctione Felinus in capitu. cum nobis, columna 1. de praescription. Aymon Cravet. de antiquita. tempor. part. 4. versiculo materia ista, nume. 19. Idem Cravet. consilio 146, Alexandrinus consilio 13. columna 4. in fine, Bertachinus versicu. praescriptio quomodo causatur, in suo repertorio, Orlandus de Curte inter consilia Calcanei consilio 6. columna penulti.

potestad, y contra lo que dispone la ley 2.ª del Código en el título de *bonis maternis*, me vendió a mí alguno de dichos bienes, que a los treinta años conseguiré su prescripción en el supuesto de desconocer yo la prohibición de tal ley, porque por una parte es suficiente la buena fe nacida de este error de derecho y por otra porque tal título, nulo en sí, no perjudica tratándose de la prescripción de larguísimo tiempo, según consta por varias leyes (1) y según lo defienden en especial Cino, Alberico, Pablo [de Castro] y Pinello (2).

Infiérese también la solución de la siguiente cuestión, a saber, si la prescripción inmemorial tiene lugar con mala fe. Sobre este punto hay autores que defienden que efectivamente tiene lugar aun con mala fe, así lo sostiene Decio (3), quien afirma haber defendido lo mismo Salicet (4), así lo defiende Juan Zenobio de Ubaldis (5) y Boërio (6). 10.

La opinión contraria, a saber, que en dicha prescripción inmemorial se exige buena fe y que no tiene lugar con mala fe, la defiende la glosa penúltima del capítulo 1.° *de praescript. in 6.°* (7), Angel Aretino (8), el Abad Panormitano (9), Domingo (10), Felino (11), Aymon Cravet (12), Bertacino (13), Orlando de Curte (14) y Jasón (15); esta opinión es mucho más conforme a verdad y parece más admitida, militando en

(1) Por las leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi*, las tres del Código en el tít. *de praescript. 30 annorum*.

(2) Al comentar la auth. *nisi tricennale* inserta en el Código, tít. *de bonis maternis*.

(3) Al comentar la ley *traditionibus*, Código, tít. *de pactis;* como también en el dictamen 417 que empieza *in causa domini*, núm. 5, vers. *similiter nec bona fides* y en el dictamen 138, *communitas Spadiae*, núm. 4.

(4) Al comentar la ley 2.ª al final, tít *de servi. et aqua* del Código.

(5) *Inter consilia Baldi*, dict. 360, *verba rescripti*, lib. 3.

(6) Dictamen 39, núm. 4.

(7) Expuesta en este sentido por Franco, colum. final; lo mismo aparece por la 368 decisión Napolitana, colum. 4.ª

(8) En el §. *furtivae*, colum. 1.ª, Instituta, *de usucapionibus*.

(9) En el cap. final, not. 1.ª, *de praescript.*

(10) En el cap. *sacrosancta*, distinción 22.

(11) En el cap. *cum nobis*, colum. 1.ª, *de praescript.*

(12) *De antiquit. tempor.*, part. 4.ª, *materia ista*, núm. 19 y dictamen 146.

(13) En su repertorio, versic. *praescriptio quomodo causatur*.

(14) *Inter consilia Calcanei*, dictamen 6, colum. penúlt.

(15) Dictamen 24, colum. penúltima, lib. 3.°

Jaso. consilio 24. colum. penulti. libr. 3. & haec opinio longe verior est, & receptior videtur, pro qua urget generalitas capitu. possessor, de regul. juris in 6. capitu. vigilanti, & capitu. fina. de praescription. praesertim cum ut disseruimus tanto perfidior mala fides, quanto diutius, & durat & detinet animam possidentis in peccato, & periculo salutis aeternae, facit, quia legislatori curae esse debet non solum ut peccatum commissum puniatur, aut purgetur, sed etiam ut peccandi occasio romoveatur capit. ne captandae. & capitu. detestanda, de concession. praebendae, capitu. fina. eodem titu. lib. 6. l. de fideicommisso, C. de transation. l. 1. ibi non iniquis rationibus, l. fina. C. de pact. l. 2. in fin. ff. quibus ut indig. l. 2. §. interdum, ff. de vulgari. §. sin autem quis formidolosus, instit. de pupilla. l. quidam in jure. §. fin. cum l. sequent. ff. de donatio. Sed si aliter diceremus peccandi occasionem palam praestaremus, ergo, & c. & denique peccatum certum, & indubitatum admitteremus, ergo, & c. Quod procedit in mala fide certa, & indubitata non sic in ea tantum quae conjecturis praesumeretur, puta ex ostensione tituli a lege improbati ut supra disseruimus, illa enim malae fidei praesumptio ut tollitur, & evanescit per cursum temporis tricennalis, longe magis evanuisse videbitur per tempus centum annorum aut eorum quorum memoria non existat, ut ex communi opinione supra edocemur, quod & Aymon Cravet palam admittit ubi supra, & hoc casu potest defendi opinio contraria, quod plerumque & regulariter ut procedat necesse est, quia non video ut mala fides certa & indubitata probari possit, nisi per ipsius confitentis confessionem, cum regulariter indiciis tantum & conjecturis probetur, l. penulti. C. de evictionib. quod intellige quando quis fatetur se, ante praescriptionem immemorialem expletam, fuisse in mala fide.

su favor el sentido general del capítulo *possessor, de regulis juris in 6.°*, del capítulo *vigilanti* y del capítulo final *de praescript.*, sobre todo teniendo presente, como hemos expuesto, que tanto mayor es la perfidia de la mala fe, cuanto por más tiempo dura y retiene el alma del poseedor en pecado y en peligro de su eterna salvación. Prueba esto mismo el que el legislador debe procurar no sólamente el castigo del pecado cometido, sino también el remover la ocasión del pecado, según consta por numerosas disposiciones (1). Pero si sostuviéramos otra opinión, daríamos manifiestamente ocasión de pecar, luego... además admitiríamos un pecado cierto y evidente, luego... etc. Lo que tiene cumplimiento cuando se trata de mala fe, cierta y evidente, pero no de aquella mala fe que sólo se presumiría por conjeturas, como por ejemplo, la que se funda en un título reprobado por la ley, según arriba hemos expuesto, ya que esta presunción de mala fe así como se quita y desaparece por el trascurso de treinta años, así y con mucha más razón se considerará desaparecida por el trascurso de cien años o de tiempo inmemorial, como nos consta por la común opinión arriba consignada; y en este sentido puede defenderse la opinión contraria, la que necesariamente tiene lugar en la mayor parte de los casos, puesto que no conozco cómo pueda probarse la mala fe cierta y evidente sino por la manifestación del que la confiesa, ya que regularmente sólo nos consta por conjeturas e indicios (2). Todo ésto hemos de entenderlo en el caso en que alguno confesara haberse hallado en mala fe antes de terminarse la prescripción inmemorial, porque si una vez terminada ésta, manifiesta haber adquirido el conocimiento de que antes aquella cosa era ajena, en nada le perjudicaría, según lo hemos ya expuesto.

11. De lo dicho se colige la respuesta que hemos de dar a aquella cuestión en la que se suele preguntar si en los casos en que sólo tiene lugar la prescripción inmemorial, impide

(1) Tales son: el cap. *captandae*, el cap. *detestanda* y final *de concessione praebendae*, lib. 6.°; la ley *de fideicommisso*, Código, tít. *de transactionibus;* la ley 1.ª en las palabras *non iniquis rationibus* y la ley última del tít. *de pactis* del Código; la ley 2.ª al final, Digesto, *quibus ut indig.;* la ley 2.ª, §. *interdum*, Digesto, *de vulgari;* el §. *sin autem quis formidolosus*, Instituta, *de pupillari;* la ley *quidam in jure*, §. final y la ley siguiente, Digesto, tít. *de donationibus.*

(2) Conforme a la ley penúlt. del Código en el tít. *de evictionibus.*

nam si post eam impletam agnoscat se coepisse habere notitiam rei olim alienae, id noceret nihil, ut alibi tradidimus.

Ex his ergo colligitur quid dicendum sit in illo articulo
11. quo quaeri solet † an in quibus casibus sola ea praescriptio cujus initii memoria non extat locum habet, ea impediatur & veluti infecta reddatur per ostensionem tituli illegitimi, quale esset si in terminis capitu. primi de praescrip. lib. 6. is qui se majoresque suos contenderet tempore cujus initii & c. possedisse & praescripsisse, ostenderet titulum illegitimum qui ab adversario diceretur eis dedisse causam unicam possidendi, eosque eam habuisse tantum possidendi causam & praeterea nullam & sunt qui putent hoc casu impediri temporis immemorialis praescriptionem; ita tenent Joan. Andr. in c. 1. ad fi. de praescr. lib. 6. Covar. in c. possessor, par. 2. §. 3. num. 7. de praesc. eod. lib. Aymon Cravet. de antiq. temporum, part. 4. versic. materia ista, num. 3. cum plu. seq. moventur, quia posito titulo illegitimo, sequitur praesumptio malae fidei, argum. cap. qui contra jura, de reg. jur. lib. 6. l. quemadmodum, C. de agri. & censi. libr. 10. sicque jure canonico cessat praescriptio etiam longissimi temporis ut tenent Glo. in c. apostolicae, de donat. Pau. Castr. consi. 70. quia frustra, colum. fin. Idem consi. 429. in quadam informatione. lib. 1. Abb. consi. 34. col. 1. lib. 1. Felin. in capi. de quarta, num. 35. de praescrip. Abb. consi. 19. libr. 2. Alex. consi. 74. colum. fin. lib. 2. Idem. Alex. consi. 46. lib. 3. Socin. consi. 29. col. 7. in 2. dubio, libr. 1. est communis opinio secundum Felinum ubi supra & secundum Aymonem de antiquit. par. 4. versic. materia ista, nume. 6. Curt. jun. consi. fi. col. 3.

Contrariam tamen partem ut posito titulo illegitimo non sequatur praesumptio malae fidei, & consequenter ut etiam

esta prescripción y la convierte como en no realizada, la demostración de título ilegítimo, como sucedería por ejemplo si, en el caso que consta en el capítulo 1.° *de praescript.* libro 6.°, quien pretendía que él y sus antepasados habían poseído y conseguido la prescripción de tiempo inmemorial, adujera un título ilegal, que según el adversario era el único que había dado fundamento a su posesión, y que era la única y exclusiva causa que habían tenido para poseer. Hay quienes opinan que en este caso impide la prescripción de tiempo inmemorial; así lo defienden Juan Andrés (1), Covarrubias (2) Aymón Cravet (3), quienes se fundan en esta razón, en que la existencia de título ilegal, arguye la presunción de mala fe, según lo prueba el capítulo *qui contra jura* (4) y la ley *quemadmodum* (5), por lo que según el derecho canónico, cesa la prescripción aun la de larguísimo tiempo, conforme lo defiende la glosa en el capítulo *Apostolicae* (6), Pablo de Castro (7), el Abad (8), Felino (9), Alejandro (10) y Socino (11); siendo opinión común, según el testimonio de Felino en el lugar arriba citado, de Aymón Cravet (12) y de Curcio (13).

La opinión contraria, a saber, que de la existencia de título ilegítimo no se sigue la presunción de mala fe y por consiguiente que aun en ese caso tiene lugar según el derecho canónico la prescripción de larguísimo tiempo de treinta o de cuarenta años, la defienden Pablo de Castro (14), contradiciéndose a sí mismo, Romano (15), Alejandrino que la

(1) En el cap. 1.° al final, *de praescript.*, lib. 6.
(2) En el cap. *possessor*, part. 2.ª, § 3, núm. 7, *de praescript.*, lib. 6.
(3) *De antiquit. temporum*, part. 4.ª, vers. *materia ista*, núm. 3 y siguientes.
(4) *De regulis juris*, lib. 6.°
(5) Del Código, tít. *de agricolis et censitis*, lib. 10.°
(6) *De donatione.*
(7) Dictamen 70, *quia frustra*, colum. final y dict. 429 *in quadam informatione*, lib. 1.
(8) Dictamen 34, colum. 1.ª, lib. 1.° y dict. 19, lib. 2.°
(9) En el cap. *de quarta*, núm. 35, *de praescript.*
(10) Dictamen 74, colum. final, lib. 2.° y dict. 46, lib. 3.°
(11) Dictamen 29, colum. 2.ª en la duda 2.ª, lib. 1.°
(12) *De antiquit. tempor.*, part. 4.ª, versic. *materia ista*, núm. 6.
(13) Dictamen último, colum. 3.ª
(14) Dictamen 406, colum. 3.ª, lib. 1.° que empieza *satisfaciendo.*
(15) Dictamen 125, *circa primum dubium*, colum. 3.ª

tunc de jure canonico procedat praescriptio longissimi temporis triginta, vel quadraginta annorum, tenent Pau. Castr. sibi contrarius, consi. 406. col. 3. lib. 1. incip. satisfaciendo, Roma. consi. 123. circa primum dubium, colum. 3. sequitur & dicit esse communem opinionem Alexandrinus, consi. 75. col. 2. ad finem. Idem Alexandrinus, consi. 154. ad fi. Guido Papae. q. 159. Fridericus, consi. 247. Calderinus, consi. 2. tit. de consti. colum. 2. Cynus in l. venditioni. C. pro empt. Abb. consi. 37. lib. 1. & alii quam plures relati per Aymonem ubi supra, numero. 7. qui hanc etiam partem satis receptam putat & ipse existimo receptiorem esse, quam & tenet Ripa in l. 1. numero. 9. ff. quorum bonorum Bald. in l. nullo. C. de rei vendi. Imola in l. nunquam, ff. de usucapio. Soci. consi. 33. colum. 3. lib. 4. sequitur & dicit communem opinionem nullo fere relato Covar. in c. possessor, par. 2. §. 5. num. 2. de reg. jur. lib. 6. Balb. de praescrip. in 2. par. 3. part. q. 6. Idem Balb. ibid. q. 2. 4. partis.

Tenendo hanc partem quae longe verior est per generalitatem l. sicut & l. omnes, & l. cum notissimi, C. de praesc. 30. annorum, ne jura illa temere corrigantur, contra l. si quando, in princip. C. de inofficioso testamento, & ex communi opinione supra relata, sufficit bona fides orta etiam ex stulta causa. Et quia licet posito titulo injusto & illegitimo praesumatur mala fides, tamen illud est & procedit, quoad impediendam longi temporis praescriptionem, non etiam quoad impediendam praescriptionem longissimi temporis, ut ex communi opinione supra resolvimus post Bart. in l. fina. in fin. C. unde vi. sed cur diversum, nam si simul ac habitus est titulus illegitimus statim ex legis interpretatione & praesumptione oritur mala fides, eaque semel orta videtur non posse mori, ergo quonam modo per adjectionem decem vel

llama opinión común (1), Calderino (2), Cino (3), el Abab (4) y otros muchos que cita Aymón (5), quien considera esta opinión bastante admitida por los autores, y que yo por mi parte la considero también más seguida que la contraria; defiéndenla también Ripa (6), Baldo (7), Imola (8), Socino (9), Covarrubias, quien, sin citar apenas autor alguno, dice ser opinión común (10) y finalmente Balbo (11).

Admitiendo esta segunda parte, que es mucho más conforme a verdad, por el sentido general que encierran las leyes *sicut*, *omnes* y *cum notissimi* (12), para no corregir temerariamente dichas leyes (13) y basados en la común opinión arriba expuesta, decimos ser suficiente la buena fe nacida aun de una causa necia. Y aunque la existencia de título injusto e ilegítimo hace que se presuma mala fe, sin embargo, ésto sucede y se refiere en cuanto a impedir la prescripción de largo tiempo, pero no la prescripción de larguísimo tiempo, conforme lo hemos resuelto arriba basados en la común opinión y siguiendo el sentir de Bartolo (14). Pero ¿cuál es la razón de tal diferencia? Porque si tan pronto como existió título ilegítimo nació mala fe, según la interpretación y presunción de la ley, y una vez nacida parece que no puede morir, ¿cómo interpretamos nosotros que dicha mala fe muere y desaparece por el hecho de añadir diez o veinte años al trascurso precedente de largo tiempo? A esto respondemos que por la paciencia y tolerancia del

(1) Dictamen 75, colum. 2.ª al final y en el 154 al final. Lo mismo defiende Guido *Papae*, cuestión 159.

(2) *Consil.* 2, tit. *de constitut.*, colum. 2.ª

(3) Al comentar la ley *venditioni*, Código, tít. *pro emptore*.

(4) Dictamen 37, lib. 1.º

(5) *Ubi supra*, núm. 7.

(6) Al comentar la ley 1.ª, núm. 9, Digesto, tít. *quorum bonorum*.

(7) En la ley *nullo* del Código, tít. *de rei vindicatione*.

(8) Comentando la ley *nunquam* del Digesto, tít. *de usucapione*.

(9) Dictamen 33, colum. 3.ª, lib. 4.º

(10) En el cap. *possessor*, part. 2.ª, §. 5, núm. 2, *de regul. juris*, lib. 6.º

(11) *De praescript.*, en la 2.ª parte de la 3.ª parte, cuest. 6 y en la cuest. 2.ª de la 4.ª parte.

(12) Las tres del Código, tít. *de praescript. 30 annorum*.

(13) Contra lo que dispone la ley *si quando* en la introducción, Código, *de inoffic. testamento*.

(14) Al comentar éste la ley final del Código, tít. *unde vi*.

viginti annorum super longum tempus praecedens mori eam malam fidem aut aufugere interpraetamur?, respondeo, quia ex longiore domini patientia & tolerantia ea res quasi nobis concessa videtur, sicque ea domini voluntas denuo nobis accedens fugat nostram malam fidem praesumptam eamque purgat, ut superius disseruimus, ut etiam retro ab initio semper bonae fidei possessores fuisse videamur, simile in l. si tibi homo, §. cum servus, cum ibi not. & per Glos. Alex. & alios. ff. de verb. oblig. & quae plene diximus supra isto libro & supra istomet, c. nume. 2.

Cum ergo qui mala fide possedisse annos viginti per tituli illegitimi interventum praesumitur, is per adjectionem aliorum decem annorum quasi bonae fidei possessor incipiat videri, quanto magis bonae fidei possessor videbitur per adjectionem temporis immemorialis, praesertim cum non sit bona consequentia, ostenditur unus titulus illegitimus, ergo non potuit alius legitimus intervenire, quinimo potuit.

Quod si dixeris titulus est facti, quod non praesumitur nisi probetur l. in bello. §. factae, ff. de captivis l. si emancipati,
12. C. de colla. respondeam (1) † etiam ea quae sunt facti praesumi ex antiquitate temporis l. si filius, C. de pet. haere. l. qui in aliena, ad prin. ff. de acq. haer. cap. 1. de praescrip. in 6. plene per Roma. Alexand. & Jaso. in d. l. qui in aliena, & in l. sciendum, ff. de verborum oblig. ubi non solum unum factum, sed etiam plura ex tali antiquitate si opus est ad rei qua de agitur validitatem praesumuntur, plene per Aymonem de antiquitate in princ.

13. † Denique in praescriptione immemoriali non exigitur tituli allegatio, nec etiam probatio, ut est vera & communis

(1) Así ambas edic. Veneciana y de Francfort por *respondebo*. T.

dueño durante más largo tiempo, parece como que me ha hecho concesión de aquella cosa, y por consiguiente, aquel consentimiento que posteriormente nos otorga el dueño, ahuyenta y purifica nuestra mala fe supuesta, conforme arriba lo hemos expuesto, hasta considerársenos haber sido siempre desde el mismo comienzo poseedores de buena fe, según consta en parecido caso por la ley *si tibi homo* (1), con lo que sobre ella exponen la glosa, Alejandro y otros autores, y lo que nosotros mismos hemos tratado antes extensamente en este mismo libro, como también en este capítulo número 2.

Si, pues, el que se presume poseedor de mala fe durante veinte años por existir título ilegítimo, este mismo empieza a ser tenido como poseedor de buena fe al trascurrir, además, otros diez años, ¿con cuánto mayor motivo será reputado poseedor de buena fe al añadirse el trascurso de tiempo inmemorial?, sobre todo teniendo presente no ser legítima consecuencia ésta: se demuestra la existencia de un título ilegítimo, luego no pudo intervenir además otro legítimo, cuando muy bien pudo suceder.

Y si objetares que el título es una cosa de hecho, y que el hecho no se presume, si no se prueba (2), te responderé que aun las cosas de hecho se presumen en virtud del largo 12.
tiempo trascurrido, según consta por varias leyes (3), y lo exponen extensamente Romano, Alejandro y Jasón al comentar la citada ley *qui in aliena* y la ley *sciendum* (4), donde vemos que en virtud del largo tiempo trascurrido, no sólamente se presume un hecho, sino varios, si ésto es necesario para la validez de la cosa de que se trata, materia que con toda extensión expone Aymón en la introducción de su obra *de antiquitate*.

Finalmente, en la prescripción inmemorial no se exige 13.
ni alegar ni probar título alguno, según verdadera y común opinión que defienden Domingo, Franco y comúnmente otros autores al tratar del capítulo *de praescript. in 6.°* la glosa y

(1) En el §. *cum servus*, Digesto, tít. *de verbor. obligat.*

(2) Conforme a la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, *de captivis* y a la ley *si emancipati*, Código, tít. *de collatione*.

(3) Por la ley *si filius*, Código, *de petit. haeredit.*; por la ley *qui in aliena* en la introduc., Digesto, *de acquir. haered.* y por el cap. 1 *de praescript. in 6.°*

(4) Del Digesto, tít. *de verbor. obligatione*.

opinio quam tenent Dominicus, Francus & alii communiter in cap. 1. de praescript. in 6. Gloss. & Doctores in capitu. super quibusdam, §. praeterea, de verborum significatio. Jaso. in l. si certis annis, col. fina. C. de pacto. Frideri. de Senis, consilio. 237. Aymon de antiq. 4. part. versic. absolutis, numero. 49. sequitur & dicit esse communem opinionem Covar. in d. cap. possessor, par. 2. §. 3. numero. 7. & in lib. 1. resol. capitu. 17. numero. 5. Balbus de praescrip. part. 5. quaestio. 7. Ripa in cap. 2. col. fin. de judi. Jacobi. de Sancto Georgio de feudis in verb. mero & mixto imperio. Ratio ea est, quia dominii acquisitio contingit nobis aliquando ex domini concessione ut in l. nunquam nuda, ff. de acquirendo rerum dominio l. id quod nostrum, ff. de reg. jur. Aliquando ex concessione & dispositione legis, inscio aut invito domino, ut per totum. C. de servis qui pro praemio liber. accip. l. item si verberatum, §. 1. ff. de rei vendicat. & per omnes titulos praescriptionum & usucapionum, tradit Dec. in d. l. id quod nostrum, unde quo temporis momento praescriptio completur (sive illa longi temporis sit, sive longissimi, sive etiam temporis immemorialis), illico lex dominium seu jus quo de agitur vero domino ademisse videtur, inque praescribentem transtulisse illud. Quid igitur opus esset tituli interventu cum in transferendis dominiis ex legis dispositione, is minime sit necessarius, sed tantum quando ex concessione domini transferuntur; pro nobis, quia quod operatur in reliquis juribus seu dominiis transferendis ipsiusmet veri domini concessio, idem operatur tempus immemoriale in hac concessione legali l. 1. §. fina. l. 2. in princi. ff. de aqua pluvi. arcend. l. 1. §. ductus aquae, ff. de aqua cotl. & aestiv. ergo ut in dominio per domini concessionem quaesito, non noceret alius titulus a non domino habitus, vel

los doctores en el capítulo *super quibusdam* (1), Jasón (2), Aymón (3), Covarrubias, quien la admite llamándola opinión común (4), Balbo (5), Ripa (6), y Jacobino de San Jorge (7). La razón es ésta: porque la adquisición de la propiedad unas veces tiene lugar por concesión del dueño (8), otras veces por concesión y disposición de la ley ignorándolo y aun oponiéndose el dueño, según consta por todo el título del Código *de servis qui pro praemio libertatem accipiunt* (9). Por consiguiente, en el momento mismo en que la prescripción se completa (ya se trate de prescripción de largo tiempo, o de larguísimo tiempo, como también de tiempo inmemorial), en ese momento se considera que la ley ha quitado la propiedad o el derecho de que se trata al verdadero dueño y que lo ha traspasado a la persona que consigue la prescripción. ¿A qué, pues, se exigiría la existencia de título, no siendo éste en modo alguno necesario, cuando el dominio se traspasa por disposición de la ley, siéndolo sólamente cuando se traspasa la propiedad por concesión del dueño? En nuestro favor milita también la razón siguiente: que el efecto que produce la propia concesión del mismo dueño, en el traspasar los restantes derechos o dominios, ese mismo produce el tiempo inmemorial en esta concesión legal (10); por consiguiente, así como en la propiedad adquirida por concesión del dueño no nos perjudicaría la existencia de otro título obtenido de quien no era dueño, o del propio

(1) En el §. *praeterea, de verborum significatione.*

(2) Al comentar la ley *si certis annis*, col. final, Código, *de pactis*, lo mismo que defiende Federico de Sena, dictamen 257.

(3) *De antiquitate*, 4.ª part., versic. *absolutis*, núm. 49.

(4) En el citado cap. *possessor*, part. 2.ª, §. 3, núm. 7 y en el lib. 1.º *resolut.*, cap. 17, núm. 5.

(5) *De praescript.*, part. 5.ª, cuestión 7.ª

(6) En el cap. 2.º, colum. final *de judiciis.*

(7) *De feudis*, en las palabras *mero et mixto imperio.*

(8) Como consta por la ley *nunquam nuda*, Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio* y por la ley *id quod nostrum*, Digesto, tít. *de regulis juris.*

(9) Consta además por la ley *item si verberatum*, §. 1.º, Digesto, *de rei vindicat.*, por todos los títulos de las prescripciones y usucapiones, y por lo que Decio expone acerca de la ley *si id quod nostrum.*

(10) Según consta por la ley 1.ª, §. final, por la ley 2.ª en la introducción, Digesto, tít. *de aqua pluv. arcend.* y por la ley 1.ª en el §. *ductus aquae*, Digesto, tít. *de aqua quotid. et aestiv.*

etiam ab ipso domino habitus, sed minus rite, ita etiam hoc casu cum per tempus immemoriale nobis a lege concedatur jus seu dominium, obesse non debet alius titulus illegitimus, vel non rite profectus, pro nobis, quia cujus rei solemnitas non desideratur, ejus inutilis interventus non nocet, in principio. C. de rei ux. act. l. testamen. C. de testamen.

Nec ad rem pertinuit quod quidam falso opinantur, hac in re titulum a lege praesumi tantum, non etiam induci, unde inquiunt, si constet de illo titulo illegitimo, cessat praesumptio legis, manetque ille possessor titulo destitutus, sicque praescribere non potest, nam id falsum est, quia hac in re titulus nec praesumitur, nec fingitur, sed jus & dominium possidenti a lege conceditur citra interventum alicujus tituli veri aut ficti aut praesumpti, sed solum occasione illius possessionis immemorialis, quemadmodum & in terminis totius tituli. C. de servis qui pro praemio libert. accep. extra ordinem jus nostrum nobis adimitur, inque alienum transfertur, nam egregium ac meritorium facinus quod servus ibi fecit, non solet connumerari inter modos & titulos transferendi aut amittendi jus & dominium, de quibus per text. & Gloss. in l. ex hoc jure, ff. de just. & jure. & in titulis, ff. & C. pro empt. pro donato, pro haerede, pro legato, pro dote, pro suo, & c. & similia. Sic & alias jure regio per filiifamilias monachismum, aut matrimonium pater perdit jus patriae potestatis l. Tauri. 47. & etiam usumfructum quem habebat in bonis filii adventitiis, & filius liberatur patria potestate, per interventum dignitatis ut in authen. const. quae de digni. Praeterea quod ex titulo illegitimo praesumatur mala fides ut l. quemadmodum, C. de agricol. & censi. lib. 11. (cum imperitia posset praesumi argumento l. si per errorem, ff. de jurisdict. omnium judicum l. Sticho, ff. de opti. leg.) haec sane

dueño, pero no legalmente, así también en nuestro caso, concediéndonos la ley el derecho o propiedad por el trascurso de tiempo inmemorial, no debe causarnos perjuicio la existencia de otro título ilegítimo o no legalmente conseguido; apoya nuestra doctrina el que cuando no se exige la formalidad de algún requisito, no perjudica tampoco su inútil cumplimiento, según consta por las leyes (1).

Ni ofrece dificultad alguna lo que falsamente opinan algunos, a saber, que en este caso la ley sólamente presume título, pero no lo produce, de donde infieren que cuando nos consta la existencia de aquel título ilegítimo, cesa la presunción de la ley, quedando el poseedor privado de título, no pudiendo, por tanto, conseguir la prescripción. Pero ésto es falso, porque en este caso ni se presume ni hay ficción de título, sino que la ley concede el derecho de poseer y el dominio sin que intervenga título alguno ni verdadero, ni ficto, ni supuesto, sino sólamente por razón de aquella posesión inmemorial, lo mismo que, conforme a la doctrina de todo el título «de los siervos que como premio reciben la libertad» del Código, se nos priva de un modo especial de un derecho nuestro que se traspasa a otro. Porque la acción gloriosa y meritoria que el siervo realizó y de que se trata en dicho lugar, no suele enumerarse entre los modos y títulos de trasferir o de perder el derecho o propiedad, según aparece por el texto y la glosa de la ley *ex hoc jure* (2) y por los títulos del Código y Digesto sobre la adquisición de la propiedad (3). Vemos asimismo en otros casos que por derecho regio pierde el padre el derecho de la patria potestad sobre el hijo de familia que abraza la vida monástica o contrae matrimonio (4), asimismo pierde el usufructo que tenía sobre los bienes adventicios del hijo y el hijo se ve libre de la patria potestad por la investidura de alguna dignidad, según consta por la *authen. const. quae de digni.* Además, que la existencia de título ilegítimo lleve consigo la presunción de mala fe, como por no entenderla bien

(1) Por la introd. Código, tít. *de rei uxor. actio.* y por la ley *testamentum*, Código, tít. *de testamento.*

(2) Digesto, tít. *de justitia et jure.*

(3) Tales son: *pro emptore, pro donato, pro haerede, pro legato, pro dote, pro suo* y otros semejantes.

(4) Según consta por la ley 47 de las leyes de Toro.

praesumptio nimis rigida est, sicque procedit quoad impediendam longi tantum temporis praescriptionem, non etiam longissimi aut immemorialis, cum tanto magis tuendus, ac favendus esset quisquam quanto diutius possedit, ut d. cap. 1. de praescrip. libr. 6. per totum. C. de praes. 30. annorum, facit ratio l. merito, ff. pro soc. sic & alibi jus & dominium ex legis dispositione ab uno abscedit citra factum suum inque alium migrat, l. fi. ubi multa per Doct. C. de lega. & fere per totum, C. de donat. quae sub modo, & in l. si unquam C. de revocan. donatio. ubi multa per Andr. Tiraquel. verb. revertatur & per Decium & Cagnolum in l. id quod nostrum, de regul. jur. ff. ergo in praescriptione tanti temporis cujus initii, & c. non introducitur titulus a lege ullus verus, aut fictus aut praesumptus, aut pictus, aut imaginarius, ut contrarium existimantes confabulari nobis videantur, & loqui sine ulla lege, quinimo contra plures leges supra relatas, vel dicant ipsi nobis si interfuit titulus an sit nominatus, vel innominatus, & qua voce, aut nomine nuncupatur, profecto necesse habebunt fabellis fabellas addere. Nobiscum sentit Felinus post Antonium quem ipse refert in capitu. cum nobis, colum. 3. de praescription, Alexandrinus consil. 13. colum. 3. dum ajunt esse praesumptionem juris, & de jure pro praescribente tempore immemoriali contra quam nulla admittitur probatio praeter confessionis, Gloss. approbata, in l. sive possidetis, C. de probation. pro nobis quod tradunt Gloss. in §. multis, institut. de liberti. Bal. in l. neque quicquam, §. ubi decretum, colum. 6. ff. de officio. procon. Jas. consilio 20. colum. 3. libro 3, Decius consilio 163. colum. 6. & in capitu. novit, colum. 9. de judi. dum tradunt

14. † quod ejus rei interventus sive legitimus sit sive illegitimus minime nocet, quoties ejus omnino defectus seu abscessus

podía presumirse de la ley *quemadmodum* (1), sería en verdad una presunción demasiado rigurosa, y por tanto tiene cumplimiento sólo en cuanto a impedir la prescripción de largo tiempo, pero no la de larguísimo tiempo o de tiempo inmemorial, ya que cuanto más tiempo ha durado la posesión de una cosa tanto más debe ser amparado y favorecido el que la poseyó, como consta por varias leyes (2); así vemos también en otros casos que por disposición de la ley el derecho y propiedad se aparta de una persona, aun sin acto alguno suyo, y pasa a otra (3); luego en la prescripción de tiempo tan dilatado como el inmemorial, la ley no hace intervenir título alguno ni verdadero, ni ficto, ni supuesto, ni figurado, ni imaginario, de suerte que quienes defienden lo contrario parecen inventar caprichosamente y hablar sin tener el apoyo de ley alguna, más aún, contra numerosas leyes arriba citadas, o que nos digan ellos mismos, si, como afirman, intervino título, si éste es nominado o innominado, y con qué vocablo o nombre se le designa y se verán obligados a acumular ficciones sobre ficciones. Lo mismo que nosotros opina Felino, siguiendo la opinión de Antonio, a quien cita en el capítulo *cum nobis* (4), y Alejandrino (5), cuando dicen existir presunción de derecho y *de jure*, en favor del que prescribe por el trascurso de tiempo inmemorial, y contra la cual no se admite prueba alguna, fuera de la confesión del mismo (6); en nuestro apoyo está también la glosa del §. *multis*, de la Inst. *de libertinis* y la opinión de

(1) Del Código, *de agricolis et censitis*, véanse también la ley *si per errorem*, Digesto, tít. *de jurisdic. omnium judicum*. y la ley *Sticho*, Digesto, tít. *de opti. leg.*

(2) Por el cap. 1.° *de praescript.*, lib. 6; por todo el título *de praescriptione 30 annorum* del Código y por la razón que consta en la ley *merito* del Digesto, *pro sociis*.

(3) Como aparece por la ley final del tít. *de legatis* del Código extensamente comentada por los doctores; por casi todo el tít. *de donat. quae sub modo* del Código; por la ley *si unquam* del Código, *de revocand. donation*. donde exponen copiosa doctrina Andrés Tiraqueau en la palabra *revertatur*, como también Decio y Cagnolo al comentar la ley *id quod nostrum* del Digesto, tít. *de regulis juris*.

(4) En la colum. 3, *de praescript.*

(5) Dictamen 15, colum. 3.

(6) Según la glosa generalmente aprobada de la ley *sive possidetis*, Código, *de probatione*.

non posset nocere, quae nota quia habuimus de facto in causis quamplurimis, & summorum virorum.

15. Infertur † ex superioribus minime admittendam esse opinionem Aymonis Cravet. de antiquita. temporis par. 4. versicul. absolutis, numero 60. & ejusdem, ibidem, versicu. materia ista, numero 3. cum plurib. sequen. dum contendit, quod si titulus inutilis ostendatur ac illegitimus, inficit praescriptionem immemorialem, vel impedit ejus consummationem, vel saltem effectum, allegat ejusdem sententiae fautorem Alexand. consilio 113. columna 1, libro 1 qui loquitur in quasi possessione tantum longi temporis, aut longissimi, non autem immemoriali, quinimo etiam in longissimo, vix procederet ejus opinio, ut patet ex supradictis, allegat Paulum Castrens. consi. 423. columna 2, in fin. numero 2, libro 2,

16. qui potius in contrarium inclinat † licet cum constaret de injusto, & illicito initio variet, ibidem. Idem repetit ipse Aymon, ubi supra, quanto autem distet titulus illegitimus, id est, minus rite habitus a causa nefaria, & turpi, vitioso, iniquo ac injusto initio, nullus sanus non viderit, quinimo etiamsi ostenderetur ac probaretur aliquod initium turpe ac vitiosum, adhuc opinio nostra procederet, quia non sequitur quod praeter illam causam iniquam & injustam, vel etiam turpem possidendi, non quoque potuisse adesse & intervenire aliae causae possidendi justae, & honestae, vel indifferentes, &

17. tempus cujus initii, & c. † facit verum omne possibile, facitque ut videantur interfuisse omnia quae oporteret, quibusque opus esset ad perficiendam talem praescriptionem, vel tale jus inducendum, ut dicto capitu. 1, de praescriptio. libro 6, cum similibus supra alleg. & quae traduntur in locis supra allegatis, praesertim cum ex communi sententia dixerimus

Baldo (1), Jasón (2) y Decio (3), cuando afirman que en el caso en que la ausencia o falta completa de una cosa no pudiera perjudicarnos, tampoco nos perjudicaría en lo más mínimo la existencia legítima o ilegal de dicha cosa, lo que tendrás muy presente porque de hecho ha tenido lugar en muchísimas causas aun de ilustres personas. 14.

Infiérese de lo anterior que no hemos de admitir en absoluto la opinión de Aymón Cravet (4), cuando defiende que si el título que se aduce es inútil e ilegal, quita su valor a la prescripción inmemorial, o bien impidiendo el que ésta se termine, o por lo menos impidiendo su efecto, y cita como defensor de la misma opinión a Alejandro (5), quien, sin embargo, se refiere sólamente a la prescripción de largo tiempo, o a la de larguísimo tiempo, pero no a la inmemorial; más aún, difícilmente podría referirse su opinión a la prescripción de larguísimo tiempo, según es manifiesto por lo antes dicho. Cita también Aymón en su apoyo a Pablo de Castro (6), quien, sin embargo, se inclina más bien a la opinión contraria, fuera del caso en que nos constara haber sido injusto e ilegítimo el comienzo de la posesión (7). Lo mismo que repite también Aymón en dicho lugar. Pero nadie que esté en sano juicio dejará de ver cuánta diferencia hay entre un título ilegítimo, ésto es, no conseguido legalmente, y una causa perversa y un comienzo detestable, vicioso, inicuo e injusto. Más aún, aun cuando se demostrara y probara haber existido alguna causa reprobable y viciosa de poseer, aún quedaría en pie nuestra opinión, porque de eso no se seguiría, que además de aquella causa inicua e injusta y hasta perversa de poseer, no hubieran podido existir e intervenir también otras causas justas y honestas o indiferentes; y el trascurso de tiempo inmemorial hace verdadero todo lo posible, y hace 15. 16. 17.

(1) Al comentar la ley *neque quidquam*, §. *ubi decretum*, colum. 6.ª, Digesto, tít. *de officio procons.*

(2) En el dictamen 20, colum. 3.ª, lib. 3.º

(3) Dictamen 163, colum. 6.ª y en el cap *novit*, colum. 9.ª *de judiciis.*

(4) En su tratado *de antiquitate temporis*, part. 4.ª, vers. *absolutis*, núm. 60 y de nuevo en el mismo lugar, vers. *materia ista*, núm. 3 y siguientes.

(5) En el dictamen 113, colum. 1.ª, lib. 1.º

(6) Dictamen 425, al final de la 2.ª colum., núm. 2, lib. 2.º

(7) *Ibidem.*

supra, post Bartol. in dicta leg. fina. C. unde vi. quod etiam si constet ex legis praesumptione de vitioso ingressu possidendi, adhuc ex tempore longissimo vitium illud purgatur, quanto ergo magis per tempus cujus initii, & c. nam etsi ad talem possessionem justificandam Imperatoris vel Papae concessio necessaria foret, ea interfuisse praesumeretur, ut ibi, vel tale tempus pro tale concessione haberi, d. l. 2. in princip. ff. de aqua pluvi. & ibidem, l. 1, in fin. cum similibus, supra alleg. si ad talem effectum mille rerum aut qualitatum concursus ac interventus forent necessarii omnes interfuisse viderentur, si summorum principum dispensationes mille necessariae dicerentur, omnes quoque interfuisse viderentur, ut dd. juribus, quid ergo deesse poterit?

Ad l. obligationum fere, §. placet, ff. de act. & oblig. dum ait tempus non esse modum inducendi obligationem respondetur, procere, in obligatione personali, non sic in jure & dominio reali transferendo vel adimendo. Praeterea ea lex non procedit in tanto tempore, & c. ut tradunt Docto. in l. si certis annis, C. de pact. & in l. fina. C. de lega. sicque de vitioso initio apparere non potest, quia licet probetur, tamen lex praesumere potuit & voluit interventum & concursum necessariorum ad illud vitium supplendum, vel, ut rectius loquar, omnia necessaria lex ipsa adjecit, sicque supplementum revera induxit, non per modum praesumptionis, sed realis dationis & inductionis, & concessionis, denique pro nobis stat regula, nec ista exceptio bene probatur nec dubito quin regulam tenentes, qui innumeri sunt, interrogati de veritate hujus exceptionis eam negarent.

18. Ex † superioribus dum diximus, vitium malae fidei praesumptum, quod oritur ex titulo minus solemni, purgari per

igualmente que se consideren haber intervenido todas las cosas que eran precisas y necesarias para que se terminara tal prescripción y para que se produjera dicho derecho, según consta por el citado capítulo 1.° *de praescript.* libro 6 y por otros semejantes arriba aducidos, como también por la doctrina expuesta en dichos lugares, sobre todo cuando afirmábamos, basados en la común opinión, y siguiendo el sentir de Bartolo (1), que aun cuando nos constara por la presunción de la ley haber sido vicioso el comienzo de poseer, todavía en virtud de larguísimo tiempo, se purifica aquel vicio; con cuánta más razón sucederá ésto por el trascurso de tiempo inmemorial. Porque aun cuando para justificar tal posesión fuera necesaria la concesión del Emperador o del Papa, se presumiría haber ésta intervenido (2), o que dicho trascurso de tiempo hacía las veces de tal concesión (3). Y si para tal efecto fueran necesarias la existencia e intervención de innumerables cosas y requisitos, todos se considerarían haber intervenido, y si se dijeran necesarias innumerables dispensas de los supremos príncipes, se reputaría haber existido todas ellas, conforme consta por tales leyes. Luego ¿qué puede faltar?

En cuanto a la citada ley *obligationum fere* (4), cuando afirma que el tiempo no es modo de establecer obligación, respondemos que así es, efectivamente, cuando se trata de una obligación personal, pero no cuando se trata de trasferir o quitar un derecho real. Además dicha ley no tiene cumplimiento cuando se trata de tiempo inmemorial, según lo enseñan los doctores (5). Porque en él no puede constarnos el comienzo vicioso de poseer, ya que aun cuando se probara tal vicio, sin embargo la ley pudo y quiso presumir la intervención y presencia de todas las cosas necesarias para suplir aquel vicio, o hablando con más propiedad, la misma ley añadió todas las cosas necesarias, y por lo tanto suplió realmente aquel vicio, no por medio de presunción, sino dando,

(1) Al comentar éste la citada ley final del Código, tít. *unde vi.*

(2) *Ut ibi.*

(3) Según la ley 2.ª en la introduc., Digesto, *de aqua pluv.* y la ley 1.ª al final, en el mismo tít. con otras semejantes arriba citadas.

(4) En el §. *placet,* Digesto, *de action. et obligat.*

(5) Al comentar la ley *si certis annis* del Código, tít. *de pactis,* y en la ley final, Código, tít. *de legatis.*

lapsum temporis longissimi, ita ut possessor bonae fidei semper fuisse retro intelligatur, infertur quod si spurius errore juris se legitimum putabat, cum legitimatio a se impetrata esset illegitima, & minus solemnis, & sic patris haereditatem annis triginta possedit, eam praescripsisse videbitur, quia, ut diximus supra, sufficit bona fides etiam orta ex errore juris, vel mala fides inde praesumpta, juxta cap. qui contra, de reg. jur. in 6. cum concor. supra alleg. purgetur per lapsum triginta annorum & in praescriptione tricennali titulus nullus desideretur, & sic inutilis non noceat l. sicut l. omnes C. de praescriptione triginta annorum juncta l. unica in principio, de rei uxo. action. C. ita in specie tenent Bald. nume. 3. in l. nullo, C. de rei vendica. Ripa. numero. 9. in l. 1. ff. quorum bonorum, qui hoc multum exaltat quasi usitatissimum.

Quid dicendum? & puto oppositum verius esse, ut cesset
19. praescriptio etiam longissimi temporis † per tex. expressum in l. nemo, ff. pro legato, ubi tex. ait, eum qui incapax legati est, non posse usucapere titulo pro legato, subdit rationem (& hoc est quod expendimus), quia ea, inquit, possessio ex jure testamenti proficiscitur: ergo ibi usucapio non impeditur quasi in titulo esset ullum vitium aut in bona fide, sed solum, quasi in ipsamet possessione vitium esset, nam sine possessione praescriptio non procedit c. sine possessione de reg. jur. in 6. l. sine possessione, ff. de usucap. possessionem autem civilem intellige, quia ex ea proficiscitur usucapio, non ex possessione naturali tantum l. 1. §. per servum qui in fuga, ff. de acq. poss. nec dubium est quin incestuosus, qui est incapax bonorum paternorum, incapax intelligatur non solum quoad eorum proprietatem, sed etiam quoad possessionem, lex. n. id

añadiendo y concediendo ella realmente lo que faltaba. Finalmente, en nuestro apoyo está la regla general, no probándose suficientemente esta excepción. Ni me cabe la menor duda de que los innumerables autores que admiten la regla, negarían la verdad de esta excepción si fueran consultados.

18. De lo expuesto al afirmar que el vicio presunto de mala fe que nace de un título ilegal se purifica por el trascurso de larguísimo tiempo, de tal modo que el poseedor se considera haberse hallado siempre desde el principio en buena fe, se infiere también que si un hijo espurio, creyéndose él legítimo por error de derecho, habiendo sido ilegal y falta de formalidades la legitimación por él conseguida, poseyó sin embargo así la herencia de su padre durante treinta años, se considerará haber conseguido la prescripción de la misma. O bien porque conforme hemos dicho arriba, es suficiente la buena fe, aun nacida de error de derecho, o bien porque la presunción de mala fe nacida de tal error (1), se purifica por el trascurso de treinta años; y no exigiéndose en la prescripción de treinta años título alguno, si interviene uno inútil no perjudica, según varias leyes (2). Así lo defienden en especial Baldo (3) y Ripa (4), quien ensalza mucho esta doctrina como de uso muy frecuente.

19. ¿Qué solución damos nosotros? Somos de parecer ser mucho más conforme a verdad la opuesta opinión, esto es, que cesa aun la prescripción de larguísimo tiempo, fundados en las expresas palabras de la ley *nemo* (5), donde dice el texto que quien es incapaz de legado, no puede tampoco usucapir a título de legado, y añade a continuación la razón (que es en la que nosotros hemos hecho hincapié), porque, dice, tal posesión le compete por razón de testamento; luego, según dicha ley, la usucapión no se impide porque o en el título o en la buena fe existiera algún vicio, sino como si este vicio radicara en la misma posesión, ya que sin pose-

(1) Conforme al cap. *qui contra, de regul. juris in 6, cum concord.* arriba citados.

(2) Tales son: la ley *sicut* y la ley *omnes* del Código, tít. *de praescriptione 30 annorum*, junto con la ley única en la introd., Código, tít. *de rei uxor. action.*

(3) En el núm. 5 sobre la ley *nullo*, Código, *de rei vindic.*

(4) En el núm. 9 sobre la ley 1.ª, Digesto, tít. *quorum bonor.*

(5) Del Digesto, tít. *pro legato.*

prospectum voluit, ne per patres quicquam ad tales filios perveniret, ut sic a talium turpium liberorum procreatione parentes abstinerent, quae lex satis inconsulta esset, si quemadmodum tales liberos proprietatis bonorum paternorum incapaces fecit, non quoque & possessionis incapaces faceret, cum ex sola possessione plures utilitates nascantur, puta fructuum acquisitio, usucapiendi conditio, & similia l. bonae fidei, ff. de acq. rerum dominio. §. si quis a non domino, instit. de rerum division. cum ibi nota. juncto dicto. §. per servum, & ideo ipsamet possessio inficitur ac pro infecta & pro non habita habetur in d. l. nemo & hoc sane est, quod mihi visus est sensisse jureconsultus ibi in verbis supra expensis: cum ergo illa possessio inspecta legis censura nulla sit, ergo non perduravit per tricennium continuum, quinimo neque per momentum temporis, sicque is non modo praescriptionem explesse non videtur, sed nec etiam eam inchoase videtur, cum nunquam possidere coepisset. Ad idem l. fin. ff. pro haerede, & nobiscum videtur tenere Bart. licet moveatur alia ratione parum tuta in consi. 119. dominus Dominicus.

20. Unde infertur longe facilius cessare longi tantum temporis praescriptionem, ut recte tenuerunt Bald. num. 4. in l. nullo. C. de rei vendic. ubi Salic. & Bald. in l. id quod pauperibus, C. de episcop. & cleri. Salice. in l. 2. C. pro emp. Ripa, nu. 9. in d. l. 1. ff. quorum bono. post Glos. in l. nemo, ff. pro legato & Ripa ait ubi supra hanc esse communem opinionem tenet Alex. consi. 74. circa primum, num. 7. versic. circa secundum, Cumanus in l. nemo, ff. pro legato, Bart. cons. 119. dominus Dominicus, num. 4.

Contrarium tamen etiam in longi temporis praescriptione tenuerunt Jacob. de Rav. Raynerius de Forli, & Ang. in d. l.

sión no tiene lugar la prescripción (1). Al decir posesión, has de entender posesión civil, que es en la que tiene origen la usucapión, no en la posesión sólamente natural (2). Ni cabe la menor duda de que el espurio que es incapaz de los bienes paternos, se ha de entender incapaz no sólo en cuanto a la propiedad de los mismos, sino también en cuanto a su posesión; porque la ley se propuso ésto, el evitar que a tales hijos llegara bien alguno por medio de los padres, para que éstos se abstuvieran de engendrar tales hijos espurios. Ahora bien, sería una ley poco previsora si así como declaró a tales hijos incapaces para la propiedad de los bienes paternos, no los hubiera declarado también incapaces para la posesión, ya que de la sola propiedad nacen múltiples utilidades, por ejemplo, la percepción de los frutos, la posibilidad de la prescripción y otras semejantes (3), y por eso en la citada ley *nemo*, se invalida la misma posesión y se considera como no tenida e invalidada, y éste ciertamente me parece que ha sido el pensamiento del jurisconsulto en las palabras arriba consignadas. Como, pues, dicha posesión sea nula atendido el criterio de la ley, luego no perduró por espacio de treinta años continuos, más aún, ni siquiera por un momento de tiempo, por lo que dicho espurio no sólo parece no haber completado la prescripción, pero ni siquiera haberla empezado, puesto que no había tenido comienzo la posesión. Lo mismo prueba la ley final del Digesto en el título *pro haerede*, y nuestra opinión parece defenderla también Bartolo, aunque fundándose en otro argumento poco seguro (4).

De lo expuesto se infiere que con mucha más razón cesará la prescripción de solo largo tiempo, según acertadamente lo defendieron Baldo (5), Salicet (6), Ripa (7),

(1) Según el cap. *sine posses. de reg. juris in 6.°* y la ley *sine posses.* del Digesto, tít. *de usucapione.*

(2) Según la ley 1.ª, §. *per servum qui in fuga*, Digesto, tít. *de acquir. posses.*

(3) Conforme a la ley *bonae fidei*, Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio;* al §. *si quis a non domino*, de la Instituta *de rerum divis.* con lo allí notado, juntamente con el §. citado *per servum.*

(4) En el dictamen 119 *dominus Dominicus.*

(5) Al comentar la ley *nullo*, núm. 4, Código, tít. *de rei vindicat.* expuesto también por Salicet, y la ley *id quod pauperibus*, tít. *de episcopis et clericis.*

(6) Comentando la ley 2.ª del Código en el tít. *pro emptore.*

(7) Al exponer la ley 1.ª del Digesto, tít. *quorum bonorum*, núm. 9 siguiendo el sentir de la glosa y la ley *nemo*, Digesto, *pro legato.*

nemo, &¶ Pau. Castren. consi. 228. quem non invenio licet allegetur per Ripam ubi supra.

Quid dicendum? & sane Bald. & alii supra relati qui communem opinionem tuentur, moventur eo quod tempus in praescriptionibus supplet defectum tituli, l. clavibus, ff. de contrah. emp. non autem addit capacitatem, sed etiamsi huic incestuoso filio incapaci pater ipse traderet, eum dominum non faceret, ergo absurdum est quod tempus plus operetur quam vera traditio domini ejusque concessio. Sed istorum ratio ut nobis videtur nulla est, nam in specie nostra adest & tempus & ipsius domini concessio, ponimus enim ipsum patrem bona sua huic filio dedisse vel expressim in testamento, vel tacite cum intestatus decederet l. conficiuntur, ff. de jure codic. l. 1. §. fin. ff. de lega. 1. & contendimus ut quod ipsius patris concessio per se solam efficere non potuit, possit cum temporis adjectione, aliunde ergo quaerenda sunt fundamenta ad communem opinionem tuendam, & sane ex defectu tituli haec praescriptio non impediretur (ut tenentes communem sententiam falso opinabantur) sed magis ex defectu possessionis, ut supra docuimus, id quod neutrius partis fautores percepisse videntur.

Ad tex. in l. si vir, ff. pro dona. l. si id quod, ff. pro dereli. juncta l. 1. §. si vir, ff. de acq. posses. responde, diversum esse, quia non tam prohibita est donatio inter virum & uxorem, quam inter patrem & filium spurium, sicque illo casu sola dominii translatio prohibetur, quia non tam amare neque quasi ut inter infestos, & c. argumen. l. si id quod §. 1. ff. de dona. inter virum, hoc autem casu tam dominiique quam proprietatis acquisitio prohibetur.

Extat ergo ex superioribus in quaestione spurii seu incestuosi cessare praescriptionem non solum longi temporis,

quien la llama opinión común, Alejandro (1), Cumano (2) y Bartolo (3).

La opinión contraria la defienden, aun tratándose de la prescripción de largo tiempo, Jacobo de Ravena, Rainerio de Forli y Angel (4), así como Pablo de Castro (5), si bien no encuentro que este autor lo afirme, aun cuando le cita Ripa como defensor de ella (6).

¿Qué solución daremos? En verdad, Baldo y los restantes autores arriba citados, que defienden la común opinión, se fundan en la razón de que en las prescripciones el tiempo suple la falta de título (7), pero no añade capacidad; ahora bien, si aun cuando el propio padre entregara a tal hijo espurio los bienes, no le haría dueño de ellos, luego sería absurdo que el tiempo consiguiera más que la verdadera entrega y concesión del propio dueño. Pero el argumento de estos autores nos parece de ningún peso, porque en nuestro caso van unidos el tiempo y la concesión del propio dueño; porque suponemos que el propio padre dió sus bienes a este hijo, o expresamente en su testamento, o tácitamente al morir *ab intestato* (8), y defendemos que lo que no pudo hacer por sí sola la concesión del propio padre, podría lograrlo unida al trascurso de tiempo. Luego en otra parte han de buscarse los argumentos para la defensa de la común opinión. Y ciertamente la falta de título no impediría esta prescripción (como falsamente opinaban los defensores de la común opinión), sino más bien la falta de posesión, cosa en la que no parecen haber reparado los defensores de ninguna de ambas opiniones.

En cuanto al texto de la ley *si vir* (9) y a otras leyes parecidas (10), podrás contestar tratarse de cosa diversa,

(1) Dictamen 74 *circa primum*, núm. 7, versic. *circa secundum*.
(2) Al comentar la ley *nemo* citada.
(3) Dictamen 119, *dominus Dominicus*, núm. 4.
(4) Los tres autores al comentar la ley *nemo*, Digesto, *pro legato*.
(5) En el dictamen 228.
(6) *Ubi supra*.
(7) Según la ley *clavibus* del Digesto, tít. *de contrahen. emptione*.
(8) Según la ley *conficiuntur*, Digesto, tít. *de jure codic.* y la ley 1.ª, §. final, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.
(9) Digesto, *pro donato*.
(10) Así la ley *si id quod*, Digesto, *pro derelicto* y la ley 1.ª, §. *si vir* del Digesto, tít. *de acquir. posses.*

quod a plerisque receptum est, sed etiam longissimi temporis triginta vel quadraginta annorum, id quod nove contra
21. Ripam & Bald. advertimus, † sed an praescriptio illo casu ejus temporis cujus initii memoria non sit, locum habebit? movet quaestionem quod sine possessione praescriptio etiam per annos plures quam mille contingere nequit d. l. sine possessione, cum similibus supra allegatis, sed hic ex legis interpraetatione possessio nulla erat, ut supra diximus, ergo, & c. adhuc tamen magis esse videtur ut immemoriali praescriptioni locus sit, nam licet a sui primordio infecta videatur ea possessio, ut neque ille possedisse videatur civiliter, quoad reliquas praescriptiones sive longi sive etiam longissimi temporis, tamen quoad hanc adquisitionem quae per tempus immemoriale contingit (quaeque non connumeratur inter species praescriptionis, sed naturalibus acquisitionibus proximior est) vel non videbitur infecta civilis possessio, vel sola naturalis sufficiet, quia jura de acquisitione hac loquentia ad solam possessionem naturalem respexisse videntur, eique illam vim & potestatem praebuisse, arg. l. 1. §. fin. & l. 2. in prin. & in §. fi. ff. de aqua pluvi. arcen. & l. 1. §. ductus aquae, ff. de aqua quot. & aesti. cap. 1. de praescrip. lib. 6. ut licet praescriptiones in civili possessione nitantur l. 1. §. per servum qui in fuga, ff. de acq. poss. tamen haec acquisitio magis in possessione naturali niti videatur, vel etiam in nuda detentatione, ergo multum refert utrum cessante mala fide praescriptio ex defectu tituli vel causae juste possidendi impediatur, an vero ex defectu ipsius possessionis: nam defectus possessionis civilis, &

porque no está tan prohibida la donación entre marido y mujer, como lo está entre el padre y el hijo espurio; y por tanto en aquel caso de marido y mujer sólo está prohibido el trasferir el dominio, porque según la ley *si id quod* (1), prohibición no se ha de tomar tan rigurosamente, ni como si se tratara de personas que se odian; pero en el segundo caso se prohibe la adquisición tanto del dominio como de la propiedad.

Queda, pues, en pie, por lo expuesto, que en el caso del bastardo o incestuoso cesa la prescripción, no sólo la de largo tiempo, cosa que admite la mayor parte de los autores, sino también la de larguísimo tiempo de treinta o de cuarenta años, doctrina nueva que hemos propuesto contra Ripa y Baldo; pero ¿tendrá lugar la prescripción en el caso de tratarse de tiempo inmemorial? Suscita esta 21.
cuestión el que sin posesión no puede tener lugar la prescripción aun cuando transcurran más de mil años, según consta por la ley *sive possessione* y por otras semejantes arriba aducidas; pero en este caso la posesión era nula atendida la interpretación de la ley, conforme lo hemos expuesto arriba, luego, etc... Sin embargo, parece más probable que la prescripción inmemorial tenga cumplimiento en este caso. Porque aun cuando dicha posesión parezca inválida desde su comienzo, de suerte que ni siquiera se considere haber poseído civilmente, tratándose de las restantes prescripciones tanto de largo como de larguísimo tiempo, sin embargo, en cuanto a esta prescripción que tiene lugar por el trascurso de tiempo inmemorial (y que no se enumera entre las clases de prescripción, sino que se aproxima más a los modos de adquisición natural), en ésta, o no se considera como posesión civil inválida, o será suficiente en ella la sola posesión natural, ya que las leyes que tratan de esta posesión, parecen haberse referido a la sola posesión natural y haberle otorgado esta eficacia y poder (2), de suerte que aunque las prescripciones se fundan

(1) Del Digesto, *de donationi. inter vir. et uxor.*

(2) Pruébalo la ley 1.ª, §. final, y la ley 2.ª en la introd. y en el §. final, ambas del Digesto, tít. *de aqua pluv. arcenda;* consta también por la ley 1.ª, §. *ductus aquae,* Digesto, tít. *de aqua quotid. et aestiv.* y por el cap. 1.º *de praescript.,* lib. 6.

etiam naturalis, & etiam detentationis, non suppleretur etiam cursu mille annorum, at defectus possessionis naturalis & possessionis civilis, stante naturali detentatione, suppletur tempore immemoriali tantum, at defectus justae causae possidendi suppletur, 30. vel quadraginta annis, quasi majus impedimentum sit cessare etiam detentationem quam cessare possessionem, majusque cessare possessionem quam cessare justam causam possidendi.

22. Ex superioribus † infertur novus & elegans intellectus ad c. ad decimas, de resti. spoliatorum, nam ibi illi canonici inspecta legis censura non possidebant, quia cum etiam clerici videantur incapaces decimarum, jure dominii habendarum quasi loco patrimonii, quia licet eas tamquam beneficiati & ecclesiae nomine habere possint, tamen proprio nomine proprioque jure, & quasi ut proprium patrimonium habere non possunt, non magis quam laici, ut resolvit Covar. resol. lib. 1. c. 17. nu. 7. sequitur quod ibi eas tanquam proprium patrimonium habere non poterant prout volebant, ideoque dicit tex. in d. c. ad decimas, nisi earum possessionem legitime assequuti fuerint, sicque cum earum possessionem legitime assequuti non fuissent, uti earum incapaces, legitime ab ipsis fuerunt spoliati, nam qui decimarum habendarum incapax a jure censetur, vel alterius rei, cujusque incapax esse jubetur, is expers esse intelligitur non propropietatis tantum, sed possessionis quoque, ut proxime disseruimus, unde remedio possessorio (quale est recuperandae interdictum) uti non potest, nec ei a lege accommodatur, sicque interdictum recuperandae quod illi canonici intendebant, merito eis fuit denegatum, quod minime denegaretur si tales decimas ecclesiae suae deberi & ei restitui

en la posesión civil (1), sin embargo, esta adquisición de que tratamos, parece fundarse más bien en la posesión natural, y aun en la simple detentación; importa, pues, mucho si al cesar la mala fe es la falta de título o de causa justa de poseer lo que impide la prescripción, o más bien la falta de la propia posesión. Porque la falta de posesión civil, como también de posesión natural y aun de mera detentación, no se suple ni aun por el trascurso de mil años, mientras que la falta de posesión natural o de posesión civil, existiendo la detentación natural, se suple por el trascurso de tiempo inmemorial sólamente, y la falta de justa causa de poseer se suple por el trascurso de treinta o cuarenta años, como si fuera mayor obstáculo el que cesara la detentación que el que cesara la posesión; y también mayor impedimento el que cesara la posesión que el que cesara la causa justa de poseer.

22. De lo anterior inferimos una nueva y notable explicación al citado capítulo *ad decimas, de restitutione spoliatorum;* basados en que los canónigos de que allí trata, no eran poseedores, atendido el criterio de la ley; porque como los clérigos se consideren también incapaces de tener diezmos, con derecho de dominio sobre ellos y como en lugar de patrimonio, ya que aunque puedan tenerlos como beneficiados y a nombre de la iglesia, sin embargo a nombre propio, por propio derecho y como propio patrimonio no pueden tenerlos, del mismo modo que no podrían los laicos, según lo resolvió Covarrubias (2), síguese que no podían tener aquellos diezmos como propio patrimonio, según ellos querían; por lo que dice el texto en el citado capítulo *ad decimas*, «a no ser que hubieran adquirido legítimamente la posesión de los mismos». Por lo tanto, no habiendo adquirido legítimamente la posesión de aquellos diezmos puesto que eran de ello incapaces, fueron despojados de ellos legítimamente. Porque aquel a quien el derecho juzga incapaz de tener diezmos, o le declara incapaz de otra cosa cualquiera, dicho sujeto se considera apartado no sólo de la propiedad, sino también de la posesión, según hace poco hemos expuesto, por lo cual no puede acudirse al recurso de la posesión (cual es el

(1) Según la ley 1.ª, §. *per servum qui in fuga*, Digesto, tít. *de acquir. posses.*
(2) Resoluciones, lib. 1.º, cap. 17, núm. 7.

postulassent, juxta ca. ad Apostolicae, de decimis, cum ecclesia in aliena dioecesi jure sive dominii sive possessionis decimas habere possit & capax sit: singularis autem persona sive laicus sit, sive clericus, eas habere non possit nec capax videatur. Dicet quis, unde nobis revelatum aut notum, quod illi canonici non nomine ecclesiae, sed quasi proprium patrimonium decimas illas vendicarent, resp. utrumque fateor incertum esse, sed cum horum casuum neutrum ibi satis aperiatur, is potius intelligendus qui juribus non adversatur quam alter qui omni juri repugnaret, praesertim, quia cum summus Pontifex ibi ad casus contingentis decisionem responsum dederit, constat ad unum tantum factum, tunc contingens non ad plura respondisse, unde ex responso & decisione ipsius Pontificis apparet seu saltem verosimilius credetur eos canonicos decimas illas magis quasi jure & nomine proprio, quam jure aut nomine ecclesiae suae usurpasse, ideoque nihil boni pro se allegabant, praeter illam possessionem quam illegitimam suspectamque Pontifex summus judicavit, & cum ex responsione arguatur qualis fuerit interrogatio, arg. l. Titia, §. idem respondit, ff. de verb. obliga. & §. praeterea, Inst. de inut. stip. sane ex responsione summi Pontificis speciem quae ibi evenerat talem fuisse qualem nos posuimus verosimilius est, quam aliam, cum sic omnia jura quiescant, & si aliter intelligeremus, textus ille ut inmane saxum in imum flumem deturbatum, aquam perspicuam ac sedatam turbidam obscenamque redderet, sic jus nostrum turbidum ac nebulosum praeberet, quoad omnem materiam interdictorum: justificatur noster intellectus, quia

interdictum recuperandae), ni la ley le aplica a tal caso. Por lo cual dicho *interdictum*, que pretendían aquellos canónigos, se les negó con toda razón, siendo así que no se les hubiera denegado de ningún modo, si hubieran reclamado el que aquellos diezmos se debían a su iglesia y que se restituyeran a la misma (1), puesto que una iglesia puede y es capaz de tener en otra diócesis, diezmos con derecho de dominio o de posesión. Objetará alguno que cómo se me ha revelado o dado a conocer que dichos canónigos reivindicaban aquellos diezmos no a nombre de la iglesia, sino como patrimonio propio de ellos, a lo que respondo: confieso desde luego que ambas cosas son inciertas; pero no constándonos con bastante claridad en dicho lugar ninguno de ambos extremos, hemos de entender más bien aquel que no es contrario a las leyes, que el otro extremo que pugnaría con todo el derecho; principalmente porque habiendo en dicho lugar el romano Pontífice dado respuesta para la decisión de un caso eventual, es manifiesto que su respuesta se refirió al solo caso que entonces sobrevino, y no a otros casos. Por lo que por la respuesta y decisión del mismo Pontífice aparece, o al menos se juzga más probable, que aquellos canónigos habían adquirido dichos diezmos más bien como a nombre y por derecho propio, que a nombre y por derecho de la iglesia, por lo que nada provechoso alegaban en su favor fuera de aquella posesión que el Sumo Pontífice juzgó ilegítima y poco fundada. Y como por la respuesta puede colegirse la pregunta (2), ciertamente por la respuesta del Sumo Pontífice es más probable que el extremo que tuvo lugar fuera el que nosotros hemos propuesto que no otro diverso, ya que de este modo todas las leyes quedan intactas, mientras que si lo entendiéramos de otro modo, así como un descomunal peñasco precipitado al fondo de un río convertiría el agua trasparente y tranquila en turbia y cenagosa, así también aquel texto perturbaría y cubriría de oscuridad nuestro derecho en cuanto se refiere a la materia toda de los interdictos. Confírmase nuestro sentir porque en caso de

(1) Conforme al cap. *ad Apostolicae, de decimis.*

(2) Como se prueba por la ley *Titia*, §. *idem respondit*, Digesto, *de verbor. obligat.* y por el §. *praeterea* de la Instituta *de inutil. stipulat.*

in dubio tales clerici potius ad suam utilitatem propriam quam ad commodum ecclesiae egisse praesumendi sunt, argu. l. & magis, ff. de solutionibus l. stipulatio ista. §. alteri, ff. de verb. oblig.

Postremo multa ad bonam vel malam fidem pertinentia disseruimus supra in 1. 2. & 3. par. unde quae hic desunt petenda sunt.

duda se ha de presumir que dichos clérigos más bien obraron en utilidad propia que en provecho de la iglesia, según lo prueba la ley *et magis* (1) y la ley *stipulatio ista* (2).

Finalmente, tanto en la primera como en la segunda y tercera parte hemos expuesto abundante doctrina acerca de la buena y mala fe; donde has de buscar, por tanto, lo que aquí falta.

---

(1) Digesto, tít. *de solutionibus.*
(2) En el §. *alteri.* Digesto, tít. *de verb. obligat.*

QUINTA PARS QUAE RES

ILLAS INTUETUR, QUAE PRAESCRIBI POSSUNT VEL NON POSSUNT

CAPVT LXXXII

SUMMAE

1. *Jurisdictio suprema an praescribi possit, ingens pugna.*
2. *Reges creatos subditorum gratia.*
3. *Subditi quando possint in suam laxitatem sese vindicare.*
4. *Naturae suae quaeque facile redeunt.*
5. *Juri naturali derogare ut possimus.*
6. *Regnum successione a tempore immemoriali delatum non subesse subditorum arbitrio.*
7. *Pretio qui subditum se fecit, an se liberare possit.*
8. *Praescribi potest tempore immemoriali ut appellationes etiam ultimae non ad regem, sed ad aliquem magnatum deferantur, contra noviss.*
9. *Italiae civitates an potuerint se subducere ab imperio, contra Decium & Ange.*
10. *Praescribi potest tempore immemoriali jus concedendi veniam aetatis, contra Romanum.*
11. *Servi fugientes an sui juris fiant.*
12. *Nostrum interdum sine facto nostro nobis aufertur.*
13. *Servitus est contra naturam.*
14. *Servitutis imago est alienae ditioni subesse.*

PARTE QUINTA

TRATA DE LAS COSAS QUE PUEDEN O NO PUEDEN SER PRESCRITAS

CAPÍTULO LXXXII

SUMARIO

¿Es materia de prescripción la suprema jurisdicción? 1.

Los reyes se crearon para utilidad de los súbditos. 2.

¿Cuándo pueden los súbditos reintegrarse a su libertad? 3.

Todas las cosas tienden a volver a su naturaleza. 4.

¿Cómo puede derogarse el derecho natural? 5.

La suprema jurisdicción trasferida por sucesión durante tiempo inmemorial, no está ya sujeta a la voluntad de los súbditos. 6.

Quien se hizo súbdito por precio, ¿puede declararse libre? 7.

Puede prescribir por trascurso de tiempo inmemorial el que las apelaciones, aun las últimas, se hagan no al rey, sino a alguno de los magnates; contra algunos contemporáneos. 8.

¿Han podido las ciudades de Italia sustraerse al Romano Imperio? Contra Decio y Angel. 9.

El derecho de conceder exención a la edad, puede ser prescrito; contra Luis Romano. 10.

Los siervos que huyen, ¿se hacen por completo libres? 11.

A veces, aun sin acto alguno nuestro, se nos despoja de lo que nos pertenece. 12.

La esclavitud es contraria a la naturaleza. 13.

El estar sometido a ajena jurisdicción es una especie de esclavitud. 14.

15. *Servitutis onera.*

16. *Servus quis ponte vendidit sese, deterioris conditionis est, quam reliqui servi.*

17. *Jurisdictio suprema an tempore immemoriali jure regio praescribatur.*

18. *Imperium an etiam post tempus immemoriale possimus effugere.*

19. *Hispani populi a Mauris jure erepti.*

20. *Majestatis laesae crimen committitur contra civitatem liberam, cum multis contra non paucos.*

21. *Hispaniarum reges ut jure Imperatorum utantur declaratio nova.*



UPREMA jurisdictio an praescribi possit, vetus controversia est, & quia is modus loquendi male aptus videtur, ideo in eo quaestionem esse

1. advertimus, † an qui olim subditi erant possint tempore cujus initii memoria non sit, acquirere libertatem alienaeque ditionis laxitatem, ac per contrarium qui liberi erant, eo tempore cujus initii, & c. possint sub aliena ditione ac imperio redigi? cujus rei vera cognitio a principiis juris naturae ac gentium petenda est; jure enim naturae omnes homines liberi nascebantur, neque ullius ditioni, aut imperio subjiciebantur, l. manumissiones, ff. de justi. & jure. §. jus autem gentium, institu. de jure natur. Unde Virgilius sic ait:

Ante Jovem nulli subigebant arva coloni
Nec signare quidem aut partiri limite campum
Fas erat.

Cargas que pesan sobre la esclavitud. 15.
El siervo que por propia voluntad se vendió a sí mismo, es de peor condición, que los restantes siervos. 16.
Según el derecho real, ¿puede prescribirse por el trascurso de tiempo inmemorial la suprema jurisdicción? 17.
¿Podemos libertarnos del señorío del príncipe aun después de estar sujetos por tiempo inmemorial? 18.
Los pueblos españoles fueron arrebatados a los moros con todo derecho. 19.
Se incurre en crimen de lesa majestad maquinando contra una ciudad libre; con numerosos autores contra otros muchos. 20.
Nueva declaración de cómo los reyes españoles disfrutan del derecho de Emperadores. 21.

1. Existe una antigua disputa acerca de si la suprema jurisdicción puede ser objeto de prescripción, pero porque este modo de hablar nos parece poco a propósito, advertimos que el punto de discusión es éste, a saber, si los que en un tiempo eran súbditos de otro, pueden, por el trascurso de tiempo inmemorial, conseguir la libertad y el verse libres de ejena jurisdicción, y, por el contrario, si los que eran libres pueden por el trascurso de tiempo inmemorial ser sometidos a la jurisdicción y dominio ajeno. El conocimiento verdadero de esta cuestión se ha de buscar en los principios de derecho natural y de gentes; porque atendido el derecho natural todos los hombres nacían libres, ni estaban sometidos a la jurisdicción o dominio de otro (1).

Por lo que Virgilio cantó así: «Antes del reinado de Júpiter ni existían colonos que cultivasen las tierras, ni era lícito acotar o partir límites en los campos, todos por igual se aprovechaban de los frutos».

Y Horacio dice en la Sátira 2.ª del libro 2.º:

«Porque la naturaleza no nos ha constituido propietarios de la tierra, ni a éste, ni a mí, ni a otro alguno. Aquél nos expulsa a nosotros y a él o la perversidad o la ignorancia de las sutilezas del derecho».

---

(1) Según consta por la ley *manumisiones*, Digesto *de justitia et jure* y por el §. *jus autem gentium*, Instituta *de jure naturae*.

Et Horatius Satyra. 2. lib. 2.

Nam propriae telluris herum natura neque illum
Nec me nec quenquam statuit; nos expullit ille
Illum aut nequities aut vafri inscitia juris.

Ut enim leo leoni, aper apro, bos bovi, ursus uso, vulpes vulpi non imperat, ita quoque homo homini ut imperaret non tam a jure naturae effluxisse, quam a jure gentium descendisse intelligendum est, l. 1, §. fina. ff. de justi. & jure, l. veluti. eodem, ibi, veluti erga Deum religio ut patriae, & parentibus pareamus: a jure enim naturae id tantum profectum fuisse intelligendum est, cujus notitiam ac peritiam certam ac indubitatam habemus, ut dict. l. 1. §. fina. cum l. sequen. §. singulorum, institut. de rerum divisio. parentes autem nostros non certo, & indubitanter novimus, sed audivimus ac credidimus, argumen. l. filium eum definimus ff. qui sunt sui vel alieni juris, l. Lucius, ff. de conditio. & demon. ergo quod eis parere debeamus piam fidem accommodantes non tam a principiis juris naturae certis ac indubitatis, quam a juris gentium praeceptis effluxisse intelligendum est.

2. † Verum licet initio hominum nulli nascerentur servi aut alienae potestati, ditioni, imperio, jurisdictioni subditi ac obnoxii, tamen plerique hominum qui legibus, aut moribus reguntur, coeperunt principibus magistratibusque se suaque committere, l. 2. in princi. ff. de origin. juris, & d. l. 2. §. deinde quia difficile, & §. novissime, idque non tam ipsorum principum gratia, quam ob propriam ipsorum subditorum utilitatem factum, intelligendum est, arg. d. §. novissime, & d. l. deinde, quia difficile, dixi controv. illustrium c. 1. sed & alii subditi esse coeperunt vi & bello

Porque así como el león o el jabalí no mandan sobre otro león o jabalí, ni el buey, el oso o la zorra mandan sobre otros animales de su especie, así también hemos de entender que el que un hombre mande sobre otro, no tanto ha dimanado del derecho natural, cuanto del derecho de gentes, conforme consta por el §. final de la ley 1.ª del Digesto, título de *justitia et jure* y por la ley 2.ª del mismo título en las palabras: «Así como la religión se dirige a Dios, así la obediencia se dirige a la patria y a los padres». Porque hemos de considerar dimanado del derecho natural sólo aquello de que tenemos conocimiento y práctica cierta e indubitable (1). Y en cuanto a nuestros padres, no tenemos de ellos conocimiento cierto y evidente, sino por lo que hemos oído y creído (2). Luego el que estemos obligados a obedecerlos prestándoles filial reconocimiento, hemos de considerar que ha procedido no tanto de los principios ciertos y evidentes del derecho natural, cuanto de los preceptos del derecho de gentes.

Pero aunque en un principio ningún hombre era siervo 2.
de nacimiento ni súbdito o sometido a ajena potestad, señorío, imperio o jurisdicción, sin embargo, la mayor parte de los hombres que se rigen por leyes y costumbres, empezaron a someterse ellos y a someter sus cosas a príncipes y magistrados (3), lo que hemos de entender haberse efectuado no tanto en favor de los propios príncipes, cuanto por utilidad de los mismos súbditos (4). Otros hombres comenzaron también a ser súbditos obligados por la violencia o por la guerra (5). Pero tanto si habían empezado a ser súbditos 3.
por la violencia como por la guerra, no cabe la menor duda de que podían reintegrarse a su libertad y reivindicarla, como lo prueban numerosas leyes (6). Porque en el caso de

(1) Según la citada ley 1.ª en el §. final *de just. et jure*, como también en otras siguientes del mismo título y el §. *singulorum*, Instituta *de rerum divis*.

(2) Según lo prueba la ley *filium eum definimus* del Digesto, tít. *qui sunt sui vel alieni juris*. y la ley *Lucius* del Digesto, tít. *de condi. et demonstrat.*

(3) Según la ley 2.ª en la introducción, Digesto, tít. *de origine juris*, como también en el §. *deinde quia difficile* y en el §. *novissime*. de la misma ley.

(4) Según lo prueba el citado §. *novissime*, la citada ley *deinde quia difficile* y según lo hemos expuesto en el tratado *Controv. illustrium*, cap. 1.

(5) Pruébalo la ley *manumissiones*, la ley *hoc jure* del Digesto, tít. *de just. et jure* y los §§. *jus autem gentium* y *bella* de la Instituta *de jure naturae*.

(6) Tales son: la ley 2.ª, §. *exactis deinde regibus*, Digesto, tít. *de origine juris;* el §. *item ea quae ab hostibus*, Instituta *de rerum divisione;* la ley *nihil* en

argumen. d. l. manumissiones, & l. hoc jure, ff. de justi. & jure, & §. jus autem gentium, §. bella, institut. de jure natur.

3. † Sed sive vi sive sponte sua subditi esse coepissent, non dubium est, quin possent in suam laxitatem sese recipere ac vindicare, argumen. l. 2, §. exactis deinde regibus, ff. de origine juris, §. item ea quae ab hostibus, institu. de rerum divisione, leg. nihil. in princip. ff. de captivis & postlim. l. 3, & l. naturalem, in princip. ff. de acquirendo rerum dominio; sive enim vi subacti sunt, vi quoque, aut clam, aut alio quovis modo, ut sese in suam laxitatem recipere possint par est. dict. §. item ea d. l. 3, d. l. naturalem, d. l. nihil, sive etiam sponte sua se subjecerint alienae ditioni ac potestati, cum id ob ipsorum subditorum utilitatem initio factum fuerit, ei renuntiare atque ab ea recedere eis liberum esse par est, sicque ab ea subjectione poterunt se in suam laxitatem recipere ac eripere, vel palam, vel clam, vel dolo, vel vi, aut armis, argumen. dic. §. exactis deinde regibus, d. §. deinde cum esset, eadem. l. secunda, ff. de origin. juris d. §. item

4. ea, d. l. 3, d. l. naturalem. Nihil enim tam naturale est, quam unumquodque eo modo dissolvi quo colligatum fuit, l. nihil, ff. de regulis juris; omnisque res per quascunque causas nascitur per easdem dissolvitur, capitu. omnis res, de reg. juris, & quaeque res de facili revertitur ad suam naturam seu originem. l. si unus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. Unde Boëtius sic cecinit;

Repetunt proprios quaeque recursus,
Redituque suo singula gaudent:
Nec manet ulli traditus ordo,
Nisi si fini junxeris ortum,
Stabilemque sui fecerit orbem.

haber sido sometidos por la violencia, es justo que puedan reintegrarse a su libertad, aun por la violencia o clandestinamente o de otro modo cualquiera (1); y en el caso en que espontáneamente se hubieran sometido a la jurisdicción y potestad ajena, como ésto tuviera lugar en un principio por razón de la utilidad de los propios súbditos, es justo que éstos tengan libertad de renunciar a ella, de desecharla; y, por consiguiente, podrán reintegrarse a su libertad y enajenarse de tal sujeción, abierta o clandestinamente, o por medio del dolo, o de la violencia y aun de las armas, como se desprende de numerosas leyes (2). Porque nada hay tan 4.
natural como el que cada cosa se disuelva del mismo modo que se unió (3), y todas las cosas se disuelven por las mismas causas que les dieron nacimiento (4), y todas ellas vuelven fácilmente a su primera naturaleza y origen (5). Por lo que Boecio se expresó así:

«Todas las cosas buscan de nuevo su origen y se gozan en volver al punto de donde partieron, ni en ellas dura el orden establecido hasta que al unir el fin con el principio vienen a formar un círculo estable».

Por consiguiente, así como atendido el derecho civil el matrimonio era libre tanto en su producción cuanto en su disolución (6), así también la suprema jurisdicción espontáneamente concedida por los súbditos, ha de durar tanto tiempo cuanto perdurara la voluntad misma de aquellos y nada más; si pues, hubieran sido hechos súbditos por la violencia o el dolo podrán ellos igualmente por la violencia o el dolo volver a su antigua libertad, del mismo modo que si libre y abiertamente se hubieran ellos sometido podrían libre y abiertamente volver a su libertad, conforme consta por dichas leyes; y más fácilmente cuando por su voluntad se

---

la introducción, Digesto *de captivis et postliminio;* la ley 3.ª y *naturalem* del tít. *de acquir. rerum dominio* del Digesto.

(1) Según consta por el citado §. *item ea* y por las leyes 3.ª *naturalem* y *nihil* que acaban de citarse.

(2) Tales son: los citados §§. *exactis deinde regibus* y *deinde cum esset;* la ley 2.ª del Digesto en el tít. *de origine juris;* el citado §. *item ea,* la ley 3.ª *naturalem* y *nihil* citadas.

(3) Según la ley *nihil,* Digesto, tít. *de origine juris.*

(4) Según el cap. *omnis res, de regulis juris.*

(5) Conforme a la ley *si unus,* §. *pactus ne peteret.,* Digesto *de pactis.*

(6) Conforme a la ley *neque ab initio* del Código, tít. *de nuptiis.*

Sicque ut jure civili inspecto matrimonium in sui tam productione, quam resolutione liberum erat, l. neque ab initio, C. de nupt. ita & regnum sponte concessum tandiu permaneat quandiu subditi quoque in eadem voluntate permanserint, non ultra, ergo sive vi aut dolo fuerint subacti, vi similiter aut dolo; sive sponte ac palam, sponte, quoque ac palam poterunt ad suam laxitatem reverti ut dd. ll. & facilius cum sponte sua se subjecerant ad suam utilitatem, suique commodam gubernationem, nam tunc propriae utilitati renuntiare, & ab ea recedere liberrimum esse debet, l. penulti. C. de pact. l. si quis in conscribendo, C. de episcopis, & cleric. l. quoties ab omnibus, C. de fidei, l. cum pater, §. mando, ff. de legat. secundo, l. filiusfamilias, §. divi, ff. de legatis primo l. Titio centum, in princip. ff. de conditio. & demonstratio. l. in re mandata, C. manda. etiam abutendo jure, & rebus suis. l. sed etsi lege, §. consuluit, ff. de petit. haereditа. l. prima, §. et magis, verb. prodegerit ff. si quid in fraudem patr. neque enim quisquam voluntati & arbitrio suo eam legem imponere potest, a qua sibi recedere non liceat, l. si quis in principio testamenti, ff. de leg. tertio, l. si mihi & tibi, §. in legatis, ubi multa per novissi. ff. de legatis primo.

5. † Neque ad rem pertinet quod jure gentium regna, et imperia esse videantur, nam resp. id non satis certum esse, sed & si esset nihil obesset, nam non solum juri gentium, sed etiam naturali, & divino possumus in parte derogare, licet non in totum, ut nota. per Gloss. ibi & ubique communiter approbata in l. jus civile, ff. de justitia & jure, non quoque quenquam movere debet illud: per me reges regnant & conditores legum justa decernunt: nam

hubieran hecho súbditos para su propia utilidad y fácil gobierno, porque en tal caso deben tener absoluta libertad de renunciar a su propia utilidad y desecharla, como consta por numerosas leyes (1); y ésto aun cuando hagan mal uso de su derecho y bienes (2); porque nadie puede imponer a su propia voluntad y libertad una ley tal de la que no le sea posible apartarse (3).

5. Ni ofrece dificultad alguna el que los reinos e imperios parezcan ser de derecho de gentes, porque a tal dificultad responderemos no ser ésto suficientemente cierto, pero aun cuando lo fuera no ofrecería dificultad, porque no sólo el derecho de gentes, sino también el derecho natural y divino pueden ser derogados en parte, aunque no en su totalidad, según lo hace notar la glosa comúnmente admitida en la ley *jus civile* (4). Ni a nadie deben hacerle fuerza alguna aquellas palabras «por mí reinan los reyes y los legisladores decretan en justicia», porque a ésto responderé, que en efecto, por el mismo Supremo y Soberano Dios y con su consentimiento dejará de reinar el príncipe sobre aquellos hombres o pueblos que se emanciparan de su jurisdicción y poderío; ni hay más fundada razón para decir que la sumisión había tenido lugar con el consentimiento divino, de la que hay para sostener que con ese mismo consentimiento se había recuperado la libertad de aquella sujeción, tanto más cuanto que son de condición mucho más favorecida las libertades que las sujeciones (5).

6. Pero, conforme a lo dicho, parecería deber defenderse que aun sin el trascurso de tiempo alguno, podría cualquier indi-

(1) Tales son: la ley penúl. del Código en el tít. *de pactis;* la ley *si quis in scribendo*, Código, tít. *de episc. et clericis;* la ley *quoties ab omnibus*, Código, tít. *de fidei.;* la ley *cum pater*, §. *mando*, Digesto, *de legatis*, lib. 2; la ley *filius-famil.*, §. *divi.*, Digesto *de legatis*, lib. 1; la ley *Titio centum*, en la introducción, Digesto, tít. *de condi. et demonstrationibus;* la ley *in re mandata*, Código *de mandatis.*

(2) Según la ley *sed etsi lege*, §. *consuluit*, Digesto *de petit. haereditatis* y la ley 1.ª, § *et magis* en la palabra *prodegit*, Digesto, tít. *si quis in fraudem patroni.*

(3) Según la ley *si quis in principio testamenti*, Digesto, tít. *de legibus*, lib. 3.º, la ley *si mihi et tibi*, §. *in legatis*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1 donde exponen copiosa doctrina los modernos.

(4) Del Digesto, tít, *de just. et jure.*

(5) Según la ley *Arrianus* del Digesto, tít. *de action. et obligat.*

respondebo, quod & per eundem Deum optimum maximum ejusque permissu regnare desinet, quoad eos viros vel populos ille princeps, a cujus ditione & imperio illi sese subduxerint, nec est cur magis nutu Dei subjectionem contigisse dicamus, quam subjectionis laxitatem reversam fuisse, cum liberationes quam subjectiones longe sint favorabiliores, arg. l. Arrianus, ff. de actio. & obligat.

6. † Secundum quae videbatur dicendum etiam citra ullius temporis intervallum, posse se quemque virorum, hominum, populorum a principis sui ditione ac imperio subducere, sed non est ita, nam in regnis seu principatibus, qui jam diu forte abhinc annos mille, vel etiam plures successione non electione deferuntur, neque apparet, quo jure primum sub tali ditione ac imperio regio illa, homines, vel populi fuissent subacti, non est cur non credamus optime jure subactos subditosque fuisse, argumento l. 1. §. ductus aquae, ff. de aqua quoti. & aestiva. l. 1. §. fina. ff. de aqua pluvi. arcenda; unde non videtur ab eo imperio se subtrahere liberum, aut fas esse, ne contra illud jus jam veluti tempore stabilitum fiat, unde similiter si tempore quoque cujus initii memoria non sit, certi sive homines, sive magnates, sive populi a tali ditione, vel imperio sese subtraxerint, inque libertatis seu laxitatis possessione fuerint, eam laxitatem jure assequuti videbuntur, inque posterum jam suae ditionis suique imperii ac suae laxitatis & veluti sui juris esse videbuntur, nam si solo tempore justificabatur subjectio, ergo solo etiam tempore, & longe facilius justificabitur liberatio, argum. dict. l. Arrianus, nam princeps ille suum imperium ac ditionem justificabat, aut vi, aut consensu, aut tempore: vi, quasi a majoribus hujus principis gens illa subacta fuisset: consensu, quasi

viduo, hombre o pueblo, sustraerse a la jurisdicción y señorío de su príncipe, pero no es así, porque tratándose de reinos o principados que durante mucho tiempo, tal vez por mil años o por muchos más, se van trasmitiendo no por elección, sino por sucesión, sin que se conozca por qué clase de derecho se sometió en un principio a tal jurisdicción y señorío aquella región, aquellos hombres o pueblos, no hay razón para no creer que fueran sometidos y hechos súbditos con justísimo derecho (1); por lo que no parece serles libre o lícito el sustraerse a tal poderío, para no ir contra aquel derecho, que está ya como consolidado por el trascurso del tiempo. Síguese igualmente que si durante el trascurso de tiempo inmemorial, determinados hombres, o magnates, o pueblos, estuvieron exentos de tal jurisdicción o poderío y se hallaron en posesión de libertad y exención, se considerará haber conseguido con derecho aquella libertad y para adelante se reputarán como hombres que gozan de propia jurisdicción, poderío, libertad y de propio derecho. Porque si por el solo trascurso de tiempo se justificaba la sujeción, luego por el solo trascurso de tiempo y con mucha más razón se justificará la libertad (2). Porque dicho príncipe justificaría su imperio y señorío, basado o bien en la fuerza, o bien en el consentimiento o, finalmente, en el trascurso del tiempo. En la violencia, en el caso que sus antepasados hubieran sometido aquel pueblo; en el consentimiento, cuando aquel pueblo se hubiera sometido voluntariamente a los antepasados de este príncipe, y en el tiempo, si aquel pueblo hubiera vivido sometido a tal jurisdicción y poderío durante el trascurso de tiempo inmemorial. Pero si por la violencia fueron sometidos, también por la violencia podrán reintegrarse a su libertad (3), porque todas las cosas por las mismas causas que nacen, etc. (4), y porque las cosas vuelven fácilmente a su origen (5), sin que en este caso necesitaran en su apoyo el trascurso de tiempo alguno, conforme aparece por dichas leyes.

(1) Según se desprende de la ley 1.ª, §. *ductus aquae* del Digesto, tít. *de aqua, quotid. et aestiva* y de la ley 1.ª, §. final del Digesto en el tít. *de aqua pluv. arcenda.*

(2) Según la citada ley *Arrianus.*

(3) Conforme a las citadas leyes 3.ª *naturalem* y al citado §. *item ea.*

(4) Según consta por el citado cap. *omnis.*

(5) Conforme al citado §. *pactus ne peteret.*

sponte sua gens illa majoribus illius principis sese subdidisset: tempore, quasi tanto tempore cujus initii memoria hominum non esset, gens illa sub tali ditione ac imperio fuisset: at si vi fuerunt subacti, vi quoque sese poterunt in suam laxitatem recipere, d. l. 3. d. l. naturalem, d. §. item ea. & quia omnis res per quascunque causas nascitur & c. ut d. capi. omnis, & quia res de facili revertitur ad suam originem, d. §. pactus ne peteret, & tunc nullo temporis auxilio egerent ut dd. ll.

Quod si consensu fuerunt facti obnoxii & subditi, is consensus sui natura revocabilis est, quasi ad suam non ad sui principis utilitatem se subdidisse videantur, unde voluntatem mutare liberum esse debet, argumen. d. l. 2. §. exactis & §. deinde cum esset, & §. novissime, ff. de origin. juris, l. fina. C. de pact. d. l. si quis in principio testamenti, d. l. si mihi, & tibi, §. fin. d. §. si divi. d. l. Titio centum, in princip. d. §. mando. d. l. quoties ab omnibus, cum similib. supra alleg. nam & quae consensu fiunt etiam inter vivos contraria voluntate dissolvuntur, l. fin. ff. de acceptil. & d. §. pactus ne peteret, & §. fina. institu. quib. mod. re contrahitur obligatio, nam & si quae duorum consensu fiunt regulariter alterius tantum consensu dissolvi nequeant, sed demum contraria utriusque voluntate ut dd. ll. & l. sicut ab initio, de action. & obliga. C. fallit tamen quando is actus respiciebat principaliter alterius tantum utilitatem, non etiam utriusque, tunc enim illius tantum contraria voluntas sufficit ut actus ille dissolvatur ac infectus reddatur, l. stipulatio ista, §. inter certam, ubi plene per Docto. ff. de verborum obligatio. l. penult. C. de pact. cum similib. supra allegatis, sed qui alienae ditioni ac imperio sese gratis non pretio subdiderunt, id non tam ob utilitatem domini, quam ob suam utilitatem

Mas si voluntariamente se sometieron e hicieron súbditos, tal consentimiento es por su naturaleza revocable, como si se hubieran hecho súbditos para su propia utilidad y no para provecho del príncipe; por lo que deben ser libres en cambiar de voluntad, como consta por varias leyes (1). Porque aun las cosas que interviniendo consentimiento se realizan entre vivos, se disuelven por un acto contrario de la voluntad (2). Y aunque las cosas que se realizan con el consentimiento de dos partes, no puedan generalmente disolverse por la sola voluntad de una de ellas, sino en último término por convenir en ello la voluntad de ambas partes contraria al primer acto (3), ésto no tiene lugar, sin embargo, cuando aquel acto tendía principalmente a la utilidad de una sola de las partes, y no a la de ambas, pues en este caso es suficiente la voluntad contraria de solo el favorecido para que aquel acto se disuelva y quede por no realizado (4); pero quienes se sometieron de balde y no por precio alguno a la jurisdicción y señorío de otro, se consideran haberlo hecho no tanto para utilidad del señor, cuanto para su propia utilidad, según es manifiesto a la razón y queda arriba demostrado, luego estarán en libertad para arrepentirse de lo hecho y cambiar de propósito, si bien sostendríamos lo contrario si lo hubieran hecho por precio (5). Apoya nuestro sentir el 7.
notable texto de la citada ley final del Código, título *de pactis* y las leyes 17 y 44 de las de Toro; todas las cuales se refieren a actos realizados entre vivos con el consentimiento de las dos partes, pero principalmente en provecho de una de ellas y dicen ser suficiente la voluntad contraria de esta

(1) Tales son: la ley 2.ª en los §§. *exactis, deinde cum esset* y *novissime* del Digesto, tít. *de origine juris;* la ley final del Código, tít. *de pactis;* la ley *si quis in principio testamenti;* la ley *si mihi et tibi,* §. final y §. *si divi;* la ley *Titio centum* en la introducción y en el §. *mando* y la ley *quoties ab omnibus* con otras semejantes arriba citadas.

(2) Según la ley final del Digesto en el tít. *de acceptilatione;* consta también por el §. *pactus ne peteret* y por el §. final de la Instituta *quibus modis contrah. obligatio.*

(3) Según consta por las citadas leyes y por la ley *sicut ab initio* del Código, tít. *de action. et obligation.*

(4) Conforme a la ley *stipulatio ista,* §. *inter certam.* Digesto, *de verbor. obligatione* extensamente expuesta en este sentido por los doctores; a la ley penúlt. del Código, tít. *de pactis* con otras semejantes arriba consignadas.

(5) Según consta por la introduc. y § final de la Instituta *de jure personarum.*

fecisse videntur ut & patet ad sensum & supra ostendimus,

7. † ergo poenitere voluntatemque mutare liberum eis erit, licet contrarium esset, si pretio id fecissent, ut in princip. & §. fina. institu. de jure personarum, pro nobis optimus tex. in dict. l. final. C. de pact. & l. 17. & l. 44. in Taurinis decisionibus, quae leges loquuntur in actibus inter vivos duorum consensu factis ob utilitatem potissimum alterius, & ajunt, illius contrariam voluntatem sufficere, ut res infecta reddatur: itaque principi possem dicere, si vi me subjecisti ac subegisti aequum est, ut liberes me, quod si nolueris, cum primum vi, aut clam poterim me in laxitatem meam recipere, jure fecisse videbor, idem si dolo, aut alia quavis ratione id fecerim ut d. l. ut vim, ff. de justitia, & jure, & supra plenius ostendimus, sin autem consensu meo subdidi me tibi, jam me poenitet, & hac in re poenitere mutareque voluntatem liberum esse debet, si tempore immemoriali jus quaesisti, ego similiter, & longe facilius tempore immemoriali laxitatem libertatemque contra te potui acquirere, quae nota quia nullus unquam in cujus scripta inciderim sic declaravit, licet in specie quod talis libertas tempore cujus initii memoria non sit acquiri possit, teneant etiam contra supremam principis potestatem ac jurisdictionem communiter Doctores, ut infra dicam.

Quinimo postquam princeps passus est tandiu homines quosdam, aut populos uti jure suo, & veluti pro liberis suaeque ditionis se gerere, satis huic rei voluntatem suam accommodasse videtur, ut jam utriusque partis voluntate eos populos, aut homines a talis principis ditione ac imperio liberatos fuisse verius sit, argumento eorum, quae diximus, capitulo praeceden. dum malam fidem ab initio possessionis praesumptam per lapsum triginta annorum purgari

sola parte, para que el acto quede por no realizado. Así pues, podría decir a dicho príncipe, si me sometiste e hiciste súbdito por la fuerza, es justo que tú mismo me des la libertad, y si no quisieras hacerlo, tan pronto como yo pueda por la fuerza o clandestinamente reintegrarme a mi libertad, se considerará que lo he hecho con derecho, lo mismo que si lo lograra valiéndome del dolo o de otro modo cualquiera (1). Mas, si voluntariamente me sometí a ti, estoy ya de ello arrepentido y en este punto debe estar en nuestra libre voluntad el arrepentirnos y el cambiar de propósito. Si adquiriste derecho por el tiempo inmemorial, igualmente yo y con mucha mayor razón he podido adquirir contra ti la independencia y libertad también por el trascurso de tiempo inmemorial. Lo que tendrás muy presente, porque jamás ningún autor cuyos escritos hayan llegado a mis manos, lo ha explicado de este modo. Aun cuando comúnmente defiendan los doctores en este punto, como más adelante lo haremos constar, que puede adquirirse tal libertad por el trascurso de tiempo inmemorial, aun contra la suprema potestad y jurisdicción del príncipe.

Más aún, después que el príncipe consintió el que por tanto tiempo gozaran de derecho propio ciertos hombres o pueblos y el que se condujeran como libres y señores de sí mismos, con bastante claridad da a entender que en ello ha convenido su voluntad, con lo que es ya más conforme a verdad que aquellos pueblos u hombres han quedado libres de la jurisdicción y señorío de dicho príncipe con el consentimiento de ambas partes. Como lo prueban las razones que adujimos en el capítulo precedente, al demostrar que la presunción de mala fe desde el comienzo de la posesión se purifica por el trascurso de treinta años. Y en concreto, que pueda darse la prescripción contra la suprema potestad de un príncipe temporal, o hablando con más propiedad, que por el trascurso de tiempo inmemorial pueda un hombre o un pueblo librarse de la suprema potestad, jurisdicción y señorío de su príncipe, lo defienden Bartolo (2), el Purpu-

(1) Conforme a la ley *ut vim* del Digesto, tít. *de justicia et jure* y según lo hemos demostrado arriba más extensamente.

(2) Al comentar la ley *infamem*, Digesto, tít. *de publicis judic.*; la ley *hostes*, Digesto, tít. *de captivis* y la ley 1.ª del Digesto, tít. *de aqua pluv. arcenda*.

ostendimus, & ita ut adversus supremam potestatem principis temporalis possit praescribi, vel ut aptius loquar, ut tempore immemoriali possit homo aut populus se a suprema potestate, ditione ac imperio liberare sui principis, tenent Bartol. in l. infamem, ff. de publicis judic. Idem Barto. in l. hostes, ff. de captivis. Idem in leg. prima, ff. de aqua pluvia arcend. Purpuratus in leg. imperium, num. 174, ff. de jurisdictione omnium judicum, Gloss. pragmat. in prooemio in verb. Dei, Curtius Junior de feudis parte 2.ª quo modo feudum in esse deducatur in 2 quaestione principal. Jason. consilio 70, columna 1, libro 3, Felinus in capitulo cum non liceat, de praescription. columna 4. Idem Felinus in capitulo cum nobis, columna 2 eodem titulo, Abbas, in capitulo final. primo notab. de constitutio. Abbas in capitulo, quoad translationem, columna 1, de officio. lega. Idem Abbas consilio 80, libro 1, Alexandr. consilio 15, columna 2, libro 5. Idem Alexand. consilio 11, columna 3, libro 7, sequitur & ait esse communem opinionem Aymon de antiquitate part. 4, versicu. materia ista, numero 72, & est communis opinio secundum Covarru. in capitu. possessor, de regu. juris, lib. 6. part. 2. §. 2. nu. 7. quam etiam dicit communem in capitu. peccatum, de regulis juris, libro 6, par. 2. §. 9. in fin. sequitur & ait esse communem opinionem Antonius Corsetus de excellen. regis quaestione 104. Balbus de praescription. 2. part. 5. part. principa. quaestione 2 Castaldus de Impera. quaestione 53.

Contrariam tamen partem ut ejus temporis immemorialis praeteritio non sufficiat ad liberandum quem a suprema potestate principis secularis, vel ut jus acquirat contra talem supremam potestatem, tenuerunt Abb. in capitu. per venerabilem, columna fina. qui filii sint legitimi. Idem Abb. in dicto

rado (1), Curcio el Joven (2), Jasón (3), Felino (4), el Abad (5), Alejandro (6), sigue esta opinión llamándola opinión común Aymón (7); defiéndenla también como opinión común Covarrubias (8) y Antonio Corsetti (9); son partidarios también de la misma Balbo (10) y Castaldo (11).

Sin embargo, la opinión contraria, a saber, que el trascurso de tal tiempo inmemorial no sea suficiente para librar a uno de la suprema potestad de un príncipe secular o para que pueda adquirir derecho contra tal potestad suprema, la defendieron el Abad (12), Romano (13), Alejandro (14), Decio (15), Socino (16), el Purpurado que afirma ser esta opinión común (17), Jasón (18), Angel (19), el Hostiense, Juan Andrés, Antonio (20) y Alberico (21).

Defendiendo la parte afirmativa, es decir, que tiene lugar

---

(1) Al comentar la ley *imperium*, núm. 174, Digesto, *de jurisdictione omnium judicum;* lo mismo consta por la glosa *pragmat.* en la introducción, en la palabra *Dei.*

(2) Sobre los feudos, en la 2.ª parte *quomodo feudum in esse deducatur*, cuest. 2.ª principal.

(3) Dictamen 70, colum. 1.ª, lib. 3.

(4) En el cap. *cum non liceat, de praescript.*, colum. 4.ª; en el cap. *cum nobis*, colum. 2.ª del mismo título.

(5) En el cap. final, en el 1.º *notab. de constitution.;* en el cap. *quoad translationem*, colum. 1.ª, *de offic. legat.* y en el dictamen 82, lib. 1.

(6) Dictamen 15, colum. 2.ª, lib. 5 y dictamen 11, colum. 3.ª, lib. 7.

(7) *De antiquit. tempor.*, part. 4.ª, vers. *materia ista*, núm. 72.

(8) En el cap. *possessor, de reg. juris*, lib. 6, part. 2.ª, §. 2, núm. 7 y en el cap. *peccatum, de reg. juris*, lib. 6, part. 2.ª, §. 9, al final.

(9) *De excellen. regis*, cuest. 104.

(10) *De praescript.*, en la 2.ª parte de la 3.ª parte princ., cuest. 2.ª

(11) *De imperat.*, cuest 53.

(12) En el cap. *per venerabilem*, colum. final, *qui filii sint legitimi* y en el citado cap. *cum non liceat.*

(13) Dictamen 375, colum. final.

(14) Al comentar la ley *mare*, colum. penúlt. del Digesto, tít. *de acquir. haeredit.*

(15) Dictamen 307, colum. 3.ª

(16) Dictamen 275, colum. 3.ª lib. 2.

(17) Al comentar la citada ley *imperium*, núm. 169 y la ley 1.ª, núm. 40, Digesto, tít. *de offic. ejus cui mandata est jurisdictio.*

(18) Dictamen 207, lib. 2, colum. 3.ª

(19) Al comentar la ley *haec autem*, al final, Digesto, tít. *de servitute urban. praediorum.*

(20) Los tres autores al tratar sobre el cap. *per venerabilem.*

(21) Comentando la citada ley *imperium.*

capitulo cum non liceat, Romanus consi. 371 columna fina. Alexandr. in l. more, colum. penultim. ff. de acquiren. haredit. Decius consilio 307. columna 3, Socinus consilio 275. colum. 3. libro 2, ubi hanc firmat esse communem sententiam, Purpuratus in d. l. imperium, numero 169. Idem Purpura. in l. prima, numero 40. ff. de officio ejus cui mandata esse jurisdictio, Jason consilio 208. libro 2. colum. 3. Angel. in l. haec autem, in fin. ff. de servitu. urbanorum praediorum, Hostien. Joann. Andr. & Anton. in d. cap. per venerabilem, Alberi. in d. l. imperium.

Tenendo partem affirmativam, quam ausim verissimam dicere, ut procedat talis acquisitio, ad d. c. cum non liceat, respon. primum quod quatenus ibi negatur procedere praescriptionem, non comprehendit acquisitionem quae tempore cujus initii memoria non est, contingit, ut ex communi & vera opinione alibi disseruimus dicentes, praescriptione vetita nunquam videri eam vetitam quae procederet ex tempore immemoriali.

Secundo resp. quod ibi loquitur in spiritualibus non in terrenis, secundum Aymonem ubi supra 3. & 4. solution. accomodat Aymon ibid. sed duae priores sunt verae.

8. Ex † nostra & communi opinione affirmativa infertur suspectum esse quod Covarru. vir dissertissimus in d. §. 2, numero 7, scriptum reliquit, dum negat tempore etiam immemoriali posse praescribi a ducibus, comitibus, & marchionibus, & similibus ne ab ipsis ad regem possit appellari, nam hujusmodi praescriptiones longe facilius contingunt translative, quam extinctive, ut declarat Geminianus in capitu. cum personae, §. quod si tales, ad finem de privile. libro 6, unde cum isto casu suprema illa jurisdictio non praescribatur

dicha adquisición, opinión que me atrevería a llamar verdadera en absoluto, al citado capítulo *cum non liceat*, responderemos: primero, que al negarse en dicho capítulo el que proceda la prescripción, no se comprende en dicha negación la adquisición que tiene lugar por el trascurso de tiempo inmemorial, según lo hemos sostenido en otra parte basados en la común y verdadera opinión, afirmando que al denegarse una prescripción nunca se considera incluida en tal denegación la prescripción que procede de tiempo inmemorial.

Respondemos en segundo lugar, que dicho capítulo se refiere a cosas espirituales y no a cosas terrenas, según el sentir de Aymón (1); este mismo autor aduce una tercera y cuarta solución, en dicho lugar; pero considero verdaderas las dos primeras.

De nuestra opinión afirmativa, que es a la vez opinión común, se infiere, ser poco fundado lo que escribió Covarrubias, varón doctísimo, en el citado §. 2.°, número 7, cuando niega que ni aun por el trascurso de tiempo inmemorial podían los duques, condes, marqueses y otros semejantes, conseguir la prescripción sobre que no pudiera apelarse de ellos al rey; siendo así que semejantes prescripciones tienen lugar mucho más fácilmente por modo traslativo que por modo extintivo, conforme lo declara Geminiano (2). Por consiguiente, como en este caso aquella suprema jurisdicción no se prescriba a modo de extinción, sino sólamente de traslación, ya que desde este momento en adelante no se apelará al príncipe, sino a dicho duque, conde o marqués, síguese que por el trascurso de tiempo inmemorial puede semejante derecho abandonar al rey y pasar a dicho duque, según arriba lo hemos demostrado. 8.

Ni me hace fuerza alguna el que dicho duque no se conduzca como libre en absoluto, sino que reconozca ser súbdito de aquel rey, porque en las causas que a él se refieren, estará sometido al rey, pero en las causas de sus vasallos tendrá él la suprema jurisdicción; y según oigo decir, ésto acontece aun hoy día en los reinos de Aragón y Cataluña, quedando de este modo fundadamente defendidos los derechos de tales señores, no existindo en ésto, si aten-

(1) *Ubi supra*.

(2) En el cap. *cum personae*, §. *quod si tales* al final, *de privileg.*, lib. 6.°

extinctive, sed tantum translative, quia ab hinc in posterum non ad principem, sed ad talem ducem, comitem, aut marchionem appellabitur, superest ut tale jus per tempus immemoriale abscedere possit a rege, & in talem ducem transvolare, ut supra ostendimus.

Nec me movet quod talis dux non ex toto sese pro libero gerat, sed subditum regis se esse fateatur, nam in causis suis subditus erit regi, in causis autem vasallorum suorum ipse supremam habebit jurisdictionem, & ita est etiam hodie (ut audio) in regnis Aragoniae, & Cathalauniae quorum dominorum jura hoc modo utiliter tuebuntur, & si recte inspexeris, nulla hic est repugnantia cum principiis juris naturae, aut gentium, aut etiam positivi, & id procedit per argumen. de toto ad partem, quod firmum est, l. quae de tota, ff. de rei vendication. quinimo facilius est, quod partem acquirat, quam ut acquirat totum, argumen. l. cum quaestio, C. de lega. & quae ibi per Corneum traduntur dum ostendit diminutionem, quam interitum cujusque rei vel juris facilius admitti.

9. Infertur etiam † verum non esse quod Decius & Angelus ubi supra contendunt negantes de facto posse se subducere a suprema potestate Imperatoris aliquas Italiae vel alterius regionis civitates, licet non abnegent quin de jure per praescriptionis interventum possent, sed sane verius est posse etiam de facto (si de facto quoque fuerunt subactae) se subducere ac vi & armis, vel alio etiam modo, cum ut supra ostendimus vim vi repellere liceat, l. ut vim, cum mille simi. supra allegatis, ff. de justi. & jure, unde si vi fuerunt subactae, vi quoque poterunt se liberare, sin autem consensu se subdiderunt, ad suam tantum non etiam ad domini utilitatem

tamente lo consideras, repugnancia alguna, con los principios del derecho natural o de gentes y ni aun del mismo derecho positivo. La verdad de esta afirmación se basa en el argumento del todo a la parte que es un argumento firme (1); más aún, con mayor facilidad se adquiere la parte que el todo, según lo prueba la ley *cum quaestio* (2), y la doctrina que al comentarla expone Corneo, demostrando que todas las cosas y derechos más fácilmente admiten la disminución que la completa destrucción.

Síguese también no ser verdad lo que defienden Decio y 9.
Angel en el lugar arriba dicho, cuando niegan que de hecho no pueden libertarse de la suprema potestad del Emperador algunas ciudades de Italia o de otras regiones, aun cuando no niegan que de derecho podrían hacerlo interviniendo la prescripción. Pero ciertamente, es más conforme a verdad, que si de hecho fueron sometidas, podrán también libertarse de hecho y aun por la fuerza y las armas como también por otros modos, puesto que, según arriba hemos demostrado, es lícito rechazar la violencia con la violencia, como consta por la ley *ut vim* (3) y por otras innumerables leyes semejantes, arriba aducidas. Por consiguiente, si por la fuerza fueron sometidas, podrán también por la fuerza libertarse; mas si se sometieron voluntariamente, se considera que lo hicieron únicamente para utilidad propia y no para provecho también del príncipe, y por consiguiente estarán en libertad de apartarse de aquel primer propósito, sin que el consentimiento de los antepasados sea obstáculo para los ciudadanos últimamente nacidos que no participaron en aquel consentimiento, según consta por numerosas leyes (4). Ni el largo tiempo trascurrido perjudica a los últimamente nacidos y por tanto legítimamente impedidos (5).

Ni ofrece dificultad alguna el que a los miembros no les es lícito apartarse de su cabeza, conforme lo expresa el citado

(1) Según la ley *quae de tota*, Digesto, tít. *de rei vindicat.*

(2) Del Código, tít. *de legatis.*

(3) Del Digesto, tít. *de just. et jure.*

(3) Consta así por todo el tít. *res inter alios* del Código; por todo el tít. *ne uxor pro marito* y *ne filius pro patre;* por la ley *si quis in suo*, §. *legis* del Código, tít. *de inoffic. testamento.*

(5) Como lo prueba la ley 1.ª al final, Código, tít. *de annali exceptione* y la ley *contra majores* del Código, tít. *de inof. testamento.*

id fecisse visae sunt, sicque ab ea voluntate recedere liberum erit, & consensus majorum non nocet civibus postea natis qui non consenserunt, per totum, C. res inter alios, & per totum ne uxor pro mari. & per totum ne filius pro patre, l. si quis in suo, §. legis, C. de inofficioso testamento. Nec longinquitas temporis nocet nondum natis, perque hoc legitime impeditis, argument. l. 1. ad fin. C. de annali exception. l. contra majores, C. de inof. testam.

Neque ad rem pertinet quod non liceat a capite membra recedere d. c. cum non liceat, de praesc. nam resp. secundum Aymo. ubi supra, quod tunc talis civitas erit caput de per se, nam ut in grege pecorum & in armentis boum, equorum, & similium, quodlibet pecus aut bestia seu animal suum caput de per se eque principale ac alia facit, ita & inter homines & civitates quilibet aut quaelibet posset suum caput per se aeque principale facere, nisi aut vi iniqua aut sponte sua aliud accideret, ut contrarium existimantes fabulari aut ineptire nobis videantur, aut tyrannorum esse adulatores, quod intellige nisi per tempus immemoriale sub tali ditione, & imperio fuerant, secundum quod supra declaravi.

10. Infertur evidentius † errasse Romanum in l. more, ff. de acq. haere. dum vult quod civitas etiam quae non recognoscit superiorem non poterit concedere veniam aetatis, neque hoc praescribere, nos autem tenemus hoc jus posse tempore immemoriali praescribi, etiam ab ea quae superiorem recognosceret, ut recte Romanum reprehendens advertit Alexander in d. l. more, numero. 12.

11. Infertur ex superioribus † quod licet servus fugitivus, sui furtum facere dicatur, ut in l. 1. C. de servis fugitivis, tamen illud procedit quoad hoc duntaxat, ut tempore ordinario

capítulo *cum non liceat, de praescriptionibus*, porque respondemos, conforme al sentir de Aymón (1), que en tal caso dicha ciudad sería de por sí cabeza; porque así como en los rebaños de ganados, de bueyes, caballos y de otros semejantes, cualquier ganado, o bestia o animal del rebaño es de por sí tan principal cabeza como los otros, así también entre los hombres y ciudades cualquiera de los primeros o de las segundas podría ser de por sí tan principal cabeza como los otros, a no ser que o por injusta violencia o por propia voluntad de hecho suceda otra cosa; y quienes defienden lo contrario nos parecen defensores de fábulas o necedades o aduladores de los príncipes. Esto se ha de entender excluyendo el caso en que durante tiempo inmemorial hubieran estado bajo tal jurisdicción y señorío, conforme a lo que arriba hemos expuesto.

Con mayor evidencia aún, se infiere el error de Romano, 10.
cuando defiende, al comentar la ley *more* (2), que aun la ciudad que no reconoce superior alguno, no puede conceder exención a la edad, y que este derecho no puede prescribirse, pero nosotros defendemos que es posible la prescripción de tal derecho por el trascurso de tiempo inmemorial aun por aquella ciudad que esté sometida a otro superior, según acertadamente lo advierte Alejandro al refutar a Romano en la citada ley *more*, número 12.

Infiérese de lo anterior, que aunque se diga que el siervo 11.
fugitivo comete el robo de sí mismo al huir (3), sin embargo, ésto se refiere sólamente a que por el trascurso de tiempo ordinario no puede conseguir la prescripción (4), pero no se refiere a que examinados los principios del derecho natural se considere haber hecho una cosa prohibida. Porque los siervos o nacen ya tales, o son hechos: son siervos de nacimiento cuando en nuestra casa han nacido de nuestras esclavas; y son hechos esclavos cuando han sido cogidos en justo cautiverio y en guerra justa (5). Ni cabe la menor duda de que así como los que han sido hechos siervos por medio del

(1) *Ubi supra.*
(2) Del Digesto, tít. *de acquir. haeredit.*
(3) Conforme a la ley 1.ª del Código, tít. *de servis fugitivis.*
(4) Según el §. *furtivae*, Instituta, *de usucapione.*
(5) Conforme al §. penúlt. de la Instituta *de jure personarum.*

praescribi non possit, ut ibi exprimitur quasi res vitio affecta juxta, §. furtivae, Inst. de usucap. non autem quoad hoc ut inspectis principiis juris naturae rem vetitam fecisse videatur, servi enim aut nascuntur aut fiunt: nascuntur cum ex ancillis nostris domi editi fuerunt; fiunt cum per justam captivitatem justumque bellum capti sunt ut Inst. de jure personarum, §. pen. nec dubium est quin quemadmodum servi per captivitatem facti simul ac ad suos sese receperint sui juris fiunt dominiumque nostrum eludunt, hoc est dominium quod in eis habebamus d. §. item ea, inst. de rerum divi. l. nihil, ff. de capti. l. 3. l. naturalem, in prin. ff. de acqui. rerum dominio, ita quoque & illi qui servi nati sunt, quia editi ex ancillis nostris, cum primum potestatem nostram evaserint, ita ut pene impossibilis sit eorum recuperatio sui juris esse incipient, argu. dictorum jurium juncto §. servitus, & §. penul. inst. de jure personarum, nec me movet quod id quod nostrum est sine facto nostro a nobis avelli non posset, l. id quod nostrum, ff. de reg. jur. nam illud regulare est, fallit quando dominium est revocabile, ut per totum, ff. de in
12. diem addict. & fere per totum, ff. de lege commi. † nam in terminis illorum titulorum dominium quod erat meum simul re alius meliorem conditionem attulerit & simul ac pretium die pacta solutum non fuerit, desinit esse meum, & similiter in terminis l. fi. §. sin autem sub conditione. C. commu. de lega. l. servo legato, in prin. ff. de lega. 1. dominium rei meae sine facto meo potest desinere esse meum. Idem in terminis l. in bello. §. factae, ff. de capti. Idem in terminis l. item si verberatum, §. 1. ff. de rei vendi. Idem in terminis l. 1. & per totum, C. in quibus cau. servi pro praemio liber. acci. & alibi saepe, sic ergo & in specie nostra, qui servi dominium habet, scire debet dominium revocabile se in eo

cautiverio, tan pronto como se reintegraron a los suyos son ya dueños de sí y se ven libres de nuestro dominio, ésto es, del dominio que sobre ellos teníamos (1), así también los que por nacer de nuestras esclavas son siervos de nacimiento, tan pronto como hubieran huido de nuestra potestad, de modo que sea casi imposible el recuperarlos, empezarán a ser enteramente libres, como lo prueban las citadas leyes (2), sin que me haga fuerza alguna el que no puede arrancársenos sin acto alguno nuestro, lo que nos pertenece (3); porque así es por regla general, pero no tiene cumplimiento cuando el dominio es revocable, como aparece por todo el título *de in diem addictione* y por todo el título *de lege commissoria* ambos del Digesto. Porque según 12.
la doctrina de tales títulos, el dominio que era mío, deja de serlo tan pronto como otro hubiera presentado de hecho condición más favorable, y tan pronto como yo hubiera dejado de pagar el precio en el día pactado. Lo mismo sucede también conforme a la doctrina de otras numerosas leyes (4), por las que consta que la propiedad de una cosa mía puede dejar de pertenecerme sin acto alguno mío, del mismo modo pues, en nuestro caso, quien tiene dominio sobre un siervo, debe saber que ese dominio que sobre él tiene es revocable, de ningún modo irrevocable; por esta razón cuando siervos españoles se refugian en Francia, al punto quedan constituidos en hombres libres, según nos han referido. En nuestro favor milita esta razón, que el hombre no ha nacido destinado a ser siervo de otro hombre, conforme aquel dicho de la Escritura, «todo lo pusiste bajo 13.
sus plantas, ovejas, bueyes», etc. Además, la esclavitud es contraria a la naturaleza (5); pero porque era costumbre

(1) Conforme al §. *item ea*, Instituta, *de rerum divis.*; a la ley *nihil*, Digesto, *de captivis* y a la ley 3.ª y *naturalem*, ambas del Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio*.

(2) Como también el §. *servitus* y el §. penúlt. de la Instituta *de jure person.*

(3) Conforme a la ley *id quod nostrum*, Digesto, tít. *de reg. juris*.

(4) Tales son: la ley final, §. *sin autem sub condit.* del Código, tít. *communia de legatis;* la ley *servo legato* en la introd., Digesto, *de legatis*, lib. 1.º; la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, *de captivis;* la ley *item si verberatum*, §. 1, *de rei vindicatione;* la ley 1.ª y todo el tít. *in quibus caus. servi pro proemio libert. accipiunt.* del Código y otras numerosas leyes.

(5) Según la ley *manumissiones* del Digesto, *de just. et jure;* el §. *servitus*, Instituta, *de jure person.* y el §. *jus autem gentium*, Instituta, *de jure naturae*.

non etiam irrevocabile habere, ideoque cum servi Hispani in Galliam sese recipiunt, continuo liberi fiunt, ut nobis relatum est, pro hoc quia homo non in hoc natus fuit ut homini subesset juxta illud, omnia subjecisti sub pedibus ejus oves,
13. & boves, & c. † servitus contra naturam est l. manumissiones, ff. de just. & jure §. servitus, instit. jure perso. §. jus autem gentium, instit. de jure nat. sed quia capti bello trucidari solebant, ideo ob vitandum facinus caedis tristissimum, servitus captivorum jure gentium permissa fuit, grande quidem malum ob grandius tamen malum vitandum toleratum est. §. servi. 1. inst. de jure perso. quanvis aliter homo extra commertium esse videri deberet, non secus quam res sacra aut religiosa ut §. 1. inst. de inut. stipu. l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verb. oblig. sed quod homo aut populus alteri subsit ratione ditionis, imperii, aut jurisdictionis speciem imaginemque quandam servitutis (argumento l. quis sit fugitivus, ff. de aedil. edict. in §. pen. vel fin.) prae
14. se fert arg. l. in suis. ff. de libe. & posthu. † sicque quotidie videmus ut hanc jurisdictionem (reservata etiam suprema jurisdictione ac excepta) Hispaniarum populi non pauci pretio
15. ingenti redimant a potentissimis Principibus nostris, † & in l. 4. tit. 24. par. 4. dicitur ut pro principe suo quisque teneatur mortem, si opus fuerit, oppetere, ergo hujusmodi res non longe abest a servitute & ibi not. per Gregorium Lupum, & per eund. ead. part. tit. 21. in l. 5. facit per totum, ff. ad Syllani. & l. pe. C. quib. ut indig. Ergo populi, aut cives, seu homines, qui se subducere voluerunt id jure fecisse videbuntur, quandiu non vi ad imperium retrahuntur aut sub imperio rediguntur, id quod agnosco non temere admittendum in hominibus singularibus, ac privatis, sed tantum in populis, nam si populus vi subactus fuerit, vi quoque se

el dar muerte a los cautivos de guerra, se permitió en el derecho de gentes la esclavitud de los cautivos para evitar aquellas funestas muertes; mal ciertamente grande el de la esclavitud, pero que se permitió para evitar un mal mayor (1). Si bien de otro modo el hombre debería considerarse exento de comercio al igual que las cosas sagradas y religiosas (2). Pero el que los hombres o pueblos estén sometidos a otro en 14.
razón de señorío, imperio o jurisdicción, no deja de ofrecer cierta apariencia y especie de esclavitud (3), y así vemos a diario, cómo no pocos pueblos de las Españas rescatan, por considerable precio, de manos de nuestros poderosos príncipes, esta jurisdicción (si bien reteniendo y exceptuando la jurisdicción suprema). Y en la ley 4.ª, título 24, parte 4.ª se dice, que cada uno está obligado a arrostrar la muerte, si fuera preciso, por su príncipe, luego semejante estado dista muy poco de la esclavitud, conforme lo nota en tal lugar Gregorio Lupo (4). Luego los pueblos, ciudadanos u hom- 15.
bres que quisieron libertarse, se considerará que lo hicieron con todo derecho, cuando no son reducidos por la fuerza a aquel poderío o bajo él retenidos. Lo que reconozco, sin embargo, que no se ha de admitir temerariamente, tratándose de individuos aislados o de particulares, sino sólo tratándose de pueblos. Porque si por la violencia había sido sometido un pueblo, podrá también por la violencia libertarse; y si se sometió por su espontáneo consentimiento, podrá también libertarse gratis por contrario propósito, según arriba hemos expuesto. Pero si permaneció bajo tal señorío por tiempo inmemorial, sin que nos conste cuál fué el comienzo, como después de tal trascurso de tiempo se presuma haber intervenido las causas y títulos más justos y poderosos (5), como hemos dicho en otro lugar, en tal caso entenderemos que

(1) Conforme al §. *servi*, Instituta, *de jure personarum*.

(2) Según el §. 1 de la Instituta *de inut. stipulat.* y la ley *inter stipulantem*, §. *sacram*, Digesto, *de verb. obligat.*

(3) Como aparece por la ley *quis sit fugitivus*, Digesto, *de aedil. edicto*, §. penúlt. o final, y la ley *in suis*, Digesto, *de liberis et posthum*.

(4) Como también al comentar la ley 5.ª, tít. 21 de la misma parte 4.ª. Lo mismo prueba todo el tit. del Digesto *ad Syllani* y la ley penúlt. del Código, tít. *quibus ut indignis*.

(5) Conforme a la ley 1.ª, §. *aquae ductus*, Digesto, tít. *de aqua quot. et aestiva*.

eripere poterit, si concessione spontanea se subegit, gratis tamen, contraria quoque destinatione se subducere poterit, ut supra. At si tempore immemoriali sub tali imperio permansit, nec apparet de initio, cum post tale tempus fingatur interfuisse causarum omnium ac titulorum is eave, quae omnium justissima sit ac firmissima l. 1. §. aquae ductus, ff. de aqua quoti. & aestiva. & diximus alibi, certe tale imperium concessione, eaque non gratuita, sed onerosa quaesitum fuisse intelligemus, sicque minime licebit pedem referre subjectionemque recusare aut jus principis injuria laedere, contra l. justitia, ff. de just. & jure. §. juris praecepta, inst.
16. eod. nam † & homo liber qui se vendiderit non poterit unquam invito domino se a servitute eripere, nec si ad hostes transfugerit, sui juris jure factus videbitur, sicque in tali sermone habebit locum d. §. item ea. inst. de rerum divi.

Itaque licet non abnegemus, quin fera quae serva erat (sive captivitate, quia eam cepimus, sive nativitate, quia ex alia fera capta domi enixa, & similiter capta & custodita fuit) cum primum a nobis evaserit sui juris aut laxitatis fiat, l. 3. l. naturalem, in prin. ff. de acq. rerum dominio, idemque & in servis sive captivitate servi fiant ut d. §. item ea, sive etiam servi nascantur, ut ibid. & d. l. 3. & d. l. naturalem, arguendo de servitute ferarum ad servitutem servorum, tamen si servi facti fuerint non captivitate, non quoque nativitate, & sic praeter voluntatem aut factum suum, sed servi sint facti & sponte sua, & non gratis, sed pretio, cessat ratio illorum jurium & succedit regula d. §. juris praecepta, & d. l. justitia, & quia quae ab initio sunt voluntatis ex post facto sunt necessitatis l. sicut ab initio, ff. de act. & oblig. l. sicut major, C. de rep. haere. & quia quae ab initio fiunt spontanea voluntate, non tam auxilio digna sunt, quam reliqua,

aquel señorío fué adquirido por concesión no gratuita, sino onerosa, y por consiguiente de ningún modo será lícito volverse atrás, y rechazar aquella sumisión o perjudicar injustamente el derecho del príncipe, contra lo que dispone la ley *justitia* (1) y el §. *juris praecepta* de la Instituta *de justitia et jure*. Como tampoco podrá el hombre libre que 16.
se hubiera vendido a sí mismo, libertarse jamás de la esclavitud contra la voluntad del Señor, ni, aun cuando se refugiara entre los enemigos, se reputará hombre libre con justo título, y por consiguiente en tal supuesto tiene lugar la doctrina del citado §. *item ea* de la Instituta *de rerum divis.*

Por consiguiente, aunque no negamos que si una fiera sujeta a nosotros (o bien como cautiva por haberla nosotros cogido, o por nacimiento por haber nacido en nuestra casa de otra fiera también cautiva, siendo del mismo modo que su madre retenida y guardada en casa), no bien huyese de nosotros recobraría su natural libertad (2), lo mismo que sucede con los siervos, tanto cuando son siervos por haber sido hechos cautivos (3), como si lo son por nacimiento (4), arguyendo de la servidumbre de las fieras a la servidumbre de los siervos, sin embargo, si hubieran sido hechos siervos, no por cautividad ni por nacimiento, esto es, sin su voluntad y sin acto alguno suyo, sino que lo hubieran sido con su consentimiento y no gratis, sino por precio, cesa entonces la razón de tales leyes y tiene lugar la regla contenida en el citado §. *juris praecepta* y en la citada ley *justitia*, tanto porque lo que al principio es voluntario, con posterioridad al hecho es ya necesario (5), ya también porque las cosas que desde el principio proceden de espontáneo consentimiento, son menos dignas de auxilio que las demás (6), según consta por la ley *si filius qui patri* (7), y por la ley

(1) Del Digesto, tít. *de just. et jure*.

(2) Conforme a la ley 3.ª y a la ley *naturalem* en la introducción, ambas del Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio*.

(3) Según el citado §. *item ea*.

(4) Según el mismo §. *item ea*, y las leyes 3.ª y *naturalem* citadas.

(5) Según la ley *sicut ab initio*, Digesto, *de action. et obligat.* y la ley *sicut major*, Código, *de rept. haeredit.*

(6) Del Digesto, tít. *de vulgari* donde lo hace notar Socino al comentar dicha ley.

(7) Del Digesto *de vulgari*, donde así lo nota Socino.

arg. l. si filius qui patri, ubi not. per Socin. ff. de vulga. & arg. l. si fidejussor, §. si necessaria, ff. qui satisda. cog. ubi multa per Jason. & praesertim cum pretio non gratis fiunt argumen. l. 1. in §. 1. ff. si a parente quis fuerit manumi. de quo text. alibi diximus.

17. Denique licet si populus fuit sub principe per tempus immemoriale, fingatur ex justissima, & plenissima causa & titulo id contigisse, sicque pedem referre liberum non sit, tamen si rursus idem populus per tempus immemoriale contrario jure usus fuerit, ex justissima quoque causa id contigisse intelligemus, ut sic jam sui juris suaeque laxitatis esse intelligatur, nec amplius sub pristino imperio subjici, aut redigi possit d. §. ductus aquae, cum simi. Idque etiam quoad supremam jurisdictionem, licet jure regio contrarium forte obtineret, arg. l. fi. tit. de las praescrip. lib. 3. ord.

18. Sed & si tempore immemoriali populus sub principe & ejus majoribus fuerit, constet tamen initio vi & armis vel etiam spontanea voluntate, sed gratis non pretio, id imperium quaesitum fuisse, magis esse videtur magisque esset ut ei populo liberum sit a tali imperio recedere, arg. l. male agitur. C. de praesc. 30. annorum l. aquam, ff. quem servi. ami. l. fi. C. de acq. posses. quasi ea concessio sit ad libitum revocabilis, utpote facta ob utilitatem ipsius populi arg. d. l. stipulatio ista, §. inter certam, ff. de verb. obli. Sicque intelligo quod civitates Italiae quae non sunt sub Imperio, siquidem abhinc annos tot, ut eorum initii memoria non sit, ita fuerunt, indubitanter sui juris propriique dominii ac ditionis manebunt, ut nequeant sub imperio Romano redigi, quod si nondum praeteriit tempus immemoriale magis dubium, sed adhuc quandiu de facto se tueri ac defendere

si fidejussor (1), sobre todo cuando se hacen no gratis, sino por precio, como aparece por la ley 1.ª, §. 1.º del Digesto en el título *si a parente quis fuerit manumissus*, texto del que hemos tratado en otro lugar.

17. Finalmente, aunque si un pueblo estuvo por tiempo inmemorial bajo un príncipe, se presuma haber sucedido ésto con título y causa justísima y del todo perfecta y, por consiguiente, que no tiene libertad para volverse atrás, sin embargo, si de nuevo dicho pueblo hubiera disfrutado de contrario derecho por tiempo inmemorial, entenderemos también haber sucedido ésto con justísima causa, de suerte que se le considera ya señor de sí mismo y enteramente libre, sin que pueda en adelante ser sometido y reducido al antiguo poderío (2), y ésto aun tratándose de la suprema jurisdicción, aunque conforme al derecho real, tal vez prevalecería lo contrario (3).

18. Pero aun cuando un pueblo hubiera estado durante tiempo inmemorial sometido a un príncipe y a sus antepasados, con todo si nos consta que tal señorío se adquirió en un principio por la fuerza y las armas, o bien por espontáneo consentimiento del pueblo, pero gratis, no por precio alguno, parece ser más probable y más fundado el que tal pueblo tenga libertad para separarse de aquel señorío (4), como si aquella primera concesión fuera revocable a voluntad del pueblo puesto que fué hecha para utilidad del mismo (5). Por esto soy de parecer que aquellas ciudades de Italia que no están sometidas a poderío alguno, puesto que de este modo han estado constituidas desde hace tantos años que no existe memoria de su comienzo, que sin género de duda seguirán siendo señoras de sí mismas, con propio dominio y jurisdicción, de suerte que no puedan ser sometidas al Romano Imperio. Si no hubiera trascurrido aún tiempo inmemorial es ya mayor la duda, pero con todo mientras pudie-

(1) En el §. *si necessaria*, Digesto, tít. *qui satisdare cogantur*, donde Jasón expone copiosa doctrina.

(2) Según el §. *ductus aquae* con otros semejantes.

(3) Pruébalo la ley final, tít. de las prescripciones, lib. 3.º Ord.

(4) Como lo prueba la ley *male agitur* del Código, tít. *de praescrip. 30 annorum;* la ley *aquam*, Digesto, tít. *quem. servi. amittantur*, y la ley final del Código, tít. *de acquir. posses.*

(5) Pruébalo la ley *stipulatio ista*, §. *inter certam*, Digesto *de verb. obligat.*

potuerint, non injuria mihi fecisse videbuntur, si quidem constet & ab initio vi subactas fuisse, & quasi vi subactas sub imperio Romano aevum transegisse, nam tunc tempore immemoriali vel non quaeritur jus, vel si quaeratur erit tamen sui natura revocabile, ut quam primum populus ille subactus & veluti servus effectus potestatem domini evadere potuerit, suamque laxitatem recuperare, id jure fecisse videatur, arg. d. §. item ea, d. l. 3. d. l. naturalem, ff. de acq. rerum dominio l. nihil, ff. de capti. d. l. male agitur, cum simil. Nam

19. † & populi Christianorum a Mauris in Hispania subacti, & post annos 700 ab eis recuperati, ac vi erepti, nullus negabit quin jure recepti videantur, quanvis tempore immemoriali ab eis fuissent possessi non secus quam si brevi tempore ab eis possessi fuissent, argum. l. ex hoc jure, ubi per omnes, ff. de justi. & jur. §. bella. inst. de jure natu. §. item ea, insti. de rerum divi.

20. † Ergo cum civitas Lucensium in Italia pro libera se gerat, sed sponte sua & veluti hospitio quodam jure Romanorum non secus quam nos Hispani utatur, si quis proditionem contra talem civitatem machinatus fuerit, non dubium est quin reus sit laesae majestatis in primo capite, de quo in l. quisquis, C. ad legem Juli. majest. nam si illud primum illius legis caput locum habet etiam contra quid perpetrantes in eos qui sunt ad latus principis, quanto magis locum habebit contra perpetrantes in ipsum principem vel rempublicam: praesertim cum de jure gentium nulli unquam tam obediri ac venerari religiosissime teneamur praeter Deum quam reipublicae, ac deinde parentibus, l. veluti, ff. de just. & jure, quod intelligo non solum si jure, sed etiam si de facto ea civitas a Romanorum imperio subducta esset,

ran de hecho mantenerse libres y defenderse, consideraré que han procedido en justicia, siempre que conste, por una parte, haber sido en un principio sometidas por la fuerza, y por otra, que han permanecido durante ese tiempo bajo el Romano Imperio como sometidas por la fuerza; porque en este caso o no se adquiere derecho por el trascurso de tiempo inmemorial, o si se adquiere será por su naturaleza revocable, de suerte que tan pronto como aquel pueblo sojuzgado, y hecho en cierto modo siervo, pudiera libertarse de la potestad del señor y recobrar su libertad, se considera haberlo hecho con derecho. (1). Del mismo modo también, 19.
los pueblos cristianos sometidos en España por los moros, y libertados de su dominio y arrancados por la fuerza después de setecientos años, nadie negará que con todo derecho han sido recuperados, aun cuando hubieran estado en poder de los moros durante tiempo inmemorial, al igual que si hubieran estado durante reducido tiempo (2).

Así pues, como la ciudad de Luca en Italia, se conduzca 20.
como ciudad libre, si bien espontáneamente y como por una especie de hospitalidad disfrute del derecho del Romano Imperio, del mismo modo que nosotros los españoles, si alguno maquinare traición contra dicha ciudad, no cabe duda que se hace reo de lesa majestad contra la suprema cabeza, de lo que trata la ley *quisquis* (3). Porque si la introducción de dicha ley comprende también a los que maquinan contra los que ejercen funciones inmediatas al príncipe, ¿con cuánta mayor razón se aplicará a los que maquinan contra la persona misma del príncipe o contra el estado? Principalmente cuando conforme al derecho de gentes, a nadie, después de Dios, estamos jamás obligados a venerar y obedecer con más respeto, que a la república y a los padres (4). Lo que se refiere a dicha ciudad lo entiendo, no sólo si hubiera sido libertada del poderío del Romano Imperio con derecho, sino aun cuando lo hubiera sido de hecho, por las razones

(1) Pruébase por el citado §. *item ea;* por la ley 3.ª y *naturalem* del Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio;* por la ley *nihil,* Digesto *de captivis* y por la ley *male agitur.* con otras semejantes.

(2) Como se prueba por la ley *ex hoc jure,* Digesto, tít. *de justitia et jure* donde así lo afirman todos los comentaristas; por el §. *bella* de la Instituta *de jure naturae* y por el §. *item ea,* Instituta *de rerum divis.*

(3) Del Código. tít. *ad legem Iul. majestatis.*

(4) Conforme a la ley *veluti* del Digesto, tít. *de just. et jure.*

per rationes supra allegatas, & ita videntur tenere Salicetus in d. l. quisquis, & Ang. in tract. malefi. verb. (che hai tradito la tua patria) licet contrarium & male teneant Cyn. & Ang. in d. l. quisquis, quos refert & sequitur Socin. cons. 275. col. 2. lib. 2. pro nobis quod ait Horatius: pulchrum est & decorum pro patria mori.

21. † Ergo cum nostri potentissimi Hispaniarum reges Hispaniarum regiones, homines, populos a Maurorum Sarracenorumque imperio & ditione proprio suorumque civium sanguine effuso virtute bellica liberaverint, & per tempus cujus initii memoria non est supremae ditionis ac imperii jus reddiderint, Romano posthabito imperio, non dubium est quin id jure fecisse intelligantur, prout notatur in c. Adrianus. 63. distin. tex. Glo. & alii in c. & si necesse, de don. inter vir. & uxor. Lupus, num. 18. in rubr. de don. inter vir. & uxorem in praefa. Covarru. in cap. peccatum, par. 2. §. 9. ad fi. de regu. jur. lib. 6. Gregorius Lupus in l. 18. titu. 5. par. 1. per textum ibi, & tempore cujus initii, & c. hanc supremam potestatem Hispariarum reges quaesierunt, ut ex comnuni opinione resolvunt Balbus de praescrip. 2. par. 5. part. princ. q. 2. Corsetus de excel. regis. q. 104. Felin. in ca. cum non liceat, de praescr. Covar. ubi supra, Castaldus de imperatore, q. 54. sed nos advertimus quod etiamsi tempus immemoriale non praeteriisset, & etiam si ea justa causa quod a Mauris virtute bellica hanc regionem reges nostri liberassent, cessasset, adhuc de facto licuit se a Romano imperio subducere, cum constet Romanum imperium orbem vi & armis subjugasse ac subegisse, non autem concessione onerosa tale imperium quaesisse ut patet ex superioribus, vide controversiarum illustrium lib. 1. c. 1. & c. 20. 21. 22.

arriba aducidas; y tal parece ser el sentir de Salicet (1) y de Ang. (2), aunque sean de parecer contrario, si bien con poco fundamento Cino y Angel (3), a quienes cita y sigue Socino. En nuestro apoyo están las palabras de Horacio, cuando dice: «Cosa dulce y gloriosa es morir por la patria».

21. Así pues, como nuestros poderosísimos reyes españoles, hayan libertado las regiones, hombres y pueblos de España, del poderío y jurisdicción de moros y sarracenos con el derramamiento de su propia sangre y de sus ciudadanos y al empuje de su valor guerrero, y como durante tiempo inmemorial hayan disfrutado del derecho de la suprema jurisdicción y poderío, haciendo caso omiso del Romano Imperio, no cabe la menor duda que debe considerarse haberlo hecho con derecho, según se hace notar en el capítulo *Adrianus* (4), y lo afirma Covarrubias (5) y Gregorio Lobo (6); y los reyes españoles adquirieron esta suprema potestad por el trascurso de tiempo inmemorial, según lo resuelven, basados en la común opinión, Balbo (7), Cors. (8), Felino (9), Covarrubias (10), Castaldo (11); pero nosotros hacemos constar que aunque no hubiera trascurrido tiempo inmemorial, y aunque no existiera aquella causa tan justa de haber libertado nuestros reyes con su valor guerrero esta región del poder de los moros, todavía les sería lícito el sustraerse al Romano Imperio, cuando nos consta que el Imperio Romano sometió y subyugó todo el orbe por la fuerza y las armas, y que no adquirió aquel poderío por concesión onerosa, según es manifiesto por lo arriba dicho. Puedes consultar sobre esto el libro 1.°, capítulo 1.° y el capítulo 20, 21 y 22 de la obra *Controversiarum illustrium.*

---

(1) Al comentar la ley *quisquis*, citada.

(2) En el tratado *de maleficio*, en las palabras «*che hai tradito la tua patria*».

(3) Al exponer la citada ley *quisquis*.

(4) Distinción 63, en el texto y en la glosa. Lo mismo notan otros autores en el cap. *etsi necesse, de donat. inter virum et uxorem*.

(5) En el cap. *peccatum*, part. 2.ª, §. 9, al final, *de reg. juris*, lib. 6.

(6) En la introducción *in rubr. de donat. inter virum et uxorem*, núm. 18, y al comentar la ley 18, tít. 5, part. 1.ª en el texto.

(7) *De praescript.* en la 2.ª parte de la parte 5.ª principal, cuest. 2.ª

(8) *De excellentia regis*, cuestión 104.

(9) En el cap. *cum non liceat*.

(10) *Ubi supra*.

(11) *De imperatore*, cuestión 53.

CAPVT LXXXIII

SUMMAE

1. *Annuae praestationes an inducant obligationem in futurum, ardua quaestio.*
2. *Donandi causa praesumitur, quando alia non apparet, cum communi.*
3. *Intell. l. 2. §. circa, ff. de doli excep. & nu. 9. contra Doctores.*
4. *Intell. l. cum de in rem, ff. de usuris, & nu. 8. contra Doctores.*
5. *Datum simpliciter an donatum videatur, cum communi.*
6. *Datum simpliciter donatum videri potest si adest aliqua conjectura donationis, cum communi.*
7. *Dandi causa expressa in praecedentibus dationibus videtur repetita in sequentibus.*
10. *Diutinae praestationes uniformes annuae dicies geminatae, & quasi ex debito non quasi ex gratia factae, faciunt praesumi non tantum debitum fuisse in praeteritum sed etiam tantundem deberi in futurum, contra plures Doc.*
11. *Annuae praestationes geminatae decies si uniformes sunt ex debito non ex gratia factae praesumuntur, contra plures.*
12. *Geminata confessio extrajudicialis nocet.*
13. *Geminatae confessioni etiam in tormentis exactae statur.*
14. *Geminata confessio excludit exceptionem non num. pecuniae.*

CAPÍTULO LXXXIII

SUMARIO

Las prestaciones anuales, ¿causan obligación de pagarlas en lo futuro? Cuestión ardua. 1.

Cuando no aparece otra causa en las prestaciones se presume título de donación; con la común opinión. 2.

Sentido de la ley 2.ª, §. *circa*, Digesto, título *de doli excepfione;* de la que trata también el número 9; contra algunos doctores. 3.

Sentido de la ley *cum de in rem*, Digesto, título *de usuris*, de la que trata también el número 8. 4.

Lo que simplemente se da, ¿se ha de considerar donación?; con la opinión común. 5.

Lo que simplemente se da, puede considerarse donado, si existe alguna conjetura de donación; con la opinión común. 6.

La causa por la que se da, expresada en las anteriores tributaciones, se considera repetida en las siguientes. 7.

Las prolongadas tributaciones anuales uniformes, diez veces repetidas como a título de deuda y no de mera liberalidad, hacen que se presuma no sólo haber existido tal deuda en lo pasado, sino que se debe igual cantidad en lo futuro; contra muchos doctores. 10.

Las tributaciones anuales repetidas diez veces, si son uniformes, se presumen hechas a título de deuda, no de liberalidad; contra mucho doctores. 11.

La confesión extrajudicial repetida causa perjuicio. 12.

Se da crédito a la confesión repetida, aun arrancada en los tormentos. 13.

La confesión repetida excluye la excepción de «dinero no contado». 14.

15. *Geminata jussio idem operatur quod proprius principis motus.*

16. *Vasalli si dominis suis decem praestationes uniformes annuatim ex certa causa obligatoria, etiam in futurum faciunt, tenebuntur etiam in futurum tantundem praestare, nisi probent eam causam veram non esse, cum communi contra Cynum.*

17. *Vasalli in casu superiore possunt probare eam causam non esse veram cum communi.*

18. *Vasalli post annos etiam 30. quibus quid annuum & uniforme quasi ex debito quid dominis suis praestiterant, an ad probandum causam illam non esse veram admittantur.*

19. *Tempus an habeat vim inductivam in praestationibus temporis cujus initii memoria non sit.*

20. *Tempus immemoriale in annuis praestationibus habet vim inductivam, cum communi.*

21. *Vasalli quod longo vel longissimo tempore uniformiter praestiterunt dominis suis an & in posterum tantundem praestare teneantur, anceps pugna.*

22. *Praescriptio ordinaria non cessat propterea quod sit praesumptio juris contra possidentem.*

23. *Praescriptio temporis immemorialis consuetudo est, non praescriptio.*

24. *Intell. l. nullo. C. de rei vend.*

25. *Titulus praesumitur in praescriptione vel quasi possessione quae nititur in facto vel factis adversarii, licet non praesumeretur, si niteretur in non facto ipsius, nova declaratio.*

26. *Servitutem discontinuam res inanimata non praescribit, nisi tempore immemoriali, homo autem breviore tempore praescriberet.*

Un mandato repetido es de igual fuerza que el *motu propio* del príncipe. 15.

Los vasallos si anualmente pagaron a sus señores por diez años tributos uniformes en virtud de una causa determinada y obligatoria aun en lo futuro, estarán también obligados a pagar en adelante la misma cantidad, a no ser que prueben no ser verdadera aquella causa; con la común opinión en contra de Cino. 16.

Los vasallos en el caso dicho pueden probar que aquella causa no era verdadera; con la opinión común. 17.

Después de trascurridos treinta años, durante los cuales los vasallos tributaron cierta cantidad anual uniforme a sus señores, ¿serán admitidos a probar que aquella causa no era verdadera? 18.

¿Tiene el tiempo fuerza para crear una obligación tratándose de tributaciones inmemoriales? 19.

Tratándose de réditos anuales el tiempo inmemorial puede crear una obligación; con la opinión común. 20.

Los vasallos que durante largo o larguísimo tiempo pagaron tributo uniforme a sus señores, ¿están obligados a pagar lo mismo en lo futuro? Cuestión muy debatida. 21.

No se interrumpe la prescripción ordinaria porque exista presunción de derecho contra el poseedor. 22.

La prescripción de tiempo inmemorial, es costumbre, no es prescripción. 23.

Sentido de la ley *nullo* del Código, título *de reivindicatione*. 24.

En la prescripción o causi-posesión que se funda en acto o actos del adversario se presume título, aun cuando no se presumiría si se fundase en omisión de actos del mismo; nueva exposición. 25.

Las cosas inanimadas no consiguen la prescripción de una servidumbre discontinua, sino por el trascurso de tiempo inmemorial; si bien el hombre conseguiría la prescripción en tiempo más corto. 26.

27. *Vasalli si dominis suis longo vel longissimo tempore annuum quid dominis suis uniformiter praestiterunt, an ex titulo per eum allegato an vero ex tyrannide praestitum ac exactum praesumatur ingens quaestio.*

28. *Vasalli ut noceant sibi in futurum cum quid annuum dominis suis praestabant, oportet solutiones factas fuisse ex causa certa, expressa, legitima & in futurum obligatoria, secundum communem opinionem de cujus veritate discutit.*

29. *Annuae praestationes, cum ut in futurum quoque fiant, tempore acquiritur ac inducitur, an id contingat praescriptione, an consuetudine, an alia ratione, ardua pugna.*

30. *Titulus in consuetudine non requiritur cum communi.*

31. *Praescriptio & consuetudo differunt.*

32. *Annuarum praestationum praescriptio diversis regulis nititur quam rerum corporalium, nova declaratio.*

33. *Probationum species nulla est quae necessario concludat, sed tantum contingenter.*

34. *Annuarum praestationum praescriptio quae 30. vel 40. annis contingit non enervatur, licet probetur causam obligatoriam nunquam interfuisse, cum Covar. contra multos.*

35. *Immemorialis temporis acquisitio non admittit probationem in contrarium etiam per confessionem, contra Aymo, & alios.*

36. *Jurisdictio ut praescribatur.*

37. *Intellect. l. fi. tit. de las prescrip. lib. 5. ord.*

38. *Praescriptio forenses collectandi breviore tempore quam immemoriali contingit cum multis contra multos.*

39. *Praestationum annuarum liberatio breviore tempore, quam immemoriali contingit, cum Aymone contra plures.*

Si los vasallos pagaron a sus señores por largo o larguísimo tiempo una cantidad uniforme, ¿se ha de presumir que lo hicieron por el título que alega el señor, o más bien que ha sido pagado y exigido tiránicamente? Cuestión importantísima. 27.

Para que los vasallos se perjudiquen a sí mismos en lo futuro al pagar a sus señores cierto tributo anual uniforme, es preciso que dichas tributaciones se hayan hecho por causa expresa, determinada, legítima y obligatoria en lo futuro, conforme a la común opinión cuya verdad se discute en este lugar. 28.

Cuando por el trascurso de tiempo se adquiere y consigue el que tales tributaciones deban hacerse también en lo futuro, ¿es ésto debido a la prescripción o a la costumbre o más bien a otra causa? Cuestión muy debatida. 29.

En la adquisición por la costumbre no se requiere título; con la común opinión. 30.

La prescripción y la costumbre se diferencian entre sí. 31.

La prescripción de las tributaciones anuales tiene lugar, según reglas diversas, a las de la prescripción de cosas corporales; nueva declaración. 32.

No hay especie alguna de prueba que concluya necesariamente, sino sólo conjeturalmente. 33.

La prescripción de las prestaciones anuales que tiene lugar por el trascurso de treinta o de cuarenta años no se anula aun cuando se pruebe no haber existido nunca causa obligatoria de las mismas; con Covarrubias contra muchos autores. 34.

La adquisición en virtud de tiempo inmemorial no admite prueba en contra, aun cuando interviniera la confesión del propio interesado; contra Aymón y otros autores. 35.

¿Cómo se consigue la prescripción de la jurisdicción? 36.

Sentido de la ley final, título *de las prescripciones*, libro 5.°, Ordenamientos. 37.

La prescripción de percibir impuestos forenses tiene lugar en tiempo más corto que el inmemorial; con muchos autores contra otros muchos. 38.

Para quedar libres de las tributaciones anuales no se precisa tiempo inmemorial, es suficiente tiempo más corto. 39.

40. *Tituli allegatio ad praescribendam servitutem discontinuam nihil juvat, cum communi contra Accursium.*

41. *Pascendi jus, quod tempore ordinario praescribatur, contra communem.*

42. *Intellectus, c. 1. de praescrip. lib. 6.*

1. ANNUAE praestationes † si & uniformes sint & fiant ex causa expressa singulis annis totius decennii inducunt obligationem, ut in futurum tantundem singulis annis praestetur, haec est communis opinio secundum Covar. in capit. possessor, de reg. jur. par. 2. §. 4. num. 2. Bart. & Salicetus, colum. 3. in l. cum de in rem verso, ff. de usur. per text. ibi Bald. colum. 2. Salic. col. fin. Alex. colum. 3. ubi Jas. & Dec. & Riminaldus, col. antep. cum seq. in l. si certis annis. C. de pact. Alex. consi. 103. Idem consi. 108. lib. 2. Molineus de contractibus, q. 20. Glo. communiter approbata in d. l. si certis annis, Glo. etiam communiter ibi approbata in d. l. cum de in rem verso, Glo. communiter ibi approbata in l. creditor. C. de usur. Glo. in l. operis non impositis, ff. de operis liber. dum se remittit ad ea quae dixit in d. l. si certis, & in d. l. cum de in rem, Balb. de praescr. 1. par. 3. par. prin. q. 10.

Sed ego adverto isthaec non sufficere ut inducatur obligatio in futurum, nisi praeterea eae praestationes fierent ex causa onerosa vel obligatoria, ita probat d. l. creditor, in verbo ex consensu d. l. operis, verb. ex voluntate sua: etenim qui donat non se obligat ad amplius donandum in futurum, ut dd. ll. & hanc esse communem opinionem alibi ostendimus post Riminal. & Jas. in d. l. si certis, quinimo quod ex causa onerosa & obligatoria fierent, nisi etiam esset

La alegación de título para prescribir una servidumbre discontinua, nada aprovecha; con la opinión común contra Acursio. 40.

El derecho de apacentar se prescribe por el trascurso de tiempo ordinario; contra la común opinión. 41.

Sentido del capítulo 1.° *de prescriptione*, libro 6.° 42.

Las prestaciones anuales si son uniformes por un lado, y por otro, se satisfacen por expresa causa cada año durante un período de diez años sin interrupción, producen la obligación de satisfacer en lo futuro anualmente la misma cantidad. Es ésta una opinión común, según afirman Covarrubias (1), Bartolo (2), Decio y Riminaldo (3), Molin. (4), Alejandro (5) y las glosas de numerosas leyes (6), y, finalmente, Balbo (7). 1.

Pero yo hago constar que estas cosas no son suficientes para causar una obligación para el futuro, a no ser que dichas prestaciones se hicieran a título oneroso u obligatorio, como lo prueba la citada ley *creditor* en la palabra *ex consensu* (por su consentimiento), y la ley *operis* citada, en las palabras «por su voluntad»; porque quien hace una donación no se obliga por ello a hacer más donaciones en lo futuro, como consta por dichas leyes, y en otro lugar hemos ya demostrado, siguiendo el sentir de Riminaldo y Jasón (8), ser común esta opinión; más aún, no sería suficiente el que se pagaran por causa onerosa y obligatoria, a no ser que fuera obligatoria también en el futuro (9), pues de otro modo

(1) En el cap. *possessor, de reg. juris*, part. 2.ª, §. 4, núm. 2.

(2) Al comentar la ley *cum de in rem versor.*, colum. 3.ª, Digesto *de usuris*, donde expresan el mismo sentir Salic. col. final, Baldo, col. 2.ª, Alejandro, col. 3.ª y Jasón.

(3) Comentando la ley *si certis annis*, Código, tít. *de pactis*, colum. antep.

(4) *De contractibus*, cuest. 20.

(5) Dictamen 103 y 108, lib. 2.°

(6) Tales son: la glosa de la ley *si certis annis*, la glosa de la ley *cum de in rem verso*, y la de la ley *creditor* del Código, tít. *de usuris*, las tres comúnmente admitidas; la glosa de la ley *operis non impositis*, Digesto, tít. *de operis libert.* al remitirnos a lo que expuso en las dos leyes *si certis* y *cum de in rem*.

(7) *De praescript.* en la 1.ª parte de la 3.ª parte princ., cuest. 10.ª

(8) Al comentar estos autores la ley *si certis annis*.

(9) Según dichas leyes.

obligatoria in futurum, ut dd. ll. aliter enim solutione sublata esset obligatio, ut in princ. instit. quib. mod. toll. obli. Cujus rei ratio (quam ab aliis animadversam non invenio) ea est, quod non solum qui donat, etiam saepius & uniformiter non videtur sese obligasse ad tantundem dandum in posterum, sed etiam si expressim id dixisset, adhuc non teneretur, quia olim donatio quae non incipiebat a traditione non erat approbata vel a lege ista vestita, ut ex pacto donationis daretur actio l. si quis, arg. C. de don. licet si inciperetur a traditione, repetitio denegaretur l. cujus per errorem, de reg. jur. ergo si dixi, promitto centum, non potero utiliter conveniri, quia non apparet causa debiti quae a lege approbetur, & vestiatur, & executioni mandetur, nec si donationem praesumas quicquam relevat cum steterimus in terminis solius conventionis. Idem puto si dicerem, promitto centum, quae tibi debeo, si non adjeci causam debiti, vel minus idoneam adjeci, ergo licet per solemnem stipulationem centum promisserim & si adjecerim quae tibi debeo, nihil agam, nisi causam debiti idoneam expresserim, quod nota ad notata in rubri. ff. de verbo. nec mutat quod solemnitas intrinseca praesumatur, nam cum dixi promitto centum quae debeo, non hic negatur stipulationis solemnitas, quae intrinseca est, sed legitimam solemnisve promittendi causam praecesisse, id negatur, quia extrinsecum est, haec probantur, in l. 2. §. circa, ff. de doli excep. olim enim omnes conventiones firmae erant inspecto jure gentium, quia nihil tam naturali aequitati conveniens intelligebatur, quam pacta servari l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de consti. pec. l. non minorem, C. de transact. §. per traditionem, inst. de rerum divi. l. conventionum, ff. de pact. sicque omnes ex aequo manu regia exaequebantur l. 2. ad princ. ff. de origine juris, hodie vero conventiones regulariter

al realizar el pago se extinguiría la obligación, como consta por la introducción de la Instituta *quibus modis tollitur obligatio*. La razón de esta afirmación (en la que no veo haya reparado autor alguno), es la siguiente, porque quien repite una donación uniforme por muchas veces, no sólo no se considera haberse obligado a hacer igual donación en lo futuro, sino que aun cuando él expresamente lo hubiera dicho, no estaría con todo obligado. Porque según el *derecho antiguo*, la donación que no había sido ejecutada no era reconocida o apoyada por la ley, de suerte que el simple pacto de donación diese derecho a una acción (1); aunque si había sido ejecutada, se denagaría la repetición (2). Así pues, si dije «prometo ciento», no podré ser demandado eficazmente, porque no consta causa del débito que sea aprobada por la ley o a la que se dé derecho de acción y a cuya ejecución obligue; ni aun cuando presumas ser una donación nada conseguirías, puesto que nos hemos mantenido dentro de los términos de un puro convenio. Lo mismo sostendría si dijese «te prometo ciento, que te debo», si es que no añadí la causa del débito, o al menos una causa idónea; luego aun cuando por medio de solemne estipulación te hubiera prometido ciento, y aun cuando hubiera añadido «que te debo», nada conseguirías, mientras no expresara una causa idónea de tal débito, lo que tendrás muy presente para entender lo expuesto sobre el título *de verborum oblig.* del Digesto. Ni cambia el aspecto de la cuestión, el que las formalidades intrínsecas se presuman; porque cuando dije «te prometo cien, que te debo», no negamos las formalidades de la estipulación, que son intrínsecas a la misma; lo que negamos es que haya precedido causa legítima para aquella promesa hecha con las formalidades legales, porque ésto es ya una cosa extrínseca, como lo prueba la ley 2.ª, §. *circa* del Digesto, título *de doli exceptione*. Porque primitivamente todos los convenios eran firmes, atendido el derecho de gentes, ya que nada se consideraba más conforme a la natural equidad, como el guardar los pactos, según consta por numerosas leyes (3), y por consiguiente a todos por un

(1) Según la ley *si quis argentum*, Código *de donatione*.

(2) Según la ley *cujus per errorem, de reg. juris*.

(3) Tales son: la ley 1.ª del Digesto, tít. *de pactis;* la ley 1.ª del Digesto en el tít. *de constituta pecunia;* la ley *non minorem*, Código *de transaction;* el §. *per*

non sunt efficaces ad agendum, sed tantum ad defendendum & excipiendum l. legitima l. juris gentium, in prin. & in §. sed cum nulla, & §. igitur nuda, ff. de pact.

Ideo si tibi centum promissi, sive per pactum nudum, sive per solemnem stipulationem, nec adjeci qua ex causa promittebam me daturum, utrum ex causa forte venditionis, vel conductionis, vel dotis, vel alterius similis, nulla causa praesumitur, cum nulla expressa sit, & causae interventus sit quid facti, quod non praesumitur nisi probetur l. si emancipati, ibi, teque emancipatum probatum fuerit, C. de collat. ubi notant Jas. & communiter alii l. si quis in bello.

2. §. factae, ff. de capti. † sed & si dixeris causam animumque donandi praesumi in promissione sive nuda, sive solemni, ut videtur esse communis opinio, quam tradunt Bart. in l. ita stipulatus, in magna, col. 12. ad pri. ff. de verb. oblig. Idem Bart. in l. 1. §. si stipulanti, eod. tit. Jas. in l. scire debemus, §. si a fure, col. 2. eod. tit. Bar. in l. Maevius, §. duobus, col. 6. ad fi. ff. de lega. 2. Bar. in l. 2. §. circa, ff. de doli excep. Paul. in l. generaliter, col. 3. in pr. & col. 5. C. de non nu. pec. l. campanus, in versi. cum sciret. de operis liber. l. si divortio, ff. de verb. obl. per Jas. in l. juris gentium, §. sed cun nulla, ff. de pact. nu. 28. adhuc quidem idem erit, quia jure fforum ex pacto nudo donationis agi non poterat, licet hodie possit l. si quis argentum, per totam, C. de dona. ergo in promissione sive nuda, sive solemni, sive dicas nullam causam praesumi, sive animum praesumi donandi, utroque casu cessabat civilis obligatio, etiam quoad praesentia & multo magis quoad futura, necesse est ergo ut causa praestationum seu dationum speciatim interfuerit, ut autem in ipsis praestationibus nuncupatim expressa sit, necesse non est, nam taciti & expressi par

igual se les imponía el cumplimiento al arbitrio del príncipe (1); hoy sin embargo, los pactos no dan generalmente derecho a una acción, sino sólamente dan lugar a un derecho de defensa y a una excepción (2).

Por consiguiente, si te prometí cien, o por nudo pacto o por solemne estipulación, sin añadir la causa por la que te daría esos cien, si era por causa de venta o de arrendamiento o de dote o de otras semejantes, en tal caso no habiéndose expresado causa alguna, no puede presumirse ninguna, ya que la existencia de causa es un hecho, y el hecho no se presume si no se prueba (3). Pero aun cuando alegaras, que 2.
tanto en la nuda promesa, como en la solemne se presume causa e intención de donar, según parece ser la común opinión que defienden Bartolo (4), Jasón (5) y Pablo [de Castro] (6), aún sostendríamos lo mismo, porque según el *derecho antiguo* el nudo pacto de donación no daba derecho a acción, aun cuando hoy sí (7); luego tanto en la nuda promesa, cuanto en la solemne, y lo mismo si dices que no se presume causa alguna, o bien que se presume intención de donar, en ambos casos cesaba la obligación civil aun en cuanto a las cosas presentes y con mucha mayor razón en cuanto a las futuras; es, pues, necesario que haya intervenido en particular causa concreta de tales prestaciones o tributaciones, aun cuando no es necesario que en las mis-

---

traditionem de la Instituta *de rerum divis.*; la ley *conventionum*, Digesto, tít. *de pactis*.

(1) Según la ley 2.ª del Digesto, tít. *de origine juris*, en la introducción.

(2) Según la ley *legitima*, y la ley *juris gentium* en la introducción en el §. *sed cum nulla* y en el §. *igitur nuda* del Digesto, tít. *de pactis*.

(3) Conforme a la ley *si emancipati* en las palabras «y se hubiera probado que habías sido emancipado», Código *de collatione*, donde así lo hacen notar Jasón y comúnmente los comentaristas. Lo mismo consta por la ley *si quis in bello*, §. *factae* del Digesto, tít. *de captivis*.

(4) Comentando la ley *ita stipulatus, in magna*, col. 12 al principio, Digesto, tít. *de verbor. obligatione;* la ley 1.ª, §. *si stipulati* del mismo título, la ley *Maevius*, §. *duobus*, col. 6.ª, al final, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 2, y la ley 2.ª, §. *circa*, Digesto, tít. *de doli exceptione*.

(5) Al comentar la ley *scire debemus*, §. *si a fure*, col. 2.ª, Digesto, tít. *de verb. obligatione* y la ley *juris gentium*, §. *sed cum nulla*, Digesto *de pactis*, núm. 28.

(6) Al comentar la ley *generaliter*, col. 5.ª, al princ. y colum. 5.ª, Código, tít. *de non numer. pecunia;* la ley *campanus*, vers. *cum sciret, de operis liber.* y la ley *si divortio*, Digesto, tít. *de verb. obligat.*

(7) Según la ley *si quis argentum*, en toda ella, Código *de donatione*.

virtus est, l. cum quid, ff. si cer. peta. l. cum ex filio, in princ. ff. de vulgar. l. licet Imperator, ff. de leg. 1. l. ita stipulatus, in mag. versic. Sabinus autem ex mente, ff. de verb. obliga. l. 3. C. de lib. praet. l. haeredes mei, §. cum ita, ff. ab Trebel.

3. † Unde si probatum fuerit, quod praestationes non tanquam ex gratia, sed tanquam ex debito fiebant, id sufficit ut non videantur esse lucrativae, & consequenter obligent etiam in futurum, quod si negetur subesse juxtam causam debiti, juxta d. l. 2. §. circa, ff. de doli exce. replicabimus sufficere quod in aliquibus earum praestationum, licet non etiam in omnibus ea causa certa (puta emptionis, aut emphyteusis, aut locationis perpetuae) expressa fuerit, quid enim si dominus concessit vasallis certis, vel populo cuidam suo seu suae ditionis certum fundum, vel agrum, vel hortum, vel aream, vel domum, vel vineam hac lege ut singulis annis in
4. perpetuum sibi certum quid exolverent † aut praestarent? aut quid si emit ab eis quendam censum perpetuum, deinde illi primo, & secundo anno id ex debito exque fide praestiterunt longo vel longissimo tempore, ita tamen (ut plerumque usu venit) quod primo forte, aut secundo anno in singulis praestationibus nominatim declaraverant se ex debito (non ex gratia solvere nuncupatim illius census, vel concessionis causam exprimentes), deinde tertio & quarto & etiam pluribus deinceps sequentibus annis tantundem & quasi debitum non quasi ex gratia praestabant, non tamen declarabant nominatim causam debiti in individuo, certe id non noceret, nam intelligo in omnibus annis uniformes esse debere praestationes, sed tamen necesse minime esse ut causa debiti in individuo, exprimatur in omnibus

mas prestaciones se exprese por su nombre, porque es igual el valor de lo tácito y de lo expreso, según consta por diversas leyes (1).

Por consiguiente, si se hubiera probado que tales prestaciones no se hacían como por liberalidad, sino más bien como por débito, es ésto suficiente para que no parezcan ser lucrativas, y por lo tanto obliguen también en lo futuro; y si se negara existir justa causa de débito, conforme a la ley 2.ª, §. *circa* del Digesto, título *de doli exceptione*, responderemos ser suficiente el que en algunas de dichas prestaciones, aun cuando no en todas, se haya expresado dicha causa cierta (como por ejemplo a causa de compra, o de enfiteusis, o de arrendamiento perpetuo). Porque ¿qué diríamos si un señor concedió a determinados vasallos suyos, o a un pueblo suyo o de su jurisdicción cierto fundo o un campo, un huerto, una era o una casa o viña, pero con la obligación de pagarle o tributarle cada año y para siempre una cantidad fija? ¿Qué diríamos si les compró cierto censo perpetuo, y después ellos durante el primero y segundo año le pagaron aquella cantidad anual a título de deuda y de fidelidad a lo pactado y después durante largo o larguísimo tiempo de este modo (cosa que suele suceder con gran frecuencia): que tal vez el primero o segundo año declararon expresamente en cada una de las prestaciones que las pagaban como deuda y no por mera liberalidad, expresando por su nombre la causa de aquel censo, o concesión, y después en el tercero y cuarto año, como también en otros muchos años posteriores, satisfacían aquella cantidad como un débito, no como una liberalidad gratuita, pero sin declarar expresamente y por su nombre particular la causa del débito? Ciertamente ésto en nada perjudicaría, y aunque juzgo que las prestaciones deben ser uniformes durante todos los años, sin embargo no es de ningún modo necesario el que cada año se exprese individualmente la causa del débito, siempre que alguna vez se haya expresado de ese modo. Y aun añado, que juzgo ser indiferente el que dicha causa se haya expresado o bien en los primeros

3.

4.

(1) Tales son: la ley *cum quid*, Digesto, tít. *si certum petatur;* la ley *cum ex filio*, en la introducción, Digesto, tít. *de vulgari;* la ley *licet Imperator*, Digesto *de legatis*, lib. 1; la ley *ita stipulatus*, en el versic. *Sabinus autem ex mente*, Digesto, *de verb. obligatione;* la ley 3.ª del Código, tít. *de liber. praeter.* y la ley *haeredes mei*, § *cum ita*, Digesto *ad Trebellianum*.

annis, si modo aliquando expressa fuit. Hoc amplius non puto referre utrum ad primos, an ad medios, an ad ultimos annos ea debiti causa expressa fuerit, alterutrum enim horum trium sufficeret; hoc etiam amplius si in quibusdam harum praestationum sive in primis, sive in mediis, sive in ultimis solutiones fieri ex certa causa debiti apparuit, licet in reliquis nulla causa expressa esset debiti, sed innominatim, ruditer ac simpliciter praestationes factas, ejusdem tamen quantitatis appareret, id quoque sufficeret, & opponentibus de dicto, §. circa, replicaretur de tacita confessione solventium semel ac pluries ex certa causa, & id probatur in d. l. cum de in rem, tam in primo, quam in secundo responso: nam licet longo tempore & sic decies geminas praestationes ad tale debitum in futurum praesumendum exigeret, tamen non exigit ut in singulis praestationibus causa debiti nominatim expressa esset, ergo si vasalli solventes primis annis expresserunt ita, damus centum quae ex causa census debemus, mediis forte annis dicebant, damus centum quae tibi debemus, non adjicientes ex causa census, sequentibus vero annis dicebant, ecce damus tibi centum solita, non adjicientes quae tibi debemus, id quidem sufficeret: nam ut praesumatur obligatio in futurum bene requiritur longum tempus, & decies geminae praestationes, d. l. cum de in rem, sed ut praestationes jam factae ex causa non improbata factae praesumantur, sicque cesset, d. §. circa, vel una praestatio sufficeret.

5. Denique nostra opinio verissima est, & necessaria, nam licet sint opiniones utrum datum in re dubia videatur donatum, vel non, nam quod donatum non videatur est communis opi. ut firmat Socin. in l. cum quid, nu. 29. versi. circa

años o en los medios o en los últimos, pues cualquiera de estas tres cosas sería suficiente. Y aun añado más, que si en algunas de estas prestaciones o de los primeros o de los medios o de los últimos años quedó de manifiesto que tales pagos se hacían por determinada causa de deuda, aun cuando en los restantes años no se expresara causa alguna de débito, sino que apareciera haberse hecho tales prestaciones sin expresar la causa, de un modo rudo y simple, pero siempre en la misma cantidad, sería también suficiente; y a los que nos objetaran con el citado §. *circa*, les contestaríamos con el tácito consentimiento de quienes una y muchas veces han pagado por causa determinada; lo que prueba la ley *cum de in rem* del Digesto, título *de usuris*, tanto en la primera como en la segunda respuesta, porque aun cuando dicha ley exige tiempo dilatado y por consiguiente el pago diez veces repetido de las usuras para la presunción de dicha deuda en lo futuro, pero no exige el que en cada uno de los pagos se hubiera hecho expresa mención de la causa del débito. Así pues, si los vasallos al pagar se expresaron los primeros años de este modo: «te damos cien que te debemos a título de censo», en los años siguientes decían por ejemplo, «te damos cien que te debemos», sin añadir ya «por causa de censo» y por fin en los restantes años decían solamente, «he aquí que te damos los cien acostumbrados», sin añadir «que te debemos», ésto sería también suficiente. Porque, para que la obligación se presuma en lo futuro, se exige ciertamente tiempo dilatado y el pago repetido durante diez años (1); pero para que los pagos ya efectuados se presuman hechos por causa no reprobada y por tanto para que no tenga lugar el citado §. *circa*, sería suficiente que costara ésto en un solo pago.

Finalmente, nuestra opinión es en absoluto verdadera y necesaria; porque aun cuando existan diversidad de pareceres sobre si en caso dudoso lo que se ha dado se ha de considerar donado, o no, ya que si bien es opinión común que no se ha de considerar como donación, según lo afirma Socino (2), siguiendo el sentir de Bartolo, de Alejandro y de 5.

(1) Según la citada ley *cum de in rem verso*.

(2) Al comentar la ley *cum quid*, núm. 29, vers. *circa quaestionem*, Digesto, tít. *si certum petatur;* lo mismo que expresa la glosa en dicha ley y Socino también en el dictamen 93, *circa primum*, lib. 1.

quaestionem, ff. si cer. peta. post Bar. Alex. & alios ibi, ubi etiam tangitur per Glo. & est communis opi. secundum Joan. Bap. in aerario communi verb. datio. Soci. consil. 93. circa
6. primum, lib. 1. † plures tamen tenent contrarium per l. cujus per errorem, ff. de regul. jur. l. 1. ff. de cond. indeb. tamen communis opi. est secundum Soci. in d. l. cum quid, n. 30. post Bar. & alios ibi, quod ubi est aliqua conjectura praesumetur donatio per d. l. 1. & dicta l. cujus, quod si quaeras quando videbitur subesse aliqua conjectura, respondet Bar. &
7. communiter Doct. ut tenet & testatur Soc. ubi sup. n. 33. † quod si causa in praeced. fuerat aliquando etiam semel tamen expressa ea et in sequenti vel sequentibus dationibus quae informiter fiunt, videtur vel inesse vel repetita: sic ergo & in specie nostra cum semel in primo, vel in aliquo anno expressum sit, solutionem factam fuisse ex certa, et formali causa, puta census, licet sequentes praestationes informiter, id est, nulla expressa causa factae fuerint, adhuc tamen ex eadem causa illae factae fuisse videntur, primum ne actus frustratorius praesumatur ac ociosus, contra, l. haec stipulatio, §. divus, ff. ut lega. no. ca, deinde ne inutilis videatur v. contra l. quoties, ff. de reb. dub. l. si quando in prin. cum Gl. C. de inof. test. l. si quando, ff. de leg. 1. l. quoties in stipulationibus, ff. de ver. obl. tertio, donatio praesumatur contra l. cum de indebi. ff. de prob. sicque cum causa illa quae semel expressa fuit esset obligatoria in futurum, reliquae quoque praestationes ex eadem causa in futurum obligatoria factae praesumuntur: sicque post long. tempus praesumitur revera interfuisse ea causa quae expressa fuit d. l. cum de in rem, praesertim cum propriae assertioni nemini adversari liceat, l. generaliter, C. de non nu. pec. unde unica etiam praestatio videbatur sufficere ut ibi. Nec obesset,

otros autores, lo mismo que defiende Juan Bautista que la llama opinión común (1), son muchos, sin embargo, los que 6.
defienden lo contrario, basados en la ley *cujus per errorem* (2), con todo según Socino (3) es opinión común que cuando existe alguna conjetura, se presumirá ser donación (4). Mas si preguntaras, que cuándo se presumirá darse alguna conjetura, te responderá Bartolo y comúnmente los doctores, según lo atestigua y defiende Socino *ubi supra*, número 33, que si en las anteriores donaciones se había expresado, aun cuando fuera una sola vez, la causa, esa misma causa se 7.
considerará intervenir y repetirse en la siguiente o siguientes donaciones que se hacían sin expresarla. Lo mismo, pues, en nuestro caso, cuando una vez se hizo constar en el primero o en alguno de los años siguientes, que aquel pago se había efectuado por determinada y expresa causa, por ejemplo, como censo, aun cuando los siguientes pagos se hubieran efectuado simplemente, ésto es, sin expresar causa concreta alguna, sin embargo éstos se consideran hechos por la misma causa; primeramente para no presumir un acto vano y ocioso (5); en segundo lugar para que no parezca inútil (6); tercero, para que no se presuma la donación contra la ley *cum de indebito* (7); por consiguiente, como aquella causa que una vez se expresó concretamente, fuera obligatoria para el futuro, se presume que los restantes pagos se han hecho también en virtud de aquella causa obligatoria en el futuro y por consiguiente después de dilatado tiempo se presume haber intervenido realmente aquella causa que una vez se hizo constar expresamente (8). Sobre todo, cuando a nadie le es lícito oponerse a la propia confesión del intere-

(1) *In aerario communi*, verb. *datio*.

(2) Digestio, tít *de regulis juris*, y en la ley 1.ª del Digesto en el tít. *de conditione indebiti*.

(3) Al comentar la citada ley *cum quid*, núm. 30, siguiendo a Bartolo y a otros autores.

(4) Basados en las citadas leyes 1.ª y *cujus*.

(5) Contra la ley *haec stipulatio*. §. *divus*. del Digesto, tít. *ut lega. no. cav.*

(6) Contra la ley *quoties*, Digesto *de rebus dubiis;* asimismo contra la ley *si quando* en la introducción y en la glosa, Código, tít. *de inoffic. testamento;* la ley *si quando, de legatis* del Digesto y la ley *quoties in stipulationibus*, Digesto *de verbor. obligat.*

(7) Del Digesto, tít. *de probationibus*.

(8) Según la citada ley *cum de in rem*.

d. l. 2. §. circa, ff. de doli excep. quia illud quando nulla causa expressa fuisset, nec etiam obesset de l. cum in rem vers. long. tempore, quia illud fuit contingenter non necessario, ut patet ibidem in secundo respon. ubi non exiguntur tot praestationes, nec longum tempus, & praeterea in utroque responso ac exemplis de quibus ibi, non apparet ullam causam solutionis expressam fuisse a solvente, nec sunt praesumendae cum sint facti, l. si emancipati, ibi tequae emancipatum probatum fuerit, C. de coll.

8. † Sicque tentari posse videtur, ut cum causa solutionis expressa fuit, quae in futurum obligatoria erat, sufficiat unica praestatio, ut etiam in futurum peti possit, cum propriae confessioni, & assertioni adversari nemini liceat, d. l. generaliter, cum autem nulla causa expressa esset, tunc longum tempus, & decies geminae praestationes exigerentur, ut d. l.
9. cum de in rem, † & ad d. §. circa, qui huic ultimo contradiceret, respondendum est, quod non procederet quando praeteriisset longum tempus, arg. l. si filiusfamilias, C. de pet. haer. & quae tradunt Bar. Ale. & Jas. in l. sciendum, ff. de ver. obl. nam post tantum tempus ea quae facti sunt etiam extrinseci praesumuntur, ut ibi, & praeterea d. §. circa, procedit, quando verbum tantum, non etiam res, aut traditio interfuit, nos autem quando etiam decies gemina rerum traditio interfuit, quod potest firmari ex multis a me congestis lib. de succ. crea. in §. 3. nu. 13. ubi plene de vi & potestate actus geminati & iis etiam quae de temporis diuturnitate diximus alibi. Quae nota, quia contrarium in utroque volunt communiter Doc. supra in prin. allegati.

10. Ergo † si singulis annis per longum tempus certam

sado (1), por lo que parecía suficiente aun una sola prestación, como en dicha ley. Ni ofrecería dificultad alguna la citada ley 2.ª en el §. *circa, de doli exceptione* del Digesto, porque se refiere al caso en que no se hubiera expresado causa alguna; ni tampoco sería obstáculo la ley *cum de in rem verso.* en las palabras «por largo tiempo», porque el que allí trascurriera largo tiempo fué eventual, no necesario, según lo pone de manifiesto allí mismo la respuesta segunda, en la que ni se exigen tan repetidos pagos, ni largo tiempo; además en las dos respuestas y casos que constan en dicha ley, no aparece que el pagador hubiera expresado causa alguna por la que pagaba, ni debe presumirse ya que se trata de cosas de hecho (2).

8. Por consiguiente, tal vez no fuera atrevido el defender que cuando se expresó tal causa de pago que era también obligatoria en lo futuro, sea suficiente el haberlo efectuado una sola vez para que pueda pedirse lo mismo en adelante, puesto que a nadie le es lícito oponerse a la propia afirmación y confesión del interesado (3). Mas cuando no se hubiera hecho constar causa alguna, entonces sería necesario el trascurso de largo tiempo y haberse satisfecho por diez veces el mismo pago (4); y al citado §. *circa*, que

9. parece oponerse a la última afirmación, responderíamos que no tiene lugar cuando hubiera pasado largo tiempo, como lo prueba la ley *si filiusfamilias* (5), y lo que exponen Bartolo, Alejandro y Jasón al comentar la ley *sciendum* (6). Porque en virtud de tan largo tiempo se presumen las cosas de hecho, y aun de hecho extrínseco, como en dicha ley, y además el citado §. *circa* tiene cumplimiento, cuando sólamente intervinieron palabras, pero no cosas, ni entrega de las mismas, y nosotros nos referimos a cuando tuvo lugar la entrega de cosas diez veces repetida, pudiéndose confirmar ésto mismo por las numerosas razones reunidas por nosotros en la obra *De succes. creatione*, §. 3,

(1) Conforme a la ley *generaliter* del Código, tít. *de non numer. pecunia.*

(2) Según la ley *si emancipati* del Código en las palabras «y se hubiera probado que habías sido emancipado».

(3) Según la citada ley *generaliter.*

(4) Conforme a la citada ley *cum de in rem verso.*

(5) Del Código, tít. *de petit. haered.*

(6) Del Digesto, tít. *de verbor. obligatione.*

quantitatem quasi debitam, non autem quasi dono datam praestasti, licet informiter, quia nunquam fuit expressum qua ex causa praestatio fieret, semper tamen fuerunt pares praestationes seu quantitates, teneo te in posterum ad tantundem dandum singulis annis obligatum videri, si ipse allegem ex causa obligatoria, puta venditionis aut census te solvisse, nisi tu probaveris contrarium, puta donationis ac benignitatis seu servitii gratiosi causa id fecisse, licet contrarium teneant Balb. in d. q. 10. & Covar. in c. possessor, §. 4. par. 2. num. 2. de reg. jur. lib. 6. & Molineus de contractibus, q. 20. hoc amplius cum donandi causa fieri datio informis nunquam praesumatur, secundum communem opi. supra relatam d. l. cum de indebito, nec mutui, aut depositi causa toties geminae praestationes praesertim paris quantitatis ac aequalis verosimile sit, causam debiti obligatoriam praecesisse magis praesumendum est, maxime cum a recipiente allegetur & concurrat diuturnitas temporis. Item decies geminae praestationes. Item generalitas, d. l. cum de in rem.

11. † Sicque ex his tribus causam obligatoriam praecessisse praesumam, nisi probetur contrarium, ut sic si apparet per longum tempus & per decies geminas praestationes datum, non tamen apparet utrum ex gratia an ex debito datum fuerit, ex debito datum praesumam, licet contrarium teneant Molineus, & Balb. & Covarru. ubi supra, & Riminal. in l. si certis annis, col. antepenul. cum seq. C. de pact. ubi Decius Jas. & alii moti levissimo fundamento, s. quod tempus non sit modus inducendae obligationis, l. obligationum fere, §. placet, ff. de actio. & obliga. quod non ignoramus, sed hic praeter tempus longum interfuerunt decies geminae

número 13, donde tratamos con toda extensión acerca de la fuerza y poder del acto repetido; puede también aducirse lo que en otra parte hemos dicho sobre el poder del largo trascurso de tiempo. Lo que tendrás muy presente porque en ambos casos pretenden lo contrario los doctores citados arriba al comienzo del capítulo.

10. Así pues, si durante largo tiempo, pagaste anualmente una cierta cantidad, como debida y no como donación, aun cuando lo hicieras simplemente, sin haber jamás expresado la causa de dicho pago, pero siendo iguales todos los años las cantidades o prestaciones satisfechas, sostengo que en adelante pareces obligado a dar anualmente la misma cantidad, si alegando yo que lo habías pagado a título obligatorio, por ejemplo, de venta o de censo, tú no hubieras probado lo contrario, a saber, que lo habías hecho a título de donación o de liberalidad o de servicio graciosamente prestado, aun cuando sean de parecer contrario Balbo (1), Covarrubias (2) y Molineo (3). Tanto más cuanto que tratándose de donación nunca se presume que se haga la entrega sin expresar la causa, conforme a la común opinión arriba expuesta (4), y no siendo probable que a título de préstamo o de depósito se hagan tantas veces repetidas prestaciones, sobre todo de la misma cantidad todas ellas, más bien hemos de presumir que ha precedido causa de débito obligatoria, sobre todo cuando así lo alega el que recibe los pagos, y concurren además el largo tiempo, la repetición de dicho pago por diez veces y el sentido general de la ley *cum de in rem verso*.

11. Por consiguiente, por estos tres motivos presumiré yo haber precedido causa obligatoria a no ser que se pruebe lo contrario, de suerte que si consta que durante largo tiempo y por diez veces se han repetido las mismas prestaciones, sin que aparezca si ésto se hizo por mera liberalidad o a título de débito, yo presumiré haber sido dado como débito, aun cuando defiendan lo contrario Molineo, Balbo y Covarrubias, en el lugar arriba citado y Riminaldo al comentar la ley *si certis annis* (5), donde Decio, Jasón y otros autores expo-

(1) En la citada cuestión 10.ª
(2) En el cap. *possessor*, §. 4, part. 2.ª, núm. 2, *de reg. juris*, lib. 6.
(3) *De contractibus*, cuest. 20.
(4) Basados en la citada ley *cum de indebito*.
(5) En la colum. antepenúl., Código, tít. *de pactis*.

praestationes uniformes, sicque decies geminae tacitae rei debitae confessiones, cum ex gratia datum nunquam praesumatur, dict. l. cum de indebito, nec error sit praesumendus nisi probetur ut in l. unica, C. de errore calculi, & qui solvit si dicit se per errorem solvisse post dies triginta probandi erroris onus sustineat, l. in contractibus, §. super certis, C. de non numera. pecunia, facit d. l. in contractibus, in princip. & institu. de literarum obliga. in princ. teneo ergo, quod datum singulis annis per longum tempus in posterum quoque debitum intelligetur: primum quando in omnibus praestationibus causa obligatoria, & specifica fuit expressa. Secundo etiam si non in omnibus, sed in quibusdam tantum talis causa fuit expressa. Tertio idem etiam si in nulla omnino earum praestationum causa specifica fuit expressa, sed tantum informiter dictum, quod dabatur debitum. Quarto idem etiamsi nec causa specifica fuit expressa, nec dictum quod debitum solvebatur, sed simpliciter datum fuit, quod ultimum non firmo.

12. † Pro nobis facit, quia licet confessio extrajudicialis non praejudicet, ut est notum, etiamsi fiat in judicio dum tamen non in figura judicii, puta coram tabellione, ut est. Gloss. sing. in l. jubemus C. de liber. causa & l. interrogatam, eo. ti. tamen si sit geminata confessio extrajudicialis bene praejudicat, secundum Bar. in l. cum scimus, C. de agri. & cens. lib. 11. notatur in apost. ad Bar. in l. capite quinto, ff. de adul. ubi hoc sentit Glo. & est communis sententia. Facit

13. † etiam quod licet concessioni in tormentis non stetur sine perseveratione, l. 1. §. divus cum ibi nota. ff. de quaestionibus cum simil. si tamen praecedat una confessio extrajudicialis, tunc confessioni secundae in judicio statur, etiam sine

nen el mismo sentir fundados en un argumento de tan poco peso, como es, el que el tiempo no es modo apto para producir obligación (1), cosa que no ignoramos nosotros, pero en este caso además del largo tiempo intervinieron diez veces los mismos pagos uniformes, y por tanto la confesión tácita de aquel débito diez veces repetida, ya que nunca se presume que lo que se da lo sea por pura liberalidad (2); ni tampoco se ha de presumir error, si no se prueba (3), y además que quien pagó algo, si dice haberlo pagado erróneamente, debe tomar sobre sí el probar el error dentro del plazo de treinta días (4). Sostengo pues, que la cantidad que se ha dado anualmente durante largo tiempo, se considerará también debida en lo futuro: primeramente, en el caso en que en todos los pagos se hubiera expresado una causa obligatoria y determinada; en segundo lugar, aun cuando esta causa se hubiera expresado no en todos, sino sólo en algunos de dichos pagos; tercero, lo mismo sostengo aun cuando absolutamente en ningún pago se hubiera expresado ninguna causa determinada, sino que sólo se hubiera dicho de un modo impreciso, que se daba lo debido. En cuarto lugar lo mismo, aun cuando ni se hubiera expresado causa alguna determinada, ni añadido que se pagaba lo debido, sino sencillamente se satisfacía dicha cantidad; esto último, sin embargo, no lo sostengo.

12. Corrobora nuestra opinión el que si bien la confesión extrajudicial no causa perjuicio, según es manifiesto, aun cuando se haga en juicio, siempre que no sea en forma de juicio, por ejemplo, delante de un escribano, según consta por la notable glosa de la ley *jubemus* (5), y por la ley *interrogatam* (6), sin embargo, cuando la confesión extrajudicial es reiterada, muy bien puede causar perjuicio según Bartolo (7), y se nota también en las apostillas al mismo

(1) Según consta por la ley *obligationum fere*, §. *placet*, Digesto, tít. *de action. et obligat.*

(2) Según la citada ley *cum de indebito*.

(3) Como consta por la ley única del tít. *de errore calculi* del Código.

(4) Según la ley *in contractibus*, §. *super certis*, del Código, tít. *de non numerata pecunia*. Apoyan nuestra opinión la citada ley *in contractibus* en la introducción y la introducción de la Instituta *de litterarum obligatione*.

(5) Del Código, tít. *de liberali causa*.

(6) También del Código en el mismo título.

(7) Al comentar la ley *cum scimus*. del Código. tít. *de agricol. et censitis*.

perseveratione propter geminationem, hoc vult Gloss. in d. l. capite quinto quae commendatur pro singulari ibi in apost.

14. ad Bar. Ad idem facit † quod licet confessio de mutuo non praejudicet, quominus possit opponi exceptio non num. pec. infra biennium, tamen si sit geminata confessio de debito, tunc non poterit opponi exceptio non num. pec. argu. ejus quod dixit Bar. in d. l. cum scimus, & in specie Panor. in c. si cautio, in fi. de fide instr. & vide ibi in apost. & est pro hoc Glo. sing. in l. in contractibus, §. 1. in ver. penitus, C. de non numerata pecunia.

Facit etiam † quod ait Bald. in d. l. neque damnosa,

15. scilicet, quod idem operatur secunda jussio, † & sic geminata, quod proprius principis motus, & illud dictum non est alibi, ut ibi in apost. ad Bald. de quo eleganter ibidem per Jas. ubi hoc limitat. Facit etiam, nam si princeps praecipiat aliquem decapitari, vel suspendi, & non appareat causa, debet judex supersedere, & suspendere per 30. dies, casus singularis in l. si vindicare, C. de poenis, cui concordat tex. in ca. cum apud. 11. q. 4. illud tamen est verum, nisi interveniret secunda jussio principis, c. si quando, ubi canon de rescrip. Barto. Vero. in cautela. 7. refert & sequitur Jas. in l. puniri, in fi. C. si contra jus, vel utili. publicam. Ad idem etiam facit, quia licet rescriptum fisco damnosum non valeat, l. neque damnosa, C. de precib. imper. offer. tamen si est geminatum rescriptum bene valet, ut probatur in auth. ut nulli judicum, §. & hoc vero jubemus, secundum Bald. in d. l. neque damnosa. Cum ergo geminatio, tot etiam summi praejudicii effectus operetur, tam in criminalibus, quam in civilibus, & etiam aliis innumeris quos enarravimus lib. 1. de succes. crea. §. 3. numero 12. cum plur. seq. quid mirum aut novum si in specie nostra decies geminae praestationes

autor al comentar éste la ley *capite quinto* del Digesto, título *de adultis*, donde así lo siente también la glosa y es opinión común.

Hace también al caso el que si bien no se da crédito a la confesión conseguida en el tormento, a no ser que luego se perseverare en ella (1), pero si precede una confesión extrajudicial, entonces se da crédito en juicio a esta segunda confesión, aun cuando luego no se persevere en ella, en virtud de la confesión repetida, según es el sentir de la glosa en la citada ley capítulo 5, que se presenta como notable en las apostillas a Bartolo. Prueba lo mismo el que si bien la confesión de un préstamo no causa perjuicio para poder oponer dentro del plazo de dos años la excepción «de dinero no contado», sin embargo, si la confesión de deuda se repite, entonces no podrá oponerse la excepción «de dinero no contado», como lo prueba lo que expuso Bartolo al comentar la ley *cum scimus*, y en especial el Panormitano (2). En apoyo de ésto existe también la notable glosa de la ley *in contractibus* (3). 13. 14.

Es también del caso lo que dice Baldo al comentar la ley *neque damnosa*, a saber, que igual efecto produce una segunda orden y por tanto repetida, que el *motu propio* del príncipe, cosa que en ninguna otra parte se ha dicho como allí en las apostillas a Bartolo; punto que trata notablemente Jasón en tal lugar, restringiendo la anterior afirmación. Prueba lo mismo el que si el príncipe ordenase decapitar o colgar a una persona y no apareciera causa, debe el juez sobreseer y suspender la ejecución durante treinta días, de lo que existe un caso particular en la ley *si vindicari* (4), doctrina verdadera siempre que no intervenga un segundo mandato del príncipe (5). Hace también al caso el que si bien no 15.

(1) Conforme a la ley 1.ª, §. *divus* del Digesto *de quaestionibus* con otras leyes semejantes.

(2) En el cap. *si cautio*, al final, *de fide instrum.* Vid. también las apostillas sobre el mismo lugar.

(3) En el §. 1.° en la palabra *penitus*, Código *de non numer. pecunia.*

(4) Del Código, tít. *de poenis*, con el que concuerda el texto del cap. *cum apud.* 11, cuest. 3.ª

(5) Según el cap. *si quando*, vid. canon, *de rescriptis*, Bartolomé Veron. en la cautela 6.ª, y que refiere y sigue Jasón al comentar la ley *puniri* al final, Código *si contra jus vel util. publicam.*

uniformes totidemque debiti tacitae confessiones hunc effectum operentur, ut debitum esset id quod praestabatur, id quod, quantum ad hoc, ut datum non repetatur, nisi errore probato, intelligo procedere in quatuor casib. Est primus, quando praestationes fuerunt factae omnes expressa causa, quae etiam in futurum obligatoria erat. Secundus, quando in quibusdam tantum praestationibus non etiam in omnibus id expressum fuit. Tertius, quando causa debiti speciatim expressa non fuit, sed tantum dictum, quod quasi debitum non quasi, ex gratia dabatur. Ultimus, quando nunquam expressum fuit, an ex debito, an vero ex gratia daretur. Sed quoad hoc, ut in posterum eaedem praestationes debeantur, idem intelligerem in duobus primis casib. non sic in quarto casu, in tertio cogita.

16. Denique † cum causa solutionis seu praestationum fuit expressa, quia singulis annis totius decennii solvens, se quod debebat ex causa forte census, dicebat praestare, tunc etiamsi solventes, & rustici essent & dominis suis ut vasalli solverent, ea causa vera praesumitur, ita Bar. in l. litibus, supr. alle. Idem in d. l. cum de in rem, colum. 3. Bal. col. pen. & Jas. nu. 14. in d. l. si certis annis, Ale. consil. 50. lib. 5. ad finem, Jas. in §. praejudiciales, nu. 56. insti. de action. Alex. consil. 124. col. 1. lib. 3. Paulus. Cast. consil. 51. col. fin. lib. 2. Carolus Molineus in consuetudi. Parisi. §. 7. nu. 17. Balb. ubi supra, q. 10. qui firmat hanc esse communem opi. quam tenet & communem dicit Covar. in d. §. 4. n. 2. Quae res licet contrarium teneat Cyn. in d. l. si certis annis, q. 5. nullam apud me dubitationem habet, nam cum causa debiti specifica nominatim in praestationibus expressa fuerit, rustici qui mentiri, aut simulare longe minus

es válido un rescripto perjudicial al fisco (1), sin embargo será válido si se trata de un rescripto repetido, según lo prueba la Nov. *ut nulli judicum* (2). Como, pues, la repetición produzca tantos efectos aun del mayor perjuicio, tanto en asuntos criminales como civiles, y en otros innumerables que dejamos referidos en el libro 1.° *de succes. creatione* (3), ¿qué hay, pues, de extraño o de nuevo, si en nuestro caso aquellas prestaciones uniformes diez veces repetidas e igual número de tácitas confesiones de deuda, producen el efecto de que se considere como debido, lo que se pagaba? Y en cuanto a que no pueda reclamarse lo dado, sino probado el error, entiendo que tiene lugar en cuatro casos: es el primero, cuando todos los pagos se hicieron expresando una causa que era también obligatoria en lo futuro; el segundo, cuando se expresó la causa sólo en algunos pagos, pero no en todos; el tercero, cuando no se expresó especialmente la causa del débito, sino que se dijo sólamente que se daba aquella cantidad como debida, no como pura liberalidad, y en último lugar, cuando no se hizo nunca constar si se daba por motivo de deuda o gratuitamente. Pero en cuanto a que dichos pagos deban hacerse como deuda en lo futuro, así lo admitiría en los dos primeros casos, pero no en el cuarto. En cuanto al tercero medita sobre él.

16. Finalmente, cuando se expresó la causa del pago o prestación, porque anualmente y durante diez años el que pagaba, afirmaba que satisfacía lo que debía en razón de censo, por ejemplo, en este caso aun cuando los que pagaban fueran rústicos, y lo hicieran como vasallos a sus señores, se presumiría verdadera aquella causa, así lo afirman Bartolo (4), Baldo (5), Alejandro (6), Jasón (7), Pablo de Castro (8), Carlos Molineo (9), Balbo que la llama

(1) Según la ley *neque damnosa* del Código, tít. *de precibus imper. offer.*

(2) En el §. *et hoc vero jubemus,* según Bartolo en la ley citada *neque damnosa.*

(3) En el §. 3.°, núm. 12 y siguientes.

(4) Al comentar la ley *litibus,* arriba citada, y la ley *cum de in rem,* colum. 3.ª

(5) En la colum. penúltima al comentar la ley *si certis annis* y Jasón en el núm. 14 al comentar la misma ley.

(6) Dictamen 50, lib. 5.°, al final y dictamen 124, colum. 1.ª, lib. 4.°

(7) En el §. *praejudiciales,* núm. 56, Instituta *de actionibus.*

(8) Dictamen 51, col. final, lib. 2.°

(9) *In consuetud. Parisi.* §. 7, núm. 17.

quam reliqui didicerunt, non poterunt videri fraudem fecisse, mentitamque solvendi causam expressisse, & praeterea id nominatim cautum est, in d. l. cum de in rem, quae cum generalis sit comprehendit omnes personas utqunque privilegiatas, & sic etiam rusticos, l. in fraudem, §. fi. ff. de mil. test. lex enim generaliter loquens, comprehendit personas etiam privilegiatas, si in ea re qua de agitur non reperiantur habere peculiare privilegium, ut ex communi opi. resolvimus de suc. crea. §. 8. n. 4. & etiam supra diximus, sed hi rustici hac in re non reperiuntur habere peculiare privilegium, ergo & ipsis nocet sua confessio, l. generaliter, C. de non numera. pec.

17. † Quod si per annos 30. tales uniformes fierent praestationes, causa obligatoria expressa, non dubium est, quin solventes ad tantundem in posterum solvendum teneantur, si ea causa allegetur ab ipso recipiente, nec ipsi probaverint errorem illius causae expresse, dicentes nunquam interfuisse,
18. licet per errorem fuerit expressa, † sed an admittantur ad probandum talem errorem? & quidem adversus decennii praestationes bene admittuntur, ut ex communi opi. resolvunt Cor. Dec. Jas. Rim. & alii communiter in d. l. si certis annis, ubi Cyn. q. 10. Alex. consi. 113. col. fi. lib. 1. Balb. in d.
19. q. 10. Pau. in d. l. si certis, Covar. ubi supra. † Sed adversus praestationes annorum 30. non admittuntur, quasi eo tempore omne jus praescribi, & possit & praescriptum videatur, juxta, l. sicut, l. omnes, l. cum notissim. C. de praescr. 30. ann. ita tenent in specie Moline. tam in d. q. 20. quam in d. §. 7. n. 22. & Covar. ubi supra, quorum opinio vera non est, saltem regulariter, nam si revera nulla interfuit causa obligatoria, & solventes errore lapsi

opinión común (1), al igual que Covarrubias que también la defiende (2). Doctrina, que aunque defienda lo contrario Cino, para mí no ofrece la menor duda; porque habiéndose hecho constar expresamente en cada prestación la causa concreta de débito, los rústicos, que mucho menos que los demás, saben mentir y fingir, no podrán considerarse que han obrado con fraude o que han expresado una causa falsa de sus pagos; además ésto está terminantemente prohibido en la citada ley *cum de in rem*, la que siendo general comprende a todas las personas por privilegiadas que sean, y por tanto también a los rústicos (3); porque la ley que habla en términos generales, comprende aun a las personas privilegiadas, si no consta que tienen particular privilegio en aquello de que se trata, conforme a la solución que damos, basados en la común opinión, en la obra *de suces. creatione*. § 1, número 4, y también según lo arriba expuesto; pero estos rústicos no consta que en este punto tengan privilegio especial, luego les causa también perjuicio su propia confesión (4).

17. Mas si durante treinta años se realizaron tales pagos uniformes, expresando una causa obligatoria, no cabe la menor duda de que los que los satisfacen estén obligados a pagar igual cantidad en lo futuro, si dicha causa fuera alegada por el que recibe dichas cantidades, y los otros no hubieran probado haber error en la causa alegada, sosteniendo que aquella causa nunca había existido, aunque por error se había expresado. Pero ¿serán admitidos a probar tal error?

18. Ciertamente son admitidos contra las prestaciones efectuadas durante un decenio, según lo resuelven, basados en la opinión común Corneo, Decio, Jasón, Riminaldo, y otros generalmente, al comentar la ley *si certis annis* (5). Pero no son admitidos contra las prestaciones efectuadas durante treinta años, como si en tal trascurso de tiempo pudiera no

19. sólo prescribirse todo derecho, sino que se considerara en efecto prescrito, conforme a las leyes *sicut*, *omnes* y *cum*

(1) *Ubi supra*, cuest. 10.
(2) En el citado §. 3.º, núm. 2.
(3) Conforme a la ley *in fraudem*, §. final, Digesto *de milit. testam.*
(4) Según la ley *generaliter*. del Código, tít. *de non num. pecunia.*
(5) Así lo expone también Cino, cuest. 10 sobre la ley *si certis annis*, Alejandro en el dictamen 115, colum. final, lib. 1; Balbo en la citada cuest. 10; Pablo en la citada ley *si certis* y Covarrubias *ubi supra*.

causam obligatoriam exprimebant, causamque falsam fuisse ipse accipiens non ignorabat, jam erat in mala fide, jam non posset etiam mille annis praescribere, juxta communem Docto. sententiam per tex. ibi in c. fi. de praescri. diximus, & nos alibi plenius in quaestionibus praece. sed istorum opi. vera esset, quando ipse quoque, qui solutiones recipiebat, esset in eodem errore in quo erant solventes, secundum quosdam; quod puto verum. Nam non solum quando centum mihi debebas pro una vice, si ea petere desii ann. 30. moritur actio, ut dd. ll. sed etiamsi ea centum mihi deberes non pro una vice, sed singulis annis praestanda in aeternum, si per 30. an. nihil recepissem, nec debitor cessans esset in mala fide, id jus praescriptum esset, non solum quoad fructus vel praestationes praeteritas, sed etiam quoad futuras, per generalitatem d. l. sicut, d. l. omnes, d. l. cum notissimi, & insti. de perp. & temp. in prin. ergo & per contrarium per tale tempus par jus adquiri, & praescribi posse videtur non solum quoad praeteritas praestationes, sed etiam quoad futuras, non tam quidem per decisionem dictarum legum, quam per eandem rationem, nisi neges parem esse rationem, cum favorabiliores simus liberationibus, quam obligationibus, l. Arrianus, ff. de action. & obligation. adhuc tamen puto hanc partem admittendam, quia facile pereunt probationes, unde & si re vera justa causa, & titulus interfuisse forte probari non posset post tantum tempus, fortiter tamen adversatur, l. obligationum fere, §. placet ff. de action. & obligation. ubi tempus non est modus tollendae, aut inducendae obligationis. Sed responderi potest, quod quemadmodum ea regula correcta fuit in altero membro, sicque hodie solum tempus est modus tollendae obligationis d. l. sicut d. l. omnes d. l. cum notissimi, d. princip. institu. de temp. action. ita quoad

notissimi del Código (1). Así lo defienden en especial Molineo (2) y Covarrubias (3), si bien la opinión de estos autores no es verdadera, al menos como regla general; porque si en realidad no intervino causa alguna obligatoria, aunque los que pagaban, llevados de error, la expresaran como obligatoria, no ignorando aquel a quien pagaban que dicha causa había sido falsa, este último estaría constituido en mala fe, y ya no podría conseguir la prescripción ni aun en mil años, conforme a la común opinión de los doctores (4), y según con más extensión lo hemos expuesto nosotros en las cuestiones precedentes. Aunque la opinión de dichos autores sería verdadera en el caso en que el mismo que recibía aquellas cantidades se hallase en el mismo error que los que pagaban; así opinan algunos, doctrina que juzgo verdadera.

Porque no sólamente cuando me debías cien, que debías pagarme una sola vez, se extingue el derecho de acción si por treinta años dejé de reclamarlos (5), sino también si me debías aquellos cien que debías pagar no una sola vez, sino todos los años y ésto por siempre, si durante treinta años nada hubiera recibido, ni se hallara en mala fe el que dejaba de ser mi deudor, habría prescrito mi derecho no sólo en cuanto a los frutos o prestaciones pasadas, sino también en cuanto a las futuras, por la generalidad con que se expresan las leyes *sicut*, *omnes* y *cum notissimi* citadas y la introducción de la Instituta *de perpetuis. et tempor. actionibus.* Luego por el contrario, parece que podrá adquirirse y prescribirse igual derecho por el trascurso de treinta años, no sólamente en cuanto a las prestaciones pasadas, sino también en cuanto a las futuras, y ésto no tanto en virtud de la disposición de dichas leyes, cuanto por existir la misma razón en ambos casos, a no ser que niegues esa igualdad, porque somos más propensos a librar a uno de la obligación que a imponerle una nueva (6). Mas con todo juzgo

(1) En el tít. *de praescript. triginta annorum.*

(2) Tanto en la citada cuest. 20, cuanto en el citado §. 7, núm. 22.

(3) *Ubi supra.*

(4) Al exponer el texto del cap. final *de praescriptionibus.*

(5) Conforme a las leyes arriba citadas.

(6) Como consta por la ley *Arrianus* del Digesto, tít. *de action. et obligationibus.*

& alterum membrum ei parificatum de jure veteri sublatum videatur, juxta Gloss. communiter approbatam in l. si quis servo alieno persuaserit, per text. ibi, C. de furtis: praeterea hic ultra tempus adsunt illae geminatae confessiones & praestationes quae plurimum juvant, d. l. generaliter, C. de non numerata pecun. ergo olim solum tempus non erat modus tollendae, aut inducendae obligationis, hodie tamen ut indubitanter est modus obligationis tollendae, ut dd. ll. ita & inducendae per argumentum supra dictum; praesertim cum hic non tantum sit tempus, sed pluries geminae confessiones, ut modo dicebam, sed si teneas tempus hoc casu habere vim inductivam, jam in contrarium probatio non admitteretur, cogita tamen.

20. Caeterum † quando praeteriit tempus, cujus initii memoria hominum non stat, omnes admittunt non esse necessariam ullam causae expressionem in dictis praestationibus, sed eo tempore jus immortale, & aeternum etiam in posterum acquiri, Cynus quaestio. penulti. Ang. & Jaso. columna fina. in d. l. si certis annis, ubi etiam Paul. & Riminald. & Barto. in d. l. cum de in rem Felinus in capitu. causam quae, columna 3, de praescriptio. Balbus ubi supra, & Covarru. numero 4, ubi supra, Abbas consi. 94, libro 1. Idem in capi. fina. colum. 2, de causa possessio. Denique tempus solum de per se non habere vim inductivam eleganter tradidimus, supra in 1. part. quaestion. 10.

21. Ex superioribus apparet † quod ubi vasalli non domino suo, sed alteri annuatim certum quid dederunt per tempus immemoriale, tituli interventus, aut ejus allegatio necessaria non est: quid si praeteriit tempus longum duntaxat vel etiam

que debe admitirse esta parte, por la facilidad con que desaparecen las pruebas; por lo que aun cuando en realidad hayan existido causa y título justos, tal vez no pueda probarse ésto después de tan largo tiempo. Reconozco que se opone poderosamente a tal opinión la ley *obligationum fere* (1), por la que consta que el tiempo no es modo ni de extinguir, ni de instituir obligación. Pero podemos responder, que así como esta regla se corrigió en uno de los miembros y hoy el solo trascurso de tiempo es modo de extinguir una obligación (2), así también en cuanto al otro miembro, equiparado al primero, parece haberse corregido algo el antiguo derecho (3); hay que añadir que en este caso, además del tiempo, existen aquellas repetidas confesiones y pagos que poderosamente nos ayudan (4); así pues, antiguamente el tiempo solo no era modo apto para extinguir o para instituir una obligación y hoy, sin embargo, así como es evidentemente modo de extinguir una obligación, según consta por las citadas leyes, así también de instituirla, como lo prueba el argumento arriba expuesto, sobre todo cuando aquí no sólo existe el tiempo, sino también las declaraciones tantas veces repetidas, como hace poco exponíamos. Pero si admites que en este caso el tiempo tiene poder para crear obligación, ya no se admitiría prueba en contrario. Medita sobre este punto.

Por lo demás, cuando trascurrió ya un tiempo inmemo- 20.
rial, todos los autores admiten acordes no ser necesaria en dichas prestaciones la expresión de causa alguna, sino que por el trascurso de dicho tiempo se adquiere aun para el futuro un derecho imperecedero y eterno; así lo defienden Cino (1), Angel y Jasón (2), como también Felino (3),

---

(1) En el §. *placet*, Digesto *de action. et obligationibus.*

(2) Conforme a las leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi* citadas, y a la introducción de la Instituta *de tempor. action.*

(3) Según la glosa comúnmente aprobada, de la ley *si quis servo alieno persuaserit*, Código *de furtis.*

(4) Según la citada ley *generaliter* del Código, tít. *de non num. pecunia.*

(5) En la cuestión penúltima.

(6) Los dos en la columna final sobre la citada ley *si certis annis*, donde expresan lo mismo Pablo y Riminaldo, como también Bartolo en la citada ley *cum de in rem.*

(7) En el cap. *causam quae*, colum. 3.ª *de praescriptionibus.*

longissimum, non tamen immemoriale, & quidem quid respondendum sit, ex superioribus satis apparet regulariter, praeter quam cum res agebatur inter dominum & vasallos, quo casu (licet in caeteris tempus longum vel longissimum sufficiat secundum superiorem annotationem & distinctionem) tamen hic magis esse videtur, ut tempus immemoriale exigatur, quia secundum quosdam quoties adversus possidentem est vehemens juris praesumptio, tunc ipse annuos hos reditus, aut praestationes in futurum vendicare non potest, nisi vel cum titulo fuerit per annos 40. in quasi possesione illius annui reditus percipiendi, vel si titulum non habuerit, & ostenderit in tali quasi possessione per tempus immemoriale steterit, argumen. capitu. super quibusdam, §. praeterea, de verborum significatio. ubi Gloss. multa jura adducit, & capitu. unic. de praescription. libro. 6. nec dubium est secundum eos, quin adversus hunc dominum qui a vasallis. hujusmodi annuos reditus exigebat, sit vehemens juris praesumptio quod clam aut per vim vel tyrannidem eos exegisset. Ita videntur tenere Joannes Andr. Hostiensis, Abbas, Henricus & alii in capitu. quod latenter, de regulis juris, quorum opinionem sequitur & saepius communem appellat Covarru. in d. §. 4. numero 1, & numero 5, Innocentius in capitu. bonae, in 2. de postulatio. praelator. Idem Innocentius & Aegidius Bellamer. colum. fina. in capitu. si diligenti, de praescription. Joannes Faber in §. aeque si agat. quaestione 3. institut. de action. Aretinus consilio, 14. colum. 11. Guido Papae consilio 1. libro 7. Idem consilio 65. numero 2. Bal. in capitu. 1. §. pactiones, de pace Constan. denique post tempus immemoriale nunquam praesumitur quod dominus a vasallis tales reditus annuatim vitiose exegerit, non quoque praesumitur post annos quadraginta, quando

Balbo (1), Covarrubias (2) y el Abad (3). Finalmente, que el tiempo por sí solo, no tenga, atendida su naturaleza, fuerza creativa, lo hemos expuesto elegantemente arriba en la 1.ª parte, cuestión 10.ª

21. Por lo arriba dicho, es manifiesto que cuando los vasallos pagaron anualmente y por tiempo inmemorial una cierta cantidad, no a su señor, sino a otra persona, que no es necesaria la existencia o alegación de título; pero ¿qué diríamos en el caso de haber trascurrido sólamente largo tiempo, o si se quiere larguísimo, pero no inmemorial? La respuesta que hayamos de dar a ésto es por regla general bastante manifiesta por lo arriba dicho, fuera del caso en que el asunto se ventilara entre señor y vasallos, porque si bien en los restantes casos es suficiente el trascurso de largo o de larguísimo tiempo, conforme a la explicación y distinción arriba expuesta, sin embargo, entre vasallos y señor parece más fundado el que se exija tiempo inmemorial, porque, según algunos autores, cuando existe contra el poseedor vehemente presunción de derecho no puede entonces éste reclamar en justicia para lo futuro aquellos réditos o pagos anuales, sino cuando, o con título hubiera estado por cuarenta años en cuasi-posesión del percibo de aquel rédito anual, o de no haber tenido ni haber podido probar título alguno, si hubiera estado por tiempo inmemorial en cuasi-posesión de dicho rédito, según se prueba por varias disposiciones (4). Ni cabe la menor duda, según el sentir de dichos autores, de que contra aquel señor que exigía a sus vasallos tales réditos anuales, existía vehemente presunción de derecho, de haberlos exigido clandestinamente, o por la fuerza o tiránicamente; así parecen defenderlo Juan Andrés, el Hostiense, el Abad, Enrique y otros al tratar acerca del capítulo *quod latenter* (5), cuya opinión sigue, llamándola repetidas veces opinión común, Covarrubias (6), y lo mismo defienden Inocencio, Gil

(1) *Ubi supra.*
(2) En el núm. 4, *ubi supra.*
(3) Dictamen 94, lib. 1.º, en el cap. final, colum. 2.ª *de causa posses.*
(4) Por el cap. *super quibusdam*, §. *praeterea, de verborum significatione* donde la glosa cita umerosas leyes y por el cap. únic. *de praescription*, lib. 6.
(5) *De regulis juris.*
(6) En el citado §. 4.º, núms. 1 y 5.

interfuit titulus qui a domino probatur, secundum Covarr. ubi supra.

Sed quidquid ipse & reliqui, supra allegati contendant differentiam esse inter dominum respectu vasallorum & alium quemlibet, id suspectum esse non dubito, nusquam enim jure probatum invenies, quod reditus qui annuatim per dominos a vasallis exiguntur, praesumantur per vim aut clam exacti, non magis quam si ab alio quovis exigerentur. & d. c. quod latenter, generaliter loquitur in omnibus non solum in dominis respectu vasallorum, & praeterea loquitur in casu claro quando de clandestinitate, aut violentia constabat, unde a regulis generalibus, de quibus supra mentionem habuimus, quae omnes utcunque privilegiatos & consequenter etiam rusticos comprehendunt, recedendum non est.

22. Neque ad rem pertinere dicerem quod † quis, hoc est dominus ille, sit in quasi possessione alicujus reditus annuatim exigendi, huicque quasi possessioni adversetur praesumptio juris communis, nam adhuc etiam contra talem juris praesumptionem procedit praescriptio etiam temporis ordinarii l. 2. C. de servi. & aqua l. si quis diuturno, in prin. ff. si servi. vend. nam & si abs te emissem annuum reditum juxta cap. 1. in extravag. de empti. & vendi. & per annos triginta jugiter exegissem titulumque amisissem, deinde solvere recusares & ipse probassem illam tricennalem exactionem, & illius annui reditus exigendi longissimam quasi possessionem, in futurum ad tantundem praestandum cogereris, nihilo impediente, quod titulum interfuisse non probassem nec ejus amissionem, neque ad rem pertineret quod mea quasi possessio adversaretur juri communi, id est communi omnium hominum libertati, sicque quod contra meam quasi

Bellamera (1), Juan Faber (2), el Aretino (3), Guido Pap. (4) y Baldo (5); finalmente, después de trascurrido ya tiempo inmemorial, nunca se presume que el señor haya exigido injustamente a sus vasallos tales réditos anuales, como tampoco se presume, después de trascurridos cuarenta años, cuando intervino título probado por el señor, según lo defiende Covarrubias (6).

Pero, por más que este autor y los restantes arriba citados, se esfuercen en probar ser distinto cuando se trata de relación entre señor con sus vasallos o con otro que no lo sea, no me cabe duda ser sospechosa tal afirmación, porque en ninguna parte hallarás probado en derecho, que los tributos que anualmente exigen los señores a sus vasallos, se presuman exigidos por la fuerza o clandestinamente, con mayor motivo que si se exigieran a otro cualquiera no vasallo. Y la citada ley *quod latenter*, se refiere en general a todos, no sólamente a los señores con respecto a sus vasallos, y además se refiere al caso manifiesto en que constara la clandestinidad o la violencia. Por lo cual no hemos de apartarnos de las normas generales, de que arriba hemos hecho mención, que comprenden a todas las personas por más privilegiadas que sean y por consiguiente también a los rústicos.

Ni debe ofrecer dificultad alguna el que una persona, ésto es, el señor de quien tratamos, se halle en cuasi-posesión de exigir anualmente algún rédito y el que a esta cuasi-posesión se oponga la presunción de derecho común, porque aun contra tal presunción de derecho procede la prescripción aun de tiempo ordinario (7). Porque aun cuando te hubiera comprado una renta anual, conforme a los términos del capítulo 1.° en la Extrav. *de empt. et vendit.* y habiéndola percibido durante treinta años sin interrupción, hubiera perdido el título, y después rehusando tú el pagarla hubiera 22.

(1) Ambos en la col. final sobre el cap. *si diligenti de praescript.*
(2) En el §. *aeque si agatur*, cuest. 3.ª, Instituta *de actionibus.*
(3) Dictamen 24, colum. 11.
(4) Dictamen 1.°, lib. 7.° y dictamen 65, núm. 2.
(5) En el cap. 1.°, §. *pactiones, de pace Constant.*
(6) *Ubi supra.*
(7) Según aparece por la ley 2.ª del Código, tít. *de servit. et aquar.* y la ley *si quis diuturno* en la introducción, Digesto, tít. *si servitus vindicetur.*

possessionem esset praesumptio juris, & ita intelligo l. sicut l. omnes l. cum notissimi. C. de praescr. 30. annorum, & in princ. insti. de perpe. & tempor. act.

Ad d. c. super quibusdam §. praeterea, de verb. significa. & d. capit. uni. de praesc. lib. 6. cap. cum personae, §. quod si tales, de privileg. in 6. resp. quod loquuntur in iis quae non possunt acquiri nisi privilegio principis, in quorum praescriptione longius tempus desideratur quam in reliquis, scilicet vel tempus immemoriale sine titulo, vel tempus quadraginta annorum cum titulo, idque jure singulari principibus datum est, prout innumera alia privilegia principum enumerat Jacob. de Sancto Georgio de feudis, verb. princeps, multaque per nos de succ. cre. §. 26. Idemque cum praescribitur contra ecclesiam, in quibus casibus fundatam habet intentionem de jure, licet non sic in reliquis causis ut d. cap. uni. juncta sua Glos. itaque annuae praestationes contra principem vel ecclesiam non breviore tempore quam annorum quadraginta cum titulo, aut tempore immemoriali sine titulo praescribuntur, ut dictis juribus: contra reliquos autem breviore tempore contingit praescriptio. Itaque aut interfuit titulus habitus ab habente potestatem dominium concedendi, aut habitus ab alio, aut a nullo. Primo casu illico transfertur dominium, nec de praescriptione agendum est, & ita procedit cap. super quibusdam, §. praeterea. de verb. sign. ibi, imperatorum, aut regum, aut Lateranensis Concilii, aut con-
23. suetudine antiqua, cujus initii, & c. † nam usus tanti temporis, cujus initii memoria non est, inepte appellatur praescriptio, cum proprius diceretur consuetudo, ut ibi, sicque ut lege dominia rerum conceduntur, & auferuntur etiam citra dominorum voluntatem, ut per totum C. ex quibus cau. servi pro praemio libert. acci. & per Decium in l. id quod nostrum de

probado yo la cobranza de aquella renta durante treinta años y haberme hallado en cuasi-posesión durante larguísimo tiempo de la cobranza de dicha renta anual, estarías obligado en lo futuro a pagar igual cantidad, no siendo obstáculo alguno el que no hubiera probado la existencia de título, ni su pérdida, ni en nada perjudicaría el que dicha cuasi-posesión mía se opusiera al derecho común, ésto es, a la común libertad de todos los hombres, y existiera por tanto presunción de derecho contraria a mi cuasi-posesión; y así entiendo varias leyes del Código en el título *de praescrip. triginta annorum* (1).

Al citado capítulo *super quibusdam* (2), al capítulo único *de praescript.*, libro 6.°, y al capítulo *cum personae* (3) responderemos, que se refieren a aquellas cosas que no pueden adquirirse sino por privilegio del príncipe, y para cuya prescripción se requiere tiempo más largo que en las restantes, ésto es, o tiempo inmemorial sin título, o cuarenta años con título, y ésto ha sido otorgado por peculiar derecho a los príncipes como otros innumerables privilegios de los mismos que enumera Jacobo de San Jorge (4), y muchos que citamos nosotros en la obra *de succes. creatione*, §. 26. Lo mismo diríamos cuando se prescribe contra la Iglesia, en los casos en que tiene ésta su intención fundada en derecho, aunque no en las restantes causas (5), así pues, las rentas anuales contra el príncipe o contra la Iglesia no se prescriben, según dichas leyes, por tiempo más corto que el de cuarenta años con título, o por tiempo inmemorial sin título, aun cuando contra los demás tiene lugar la prescripción en más corto tiempo. Así pues, o intervino título, recibido de quien tenía poder para trasferir el dominio, o recibido de otra persona o no se recibió de nadie; en el primer caso el dominio se traspasa al momento y por tanto no se ha de hablar de prescripción; y en este sentido se ha de entender el capítulo *super quibusdam* (6), en las palabras

(1) Tales son la ley *sicut*, la ley *omnes* y *cum notissimi;* como también la introducción de la Instituta *de perpetuis et tempor. action.*

(2) En el §. *praeterea, de verbor. significat.*

(3) En el §. *quod si tales, de privileg. in 6.°*

(4) En su tratado *de feudis* en la palabra *princeps.*

(5) Conforme al citado cap. único, junto con su glosa.

(6) En el §. *praeterea, de verb. significatione.*

reg. jur. ita & consuetudine quae legi par est l. de quibus, ff. de leg. cum plur. seq. §. ex non scripto, inst. de jure natur. sicque cum post tempus immemoriale non tam praescriptum jus videatur quam consuetudine acquisitum, eaque consuetudo pro lege sit, superest ut id jus eo tempore quaesitum tam aeternum fixumque sit, quam foret si lege acquireretur, meritoque vicem legis tenere alibi lex dicebat, ff. de aqua quotid. & aestiva. l. hoc jure, §. ductus aquae, & ff. de aqua pluvi. arcend. l. 1. §. fin. 3. q. 6. hoc quippe & 9. q. 3. conquestus, & 65. dist. mos antiquus, ergo quando Imperator, vel Papa, vel Rex, vel Respublica non recognoscentes superiorem, vel lex, vel consuetudo, vel tempus immemoriale quod illis parem potentiam habet, titulum alicui praebuit, continuo eum fecit dominum consummatisimum, nec de praescriptione agendum est.

Secundo casu quando titulus habitus est a non habente potestatem concedendi dominium, regulariter probet justam causam praescribendi l. nullo, C. de rei vendi. l. unica. C. de usuc. trans. fallit cum titulus erat a lege improbatus, puta non rite habitus l. 1. §. si a pupillo, ff. pro empt. l. 2. C. pro emp. cap. hoc consultissimo, §. contrahentes, de rebus ecclesiae non alien. lib. 6. ergo si pedagia aut vectigalia aut annuos reditus a populo exegi per tempus immemoriale, quasi lege jus & dominium quaesivi, quod si breviore tempore, puta quadraginta annorum, tunc praescriptione dominium quaesisse videor, si interfuit titulus habitus ab eo qui non habebat jus concedendi, veluti si annuum reditum ex salinariis, pedagiis, portagiis, vectigalibus, gabellis vel similibus procedentem vendidit, donavit, dotis, legative nomine mihi dedit is qui jus vendendi non habebat. Tertio casu quando titulus non interfuit ab aliquo aut postquam longo tempore

«de los emperadores o de los reyes o del Concilio Lateranense o por costumbre inmemorial», etc. Porque el uso durante 23.
tiempo inmemorial, impropiamente se llama prescripción, cuando con más propiedad se llamaría costumbre, como se llama en el lugar citado; por lo tanto, así como la ley concede la propiedad de las cosas y la quita aun sin el consentimiento de los dueños, según consta por todo el título del Código «causas por las que los siervos reciben la libertad como premio» y según lo expone Decio (1), así también la costumbre, que se equipara a la ley (2). Así pues, como después de tiempo inmemorial el derecho no tanto se considera prescrito, cuanto adquirido en virtud de la costumbre, y dicha costumbre se tenga como ley, síguese que tal derecho adquirido por el trascurso de tiempo inmemorial sea tan imperecedero y firme como lo sería si se adquiriera en virtud de una ley, y aun, que haga las veces de ley, según con razón se afirma en varias disposiciones legales (3). Luego cuando el Emperador o el Papa o un rey o estado que no reconocen sobre sí superior, o la ley o la costumbre o el tiempo inmemorial que se equipara a éstas en poder, concedieron título a alguna persona, al punto le hacen perfectísimo dueño, por lo que no se ha de hablar de prescripción.

En el segundo caso, cuando el título se recibió de quien no tenía potestad para conceder el dominio, como norma general debe probarse causa justa de prescribir (4), aunque se excluye el caso en que el título fuera reprobado por la ley, por no haber sido conseguido, por ejemplo, legalmente (5). Luego si por tiempo inmemorial cobré del pueblo derechos de portazgo o contribuciones o rentas anuales, he adquirido el derecho y la propiedad al igual que por una ley; mas si fué por tiempo más corto, por ejemplo por cuarenta años,

(1) Al comentar la ley *id quod nostrum, de regulis juris.*

(2) Según la ley *de quibus*, Digesto, tít. *de legibus* y otras muchas siguientes, como también según el §. *ex non scripto*, Instituta *de jure natur.*

(3) Así en el Digesto, tít. *de aqua quotid. et aestiva;* en la ley *hoc jure;* §. *ductus aquae*, Digesto *de aqua pluv. arcenda;* en la ley 1.ª, §. final, 3, cuest. 6, cap. *hoc quippe* y 9, cuest. 3; c. *conquestus*, y 65, dist. cap. *mos antiquus.*

(4) Conforme a la ley *nullo*, del Código *de rei vindicat.* y a la ley única del Código, tít. *de usucap. transform.*

(5) Según la ley 2.ª, §. *si a pupillo*, Digesto *pro emptore;* según la ley 2.ª del Código, tít. *pro emptore* y el cap. *hoc consultissimo*, §. *contrahentes, de rebus eccles. non alienandis*, lib. 6.

id jus annuatim exegi, allegavi, titulum interfuisse, & tunc per lapsum longi temporis simul cum illis geminatis praestationibus ac tacitis debiti confessionibus is titulus allegatus praesumitur d. l. cum de in rem, ff. de usuris.

24. Nec † obest d. l. nullo, C. de rei ven. cum simi. nam ibi quando is contra quem praescribitur nullum actum positivum fecit, sed duntaxat abstinebat ab impugnatione & contradictione, secundum Bart. & communiter Doct. in l. servi-

25. tutes, in mag. ff. de servit. † nos loquimur quando is contra quem praescribitur plures actus positivos fecerat decies geminas solutiones totidemque tacitas confessiones per totum decennium aut vicennium faciens, ut d. l. cum de in rem, nec similiter obest, quod ad tales exactiones recipiendas vel faciendas factum hominis discontinuum erat necessarium,

26. l. foramen, ff. de servit. urbanorum praediorum, † sicque praescriptio nisi longissimo tempore, id est, tempore immemoriali contingere non poterat, ut d. l. servitutes, cum sim. nam respondemus illud procedere cum agitur de servitute acquirenda a re rei, & sic de servitute reali, non sic si agatur de servitute personali vel de jure sive reali, sive personali, per personam acquirendo seu praescribendo, ut in d. l. cum de in rem, tunc enim tempus immemoriale non exigitur, sed solum tempus longum sufficit. Neque obscura est harum rerum differentia, nam cum agitur ut per actus discontinuos jus acquiratur ab homine, is homo animo suo semper retinet illam quasi possessionem, eamque ita continuat ut facti extrinseci intervalla suppleantur per animi illius hominis continuationem, at cum praedium animo careat hoc supplementum cessat in jure acquirendo seu praescribendo a re rei, ista est elegans & communis conclusio, solutio ac differentiae

entonces se considera que he adquirido el dominio por medio de la prescripción, si es que intervino título recibido de quien no tenía derecho de conceder la propiedad, como si, por ejemplo, me vendió, donó o dió a título de dote o de legado, una renta anual procedente de salinas, portazgos, contribuciones, gabelas, o de cosas semejantes, quien no tenía derecho para venderlas. En el tercer caso cuando no se recibió título de persona alguna, o cuando después de haber cobrado tal derecho anualmente durante largo tiempo, alegué que había intervenido título, entonces en virtud del largo trascurso de tiempo, juntamente con las repetidas tributaciones y las tácitas confesiones de tal débito, se presume el título alegado (1).

Ni ofrece dificultad alguna la citada ley *nullo* (2) y otras 24.
semejantes, porque en ellas se trata del caso en que la persona contra quien se prescribe, no ejecutó acto alguno positivo, sino que sólamente se limitó a no impugnar y contradecir, conforme lo expone Bartolo y generalmente los doctores al comentar la ley *servitutes* (3); pero nosotros 25.
nos referimos al caso en que aquel contra quien se prescribe, había ejecutado numerosos actos positivos, satisfaciendo por diez veces iguales cantidades y haciendo con ello otras tantas tácitas confesiones durante todo el plazo de diez o de veinte años (4). Ni es tampoco obstáculo el que para pagar y recibir tales cantidades, sea necesario un acto humano discontinuo (5), por lo que la prescripción no podrá tener lugar sino por el trascurso de larguísimo tiempo, ésto es, de tiempo inmemorial, según consta por la citada ley *servitutes* con otras semejantes; porque respondemos, que ésto tiene 26.
lugar cuando se trata de la servidumbre que ha de adquirir una cosa sobre otra, y por tanto de una servidumbre real, pero no si se trata de una servidumbre personal, o de un derecho ya sea real o personal, pero que ha de ser adquirido o prescrito por una persona, como en la citada ley *cum de in rem*, pues entonces no se exige tiempo inmemorial, sino que es suficiente el trascurso de solo largo tiempo. Ni es oscura

(1) Conforme a la ley *cum de in rem*, Digesto *de usuris*.
(2) Del Código, *de rei vindic.*
(3) Digesto *de servitutibus*.
(4) Según la citada ley *cum de in rem*.
(5) Véase la ley *foramen*, Digesto *de servit. urbanorum praediorum*.

ratio, quam tenent Bar. in l. justo, §. non mutat. ff. de usucap. Idem Bart. in l. si ego §. 1. ff. de publi. Paul. consil. 444. in causa quae vertitur, col. 3. lib. 1. Idem consi. 3. in causa quae vertitur coram domino, col. fina. Idem consi. 12. super primo, lib. 2. Corn. consi. 268. col. 9. num. 23. versi. nec obstat secunda ratio, lib. 4. Aymon Cravet, de antiq. temp. par. 4. versi. transeo nunc, num. 24. fol. 107. tenet & ait esse communem opinionem Covar. lib. 1. vari. resol. cap. 17. num. 17. est communis opinio secundum Balb. de praesc. 2. part. 5. part. princ. q. 3. est communis secundum Felin. in c. de quarta, nu. 37. de praescr.

Praeterea hic adsunt decies geminae solutiones, totidemque tacitae confessiones factae ab ipso solvente, quae sibi ut noceant par est, cum non nisi ex debito quisquam solvisse credatur l. cum de indebito, ff. de proba. at in jure acquirendo ac praescribendo a re rei id cessat, nulla enim hic adest confessio, nulla praestatio, nullum denique factum positivum domini illius praedii contra quod praedium praescriptio coepta erat, sicque hoc casu longius tempus desideratur.

27. Unde † si dominus a vasallis annuos reditus per longum tempus exegit, & vasalli postea tales reditus praestare recusent, si ipse dominus dixerit, se titulum habuisse eumque per tale longum tempus probaverit, in posterum quoque eos reditus obtinebit, argumen. d. l. cum de in rem, ita tenet Albericus nu. 5. in d. l. cum de in rem, Barto. in dict. §. non mutat, ad finem dum loquitur de pedagiis. Idem Bart. sentire videtur in d. l. si ergo, §. 1. ff. de publi. expressius Alexander, consi. 124. super primo, colum. 1. lib. 4. Idem Alexan. consi. 35. viso themate, nume. 3. colum. 1. lib. 2. Idem

la diferencia entre ambos casos; porque cuando se trata de que un hombre por medio de actos discontinuos adquiera un derecho, tal hombre con su intención retiene continuamente aquella cuasi-posesión y de tal modo la hace continua que aquellos intervalos del acto extrínseco los llena con la no interrumpida intención de su ánimo; mientras que careciendo el predio de intención, no pueden suplirse esos intervalos cuando se trata de la adquisición o prescripción de un derecho por una cosa sobre otra cosa. Esta es la notable y común conclusión, solución y razón de tal diferencia, que defienden Bartolo (1), Pablo [de Castro] (2), Corneo (3), Aymón Cravet (4), Covarrubias (5) que la llamó opinión común, lo mismo que Balbo (6) y Felino (7).

Además, en nuestro caso existen aquellos pagos repetidos diez veces y con ello, otras tantas tácitas confesiones hechas por el mismo que paga, que es justo perjudiquen su causa, ya que nadie se considera haber pagado algo sino porque lo debía (8). Pero esta razón cesa cuando se trata de la adquisición o prescripción de un derecho por una cosa contra otra, porque entonces no existe confesión alguna, ninguna tributación, ni finalmente acto alguno positivo del dueño de aquel predio contra el cual había empezado a correr la prescripción, por lo que en este caso se exige más largo tiempo.

27. Por consiguiente, si durante largo tiempo percibió un señor de sus vasallos rentas anuales, y más adelante los vasallos rehusaran pagarlas, si el señor manifestara haber tenido título para ello, y probara haberlo tenido durante largo tiempo, percibirá también en lo futuro dichas rentas (9). Así lo defiende Alberico (10), Bartolo (11), y más expresamente

(1) Comentando la ley *justo*, §. *non mutat*, Digesto *de usucapione* y la ley *si ego*, §. 1.°, Digesto, tít. *de publicanis*.

(2) Dictamen 444, *in causa quae vertitur*, col. 3.ª, lib. 1.°; dictamen 3, *in causa quae vertitur coram domino*, col. final; dictamen 12, *super primo*, lib. 2.°

(3) Dictamen 268, colum. 9.ª, núm. 23, versíc. *nec obstat 2.ª ratio*, lib. 3.°

(4) *De antiquitate temporis*, part. 4.ª, versíc. *transeo nunc*, núm. 24, folio 107.

(5) En el libro 1.° de sus «resoluciones varias», cap. 17, núm. 10.

(6) *De praescript.* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 3.ª

(7) En el cap. *de quarta*, núm. 37, *de praescript.*

(8) Según la ley *cum de indebito*, del Digesto, tít. *de probationibus*.

(9) Según la ley *cum de in rem*.

(10) En el núm. 5 sobre la ley *cum de in rem*.

(11) En el citado §. *non mutat*, al final al tratar *de pedagiis* y al comentar la ley *si ego*, §. 1.°, Digesto *de public*.

Alex. consi. 108. in causa & lite, colum. fina. ad finem, eod. libr. Idem Alexand. consi. 14. viso & considerato, nume. 9. eodem lib. Idem Alexan. consi. 115. super primo dubio videtur, libr. 1. colum. 1. ubi etiam contra rusticos, id procedere firmat, quod & tenuerat in d. consi. 123. & in plerisque locorum supra allegatorum sentit. Idem Alexan. consi. 75. visis, colum. fina. ad fin. lib. 4. Idem Alexan. consi. 1. numero. 20. libr. 4. ubi saltem hoc pro expedito habet quando interfuerunt anni 30, quod & vult Aymon in d. versic. transeo nunc, numero. 23. Corn. consi. 268. in hac consultatione versic. facit ad praedicta, numero. 16. & iterum, numero. 10. lib. 4. sentit Barto. quem ipse allegat in l. si publicanus, §. 1. ff. de publi. Idem Barto. in l. licitatio, §. earum, eodem titulo, Angelus, consi. 9. sentit Paulus consi. 444. supra allegato. Idem Pau. consi. 3. & consi. 12. lib. 2. Areti. consi. 154. consultatio, colum. fin. Boërius decisione. 126. nume. 4. allegat Petrum, Cynum, Albericum, & Bart. & alios in l. 2. C. quae sit long. consu. & in rubr. eodem titulo. Et in hanc partem etiam videntur inclinare omnes illi quos supra diximus tenuisse quod post longum tempus allegata causa certa eademque legitima & in futurum obligatoria evenit, ut id jus quasi probatum praesumptive videatur & consequenter in futurum quoque praestandum sit,

Contrariam tamen partem in vasallis respectu dominorum ut etiam si expressa certa causa legitima & obligatoria solverint uniformiter annuatim per longum vel etiam longissimum tempus, non tamen teneantur in posterum tantundem singulis annis praestare, etiamsi dominus eam causam allegaverit, quam per temporis longi vel longissimi cursum quaestare vellit, nisi praeterea tempus immemoriale praeteriisset, quasi tales domini per vim & tyrannidem exegisse

Alejandro en numerosos lugares (1), admitiendo que tiene lugar aun contra los rústicos (2), y considerando tal opinión como cierta en el caso de haber durado por treinta años aquella percepción de rentas (3); lo mismo que defiende también Aymón (4), Corneo (5), Angel (6), Pablo (7), el Aretino (8), Boërio (9) quien cita a Pedro, Cino, Alberico, Bartolo y a otros autores (10). A esta misma opinión parecen inclinarse también todos aquellos que dijimos arriba haber defendido que después de trascurrido largo tiempo y una vez alegada causa cierta, legítima y obligatoria en adelante, se presume ya tal derecho como probado y por consiguiente que debe satisfacerse en lo futuro.

Sin embargo, numerosos autores, tales como Inocencio (11), Bellamera (12), Juan Faber (13), Guido Papa (14), Covarrubias (15), el Aretino (16), Baldo (17), Carlos Molineo (18), y otros muchos que cita Aymón (19), defienden la

(1) Tales son: dictamen 124, *super primo*, colum. 1.ª, lib. 4.º; dictamen 25, *viso themate*, núm. 3, col. 1.ª, lib. 2.º; dict. 108, *in causa et lite* al final de la última columna del mismo libro; dict. 14, *viso et considerato*, núm. 9 del mismo libro.

(2) En el dictamen 115, *super primo dubio*, lib. 1.º, colum. 1.ª; lo mismo que había defendido en el dict. 124 y en la mayor parte de los otros lugares citados. Véase también el dictamen 75, *visis*. colum. final, lib. 3.º

(3) Dictamen 1.º, núm. 20, lib. 3.º

(4) En el citado versíc. *transeo nunc*, núm. 23.

(5) Dictamen 268, *in hac consultatione*, vers. *facit ad praedicta*, núm. 16 y de nuevo en el núm. 10 del libro 4.º. Cita a Bartolo al comentar éste la ley *si publicanus*, §. 1.º, Digesto, tít. *de publicanis* y la ley *licitatio*, §. *earum*, del mismo título.

(6) Dictamen 9.

(7) Dictamen 444 arriba citado, y en el dict. 3 y 12 del lib. 2.º

(8) Dictamen 153, *consultatio*, colum. final.

(9) Decisión 126, núm. 4.

(10) Al comentar éstos la ley 2.ª del Código en el tít. *quae sit longa consuetudo* y en la *rubr.* del mismo título.

(11) En el cap. *bonae*, 2.º, *de postul. praelat.* y en el cap. *si diligenti.*

(12) En el cap. *si diligenti*, colum. final, *de praescript.*

(13) En el §. *aquae*, cuest. 4.ª, Instituta, *de actionibus.*

(14) *Consil.* 1, núm. 7, y *consil.* 65, núm. 2.

(15) En el cap. *possessor*, part. 2.ª y §. 4, núm. 5, *de regul. juris*, lib. 6.º

(16) Dictamen 14. núm. 11.

(17) En el cap. 1, §. *pactiones, de pace Constan.*

(18) *Ad Alexandrum*, dictamen 124, lib. 4.º en la 1.ª adición, donde dice haber defendido lo mismo *in consuetud. Paris.* §. 53.

(19) *Ubi supra*, núm. 26.

praesumantur, tenent Innocentius in cap. bonae.[2. de postul. praelato. Idem Innoc. & Bellamera, colum. fin. in cap. si diligenti, de praescript. Joan. Fab. in §. aeque. quaest. 4. insti. de act. Guido Papa consi. 1. nume. 7. Idem Guido, consi. 65. numero. 2. Covar. capit. possessor, par. 2. & §. 4. nume. 5. de reg. jur. lib. 6. Aretin. consi. 14. nume. 11. Bal. in cap. 1. §. pactiones, de pace Constan. Carolus Molineus ad Alexandrum, consi. 124. lib. 4. in 1. addi. ubi firmat se idem tenuisse in consuet. Paris. §. 53. & ita tenent plures alii quos allegat Aymon, ubi supra, numero 26.

28. Sed † praemitte quod utriusque partis fautores communiter tenent non aliter talem dominum contra vasallos per longum vel etiam longissimum tempus obtenturum, quam si ex causa certa, legitima, & in futurum obligatoria facta esset solutio annua, & maxime hoc exprimunt Corn. in d. consi. 268. Aymon ubi supra numero. 27. qui plures allegat, Alex. consi. 108. ad finem, lib. 2. qui alios allegat, idem Alexan. consi. 113. nu. 4. lib. 1. Guido Papae, q. 408. Alex. consi. 75. lib. 4. ad finem, Alexand. consi. 14. numero. 9. lib. 2. Bart. in d. l. cum de in rem, ff. de usuris, ad fin. Riminaldus, colum. antepen. cum sequen. post Alexan. Jas. & alios in l. si certis annis, C. de pactis, Salic. in d. l. cum de in rem, quaest. 3. & 4. Balbus de praescript. 2. part. 3. partis principalis quaestio. 10. Felinus in cap. causam, col. 3. de praescr. Molineus ad Alex. consil. 113. lib. 1.

Quid dicendum? & quidem quo magis ac magis hanc quaestionem usibus forensibus frequentissimam inspicio, eo magis ac magis miror nostrorum interpretum incuriam ac

opinión contraria, tratándose de vasallos con respecto a sus señores. Dicen, que aun cuando durante largo y aun larguísimo tiempo hubieran tales vasallos pagado todos los años una cantidad uniforme, expresando causa cierta, legítima y obligatoria de tal pago, que no estarían, sin embargo, obligados a pagar en lo futuro y anualmente la misma cantidad, aun cuando el señor alegara aquella causa por la que decía haberle pagado durante el trascurso de largo y aun de larguísimo tiempo, si además no había trascurrido tiempo inmemorial, como si existiera la presunción de que tales señores habían exigido por la fuerza y tiránicamente tales pagos.

Pero, digamos de antemano que los seguidores de ambas opiniones defienden acordes, que dicho señor no saldrá victorioso en su empeño contra sus vasallos aun supuesto el trascurso de largo y aun de larguísimo tiempo, sino en el caso en que aquel pago anual se hubiera realizado por causa cierta, legítima y obligatoria en lo futuro, ésto lo hacen constar señaladamente Corneo (1), Aymón (2), Alejandro (3), Guido Papa (4), Bartolo (5), Riminaldo (6), Salicet (7), Balbo (8), Felino (9) y Molineo (10). 28.

¿Qué solución hemos de dar? En verdad, cuanto más y más detenidamente considero esta cuestión frecuentísima en la práctica forense, tanto más y más me llena de admiración el descuido y error de nuestros intérpretes. Porque los que defienden la parte afirmativa, ésto es, que por el trascurso de largo tiempo adquiere el señor derecho contra sus vasallos y aun contra los rústicos, se fundan principalmente en este argumento, en que consideran aquel derecho adquirido en virtud de costumbre y no de prescripción. Por el contrario, 29.

(1) Dictamen 268.

(2) *Ubi supra*, núm. 27, quien cita a otros muchos.

(3) Dictamen 113, núm. 4, lib. 1.°; dictamen 75, lib. 3.° al final; dictamen 14, núm. 9, lib. 2.°

(4) Cuestión 408.

(5) Comentando la ley *cum de in rem*, Digesto *de usuris* al final.

(6) Al comentar la ley *si certis annis* del Código, tít *de pactis*, colum. antepenúl. siguiendo el sentir de Alejandro, Jasón y otros.

(7) Sobre la ley *cum de in rem*, cuest. 3.ª y 4.ª

(8) *De praescript.* 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 10.

(9) En el cap. *causam*, col. 3.ª *de praescript.*

(10) *Ad Alexandrum*, dict. 113, lib. 1.°

29. errorem, † nam qui tenent partem affirmativam, ut longo tempore jus quaeratur etiam contra vasallos & etiam contra rusticos, eo potissimum argumento nituntur, quod consuetudine non etiam praescriptione id jus quaesitum intelligant. Rursus qui tenent partem negativam, ut eo tempore tale jus in futurum non quaeratur, ea potissimum ratione nituntur, quod tale jus praescriptione potius quam consuetudine acquiri posse contendant, seu acquisitum vellint, & tamen utrumque falsum est, quia nec consuetudine nec praescriptione tale jus adquiritur, sed alia longe diversa ratione.

30. Et pars affirmativa, † ut quod tale jus longo aut longissimo tempore acquiratur, contingat ex vi consuetudinis, in qua titulus aut bona fides necessarius non est (juxta communem resolutionem, de qua per Aymonem ubi supra, numero. 23.) tenent Bald. consi. 439. amplius columna. 4. lib. 3. Alexan. consi. 124. colum. 1. libro. 4. qui alios allegat hujus sententiae auxiliares, Corneus d. consi. 268. lib. 4. nume. 10. & numero. 16. cum sequen. pluribus, quod & sentiunt plerique eorum quos diximus, hanc partem tueri. Rursus Aymon ubi supra Covar. & alii communiter qui negativam partem tuentur, abnegant consuetudine tale jus acquiri, sed demum praescriptione, ut sic exigatur titulus & bona fides juxta. l. nullo. C. de rei vendi. l. unica. C. de usu. transf. in princip. inst. de usuc. cap. possessor de reg.
31. jur. lib. 6. sed utrumque falsum est, † quia tale jus nec quaesitum videtur consuetudine nec etiam praescriptione. Quod non videatur consuetudine quaesitum, patet, quia consuetudo in materia nostra illa intelligitur, quae habet vim legis universalis in regione vel populo, ubi vertitur quaestio qua de agitur §. ex non scripto, inst. de jure nat. l. de

los defensores de la parte negativa, a saber, que por el trascurso de aquel tiempo no se adquiere tal derecho para el futuro, se fundan principalmente en la razón de que, según ellos intentan probar, tal derecho puede adquirirse y aun lo consideran adquirido más bien por prescripción que por costumbre, y sin embargo, ambos argumentos son falsos, porque dicho derecho no se adquiere ni por costumbre ni por prescripción, sino por otro motivo muy diverso.

30. La parte afirmativa, es decir, que el adquirir tal derecho después de largo o larguísimo tiempo, tiene lugar en virtud de costumbre, en la que no se exige ni título ni buena fe (conforme lo resuelven comúnmente los autores, según lo expone Aymón *ubi supra*, número 23), la defienden Baldo (1), Alejandro (2), quien cita a otros muchos defensores de esta opinión y Corneo (3); esto mismo sienten la mayor parte de los autores que dijimos defender esta parte. Por el contrario, Aymón *ubi supra*, Covarrubias y generalmente los autores que defienden la parte negativa, sostienen que por la costumbre no se adquiere tal derecho, sino en último término por la prescripción, exigiéndose, por lo tanto, título y buena fe, según consta por varias leyes (4). Pero ambas afirmaciones son falsas, porque semejante derecho no parece adquirido, ni por costumbre, ni por prescripción. Que no se considere adquirido por costumbre, es manifiesto. Porque en nuestra materia se entiende por costumbre, aquella que tiene fuerza de ley universal en la región o en el pueblo en el que se ventila la cuestión de que se trata (5); pero en el caso propuesto no sucede así, porque el señor, u otra persona ha podido adquirir tal derecho, bien contra uno solo, bien contra determinados individuos o bien contra todos los de dicho pueblo, según es manifiesto y lo prueba la citada ley *cum de*

31.

(1) Dictamen 439, *amplius*, colum. 4.ª, lib. 3.º

(2) Dictamen 124, colum. 1.ª, lib. 4.º

(3) En el dictamen 268, lib. 4.º, núms. 10, 16 y siguientes.

(4) Tales son: la ley *nullo* del Código, tít. *de rei vindicatione;* la ley única del tít. *de usuc. transfor.* del Código, la introducción de la Instituta *de usucapione* y el cap. *possessor, de regul. juris,* lib. 6.º

(5) Según el §. *ex non scripto,* Instituta *de jure naturae;* según la ley *de quibus* y otras muchas siguientes del Digesto en el tít. *de justitia et jure;* lo mismo consta por todo el tít. *quae sit longa consuetudo* del Código, y *Extrav.* del mismo título.

quibus, cum pl. legibus sequen. ff. de just. & jure, per totum C. quae sit longa consuetudo, per totum extra. eodem titulo, sed in proposito non est ita, quia id jus dominus vel alius potuit acquirere contra unum vel contra certos vel contra universos de populo, ut patet & probat d. l. cum de in rem verso, ff. de usur. l. si certis annis, C. de pac. l. creditor. C. de usur. l. operis, ff. de oper. liber. ergo non est consuetudo quae ligat omnes de populo. Rursus consuetudo non potest induci nisi ab universo populo vel parte majore, ut dd. ll. & tenent communiter Barto. & alii in d. l. de quibus, sed id jus potest induci non solum a minore parte populi, sed etiam a certis hominibus, vel etiam ab uno, hoc est, dominus vel alius tale jus acquirere potuit contra unum, vel certos, vel omnes, ut modo dicebam, ergo non est jus consuetudine quaesitum. Praeterea id jus contra invitum competere intelligitur l. inter stipulantem, §. 1. ff. de verb. obligat. consuetudo consensu introducitur. d. l. de quibus. Praeterea & fortius consuetudo pertinet ad gubernationem populi ut dd. ll. quae quidem populi gubernatio quotidie ut mutetur & decet & expedit, liberrimaque esse debet, §. sed naturalia, inst. de jure natu. l. omnes populi. ff. de justit. & jure l. si quis in principio testamenti, ff. de legat. 3. at id jus quaesitum semel sive domino sive alii, sive contra unum, sive contra certos, sive contra universos, mutari aut adimi non licet l. id quod nostrum, ff. de regul. jur. l. sicut ab initio. C. de actio. & oblig. ergo contendere id jus consuetudine quaesitum videri, dementia (mihi crede) mera est.

Rursus quod praescriptione quaesitum non videatur, patet,
32. † quia ille demum esse videtur in statu & conditione praescribendi, qui emit vel alio titulo ad jus dominiumque transferendum habili rem accepit a non domino, quem dominum esse

in rem verso (1) y otras (2). Luego no es costumbre, ya que debe abarcar a todos los del pueblo. Además, una costumbre no puede introducirse sino por todo el pueblo o por la mayor parte de él, según aparece por dichas leyes, y lo defiende Bartolo y comúnmente los autores al comentar la citada ley *de quibus;* pero el derecho de que tratamos puede establecerse no sólo por la menor parte del pueblo, sino también por determinados hombres y aun por uno solo, ésto es, que el señor u otra persona ha podido adquirir tal derecho contra uno o contra determinados individuos o contra todos, según acabamos de decir, luego no es un derecho adquirido por costumbre. Además, este derecho se considera existir aun contra quien lo rechaza (3), pero la costumbre se establece por el consentimiento (4), luego... Además, siendo argumento más poderoso, la costumbre tiene por blanco el gobierno del pueblo, según dichas leyes, pero este gobierno del pueblo es natural y conveniente que cambie continuamente y debe gozar de entera libertad (5); mientras que este derecho una vez adquirido o bien para el señor o para otra persona, ya sea contra uno o ya contra determinados individuos o contra todos, no puede ya lícitamente ser cambiado o suprimido (6). Luego el pretender defender que tal derecho parece adquirido en virtud de costumbre, es (créeme) una pura demencia.

Por otra parte, es también manifiesto que tal derecho no 32.
se considera adquirido por prescripción, porque sólo aquel se considera hallarse en estado y condición de prescribir, que por compra o por otro título apto para trasferir el derecho y dominio, recibió la cosa de quien no era dueño de ella, aunque él le tenía por dueño, y por tanto tenía título, buena fe y posesión o cuasi-posesión (7). Porque si aquella

(1) Digesto, tít. *de usuris.*

(2) La ley *si certis annis* del Código *de pactis;* la ley *si creditor,* Código *de usuris* y la ley *operis,* Digesto, tít. *de oper. libert.*

(3) Según la ley *inter stipulantem,* §. 1.°, Digesto, tít. *de verb. obligatione.*

(4) Según la citada ley *de quibus.*

(5) Según consta por el §. *sed naturalia,* Instituta *de jure naturali;* por la ley *omnes populi* del Digesto *de just. et jure,* por la ley *si quis in principio testamenti,* Digesto *de legatis,* lib. 3.°

(6) Según la ley *id quod nostrum,* Digesto *de regul. juris* y la ley *sicut ab initio* del Código, tít. *de action. et obligat.*

(7) Conforme a la introducción de la Instituta *de usucapione;* a la ley *nullo* del Código, tít. *de rei vindicatione;* a la ley única del tít. *de usucap. transfor.*

putabat, sicque habebat titulum, bo. fi. possessionem vel quasi, ut in pr. inst. de usucap. l. nullo. C. de rei vendi. l. unica. C. de usu. trans. l. Celsus, ff. de usucap. cap. 1. de praescrip. lib. 6. cap. vigilanti cap. fina. de praescrip. cap. 2. §. contrahentes, de rebus ecclesiae non alien. lib. 6. nam si causam titulumve ad dominium transferendum seu jus habilem ac sufficientem habuisset a vero domino, vel ab eo qui potestatem concedendi habebat, jam traditione vel quasi continuo dominium quaesiisset, l. traditionibus, C. de pact. §. per traditionem, inst. de rerum divi. juncta lege nunquam nuda, ff. de acquirendo rerum dominio, sicque cessaret usucapio, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest nec praescriptione l. sequitur, §. lana, ff. de usucap. nec alia ratione, §. si itaque inst. de act. l. 3. §. ex contrario, ubi tradunt communiter Doct. ff. de acquirenda possessio. ergo cum in specie nostra fundamentum intentionis illius qui annuos reditus, census, praestationes ab universo populo, vel a certis, vel a quodam cive vendicat, sit affirmare, quod sibi ex justa causa ad dominium vel jus transferendum habili concessum fuerat, ab eo vel eis qui jus concedendi habebant, sicque quod eum illico fecerunt dominum illius juris, ergo non potuit amplius praescribere quod suum jam erat, nec audiretur allegans contraria l. 1. C. de furt. l. 1. C. de servis fugiti. ergo is quo de agimus, nec fundatur praescriptione nec consuetudine, sed alia ratione puta contractu vel ultima voluntate sibi id jus annuum concessum fuisse contendens d. l. cum de in rem. d. l. si certis annis, d. l. operis, d. l. creditor, cum simil. neque hic cadit timor alienae rei cum cujusque solventis persona obligata videatur, sicque de jure potissimum personali, non etiam de reali agi videtur.

causa o título apto y suficiente para trasferir el dominio o el derecho, le hubiera tenido del verdadero dueño, o de quien tenía potestad de concederlo, hubiera adquirido al punto el dominio con la tradición o cuasi-tradición de la cosa (1), y por tanto cesaría la usucapión, porque lo que ya es mío, no puede ser hecho más mío, ni por prescripción (2), ni por otra razón alguna (3), según el común sentir de los doctores (4). Luego como en nuestro caso el fundamento de la intención de aquel que reivindica réditos, censos, tributos anuales de todo el pueblo, o de determinados ciudadanos o de uno solo, sea el afirmar haberle sido concedido ésto en virtud de causa justa y apta para trasferir el dominio y el derecho, por quien o por quienes tenían derecho de concederlo, y por tanto, que al punto le hicieron dueño de aquel derecho, luego no pudo conseguir la prescripción de lo que ya era suyo, ni sería oído quien alegara en contra (5). Luego éste, de quien tratamos, ni funda su derecho en prescripción ni en costumbre, sino en otra razón, por ejemplo, en algún contrato, o en la última voluntad de alguno por la que sostiene haberle sido concedido tal derecho anual (6). Ni aquí cabe el temor de que sea cosa ajena, ya que la obligación se considera recaer sobre las mismas personas que pagan, por lo que se trata principalmente de derecho personal y no de derecho real.

Conforme a lo dicho, como dicha exacción anual se considere tener su origen y así lo alegue el perceptor o señor de dichos vasallos o rústicos, en la concesión de estos mismos, y habiendo demostrado aquél habérsele hecho tantas

---

del Código; a la ley *Celsus* del Digesto, tít. *de usucapione;* el cap. *vigilanti* y final *de praescript.;* al cap. 1.° *de praescript.*, lib. 6.°; al cap. 2.°, §. *contrahentes, de rebus eccles. non alienandis,* lib. 6.°

(1) Conforme a la ley *traditionibus,* Código *de pactis;* al §. *per traditionem* Instituta *de rerum divis.* junto con la ley *nunquam nuda,* Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio.*

(2) Según la ley *sequitur,* §. *lana,* Digesto *de usucapione.*

(3) Conforme al §. *sic itaque,* Instituta, *de actibus.*

(4) Al comentar la ley 3.ª, §. *ex contrario,* Digesto, tít. *de acquir. possessione.*

(5) Conforme a la ley 1.ª del Código, tít. *de furtis* y a la ley 1.ª del Código, tít. *de servis fugitivis.*

(6) Según las leyes *cum de in rem, si certis annis, operis, creditor* y otras semejantes ya citadas.

Secundum quae cum hujusmodi exactio annua inde procedere intelligatur, & ab actore seu domino vasallorum vel rusticorum allegetur, ex concessione ipsorummet id jus descendere, & per longum tempus tot geminas praestationes totque tacitas confessiones uniformes ostenderit, in futurum quoque eos exigere poterit etiamsi longum tempus tantum non etiam longissimum aut immemoriale praeterierit, nisi ipsi probaverint causam a domino allegatam veram non esse, seque ex gratia & benignitate tantum solvisse, non ex causa obligatoria, vel si ex causa obligatoria praestitissent, id tamen per errorem fecisse, nec ut supra diximus, injustior ratio est contra vasallos rusticos quam contra alios, nec crediderim oportere, quod tales annuae praestationes factae fuerint nominatim ex causa obligatoria, nam etiamsi id dominus non probaverit, ex causa tamen quam dominus allegaverit factae praesumentur, argumento d. l. cum de in rem, cum simil. supra allegatis, si non destruantur, & quia ex gratia factae non praesumuntur d. l. cum de indebito, ff. de prob. agnosco tamen in contrarium se habere communem opinionem, de qua supra mentionem fecimus, qua de re dicendum, ut supra.

33. Pro nobis facit, † quia nulla probatio concludit certo & indubitanter, sed tantum praesumptive. Nam primo itaque considerandum est, quod modus humanae probationis ad humanum judicium fit per fidem & credulitatem judicare debentis, fides autem vel credulitas quandoque jure cogitur per probationes testium & instrumentorum, ut in l. ubi numerus, & vulgata l. sciant cuncti, & l. 1. & per totum de fide instru. quandoque plura concurrunt simul, ex quibus notitia intellectualis cogitur ad credulitatem; oportet enim

tributaciones repetidas y uniformes y tantas tácitas confesiones de sus vasallos durante largo tiempo, podrá exigirlas también en lo futuro, aun cuando sólo hubiera trascurrido largo tiempo y no larguísimo o inmemorial, a no ser que los vasallos hubieran probado no ser verdadera la causa alegada por el señor, y que si habían tributado había sido sólo por mera benevolencia y benignidad, pero no por causa obligatoria, o que si habían pagado por causa obligatoria lo habían hecho por error. Y esta solución, según arriba hemos expuesto, no es más injusta cuando se trata de vasallos, que de quienes no lo son. Ni soy de parecer, que sea preciso el que tales tributaciones anuales se hayan hecho expresamente en virtud de causa obligatoria, porque aun cuando el señor no hubiera probado ésto, se presumirán hechas por la causa que el señor alega (1), mientras no demuestren lo contrario, además que no se presumen hechas por mera liberalidad (2). Reconozco, sin embargo, tener contra sí esta doctrina la común opinión, de la que arriba hemos hecho mención; pero sobre este punto hemos de contestar como lo hicimos antes.

33. Milita en nuestro favor el que ninguna prueba concluye cierta y evidentemente, sino sólo conjeturalmente. Porque hemos de considerar en primer lugar que el modo de probar humano en juicio asimismo humano, se basa en la fe y asentimiento del que tiene que juzgar. Esta fe o asentimiento unas veces se fundamenta en derecho en las pruebas de testigos y documentos escritos (3), otras veces concurren a la vez múltiples especies de pruebas por cuyo conocimiento el entendimiento se ve impulsado a dar crédito. Porque se requiere la fe en los testigos y según ella juzgar cuando nos consta con bastante claridad el asunto tanto por la razón cuanto por la autoridad; porque el objeto de la prueba es el hacer aparecer la verdad. Mas así como nos consta la verdad por la fe que damos a los testigos, es decir, por el crédito que damos a dos o a tres de éstos (4), así también nos vemos forzados a creer por otros argumentos, presun-

(1) Según lo prueba la ley *cum de in rem* y otras semejantes arriba citadas.

(2) Según la ley *cum de indebito*, Digesto, tít. *de probationibus*.

(3) Conforme a la ley *ubi numerus;* a la tan conocida ley *sciant cuncti* y a la ley 1.ª *de fide instrum.*, lo mismo que consta por todo el título.

(4) Según el cap. *in omni negotio, de testibus.*

credere & ex credito judicare quando tam ratione quam etiam auctoritate satis dilucide constat, ratio enim probationis est, ut de veritate constet, at sicut constat nobis de veritate per fidem testium, id est, per credulitatem quam duobus vel tribus testibus adhibemus, ut in cap. in omni negotio. de testi. ita credere cogimur ex aliis argumentis, praesumptionibus, & indiciis ex quibus mens ipsa instruitur ad veritatem & cogitur ad aliquid credendum, adeo quod quandoque violentas has praesumptiones appellamus, quia ex eis animus cogitur, & vincitur ad aliquid credendum, ut in cap. afferte, & capit. quia verisimile, & ibi Innocen. & Abb. de praesump. & quoniam haec argumenta & praesumptiones ex factis oriuntur, & sunt varia, ex quibus animus moveri potest, ideo certa regula ad fidem, et animi instructionem deffiniri non potest, aliqua tamen in jure positivo notantur, ex quibus animus ad fidem movetur, quae aliquando appellantur indicia, quandoque suspiciones, quandoque praesumptiones, quandoque argumenta, ut notatur in l. admonendi, de jure ju. & ibi per Doct. maxime Bar. at cum plurima esse possunt quam in jure reperiantur, ut in l. nam natura, de praescr. verbis. ea arbitrio & judicio discreti judicis oportet relinqui, & hoc est quod Jureconsultus docebat in l. 3. §. 1. & §. ejusdem, ff. de testibus in his verbis, quae argumenta ad quem modum probandi, & c. ergo fortior probatio mihi esse videtur contra solventem in terminis d. l. cum de in rem, quam in terminis l. ubi numerus, ff. de testibus, nam ut experientia rerum magistra docemur, testes non raro mentitum testimonium dicunt, at praesumptio de qua in dic. l. cum de in rem, ff. de usuris & de qua agimus in praesenti, vix unquam fefellit.

ciones e indicios por los cuales nuestra mente se informa de la verdad y se ve impulsada a creer algo, hasta el punto que a veces llamamos irresistibles a estas presunciones porque en virtud de ellas el ánimo se ve impulsado y vencido para creer algo (1), y porque estos argumentos y presunciones que pueden mover nuestro ánimo, nacen de los hechos y son tan diversos, por eso no puede fijarse regla cierta para la fe e información de nuestro ánimo. Sin embargo, algunas pruebas se señalan en el derecho positivo que mueven a nuestra mente a dar crédito que unas veces se llaman indicios, otras veces sospechas, o bien presunciones o finalmente argumentos, según consta por la ley *admonendi* (2), expuesta por los doctores y principalmente por Bartolo; pero pudiendo ser mucho más numerosas que las que constan en el derecho (3), conviene dejarlas al arbitrio y criterio prudente del juez, que es precisamente lo que enseña el jurisconsulto en la ley 3.ª *de testibus*, §. *ejusdem* del Digesto por estas palabras: «no se puede señalar con regla cierta lo que es suficiente para la prueba de las cosas, etc.». Así pues, a mi juicio, más poderosa prueba parece existir contra dicho tributario en los términos de la ley *cum de in rem*, que en los de la ley *ubi numerus* (4). Porque según nos lo enseña la experiencia, maestra de la vida, los testigos no raras veces dan falso testimonio, mientras que la presunción a la que se refiere la citada ley *cum de in rem*, y de la que tratamos en el caso presente, muy rara vez nos ha engañado.

Pero si pagaron cierta cantidad durante cuarenta años, 34.
si se trata de un pueblo, o durante treinta años si se trata de uno solo o de determinados individuos, conforme a la distinción de las leyes *sicut* y *omnes* (5), y el señor que percibía tales cantidades tenía título y buena fe, porque por ejemplo, fué el heredero de quien solía ya percibirlos, o porque ordenó a su procurador que comprase dichas rentas anuales, comunicándole éste que las había comprado, y

(1) Según aparece por el cap. *afferte* y por el cap. *quia verisimile, de praescript.* como lo notan Inocencio y el Abad en tal lugar.
(2) Del tít. *de jurejurando.*
(3) Como aparece por la ley *nam natura, de praescriptis verbis.*
(4) Del Digesto, tít. *de testibus.*
(5) Ambas del Código en el tít. *de praescript. 30 annorum.*

34. Quod † si quadraginta annis praestiterunt, quando agitur contra populum, vel triginta, quando contra unum vel certos, juxta distinctionem l. sicut, & l. omnes, C. de praescrip. 30. annorum, & dominus exigens tales praestationes habebat titulum & bonam fidem (puta quia haeres fuit eis qui idem exigere solebat, vel quia procuratori jussit ut eos annuos reditus emeret, isque denuntiavit se emisse & pretium solvisse, deque eo fidem fecit domino, juxta l. non solum, §. quod vulgo, ff. de usucapio. l. quod vulgo, ff. pro emptore. l. pro legato, l. fina. ff. pro legato, l. fina. ff. pro suo) an post triginta annos prosit vasallis, aut rusticis, aut aliis probare, puod ipsi non veluti ex debito, sed quasi ex gratia se solvere putabant, licet id in solutionibus ipsis nominatim non declarabant, & videtur quod sic, quia tempus non est modus tollendae aut inducendae obligationis personalis (qualis ea qua de agimus est) l. obligationum fere, §. placet, ff. de action. & obligatio. l. nemo potest, ff. de legat. 1. at si hoc casu contrarium probari non liceret, jam per solum tempus obligatio personalis inevitabiliter inducta esset, ergo & c.

Sed in contrarium efficaciter ac sufficienter facit, quia quidquid potest aliis titulis (puta emptionis, dotis, donationis, legati, haereditatis & similium) acquiri, poterit quoque praescriptione acquiri, l. sicut, l. omnes, l. cum notissimi, C. de praescriptio. triginta annorum, nec titulus in hac praescriptione exigitur ut dd. ll. ergo praeterito hoc tricennio hujus juris praescriptio contingit, si non absit bona fides ut dd. legibus, non secus, quam posset tale jus annuum per titulum emptionis, donationis, dotis, legati & similium acquiri, nec verum esset solo tempore obligationem personalem hoc casu quaesitam videri, cum praeterea affuerint tot tacitae confessiones debiti, totque geminae solutiones, nam & in l. si quis

había pagado su precio, dando fe de ello a su señor (1), ¿aprovecharía, después de dichos treinta años, a los vasallos o rústicos o a otras personas, el probar que ellos juzgaban pagar aquellas rentas, no como a título de deuda, sino como por benevolencia aun cuando no declararan ésto expresamente al efectuar los mismos pagos? Parece que les aprovecharía, porque el trascurso de tiempo no es modo de extinguir o de crear una obligación personal (cual lo es ésta de que tratamos) (2), ahora bien, si en este caso no fuera permitido el probar lo contrario, se habría creado inevitablemente una obligación personal por el solo trascurso de tiempo, luego, etc.

Pero en contra de ésto es eficaz y suficiente argumento, el que todo lo que puede adquirirse por otros títulos (por ejemplo, por título de venta, de dote, de donación, de legado, de herencia o de otros tales), puede también adquirirse por prescripción, conforme a las leyes *sicut*, *omnes* y *cum notissimi* del Código, título *de praescrip. 30 annorum*, sin que en tal prescripción se exija título, conforme a dichas leyes, luego una vez pasados los treinta años tiene lugar la prescripción de tal derecho, siempre que no falte buena fe, según las mismas leyes citadas, al igual que podría adquirirse tal derecho anual a título de compra, de donación, de dote, de legado, o de otros semejantes; ni sería cierto que en este caso se consideraría creada aquella obligación personal sólo en virtud del tiempo, cuando existían además tantas tácitas confesiones de débito, y los pagos tantas veces repetidos. Cosa parecida vemos también en la ley *si quis diuturno* (3), donde por el solo trascurso de largo tiempo, con la tolerancia del dueño, se adquiere un derecho real de servidumbre. Añádase el que en nuestro caso tiene perfecto valor aquella razón «para que el dominio de las cosas no sea incierto» (4); porque si después de una larguísima cuasi-posesión, no se considerara adquirida la propiedad de tales rentas anuales,

(1) Conforme a la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto *de usucapione;* a la ley *quod vulgo*, Digesto *pro emptore;* a la ley *pro legato* y final del Digesto *pro legato* y a la ley final del Digesto, tít. *pro suo*.

(2) Conforme a la ley *obligationum fere*, §. *placet*, Digesto, tít. *de action. et obligat*, y a la ley *nemo potest*. Digesto *de legatis*, lib. 1.°

(3) En la introducción Digesto, tít. *si servitus vindicetur*.

(4) De la ley 1.ª *de usucapione* del Digesto.

diuturno, in princip. ff. si servitus vendi. solo tempore longo jus reale servitutis acquiritur, cum patientia domini. Facit, quia illa ratio ne rerum dominia sub incerto sint, militat ex integro, & in specie nostra, l. 1. ff. de usucapion. Etenim hujusmodi annui reditus si post longissimam quasi possessionem non viderentur acquisiti, cum facile probationum copia perire soleat, talium redituum jus & dominium saepe sub incerto esset; facit quia ut titulo emptionis hujusmodi annui reditus acquiri posssunt & solent, ut in extravagan. Martini de empt. & vendition. & titulo emphyteusis, ut l. final. & per totum, C. de jure emphyt. l. alienationis, verbum, ff. de verborum signification. ita & acquiri poterit praescriptione, dict. l. alienationis, facit d. l. cum de in rem, ff. de usuris cum similibus, si non destruantur; facit quia imputandum est ei qui tot geminas solutiones, totque tacitas confessiones fecit, & si ab initio semel consensit, ex postfacto paenitere non licet l. sicut ab initio, C. de action. & obligatio. praesertim cum tanta, ut jam ediximus, sit vis geminationis, & pluries ac pluries tacitum consensum geminaverit, ita ergo tenendum est, prout supra conclusimus post Covarru. licet contrarium sentiant Aymon post plures quos ipse refert in d. versicu. transeo nunc numero 27, & Riminaldus columna antepenultim. post plures quos refert in dict. l. si certis annis, C. de pact.

35. Quid si † praeteriit tempus cujus initii non est memoria, & tunc ex parte domini contra vasallos vel rusticos vel alios non est necessaria tituli probatio, nec etiam allegatio, ut ex communi opinione supra conclusimus, nec etiam vasalli admittuntur ad probandum contrarium etiam per confessionem ipsius domini, quia lex in hoc casu procedit inductive

siendo tan fácil el desaparecer los documentos de tales pruebas, con frecuencia quedaría incierto el derecho y dominio de semejantes rentas. Otra prueba es ésta, que así como dichas rentas anuales pueden y suelen adquirirse a título de compra (1), y a título de enfiteusis (2), así también podrán adquirirse por prescripción (3). Prueba lo mismo la citada ley *cum de in rem* y otras semejantes, mientras no se destruya su fuerza. Añádase el que ésto se ha de imputar a quien efectuó tantas veces iguales pagos, e hizo tantas confesiones tácitas de lo mismo y que si desde un principio prestó su consentimiento, no le es ya lícito volverse atrás con posterioridad al hecho (4), principalmente siendo tan grande como lo es la fuerza de la repetición de los actos, según ya lo hemos declarado, y habiendo repetido su tácito consentimiento tantas y tantas veces; hemos, pues, de sostener la conclusión arriba asentada siguiendo el sentir de Covarrubias, aun cuando sea de contrario parecer Aymón con otros muchos a quienes cita (5) y Riminaldo que sigue a su vez el sentir de numerosos autores que aduce (6).

35. Y ¿qué diríamos en el caso de haber trascurrido tiempo inmemorial?, que entonces no es necesaria por parte del señor la prueba, ni aun la alegación de título contra sus vasallos o rústicos, u otras personas, según la conclusión establecida arriba, basada en la común opinión, y que ni los vasallos son admitidos a probar lo contrario, aun cuando lo confesara el propio señor, porque la ley en este caso procede inductivamente y no por presunción. Y así como en determinados casos la ley me concede un derecho de otro, como consta por todo el título del Código «por qué causas los siervos reciben como premio la libertad» y por otras muchas disposiciones, según arriba lo hemos expuesto más de una vez y lo haremos constar más adelante, sin que en dichos

(1) Según consta por la Extrav. de Martín, *de empt. et vendit.*

(2) Conforme a la ley final y a todo el tít. *de jure emphyt.* del Código; y a la ley *alienationis verbum*, Digesto *de verbor. significat.*

(3) Según la citada ley *alienationis.*

(4) Conforme a la ley *sicut ab initio* del Código, tít. *de action. et obligationibus.*

(5) En el referido versíc. *transeo nunc*, núm. 27.

(6) Al comentar la ley *si certis annis*, Código *de pactis*, colum. antep.

non tantum praesumptive, utque in quibusdam casibus jus alienum lex mihi dat, ut per totum, C. in quibus caus. servi pro praemio libertatem accipiant, & alibi saepe, ut non semel diximus supra & dicemus infra, nec tunc obesset mihi, quod palam faterer illud antea meum non fuisse, ita quoque & in specie nostra non obest mihi agnoscere, quod id annuum jus, quod tempore immemoriali majores mei quaesierunt, quondam ad eos non pertinebat, ideoque supra diximus, hanc esse legitimam acquisitionem, nam ut probetur immemorialis, non est necesse a temporibus Adae initium probationis sumere, satis enim est probare, quod viventium nullus est qui contrarium viderit, aut audiverit licet omnibus notum esset contrarium jus quondam viguisse, scimus enim quo primum tempore decimae creatae fuerint, ut diximus libro 1 ad finem, infra tomo 2, & tamen in decimis est praescriptio temporis immemorialis, ut capitu. 1. de praescription. libro 6. capitu. super quibusdam, §. praeterea, de verborum signification. multi tamen tenent contrarium ut per Aymonem de antiqui. par. 4. versi. absolutis nu. 39.

36. Ex † superioribus infertur, quod jurisdictio & si per actum hominis discontinuum praescribatur, & expediatur vel quasi possideatur, adhuc breviore tempore, quam immemoriali potest praescribi, quia adest animus quasi possidentis qui semper continuoque videtur possessionem vel quasi animo retinuisse, ut tradunt Bartol. & communiter Doctor. in l. justo §. non mutat. ff. de usucapionib. Bart. & com-
37. muniter Doctores in l. si ego, §. 1, ff. de public. † ita intelligo, l. fina. titulo de las prescripciones lib. 5. ordinamen. Diversum est in praescribenda servitute a re rei, quia res innanimata non habet animum quo continuetur possessio,

casos fuera el menor obstáculo el confesar públicamente que aquello antes no me había pertenecido, así también en este caso de que tratamos, nada me perjudica el confesar que este derecho anual que mis antepasados adquirieron por el trascurso de tiempo inmemorial, antes no les perteneció; por lo que dijimos arriba que ésta era una adquisición legítima. Porque para probar que es inmemorial, no es preciso que la prueba tenga que empezar desde los tiempos de Adán, sino que es suficiente probar que de entre los vivos no hay ninguno que haya visto u oído lo contrario, aun cuando todos supieran que en otro tiempo estuvo en vigor el derecho contrario. Porque también sabemos en qué tiempo se establecieron por primera vez los diezmos, según lo hemos escrito al final del libro primero (1), y, sin embargo, en los diezmos existe la prescripción de tiempo inmemorial (2). Muchos autores sostienen, sin embargo, lo contrario, según lo afirma Aymón (3).

Infiérese de lo expuesto que aun cuando la jurisdicción se 36.
prescriba, se ejerza y en cierto modo se posea por actos discontinuos humanos, puede con todo prescribirse por el trascurso de tiempo más corto que el inmemorial, porque existe la intención del cuasi-poseedor que se considera haber retenido siempre y sin interrupción alguna la posesión o cuasi-posesión según lo enseña Bartolo y generalmente los doctores (4), y así entiendo la ley final, título de las prescripciones, libro 5.°, Ordenamientos. Cosa diversa 37.
sucede cuando se trata de la prescripción de una servidumbre adquirida por una cosa sobre otra cosa, porque las cosas inanimadas carecen de intención por la cual puedan hacer continua la posesión (5), por lo cual se exige tiempo inmemorial, conforme lo dijimos al exponer la ley *servitutes*.

Infiérese también ser sospechosa la opinión que defen- 38.

(1) Y más adelante al final del lib. 2.°

(2) Según consta por el cap. 1.°, *de praescript.*, lib. 6.° y por el cap. *super quibusdam*, §. *praeterea, de verb. significatione.*

(3) *De antiquit. temp.*, part. 4.ª, versíc. *absolutis*, núm. 39.

(4) Al comentar la ley *justo*, §. *non mutat*, Digesto *de usucapione* y la ley *si ego*, §. 1.°, Digesto *de publicanis*.

(5) En este sentido se entiende la ley *servitutes in mag.*, Digesto, tít. *de servit.*

ita procedit, l. servitutes, in mag. ff. de servi. ideoque exigitur tempus immemoriale, ut ibi & supra diximus.

38. Infertur etiam † suspectam esse opinionem, quam tenuerunt Barto. in l. 1. colum. 4. de muli. & in quo loco, libro 10 Barto. in l. cum neque, de incolis eodem lib. Alexan. consi. 52. libro. 5. incip. visis his quae in themate. Idem Alexan. consi. 78. lib. 6. Aretin. consi. 132. in causa columna 3. Decius, consi. 285. ad finem incipit, & pro tenui ajunt enim oportere, ut interveniat tantum tempus cujus initi memoria non sit, ut inducatur consuetudo collectandi (ut more ipsorum loquar) forenses, moventur, quia in hac consuetudine vel praescriptione requiritur factum hominis, quod non potest non esse discontinuum l. foramen, ff. de servi. urbanorum praediorum, ergo ea praescriptio non continget breviore tempore quam immemoriali d. l. servitutes, sed nihil est, quia animo hominis ea quasi possessio retinetur continuo, sicque breviore tempore contingit praescriptio, merito ergo contra Barto. & sequaces tenuit Alexan. consi. 68. lib. 2. Corneus, consi. 268. numero. 16. lib. 4. Curtius jun. consi. 90. columna 3. Aymon de antiq. par. 4. versic. materia ista, num. 31.

39. Et † cum superius resolverimus annuos reditus posse acquiri praescriptione longissimi temporis, nec requiri tantum tempus cujus initii non sit memoria, idem in praescribenda libertate contra tales annuos reditus obtinebit, & longe facilius, quia obligationes non sunt tam favorabiles quam liberationes ut l. Arrianus, ff. de actio. & obliga. & quia reis potius favendum est quam actoribus c. cum partium, de regu. jur. lib. 6. licet contrarium & male, ut tempus immemoriale

dieron Bartolo (1), Alejandro (2), el Aretino (3) y Decio (4), cuando dicen ser preciso que trascurra tiempo inmemorial para que se considere establecida la costumbre de percibir los impuestos *forenses* (usando el término que ellos usan), fúndanse en que en dicha costumbre o prescripción se requieren actos humanos que necesariamente han de ser discontinuos (5), luego tal prescripción no puede tener lugar en tiempo más corto que el inmemorial (6). Pero esta razón nada vale, porque el hombre puede con su intención retener de un modo continuo aquella cuasi-posesión, por lo que la prescripción se cumple en tiempo más corto. Con razón, pues, en contra de Bartolo y sus seguidores defendieron la opinión contraria Alejandro (7). Corneo (8), Curcio el Joven (9) y Aymón (10).

Habiendo dado arriba esta solución, que los réditos 39.
anuales pueden adquirirse por prescripción de larguísimo tiempo sin que se requiera tiempo inmemorial, lo mismo resolveremos también cuando se trata de prescribir la cesación de los mismos réditos anuales y con mucha mayor facilidad, porque mucho más propensos somos a librar de una obligación que a imponerla (11), y porque más bien se ha de favorecer al reo que al acusador (12). Aun cuando sin fundamento han defendido lo contrario, que se requiera tiempo inmemorial, Guido Papa (13), Boërio (14), Bartolo (15) y Ana-

(1) Al comentar la ley 1.ª, colum. 4.ª *de muli. et in quo loco*, lib. 10, y la ley *cum neque, de incolis* del mismo libro.

(2) Dictamen 52, lib. 5.º que empieza *visis his quae in themate* y en el 78, libro 6.º

(3) Dictamen 132, *in causa*, colum. 3.ª

(4) Dictamen 185 al final, que empieza *et pro tenui*.

(5) Según la ley *foramen*, Digesto *de servit. urban. praediorum*.

(6) Según la ley *servitutes*.

(7) Dictamen 68, lib. 2.º

(8) Dictamen 268, lib. 4.º, núm. 16.

(9) Dictamen 90, colum. 3.ª

(10) *De antiquit. tempor.*, part. 4.ª, vers. *materia ista*, núm. 31.

(11) Conforme consta por la ley *Arrianus* del Digesto, tít. *de action. et obligat.*

(12) Según el cap. *cum partium, de regul. juris*, lib. 6.º

(13) En la cuestión 406.

(14) Decisión 336, al final.

(15) Comentando la ley *si usufructus*, Digesto *de usufr. lega.* y la ley *Maevius* §. final, Digesto *de legatis*, lib. 2.º

exigatur, tenuerint Guid. Papae, q. 406. Boërius decisione. 336. ad finem Barto. in l. si usufructus, ff. de usufr. lega. Idem Bart. in l. Maevius, §. fina. ff. de legatis secundo Anania, consi. 39. quos refert & improbat Aymon, ubi supra, numero 34. neque ad rem pertinuit quod ipsi ajunt, tot esse obligationes quot sunt anni, unde (inquiunt) praeteritorum fructuum seu redituum poterit contingere praescriptio, futurorum vero non utique, sed cum ab uno eodemque principio universorum annorum jus defluxerit, non sunt diverso jure, vel ut diversae res censendi aut praescribendi tales reditus l. eum qui aedes. ff. de usucap. praeterea si inductive etiam futurorum annorum contingit praescriptio, & quasi unum idemque jus non plura aut diversa jura quoad sui praescriptionem intelliguntur, ut supra ostendimus, multo magis unum idemque jus unoque ictu extinctive praescribentur, cum de liberatione agatur, ut jam docuimus; hinc etiam apparet errase Alexan. consi. 35. numero 3. libro 2. dum in tali jure praescribendo tempus immemoriale exigebat.

40. Infertur † etiam ex superioribus suspectam esse opinionem Glos. in l. servitutes, in mag. ff. de servit. dum ait, quod servitus discontinua a re rei acquiri non potest, nisi tempore cujus initii non sit memoria, ut ibi, verum hoc procedere, quando nititur actor in solo tempore, ut ibi. Diversum tamen esse si titulum allegaret, tunc enim inquit Goss. ex solo longo tempore is titulus allegatus praesumeretur, quod verum non est, tum, quia secundum hoc d. l. servitutes, esset verbis non rebus imposita, contra l. 2. C. commu. delega. tum etiam, quia servitus habens causam discontinuam, quae venit acquirenda a re rei, non potest longo tantum tempore acquiri, quia longo tempore ut praescriptio procedat, oportet, ut adsit

nia (1), a todos los cuales cita y refuta Aymón (2). Ni ofrece dificultad alguna lo que dichos autores afirman, que existen tantas obligaciones cuantos son los años, de donde concluyen que podrá tener lugar la prescripción de los frutos o réditos ya recibidos, pero de ningún modo de los futuros, Pero procediendo de un solo e idéntico principio el derecho de todos los años, tales réditos ni se han de juzgar ni prescribir por diverso derecho o como cosas diversas (3). Además, si tratándose de crear una obligación, tiene lugar la prescripción aun para los años futuros, considerándose en cuanto a su prescripción como uno solo e idéntico derecho y no como varios y diversos derechos, según arriba dejamos demostrado, con mucho más motivo tratándose de la exención de los mismos se prescribirán como si fuera uno solo e idéntico derecho extinguiéndose de un solo golpe por la prescripción, según también lo hemos expuesto. Por lo dicho aparece también claro haber errado Alejandro (4), al exigir tiempo inmemorial para la prescripción de tal derecho.

Infiérese también de lo anterior ser sospechosa la opi- 40.
nión de la glosa en la ley *servitutes* (5), cuando dice que no puede adquirse la servidumbre discontinua de una cosa sobre otra, sino por el trascurso de tiempo inmemorial, como en dicho lugar; pero ésto sucederá cuando el actor se apoya sólamente en el tiempo, como en el caso de dicha ley. Cosa diversa sería, sin embargo, si alegara título, porque entonces, dice la glosa, por el solo trascurso de tiempo se presumiría el título alegado; lo que no es verdad, tanto porque entonces la citada ley *servitutes* parecería dada por las palabras y no por las cosas, contra la ley 2.ª del Código en el título *communia de legatis*, ya también porque una servidumbre que tiene causa discontinua y que se ha de adquirir por una cosa sobre otra cosa, no puede adquirirse por el trascurso de solo largo tiempo, porque para que una prescripción tenga lugar por solo el largo tiempo, es preciso que la posesión sea continua (6). Por consiguiente, no exis-

(1) Dictamen 39.
(2) *Ubi supra*, núm. 34.
(3) Conforme a la ley *eum qui aedes*, Digesto, tít. *de usucapione*.
(4) Dictamen 35, núm. 3, lib. 2.º
(5) Del Digesto, tít. *de servitutibus*.
(6) Conforme a la ley 3.ª, Digesto *de usucapione*.

continuatio possessionis l. 3. ff. de usucap. unde cum hic non adsit possessio continua, sed discontinua quasi possessio, cessat praescriptio, neque is defectus supletur per animum possidentis ac praescribentis, qui continuus esse intelligitur, quia ut supra dicebamus, hic agitur de jure servitutis praescribendo a re rei, res autem, utpote inanimata, non habet animum quo mediante illam quasi possessionem videri posset continuasse, & ita illam Gloss. improbat & firmat communiter improbari Alexan. consi. 75. ad finem lib. 4. licet de hac ratione non meminerit, & eam improbat & ait communiter improbari Bart. in d. l. servitutes, licet alia utatur ratione, qui etiam resp. ad l. cum de in rem, ff. de usuris, quod ibi interfuerunt plures actus positivi ejus contra quem praescribebatur, at in d. l. servitutes, sola taciturnitas non etiam ullus actus positivus.

Ex superioribus etiam infertur decisio illius articuli quo
41. quaeritur † quantum temporis exigatur ad praescribendum jus pascendi in alieno agro, sive intelligas jus servitutis esse, sive aliud, & sunt qui putent immemoriale tempus requiri, primum, quia cum hac in re factum rei animatae exigatur & intervenire oporteat, videtur habere causam hujusmodi quasi possessio discontinuam l. foramen, ff. de servit. urba. praediorum, & consequenter videtur necessarium tempus immemoriale, argumento d. l. servitutes mag. ff. de servit. deinde etiam quia contra pascentem in alieno agro est praesumptio juris communis, argumento l. altius, C. de servit. & l. fina. C. de rebus alien. ergo tempus immemoriale requiritur, & ita est communis sententia, quam tenent Caepolla de servit. rusti. praedi. cap. de servi. juris pas. numero. 14. Idem Caepo. ibi cap. de servi. aquae ductus, nu. 39. Guido Papae decisione. 573 Petr. Jacob. in sua practic. cap. de

tiendo en este caso posesión continua, sino una cuasi-posesión discontinua, cesa la prescripción. Ni este defecto puede suplirse por la intención del poseedor que consigue la prescripción y que se considera ser continua; porque, según arriba decíamos, se trata de la prescripción de un derecho de servidumbre de una cosa sobre otra, pero la cosa como inanimada que es, no tiene intención mediante la cual pudiera considerarse haber hecho continua aquella cuasi-posesión; por ésto reprueba dicha glosa y afirma que la reprueban comúnmente los autores, Alejandro (1), aun cuando no hizo mención de esta razón; impugna también dicha glosa Bartolo (2), si bien apoyado en otro argumento. Asimismo a la citada ley *cum de in rem* (3) responde, que en ella intervinieron muchos actos positivos de aquel contra quien se prescribía, pero en la citada ley *servitutes*, sólo intervino tolerancia, pero no acto positivo alguno.

41. De lo expuesto infiérese también la solución a aquella cuestión en la que se pregunta, cuánto tiempo se precisa para conseguir la prescripción del derecho de pastar en campo ajeno, ya le consideres derecho de servidumbre o diverso. Hay quienes opinan que se exige tiempo inmemorial, primeramente, porque exigiéndose y siendo preciso que intervenga en este caso acto de cosa animada, parece que esta cuasi-posesión tiene causa discontinua (4), y por consiguiente se considera necesario tiempo inmemorial (5); en segundo lugar, porque existe presunción de derecho común contra quien apacienta en campo ajeno (6); luego se exige tiempo inmemorial y así lo defiende la común opinión que sostienen Cepolla (7), Guido Papa (8), Pedro Jacobo (9), Decio (10), Anca-

(1) Dictamen 75 al final, lib. 4.°

(2) Comentando dicha ley *servitutes;* afirma también que comúnmente impugnan los autores dicha glosa.

(3) Del Digesto *de usuris.*

(4) Según la ley *foramen.* del Digesto *de servit. urb. praed.*

(5) Pruébalo la ley *servitutes in mag.*, Digesto *de servitutibus.*

(6) Según consta por la ley *altius,* Código *de servitutibus* y por la ley final del Código, tít. *de rebus alienis.*

(7) *De serv. urb. praediorum,* cap. *de servit. juris pas,* núm. 14 y en el mismo lugar *de servit. aquae ductus,* núm. 39.

(8) Decisión 75.

(9) En su *pract.*, cap. *de servit. pec. de praescript.*

(10) Dictamen 483, núm. 16.

servi. pecoris de pr. Decius consi. 483. numero. 16. Ancharan. consi. 255. Bertrandus, consi. 24. numero. 10. libr. 1. Parisius, consi. 27. numero. 70. libr. 1. Cassaneus in consuetu. Burgu. rubric. 13. §. 5. nu. 16. Covarru. libro 1. resol. cap. 17. nu. 11. sed prima ratio nihil est, & in contrarium (si non longe fallimur) est veritas, nec ponimus, ut praedium meum servitutem realem acquirat in praedio vicini, nec ponimus, me predium ullum habere, sed tantum ponimus, me tali veluti jure adversario sciente & patiente usum fuisse, cujus patientia pro traditione est, ut ff. de publi. in rem actio. l. si ego. §. 1. ibi per traditionem vel patientiam forte & licet res inanimata (ut supra dicebamus) hujusmodi servitutem quasi discontinuam causam habentem non posset praescribere breviore tempore quam immemoriale, tamen cum hic agatur, ut persona mea acquirat, animusque meus continuo quasi possidere videatur, non est cur tempus immemoriale hic exigatur, sed tempus tantum ordinarium, quo reliquae servitutes acquiruntur, juxta l. si quis diuturno, ff. de servit. urb. praedi. nec oberit mihi defectus tituli, unde solet resultare suspicio malae fidei, argumento l. cum quaerebatur, C. unde vi, nam illud cum agitur de praescribenda rei proprietate procedit, non sic cum agitur de praescribenda servitute, ut jam ex communi opinione docuimus in quaestionibus praecedentibus & seq. ita intelligentes d. l. si quis diuturno, nec oberit, quod contra praescribentem sit praesumptio juris, cum quaelibet res libera praesumatur, juxta l. altius, C. de
42. servi. ergo videbatur desiderari tempus immemoriale † argumento cap. 1. de praescrip. lib. 6. nam respondeo, illud procedere, quando & ageretur de praescribenda proprietate, & praeterea essemus in rebus quae sola principis concessione quaeri possunt, quae reputatur fere impossibilis l. apud

rano (1), Bertrán (2), Cesáreo (3) y Covarrubias (4). Pero el primer argumento nada prueba, y (si no nos engañamos mucho) es contrario a la verdad; porque ni tratamos de que una finca mía adquiera una servidumbre real sobre la finca del vecino, ni suponemos siquiera que yo tengo finca alguna, sino que suponemos sólamente que yo he usado de semejante derecho a ciencia y paciencia del contrario, cuya tolerancia se equipara a la entrega, conforme a las palabras de la ley *si ego*, «por la tradición o por la paciencia» (5). Y aunque una cosa inanimada (según arriba decíamos) no pueda conseguir la prescripción en tiempo más corto que el inmemorial de una semejante servidumbre que proceda de causa cuasi-discontinua, sin embargo, como aquí se trata de que adquiera la persona, y considerándose que mi intención tiene la cuasi-posesión sin interrupción alguna, no hay razón para que aquí se exija tiempo inmemorial, sino sólo el tiempo ordinario en el que se adquieren las restantes servidumbres (6). Ni me perjudicará la falta de título en que suele fundarse la sospecha de mala fe (7), porque eso tiene lugar cuando se trata de la prescripción de la propiedad de una cosa, pero no cuando se trata de la prescripción de una servidumbre, según lo hemos ya declarado en las cuestiones anteriores, y lo haremos en otras posteriores, basados en la opinión común, entendiendo de este modo la citada ley *si quis diuturno*. Ni ofrece tampoco dificultad el que contra el que prescribe existe la presunción de derecho, puesto que todas las cosas se presumen libres, conforme a la ley *altius* (8); luego parece que debía exigirse tiempo inmemorial, conforme al capítulo 1.° *de praescript.*, libro 6.°. Pero respondo que ésto sucedería si se tratara de la pres- 42.
cripción de la propiedad, y además nos refiriéramos a cosas que sólo pueden adquirirse por concesión del príncipe, que casi se reputa imposible (9), y así entiendo tam-

(1) Dictamen 255.
(2) Dictamen 24, núm. 10, lib. 1.° y Paris, dict. 27, núm. 70, lib. 1.°
(3) En su *Consuetud. Burgund.*, rúb. 15, §. 5.°, núm. 16.
(4) En el libro 1.° de sus resoluciones, cap. 17, núm. 11.
(5) Del Digesto, tít. *de publi. in rem action.*
(6) Conforme a la ley *si quis diuturno*, Digesto, tít. *de servit. urb. praedior.*
(7) Como aparece por la ley *cum quaerebatur*, Código *unde vi.*
(8) Del Código, tít. *de servitutibus.*
(9) Según la ley *apud Julianum*, §. *constat.*, Digesto *de legatis*, lib. 1.°

Julianum, §. constat, ff. de lega. 1. & ita etiam intelligo cap. 2. §. contrahentes, de rebus ecclesi. non sic quando agitur de praescribenda servitute, nam jus servitutis quasi vile & pauci momenti reputatur, sicque facile acquiritur, quia de facili praesumitur in eo jure concedendo domini voluntas prona, sicque praescribens non videtur esse in mala fide, sed credere potius dominum permissurum & concessurum, sicque licet contra praescribentem talem servitutem sit juris praesumptio, adhuc ea contingit tempore ordinario l. 2. C. de servi. cum igitur in specie nostra ea servitus tempore ordinario contingat, in eo tantum quaestio erit, a quo tempore ea quasi possessio coepisse videatur, & an caruerit omni vitio, quia non vi, non clam, non precario, & c.

bién el capítulo 2.°, §. *contrahentes* (1); pero no sucede lo mismo cuando se trata de prescribir una servidumbre, porque el derecho de servidumbre se considera de poco valor e importancia, y por tanto, se adquiere con facilidad, porque por pequeño motivo se supone la voluntad del dueño pronta a conceder tal derecho, y por tanto, no se considera estar en mala fe el que consigue la prescripción, sino más bien, que juzga que el dueño lo permitirá y concederá, y por consiguiente, aun cuando exista presunción de derecho contra el que consigue la prescripción de tal servidumbre, con todo tiene aquélla lugar por el trascurso de tiempo ordinario (2); como, pues, en nuestro caso tenga lugar dicha servidumbre por el trascurso de tiempo ordinario, sólamente quedará en pie esta cuestión, desde qué tiempo se considerará haber empezado aquella cuasi-posesión, y si ha carecido de todo vicio, por no haberse obtenido ni por violencia ni cladestina ni precariamente, etc.

(1) *De rebus eccles.*
(2) Según la ley 2.ª, Código *de servitut.*

CAPVT LXXXIV

SUMMAE

1. *Titulus allegatus an praesumatur contra facientem, cum communi.*
2. *Vasallorum praestationes an justificentur ex tituli allegatione, quoad nobiles Hispaniae.*
3. *Titulus allegatus non praesumitur ad praescribendam proprietatem rei corporeae, nec etiam ad praescribendum ejus usumfructum, cum communi.*

   Solemnitas a lege requisita non praesumitur interfuisse, nisi probetur.
4. *Titulus allegatus an post longam possessionem praesumatur ad praescribendam servitutem discontinuam, ingens pugna.*
5. *Servitus discontinua an longo tempore in effectu acquiratur, si utens ea titulum allegavit.*
6. *Servitus habens causam continuam longo tempore, habens vero causam discontinuam tempore immemoriali praescribitur.*
7. *Titulus allegatus an in iis quae sunt modici praejudicii praesumatur, non tantum contra agentem, sed etiam contra patientem.*
8. *Titulus allegatus an post longam possessionem praesumatur in praescribenda servitute discontinua.*
9. *Tempus immemoriale non tam intelligitur jus praesumere, aut fingere quam jus vere inducere.*

CAPÍTULO LXXXIV

SUMARIO

¿Se presume el título alegado, contra aquél que ha ejecutado actos positivos? Con la común opinión. 1.

¿Se justifican, en virtud de la alegación de título, los tributos de los vasallos en cuanto a los nobles españoles? 2.

No se presume el título alegado cuando se trata de la prescripción de la propiedad de una cosa corporal, ni cuando se trata de la prescripción del usufructo de la misma; con la opinión común. 3.

La formalidad exigida por la ley no se presume, si no se prueba.

¿Se ha de presumir el título alegado después de prolongada posesión cuando se trata de la prescripción de una servidumbre discontinua? Cuestión muy debatida. 4.

¿Se adquiere efectivamente una servidumbre discontinua en virtud del largo tiempo trascurrido, si quien disfruta de ella, ha alegado título? 5.

La servidumbre que tiene causa continua se prescribe por el trascurso de largo tiempo y la de causa discontinua por el de tiempo inmemorial. 6.

¿Se presume el título alegado, tratándose de cosas de pequeño perjuicio, no sólo contra el que ejecuta actos positivos, sino también contra el que sólamente tolera? 7.

Después de una larga posesión, ¿se ha de presumir el título alegado en la prescripción de una servidumbre discontinua? 8.

El tiempo inmemorial no tanto se considera presumir o fingir un derecho, cuanto producirlo en realidad. 9.

10. *Titulus allegare necesse non est, ubi est possessio immemorialis, contra plures cum communi.*
11. *Incapax simpliciter an tempore immemoriali praescribat.*
12. *Tempore immemoriali quaeruntur, quae acquiri sola principis concessione possunt, sive titulus allegetur, sive etiam solum tempus, contra Curti. Alex. Fel. & alios.*
13. *Titulus allegatus an praesumatur post longam possessionem in reditibus regalibus contra ipsum regem agentem.*
14. *Temporis immemorialis vis.*
15. *Fama plene probat in antiquis, cum communi.*
16. *Fama probantur antiqua & vix alio modo.*
17. *Probationes conjecturales sufficiunt in antiquis.*
18. *Intellectus capitu. 1. de praescriptionibus, libro 6.*
19. *Intellectus l. nullo, C. de rei vend.*
20. *Intellectus l. cum de in rem verso, ff. de usuris.*
21. *Intellectus l. 1. C. de patria pote.*
22. *Vasalli an possint se tueri contra duces, comites, marchiones aut nobiles alios Hispaniae, quibus longo tempore id vectigal (quod alcab. dicitur) praestiterunt.*
23. *Titulus allegatus praesumitur etiam contra rusticum solventem in annuis praestationibus longissimi temporis, cum communi contra multos, & quid si sit longum tantum tempus.*
24. *Lex generalis comprehendit etiam personas privilegiatas, si in ea materia, qua de agitur, non reperiuntur habere privilegium speciale, cum communi.*
25. *Titulus allegatus post diutinam praestationem etiam contra mulierem praesumitur.*
26. *Titulus allegatus post diutinam praestationem praesumitur etiam contra ecclesiam.*

Cuando existe posesión inmemorial, no es preciso alegar título, con la común opinión contra numerosos autores. 10.

¿Puede conseguir la prescripción por el trascurso de tiempo inmemorial el que es absolutamente incapaz? 11.

Con el tiempo inmemorial se adquiere lo que sólo podría adquirirse por concesión del príncipe, tanto si se alega título como sólo el tiempo inmemorial; contra Curcio, Alejandro, Felino y otros. 12.

Después de larga posesión, ¿se ha de presumir el título alegado, tratándose de réditos regios y contra el propio rey que los reclamaba? 13.

Poder del tiempo inmemorial. 14.

Tratándose de cosas antiguas la sola fama prueba por completo; con la común opinión. 15.

Las cosas antiguas se prueban por la fama y casi exclusivamente por ella. 16.

Tratándose de cosas antiguas la prueba basada en conjeturas es suficiente. 17.

Sentido del capítulo primero *de praescriptionibus*, libro 6.° 18.

Sentido de la ley *nullo* del Código, título *de rei vindicatione*. 19.

Sentido de la ley *cum de in rem verso*, Digesto, título *de usuris*. 20.

Sentido de la ley 1.ª del Código en el título *de patria potestate*. 21.

¿Pueden los vasallos oponerse lícitamente a los duques, condes, marqueses u otros nobles españoles a los que por largo tiempo pagaron el tributo llamado alcabala? 22.

El título alegado se presume también contra el rústico que pagó anuales tributos durante larguísimo tiempo; con la opinión común contra numerosos autores. Y ¿qué diremos si sólo los pagó durante largo tiempo? 23.

La ley de carácter general comprende también a las personas privilegiadas si no consta que tengan particular privilegio en aquella materia de que se trata; con la común opinión. 24.

Después de una prestación durante largo tiempo se presume el título alegado aun contra las mujeres. 25.

La tributación durante largo tiempo hace que se presuma el título alegado aun contra la Iglesia. 26.

27. *Titulus allegatus post diutinam praestationem etiam contra fiscum praesumitur.*

28. *Tituli allegatio necessaria non est post tempus immemoriale, cum communi.*

29. *Titulus allegatus post diutinam possessionem praesumitur in judicio sive petitorio sive possessorio.*

30. *Annuae praestationes an ex causa obligatoria factae videantur, statur conjecturis.*

31. *Vasalli & similes annuas praestationes diu facientes, ut in posterum teneantur, oportet apparere, quod eas faciebant ex causa obligatoria.*

32. *Titulus in annuis praestationibus non aliter praesumitur, quam si allegetur.*

33. *Titulus in annuis praestationibus quando praesumitur, admittitur probatio in contrarium.*

34. *Titulus allegatus ex annuis praestationibus non praesumitur nisi essent uniformes.*

35. *Diuturna praestatio etiam lucrativa potest in posterum esse obligatoria, contra Jas. & alios & num. 36. 37. & 38.*

39. *Annuae praestationes faciunt per longum tempus praesumi titulum allegatum, etiamsi contra allegantem esset praesumptio juris, contra Jas. Riminal. Balb. & Alciatum.*

40. *Titulus allegatus contra patientem rem suam ab alio utifrui, non praesumitur per solum longum tempus, cumquibusdam contra plures.*

41. *Titulus illegitimus non inducit obligationem in posterum, cum communi opinione.*

42. *Alimentorum favore facile praesumitur obligatio in futurum, etiam ex praestatione non diuturna, cum communi.*

43. *Annuae praestationes non faciunt praesumi obligationem in futurum, si non allegetur.*

También se presume el título alegado contra el fisco después de una prestación durante largo tiempo. 27.

Después de tiempo inmemorial no es necesaria la alegación de título; con la común opinión. 28.

Después de la posesión durante largo tiempo se presume el título alegado tanto en juicio sobre la propiedad como sobre la posesión. 29.

Nos atenemos a las conjeturas para conocer si las tributaciones anuales se han hecho en virtud de causa obligatoria. 30.

Para que los vasallos u otras personas semejantes, que durante largo tiempo han pagado anuales rentas, estén obligados a pagarlas en adelante, es preciso que conste que las pagaban por causa obligatoria. 31.

Sólo, si se alega, se presume el título en las tributaciones anuales. 32.

Cuando se presume el título en las tributaciones anuales, admite prueba en contrario. 33.

No se presume el título alegado en las tributaciones anuales, a no ser que éstas sean uniformes. 34.

La tributación durante largo tiempo, aun siendo lucrativa, puede en adelante ser obligatoria; contra Jasón. 35.

Tratan de lo mismo los números 36, 37 y 38.

Las prestaciones anuales durante largo tiempo hacen que se presuma el título alegado, aun cuando existiera presunción de derecho contra el que alegaba el título; contra Jasón, Riminaldo, Balbo y Alciato. 39.

El título alegado contra el que tolera que otro usufructúe una cosa suya, no se presume por el trascurso de solo largo tiempo; con algunos autores contra otros más numerosos. 40.

El título ilegal no produce obligación para el futuro; con la común opinión. 41.

Fácilmente, se presume la obligación para el futuro cuando se trata de alimentos, aun en virtud de una prestación durante corto tiempo; con la común opinión. 42.

Las prestaciones anuales no hacen que se presuma obligación para lo futuro, si no se alega. 43.

1.  OSITA † possessione diuturna, an sequatur praesumptio tituli legitimi allegati, vehementer, & controversum est, & usibus forensibus agitatum, & quidem si is legitime (id est, non vi, non clam, non precario) & diu possedit, aut allegabatt itulum legitimum, aut titulum non ex toto legitimum, aut nullum titulum allegabat, sed sola diuturna illa possessione, & sic praescriptione tuebatur sese. Primo casu cum allegabat titulum legitimum, communis opinio esse videtur, ut is praesumatur ex possessione diuturna & legitima, per l. cum de in rem verso, in verbo, longo tempore, ff. de usur. ita tenent Glo. & Bart. in l. cum de in rem verso, supra alleg. in Glo. mag. sequitur & dicit esse communem opinionem Florianus ibi, colum. fin. Glo. mag. & ibi Bart. numero. 6. in l. servitutes, 4. ff. de servitutibus, Abb. consi. 6. in quaestione versic. 3. lib. 2. Gloss. & Bart. in l. 1. §. fin. ff. de aqua pluvi. arcenda, Gloss. & communiter Docto. in l. creditor, C. de usur. Gloss. in l. si certis annis, ubi communiter Doctores. C. de pactis, sequitur & dicit esse communem opinionem legistarum & canonistarum Pau. in d. l. servitutes, colum. fina. Joan. Andr. & alii in cap. pervenit, de censibus, Innocentius in cap. si diligenti, de rescrip. sequitur & dicit communem opinionem Felinus, numero. 41. in c. de 4, de praescrip. sequitur & dicit communem opinionem legistarum & canonistarum Caepolla, de servit. urb. praedi. cap. 19. nu. 6. ubi firmat se ita saepe vidisse practicari in omni annua praestatione, qualis est praestatio decimarum, quod & voluit Glo. magn. in fin. in d. l. cum de in rem, Dyn. in cap. possessor, de regulis juris

Supuesta la posesión durante largo tiempo, ¿síguese por ello la presunción de título legítimo alegado? Es ésta una cuestión por una parte ardorosamente debatida y por otra traída entre manos con frecuencia en la práctica forense. Ahora bien, la persona de quien se trata, si retuvo la posesión legítimamente (esto es, ni por violencia ni clandestina ni precariamente) y durante mucho tiempo, o alegaba título legítimo, o título no completamente legítimo, o no alegaba título alguno, sino que se amparaba sólamente en aquella prolongada posesión y por tanto en la prescripción. En el primer caso, cuando alegaba título legítimo, parece ser opinión común, que en virtud de la prolongada y legítima posesión se presume dicho título, conforme a la ley *cum de in rem verso*, en las palabras *longo tempore* (1); así consta también por las glosas de numerosas leyes y por los comentaristas de las mismas (2); del mismo sentir es, llamándola opinión común de legistas y canonistas Pablo de Castro (3); así la llama también Cepolla (4) quien dice que con frecuencia ha visto practicarse ésto en todas las tributaciones anuales, como sucede en el pago de diezmos (5); y esta opinión común, a saber, que en virtud de la tributación anual durante largo tiempo, se presuma título legítimo, si éste era alegado por quien percibía aquel tributo anual, la defiende como opinión común Alciato (6); asimismo son defensores de la misma, llamándola todos opinión común, Curcio el 1.

(1) Del Digesto, tít. *de usuris.*

(2) Tales son: la glosa y Bartolo en la ley *cum de in rem* arriba citada y sobre la glosa *mag.* del mismo lugar defiende lo mismo Floriano diciendo ser opinión común, col. final; la *glo. mag.* y Bartolo, núm. 6, en la ley *servitutes*, 4, Digesto *de servitutibus;* la glos. y Bartolo en la ley 1.ª, §. final, Digesto *de aqua pluv. arcenda;* la glos. y comúnmente los doctores en la ley *creditor*, Código *de usuris;* la glosa y doctores en la ley *si certis annis* del Código, tít. *de pactis;* el Abad en el dictamen, *in quaestione*, vers. 5, lib. 2.º

(3) En la citada ley *servitutes*, colum. final, lo mismo defiende Juan Andrés y otros en el cap. *pervenit, de censibus;* Inocencio en el cap. *si diligenti, de rescript.* y Felino que la llama opinión común en el núm. 41, en el cap. *de quarta, de praescriptione.*

(4) *De servit. urban. praedior.*, cap. 19. núm. 6.

(5) Lo mismo defiende la *glos. mag.* al final, en la ley *cum de in rem* y Dino en el cap. *possesor, de reg. juris*, versic. *quaerendum est.*

(6) Comentando la ley *si certis annis;* bajo cierta distinción.

versic. quaerendum est, & hanc communem opinionem ut ex praestatione annua & diuturna praesumatur titulus legitimus, si allegetur ab eo, qui illam annuam praestationem exigebat, sequitur & dicit communem Alciatus in d. l. si certis annis, sub quadam distinctione, sequitur & dicit esse communem opinionem Curtius Senior numero. 12. ibidem sequitur etiam ibi & firmat esse communem opinionem Ludovicus Gozadin. numero. 7. ubi etiam Franciscus Curtius Junior, nume. 19. eam opinionem sequitur & dicit communem, quam opinionem sequitur & dicit communem Riminaldus in d. l. si certis annis, col. 3. & rursus in colum. penul. qui circa intell. d. l. cum de in rem verso, non leviter velitatur; sequitur tanquam communem Jaso. in de l. si certis annis, numero. 7. ubi Decius numero. 12. hanc sequitur & dicit communem, quam similiter sequitur & communem appellat Alexand. ibi numero. 7. & Fulgosius in d. l. cum de in rem verso, ff. de usuris, ubi etiam Salicetus Ludovicus Romanus numero. 22. hanc sequitur & dicit communem in d. l. si certis, quod & tenent ibi Petrus de Bellaperti. Jacobus Butrigarius, Cynus & Baldus & Bartolus & Joannes Faber, ubi Jacobinus de Sancto Georgio hanc sequitur & dicit esse communem, nume. 12. & etiam Aretinus ibi, columna 2. Albericus & Odofredus in d. l. si certis annis, Albericus in d. cum de in rem, columna 2. in principio. Idem in d. l. servitutes.

2. Unde † in omnibus exactionibus quas nobilium Hispanorum non pauci solent a populis vasallisque suis exigere post diutinam hujus rei possessionem, vix est ut illi possint se tueri contra talem nobilem, si titulum legitimum se habuisse alleget, isthaec omnia procedunt contra agentem, non sic contra patientem, quia longe facilius praesumitur debere,

Viejo (1), Luis Gozadino (2), Riminaldo (3), Jasón (4), Decio (5), Alejandro (6).

2. Por consiguiente, en todos los tributos que no pocos nobles españoles suelen exigir a sus pueblos y vasallos, es casi imposible que después de prolongada posesión de los mismos, puedan los vasallos defenderse contra dicho noble si éste alega haber tenido título legítimo; todo ésto tiene cumplimiento contra quien ejecutó actos positivos, pero no así contra quien meramente lo toleró, porque con mucha mayor facilidad se presume que uno debe realmente lo que paga y da una y repetidas veces, que se admite la presunción de título contra quien no ejecuta acto positivo, sino que sólamente calla, tolera y disimula.

3. Por consiguiente, si poseí de buena fe y por largo tiempo un fundo ajeno, ¿se ha de presumir la existencia de título en virtud de no interrumpida posesión durante largo tiempo? Es cosa dudosa en el caso de haber sido alegado; de suerte que si se presume el título, se considerará que he conseguido la prescripción de tal fundo, pero no, si el título no se presume. Hay autores que opinan que tal fundo de ningún modo se considera prescrito, porque generalmente en la prescripción de largo tiempo la ley exige título (7). Y no cabe la menor duda de que cuando la ley exige algo, es decir, exige la existencia de alguna formalidad, no es en tal caso suficiente por regla general el alegarla, sino que se ha de probar

---

(1) En la misma ley, núm. 12.

(2) Sobre la misma ley, núm. 7, como también en el mismo lugar Francisco Curcio el Joven, núm. 12.

(3) Al comentar la misma ley *si certis annis*, colum. 3.ª, y de nuevo en la colum. penúltima; quien acerca del sentido de la citada ley *cum de in rem*, discute largamente.

(4) En la misma ley *si certis annis*, núm. 7.

(5) En el núm. 12, sobre la misma ley.

(6) En el núm. 7, tratando de la misma ley. Defienden lo mismo al comentar dicha ley *si certis annis*, Luis Romano en el núm. 22, Pedro de Bellapértica, Jacobo Butrigario, Cino, Baldo, Bartolo, Juan Faber, Jacobo de San Jorge, núm. 12, el Aretino, colum. 2.ª, Odofredo y Alberico, este último también en la ley *cum de in rem*, colum. 2.ª al principio y en la ley *servitutes*.

(7) Conforme consta por la ley *nullo*, Código *de rei vindicat.*; por la ley *Celsus*, Digesto *de usucapione*; por la ley *diutina* y *super longi*, Código *de praescript. longi temporis* y por la ley única del Código, tít. *de usucap. transfor.*

quod solvit & praestat saepe, ac multoties aliquis, quam contra eum praesumatur titulus si nihil faciat, sed tantum taceat, ac patiatur & dissimulet.

3. Unde si † fundum alienum bona fide per longum tempus possedi, an ex tali longi temporis continuata possessione praesumatur titulus. dubium est, si allegatus fuerit, ut sic si praesumatur, eum fundum praescripsisse videar, sin minus secus, & sunt qui putent eum fundum minime praescriptum videri, quia regulariter in longi temporis praescriptione titulus a lege desideratur l. nullo, C. de rei vendication. l. Celsus, ff. de usucapion. l. diutina, l. super longi, C. de praesc. longi temp. l. unica, C. de usucapion. transfor. nec dubium est, quin si a lege quicquam desideretur, id est, desideretur alicujus rei interventus, tunc non sufficiat regulariter illud allegari, nisi & probetur revera & existenter interfuisse, l. 1, ff. de dolo, l. 1, ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, Riminaldus in l. si certis annis, colum. 5. C. de pact. sicque ut existenter tituli interventus exigatur, nec sufficiat ejus allegatio ad rem corpoream longo tempore praescribendam, tenent Barto. in l. Celsus, ff. de usucapionib. Bald. & Jas. numero 15, in l. si certis annis, de pactis C. ubi Alexand. numero 9. Covarru, in capitu. possessor, de regulis juris par. 2. §. 5. in prin. Barto. in l. nullo, C. de rei vendicatio. Covarru. variarum resolutio. capitu. 17. numero 7, est communis opinio, secundum Balbum de praescript. par. 3. princip. quaestione 10. numero 7. Idem Balbus in eodem tracta. in 2. parte 4. part. principal. quaestion. 1. Petrus de Bellaperti. Butriga. Cynus Bald. & Angel. & Jacobi. numero 21, & Salicet. in d. l. si certis annis, ubi Ludovi. Roman. numero 36. Bald. Angel. &

haber intervenido real y positivamente (1); por consiguiente, que para la prescripción de una cosa corporal por el trascurso de largo ttempo, no sea suficiente la alegación de título, sino que se exija la existencia real y positiva del mismo, lo defienden Bartolo (2), Baldo y Jasón (3), Covarrubias (4), Balbo (5), que la llama opinión común, el Aretino (6), Riminaldo (7) y otros muchos autores (8), en especial Alciato (9), quien la llama opinión común, añadiendo que tiene también aplicación al usufructo no menos que a la propiedad, opinión que comparte con él Bartolo (10). El fundamento de esta común opinión es el siguiente: que exigiéndose en las prescripciones ordinarias título o justa causa de poseer, conforme a las leyes citadas, ciertamente si la sola alegación de título fuera suficiente, sería inútil el decir que se exigía título, porque todo poseedor lo alegaría aun cuando nunca lo hubiera tenido; y por consiguiente, se cometería injusticia con el dueño de aquella cosa de cuya posesión y prescripción se trataba; injusticia que o no se comete en modo alguno o no es tan grande cuando se presume el título alegado por el exactor contra aquel que espontáneamente había pagado todos los años durante un decenio no interrumpido cierto

(1) Según la ley 1.ª del Digesto, tít. *de dolo;* la ley 1.ª del Digesto, tít. *si quadrup. pauperiem fecisse dicatur.*, y según lo expone Riminaldo en la ley *si certis annis*, colum. 5.ª, Código, tít. *de pactis*.

(2) Comentando la ley *Celsus*, Digesto, tít. *de usucapionibus* y la ley *nullo*, Digesto, tít. *de rei vindicat*.

(3) Acerca de la ley *si certis annis*, núm. 15, Código *de pactis*, donde expone lo mismo Alejandro, núm. 10.

(4) En el cap. *possessor, de reg. juris*, part. 2.ª, §. 5, al principio y en el tratado *variar. resolut.*, cap. 17, núm. 7.

(5) *De praescript.*, parte 5.ª principal, cuest. 10, núm. 7, y en el mismo tratado en la 2.ª parte de la 5.ª parte principal, cuest. 1.ª

(6) En la citada ley *qui in aliena*, §. *sed etsi non adierit*.

(7) En la ley *si certis*, colum. penúlt. al principio.

(8) Tales son: Pedro de Bellapértica, Butrigario, Cino, Angel y Jacobo, núm. 21, y Salicet, todos en la ley *si certis annis;* Luis Romano en el núm. 56; Baldo, Angel e Imola en la ley *qui in aliena* al principio; Alberico en el núm. 5, sobre la ley *si certis annis*, en la ley *servitutes*, 4, Digesto *de servitutibus* y en la ley *cum de in rem verso*. siendo opinión muy admitida según Bertachin. en su repertorio en la palabra *titulus*, vers. 5 y 6; defiéndelo también Alejandro, dictamen 108, *in causa et lite*, col. final, lib. 2.°, como consta por Molina *de usuris*, núm. 205.

(9) En la misma ley *si certis annis*.

(10) Sobre la ley *cum de in rem*, Digesto, *de usuris*.

Imol. in l. qui in aliena, in prin. Albericus numero 5. in l. si certis annis. Idem in d. l. servitus, 4. ff. de servitu. Idem Alberic. in d. l. cum de in rem verso, estque opinio receptissima, tradit Bertachin. in repertorio verb. titulus, versic. 5. & 6. Alexand. consilio 108. in causa & lite, colum. fina. libro 2, per Molin. de usuris num. 205, Aretinus numero 4. in d. l. qui in aliena, §. sed etsi non adierit, Riminal. in d. l. si certis, col. penult. in princ. ubi Alcia. prope finem hanc opinio. sequitur & dicit communem, & ampliat ut procedat etiam in usufructu non secus quam in proprietate, quod voluit Bar. in l. cum de in rem, ff. de usuris. Hujus autem communis opinionis ratio ea est, quia cum in praescriptionibus ordinariis titulus, aut justa causa possidendi exigatur, ut dd. ll. sane si sola tituli allegatio sufficeret, vanum esset dicere, titulum requiri, nam quisque possessor titulum allegaret, etiamsi illum nunquam habuisset, sicque injuria fieret domino illius rei, de cujus possessione ac praescriptione agebatur, quae quidem injuria vel minime fit, vel non tanta fit, quando praesumitur titulus allegatus ab exactore contra eum qui sponte singulis annis totius continui decennii certum quid ex eadem causa formaliter, & in una eadem seu pari quantitate persolverat, nam cum nullus praesumatur jactare suum l. cum de indebito, ff. de probatio. cumque geminatus actus denotet enixam deliberatamque voluntatem, l. si mulier. C. ad Vellejanum, qui toties quid persolvit, vix credibile est, id non debuisse, ne aliter suum jactare ac prodigere saepissime videretur, sicque hoc casu titulum praesumi contra eum, longe aequius est, quam si praesumeretur contra eum qui rem suam ab alio possideri patiebatur ac dissimulabat, qui per hoc sibi non praejudicat quoad titulum praesumendum cum agitur de praescribendo

tributo en la misma cantidad o equivalente y en virtud de la misma causa común a todas las prestaciones; porque como de nadie se presuma que tire su dinero (1), y como el acto repetido denote un propósito firme y deliberado (2), quien tantas veces pagó una cantidad, no es apenas creíble que no la debiera en realidad, pues de otro modo parecería arrojar y derrochar lo suyo, y ésto repetidas veces. Por consiguiente, en este caso sería mucho más razonable si contra él se presumiera título, que si se presumiera contra aquel que sufría el que una cosa suya estuviera en posesión de otro, y disimulaba; porque por tal tolerancia no se perjudica en cuanto a que se presuma título si se trata de prescribir la propiedad de la cosa, aun cuando fácilmente se perjudicaría con su silencio, cuando se tratara de más ligero daño, por ejemplo, de la prescripción de una servidumbre real.

Por lo tanto, si a ciencia y paciencia tuya acostumbraba a atravesar por tu fundo y a utilizarlo para ir al mío, ¿habré adquirido derecho de servidumbre discontinua en virtud de esta cuasi-posesión duradera? Se pregunta ésto primero, en el caso de alegar yo título recibido de ti, y qué en segundo lugar, en el caso de que acostumbrara a pasar por tu fundo sin tú saberlo. En cuanto a la parte negativa, ésto es, que regularmente no se presuma título para adquirir en el trascurso de largo tiempo de diez o de veinte años una servidumbre discontinua supuesta aquella posesión o cuasi-posesión, la han defendido Pedro, Butrigario, Cino, Baldo al comentar la ley *si certis annis* (3), Jacobo de Arenas, Luis Romano (4) y Alejandro (5); Angel (6), Baldo (7) e Imola quien confiesa ser ésta una opinión común, aun cuando Alberico (8) confiese que en la práctica se sigue lo contrario; 4.

(1) Conforme a la ley *cum de indebito* del Digesto, tít. *de probation.*

(2) Según la ley *si mulier*, Cód. tít. *ad Vellejanum.*

(3) Del Código, tít. *de pactis;* lo mismo defiende Jasón en el núm. 15 sobre la misma ley.

(4) Los dos al comentar la ley *si certis annis.*

(5) En el núm. 9 en la misma ley.

(6) En la ley *cum de in rem verso. lect. antiq.*, Digesto *de usuris.*

(7) En la ley *qui in aliena* en la introducción, Digesto, tít. *de acquir. haered*, donde sienten lo mismo Angel y Alejandro.

(8) En el núm. 5 sobre la citada ley *si certis annis;* en la ley *servitutes* 4, Digesto *de servitutibus* y en la ley *cum de in rem* arriba citada.

dominio rei, licet facile sibi is tacens praejudicet, cum agitur de leviore incommodo, puta de praescribenda servitute reali.

4. Unde si † te sciente & patiente per fundum tuum ad fundum meum ire & agere consuevi, an ex ista quasi possessione diuturna jus quaesierim servitutis discontinuae, quaeritur si allegabam me titulum abste habere, & quid si te inscio ire consuevi, & quidem, partem negativam ut regulariter posita possessione vel quasi possessione ista, non praesumatur titulus ad acquirendum longo tempore decem vel viginti annorum servitutem discontinuam, tenuerunt Petrus, Butrigarius, Cynus, Bald. in d. l. si certis annis, C. de pact. sentit Jas. ibi, numero. 15. Gloss. in l. 1. §. fina. ff. de aqua pluvi. arcenda, Jacobus de Arena & Angelus & Ludovicus Romanus, numero. 36. in dic. l. si certis annis, ubi etiam Alexan. numero. 9. Angelus in l. cum de in rem verso, lect. antiqua, ff. de usuris, Baldus, Angelus & Alexan. in l. qui in aliena, in prin. ff. de acquirenda haereditate, ubi Imola fatetur hanc opinionem communem esse, licet fateatur contrarium practicari Albericus, num. 5. in dict. l. si certis annis. Idem in l. servitutes, 4. ff. de servitu. Idem Albericus in l. cum de in rem, supra allegat. Bertachi. in repertorio verb. titulus versic. 5. & 6. per Carolum Molinaeum in tract. de usuris, numero. 205. Aretin. in d. l. qui in aliena, in prin. & ita tenent Doct. secundum Bart. in d. l. servitutes.

Contrariam partem ut ex illa diuturna quasi possessione oriatur praesumptio tituli ad acquirendam illam servitutem discontinuam, tenuerunt Alexan. in d. l. si certis, in finalibus verbis, ubi firmat se ita consuluisse, tenent Gloss. Bartolus & Baldus in lectura ordinaria in d. l. cum de in rem, Gloss.

son finalmente defensores de la parte negativa Bertachi. (1), según lo afirma Carlos de Molina (2), el Aretino (3) y según Bartolo otros doctores al comentar la ley *servitutes*.

La parte contraria, a saber, que en virtud de aquella cuasiposesión duradera nazca la presunción de título para adquirir dicha servidumbre discontinua la han defendido Alejandro en la citada ley *si certis* en las últimas palabras, donde afirma haber dictaminado en ese sentido; la glosa, Bartolo y Baldo en la citada ley *cum de in rem* (4), Inocencio (5), Dino (6), Antonio (7), Rainerio (8), Salicet (9), Cumano en la citada ley *qui in aliena*, donde defiende lo mismo Luis Romano con tal que aquel que atravesaba por el fundo ajeno hiciera ésto como usando de una servidumbre que le era debida, a ciencia y paciencia del dueño del fundo que le servía; y esta opinión se observaría en la práctica, según Imola (10); sigue la misma opinión llamándola opinión común de legistas y canonistas Pablo (11), y la defienden como opinión común Balbo (12), Cepolla (13), Felino (14), Angel (15) y otros autores (16).

(1) En su repertorio, en la palabra *titulus*, vers. 5 y 6.

(2) En el tratado *de usuris*, núm. 205.

(3) Al comentar la ley *qui in aliena* en la introducción.

(4) *In lectur. ordinar.*; lo mismo defiende la glosa y Bartolo en la ley *servitutes* 4, Digesto *de usuris* y en la ley 1.ª, §. final *de aqua pluv. arcenda;* Bartolo también en su disputa que empieza *quaedam mulier* y en el dictamen que empieza *quaeritur utrum jurisdictio*.

(5) En el cap. *si diligenti, de praescript.*

(6) En el §. *aquae*, Instituta *de actionibus*.

(7) En el cap. *pervenit, de censibus*

(8) En la ley *si certis;* lo mismo defienden Fulgosio y Floriano en la ley *cum de in rem verso;* Baldo en la ley *prima quaestio*, 7, Código, tít. *qui admitti*, Imola en la ley 1.ª al final *de aqua pluv. arcenda*.

(9) En la citada ley *si certis*.

(10) En la citada ley *qui in aliena*.

(11) En la citada ley *servitutes*, colum final, donde siente lo mismo Floriano.

(12) *De praescript.* en la 3.ª parte principal, cuestión 10, núm. 7. Lo mismo siente Alejandro en la ley *qui in aliena*, en la introducción, colum. final.

(13) *De servit. urban. praedior.*, cap. 19.

(14) En el cap. *de quarta, de praescript.*, núm. 41.

(15) En el citado §. *aquae*, Instituta *de actionibus*.

(16) Cita a Balbo *de praescript.* en la 2.ª parte de la 4.ª parte principal, cuestión 1.ª, a Alejandro quien la llama opinión común en el dictamen 108 *in causa et lite*, colum. final, lib. 2.º, según Carlos de Molina *de usuris*, núm. 205; a Jasón en el núm. 44 en la introducción sobre la ley *qui in aliena*, a Imola en la citada

& Bart. in l. servitutes, 4. ff. de servit. Gloss. & Barto. in l. 1. §. fin. ff. de aqua pluvia arcenda, Barto. in sua disputatione incipiente quaedam mulier. Idem in consilio incipiente quaeritur utrum jurisdictio, Innocentius in capitu. si diligenti de praescriptio. Dynus in §. aeque institu. de action. Antonius in capitu. pervenit. de censibus, Raynerius in d. l. si certis, Fulgosius, & Florianus in d. l. cum de in rem verso, Bald. in l. 1. quaestio. 7. C. qui admitti, Imola in d. l. 1. ni fin. de aqua pluvia arcen. Salicetus in dic. l. si certis. Cumanus in d. l. qui in aliena, ubi Romanus idem tenet, si modo is qui ibat per fundûm alienum id faciebat tanquam utens servitute sibi debita domino rei servientis sciente, & patiente: & ista opinio servaretur in practica, secundum Imolam, in d. l. qui in aliena, sequitur, & dicit esse communem opinionem legistarum & canonistarum Paulus colum. final. in d. l. servitutes, ubi etiam Florianus, sequitur etiam & firmat esse communem opinionem Balbus de praescriptio. 3. parte. prin. quaestion. 10. numero 7, Alexand. in d. l. qui in aliena, in princip. colum. fina. Caepolla de servitu. urbanorum praediorum, capit. 19. ubi firmat hanc esse communem opinionem, Felinus, in capitu. de quarta de praescription. numero 41. ubi hanc dicit communem opinionem, sequitur, & dicit esse communem opinionem Angel. in d. §. aeque institu. de action. sequitur & dicit communem opinionem Balbus de praescription. in 2. part. 4. par. princip. quaestio. 1. est communis opinio secumdum Alexandr. consilio 108. in causa, & lite, columna fina. lib. 2. per Carolum Molinaeum de usuris numero 205, est communis secundum Jaso. numero 44. in princ. d. l. qui in aliena, & est communis opinio secundum Imolam in d. l. qui in aliena, in princ. ubi eam sequitur Christophorus de Castellio. sequitur & dicit

Existe finalmente, una tercera opinión de aquellos autores, que juzgan que la parte afirmativa (ésto es, que se presuma el título alegado en virtud de la posesión o cuasi-posesión duradera de aquella servidumbre discontinua) es más conforme a verdad, cuando el que, a ciencia y paciencia del contrario, usaba del derecho que había de causar servidumbre, lo hacía como usando de un derecho que le correspondía, pero no en el caso en que simplemente pasara por el fundo ajeno, ya que ésto podía ser debido a puro derecho de amistad, en cuyo caso sería más verdadera la opinión negativa; señalan esta distinción numerosos autores como Alejandro (1), Felino (2), Romano (3), y otros (4). Esta conciliación de ambas encontradas opiniones es bastante admitida y la considero razonable; por lo que se ha de tener como opinión firme y muy seguida que en virtud de la prolongada cuasi-posesión de dicha servidumbre discontinua, no se presume título aun cuando se alegue, cuando el que pasaba a su fundo por el ajeno no aparecía que lo hiciese como con derecho propio y usando de una servidumbre que le correspondía en cierto modo, y ésto a ciencia y paciencia de su contrario; pero que si pasaba sabiéndolo y tolerándolo éste y usando como de derecho propio y de una servidumbre que le competía, en este caso hemos de examinar si al alegar que ha intervenido título se ha de presumir éste después de largo tiempo, de modo que en virtud de ésto se considere adquirida desde atrás esta servidumbre discontinua (5). 5.

ley *qui in aliena*, donde también la admite Cristóbal de Castell.; a Jacobino, núm. 25, en la citada ley *si certis* donde la defienden también Curcio el Joven, núm. 27 y Alciato al final; todos estos autores la consideran opinión común.

(1) En la citada ley *si certis annis*, al final y en el dictamen 108, *in causa et lite*, lib. 2.°, colum. final y en el dict. 50 *ponderatis*, núm. 8, lib. 3.°

(2) En el citado cap. *de quarta*, núm. 41.

(3) En la citada ley *si certis annis*, núm. 36, donde exponen lo mismo Salicet y Jacobino.

(4) Tales son: Cumano, Luis Romano y Alejandro en la ley *qui in aliena* al principio y Jasón en la misma ley núm. 47.

(5) Véase a Curcio el Viejo en la citada ley *si certis*, núm. 15, quien sostiene esta común conciliación de opiniones.

communem Jacob. numero 21. in d. l. si certis, ubi Curtius Junior numero. 27. ubi Alciat. ad fin. hanc sequitur & dicit communem opinionem.

5. Denique † est & tertia opinio eorum qui existimant partem affirmativam (ut ex diutina possessione vel quasi servitutis discontinuae titulus allegatus praesumatur) veriorem esse, cum is adversario sciente & patiente jure servitutis habendae utebatur, quasi jure suo potiretur, non sic si simpliciter iret per fundum alienum, cum id quasi jure familiaritatis fieri posset, & hoc casu procedat opinio contraria negativa, ita distinguunt Alexan. in d. l. si certis annis in fine, Felinus numero. 41. in d. cap. de quarta, Romanus, numero. 36. in d. l. si certis annis, ubi Salice. & Jacobinus, numero. 21. Cumanus, Ludovicus Romanus & Alexan. in d. l. qui in aliena, in princip. Alexan. consi. 108. in causa & lite libro 2, colum. fina. Jas. in d. l. qui in aliena, numero. 47. Idem Alexand. consi. 50 ponderatis, numero. 8. libro 3. & haec harum controversiarum conciliatio satis communis & non iniqua nobis videtur, unde sit firma & recepta opinio, ut ex illa diutina quasi possessione servitutis discontinuae non praesumatur titulus, etiamsi allegetur, quando is qui per fundum suum ad fundum vicinum transibat, non apparet quod id faceret & jure suo, quasi servitute sibi competenti utens, & sciente & patiente adversario, quod si transibat sciente & patiente adversario & quasi jure suo, & sibi debita servitute utens, tunc videndum, an post longum tempus, si allegat titulum praecessisse, is praesumatur, ut per hoc quasi retro haec discontinua servitus quaesita videatur (vide Curt. Seniorem in d. l. si certis, numero 15. qui tenet d. communem concordiam).

¿Qué resolveremos en este caso? Diremos de antemano 6.
que la servidumbre producida por causa continua se prescribe regularmente por el trascurso de largo tiempo y sin la intervención de título alguno (1); en cuanto a la servidumbre que tiene una causa cuasi-continua, es de la misma naturaleza y su prescripción se consigue del mismo modo y en el mismo tiempo (2); pero la servidumbre que tiene causa discontinua (como es aquella que procede de acto humano, no continuo ni sucesivo) no se prescribe por tiempo alguno, sino sólo por tiempo inmemorial; pero aun entonces no tanto se ha de considerar prescrita tal servidumbre, cuanto establecida y otorgada por el derecho (3); todo lo cual lo admiten comúnmente los doctores, según consta por Bartolo (4), por Balbo (5) y por otros autores (6).

Así pues, la parte negativa, que quien transitaba por la finca del vecino para ir a la suya usando como de un derecho que le correspondía y sabiéndolo y tolerándolo el vecino, que no adquiría aquella servidumbre por el trascurso del largo tiempo, queda probada por el mismo derecho, puesto que aquella servidumbre no pudo adquirirla por prescripción, ya que en esta materia no tiene lugar la prescripción de largo tiempo, sino sólo la de tiempo cuyo comienzo escape a la memoria de todos los hombres, es decir, inmemorial; y lo que es más, aun cuando hubiera trascurrido tiempo inmemorial, no tanto se consideraría prescrita aquella servidumbre, cuanto establecida por la ley (7). Así pues, la cuestión queda reducida

(1) Conforme a la ley *si quis diuturno*, Digesto, tít *si servitus vindicetur* y a la ley 2.ª del Digesto del mismo título donde así lo expone la glosa y otros autores.

(2) Conforme a la ley *foramen*, Digesto, tít. *de servit. urban. praediorum.*

(3) Conforme a la ley *servitutes* donde así consta por la glosa y comentaristas y a la ley 1.ª, §. final, Digesto *de aqua pluv. arcenda.*

(4) Siguiendo el sentir de las glosas en las dos leyes arriba citadas.

(5) *De praescript.* en la 2.ª parte de la 4.ª parte principal, cuestión 1.ª al principio.

(6) Al comentar la ley 2.ª, Código *de servitutibus.*

(7) Conforme a la ley *hoc jure*, §. *ductus aquae*, Digesto, tít. *de aqua quotid. et aestiva* y a la ley 1.ª, §. final, Digesto, tít. *de aqua pluv. arcend.*

6. Quid dicendum? & praemitte quod regulariter servitus habens causam continuam praescribitur longo tempore citra ullius tituli interventum, in l. si quis diuturno, ff. si servitus vendi. l. 2. ubi per Gloss. & alios. ff. si servitus vend. servitus vero habens causam quasi continuam ejusdem naturae est, & eodem modo & tempore praescribitur, l. foramen, ff. de servit. urbanorum praediorum, servitus autem habens causam discontinuam (qualis est illa quae desiderat factum hominis continuum, & successivum) nullo tempore nisi cujus memoria non existit praescribitur, sed & tunc non tam praescripta, quam jure constituta & concessa videtur, d. l. servitutes, ubi Glo. & omnes, l. 1, §. fi. ff. de aqua pluvi. arcenda, quae omnia communiter recepta sunt ut per Bartol. & alios utrobique post Glossas ibid. & per omnes in d. l. 2. C. de servitu. & aqua. per Balbum de praescr. in 2. par. 4. par. princip. quaestion. 1. in princip.

Ergo pars negativa ut is qui ad fundum suum per fundum vicini quasi jure suo utens vicino sciente etiam & patiente transibat, per longum tempus non acquirat servitutem jure probata est, quia eam non quaesivit per interventum praescriptionis, cum in hac materia non admittatur longi temporis praescriptio, sed tantum ejus temporis cujus initii nulla hominum memoria sit, quinimo etiam si id tempus praeterierit non tam praescripta, quam jure constituta illa servitus videretur, l. hoc jure, §. ductus aquae, ff. de aqua quotidia. & aestiva. l. 1. §. fina. ff. de aqua pluvia arcen. ergo in eo tantum quaestio erit an ab adversario haec servitus concessa videatur per illam patientiam, & quidem in re dubia quisque patiens vetare videtur in iis quae sibi praejudicant, l. qui vas, §. vetare, l. pe. alias fina. ff. de furtis.

Praeterea quid si singulis annis istius decennii semel

a este punto, si en virtud de aquella tolerancia del contrario se ha de considerar que ha concedido él aquella servidumbre; pero en verdad, en caso de duda, se presume que todo paciente se opone a las cosas que le perjudican (1).

Además, ¿qué diríamos si en cada uno de esos diez años atravesabas sólamente una o dos veces por mi finca a la tuya? Ciertamente, el no haberlo prohibido yo se atribuiría haberlo hecho no a intención de que se creara una servidumbre, cuanto al deseo de ser cortés y generoso. Porque igualmente, a quien hubiera entrado en mi finca con el fin de cazar o de pescar, podría prohibírselo y arrojarle de ella (2); si, pues, me abstuve de usar de un derecho tan severo, mostrándome con él cortés y afable, sería en verdad inhumano que él por plazo tan corto como el de diez o veinte años consiguiera contra mí la prescripción de aquella servidumbre; cosa diversa sería en el caso de la ley 1.ª §. final del Digesto *de aqua pluv. arcenda*, en que estriba el principal argumento de quienes defienden la parte contraria, porque la servidumbre, a que se refiere esta ley, se considera tener no tanto una causa discontinua, cuanto una cuasicontinua, ya que en ella no se requiere acto alguno humano, sino que el agua por sí misma, sin que nadie la obligue, corra, forme arroyos y como surcos por donde corre, señales no oscuras, sino manifiestas y permanentes y que por tanto suponen una causa continua de servidumbre; cosa diversa sucede con el acto humano pasajero y que no deja tras sí huella alguna.

Ni ofrece la menor dificultad la citada ley *cum de in rem verso*, que se refiere al que no una, sino repetidas veces ejecuta un acto, y de cuyo acto repetido nace como una cierta confesión también repetida, la que perjudica a aquel que tácitamente la hizo o que, atendido el criterio de la ley,

(1) Conforme a la ley *qui vos*, §. *vetare* y a la ley penúlt. o final *de furtis*.

(2) Según la ley *adeo*, §. *fere*, Digesto *de acquir. rerum dominio* y el §. *ferae* y siguientes de la Instituta *de rerum divis*.

tantum, aut bis per fundum meum ad tuum transibas, sane id me non vetasse non tam servitutis constituendae, quam comitatis, aut liberalitatis exercendae gratia fecisse viderer. Nam & similiter eum qui venandi causa, aut piscandi fundum meum ingressus fuisset, possem vetare & repellere, l. adeo, §. fere ff. de acquiren. rerum dominio, & instit. de rerum division. §. ferae. cum sequen. si tamen hoc rigido jure usus non sum, sed comis & humanus erga eum extiti, inhumanum esset, ut ille tam brevi tempore, quam decem vel viginti annorum servitutem contra me praescriberet; diversum est in terminis, d. l. 1, §. fina. ff. de aqua pluvia arcend. ubi repositum est potissimum argumentum eorum qui contrariam partem tuentur, ibi enim illa servitus non tam discontinuam quam quasi continuam causam habere videtur, cum in ea factum hominis non exigatur, sed aqua per se nullo cogente defluat, rivos ac veluti sulcos qua decurrit faciat, qui signi non ignobilis sed patentis ac permanentis sint, sicque causam servitutis continuam prae se ferant, diversum est in facto hominis transeuntis, nullumque vestigium relinquentis.

Neque ad rem pertinet d. l. cum de in rem verso, quae loquitur in faciente non semel tantum sed etiam pluries, ex cujus facto veluti confessio quaedam etiam geminata oritur, quae nocet ficto illi confitenti, vel illi qui ad confitentis imagnem inspecta legis censura habetur: nos autem loquimur in tacente & patiente qui interrogatus cur tandiu dissimularet ac taceret, respondere posset, opportunius tempus spectasse se: at qui ultro sponteque sua dabat singulis annis totius continui decennii pecuniam suam uniformem uniusque summae, non video quid rogatus respondere posset.

Ad l. 1. de patria potestate, C. & ad l. qui in aliena, §. sed & si non adierit, & l. si filius, C. de peti. haeredi.

es reputado semejante al que confiesa; mientras que nosotros nos referimos a aquel que calla y tolera, y a quien si preguntáramos que por qué disimula y calla por tanto tiempo, podría respondernos estar esperando un tiempo más oportuno; mientras que quien de grado y voluntariamente daba cada año durante un decenio no interrumpido una misma cantidad uniforme de su dinero, no veo qué podría responder en caso de ser preguntado.

En cuanto a la citada ley 1.ª *de patria potestate* del Código, a la ley *qui in aliena*, §. *sed etsi non adierit* y a la ley *si filius* del Código *de pet. haeredit.* con otras semejantes, responderás que se refieren a casos muy diversos, luego... etc. al igual que la ley final del Digesto en el título *de calumniatoribus;* además, en tales leyes, si se examinan rectamente, vemos tratarse de un perjuicio no tan grave.

Finalmente, el que en virtud de una prolongada y no interrumpida tributación pagada todos los años durante un decenio no interrumpido, se presuma haber intervenido y precedido título, si éste se alega, es cosa bastante dura según exclaman la mayor parte de los autores arriba aducidos, aun cuando haya intervenido acto del que paga, diez veces repetido, dimanado de la misma causa y uniforme, luego no hemos de extender dicho rigor al caso mucho menos razonable y fundado en razón completamente diversa, cual es el de quien sufre y tolera que otro pase por una finca suya; y en verdad no hallarás ley alguna que pruebe lo contrario ni con forzadas ni con manifiestas razones.

7. Así pues, lo que Bartolo y la opinión más admitida decían, a saber, que en aquellos casos en que existe pequeño o al menos no muy grande perjuicio (cual es el de la servidumbre real de la finca que lo sufre) que si se alega haber precedido título, se presume éste en virtud de la prolongada cuasi-posesión, aun contra quien nada hacía, sino sufrirlo y tolerarlo, es casi imposible que tenga aplicación en ninguna clase de servidumbre, admitida nuestra

cum similibus responde, quod loquuntur in terminis longe diversis, ergo, & c. ut l. fina. ff. de calumniatoribus, & praeterea ibi agebatur de non tam gravi praejudicio si recte inspiciantur.

Denique quod ex diuturna & uniformi praestatione facta singulis annis totius decennii continui si allegetur titulus, praesumatur interfuisse aut praecesisse, est satis durum, ut exclamant plerique eorum quos supra retulimus, etiamsi interfuerit factum solventis decies geminatum ex eadem causa procedens, etiam uniforme, ergo rigor ille non est trahendus ad casum longe minorem longeque diversam rationem habentem, quale est in patiente & tolerante ut per fundum suum alius transiret & revera nulla lege aut coacta & peremptoria ratione hujus contrarium probatum invenies.

7. Ergo † quod Bar. & receptior opinio ajebat, nempe quod in his quae sunt parvi aut non admodum magni praejudicii (quale est incommodum servitutis realis praedii servientis) ex diutina quasi possessione si titulus praecesisse allegetur, is praesumitur etiam contra patientem & nihil agentem, vix est ut in ulla servitutis specie retenta opinione nostra verificetur, nam in servitute quae acquiritur cursu ejus temporis cujus memoria non stat, non verificatur, quia in ea talem titulum allegare necesse non est, ut continuo dicemus, non quoque verificatur in servitutibus quae longo tempore acquiruntur, quia in eis tituli interventus necessarius non est, d. l. si quis diutino l. 2. C. de servit. ergo, & c. stat itaque ex diutina possessione titulum allegatum praesumi contra agentem in illo actu decies geminato, non sic contra patientem cum agitur de praescribendo dominio cujusque rei. Verum si

opinión. Porque si se trata de una servidumbre que se adquiere por el curso de tiempo inmemorial, no tiene en ella cumplimiento, porque en ella, según inmediatamente diremos, no se requiere alegar dicho título. Tampoco tiene cumplimiento en las servidumbres que se adquieren con el largo tiempo, porque en ellas no es necesaria la intervención de título (1), luego, etc..., queda, pues, en pie que en virtud de prolongada posesión se presume el título alegado contra el que positivamente ejecutó aquel acto diez veces repetido, pero no contra el que meramente tolera, cuando se trata de la prescripción de la propiedad de una cosa. Pero si se tratara de la prescripción de una servidumbre, entonces existen las opiniones arriba expuestas, aun cuando la más admitida es que después de prolongada cuasi-posesión, se considera adquirido aquel derecho de servidumbre. Si bien esta común opinión, atendida la mente de quienes la defienden, presenta dos casos: el primero, cuando el que por largo tiempo estuvo en cuasi-posesión de aquella servidumbre, alegaba tener título recibido del mismo dueño del fundo; el segundo, cuando alegaba tener título recibido de un tercero, a quien sin embargo creía dueño el poseedor de aquella servidumbre, y en ambos casos defienden que se considera adquirido el derecho de servidumbre aun cuando exista diferencia en cuanto al modo de adquirirla. Porque cuando alega tener título recibido del dueño, entonces, desde el momento de la concesión, se considera adquirido el derecho de servidumbre; pero cuando dice haber recibido el título de quien no era dueño, entonces no se considera adquirido este derecho desde el comienzo de la concesión, sino en último lugar después de terminado un decenio.

Pero en ambos casos nos han parecido sospechosas ambas comunes opiniones; porque según la definición del jurisconsulto (2) «la usucapión es la adquisición de dominio

(1) Conforme a la ley *si quis diutino* y a la ley 2.ª del Código *de servitutibus*.
(2) En la ley 3.ª del Digesto, tít. *de usucapione*.

ageretur de praescribenda servitute, tunc sunt opiniones supra relatae, sed illa receptior est, ut per tituli allegationem post diutinam quasi possessionem jus servitutis quaesitum videatur, quae communis opinio ex mente eorum qui eam tuentur, duo habet capita. Primum, quando is qui diu fuit in quasi possessione illius servitutis, allegabat se titulum habere ab ipso domino fundi, alterum, quando allegabat titulum habere sese ab alio tertio, quem is quasi possessor servitutis dominum existimabat, nam utroque casu volunt ut jus servitutis quaesitum videatur, licet in modo acquirendi sit differentia, quia cum titulum a domino se habuisse allegat, tunc ab origine concessionis jus servitutis quaesitum videtur, cum vero dicit se titulum habuisse a non domino, tunc non ab initio concessionis, sed demum post impletum decennium id jus quaesitum videtur.

Sed in utroque isthaec communes sententiae nobis suspectae visae sunt, nam usucapio est acquisitio dominii per continuationem possessionis temporis lege diffiniti, ita deffinit Jureconsultus in l. 3. ff. de usucap. sed in servitute discontinua possessio vel quasi possessio continua esse non potest, d. l. servitutes. 4. ff. de servitu. ibi, nemo enim tam perpetuo tamque continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur, & rursus Jureconsultus ibi ait, servitutes rusticorum praediorum & si corporibus accedunt incorporales tamen sunt, & ideo non usucapiuntur. Cum enim in usucapionibus duo simul exigantur, scilicet possessio & possessionis continuatio, in servitute quidem discontinua nec possessio vere adest, quia non possidentur vere, cum corporalia non sint, sed quasi possidentur, ut ibidem notatur, per l. quoties, ff. de servitu. l. aedes, ff. de servit. urb. praedi. nec continuatio possessionis adesse

por la continuación de la posesión durante el tiempo definido por la ley». Pero en la servidumbre discontinua no puede la posesión o cuasi-posesión ser continua (1) porque nadie hay que pueda transitar tan continuada y perpetuamente que pueda reputarse que su posesión no se ha interrumpido un solo instante, y además dice el jurisconsulto que las servidumbres de los predios rústicos, aun cuando radiquen en cosas corporales, ellas son incorpóreas y por eso no se adquieren por usucapión. Porque exigiéndose en las usucapiones estas dos cosas simultáneamente, a saber, la posesión y la no interrupción de la posesión, en la servidumbre discontinua ni existe verdaderamente posesión, puesto que siendo las servidumbres incorpóreas no se poseen propiamente, sino que sólo existe una cuasi-posesión sobre ellas (2), ni puede tampoco existir posesión continua, porque según la citada ley *servitutes* «nadie puede transitar tan continuada y perpetuamente», etc...; luego si dijéramos que se prescribía una servidumbre discontinua, se darían en ella dos particularidades: primera, que se dispensaría de la verdadera posesión que normalmente falta en las usucapiones, y segunda que sería contra la ley 1.ª *de dotis promissione* del Código con lo que en ella se hace notar; luego el admitir a la vez tantas particularidades sería injusto, principalmente para producir prescripción que suele ser injustísima defensa contra la verdad; conforme, pues, a ésto, parece opinión mucho más verdadera, el que si, después de haber estado durante el largo tiempo de diez o de veinte años en posesión o cuasi-posesión de una servidumbre discontinua, alegué haber tenido título recibido, no del dueño, sino de otra tercera persona (tanto si realmente hubiera probado dicho título porque en realidad existió, como si no lo hubiera probado verdaderamente, sino que afirmara que se presumía en virtud de aquella prolongada

(1) Según la ley *servitutes*, 4, Digesto *de servitutibus*.

(2) Como lo notan las leyes *quotiens*, Digesto *de servitutibus* y la ley *aedes* Digesto *de servitut. urb. praedior.*

potest, quia nemo tam perpetuo tamque continenter ire potest, & c. ut d. l. servitutes, ergo si servitutem discontinuam praescribi diceremus, essent duo specialia, primum, quia dispensaretur cum possessione vera quae in usucapionibus regulariter desideratur, contra l. 1. cum ibi notatis, C. de dotis promi. tot ergo specialia admittere simul incivile esset, praesertim ad inducendam praescriptionem, quae iniquissimum praesidium veritati esse solet; secundum quae longe verior opinio videtur, ut si postquam longo tempore decem vel viginti annorum fui in quasi possessione servitutis discontinae, allegavi titulum habuisse me non a domino, sed ab aliquo tertio (sive illum revera probaverim, quia revera interfuit, sive non probaverim vere, sed dicam illum praesumi ex illa diuturna quasi possessione) non videar illam servitutem praescripsisse, cum revera defuerint & vera possessio & possessionis sive verae sive fictae continuatio, & sat superque esse debeat, si praescriptio admittatur in servitute habente causam continuam (cum ibi non esset vera possessio, licet non deesset illius fictae possessionis continuatio) absque eo quod etiam in servitute causam discontinuam habente praescriptionem talem contra tot regulas juris admittere vellimus.

Duo ergo tenemus contra mentem eorum qui communem opinionem relatam tuentur, primum, quod etiamsi emissem servitutem quae haberet causam discontinuam a non domino, quem dominum esse credideram, eaque longo tempore usus essem sciente domino, adhuc jus hujus servitutis discontinuae non viderer usucepisse. Alterum quod longe minus viderer tale jus quaesivisse cum titulum non probavi, sed tantum allegavi quod praesumi volebam ex diutina illa possessione.

cuasi-posesión), que no se consideraría haber conseguido la prescripción de aquella servidumbre, puesto que en realidad han faltado tanto la posesión verdadera, cuanto la continuación de aquella posesión, ya fuera verdadera o ficta; cuando ya es bastante el admitir la prescripción en servidumbres que tienen causa continua (no existiendo en ellas verdadera posesión como no existe, aunque no falte la continuación de aquella cuasi-posesión), y eso sin hacer fuerza en que si queremos admitir la prescripción aun en la servidumbre que procede de causa discontinua sería contra numerosas reglas de derecho. Dos cosas sostenemos, pues, contra la mente de los que defienden la común opinión expuesta: primera, que aunque hubiera comprado una servidumbre que tenía causa discontinua a quien no era dueño de ella, pero a quien yo había tenido por tal y hubiera usado de ella por largo tiempo a sabiendas del dueño, que no se consideraría, sin embargo, que hubiera adquirido la prescripción del derecho de aquella servidumbre, y segunda, que mucho menos se consideraría haber adquirido tal derecho, cuando no probara dicho título, sino que sólamente alegara querer que se presumiera en virtud de aquella prolongada posesión.

8. Y ¿qué diríamos, si después de aquella posesión durante largo tiempo con el conocimiento y tolerancia del dueño, alegué haber tenido título recibido del mismo verdadero dueño?, ¿se ha de presumir dicho título? La opinión común arriba expuesta, basada en la glosa *mag.* de la ley citada *servitutes*, defendió que se presumía el título en virtud de la ley *cum de in rem* y de la ley 1.ª, §. final del Digesto, título *de aqua pluv. arcenda* (1). Pero la ley *cum de in rem* trata de la presunción de título contra el que ejecuta actos positivos, y nosotros tratamos si se ha de presumir título contra el que sólo procede pasivamente para lo que existe mucho menor fundamento, y por tanto, no se ha de extender a

(1) Digesto *de usuris.*

8. Quid † autem si post diutinam illam possessionem sciente & patiente domino contingentem allegabam titulum habuisse me a vero domino, an is titulus praesumatur, & communis opinio supra relata post Gloss. mag. in fi. in d. l. servitutes, voluit titulum praesumi per l. cum de in rem verso, ff. de usuris, l. 1, §. fina. ff. de aqua pluvia arcenda. Sed d. l. cum de in rem, loquitur de titulo praesumendo contra agentem, nos loquimur de praesumendo titulo contra patientem, in quo est longe minor ratio, & sic cessat extensio. Et d. l. 1, §. fin. loquitur in tempore cujus initii memoria non extat, nos solum in tempore ordinario, unde nihil obest, sicque communis remanet sine sufficiente fundamento, & contraria quam multi supra relati tenuerunt probatior est.

9. Illud autem notandum est † quod cum quis fuit in quasi possessione servitutis discontinuae tanto tempore cujus initii memoria non sit, jus illius servitutis reale ex solo ipso tempore citra alterius ullius rei interventum quaesiisse videtur: hoc probatur plane in l. 1. §. fin. ff. de aqua pluvia arcenda. ibi, vetustatem vicem legis tenere, & l. 2. §. apud Namusam, eo. titulo, ibi, plane si fossa jure facta sit, cujus memoria non stat, & in l. hoc jure, §. ductus aquae ff. de aqua cotidia. & aestiva, ibi, jure constituti, & in capitu. 1. §. fina. de praescription. in 6. ubi in quibus casibus praescriptio etiam longissima non procedit sine titulo, in illis tempus cujus initii memoris non extat sufficit, non (ut nos interpretamur) quod illud tempus habeatur pro titulo, non magis, quam titulus si revera interfuisset haberetur pro tempore, sed quod ut cuntingat juris acquisitio alterutrum sufficit, vel titulus legitimus, vel tempus cujus initii, & c. quasi a pari procedant, etenim licet tempus solum de per se

este caso. En cuanto a la ley 1.ª, §. final citada, se refiere al caso en que existe tiempo inmemorial y nosotros a aquel en que sólo ha pasado tiempo ordinario; por lo tanto, dicha ley ninguna dificultad ofrece; por lo cual, la opinión común queda destituida de firme fundamento, mientras que la contraria, que han defendido muchos de los autores arriba citados, tiene en su apoyo más fuertes razones.

9. Con todo hemos de hacer constar que, cuando una persona estuvo en cuasi-posesión de una servidumbre discontinua durante tiempo inmemorial, se considera haber adquirido el derecho real de aquella servidumbre, en virtud del solo tiempo sin intervención de otra cosa alguna; esto lo prueba abiertamente la ley 1.ª, §. final del Digesto *de aqua pluv. arcenda*, en las palabras «la costumbre observada por mucho tiempo tiene fuerza de ley», y la ley 2.ª del mismo título, §. *apud Namusam*, donde dice «pero si el foso se hizo con derecho y desde tiempo inmemorial, etc.»; lo mismo prueba la ley *hoc jure* (1) en las palabras «constituido con derecho» (2), por las que vemos que en aquellos casos en los cuales no tiene lugar la prescripción aun de larguísimo tiempo sin título, en ellos es suficiente el trascurso de tiempo inmemorial, no porque este tiempo (según nosotros lo interpretamos) se tenga por título, del mismo modo que el título si en realidad hubiera intervenido no se tendría tampoco como tiempo, sino porque, para que tenga lugar la adquisición de derecho, es suficiente una de estas dos cosas, o título legítimo o tiempo inmemorial, como si procedieran con igual eficacia. Porque aun cuando el tiempo solo no sea de por sí modo apto para extinguir o crear una obligación personal (3), sin embargo, el solo tiempo puede y suele quitar y trasladar derechos reales de un sitio a otro (4). Y en cuanto

(1) En el §. *ductus aquae*, Digesto *de aqua quotid. et aestiva*.

(2) Lo mismo consta por el cap. 1.º, §. final, *de praescript. in 6.º*

(3) Según la ley *obligationum fere*, §. *placet*, Digesto *de action. et obligation.*

(4) Según consta por la ley final del Código, tít. *de loca.*; por la ley *quoties* y casi por todo el tít. del Código *de donatione quae sub modo;* por la ley final,

non sit modus tollendae aut inducendae obligationis personalis l. obligationum fere, §. placet. ff. de act. & obliga. tamen ipsum tempus huc atque illuc potest & solet jura realia adimere & transferre, l. fin. C. de loca. l. quoties, & fere per totum. C. de donatio. quae sub modo, l. fina. §. sin autem sub conditione. C. commun. de lega. l. servo legato, §. 1, ff. de lega. 1, & in specie nostra in materia praescriptionis verius est ex solo tempore, & possessione continuata citra ullius tituli interventum dominium, & jura re aliena acquiri, ut manifeste probat Jureconsultus in dic. l. 3. ff. de usucapion. dixi plene supra in quaestionibus praecedentibus, & dicam infra id quod si contingit in praescriptionibus ordinariis, longe facilius eveniet in praescriptione vel in tempore cujus initii, & c. tu dic ut dixi supra par. 1. q. 10. ubi dixi tempus solum de per se nihil generare.

Cum ergo jus reale omne, omneque dominium nobis & possit & soleat contingere per continuationem possessionis ejus temporis cujus initii memoria non sit, citra alterius ullius
10. rei interventum, † sequitur non esse necessum, ut quisque possessor hujus temporis cujus initii, & c. alleget titulum, & ad ejus praesumptam probationem tempus inducat, quinimo sat superque est ipsum tempus allegare cujus solius cursu cum continua possessione citra alterius tituli vel extrinsecae causae interventum jus omne reale ac dominium nobis contingit, & sic est communis, & vera opi. quod titulum allegare non est necesse, quam tenuerunt Cyn. q. pen. Ang. Pau. & Jas. col. fin. limi. 10. in l. si certis annis, C. de pact. Glo. & Paul. in d. l. servitutes, Bar. in d. l. cum de in rem verso, Bald. in l. 2. C. de fidei. Joan. Andreae, in capitu. pervenit, de censib. Riminaldus in d. l. si certis, colum. pen. Balb. de praescrip. part. 3. q. 10. nu. 9. Aymo. Cravet. de anti. temp.

a nuestro caso, en materia de prescripción, es más conforme a verdad que el dominio y derechos reales se adquieren en virtud del solo tiempo y de la posesión no interrumpida, sin intervención de título alguno, según lo prueba manifiestamente el jurisconsulto en la citada ley 3.ª del Digesto *de usucapione;* sobre ésto he tratado extensamente en las cuestiones anteriores, y trataré de nuevo más adelante; y si ésto se cumple en las prescripciones ordinarias, mucho más fácilmente se cumplirá en la de tiempo inmemorial. Tú podrás contestar como lo hicimos arriba en la 1.ª parte, cuestión 10, donde dijimos que el solo tiempo de por sí nada produce.

Como pues, todo derecho real y toda propiedad pueda y suela correspondernos en virtud de la posesión continuada durante tiempo inmemorial sin intervención de ninguna otra cosa, síguese no ser necesario el que ningún poseedor de tiempo inmemorial alegue título y emplee tiempo en la prueba ya presunta del mismo; más aún, le basta y sobra con alegar dicho tiempo, por cuyo solo trascurso acompañado de posesión no interrumpida y sin intervención de otro título alguno o de causa extrínseca, adquirimos todo derecho real y propiedad. Tal es la común y verdadera opinión que sostiene no ser necesario el alegar título; opinión que han defendido los numerosísimos autores abajo citados en la nota (1). Aun cuando hayan defendido lo contrario, poco acertadamente (a 10.

§. *sin autem sub conditione,* Código, *communia de legatis* y por la ley *servo legato,* §. 1.º, Digesto *de legatis,* lib. 1.º

(1) Tales son: Cino en la cuest. penúlt. Angel, Pablo y Jasón en la col. final, limit. 10.ª, todos al comentar la ley *si certis annis* del Código *de pactis;* la glosa y Pablo en la ley *servitutes;* Bartolo en la ley *cum de in rem verso;* Baldo en la ley 2.ª, Código *de fidei;* Juan Andrés en el cap. *pervenit. de censibus;* Riminaldo en la ley *si certis,* colum. penúltima; Balbo *de praescript.,* part. 5.ª, cuest. 10, núm. 9; Aymón Cravet *de antiquit. temporis,* part. 4.ª, vers. *absolutis,* núm. 49, aun cuando se muestra dudoso y fluctuante; la glosa en el cap. *super quibusdam,* §. *praeterea* en la palabra *non extat. de verbor. signific.;* Federico de Sena, dict. 254, *super primo puncto,* col. 2.ª; Socino, dict. 127, col. penúltima, lib. 1.º y dict. 181, lib. 2.º; el Abad, dict. 7, *et quanquam,* lib. 2.º, col, 4.ª; Juan Faber en el §. *aequae,* Instituta *de actionibus;* Gozadino, dict. 8, col. 8, núm. 57, *in hac causa illustrissimi.*

part. 4. versic. absolutis, nu. 49. licet varius fluctuansque procedat, Gloss. in c. super quibusdam, §. praeterea, verbo non extat, de verb. significa. Frederi. de Senis consi. 234. super primo puncto, col. 2. Soci. consi. 127. col. pen. libr. 1. Idem consi. 181. lib. 2. Abb. consi. 7. & quamquam lib. 2. col. 4. Joan. Fab. in §. aequae, inst. de act. Gozadi. consil. 8. col. 8. nu. 37. in hac causa illustrissimi, licet contrarium & minus recte (ut nobis videtur) tenuerint Ale. consi. 74. viso puncto. col. 3. nu. 20. ver. accedat ad hoc, lib. 4. & Fel. in c. accedentes, de praescr. col. 5. Cur. Junior. consil. 158. col. 4. in fi. sed prior op. quae receptior est, verior est, nam ubi est tempus cujus initii, & c. non requiritur titulus, ut not. Card. in consi. 114. incip. dico Petrum non audiendum, circa fi. Fel. in c. si diligenti, col. 7. in 9. restrictione, de praesc. & ratio est, quia spatium tanti temporis cujus initii memoria non extat, habetur loco tituli legitime constituti. l. hoc jure, §. ductus aquae, & ibi Glo. ff. de aqua quoti. & aesti. & habet vim privilegii, c. super quibusdam, §. praeterea, in Gl. in ver. non extat, de ver. sig. & habet vim legis. l. i. §. fi. ibi, vetustatem vicem legis obtinere, l. in summa, in pr. ibi vetustas quae semper pro lege habetur, ff. de aqua plu. arcen. Card. consi. 88. incip. Capitulum civitatense, & habet vim privilegii expresse concessi a principe, Bal. in c. 1. col. 1. in ti. quae sint reg. Jas. in l. de quibus, ff. de legib. col. 13. Alex. consi. 6. vol. 1. viso thema. & consil. 74. inci. videtur quod tota difficultas, col. 2. vol. 4. & dicit And. de Iser. in c. 1. in verb. flumina public. col. 3. in tit. quae sint rega. quod spatium tanti temporis cujus initii memoria non extat in contrarium, tantum potest quantum Imperator cum causa, refert Jaso. in repe. l. quominus, col. 11. de flum. & ex possessione

mi juicio) Alejandro (1), Felino (2) y Curcio el Joven (3). Pero la opinión primera, así como es más común, es también más conforme a verdad; porque cuando existe tiempo inmemorial, no se exige título, según lo nota el Cardenal (4) y Felino (5), y la razón es, porque el trascurso de tiempo tan largo como el inmemorial se considera tener fuerza de título legítimamente constituido (6); tiene también fuerza de privilegio (7); tiene asimismo fuerza de ley (8); tiene finalmente fuerza de privilegio expresamente concedido por el príncipe, según Baldo (9), Jasón (10), Alejandro (11), y Andrés de Isernia, quien dice (12) que el trascurso de tan largo espacio de tiempo como el inmemorial, si no existe memoria de comienzo ilegítimo, tiene tanta fuerza como la disposición del Emperador acompañada de título (13). Y en virtud de la posesión durante tanto tiempo se presume título, aun cuando éste no se alegue y no sólo el título, sino hasta la buena fe se presume aun sin alegarla (14). Más aún, según Felino (15) la presunción que resulta en virtud de tal tiempo

(1) Dictamen 74, *viso puncto*, colum. 3.ª, núm. 20, vers. *accedat ad hoc*, libro 8.º

(2) En el cap. *accedentes, de praescript.*, colum. 5.ª

(3) Dictamen 158, colum. 4.ª al final.

(4) Dictamen 114 que empieza, *dico Petrum non audiendum*, al final.

(5) Sobre el cap. *si diligenti*, colum. 7.ª, restric. 9.ª *de praescriptione.*

(6) Según la ley *hoc jure*, §. *ductus aquae*, como lo nota en tal lugar la glosa, Digesto *de aqua quotid. et aestiva.*

(7) Según el cap. *super quibusdam*, §. *praeterea*, en la glosa en las palabras *non extat. de verb. significat.*

(8) Conforme a la ley 1.ª, §. final, en las palabras *vetustatem vicem legis obtinere;* a la ley *in summa* en las palabras *vetustas quae semper pro lege habetur*, Digesto *de aqua pluv. arcenda* y a las palabras del Cardenal, dict. 88, que empieza *Capitulum Civitatense.*

(9) En el cap. 1.º, col. 1.ª, en el tít. *quae sint regal.*

(10) En la citada ley *de quibus*, Digesto *de legibus*, colum. 15.

(11) Dictamen 6, vol. 1.º, *viso themate* y dict. 74, que empieza *videtur quod tota difficultas*, col. 2.ª, vol. 4.

(12) En el cap. 1.º, en las palabras *flumina publica*, colum. 3.ª, en el tít. *quae sint regal.*

(13) Así lo dice Jasón en la citada ley *quo minus*, colum. 11 *de flumin.*

(14) Según Inocencio y Baldo en el cap. *si diligenti*, al final, *de praescript.*

(15) En el cap. *cum a nobis*, colum. 3.ª *de praescript.*

tanti temporis praesumitur tit. etiamsi non allegetur, & nedum tit. sed bona fides praesumitur, etiamsi non allegetur, Inno. & Bal. in c. si diligenti, in fin. de praesc. immo secundum Fel. in c. cum a nobis. col. 3. de praescri. praesumptio resultans ex tali tempore dicitur juris & de jure, ideo non recipit probationem in contrarium.

11. Quid † autem si detur incapaci ex parte illius qui per tempus cujus initii memoria non est, stetit in possessione illius rei vel juris, cujus de acquisitione agitur, an per hoc sibi acquirat, & quidem si simpliciter sit incapax expeditum est, quia per hunc titu. non magis capax efficieter quam per reliquos tit. causas, aut modos acquirendi, unde ut per reliquos titu. quaerere non posset, nec per istum poterit, at si ex concessione principis acquirere tantum posset, an post tale tempus cujus initii, & c. talis principis concessio praecessisse intelligatur, ut puta in decimis, quae laico acquiri possunt ex sola Papae concessione, non ex alio ti. aut ex alterius concessione, c. dudum, de decimis, & sunt qui velint acquiri non posse, per tale tempus, ita Fel. de praesc. c. accedentes, colum. 5. n. 6. Alex. cons. 74. col. 3. li. 4. Cur. Jun. cons. 158. col. 4. in fi. Soci. cons. 260.
12. libr. 2. quod † ipsi limitant ut non procedat quando ipsam summi Pontificis concessionem allegaret, & ad ejus probationem allegaret possessionem temporis cujus non esset memoria, nam tunc ex tali tempore ti. praesumeretur, quod ultimum impugnat Aym. Cra. ubi sup. n. 51. significans quod hoc casu etiamsi ti. alleg. non sufficiat.

Quid dicendum? & sane magis est ut etiam hoc casu jus quaesitum per id tempus cujus initii memoria non sit intelligatur, per jura, & rationes sup. adductas, quod intelligo

se dice presunción de derecho y *de jure*, por lo cual no admite prueba en contrario.

11. Mas, ¿qué diríamos en el caso de existir incapacidad por parte de aquel que durante tiempo inmemorial retuvo la posesión de la cosa o derecho de cuya adquisición se trata?, ¿adquiriría por ello dicha cosa o derecho? Desde luego, si es absolutamente incapaz, es cosa resuelta que por este título no se hará más capaz que por los restantes títulos, causas o modos de adquirir; por lo tanto, así como no podría adquirir dicha cosa por los restantes títulos, tampoco podrá por éste. Mas si sólamente por concesión del príncipe pudiera adquirirla, ¿se ha de presumir haber precedido tal concesión después de trascurrido tiempo inmemorial, por ejemplo, tratándose de los diezmos que los laicos sólo por concesión del Papa pueden adquirir y no por otro título alguno, ni por concesión de otra persona? (1). Hay quienes opinan que no se ha de presumir la concesión aun después de dicho tiempo; así Felino (2), Alejandro (3), Curcio el Joven (4) y Socino (5), aunque excluyen el caso en que alegara expresamente dicha concesión del Sumo Pontífice, y para su prueba alegara la posesión durante tiempo inmemorial, pues entonces, dicen, en virtud de dicho tiempo se presumiría título; esto último lo impugna Aymón Cravet (6), declarando que en este caso aun cuando se alegara título, no sería suficiente.

12. ¿Qué solución daremos? En verdad juzgo más probable el que aun en este caso se considere adquirido el derecho por el trascurso de tiempo inmemorial, fundado en las leyes y razones arriba aducidas, lo que entiendo de dos maneras. Primeramente, cuando se alegó título y para su prueba aducía el trascurso de tiempo inmemorial, lo que admito con

(1) Según el cap. *dudum*, *de decimis*.
(2) *De praescriptione*, cap. *accedentes*, col. 5.ª, núm. 6.
(3) Dictamen 74, col. 3.ª, lib. 4.º
(4) Dictamen 158, colum. 4.ª al final.
(5) Dictamen 260, lib. 2.º
(6) *Ubi supra*, núm. 51.

dupliciter, primum quando titulus fuit allega. & ad ejus probationem adducebatur id tempus cujus initii memoria non erat, idque cum Ale. Fel. Curt. Jun. contra Soc. & Aym. ubi sup. Deinde etiamsi solum tempus allegaretur, nam tali tempore allegato virtualiter, & implicite etiam ti. ille sic ut opus erat qualificatus allegari intelligitur, cum ut ostendimus, ipsum tempus etiam sine alio adminiculo sit modus concedendi, & inducendi dominium jusque reale, illudque hinc adimendi, & illuc transferendi, & licet jura quae hanc vim & potestatem huic tempori cujus initii memoria non est, dederunt, sint mere positiva, sicque possint illam vim cum voluerint, adimere ademisseque propria facie videantur in terminis, c. accedentes, & c. cum ex officii, & c. causam quae, de praescrip. tamen magis est, ut intelligantur in praescrip. longi temporis vel longissimi non autem in acquisitione, quae per tempus cujus initii, & c. contingit, nam secundum veras, & communes opiniones praescriptio tantum longi temporis & usucapio jure fforum inventae erant, non etiam praescriptio longissimi temporis, vel alia ulterior, & tamen eo jure acquisitio, quae per tempus cujus initii memoria non est, contingebat in usu erat quasi inter acquisitiones quae per interventum praescriptionis contingebant minime connumeranda, ergo licet agnoscendum sit potuisse dd. jura canonica vim & potestatem hujus temporis, cujus initii memoria non est, adimere, tamen nondum ademerunt, neque ex mente illorum canonum est, ut adempta intelligatur, nam dum tractant de praescrip. adimendis, non pertinent ad materiam nostram, nostramque acquisitionem aliunde non a classe praescriptionum profectam.

Denique cum praesumptio quae resultat ex hoc tempore cujus initii memoria non est, sit juris, & de jure, ut tradit

Alejandro, Felino y Curcio el Joven contra Socino y Aymón (1); en segundo lugar, aun cuando sólamente alegara el tiempo inmemorial, porque al alegar tal tiempo, se considera también alegado virtual e implícitamente aquel título adornado de las cualidades que eran precisas; tanto más cuando que, según hemos ya demostrado, el tiempo mismo sin necesidad de otros apoyos, es modo apto para conceder y crear un dominio y derecho real, y para quitarlo y trasferirlo de una a otra parte; y aun cuando las leyes que concedieron esta eficacia y poder al tiempo inmemorial sean puramente positivas, y puedan por tanto cuando quieran suprimir dicho poder y aun a primera vista parezca haberla suprimido, si atendemos a los términos de la ley *accedentes*, del capítulo *cum ex officii* y del capítulo *causam quae, de praescript.*, sin embargo, es más probable que estas disposiciones se refieran a la prescripción de largo o de larguísimo tiempo, pero no a la adquisición que tiene lugar en virtud de tiempo inmemorial; porque según con verdad opinan comúnmente los autores, en el derecho antiguo sólo la prescripción de largo tiempo y la usucapión habían sido introducidas, pero no la prescripción de larguísimo tiempo u otra de mayor duración, y sin embargo, en dicho derecho antiguo estaba en uso la adquisición que tenía lugar por el trascurso de tiempo inmemorial, como si no debiera contarse en absoluto entre los modos de adquirir que se realizan por medio de prescripción; así pues, aun cuando debamos reconocer que dichas leyes canónicas han podido quitar aquella eficacia y poder al tiempo inmemorial, pero hasta el presente no se la han quitado, ni es conforme a la mente de dichos cánones el que se considere quitada, porque cuando tratan de suprimir ciertas prescripciones, no tocan para nada nuestra materia y nuestra adquisición dimanada no de especie alguna de prescripción, sino de otra fuente.

(1) *Ubi supra.*

Fel. in c. cum a nobis, colum. 3. de praescr. Alexandrinus consi. 13. col. 3. post alios per eum relatos, & sic contra eam non admittatur probatio, ut per Glossam & omnes in l. sive posside. C. de probat. & cum non tam praesumptio sit juris, quam fictio, ut tradit Aym. Crave. de anti temp. par. 4. versi. absolutis nu. 50. superest, ut si in terminis d. ca. dudum, ille possessor decimarum probaret se per tempus, cujus initii memoria non esset, possedisse, obtineret etiamsi adversarius ostenderet titulum minus legitimum eum possessorem habuisse. s. privilegium habitum ab illo rege Angliae, nam dicenti obest tibi titulus illegitimus, responderem simul cum ipso titulo illegitimo, potui habere alium titulum idoneum impetratum eodem tempore, vel antea, vel postea, quod si instasset, pluralitas titulorum non praesumitur, replicarem, id verum regulariter, sed fallit ubi adest tempus cujus initii, & c. nam tunc non solum praesumitur titulus idoneus, sed etiam fingitur, vel praesumitur tali praesumptione juris & de jure, quae non admittit probationem in contrarium, secundum Fel. & Aymon. ubi supra, vel secundum nos post tale tempus jus revera aufert dominium illinc ubi prius erat, sicque ablatum illud transfert in hunc possessorem, & quemadmodum post praescriptionem completam mala fides, aut scientia rei alienae superveniens non tolleret jus semel ac legitime per praescriptionem quaesitum, ut ex vera, & communi conclusione resolvimus de suc. crea. §. 21. nu. 117. ita quoque & hoc casu licet post hujus vetustissimi temporis legitimam possessionem emergeret aliquis titulus non sat legitimus, unde conjiceremus, & suspicaremur initium possidendi fuisse non sat legitimum, adhuc tamen ea juris acquisitio quae semel ac legitime per talis temporis praeteritionem contigerat ac facta fuerat, non infirmaretur, aut

Finalmente, como la presunción que resulta del trascurso de tiempo inmemorial, sea una prescripción de derecho y de pleno derecho *[de jure]*, según lo afirma Felino (1) y Alejandro (2) siguiendo el sentir de otros autores que él cita, y no admitiéndose prueba contra ella (3), y como más que una presunción de derecho sea una ficción del mismo, según lo enseña Aymón Cravet (4), síguese, que si en el caso a que se refiere el citado capítulo *dudum*, aquel poseedor de diezmos probara que había tenido su posesión durante tiempo inmemorial, saldría victorioso, aun cuando el adversario demostrara que dicho poseedor había tenido título menos legítimo, a saber, el privilegio recibido de aquel rey de Inglaterra de quien allí trata; porque al que me objetara, te perjudica el título ilegítimo, le respondería, que con el título ilegal he podido tener a la vez otro título apto, conseguido o bien al mismo tiempo, o antes o después que el ilegal; y si instase, que no se presume la pluralidad de títulos, le contestaría a ésto, que así es la verdad como norma general, pero que es falso cuando existe tiempo inmemorial. Porque entonces no sólo se presume título idóneo, sino que aun se finge, o si quieres se presume, pero con tal presunción de derecho y de pleno derecho que no admite prueba en contrario, según la explicación de Felino y Aymón, *ubi supra;* o según nuestra explicación, la ley, después de tiempo inmemorial, quita realmente la propiedad de donde antes estaba, y una vez quitada, la trasfiere a este poseedor; y así como, una vez realizada por completo la prescripción, al sobrevenir después la mala fe o el conocimiento de que la cosa era ajena, no quitaría el derecho una vez conseguido legítimamente por la prescripción, según consta por la verdadera y común conclusión que dejamos asentada en la obra de *succes. creatione* (5), así también en este caso, aun cuando después de legítima posesión durante tan dilatadísimo tiempo, apareciera algún título no bastante legal, por donde coligiéramos y sospecháramos que el comienzo de aquella posesión no

(1) En el cap. *cum a nobis*, colum. 3.ª *de praescript.*

(2) Dictamen 13, colum. 3.ª

(3) Conforme a la glosa y a todos los comentaristas en la ley *sive possidetis*, Código *de probationibus*.

(4) *De antiq. temp.*, part. 4.ª, vers. *absolutis*, núm. 50.

(5) En el §. 25, núm. 117.

infecta redderetur, arg. c. factum legitime, de reg. jur. in 6. facit l. 1. in prin. cum ibi plene traditis per Doc. C. de rei uxor. act. & multa quae tradunt per Aym. de antiq. tempo. part. 4. versi. absolutis. nu. 59. & quae nos tradi. lib. de succ. crea. §. 1.

Contrarium tamen in specie tenent Fel. in c. cum nobis, col. 3. de praescr. Alexandri. consi. 13. col. 3. Aym. ubi supra nu. 60. Paul. Cast. consi. 423. ex puncto transmisso colum. 2. libr. 2. Bellam. consi. 10. col. 10. Alex. cons. 113. col. 1. libro 1. Aym. ubi supra, nu. 60. qui eos refert, sed Fel. non hujus animi fuit ubi supra, sed tantum dixit, quod postquam possessor probavit tanto tempore possedisse se, cujus initii memoria non sit, admittitur probatio in contrarium ad docendum non per tantum tempus, sed per brevius tempus illum possedisse, & utcunque sit nostra opi. (si non fallor) tenenda est per jura, & rationes supra adductas. Nec moror in confutandis argu. quae traduntur per Aym. ubi supra, & alios quia nos diversa ratione utimur, quae nobis peremptoria, & coacta vissa est, ad quam ipsi nec respondent, nec de ea meminerunt, quod not. quia saepe habuimus, & habemus hodie de facto judice me in nostro summo praetorio Hispano rei dominicae in causis non levioribus, sed summorum ducum, comitum, & marchionum, praesertim in illis reditibus regalibus (qui vulgo alcabal. & tercias vocantur) verum isthaec procedunt in terminis juris communis, nam jure regio fortis text. esse videtur in l. 3. & 4. in quatuor alcabalarum, & l. fi. ti. de las praescr. lib. 3. ordin. & in tit. de las donaciones lib. 5. ord. fere per totum illum tit. quarum legum interpretationem propter lites pendentes consulto praetermittimus, & hic: vide omnino infra c. 89. n. 7.

Facit pro nobis viva ratio, nam temporis immemorialis

había sido tan legítimo, aun con todo la adquisición de aquel derecho, una vez conseguida y terminada legítimamente en virtud del trascurso de tiempo inmemorial, ni se invalidaría, ni se convertiría en no realizada; como lo prueba el capítulo *factum legitime* (1) y la ley 1.ª del título *de rei uxor. action.* del Código, con lo que extensamente exponen sobre ella los doctores (2).

Defienden particularmente lo contrario Felino (3), Alejandro (4), Aymón (5), Pablo de Castro (6), Bellamera (7); si bien Felino en el lugar citado, no se mostró partidario de esta contraria opinión, sino que sólamente dijo, que después que el poseedor probara haber tenido la posesión durante tiempo inmemorial, se admite prueba en contrario sólo para demostrar no haber sido poseedor durante tiempo inmemorial, sino por tiempo más corto; pero de cualquier modo se ha de sostener (si no me engaño) nuestra opinión por las leyes y razones arriba aducidas. Ni me detengo en refutar los argumentos que Aymón y otros autores aducen (8), por ser diversa la razón en que nosotros nos apoyamos y que nos parece definitiva y de irresistible fuerza, a la que dichos autores ni responden ni aun siquiera la han tenido presente; lo que tendrás muy en cuenta porque muchas veces se ha presentado de hecho y se presenta aun hoy día este caso (de lo que soy testigo), en el Supremo Consejo de Hacienda de España en causas no insignificantes, sino de los más poderosos duques, condes y marqueses, principalmente con respecto a aquellos réditos reales (que vulgarmente se llaman alcabalas o tercias); la doctrina expuesta tiene lugar hablando en términos del derecho común, porque según el derecho regio se consideran textos de gran fuerza los de varias leyes (9),

(1) *De regulis juris, in 6.°*

(2) Aymón aduce copiosa doctrina de diversos autores en el tratado *de antiquit. tempor.* part. 4.ª, vers. *absolutis*, núm. 59 y nosotros tratamos de lo mismo en el libro *de succes. creat.* §. 1. .

(3) En el cap. *cum nobis*, colum. 3.ª *de praescript.*

(4) Dictamen 13, colum. 3.ª y dict. 113, colum. 1.ª, lib. 1.°

(5) *Ubi supra*, núm. 60, donde cita a otros autores.

(6) Dictamen 423, *ex puncto transmisso*, colum. 2.ª, lib. 1.°

(7) Dictamen 10, colum. 50.

(8) *Ubi supra.*

(9) En la ley 3.ª y 4.ª de las Alcabalas; en la ley final, tít. *de las prescripciones*, lib. 3.°, Ordenamientos; y en el tít. *de las donaciones*, lib. 5.°, Orden. en casi todo él.

vim adimere vis, ostenso titulo illegitimo, aut quasi is titulus nullius momenti sit, aut quasi ex ipso utpote illegitimo possessor praesumatur in mala fide, arg. c. 2. §. contrahentes, de rebus eccles. lib. 6. sed quod habeatur pro non titu. nihil noceret, quia in tali praescr. non desideratur tit. interventus, nec etiam probatio, nec etiam allegatio ut sup. diximus, quod autem ex ipso tit. illegi. arguatur, vel suspicetur mala fides, est omnino falsum, nam bona fides orta etiam ex injusta causa sufficit ad praescriptio. injustam autem causam accipere debemus quando is qui possidebat, & praescribebat titulo illegitimo nitebatur, & denique bona fides praesumitur sive quis titulum legitimum habeat, sive etiam nullum omnino titulum habeat, sive & tertio titulum habeat illegitimum, argu. l. si id quod ff. pro derelicto ibi, quasi volente, & concedente domina, l. si vir, ff. pro donato, nisi quando adsunt conjecturae quae urgent contra talem possessorem, veluti si antequam emeret, sibi a domino rei denuntiatum fuit, ne emeret eam rem a non domino possessam, & in aliis casibus particularibus, ut isthaec omnia plene diximus in superioribus quaestionibus, & etiam in sequentibus hujus libri.

13. Justa superiora † si vectigal regium seu regii census, aut reditus aliquis regius fuerit exactus seu collectus ac receptus diu ab aliquo nobilium seu magnatum, qui illud vectigal non nomine regio, sed suo proprio nomine, & quasi jure suo colligebat ac percipiebat, deinde cum tale vectigal ab ipso rege repetatur, ille nobilis dotis, aut emptionis nomine sibi competere alleget, eumque titulum per longam illam possessionem praesumptive probare vellit, an audiendus sit, vel obtinebit, ut ex illa diutina quasi possessione, & perceptione illius reditus seu vectigalis sequatur praesumptio

las que sin embargo nos abstenemos de propósito de interpretar también aquí, en razón de los pleitos pendientes; puedes ver esta cuestión completamente tratada más adelante en el capítulo 89, número 7.

En nuestro apoyo existe la siguiente razón no refutada; porque si, al demostrar la ilegalidad del título, pretendes que pierde su eficacia el tiempo inmemorial sería, o porque dicho título se considera como de valor nulo, o porque en virtud de dicho título por ser ilegítimo se presume que el poseedor está constituido en mala fe (1). Pero el que se tuviera por título nulo, nada perjudicaría, porque en dicha prescripción no se requiere la intervención de título, ni su prueba, ni aun siquiera su alegación, según arriba lo hemos expuesto; en cuanto a lo segundo, que en virtud de tal título ilegal se presuma o sospeche mala fe, es completamente falso, porque para la prescripción es suficiente la buena fe aun nacida de causa injusta, debiendo entender que existe causa injusta cuando el que poseía y conseguía la prescripción se apoyaba en título ilegal; y finalmente, se presume buena fe tanto si uno tiene título legítimo, como si no tiene título alguno, como en tercer lugar si tiene título ilegal, conforme consta por la ley *si id quod* (2) en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña» y por la ley *si vir* (3), fuera del caso en que existan conjeturas que se opongan a dicho poseedor, como por ejemplo, si antes de comprar una cosa, a quien no siendo dueño de ella, la poseía, le hubiera denunciado el verdadero dueño que no la comprase, y en otros casos particulares; todo lo cual lo hemos expuesto extensamente en anteriores cuestiones y lo expondremos en otras posteriores de este libro.

13. Conforme a lo arriba expuesto, si un tributo regio o censos regios o algún rédito asimismo regio hubiera sido cobrado o recaudado y percibido durante mucho tiempo por alguno de los nobles o magnates que recaudaban y percibían dicho tributo no a nombre del rey, sino a nombre propio y como por propio derecho, y más adelante al reclamar

(1) Como se probaría por el cap. 2.°, §. *contrahentes, de rebus eccles.*, lib. 6.

(2) Digesto, tít. *pro derelicto.*

(3) Del Digesto, tít. *pro donato.*

tituli allegati, quae res Hispaniae usitatissima est, cum ducum hispanorum, marchionum, comitum, & reliquorum nobilium nomine suo, & quasi jure suo non regio, illud vectigal (quod vulgo alcabala, appellatur) perceperint, & regi repetenti sese defendunt ac tuentur eo nomine quod legitimum titulum ab initio possessionis habuerint, quem praesumptive probare contendunt, probata diutina possessione. Et quod talis allegatio eis non patrocinetur, videtur per text. in capitu primo. de praescriptionib. in sexto, ubi quando est praesumptio juris contra eum qui annuam praestationem diu exegit ac possedit, (qualis est praestatio decimarum) ad praescribendam in futurum talem annuam exactionem, non sufficit titulum allegare nisi probetur, vel decurrat tempus cujus initii non sit memoria. Sed Rex Hispanus videtur, quod fundet suam intentionem in d. l. vectigali ac reditu (qui alcabala vocatur) & sic quod sit praesumptio juris regii contra possidentem ac percipientem, & consequenter, quod non sufficit talem titulum allegare nisi vel probetur, vel tempus cujus initii memoria non sit praeterierit.

14. Etenim † si praeterierit tempus cujus initii memoria non sit id pro jure constituto, & ab ipsis partibus sponte concesso habetur, l. 1. §. fin. ff. de aqua pluvi. arcen. ibi, vetustatem vicem legis tenere, legis inquam conventionalis, nam de ea sermo ibi fiebat, ad idem l. hoc jure, §. ductus aquae. ff. de aqua quoti. & aestiv. & ff. de itine. actuque priv. l. apparet,
15. §. pe. ratio, † quia antiqua quorum origo memoriam excesserit, nullum genus probationis admittunt praeter probationem famae, & ideo in eis sola fama citra ullum adminiculum facit plenam probationem; quod fama in eis faciat plenam probationem, tradit Gloss. in l. at qui natura, §. cum me absente,

el mismo rey dicho tributo, alegara el noble que le corresponde a él a título de dote o de compra, y quisiera probar dicho título por medio de la presunción en virtud de aquella larga posesión, ¿ha de ser oído dicho noble, y ha de conseguir que por aquella prolongada cuasi-posesión junto con la percepción de tal rédito o tributo se admita la presunción del título alegado? Es éste un caso frecuentísimo en España, cuando duques, marqueses, condes u otros nobles españoles, después de haber percibido a nombre propio y como por propio derecho y no a nombre del rey aquel tributo que vulgarmente se llama alcabalas, al reclamarlo el rey para sí, se defienden y amparan con la razón de haber tenido desde el principio legítimo título de posesión, título que se esfuerzan en probar por presunción con sólo probar la posesión durante largo tiempo. Que dicha alegación no les aproveche, parece deducirse del texto del capítulo 1.° *de praescriptionibus in 6.°* por el que consta que cuando existe presunción de derecho contraria a aquel que por mucho tiempo cobró y poseyó anuales tributos (cual es el pago de diezmos), para conseguir la prescripción del cobro anual de los mismos en lo futuro, no es suficiente alegar título si no se prueba o trascurre tiempo inmemorial. Pero el rey de España parece que tiene su derecho fundado en la citada ley *vectigali ac reditu* (que se llama alcabala) y por tanto que existe presunción de derecho regio contra aquel poseedor y perceptor y por consiguiente que no es suficiente alegar dicho título, sino que es preciso probarlo o que trascurra tiempo inmemorial.

14. Porque si hubiera trascurrido tiempo inmemorial se considera ya como derecho constituido y concedido espontáneamente por las mismas partes, conforme a la ley 1.ª en el §. final, Digesto, *de aqua pluv. arcenda*, en las palabras: «el largo tiempo trascurrido tiene fuerza de ley», se entiende de ley convencional, porque de tal ley se trataba allí, lo que consta también por otras leyes (1); y la razón es, porque las cosas tan antiguas cuyo comienzo sobrepasa toda memoria, no admiten género alguno de prueba, fuera de la prueba de la fama, y por eso tratándose de ellas la sola fama suministra

(1) Por la ley *hoc jure*, §. *ductus aquae*, Digesto *de aqua quot. et aestiv.* y por la ley *apparet.*, §. penúltimo, Digesto, tít. *de itinere actuque privato*.

ff. de nego. gest. Bald. in auth. quas acti. colum. fina. C. de sacrosanc. ecclesi. Idem in l. cum super, C. de rei vendica. Idem Bald. in l. in bonae fidei, colum. ulti. C. de rebus credi. Idem Bald. in l. 4. C. de probatio. Bal. in l. non ignorat, colum. 6. C. qui accusare non possunt, sequitur, & firmat esse communem opinionem Dec. in c. 1. nume. 46. de apella. Fel. in capi. veniens, num. 9. de testibus, & iterum numer. 16. Lambertinus de jure patronatus 2. part. lib. 2. arti. 9. quaest. 10. Ludovicus Gozadi. consi. 9. nume. 47. Andr. Tiraquel. de primogenitur. in praefatione, nu. 103. Matthaeus Afflictus in decision. Neapo. deciss. 270. nu. 1. Gratus consil. 95. lib. 2. nu. 15. Anton. in c. veniens, nu. 10. de verb. signifi. Bart. in l. 2. §. Labeo, ff. de aqua pluvia arcen. Hippol. Marsi. in l. de minore, §. plurimum n. 60. ff. de quaes. Idem in sing. 505. Jas. in l. praetor ait, §. praetor ait, ff. de edendo, Petr. Paul. Par. consil. 52. n. 50. lib. 3. & consil. 23. lib. 1. nu. 256. Carolus Rui. consil. 13. n. 3. lib. 4. Idem consi. 103. nu. 15. lib. 5. Aym. de anti. temp. par. 1. sectio. ampliatur nunc, nu. 8. fol. 23. Dec. in c. causam, 2. nota. de proba. Pet. Duen. in regu. 299. nu. 7. Dec. consi. 42. col. 2. Aymo. Crave. ubi supra, sectione viso, fol. 73.

16. Quod † autem in antiquis nullum genus probationis inveniatur praeter probationem famae, ut tradunt juniores in rub. ff. si cer. pet. & in l. admonendi, ff. de jurej. patet, quia in his quorum origo memoriam excedit, testes non possunt recte deponere, neque scripturae, & instrumenta publica fidem facere: nam simul ac instrumentum authenticum esse negetur, vix est ut possit verificari, aut authenticum probari, & Historiae dicuntur esse scripturae privatae, quae ex antiquitate, &

completa prueba sin necesidad de otro apoyo alguno; que tratándose de tales cosas antiguas la sola fama suministre perfecta prueba lo defienden la glosa (1), Baldo (2), cuyo parecer sigue, diciendo ser opinión común Decio (3), Felino (4), Lambertino (5), Luis Gozadino (6), Andrés Tiraqueau (7), Mateo de Afflictis (8), Grato (9), Antonio (10) y otros (11). 15.

En cuanto a que, tratándose de cosas antiguas, no exista otro género de prueba que la prueba de la fama, conforme lo enseñan los autores más modernos (12), es cosa manifiesta, porque tratándose de cosas de tiempo inmemorial, ni pueden los testigos declarar debidamente ni las escrituras o documentos públicos probar suficientemente, porque con sólo negar que tal documento es auténtico, es casi imposible demostrar su verdad o probar que es auténtico; así las historias se dicen ser escrituras particulares que se consideran tomar su fuerza probativa de la antigüedad y de la fama pública, y por tanto en aquellos hechos que son tan anti- 16.

(1) En la ley *atqui natura*, §. *cum me absente*, Digesto *de negot. gest.*

(2) En la *auth. quas actiones*, col. final inserta en el Código *de sacros. ecclesiis;* en la ley *cum super*, Código *de rei vindicatione;* en la ley *in bon. fidei*, col. últ., Código *de rebus credi.;* en la ley 4.ª, Código *de probationibus* y en la ley *non ignorat*, col. 6.ª, Código *qui accus. non possunt.*

(3) En el cap. 1.º, núm. 46 *de appellatione.*

(4) En el cap. *veniens*, núm. 9 *de testibus.*

(5) *De jure patronatus*, 2.ª part., lib. 2.º, art. 9, cuest. 10.

(6) Dictamen 8, núm. 47.

(7) *De primogenitura*, en la introducción, núm. 105.

(8) Decis. Napolitanas, decisión 277, núm. 1.

(9) Dictamen 95, lib. 2.º, núm. 15.

(10) En el cap. *veniens*, núm. 10, *de verbor. signific.*

(11) Tales son: Bartolo en la ley 2.ª, §. *Labeo*, Digesto *de aqua pluv. arcenda;* Hipólito de Marsella comentando la ley *de minore*, §. *plurimum*, núm. 60, Digesto, tít. *de quaestionibus* y en su *singularit.* 505; Jasón en la ley *praetor ait*, §. *praetor ait*, Digesto *de edendo;* Pedro Pablo Par. dictamen 52, núm. 50, lib. 3.º y dict. 25, lib. 1.º, núm. 236; Carlos Ruino, dictamen 15, núm. 3, lib. 4.º y dict. 115, núm. 15, lib. 5; Aymón *de antiquit. temp.*, part. 1.ª, *sectio. ampliatur nunc*, núm. 8, fol. 25; Decio en el cap. *causam*, 2.ª not. *de probatione;* Pedro Duen. en la regla 299, núm. 7 y en el dict. 42, col. 2.ª; Aymón Cravet *ubi supra*, *sectione viso*, fol. 75.

(12) En la rubr. del Digesto, tít. *si certum petatur* y en la ley *admonendi*, Digesto, tít. *de jurejur.*

fama fidem assumere intelliguntur, sicque in tam antiquis quae vitam memoriamque hominum excedunt, ad solam
17. famam omnes spes probationis rediguntur † inque iis tam vetustis probationes leviores, & admittuntur, & solent sufficere, ut l. si servus servum, §. inquit lex, ff. ad leg. Aquil. sufficitque probatio per indicia, & conjecturas, l. census, ff. de prob. l. quia ex literis, ff. de secun. tab. c. causam, de prob. c. cum olim, de cens. & utrobique per Glo. & Doc. Paul. Cast. cons. 164. in praesenti causa quae vertitur col. 1. lib. 2. Anch. consi. 310. tres domini magnifici col. 2. Idem Anch. cons. fi. col. 6. 3. dub. in fi. Calcan. cons. 8. col. 5. Jas. cons. 128. col. 1. lib. 1.

Quod & sequitur Aymon. Cravet. de antiqui. temp. parte. 1. sectio. viso de fama nu. 3. ut tamen, inquit, non procedat contra possessorem, aut reum de cujus possessionis justitia apparet, quia probatio quae fit ex temporis antiquitate, dicitur praesumptiva, & conjecturalis, ideo admitti non debet contra veritatem, id est contra eum de cujus justitia possessionis apparet, ita Aymon ubi supra num. 32, allegat Innocentium & Doctor. communiter in cap. causam, de probationib. Socin. consil. 194. subtiliter & eleganter num. 9. libro 2, ubi firmat hanc esse communem opinionem Doctorum in capitu. causam, & ibi etiam docet ut in his tam antiquis omne genus probationis reducatur ad famam & communem opinionem, per Decium in d. capitu. 1. colum. 4. de appellat. per Corneum consil. 304. col. 5. lib. 3. per Aymonem ubi supra par. 1. sectione viso in hac, fol. 73.

18. Adhuc tamen † d. capitu. 1. de praescription. libro 6. non facit contra dictos vectigalium possessores, quia jure nostro regio nulla reperitur lege vetitum, ut alius non possit praeter

guos que sobrepasan la vida y memoria de los hombres, todas las clases de pruebas se reducen a la sola fama y en tan remotos hechos se admiten pruebas de menos peso que sin embargo se suelen considerar suficientes (1), como sucede con la prueba por indicios y conjeturas (2). 17.

De la misma opinión es Aymón Cravet (3), quien sin embargo afirma que no se ha de aplicar contra el poseedor o reo cuando es manifiesta la justicia de su posesión, porque la prueba que se funda en la antigüedad de tiempo, se dice prueba presuntiva y de conjeturas, por lo que no debe admitirse contra la verdad, es decir, contra aquel cuya justicia en la posesión es manifiesta; así lo expresa Aymón en el lugar citado, número 32, quien cita a Inocencio y a los doctores en general en el capítulo *causam, de probationibus*, a Socino en el dictamen 194 *subtiliter et eleganter*, número 9, libro 2.°, donde afirma ser ésta común opinión de los doctores al comentar el capítulo *causam*, donde sostiene también que en estas cosas tan remotas toda clase de prueba se reduce a la fama y común opinión, como lo afirman también Decio (4), Corneo (5) y el citado Aymón (6).

Mas con todo, el citado capítulo 1.° *de praescript.*, libro 6.°, no prueba contra los poseedores de tributos de que venimos tratando, porque en nuestro derecho regio no se encuentra prohibido por ley alguna el que otra persona fuera del rey pueda poseer y percibir aquel tributo que se 18.

(1) Conforme a la ley *si servus servum*, §. *inquit lex*, Digesto *ad legem Aquilliam*.

(2) Según la ley *census*, Digesto *de probationibus;* consta también por la ley *qui ex litteris*, Digesto *de secundis tabulis;* por el cap. *causam, de probationibus;* por el cap. *cum olim, de censibus* y por la glosa y los doctores en ambos capítulos; por Pablo de Castro, dictamen 154, *in praesenti causa quae vertitur*, col. 1.ª, lib. 2.°; por Ancarano, dict. 319, *tres domini magnifici*, col. 2.ª y dict. 51, col. 6, duda 3.ª al final; lo mismo dicen Calcaneo, dict. 8, col. 5 y Jasón, dict. 128, col. 1.ª, lib. 1.°

(3) *De antiquit. temporis*, part. 1.ª, *sect. viso de fama*, núm. 3.

(4) En el cap. 1.°, col. 4.ª, *de appellatione*.

(5) En el dictamen 304, colum. 5.ª, lib. 3.°

(6) *Ubi supra*, part. 1.ª, sección, *viso in hac*, fol. 73.

regem illud vectigal possidere, & habere (quod alcabala. appellatur) at, jure canonico vetitum nominatim est, ne unus episcopus in alterius dioecesi decimas percipiat, cum enim decimae debeantur & sint clericis singularium ecclasiarum necessariae ad eos clericos alendos, qui cultui divino intersint sacraque ministrent, eveniret ut si unus episcopus in alterius dioecesi decimas perciperet, illius dioecesis clerici non haberent unde satis commode alerent sese, ita probat capit. cum sint homines, capitu. cum in tua, capitu. dudum, de decimis, capitu. de quarta, de praescription. cap. omnes basilicae, 16. quaestio. 7, & ideo dictis jurib. nominatim resisti videmus, ne unus episcopus in alterius dioecesi decimas percipiat, unde si earum praescriptionem captet, talis praescriptio quasi contra juris prohibitionem, & resistentiam intelligitur, ideo non procedit nisi vel titulus ostendatur vel praeterierit tempus cujus initii, & c. ita nominatim intelligunt illum text. Corrasius de servitutibus in l. servitutes, magna, num. 35, ff. de servitut. Covarru. libro 3. resolutio. capitu. 17. num. 7, Decius consil. 134. viso puncto, num. 4, Paulus Castrensis in d. l. servitutes, num. 7. Balbus de praescrip. parte. 3. quaest. 10. num. 9. quae quidem ratio cessat in specie nostra, ubi, ut diximus, tale vectigal ab aliis praeter regem teneri vetitum non reperitur, quinimo etiamsi esset ulla juris regii praesumptio contra possessores hujus vectigalis, adhuc tamen videtur uti illud possent praescribere; nam etiam tempore ordinario & citra ullius tituli interventum praescribuntur servitutes habentes causam continuam, l. si quis diuturno, ff. si servitus vendic. l. 2, C. de servitu. & aqua, & utrobique per Docto. communiter, & est communis opinio, ut plene per Balbum de praescr. in 2. par. 3. par. principal. in princi. & tamen

llama alcabala, mientras que en el derecho canónico está expresamente prohibido el que un obispo perciba diezmos en la diócesis de otro. Porque como los diezmos se deban y sean necesarios a los clérigos de cada una de las iglesias, para alimento de aquellos que están al cuidado del culto divino y administración de los sacramentos, sucedería que si un obispo percibiera los diezmos en ajena diócesis, los clérigos de tal diócesis no tendrían con qué atender decorosamente a su sustento; así lo prueba el capítulo *cum sint homines*, el capítulo *cum in tua* y el capítulo *dudum, de decimis* (1) por tal razón vemos que las citadas disposiciones prohiben terminantemente el que un obispo perciba diezmos en la diócesis de otro, por lo que si trata de conseguir la prescripción de los mismos, tal prescripción se considera como contraria a la prohibición y resistencia de la ley, con lo que no tiene cumplimiento, a no ser que o se demuestre título o haya trascurrido tiempo inmemorial, y así expresamente entienden aquel texto Corrasio (2), Covarrubias (3), Decio (4), Pablo de Castro (5), y Balbo (6); pero dicha razón no tiene aplicación en nuestro caso, en el que, como ya hemos dicho, no se halla prohibido el que otras personas fuera del rey puedan percibir tal tributo; más aún, dado que existiera alguna presunción de derecho regio contra los poseedores de dicho tributo, aun a pesar de ello parece que podrían obtener su prescripción; porque aun por el trascurso de tiempo ordinario y sin intervención de título alguno se prescriben servidumbres que tienen causa no interrumpida (7), siendo esta opinión común según extensamente lo expone Balbo (8) y, sin embargo, existe presunción de derecho común contra el

(1) Consta también por el cap. *de quarta, de praescript.* y por el cap. *omnes basilicae*, 16, cuest. 7.ª

(2) *De servitutibus* sobre la ley *servitutes, mag;* núm. 35, Digesto *de servitutibus.*

(3) En el libro 3.º de sus resoluciones, cap. 17, núm. 7.

(4) Dictamen 134, *viso puncto*, núm. 4.

(5) Conforme a la ley *si quis diuturno*, Digesto, *si servitus vindicetur;* a la ley 2.ª del Código, tít. *de servitutibus et aqua* y en ambas así lo exponen los doctores.

(6) *De praescript.* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, al principio.

(7) Según la ley *si quis diuturno*, Digesto, *si serv. vindicetur* y la ley 2.ª del Código, tít. *de serv. et aqua* donde así lo exponen comúnmente los doctores.

(8) *De praescript.* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal.

contra praescribentem servitutem est juris communis praesumptio, quia quaeque res praesumitur esse libera, l. altius C. de servitut. unde etiamsi id vectigal (quod alcabala vocatur) ad regem nostrum pertinere in re dubia praesumi (quod satis certum non est) fateremur, adhuc contra talem praesumptionem praescriptio curreret ordinaria, nisi in quibus casibus ex regio privilegio longius tempus desideratur. Quinimo sunt qui vellint ut d. capit. primum, procedat duntaxat in rebus ecclesiae, ut voluerunt Paul. num. 7. in d. l. servitutes, Dynus num. 27, in capitu. possessor, de regul. jur. in sexto, unde cessat ejus decissio in specie nostra, qui loquimur in rebus profanis, & cum d. capitu. 1. varios recipiat intellectus, in eo fieri non potest sufficiens fundamentum. Bart. in l. non solum, §. liberationis verba, ff. de liber. lega.

Praeterea d. cap. 1. procedit, quando possessor nitebatur praescriptione, in qua regulariter desideratur tituli aut justae causae allegatio & probatio l. nullo, C. de rei vendic. l. Celsus, ff. de usucapio. l. unica, C. de usucap. transf. l. diutina l. super longi. C. de praescrip. longi temporis. Diversum est in specie nostra ubi possessor sese tuebatur non praescriptione (quasi rem a non domino initio habuisset), sed concessione, quasi eandem initio ab ipso domino, qui jus alienandi habuit, coepisset, sicque statim hujus vectigalis jus & dominium quaessisset, sicque sumus in terminis cap. cum personae, §. quod si tales, de privileg. in 6. non autem in terminis dict. cap. 1. Nec dubium est quin si allegem me habuisse causam titulumque ab ipso domino, qui nunc rem, jus, aut vectigal repetere vult, & probavero possessionem diutinam ipso sciente & patiente, minimeque contradicente, per eandem praesumetur titulus a me allegatus ex receptissima

que adquiere la prescripción de la servidumbre, pues todas las cosas se presumen libres (1); por lo cual, aun cuando este tributo (que llamamos alcabalas) confesáramos pertenecer en caso dudoso a nuestro rey (cosa que no consta con bastante certeza), sin embargo, contra tal presunción correría la prescripción ordinaria, fuera de aquellos casos en los que por privilegio real se exige tiempo más largo. Más aún, hay quienes defienden que dicho capítulo primero tiene sólo aplicación en las cosas de la iglesia, como lo defienden Pablo de Castro (2) y Dino (3), por lo cual, en nuestro caso no tiene lugar su decisión, puesto que nosotros nos referimos a cosas profanas; y admitiendo dicho capítulo primero diversos sentidos, no puede fundamentarse en él prueba concluyente, según el sentir de Bartolo (4).

Además, el citado capítulo primero se refiere al caso en que el poseedor se apoyaba en la prescripción, en la cual, por regla general, se exige alegación y prueba de título o causa justa (5). Cosa diversa sucede en nuestro caso, en el cual el poseedor se apoyaba no en la prescripción (como si en un principio hubiera recibido la cosa de quien no era dueño de ella), sino en la concesión como si la hubiera recibido desde un principio del propio dueño que tenía derecho de enajenarla, con lo que al momento había alcanzado el derecho y dominio de tal tributo, por lo que nuestro caso más está incluido en la doctrina del capítulo *cum personae* (6) que en el citado capítulo primero. Ni cabe la menor duda de que si yo alegara haber recibido la causa y el título del propio señor que ahora quiere reclamar dicha cosa, derecho o tributo, y hubiera yo probado la posesión durante mucho tiempo con el conocimiento y tolerancia del señor y sin que en lo más mínimo se opusiera, que en virtud de tal posesión se presumiría el título por mí alegado, según se desprende

(1) Conforme a la ley *altius*, Código *de servitut.*

(2) Al comentar la ley citada *servitutes*, núm. 7.

(3) En el cap. *possessor*, *de regul. juris*, *in 6.°*, núm. 27.

(4) Al comentar la ley *non solum*, §. *liberationis verba*, Digesto, tít. *de liber. lega.*

(5) Conforme a la ley *nullo*, Código *de rei vindicat.*; a la ley *Celsus* del Digesto, tít. *de usucapione*; a la ley única del Código *de usucap. transform.* y a la ley *diutina* y *super longi*. Código *de praescript. longi temporis.*

(6) En el §. *quod si tales*, *de privil. in 6.°*

illa communi resolutione supra allegata, per d. l. cum de in rem verso, ff. de usuris, & in hoc tantum quaestio erit, an in hac materia favore regio longius tempus desideretur.

19. † Neque ad rem pertinet, quod secundum hoc confunderetur materia praescriptionum in qua tituli non modo allegatio, sed etiam verus ipsius interventus exigitur, d. l. nullo, cum simi. supra allegatis, nam illud procedit quando possessor agnoscit, se non habere titulum a vero domino, sed ab alio, ex mente Pauli Castr. in d. l. servitutes, nos loquimur, quando ab ipsomet domino se titulum habuisse firmabat, sed sane magis est, ut hoc casu non praesumatur titulus habitus a vero domino, nisi probetur, non magis quam si ab alio habitus allegaretur, quo casu probari etiam oporteret per dic. l. nullo, cum similibus supra allegatis, & quia regulariter ubi fit mentio de allegatione, intelligitur etiam quod adsit probatio, nec sola allegatio sufficiat l. 1. ff. de dolo l. 1. ff. si quad. pauperiem, nec me movet d. l. cum de in rem, quia procedit quando allegatur & probatur actus factus ab aliquo non tantum semel aut bis, sed etiam decies geminatus, & ex intervallo, puta semel in quolibet anno, & sic
20. continuatus per totum decennium, & uniformis. † At in specie nostra non ponimus ullum actum ejus qui dominum esse se dicit, interfuisse, ergo, & c. praesertim cum etiam in terminis d. l. cum de in rem, ter geminus actus non sufficeret, ut ex communi opinione resolvit Jaso. in l. si certis annis, C. de pact. num. 15. Antonius in cap. literae, de dila. per omnes in d. l. si certis, ergo magis est, ut titulus allegatus non praesumatur ex possessione diuturna, sive a vero domino habitus esse dicatur, sive ab alio, nisi decies geminus actus veri domini probaretur ex intervallo & uniformes ut

de la común resolución arriba citada y tan admitida por los autores al exponer la citada ley *cum de in rem* (1); y sólamente existirá cuestión en este punto, si en esta materia por privilegio real se exigirá más largo tiempo.

Ni hace al caso el que según ésto se confundiría la 19.
materia de las prescripciones en la cual se exige no sólo la alegación de título, sino también el que verdaderamente haya existido (2); porque ésto se exige cuando el poseedor reconoce que él no ha recibido el título del verdadero dueño, sino de otro que no lo era, conforme lo explica Pablo de Castro al comentar la citada ley *servitutes;* y nosotros hablamos del caso en que afirmara haber recibido el título posesorio del propio dueño; pero en verdad, es más fundado que aun en este caso no se presuma el título recibido del propio dueño, si no se prueba, al igual que si se alegara haberse recibido de otro, en cuyo caso sería también preciso el probarlo, por lo que dispone la citada ley *nullo* y otras semejantes citadas y porque por regla general siempre que se hace mención de alegación de título, se entiende también que existe prueba del mismo, y que no es suficiente la mera alegación (3). Ni me hace fuerza la citada ley *cum de in rem*, porque se refiere al caso en que se alega y se prueba algún acto realizado por alguna persona, no una o dos veces sólamente, sino repetido diez veces y con intervalo de tiempo, por ejemplo una vez cada año y de este modo continuado y uniforme durante todo el decenio; pero en nuestro caso no suponemos haber intervenido acto alguno 20.
de aquel que se decía dueño, luego, etc., principalmente cuando aun según el sentido de la citada ley *cum de in rem*, no sería suficiente el acto repetido tres veces, según lo resuelve Jasón (4) fundado en la común opinión, como también Antonio (5) y todos los autores en la citada ley *si certis;* luego es más probable que el título alegado no se presume en virtud de la prolongada posesión, tanto si se afirma haber sido recibido del verdadero dueño, como de otra persona, a

(1) Del Digesto, tít. *de usuris.*

(2) Conforme a la ley *nullo* con otras semejantes arriba aducidas.

(3) Según la ley 1.ª, Digesto, tít. *de dolo* y la ley 1.ª del Digesto, tít. *si quandrup. pauperiem.*

(4) En la ley *si certis annis*, Código *de pactis*, núm. 15.

(5) En el cap. *litterae. de dila.*

d. l. cum de in rem & vide plenissime per Balb. de praescrip. part. 3. q. 10. ubi, nume. 11. late discutit intell. l. si filius, C. de peti. haere.

21. Tenendo hanc partem † tunc ad l. 1. C. de patria potesta. l. si filiusfa. C. de peti. haered. l. qui in aliena, in princip. versicul. sed & si non adierit, ff. de acquirend. haeredita. responderi posset ex mente Bartol. in d. l. cum de in rem, & ibi communiter Doctor. Bartol. & communiter Doctores in d. l. servitutes, quod ex diuturna possessione, vel quasi possessione praesumitur titulus allegatus in praescriptione servitutis, & in reliquis similibus, quae sunt non admodum gravis incommodi, non sic quando ageretur de amissione totius rei qua de agitur, & ita se habet non modo communis, sed etiam receptissima omnium eorum opinio, quos supra retulimus tenuisse, ut ex diuturna hac possessione vel quasi possessione praesumatur titulus allegatus ad praescribendam servitutem, quae haberet causam discontinuam, quasi hoc sit non admodum magni incommodi, qui titulus non praesumeretur, si ageretur de magno praejudicio.

Sed haec communis opinio, & recepta solutio non placuit disertissimo viro Didaco Covarru. in libro 1. variarum resolution. capitu. 17, num. 7. post alios ibi relatos, cujus etiam opinionem non refero, quia diversa nobis sententia sedet, sed & praeter eos haec communis solutio plus quam manifeste confutatur, per d. l. 1. de patr. potesta. juncta, l. filiusfamilias, §. 2. vulgarem, ff. de leg. 1, & §. 1, institu. de sing. rebus per fideicom. relic. ubi habetur, patriam potestatem esse rem inaestimabilem, adeo ut licet quis possit per fideicom. rogari ut restituat res suas utcunque pretiosas, sive illae mobiles sint, sive soli, tamen ut emancipet filium

no ser que se pruebe haber existido un acto del verdadero dueño diez veces repetido, uniforme y con intervalo de tiempo (1), según lo explica Balbo con la mayor extensión (2).

Los defensores de esta parte pueden responder, basados en la opinión de Bartolo y en general de los doctores al exponer las citadas leyes *cum de in rem*, y *servitutes*, a la objeción de las leyes 1.ª del Código *de patria potestate, si filius familias* (3), y *qui in aliena* (4), que en virtud de la posesión o cuasi-posesión durante largo tiempo se presume el título alegado en la prescripción de una servidumbre o de cosas semejantes que no suponen grave perjuicio, pero no en el caso de tratarse de la pérdida completa de la cosa que se ventila. Y tal es la opinión no sólo común, sino admitida en absoluto por todos aquellos autores que dijimos arriba haber defendido que en virtud de esta prolongada posesión o cuasi-posesión se presumía el título alegado para la prescripción de una servidumbre que dimanara de causa discontinua, como si se tratara de daño no muy grave; título que no se presumiría si el perjuicio fuera grave. 21.

Pero la solución de esta común opinión tan admitida, no agradó al insigne Diego Covarrubias, basado en otros autores que él mismo cita (5), y cuya opinión no expongo por no coincidir con el parecer que nosotros sostenemos; pero además de estos autores que impugnan dicha común opinión, queda ésta con la mayor evidencia refutada por la ley 1.ª *de patria potestate*, junto con la ley *filiusfamilias* (6), y el §. 1.º de la Instituta *de singulis rebus per fideicomm. relictis*, donde consta que la patria potestad es una cosa inestimable, hasta el punto que aun cuando por medio de fideicomiso pueda uno ser rogado a que restituya cosas suyas por más preciosas que sean, tanto muebles como inmuebles, sin embargo no puede ser rogado a que dé

(1) Según la ley *cum de in rem*.

(2) *De praescriptione*, part. 3.ª, cuest. 10, en donde en el núm. 11 discute extensamente el sentido de la ley *si filius*, del Código, tít. *de peti. haered.*

(3) Del Código, tít. *de peti haeredit.*

(4) En la introducción, vers. *sed etsi non adierit.*, Digesto, tít. *de acqui. haereditate.*

(5) En el lib. 1.º de sus resoluciones diversas, cap. 17, núm. 7.

(6) En el §. *secundum vulgarem*, Digesto *de legatis*, lib. 1.º

rogari non potest, quia patria potestas est res inaestimabilis & tamen ex diutina possessione, vel quasi non desinit praesumi titulus allegatus, licet ageretur de amittenda patria potestate, ut d. l. 1, ut interim omittam quod in terminis, d. §. sed & si non adierit, non agebatur de parvo praejudicio, argumento, l. quia poterat, ff. ad Trebellian. §. sed neque institut. de aucto. tuto. & longe minus in terminis d. l. si filiusfamilias. dic ergo, quod quando ex diuturna possessione vel quasi praesumatur, vel non praesumatur titulus allegatus, res quidem varia est, & anceps, & legumlatoribus aliis in causis visus fuit partem affirmativam, aliis vero in causis negativam partem sequi, unde in casibus occurrentibus, qui nominatim nulla lege decisi reperiuntur, argumentum sumendum est, ab illa lege quae proximior est & similior casui specieique occurrenti l. quaeritur, ff. de statu homi. l. non possunt l. neque leges, ff. de legibus, speciei autem nostrae, qua de agimus, nulla unquam lex proximior similiorque reperitur, quam d. l. nullo, C. de rei vendi. l. Celsus, ff. de usucap. cum simi. supra alleg. in quibus habetur, ex diuturna possessione non praesumi titulum allegatum ad inducendam praescriptionem, ergo idem & in specie nostra decisum esse intelligendum est, ut titulus habitus a vero domino patiente ejus rei, qua de egitur, non praesumatur, licet allegetur, non magis quam praesumeretur, si aliumde habitus allegaretur.

Ad jura in contrarium adducta responde quod loquuntur in casibus longe diversis, & ex diversis non fit illatio, l. fina. ff. de calumniato. Gloss. in l. si creditoris, ubi plene per Jaso. ff. de novi op. nunti. quae omnia procederent, si possessor sese tueretur, dicens se titulum causamque legitimam possidendi ab ipso rege, qui per prius dominus fuerat

la emancipación a un hijo, por ser cosa inestimable la patria potestad, y sin embargo, en virtud de la posesión o cuasi-posesión no deja de presumirse el título alegado, aun cuando se tratara de la pérdida de la patria potestad, conforme a la citada ley 1.ª, pasando por alto que en el caso de la citada ley *sed etsi non adierit*, no se trataba de perjuicio pequeño (1) y mucho menos aun en el caso de la ley *si filiusfamilias;* sostendrás, pues, no ser cosa fija, sino dudosa, cuándo en virtud de la posesión o cuasi-posesión retenida por largo tiempo se ha de presumir o no el título alegado, ya que los mismos legisladores juzgaron seguir en unas causas la parte afirmativa, y la negativa en otras; por consiguiente, los casos que se presenten y que no se hallen expresamente definidos por ley alguna, se han de resolver según la ley que sea más allegada y semejante al caso presentado (2); ahora bien, no hallamos ley alguna más unida y más semejante al caso de que venimos tratando que la citada ley *nullo* (3) y la ley *Celsus* (4) con otras semejantes arriba citadas, por las cuales consta que por la posesión durante largo tiempo no se presume el título alegado cuando se trata de conseguir una prescripción; luego hemos de entender existir la misma decisión con respecto a nuestro caso, es decir, que aun cuando se alegue no se presume el título que se dice recibido del verdadero dueño de la cosa de que se trata, cuando no existe acto positivo de éste, del mismo modo que no se presumiría si se alegara como recibido de otro.

A las leyes que se aducen en contra responderás, que se refieren a casos muy diversos, y de casos diversos no se deduce consecuencia; estas leyes tales como la ley final del Digesto *de calumniato*. y la glosa de la ley *si creditoris* (5), expuesta extensamente por Jasón, tendrían aplicación si el poseedor se defendiese diciendo que había recibido aquel título y causa legítima de poseer del mismo rey que con anterioridad había sido el dueño de aquel tributo de que se trata, ya

(1) Según aparece por la ley *quia poterat*, Digesto *ad Trebellianum* y por el §. *sed neque* de la Instituta *de auct. tutorum*.

(2) Conforme a la ley *quaeritur*, Digesto, *de statu hominum* y a la ley *non possunt* y *neque leges*, Digesto, *de legibus*.

(3) Del Código, tít. *de rei vindicat*.

(4) Del Digesto, tít. *de usucapione*.

(5) Digesto, *de novi oper. nuntia*.

illius vectigalis, de quo ageretur, habuisse, succumberet enim in judicio proprietatis, quia ex illa diutina possessione titulus
22. ille allegatus non praesumeretur. † Diversum esset si diceret ab ipsis vasallis seu popularibus civibusve jus illius vectigalis percipiendi habuisse se, nam tunc ex inveterata possessione bene praesumeretur, cum ipsimet cives huic possessori non decies tantum, sed multo pluries, centies aut milies forte hanc praestationem uniformem, & ex eadem causa fecissent, sicque regi tale vectigal repetenti aut vendicanti, oportune respondebit possessor, illud vectigal exigi solitum a suis oppidanis, vasallis aut civibus sibi deberi, debitumque retro fuisse ex tali causa vel titulo, in futurumque praestitum iri, an autem tantundem aut simile quippiam ab iisdem oppidanis aut civibus ipsi quoque regi debeatur, id sibi compertum non esse, hancque curam, aut hujus rei inspectionem, aut notitiam ad se non pertinere, hocque unum se certo scire, ab oppidanis suis id sibi deberi, an regi quoque tandundem aut simile quippiam debuerint, alii viderent, & in eo tantum quaesitio erit, an longius tempus quam decem aut viginti annorum exigatur ad praescribendum vel dictum titulum praesumendum contra populum, quam desideraretur ad illum praesumendum contra quendam hominem privatum. Illud enim certum est, illam inveteratam quasi possessionem hujusmodi vestigalis (quod alcabala vocatur) exigendi, sufficere, ut ex ea praesumatur titulus, si allegetur, quia d. l. cum de in rem verso, procedit in omni annua praestatione, qualis est praestatio decimarum & similium rerum, ut nominatim tenuit ibi Gloss. mag. cum qua transeunt communiter Docto. ibi & alii innumeri per nos supra relati in illo articulo, an ex diutina praestatione praesumatur titulus ad tantundem in posterum exigendum, si allegetur

que el poseedor sucumbiría en juicio sobre la propiedad de tal tributo, puesto que no se presumiría el título alegado en virtud de aquella duradera posesión. Cosa diversa sería si 22.
afirmara haber recibido el derecho de percibir aquel tributo de los propios vasallos o paisanos o ciudadanos, porque entonces, en virtud de tan prolongada posesión, se presumiría con razón el título, puesto que los propios ciudadanos habían satisfecho a tal poseedor aquel tributo uniforme y por el mismo motivo, no sólo diez veces, sino muchas más, tal vez cientos o miles, y por lo tanto, al reclamar o reivindicar el rey aquel tributo le responderá oportunamente el poseedor que aquel tributo que se acostumbraba a exigir, se lo debían a él los vecinos, vasallos o ciudadanos suyos, como se lo habían debido anteriormente en virtud del título o causa alegada y seguirían pagándoselo en lo futuro, y que a él no le constaba si dichos ciudadanos o moradores le debían también al rey igual o parecido tributo, pero que a él no le correspondía este cuidado ni el examen o el conocimiento de tal punto, que sólo ésto sabía de cierto que aquellos ciudadanos le debían a él tal tributo, pero que a otros correspondía el examinar si habían debido igual o parecido tributo al rey; y sólamente quedará por investigar este punto si se ha de exigir tiempo más largo que el de diez o veinte años para la prescripción o para la presunción de dicho título cuando es contra el pueblo, que el que se exigiría para la presunción de título contra otro cualquier hombre particular. Es desde luego cosa cierta que aquella antigua cuasi-posesión de exigir el tributo, que llamamos alcabalas, es suficiente para que en su virtud se presuma título, si éste se alega, porque la citada ley *cum de in rem verso.* tiene cumplimiento en toda clase de tributaciones anuales, cual es el pago de diezmos y cosas semejantes, según terminantemente lo defendió en dicha ley la glosa *mag.* que generalmente admiten sin reparo alguno los doctores al comentarla, así como otros innumerables autores citados por nosotros anteriormente en aquella cuestión, si en virtud de la tributación durante mucho tiempo se ha de presumir título apto y legal, si así se alega, para percibir en adelante igual cantidad, lo que con mucha mayor facilidad tendrá cumplimiento si se trata de tributaciones mensuales o semanales o diarias, y tanto más fácilmente cuantas más veces se repita o multiplique la exacción o el

habilis & legitimus, id quod longe facilius procedit in praestationibus menstruis vel etiam singularum hebdomadarum vel dierum, tantoque facilius quanto pluries geminatur & multiplicatur exactio vel actus exigendi, facit l. 1. C. de fideicom. ibi, alimenta menstrua & vestiarium annuum, & in specie praeter supra relatos quod ea consuetudo per longum tempus exigendi pedagium sit praescripta contra populum ipsum, si legitimus titulus allegetur, tenet Albericus, num. 4. in d. l. cum de in rem verso, quod similiter satis in specie intelliguntur tenuisse omnes illi auctores, quos supra retulimus tenuisse, quod ex diuturna possessione titulus legitimus allegatus praesumitur contra agentem actum decies geminatum, licet non sic contra patientem nisi in his quae non admodum magni essent praejudicii. At in specie nostra cum ille populus seu populares non tam patientium quam agentium vicem sustineant, sine dubio contra eos talis titulus allegatus praesumetur, contra ipsum autem regem non sic facile praesumeretur, cum ipse nihil vectigalis illius nomine, quo de agitur, huic possessori praestitisset unquam, licet tacuisset, dissimulasset, passusque esset illud exigi, & in specie nobiscum tenet Alex. consi. 113. super primo libr. 1. in princ. qui plures allegat, Baldus in l. solent. §. fina. ubi Barto. & alii. ff. de offic. procons. Stat ergo ex diuturna praestatione praesumi legitimum titulum allegatum contra solventem.

23. Hanc † communem sententiam amplia primo, ut procedat etiam contra rusticum, ita in specie tenent Bart. in l. litibus, C. de agricolis & censi. lib. 11. Jas. numero. 13. & Alcia. in d. l. si certis annis, Alexan. consi. 113. in prin. lib. 1. incipit, super primo dubio, Speculat. de causa possessi.

acto de exigir tales tributos (1). Y ya en nuestro caso, que la costumbre de cobrar durante largo tiempo derechos de tránsito, se haya prescrito contra el propio pueblo, si se alega legítimo título, lo defiende además de los autores arriba citados Alberico (2), lo que del mismo modo se considera haber defendido bastante en concreto todos los anteriores autores que dijimos sostener, que en virtud de la posesión por largo tiempo se presumía el título legítimo alegado contra el que realizaba por diez veces un mismo acto, aunque no se presumía contra el que sólo toleraba, a no ser que se tratara de cosas de no gran perjuicio. Pero en nuestro caso, como aquel pueblo o sus moradores no tanto procedan pasivamente cuanto activamente, sin duda alguna, que contra ellos se presume dicho título alegado, aunque contra el rey no se presumirá tan fácilmente, no habiendo él pagado jamás nada a tal poseedor a título de dicho tributo, aun cuando haya callado, disimulado y tolerado que se exigiese; así en especial lo defiende con nosotros Alejandro (3), quien cita a otros muchos y Baldo (4). Queda, pues, en pie que en virtud de la tributación por largo tiempo se presume título legítimo alegado contra el que paga tales tributos.

23. Hemos de extender primeramente esta común opinión, afirmando que tiene cumplimiento aun cuando sea un rústico el que paga, así en concreto lo defienden Bartolo (5), Jasón (6), Alciato (7), Alejandro (8), el (9) *Speculator*

(1) Según consta por la ley 1.ª, Código, tít. *de fideicom.* en las palabras *alimenta menstrua et vestiarium annuum.*

(2) En el núm. 4 acerca de la ley *cum de in rem verso.*

(3) Dictamen 113, *super primo*, lib. 1.º, al principio.

(4) En la ley *solent*, §. final, Digesto, *de officio proconsulis*, donde así lo expone también Bartolo y otros.

(5) Comentando la ley *litibus*, Código, *de agric. et censitis*, lib. 11.

(6) En el núm. 13 sobre la ley *si certis annis.*

(7) Comentando la misma ley *si certis annis.*

(8) Dictamen 113 en la introducción, lib. 1.º que empieza *super primo dubio* y dict. 124 *super primo quaesito*, lib. 2.º

(9) *De causa possessionis*, vers. 2 y *de restitutione spoliatorum*, §. *nunc dicemus*, vers. final.

2. versic. Idem Specul. de restit. spolia. §. nunc dicemus, versic. fin. Bald. in l. solent, §. fina. ff. de offic. proconsul. Idem Bald. colum. pen. in d. l. si certis annis, Antonius in c. pervenit, de censibus, sentit Alex. consi. 124. super primo quaesito, libro 2. quae communis opinio saltem vera est in longissimo tempore, ut per Alexan. d. consi. 113. Contra per hanc communem sententiam multi tenent, quos refert Jas. ubi supra, sed verior est communis opinio, tum quia rusticis non subvenitur nisi in casibus a jure expressis, l. fina. cum
24. ibi notatis. C. de juris & fact. ignor. tum etiam † quia lex generaliter loquens comprehendit personas utcunque privilegiatas, si in materia qua de agitur non reperiantur habere peculiare privilegium, l. in fraudem, §. fina. ff. de milit. testamento, Jas. ubi supra, Decius in l. ex testamento, C. unde liberi, Alciatus libr. 4. paradox. c. 10. Decius consi. 5. plene per Tiraquell. de retract. Glos. 13. num. 91. cum 20. seq. Crotus, num. 18. in l. nemo potest, ff. de legat. 1. ubi Annibal, num. 369. & Ripa, num. 52. Decius in l. hac consultissima, colum. fina. C. qui testa. fa. poss. Jaso. in l. sicut. num. 10. C. de testamen. milit. sed in hac materia rusticus non reperitur habere peculiare privilegium, ergo, & c.

25. Amplia secundo † ut procedat etiam contra mulierem, ita tenent Baldus, colum. penul. & Jas. num. 13. in d. l. si certis, Bart. in d. l. litibus, Alciatus in d. l. si certis, Antonius in d. cap. pervenit. Alexan. d. consi. 124. super primo quaesito, lib. 2. quae communis sententia & si a quibusdam quos refert Jas., ubi supra, impugnetur, tamen vera est, quia mulieri non subvenitur nisi in casibus a jure expressis, secundum doct. supra citatos, per tex. cum ibi notatis in d.

Baldo (1) y Antonio (2); esta común opinión es desde luego verdadera tratándose de larguísimo tiempo, conforme lo afirma Alejandro en el dictamen 13. Sin embargo, muchos autores 24.
que cita Jasón (3), la impugnan; mas, con todo, esta común opinión es mucho más conforme a verdad, ya porque a los rústicos no se les otorga favor especial, sino en los casos señalados por la ley (4), ya también porque la ley que habla en sentido general, comprende a todas las personas, aun a las más privilegiadas, si no consta tener particular privilegio en la materia de que se trata, según consta por la ley *fraudem* (5) y por el testimonio de Jasón (6), Decio (7), Alciato (8), Tiraqueau (9) y Croto (10); pero en esta materia no consta que el rústico tenga particular privilegio, luego, etc.

Extendemos en segundo lugar dicha común opinión a 25.
que tenga también cumplimiento contra la mujer, según lo defienden Baldo (11), Jasón (12), Bartolo (13), Alciato (14), Antonio (15) y Alejandro (16); y aunque algunos autores que cita Jasón (17) impugnan esta común opinión, es sin embargo verdadera, porque a la mujer no se le otorga favor especial, sino en los casos señalados por la ley, conforme lo expresan los doctores antes citados al exponer el texto y

(1) En la ley *solent*, §. final, Digesto, *de officio proconsulis*, y en la columna final sobre la ley *si certis annis*.
(2) En el cap. *pervenit*, *de censibus*.
(3) *Ubi supra*.
(4) Según la ley final del Código, *de juris et facti ignorantia* con lo en ella notado.
(5) En el §. final, Digesto, *de militari testamento*.
(6) *Ubi supra*, y en la ley *sicut*, núm. 10, Código, *de testamento milit*.
(7) En la ley *ex testamento*, Código, *unde liberi;* en la ley *hac consultissima*, colum. final, Código, *qui testam. facere possunt* y en el dict. 5.
(8) En el libro 5 *paradox*. cap. 10.
(9) Quien lo trata extensamente *de retractatione*, glosa 13, núm. 91 y glos. 20.
(10) En la ley *nemo potest*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.°, donde exponen lo mismo Anníbal, núm. 569 y Ripa, núm. 52.
(11) En la colum. penúlt. sobre la ley *si certis*.
(12) En el núm. 13 sobre la misma ley.
(13) En la citada ley *litibus*.
(14) En la ley *si certis*.
(15) En el citado cap. *pervenit*.
(16) Dictamen 124 *super primo quaesito*, lib. 2.°
(17) *Ubi supra*.

l. fina. C. de juris & fact. igno. & ipsa regulariter utitur jure communi, d. l. in fraudem, unde cum in hac materia non reperiatur habere peculiare privilegium, licet aliis in casibus habeat multa privilegia, de quibus per Decium in l. feminae, ff. de reg. jur. sequitur quod & in eo locum habebit, d. l. cum de in rem verso.

26. Amplia tertio † ut procedat etiam in ecclesiam, Salicetus in d. l. cum de in rem, quaestio. 7. Jas. ubi supra, num. 13. Decius in d. l. si certis annis, num. 13. & Alcia. ratio, quia utcunque sit ecclesia privilegiata, tamen cum hac in re non reperiatur habere peculiare privilegium, necesse est, ut comprehendatur sub regula, argumento d. l. in fraudem cum auctoritatibus supra allegatis.

27. Quarto † amplia ut procedat etiam contra fiscum eadem ratione, quod nominatim tenuit Jas. ubi supra & Decius etiam ubi supra, num. 13. sed in ecclesia & fisco in eo tantum quaestio erit, an longius tempus quam in reliquis exigatur, quod & tenet Alciatus in d. l. si certis annis.

28. Quinto amplia † ut etiam tituli allegatio necessaria non sit, quando praeteriit tempus cujus initii memoria non extat. Ista est communis opinio, quam tenent Ang. Paul. Cyn. quaest. pe. Jas. in decima limitatione, colum. fi. in d. l. si certis annis, Bart. in d. l. cum de in rem verso, sentiunt, Gloss. & Paulus Castr. in l. servitutes, magna, ff. de servit. Bald. in l. 2. C. de fideicom. Joannes Andr. in cap. pervenit, de censibus, Riminaldus col. pe. in d. l. si certis annis, Balb. de praescr. part. 3. q. 10. nu. 9. per Aymo. de antiq. temp. nu. 43. sectione, materia ista, part. 4.

doctrina de la ley final del Código *de juris et facti ignorantia;* además de que regularmente la mujer está sujeta al derecho común (1); por lo que no constando que en esta materia tenga particular privilegio, aun cuando en otros casos los tenga numerosos (2), síguese que también tendrá aplicación a ella la citada ley *cum de in rem verso.*

26. Extendemos la misma opinión común en tercer lugar, a que tenga también cumplimiento aun contra la Iglesia, según Salicet (3), Jasón (4), Decio (5) y Alciato. Porque por más privilegiada que sea la Iglesia, sin embargo, como no consta que en esta materia tenga peculiar privilegio, necesariamente ha de estar comprendida en la regla general; pruébalo la ley *in fraudem* con las autoridades arriba aducidas.

27. En cuarto lugar, extendemos la misma opinión a que tenga también cumplimiento aun contra el fisco por la misma razón expuesta, lo que expresamente defendió Jasón (6) y Decio (7), pero tratándose de la Iglesia y del fisco deberá investigarse si se ha de exigir tiempo más largo que para los demás, como lo defiende Alciato (8).

28. Añadimos más en quinto lugar, que no es necesaria ni aun la alegación de título cuando transcurrió ya tiempo inmemorial; tal es la común opinión que defienden Angel, Pablo de Castro, Cino (9), Jasón (10), Bartolo (11), la glosa en la ley *servitutes* (12), Baldo (13), Juan Andrés (14), Riminaldo (15) y Balbo (16), citados por Aymón (17).

---

(1) Conforme a la ley *in fraudem.*
(2) De los que trata Decio en la ley *feminae*, Digesto, *de regulis juris.*
(3) En la citada ley *cum de in rem*, cuest. 7.ª
(4) *Ubi supra*, núm. 13.
(5) En la citada ley *si certis annis*, núm. 13.
(6) *Ubi supra.*
(7) *Ubi supra*, núm. 15.
(8) En la citada ley *si certis annis.*
(9) En la cuestión penúltima sobre la ley *si certis.*
(10) En la limitación 10.ª, colum. final sobre la ley *si certis annis.*
(11) Sobre la ley *cum de in rem verso.*
(12) *Magna*, del Digesto, tít. *de servitutibus*, donde así lo expone Pablo de Castro.
(13) En la ley 2.ª, Código, *de fideicom.*
(14) En el cap. *pervenit, de censibus.*
(15) Sobre la ley *si certis annis*, col. penúltima.
(16) *De praescript.*, part. 3.ª, cuest. 10, núm. 9.
(17) *De antiquit. tempor.*, núm. 43, sección *materia ista*, part. 4.ª

29. Sexto amplia † ut non solum in judicio proprietatis, sed etiam in judicio possessorio ex diuturna illa solutione, praesumatur titulus allegatus ad tuendum eum in possessione, ita tenet & ait communiter teneri Jacobinus de Sancto Georgio in d. l. si certis annis, C. de pact. nume. 24. per cap. querelam, de electi. text. & ibi Abbas in primo not. in cap. sicut, de sententia & re judica. Abbas & Imola in d. c. querelam, bonus text. in cap. cum de beneficio, de praeben. in 6. quinimo ad obtinendum in possessorio non sunt necessariae decem annuae praestationes, sed pauciores sufficerent, vel forte una secundum Ang. in d. l. si certis, qua de re per Butrium in d. cap. querelam, ubi Imola, numero. 10. hoc unum indubitatum est, hunc possessorem facilius obtenturum in possessorio quam in petitorio, ideo Jacobinus, ubi supra, consuluit ut potius intentet is possessor possessorium vel quasi possessorium quam petitorium, & ibi docet formam libellandi & ad obtinendum in possessorio sufficeret unica praestatio secundum Alciatum in d. l. si certis, Paulus in l. sicuti, §. si quaeratur, ff. si servi. vendi. Feli. in c. cum Bertholdus, col. antepenul. de re judica.

30. Septimo amplia † ut procedat non solum quando in ipsis solutionibus vel praestationibus expressa erat causa solvendi, sed etiamsi expressa non fuisset, si modo ex aliqua conjectura arguatur, quod factae fuerint illae praestationes ex causa retro obligatoria, ita notanter per Riminaldum colum. fina. d. l. si certis annis, itaque aut constat praestationes fieri ex praeambula necessitate, & obligatione praestandi, quae in futurum quoque durabat, & tunc sufficit titulum allegare, licet non probetur, quia satis probatur praesumptive per assertiones factas in ipsa praestatione, ita procedit

Sexto, añadimos también que no sólamente en juicio sobre la propiedad, sino también en juicio sobre la posesión se presume el título alegado en virtud del pago efectuado durante largo tiempo, para defender el derecho del poseedor en cuanto a la misma posesión; así lo defiende y dice defenderlo comúnmente los demás autores, Jacobino de San Jorge (1), el Abad e Imola (2); y un excelente texto es el del capítulo *cum de beneficio* (3); más aún, para salir victorioso en juicio sobre la posesión no son necesarias diez tributaciones anuales, sino que serían suficientes muchas menos, tal vez una sola, según Angel (4); sobre este punto véase a Butrio al comentar el capítulo *querelam*, y a Imola (5). Lo que está fuera de toda duda es que este poseedor más fácilmente saldrá victorioso en juicio sobre la posesión que en juicio sobre la propiedad, por lo que Jacobino, en el lugar arriba citado, le aconseja que más bien entable juicio posesorio o cuasi-posesorio que petitorio y allí le enseña la forma de presentar los documentos; para salir con su intento en juicio sobre la posesión es suficiente una sola tributación, según el parecer de Alciato (6), Pablo (7) y Felino (8). 29.

Séptimo, entendemos también que tiene cumplimiento, no sólamente cuando en los mismos pagos o tributaciones se expresaba la causa del pago, sino también aun cuando no se hubiera expresado, siempre que por alguna conjetura pudiera sostenerse que tales tributaciones habían sido hechas en virtud de alguna causa obligatoria desde un principio; así lo expone notablemente Riminaldo (9); así pues, o nos constaba que dichos pagos se efectuaban en virtud de una causa que de antemano nos precisaba y obligaba a ello y que perduraba también en lo futuro y en tal caso es suficiente alegar el título aun cuando no se pruebe, puesto que 30.

(1) Comentando la ley *si certis annis*, Código, *de pactis*, núm. 24; lo que consta por el texto del cap. *querelam, de electione*.

(2) En el citado cap. *querelam* y el Abad también en el 1.° *notabis*, sobre el cap. *sicut, de sententia et re judicata*.

(3) *De praebendis, in 6.°*

(4) Sobre la ley *si certis*.

(5) Que comenta también el mismo cap. núm. 10.

(6) En la citada ley *si certis annis*.

(7) En la ley *sicuti*, §. *si quaeratur*, Digesto, *si servitus vindicetur*.

(8) En el cap. *cum Bertholdus*, col. antep. *de re judicata*.

(9) En la citada ley *si certis annis*, colum. final.

l. Campanus, ff. de op. lib. aut constabat retro nullam fuisse obligationem, & procedit l. operis non impositis, ff. eod. aut dubitatur & tunc ad conjecturas recurrendum est, utrum verisimilius sit tales annuas praestationes factas fuisse ex praeambula causa obligatoria, an ex mera liberalitate & voluntate; cessantibus autem conjecturis, Curtius Junior in d. l. si certis annis, numero. 23. cum pluribus seq. tenet praestationes ex causa obligatoria, & sic ex necessitate factas videri, potius quam ex voluntate & liberalitate, sed receptior opinio est in contrarium, ut & ipse fatetur & infra docebimur, sed & si cum ipso Curtio teneremus, quod ex necessitate factae viderentur, adhuc tamen ea necessitas deberet se continere intra terminos & numeros praestationum factarum, nec se deberet porrigere ad praestationes nondum actas.

31. Quod diximus † ex diuturna annua praestatione praesumi titulum legitimum, si allegetur, limitatur primo, ut non aliter procedat quam si illa annua praestatio facta fuerit ex certa causa obligatoria, veluti si cives aut populares alicujus villae, castri, aut urbis domino suo singulis annis praestabant certum frumentum, vinum, oleum, pecuniam numeratam, aut quippiam aliud ex causa emptionis, aut permutationis ex contractu inito, ut id in perpetuum singulis annis praestaretur, aliter enim si non appareret qua ex causa hujusmodi annuae praestationes fierent, non obligarent in futurum, ita tenent in specie Salicetus in l. si certis annis, quaestio. 1. C. de pact. Idem Salicet. in l. cum de in rem verso, supra allegata similiter in 1. quaestio. ubi ait hanc quaestionem non esse tactam a Doctoribus, sequitur Alex. consi. 113. super primo dubio videtur, libro. 1. num. 2.

queda suficientemente probado por presunción en virtud de las afirmaciones hechas en la misma tributación (1), o nos constaba no haber existido desde un principio obligación alguna y entonces tiene aplicación la ley *operis non impositis* (2), o existe duda sobre tal extremo y entonces hemos de acudir a las conjeturas; por las que conozcamos si es más probable que tales tributaciones anuales se han hecho en virtud de causa obligatoria desde un principio, o más bien por pura liberalidad y voluntariamente.

En el caso de no existir conjeturas Curcio el Joven (3), con otros muchos que le siguen, defiende que tales pagos más bien deben considerarse efectuados en virtud de causa obligatoria y por tanto necesariamente que por propia voluntad y liberalidad; pero la opinión contraria es mucho más seguida, como él mismo lo confiesa y más adelante podremos verlo; pero aun cuando admitiéramos con el propio Curcio que se consideraban hechos en virtud de causa necesaria, a pesar de ello dicha obligación debería limitarse a los términos y número de los pagos ya efectuados, pero no debería extenderse a los no efectuados todavía.

Lo que antes hemos dicho, que en virtud de una prestación anual durante largo tiempo, se presumía título legítimo, si se alegaba, hemos de restringirlo a que sólo tenga cumplimiento cuando aquella tributación anual hubiera sido hecha por causa determinada y obligatoria, como por ejemplo, si los ciudadanos o moradores de una granja, fortaleza o ciudad pagaban anualmente a su señor cierta cantidad de trigo, vino, aceite, dinero contante o cosa parecida a título de compra-venta o de permuta en virtud de contrato celebrado de que anualmente y para siempre le habían de pagar aquellas cosas; pues de otro modo si no constase la causa por la que se efectuaban aquellas tributaciones anuales, no serían obligatorias en lo futuro; así lo defiende en especial Salicet (4), quien dice que esta cuestión no ha sido tocada 31.

(1) Y en este sentido se explica la ley *Campanus*, Digesto, *de operis libertorum*.

(2) Del Digesto del mismo título.

(3) Al comentar la ley *si certis annis*, núm. 23.

(4) En la ley *si certis annis*, cuest. 1.ª, Código, *de pactis* y en la ley *cum de in rem verso* antes citada, en la cuest. 1.ª

Idem Alexan. consi. 108. in causa & lite inter dominos, num. 15. colum. fina. libro 2. ubi allegat idem tenere Cumanum & Ludovicum Romanum in l. qui in aliena, in pr. ff. de acquirenda haereditate. Idem Alexand. consi. 14. viso & considerato. nume. 9. eodem lib. ubi allegat Bart. idem tenentem in l. cum de in rem verso, circa finem, ff. de usuris & Antonium Butrium in repeti. cap. pervenit, de censibus, tradunt expressim Riminaldus col. pen. & Jas. colum. fina. in d. l. si certis annis, Felinus in cap. causam quae, de praescrip. est communis opinio secundum Balb. de praescr. par. 3. principali. q. 10. numero. 8. ubi plures allegat. Intellige tamen quod etiamsi causa expressa non esset in solutione, si tamen ex ipsa solutione verisimiliter colligeretur, sufficeret, ita Riminaldus, ubi supra, post Bald. quem allegat in l. generaliter, C. de non num. pecu. quinimo Curt. Jun. in d. l. si certis, numero. 20. cum seq. tenet quod semper solutio praesumitur fieri ex causa obligatoria, & sic tenet contra istam limitationem, licet fateatur hanc esse communem opinionem, sed communem tenet Curtius Senior ibi, num. 16. & Decius, num. 14. & Alciatus qui communem firmat ab omnibus teneri.

32. Secundo limitatur † ut non procedat nisi illa certa causa fuerit allegata, ita Jaso. colum. pen. num. 15. & Alciatus in d. l. si certis annis, Alexan. d. consi. 113. colum. 1. libr. 1. Idem Alex. d. consi. 118. num. 15. libro 2. Salicetus in d. l. si certis, quaestio. 1. ratio, quia juris praesumptio licet relevet ab onere probandi, tamen non relevat ab onere allegandi l. si adulterium, §. idem Pollioni. de adul. & est communis opinio, ut patet ex relatione Balbi de praescript. part. 3. quaestio. 10. num. 19. est communis

por los doctores, Alejandro (1), quien afirma (2) ser del mismo parecer Cumano y Luis Romano (3), como también Bartolo y Antonio Butrio (4); defienden expresamente lo mismo Riminaldo (5), Jasón (6), Felino (7) y Balbo (8) quien la llama opinión común y cita numerosos defensores de ella; sin embargo, has de tener presente que aunque no se hubiera expresado la causa en el mismo pago, sin embargo, si por éste se colegía con probabilidad, sería también suficiente; así lo defiende Riminaldo en el lugar dicho, siguiendo a Balbo (9) a quien cita; más aún, Curcio el Joven (10) defiende que la tributación se presume siempre hecha por causa obligatoria, por tanto impugna esta restricción aun cuando confiesa ser común esta opinión, que defienden también Curcio el Viejo, Decio (11) y Alciato quien dice que todos los autores la admiten.

La segunda restricción que señalamos es que no tendrá cumplimiento si no se hubiera alegado aquella causa determinada, así lo expresan Jasón (12), Alciato (13), Alejandro (14) y Salicet (15), y la razón es porque la presunción de derecho aunque nos releva del trabajo de probar, no nos releva del de la alegación (16), siendo esta una opinión común, según consta por la relación que hace Balbo (17) y Curcio el Viejo (18). 32.

(1) Dictamen 113 *super primo dubio videtur,* lib. 1.°, núm. 2.

(2) Dictamen 108, *in causa et lite inter dominos,* núm. 15, col. final, lib. 2.°

(3) Al comentar la ley *qui in aliena* en la introduc., Digesto, *de acquir. haereditate.*

(4) Cita a estos autores como defensores de la misma opinión Alejandro en el dict. 14 *viso et considerato,* núm. 9, del mismo libro. Bartolo al comentar la ley *cum de in rem verso* al final, Digesto, *de usuris* y Antonio Butrio en el citado cap. *pervenit, de censibus.*

(5) En la col. penúlt. sobre la ley *si certis annis.*

(6) En la col. final sobre la misma ley.

(7) En el cap. *causam quae, de praescript.*

(8) *De praescript.*, part. 3.ª principal, cuest. 10, núm. 8.

(9) Al comentar la ley *generaliter* del Código, *de non numer. pecunia.*

(10) En la ley *si certis annis,* núm. 20 y siguientes.

(11) Ambos en el lugar citado, Curcio en el núm. 16 y Decio en el 14.

(12) En la col. penúlt., núm. 15, sobre la ley *si certis annis.*

(13) En la misma ley *si certis annis.*

(14) Dictamen 108, núm. 15, lib. 2.° y dict. 113, colum. 1.ª, lib. 1.°

(15) Sobre la misma ley *si certis annis,* cuest. 1.ª

(16) Conforme a la ley *si adulterium, §. idem Pollioni, de adulter.*

(17) *De praescript.*, part. 3.ª, cuest. 10, núm. 19.

(18) Al comentar la ley *si certis* tantas veces citada, núms. 12 y 16.

opinio secundum Curt. Seniorem in l. si certis, supra all. num. 12. ubi Curt. iterum, num. 16.

Tertio limita, ut non sufficiat allegari nisi etiam in ipso libello causa ipsa praestationis allegetur, secundum Salice. in d. quaestio. 1. in l. si certis. Idem in d. l. cum de in rem, in eadem l. quaestio. Alexan. in d. consi. 113. Jaso. in d. l. si certis annis, column. fina. ubi Curtius Senior, num. 16. & num. 17. quod & sentit Alciatus ibi.

33. Quarto limita † ut haec praesumptio quae oritur ex hac annua, & diuturna praestatione intelligatur esse praesumptio juris tantum, non etiam juris & de jure, & consequenter contra eam admittatur probatio in contrarium, ita est communis opinio quam Petrus & Cynus & Jas. columna fina. in d. l. si certis annis, Alexan. d. cons. 113. lib. 1. colum. fina. Joan. Andreae in cap. fina. de causa poss. & prop. Bald. in l. 2. C. de dotis promi. Butrius in cap. pervenit, de censibus sensit Archid. 18. quaestio. 2. cap. servitium, Jacobinus de Sancto Georgio in dic. l. si certis, num. 12. ubi ait, quod praesumptionis tantum non etiam confessionis vim habent illae praestationes, idem Curtius Senior numer. 16. ibid. ubi Dec. nu. 15. hanc communem lim. sequitur & Alciatus ibi.

Quinto limita ut non solum causa illa allegetur, sed quod etiam probetur, quia praesumptio juris, licet relevet ab onere probandi non tamen relevat ab onere allegandi l. si adulterium cum incestu, §. idem Pollioni, ff. de adulteri. & quia regulariter ubi exigitur allegatio alicujus rei, ejus quoque probatio & interventus desideratur l. 1. ff. de dolo l. 1. ff. si quad. pauper. tradit Riminaldus in dict. l. si certis annis, ubi Jas. colum. fina. est ex mente Bar. in d. l. cum de in rem verso, ubi Salicet. quaestio. 1. & quaest. pe. Idem Salic.

La tercera restricción es no ser suficiente la alegación, si no se alega también en el mismo documento la causa expresa de la tributación, según lo exponen Salicet (1), Alejandro (2), Jasón (3), Curcio el Viejo (4) y Alciato.

La cuarta restricción es, que esta presunción que nace de 33.
dicha tributación anual pagada por largo tiempo se considera ser presunción de derecho sólamente *(juris)*, pero no de derecho y de pleno derecho *(juris et jure)*, contra la cual, por consiguiente, se admite prueba en contrario; tal es la común opinión que defienden Pedro, Cino y Jasón (5), como también Alejandro (6), Juan Andrés (7), Baldo (8), Butrio (9), el Archidiácono (10), Jacobino de San Jorge en la citada ley *si certis*, núm. 12, donde dice que aquellas tributaciones tienen sólo fuerza de presunción, pero no de confesión; lo mismo defienden Curcio el Viejo y Decio admitiendo también esta común restricción Alciato (11).

La quinta restricción es, que no sólo se alegue dicha causa, sino también se pruebe, porque la presunción de derecho, aunque nos releva del trabajo de probar, pero no nos releva de la obligación de alegar (12); pero como regularmente cuando se exige la alegación de una cosa, se exige también su prueba y que haya realmente intervenido (13), hemos de

(1) Sobre la ley *si certis*, cuest. 1.ª y sobre la ley *cum de in rem* en la misma cuest. 1.ª

(2) En el dictamen 113.

(3) En la ley *si certis annis*, col. final.

(4) Sobre la misma ley, núms. 16 y 17.

(5) Los tres en la col. final sobre la ley *si certis annis*.

(6) En el dictamen 113, lib. 1.º, colum. final.

(7) En el cap. final *de causa posses. et proprietatis*.

(8) En la ley 2.ª, Código, *de dotis promissione*.

(9) En el cap. *pervenit. de censibus*.

(10) En la cuest. 18, cap. 2.º, *servitium*.

(11) Todos ellos al comentar la citada ley *si certis annis*, Curcio en el núm. 16 y Decio en el núm. 15.

(12) Según consta por la ley *adulterium cum incestu*, §. *idem Pollioni*, Digesto, *de adulterio*.

(13) Según consta por la ley 1.ª, Digesto, tít. *de dolo;* por la ley 1.ª, Digesto, *si quand. pauperiem* y así lo enseña Riminaldo en la citada ley *si certis annis*,

quaestio. 1. in d. l. si certis. Alexand. consi. 113. libr. 1. colum. 1. & alii communiter in d. l. si certis, ubi ita tenet Alciatus, intellige quod est alleganda & probanda causa declarata, cum fiebant solutiones, puta quod dicebatur, solvimus quod ex causa emptionis debemus, sed ipsum contractum praecessisse non est necesse probare, sed sufficit eum allegare.

34. Sexto limita † ut dictae solutiones seu praestationes debeant esse uniformes, non sic si essent diversarum rerum vel etiam summarum, ita Riminaldus ubi supra per d. l. cum de in rem, quae nominatim loquitur quando praestationes erant uniformes, quod est ex mente Alexan. d. consi. 113. libro 1. ubi pro constanti ponebatur uniformes fuisse praestationes, Jacobinus de Sancto Georgio, num. 12, in d. l. si certis annis, qui videtur dicere hanc esse communem sententiam, & ibi Decius, num. 19. Bartolus & Baldus in l. solent, ff. de offic. proconsulis, in §. fina. Bald. in cap. 1. §. si quis per triginta, si de feudo fuerit controver. inter dominum & agna. ex cujus relatione haec videtur communis opinio, quam sequitur Alcia. in d. l. si certis. Vides ergo ex annuis illis praestationibus titulum allegatum non aliter praesumi quam si & uniformes sint illae praestationes, & solutiones factae sint ex causa obligatoria in futurum & illa causa fuerit allegata, & fuerit allegata ab initio in ipso libello, nam si postea allegaretur non sufficeret, & etiam fuerit probata, nam sola allegatio non sufficit, causa enim expressa in illis solutionibus faciendis seu praestationibus, nunquam praesumitur nisi probetur, licet si probetur bene praesumatur quod praecesserat contractus praeambulus qui cogit eum qui postea ex illa causa (puta emptionis aut

entender que se ha de alegar y probar la causa declarada al hacer dichos pagos, diciendo, por ejemplo, pagamos porque lo debemos a título de compra-venta, aun cuando no sea necesario probar que ha precedido aquel contrato, siendo suficiente alegarlo.

La sexta restricción es, que dichos pagos o tributaciones 34.
deben ser uniformes, pues no sería suficiente si fueran de cosas diversas o de cantidades diversas; así lo afirma Riminaldo en el lugar dicho al comentar la ley *cum de in rem*, que expresamente se refiere al caso en que fueran uniformes los pagos; es conforme a la mente de Alejandro en el dictamen 113, libro 1.°, donde siempre procedía en el supuesto de que dichas tributaciones fueran uniformes; así lo defiende también Jacobino de San Jorge en el número 12 sobre la ley *si certis annis*, quien parece afirmar ser esta opinión común; defiéndenla también Decio, Bartolo y Baldo (1), de cuya relación aparece como opinión común (2). Ves, pues, que en virtud de aquellas tributaciones anuales no se presume el título alegado, sino en el caso de que sean uniformes y de que aquellos pagos se hayan efectuado por una causa obligatoria en lo futuro, además de que dicha causa se haya alegado, y que se haya alegado desde un principio en la escritura, pues no sería suficiente el alegarla después, y finalmente que se haya probado, pues no es suficiente la alegación, porque la causa que se expresa en dichas prestaciones o pagos nunca se presume si no se prueba, si bien una vez probada, rectamente se presume haber precedido un contrato anterior, que obliga después al que paga en virtud de aquella causa

donde afirma lo mismo Jasón, colum. final; es también conforme a la mente de Bartolo en la ley *cum de in rem verso*, donde así lo expone Salicet, cuest. 1.ª y penúlt., como también en la cuest. 1.ª sobre la ley *si certis annis;* lo mismo siente Alejandro, dict. 113, lib. 1.°, col. 1.ª y generalmente los autores en la ley *si certis annis*, donde así lo defiende Alciato.

(1) Al comentar la ley *solent*, Digesto, *de officio proconsulis* en el §. final y en el cap. 1.°, §. *si quis per triginta*, tít. *si de feudo fuerit controv. inter dom. et agnat.*

(2) También la defiende Alciato en la citada ley *si certis*.

dotis) exsolvit, ad illam solutionem seu praestationem faciendam, expressa causa solvendi in ipsa solutione, aliud est enim contractus praeambulus, unde effluxit necessitas solvendi, aliud autem est ipsa solutio facta ex causa, & necessitate obligationis praeambulae.

35. Quod † septimo loco limitatur ut non procedat quando illa solutio seu praestatio fieret ex causa donationis, secundum Jas. in d. l. si certis annis, colum. fina. C. de pact. ubi etiam Riminaldus columna fina. qui alios allegat Bal. in l. fina. C. ne de statu defuncto, Salic. in d. l. si certis, & ibi Alciatus.

Sed haec communis opinio nobis semper suspecta visa est, cum enim obligatio annua ex causa donationis, & ex quolibet alio titulo lucrativo possit descendere, non secus quam ex causa & titulo oneroso, ut per totum, ff. de annuis legatis, late per Barto. & alios in l. Maevius, §. dubius, ff. de lega. lib. 2.°, cumque ut modo docebamur, dicta l. cum de in rem verso non procedat nisi cum causa solvendi expressa fuit in ipsis solutionibus seu praestationibus, eaque causa expressa denotaret obligationem in futurum, id est, in singulos annos futuros, non video quid referat utrum causa illa quae in futurum obligabat descenderet ex contractu lucrativo, (qualis est donatio) an ex oneroso (qualis est emptio, dos & similia) itaque ut si in annuis illis solutionibus seu praestationibus expressum esset quod fiebant, quia ex causa emptionis populus quidam tenebatur domino suo centum annua praestare, tunc ex praestationibus longi, aut longissimi temporis praesumeretur contractus ille emptionis praecessisse, si allegatus foret, etiamsi non esset probatus, ita quoque si populus ille diceretur domino suo donasse

(por ejemplo de compra-venta o de dote) a satisfacer en adelante aquella tributación o pago, expresando en el mismo acto de realizarlo la causa de la prestación; porque una cosa es el contrato anterior de donde dimanó la obligación de pagar, y otra cosa es el pago mismo efectuado en virtud de causa o exigencia de la obligación precedente.

Séptima restricción, no tiene cumplimiento cuando aquel 35.
pago o tributación se hacía por causa de donación, según lo defienden Jasón (1), Riminaldo (2), quien cita a otros autores, Baldo (3), Salicet (4) y Alciato.

Pero esta común opinión a mí siempre me ha parecido sospechosa, porque pudiendo dicha obligación anual proceder de causa de donación o de otro cualquier título lucrativo, del mismo modo que de causa o título oneroso, según consta por todo el título *de annuis legatis* y según con toda extensión lo exponen Bartolo y otros autores acerca de la ley *Maevius*, §. *dubius*, Digesto *de legatis*, y en segundo lugar, como la citada ley *cum de in rem verso*, no tenga cumplimiento, según decíamos poco ha, sino cuando en las mismas tributaciones o pagos se hacía constar la causa por la que se pagaba, siendo además de tal naturaleza la causa expresada que denotara obligación para lo futuro, ésto es, para cada uno de los años venideros, no comprendo qué diferencia suponga el que aquella causa obligatoria para el futuro proceda de contrato lucrativo (cual es la donación) o de contrato oneroso (cual es el de compra-venta, de dote u otros semejantes); por lo tanto, así como si en aquellos pagos o tributaciones anuales se hubiera hecho constar, que se pagaban porque a título de compra aquel pueblo estaba obligado a satisfacer cien anualmente a su señor, en cuyo caso en virtud de aquellas tributaciones pagadas durante largo o larguísimo tiempo, se presumiría haber precedido aquel contrato de compra-venta, si se hubiera alegado aun cuando no se hubiera probado, así también si constase que aquel pueblo había hecho donación a su señor de darle cien anualmente y para siempre, en virtud de las prestaciones durante largo o larguísimo tiempo, se presu-

(1) En la ley *si certis annis*, colum. final, Código, *de pactis*.
(2) En la misma ley, col. final.
(3) En la ley final del Código en el tít. *ne de statu defuncto*.
(4) En la citada ley *si certis annis*.

centum annua in perpetuum praestanda ex longi, aut longissimi temporis praestationibus, praesumeretur titulus donationis allegatus a domino, etiamsi probatus non esset, si modo populus ille qui solvebat expressim in illis annuis praestationibus faciendis declarasset solvere sese ex causa, & necessitate illius praeambulae donationis, utrobique enim eadem aut par ratio est, & utrunque probat dicta lex, cum de in rem verso, in sui generalitate quae inter contractum onerosum, & lucrativum nullam fecit differentiam, nec re vera invenitur, data paritate terminorum.

Agnoscimus tamen quod si populus ille domino suo annua centum praestitit, vel par caponum singulis annis, idque per longum, aut longissimum tempus, & tempore quo fiebant hujusmodi praestationes expraessum nunquam fuit, qua ex causa fiebant, utrum ex obligatione retro contracta, an vero ex praesenti liberalitate, quod tunc in re dubia ex praesenti liberalitate factae viderentur, quia regulariter in datione rerum vel summarum non praesumitur ulla causa obligatoria in futurum, lege secunda, §. circa, ff. de doli exception. Sed liberalis concessio praesumitur, quoad praesens donum quae in futurum non obligat, lege Campanus, ff. de operis libertorum, etenim qui longo tempore aliquid diurnum, menstruum, vel annuum praestitit, aut constat ex praeambula obligatione, quae in futurum tendebat praestitisse, & tunc sine dubio tenebitur in futurum, etiamsi ex causa voluntaria, & lucrativa ea obligatio descendat, dict. leg. Campanus, aut constat quod illae praestationes non fiebant ex causa praeambula obligatoria, & tunc sine dubio in posterum non tenebitur, leg. operis non impositis, ff. de operis libertorum aut constat, longo tempore factas fuisse illas praestationes diurnas, menstruas, vel annuas, non tamen apparet an ex

miría el título de donación alegado por el señor, aun cuando no lo hubiera probado, con tal que el pueblo que pagaba hubiera declarado expresamente al satisfacer aquella cantidad anual, que pagaba a título y por la obligación de aquella donación precedente, pues en ambos casos existe la misma razón y ambas cosas prueba la citada ley *cum de in rem verso*, dada la generalidad con que se expresa, sin hacer diferencia alguna entre contrato oneroso y lucrativo, como no existe en realidad dada la igualdad de términos.

Reconocemos, sin embargo, que si aquel pueblo pagó a su señor cien anualmente, o un par de capones todos los años y ésto durante largo o larguísimo tiempo, sin haber expresado jamás, al tiempo de hacer tales prestaciones, la causa por la que se hacían, si en virtud de una obligación anteriormente contraída, o más bien por una liberalidad presente, que en este caso, existiendo duda, se considerarían hechas por liberalidad presente; porque generalmente en la acción de dar alguna cosa o cantidades no se presume causa obligatoria para el futuro (1), sino una generosa concesión en cuanto al don presente, que no lleva consigo obligación para adelante (2). Porque quien durante largo tiempo dió alguna cosa diaria, mensual o anualmente, o consta haberlo dado en virtud de obligación precedente que se extendía también al tiempo futuro y entonces sin duda alguna estará obligado a seguir pagando lo mismo en adelante, aun cuando aquella obligación proceda de causa voluntaria y lucrativa (3), o consta en segundo lugar que aquellas cantidades no se otorgaban por causa obligatoria precedente, en cuyo caso sin duda alguna no estará obligado a pagarlas en lo futuro (4), o finalmente consta haberse realizado diaria, mensual o anualmente durante largo tiempo aquellas prestaciones, pero sin que aparezca si proceden o no de causa anteriormente obligatoria, y en caso dudoso no admitiré la presunción de que procedan de causa obligatoria, según el citado §. *circa;* a no ser que en las mismas prestaciones se hiciera constar expresamente, que se hacían

(1) Conforme a la ley 2.ª, §. *circa* del Digesto, *de doli exceptione.*
(2) Conforme a la ley *Campanus*, Digesto, tít. *de operis libertorum.*
(3) Según la citada ley *Campanus.*
(4) Según la ley *operis non impositis*, Digesto, *de operis libertorum.*

causa retro obligatoria, necne, proficiscerentur, & in re dubia talem causam obligatoriam non praesumam, dicto §. circa, nisi in ipsis praestationibus expressum sit, quod fiebat ex causa praeambula obligatoria, vel ex ipsis id verisimiliter colligatur, ita procedit, dicta lex, cum de in rem verso, ergo superior illa communis opinio, quam impugnavimus, potest defendi, quando in illis praestationibus expressum fuit, quod fiebant ex causa meræ donationis praesentis, id est, quae per praesentem rei interventum fiebat, & finiebatur in ipso, ut sic tot essent donationes quot erant praestationes factae, & finitae, ex quibus neque ulla in posterum oriebatur obligatio, neque retro ulla obligatio ad res illas tradendas praecesserat, d. l. operis non impositis.

Potest etiam defendi quando praestationes nulla expressa causa fiebant, ut dict. §. circa, quia talis praestatio ex natura sui vel neutrum obligabit, vel si alterum, potius accipientem quam dantem, ut institu. de obliga. quae quasi ex contractu nasc. §. 2, vel 3, & institu. quibus modis re contrahi. oblig. §. 1. & 2.

36. Octavo limita † ut non procedat quando fieret una praestatio pro decem annuis praestationibus, tunc licet causa obligatoria in ea praestatione expressa esset, adhuc tamen titulus allegatus non praesumeretur, ita Jas. in d. l. si certis annis, C. de pactis columna fina. & ibi Alciatus.

37. Nono limita † ut tres praestationes annuae posteriores, quae aliis in causis solent sufficere, ut per Gloss. in l. 2, C. de jure emphy. tamen hic non sufficiant, ut titulus allegatus praesumatur, ita Jaso. in dict. l. si certis, ad finem, quia aliud est cum agitur de liberatione praesumenda, & de

por causa obligatoria precedente, o de ellas se colegía ésto verosimilmente, y en este sentido se entiende la citada ley *cum de in rem verso*. Así pues, la común opinión que hemos impugnado, puede con todo defenderse, cuando en aquellas prestaciones se expresó que se hacían a título de pura donación actual, es decir, que se hacían por actual entrega de la cosa sin ulterior obligación, existiendo por tanto tantas donaciones cuantas eran las prestaciones hechas y terminadas, y de las que ni nacía obligación alguna para el futuro, ni con anterioridad había precedido obligación alguna de entregar aquellas cosas (1).

Puede también defenderse la común opinión, cuando aquellas prestaciones se hacían sin expresar causa alguna, según el citado §. *circa*, porque tal prestación atendida su naturaleza, o no obligaría a ninguno de los dos, o si obligaba a alguno, más bien sería al que recibía que al que daba (2).

Octava restricción; no se presume el título alegado cuando en lugar de las diez tributaciones anuales se pagara toda la cantidad en una sola tributación, pues entonces aun cuando se hubiera expresado en aquella prestación hacerse por causa obligatoria, no se presumiría dicho título alegado, según lo defienden Jasón (3) y Alciato. 36.

Novena restricción; decimos no ser suficiente en esta materia para que se presuma el título alegado, la existencia de tres pagos anuales posteriores que en otras causas suelen ser suficientes (4), así lo espresa Jasón en la citada ley *si certis annis;* porque es diverso el caso en que se trata de si se ha de presumir la exención de una obligación o si se han de presumir los pagos antes efectuados (5) 37.

(1) Conforme a la ley *operis non impositis*.

(2) Conforme al §. 2.° o 3.° de la Instituta, *de obligat. quae quasi ex contr. nascuntur* y al §. 1.° y 2.° de la Instituta *quibus modis re contrahitur obligatio*.

(3) En la citada ley *si certis annis*, Código, *de pactis*, col. final.

(4) Conforme a la glosa de la ley 2.ª del Código, tít. *de jure emphyt*.

(5) Conforme a los términos de la citada ley 2.ª *de jure emphy*.

solutionibus retro factis praesumendis, ut in terminis dic. l. 2. aliud de obligatione praesumenda, ut in terminis d. l. cum de in rem verso, argumen. l. Arrianus, ff. de actio. & oblig.

Decimo limita, ut non procedat in beneficialibus, Jas. ubi supra, Bald. in capitu. ex parte Adae, de restitution. spoliatorum. Idem Bald. in capitu. contingit, de dolo & contumac. Alcia. in d. l. si certis annis, ad fi.

38. Undecimo limita † ut non procedat ubi ageretur de servitio personali, quia tunc longius tempus desideratur, scilicet triginta annorum, secundum Jason. in dict. l. si certis, columna fina. num. 15. Bartol. in l. litibus, C. de agricol. & censit. lib. 11. Idem in l. cum de in rem, ad finem Cyn. & Bal. in dict. l. si certis. colum. fina. Anton. in dict. capitu. pervenit, late Balbus de praescriptio. part. 3. quaestio. 10. num. 10. per Curtium Seniorem num. 18. in dic. l. si certis annis, quem vide.

Duodecimo limita, ut non procedat ubi ageretur de praejudicio alicujus tertii, quia tunc requiruntur anni 20. argumento capitu. pervenit, de censibus, ita Jason. in d. l. si certis annis, columna fina. num. 15. Imola in dict. capitu. pervenit, per text. ibi juncta sua Gloss. Alexand. consilio 1. libro 4. Idem Alexand. consilio 17. viso instrumento locationis, colum. 3. eodem libro 4, quod non satis certum est, secundum Alexand. in l. qui in aliena, in princip. ff. de acquirend. haeredita. traditur per Curtium Seniorem num. 18. in dict. l. si certis annis, ubi etiam Alcia. hanc limi. sequitur.

39. Tertio decimo limita † ut non procedat ubi erat juris praesumptio contra eum qui recepit illas annuas praestationes, quia tunc non sufficerent decem annuae praestationes,

de aquel en que se trata si se ha de presumir la misma obligación (1).

Décima restricción; no tiene tampoco lugar cuando se trata de beneficios eclesiásticos, según Jasón (2), Baldo (3) y Alciato (4).

Undécima restricción; no tiene tampoco lugar cuando se 38.
tratara de un servicio personal, porque en este caso se necesitaría tiempo más largo, a saber, treinta años, según lo defienden Jasón (5), Bartolo (6), Cino y Baldo (7), como también Antonio (8), Balbo (9), según Curcio el Viejo (10), a quien puedes consultar.

Duodécima restricción; no se presumiría el título alegado cuando se tratara del perjuicio de un tercero, porque entonces se exigirían veinte años, como consta por el capítulo *pervenit, de censibus*, así lo defienden Jasón (11), Imola (12), Alejandro (13) aunque según este autor no consta con bastante certeza (14), según lo expone Curcio el Viejo (15).

Décimatercera restricción; no tiene tampoco lugar en el 39.
caso de existir presunción de derecho contra aquel que recibía aquellas prestaciones anuales, porque entonces no

(1) Conforme a los términos de la ley *cum de in rem verso;* pruébalo también la ley *Arrianus*, Digesto, *de action. et obligat.*

(2) *Ubi supra.*

(3) En el cap. *ex parte Adae, de restit. spoliator.* en el cap. *contingit de dolo et contumacia.*

(4) En la citada ley *si certis annis.*

(5) En la ley *si certis*, colum. final, núm. 15.

(6) En la ley *litibus*, Código, *de agricolis et censitis*, lib. 11 y en la ley *cum de in rem*, al final.

(7) Ambos sobre la ley *si certis*, colum. final.

(8) En el citado cap. *pervenit.*

(9) *De praescript.*, part. 3.ª, cuest. 10, núm. 10.

(10) En la ley *si certis annis.*

(11) En la ley *si certis annis*, col. final, núm. 15.

(12) Sobre el cap. *pervenit*, comentando el texto y glosa.

(13) Dictamen 1, lib. 4.º y dict. 17, *viso instrumento locationis*, col. 3, lib. 4.º

(14) Al comentar la ley *qui in aliena* en la introduc., Digesto, *de acquir. haeredit.*

(15) En el núm 18 sobre la ley *si certis annis*, donde Alciato admite la misma restricción.

ut titulus allegatus praesumeretur, sed tot praestationes tantique temporis cujus initii memoria non esset, argumen. capitu. 1. de praescript. libr. 6. ita Jaso. in d. l. si certis annis, limi. pen. & Riminaldus columna fina. sentit Alcia. ibi, & Balbus de praescription. parte 3, quaestio. 10. num. 9. Sed hi nobis videntur loqui contra text. & communem opinionem, ibi in l. 2, C. de servit. l. si quis diuturno, ff. si servitu. vendi. ubi licet sit praesumptio juris, quod quaelibet res praesumatur esse libera, l. altius, C. de servitu. tamen per longum tempus inducitur praescriptio contra illam legis praesumptionem, quinimo in propriis nostris terminis, & sic in terminis dict. l. cum de in rem, inducitur illa praescriptio seu praesumptio contra legis praesumptionem, nam omnis contractus est res facti, l. consilio, ff. de cura. furio. facta autem non praesumuntur, l. in bello, §. factae, ff. de capti. l. si emancipati, ubi Jason. & alii, C. de collation. & tamen ex diuturna illa praestatione praesumitur contractus ille allegatus, quasi illa praesumptio, quod facta, de quibus non constat, non praesumantur, excludatur per praesumptionem hanc fortiorem, quae deducitur ex diuturnis praestationibus.

Ad dict. capitu. 1. de praescriptio. in 6. resp. ut supra diximus, & infra forte dicemus, ut contra patientem non praesumatur titulus allegatus, ut ibi, sed contra agentem sic, ut hic.

40. Quarto decimo limita † ut procedat contra agentem praestantem seu solventem, non sic contra patientem, quod dic ut supra diximus in servitute, at in usufructu, qui est pars dominii, l. 4, ff. de usuf. etiamsi quis diu passus sit ab alio rem suam utifrui, possessorque alleget titulum se habere, adhuc non obtinebit nisi illum probaverit, ita Curtius Junior

serían suficientes las prestaciones de diez años para que se presumiera el título alegado, sino que serían necesarias las prestaciones durante tiempo inmemorial, como lo prueba el capítulo 1.° *de praescrip.* libro 6.°; así lo defiende Jasón (1), Riminaldo (2), Alciato y Balbo (3). Pero estos autores parecen hablar contra el texto y común opinión a que se refieren la ley 2.ª Código *de servitut.* y la ley *si quis diuturno* (4), por las que aparece que aunque exista presunción de derecho de que todas las cosas se presumen libres (5), sin embargo, por el transcurso de largo tiempo se consigue la prescripción contra aquella presunción de la ley; más aún, en nuestros propios términos y por tanto en materia de la citada ley *cum de in rem*, se admite aquella prescripción o presunción contra la presunción de la ley; porque todo contrato es un hecho (6), y los hechos no se presumen (7), y sin embargo, en virtud de aquella prestación durante largo tiempo se presume el contrato alegado, como si la presunción de que no se presumen los hechos que no constan, fuera excluida por esta otra presunción más fuerte, que se deduce de las prestaciones durante largo tiempo.

Al citado capítulo 1.° *de praescript. in 6.°* responderás lo que antes hemos expuesto y tal vez más adelante expondremos, que no se presume el título alegado contra aquel que sólo tolera, pero sí contra el que ejecuta actos positivos.

Décimacuarta restricción; se presume el título alegado 40.
contra el que positivamente paga o tributa, pero no contra el que sólo tolera, en lo que has de sostener la doctrina arriba expuesta tratándose de una servidumbre; pero tratándose del

(1) Sobre la dicha ley *si certis annis.* limit. penúltima.
(2) En la colum. final sobre la misma ley.
(3) *De praescript.*, part. 3.ª, cuest. 10.ª, núm. 9.
(4) Digesto, tít. *si servit. vindicetur.*
(5) Según la ley *latius*, Código, tít. *de servit.*
(6) Según la ley *consilio*, Digesto *de cura furiosi.*
(7) Conforme a la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto *de capti.* y a la ley *si emancipati.* del Código, tít. *de collation.* expuesta en tal sentido por Jasón y otros.

num. 27, in d. l. si certis annis, Bald. in l. fina. C. ne de statu defunctorum, Areti. in dict. l. si certis annis, in fin. licet contrarium videantur tenere Gloss. & Bartol. in dict. l. cum de in rem verso, sicque l. nullo, cum similib. C. de rei vendica. per quam in praescribenda cujusque rei proprietate non sufficit tituli allegatio, nisi probetur, extenditur etiam ad usumfructum cujusque rei, & d. l. si quis diuturno, cum similibus limitabuntur, ut procedant in servitutibus realibus, in quibus praescribendis titulus necessarius non est, non sic in servitute personali, qualis est ususfructus, in quo praescribendo titulus necessarius est, argument. l. 4. ff. de ususfruct.

Quinto decimo limita, ut non procedat in feudo, secundum Curtium Juniorem in dict. l. si certis annis, num. 27. Bal. in capitulo fina. de feudo dato in vicem legis commissoriae.

Sexto decimo limita, ut non procedat quando ageretur de praejudicio tertii, secundum Jason. columna fina. & Alciat. in dict. l. si certis annis.

Hactenus de primo casu cum titulus legitimus allegabatur,
41. † at secundo casu quando allegabat titulum illegitimum, & insuficientem (puta postquam annis decem receperat annuam quandam praestationem, eandem in posterum similiter expetebat, dicens sibi fuisse pacto nudo promissam), tunc in posterum talem annuam praestationem non poterit exigere, ita se habet communis opinio, quam tenent Gloss. & communiter Doctores in dic. l. cum de in rem verso, in Gloss. mag. & Gloss. fina. in dict. l. si certis annis, & Gloss. in l. 1. §. fina. ff. de aqua pluviae arcendae, quam opinionem sequuntur & firmant esse communem Aretinus, columna 2, & Jacobinus de Sancto Georgio, num. 12, in dict. l. si certis annis, post Petrum de Bellapertica, Cynum, Jacob. Butrig. Barto. Bald. Joann. Fabr. Salicet. Angel. & Paul.

usufructo que es parte del dominio (1), aun cuando uno hubiera permitido durante mucho tiempo, el que otro usufructuara una cosa suya, y el poseedor alegara que tenía título, nada con todo conseguiría si no lo probara; así lo defiende Curcio el Joven (2), Baldo (3) y el Aretino (4); aun cuando parecen defender lo contrario la glosa y Bartolo en la citada ley *cum de in rem verso.*; así pues, la ley *nullo* (5) y otras semejantes que disponen que para la prescripción de la propiedad de una cosa no sea suficiente la alegación de título si no se prueba, se extiende también al usufructo de todas las cosas; por tanto, la ley *si quis diuturno* y otras semejantes, se limitarán en su aplicación a las servidumbres reales en cuya prescripción no es necesaria la existencia de título, pero no a la servidumbre personal, cual es el usufructo para cuya prescripción se exige título (6).

Décimaquinta restricción; no tiene tampoco lugar tratándose de un feudo, según lo defiende Curcio el Joven (7) y Baldo (8).

Décimasexta restricción; tampoco tendrá lugar cuando se tratara de perjuicio de un tercero, según Jasón (9) y Alciato (10).

Hasta aquí hemos tratado del caso primero, cuando se ale- 41.
gaba título legítimo; pero en cuanto al segundo caso cuando el poseedor alegaba título ilegal e insuficiente (como sería por ejemplo, si después de haber percibido por diez años cierta cantidad anual, reclamara para el porvenir igual cantidad, diciendo que se le había prometido por nudo pacto) en tal caso

(1) Según la ley 4.ª, Digesto *de usufructu*.
(2) En el núm. 27 sobre la cit. ley *si certis annis*.
(3) En la ley final, Código, *ne de statu defunctor*.
(4) En la cit. ley *si certis annis* al final.
(5) Del Código, tít. *de rei vindicatione*.
(6) Conforme a la ley 3.ª, Digesto *de usufructu*.
(7) En la ley *si certis annis*.
(8) En el cap. final *de feudo dato in vicem legis commis*.
(9) En la colum. final sobre la ley *si certis annis*.
(10) En la misma ley.

Castrens. ibi, ubi etiam Decius num. 12, eam sequitur & dicit esse communem opinionem, quod & firmat eam sequutus Ludovicus Romanus ibi, num. 22. Sequuntur & dicunt communem opinionem Salicet. & Fulgos. in dict. l. cum de in rem verso, hanc sequuntur & firmant esse communem Jason num. 7, & Alciatus, & Alexad. num. 7 in dict. l. si certis, ubi Riminaldus columna 3. & Curtius Junior num. 19, & Curtius Senior in repet. num. 20, hanc opinionem, & sequuntur & communem dicunt, quod & firmat eam sequutus Ludovic. Gozadin. ibi num. 7, est communis opinio secundum Jacobinum colum. fina. in dict. l. cum de in rem verso, & secundum Felinum in capitu. de 4, num. 41. de praescriptionibus, sequitur et dicit esse communem opinionem Paulus Castrens. in l. servitutes, 4. ff. de servitu. colum. fina. hanc dicit communem opinionem Caepolla de servitu. urbanorum praediorum, capitu. 19. ubi eam sequitur, tenent. Gl. & communiter Doctores, in l. 1, C. de fideicommis. Bartol. & alii in dict. l. servitutes Albericus & Odofredus in d. l. si certis, Albe. in dict. l. servitutes. Idem in d. l. cum de in rem verso, col. 2. in prin.

Hujus autem receptissimae opinionis ratio ea est, quod ex diuturna possessione titulum legitimum praesumi si allegetur, procedit inspecta legis praesumptione, sicque & eam allegari oportet, l. si adulterium cum incestu, §. idem Pollioni, ff. de adulter. l. licet Imperator, ubi per novissimos, ff. de legatis primo, & contra hanc praesumptionem admittitur probatio, ut in specie tradunt Jaso. columna fina. in d. l. si certis annis, ubi Paul. Castrensis & Cynus quaest. 10. Bald. in l. 2, C. de dotis prommissione, Joannes Andreae in capitu. fina. de causa possessionis & proprieta. Butrius in capitu. pervenit, de censi. Alexand. consil. 113. super primo dubio,

no podrá exigir igual prestación anual en lo futuro, tal es la común opinión que defienden varias glosas (1); siguen esta opinión, llamándola todos opinión común, el Aretino (2), Jacobino de San Jorge (3), Luis Romano (4), Salicet (5), Fulgosio (6), Alciato, Alejandro (7), Riminaldo (8) y otros autores (9).

El fundamento de esta opinión tan generalmente admitida es éste, que en virtud de la posesión durante largo tiempo, si se alega título legítimo, se presume dicho título, atendida la presunción de la ley, por lo cual es conveniente alegar también esta presunción (10), si bien contra esta presunción se admite prueba, según expresamente lo defienden Jasón (11), Baldo (12), Juan Andrés (13), Butrio (14), Alejandro (15), Rimi-

(1) Tales son: la glosa y doctores en la ley *cum de in rem verso;* la glos. *magna* y la glosa final en la ley *si certis annis;* la glosa en la ley 1.ª, §. final del Digesto, tít. *de aqua pluv. arcenda.*

(2) En la col. 2.ª sobre la ley *si certis annis.*

(3) En el núm. 12 sobre la misma ley y siguiendo el sentir de Pedro de Bellapértica, Cino, Jacobo Butrigario, Bartolo, Baldo, Juan Faber, Salicet, Angel, Pablo de Castro y Decio, núm. 12, sobre la misma ley.

(4) En el núm. 22 sobre la ley *si certis annis.*

(5) Comentando la ley *cum de in rem.*

(6) Comentando la misma ley *cum de in rem.*

(7) En el núm. 7 sobre la ley *si certis.*

(8) En la colum. 3.ª al exponer la misma ley.

(9) Tales son: Curcio el Joven y Curcio el Viejo en el núm. 12, que la defienden como opinión común, al igual que Luis Gozadino en el núm. 7 al exponer la ley *si certis annis;* Jacobino en la col. final sobre la ley *cum de in rem,* según Felino en el cap. *de quarta,* núm. 41, *de praescript.* sigue también esta opinión Pablo de Castro en la ley *servitutes,* 4.ª, Digesto *de servit.* col. final; llámala opinión común y la admite Cepolla *de servitut. urban. praedior.* cap. 19, admítela la glosa y en general los doctores en la ley 1.ª, Código *de fideicom.* Bartolo y otros en la ley *servitutes;* Odofredo y Alberico en la ley *si certis* y el segundo también en la ley *servitutes* y en la ley *cum de in rem verso,* col. 2.ª en la introducción.

(10) Conforme a la ley *si adulterium cum incestu,* §. *idem Pollioni,* Digesto *de adulterio* y a la ley *licet imperator,* Digesto *de legatis,* lib 1.º, comentada así por los contemporáneos.

(11) En la colum. final acerca de la ley *si certis annis,* donde exponen lo mismo Pablo de Castro y Cino, cuest. 10.

(12) En la ley 2.ª del Código, tít. *de datis promissione.*

(13) En el cap. final *de causa possessionis et proprietatis.*

(14) En el cap. *pervenit, de censibus.*

(15) Dictamen 113, *super primo dubio,* lib. 1.º

libro 1, Riminaldus, Decius, & Curtior Junior, & alii communiter in dict. l. si certis annis, unde cum ipsemet possessor fateatur se ex titulo inhabili, & non obligatorio annuam illam praestationem exegisse, tantum abest ut in posterum possit quicquam petere, quod potius ea quae retro exegerat, deberet quasi indebite solutum restituere, argumento per totum, C. & ff. de condition. indebiti. Confessio enim hujus possessoris agnoscentis titulum fuisse illegitimum, non solum probatio est legitima, sed etiam superat omnem fidem reliquarum probationum, l. fina. C. de fidei. §. fina. institu. de fidei. haere. l. unica, C. de confes. diximus plenius lib. de succes. crea. §. 23. nu. 31.

42. In summa licet ex diuturna annua praestatione quae processit ex titulo invalido, non sequatur aut inducatur obligatio in futurum, tamen favore alimentorum in ultima voluntate relictorum, inducitur obligatio in futurum, etiamsi testamentum minus solemne & sic titulus invalidus allegaretur, & praestatio, quae praecessit non per annos decem, sed tantum per annos tres facta esset, ista est communis opinio quam tenent Glos. Azo. in summa, Placentinus in summa, Petrus Bellapertica, Odofredus, Jacobus Butrigarius, Joannes Faber, Cyn. Albericus, Bartolus, Baldus, Angelus, Salicet. Fulgosius, Paulus Castren. & Corneus, colum. 2. in l. 1. C. de fideicom. estque communis opinio secundum Corneum ibi. Gloss. Odofredus, Jacobus Butrigarius, Petrus Bellapertica, Cynus, Joannes Faber, Albericus, Bartolus, Baldus, Angelus, Salicet. Fulgosius, Paulus Castrensis in l. si certis annis, C. de pactis Gloss. Butrigarius, Odofredus, Faber, Cynus, Petrus Bellapertica, Albericus de Rosate, Bartolus, Baldus, Angelus, Salicetus, & alii in lege creditor, C. de usuris.

naldo, Decio, Curcio el Joven y en general los demás autores al comentar la ley *si certis annis;* por consiguiente, como el propio poseedor confiese haber percibido aquella prestación anual en virtud de título ni apto ni obligatorio, tan lejos está el que pueda pedir algo en lo futuro, que más bien debería restituir como indebidamente pagadas, las cantidades que anteriormente había exigido, como lo prueba todo el título *de conditione indebiti* del Código y Digesto. Porque la propia confesión de dicho poseedor reconociendo que el título había sido ilegal, no sólamente es una prueba legítima, sino que sobrepasa la fe que merecen todas las restantes pruebas (1); de ésto hemos tratado con más extensión en el libro *de succes. creatione*, §. 23, número 31.

42. En pocas palabras, aun cuando en virtud de la prestación anual durante mucho tiempo que tuvo su origen en título inválido, no se siga ni se produzca obligación para el futuro, sin embargo se produce tal obligación futura en favor de los alimentos dejados en última voluntad, aun cuando se alegara un testamento falto de formalidades y por consiguiente un título sin valor, y aun cuando la prestación que precedió se hubiera dado no por diez años, sino sólo por tres años; es ésta una opinión común que defienden la glosa, Azón, y el Placentino en la *Summa*, Pedro de Bellapértica, Odofredo, Butrigario, Juan Faber, Cino, Alberico, Bartolo, Baldo, Angel, Salicet, Fulgosio, Pablo de Castro y Corneo en la columna 2.ª sobre la ley 1.ª del Código, título *de fideicommisso;* es opinión común según lo afirman Corneo y la glosa en dicha ley, defendiéndola así Odofredo, Butrigario, Bellapértica, Cino, Juan Faber, Alberico, Bartolo, Baldo, Angel, Salicet, Fulgosio y Pablo de Castro, todos ellos al comentar la ley *si certis annis* del Código (2); lo mismo defienden la glosa, Butrigario, Odofredo, Faber, Cino, Bellapértica, Albe-

(1) Según la ley final, Código *de fidei.;* el §. final de la Instituta *de fidei haere.* y la ley única del Código en el tít. *de conf.*

(2) En el tít. *de pactis.*

Gloss. Jacobus de Arena, Albericus, Bartolus, Baldus, Angelus, Fulgosius, Florianus, Jacobinus de Sancto Georgio in l. cum de in rem verso, ff. de probat. Bartolus in l. servitutes. 4. ff, de servitutibus, sequitur & dicit communem opinionem Alexand. num. 3. in d. l. si certis, ubi Decius, num. 7. firmat esse communem, quam sequitur & communem firmat Romanus ibi, num. 15. & Jason numer. 3. ubi Riminaldus, columna 3. dicit esse communem opinionem, quod firmat Curtius Junior ibi, num. 14. & 15. & Ludovicus Gozadinus ibi, num. 5. in repeti. ait esse communem opinionem, & hanc dicit esse communem opinionem Curtius Junior ibi, columna 2. & Alciatus qui eam sequuntur, moventur omnes per tex. in l. 1. C. de fideicommi. quam extendunt, ut procedat etiam favore dotis, ita in specie tenent plerique eorum quos supra retulimus dicentes procedere etiam in refectione viarum & similium causarum favorabilium, quod tenuit Barto. in d. l. si certis annis, & est communis opinio, secundum Curtium Juniorem ibi, num. 15. & per Decium & Alexan. & Decium ibi, ubi etiam Jaso. plures limitationes & extensiones accommodat dictae legi primae. C. de fideicom. idemque resumit in d. l. 1.

43. Quoad tertium casum cum possessor nullum titulum allegabat, sed solo tempore nitebatur, dicendum est † quod annua praestatio etiam longi temporis in futurum non inducit necessitatem aut obligationem solvendi, si is qui eam annuam praestationem exegit, eam in posterum, ea sola ratione petat, quod sibi in praeteritum diu praestita fuit, quia tempus solum de per se non est modus inducendae obligationis in futurum, haec est vera & communis opinio, quam tenuit Gloss. Bartolus, Jacobus de Arena, Albericus, Paulus, Salicetus, Fulgosius, Florianus & Jacobinus de Sancto

rico de Rosate, Bartolo, Baldo, Angel, Salicet y otros en la ley *creditor*, Código *de usuris;* la glosa, Jacobo de Arena, Alberico, Bartolo, Baldo, Angel, Fulgosio, Floriano, Jacobino de San Jorge en la ley *cum de in rem verso*, Digesto *de probationibus;* Bartolo en la ley *servitutes*. 4.ª, Digesto *de servitutibus;* siguen la misma opinión y la defienden como opinión común Alejandro (1), Decio (2), Romano (3), Riminaldo (4), Curcio el Joven (5), Luis Gozadino (6), Curcio el Viejo (7) y Alciato; muéveles a todos el texto de la ley 1.ª del Código *de fideicommisso*, la que extienden también a que tenga aplicación en favor de la dote; así expresamente lo defienden la mayor parte de los autores arriba citados, diciendo que tiene también lugar cuando se trata de arreglo de caminos, o de parecidas causas a las que se otorga favor, según lo defendió Bartolo (8), siendo opinión común según Curcio el Joven, Decio y Alejandro al exponer dicha ley *si certis annis*, donde Jasón señala muchas restricciones a la misma ley 1.ª y muchos casos a los que puede aplicarse (9).

43. En cuanto al tercer caso, cuando el poseedor no alegaba título alguno, sino que sólo se apoyaba en el tiempo trascurrido, hemos de decir que la prestación anual aun durante largo tiempo no produce para el futuro necesidad u obligación de pagar, si quien percibió aquella cantidad anual, la reclama para el futuro fundado en la sola razón de que se le había pagado antes durante largo tiempo, ya que el tiempo de por sí solo no es medio de constituir obligación; es ésta una opinión verdadera que defiende la glosa, Bartolo, Jacobo de

(1) En el núm. 5 sobre la ley *si certis annis*.
(2) En el núm. 7 sobre la misma ley.
(3) En el núm. 15 en la ley *si certis annis* y Jasón en el núm. 5.
(4) En la colum. 5.ª, *ibidem*.
(5) En el núm. 14 y 15 en la ley *si certis annis*.
(6) *Ibi.*, núm. 5.
(7) *Ibi.*, colum. 2.ª
(8) En la ley *si certis annis*.
(9) Ley 1.ª del Código, tít. *de fideicommisso* y resume lo mismo en la ley 1.ª del Código *de fideic.*

Georgio qui hanc dicit communem opinionem, colum. fina. tenent Gloss. Bartolus, Jacobus de Arena, Albericus, Baldus, Bartolus, Angelus, Salicetus, Fulgosius, Paulus Castrensis, Florianus, & Jacobinus in l. servitutes. 4. ff. de servituti. Gloss. Petrus Bellapertica, Joannes Faber, Odofredus, Cynus, Jacobus Butrigarius, Albericus, Bartolus, Baldus, Angelus, Salicetus, Paulus Castrensis, & Aretinus, in l. si certis annis, C. de pact. Glos. Odofredus, Joannes Faber, Cynus, Jacobus Butrigarius, Petrus de Bellapertica, Albericus, Bartolus, Baldus, Angelus, Salicetus, & alii in l. creditor, C. de usuris, Glos. Petrus, Odofredus, Joannes Faber, Cynus, Jacobus Butrigarius. Albericus, Bartolus, Baldus, Angelus, Salicetus, Fulgosius, Paulus Castren. & alii in l. 1. C. de fideicommiss.

Hujus autem receptissimae sententiae ratio ea est, quod tempus solum de per se non est modus inducendae obligationis l. obligationum fere, §. placet, ff. de actio. & obligat. unde licet per annos mille annuum quippiam solutum fuerit, in posterum ab invito tantundem extorqueri non potest. Praeterea inducta ad unum effectum non debent operari contrarium effectum l. legata inutiliter, ff. de adimendis legatis l. legata inutiliter, ff. de lega. 1. sed ille qui solvebat, id fecit quo magis liberaretur, ergo non debet, per illum actum obligari in futurum.

In summa si aliud diceremus, redderentur elusoriae l. nullo, C. de rei vendic. l. unica. C. de usucap. cum simi. in quibus habetur ad praescriptionem titulum desiderari, siquidem ex solo tempore citra ullius tituli non solum interventum, sed etiam allegationem acquisitio & praescriptio istius juris contingeret, sicque is est verus intellectus dictae leg. creditor, C. de usuris, quae nostram communemque probat sententiam.

Arena, Alberico, Baldo, Angel, Salicet, Fulgosio, Pablo de Castro, Floriano y Jacobino al comentar la ley *servitutes*, 4.ª, Digesto *de servitutibus;* la glosa, Pedro de Bellapértica, Juan Faber, Odofredo, Cino, Jacobo Butrigario, Alberico, Bartolo, Baldo, Angel, Salicet, Pablo de Castro, y el Aretino al comentar la ley *si certis annis*, Código, *de pactis;* la glosa, Odofredo, Juan Faber, Cino, Jacobo Butrigario, Pedro de Bellapértica, Alberico, Bartolo, Baldo, Angel, Salicet y otros en la ley *creditor*, Código, *de usuris;* la glosa, Pedro, Odofredo, Juan Faber, Cino, Jacobo Butrigario, Alberico, Bartolo, Baldo, Angel, Salicet, Fulgosio, Pablo de Castro y otros en la ley 1.ª del Código, *de fideicommisso.*

La razón de esta opinión tan admitida es, que el tiempo de por sí solo, no es modo de constituir obligación (1); por consiguiente, aun cuando durante mil años se hubiera pagado una cantidad anual, no se puede obligar a que pague igual cantidad en lo futuro al que a ello se oponga. Además, lo que se ha establecido para un efecto no debe causar el efecto contrario (2), pero aquel que pagaba lo hacía más bien para quedar libre de obligación, luego por tal acto no debe quedar obligado en lo futuro.

En suma, si admitiéramos otra cosa, serían ilusorias las leyes *nullo* del Código *de rei vindicatione*, la ley única del Código título *de usucapione* y otras semejantes, todas las cuales expresan que para la prescripción se requiere título; ya que entonces por el solo trascurso de tiempo no sólo sin intervención, sino aun sin alegación de título alguno tendría lugar la prescripción de tal derecho; tal es, por tanto, el verdadero sentido de la ley *creditor* (3) que confirma nuestra opinión que es a la vez opinión común.

(1) Según consta por la ley *obligationum fere*, §. *placet*, Digesto, tít. *de actionib. et obligat.*

(2) Según la ley *legata inutiliter*, Digesto, tít. *de legatis.*

(3) Del Código, tít. *de usuris.*

CAPVT LXXXV

SUMMAE

1. *Actor fundans intentionem suam de jure & si nihil probet obtinebit in petitorio, & numero 2.*
3. *Actio expressa in lege pro lege habetur.*
4. *Tempus immemoriale tuetur possessorem etiam contra eum qui fundat intentionem suan de jure, nec est necesse titulum allegare.*
5. *Actor qui fundat intentionem suam de jure & si nihil probet obtinebit etiam in possessorio.*
6. *Possessio junior clandestina, cum communi.*
7. *Actor licet fundet suam intentionem de jure non obtinebit in possessorio contra eum qui diu fuit in possessione sine vitio.*
8. *Actor qui fundat suam intentionem de jure an possit possessorem turbare, aut spoliare.*
9. *Possessor quando sit tuendus contra fundantem suam intentionem de jure ardua quaestio.*
10. *Filius praesumitur in potestate patris, cum communi.*
11. *Actor qui suam intentionem fundat de jure an possit incipere ab executione.*
12. *Intellectus cap. cum personae, §. quod si tales, de privileg. lib. 6.*
12. *Filius an in patris potestate praesumatur, ardua quaestio.*
14. *Probationes sufficit ut a communiter accidentibus concludant.*

CAPÍTULO LXXXV

SUMARIO

El actor que de derecho tiene su intención fundada, aun cuando nada pruebe, saldrá victorioso en juicio sobre la propiedad; de ésto trata también el núm. 2. 1.

La razón que se expresa en la ley tiene valor de ley. 3.

El trascurso de tiempo inmemorial ampara al poseedor aun contra aquel que tiene su intención fundada de derecho, y no es preciso alegar título. 4.

El actor que tiene su intención fundada de derecho, aun cuando nada pruebe, saldrá victorioso aun en juicio sobre la posesión. 5.

La posesión última se presume clandestina; con la común opinión. 6.

El actor aun cuando funde su intención en pleno derecho, no saldrá victorioso en juicio posesorio, contra aquel que durante largo tiempo tuvo la posesión exenta de vicio. 7.

¿Puede el actor que tiene su intención fundada en derecho inquietar y despojar al poseedor? 8.

¿Cuándo ha de ser amparado el poseedor contra aquel que de derecho tiene su intención fundada? Cuestión difícil. 9.

El hijo se presume estar bajo la potestad paterna; con la común opinión. 10.

¿El actor que tiene su intención fundada en derecho, puede empezar por apoderarse de la cosa de que se trata? 11.

Sentido del capítulo *cum personae*, §. *quod si tales, de privilegiis*, libro 6.° 12.

¿Se presume estar el hijo bajo la patria potestad?; cuestión difícil. 13.

Es suficiente que las pruebas concluyan por lo que comúnmente sucede. 14.

15. *Filii praesumuntur spurii.*
16. *Matrimonium quando praesumatur de jure civili et quando de jure canonico.*
17. *Legitimi non sunt liberi ex eo matrimonio nati quod valebat de jure civili, sed non de jure canonico, nec etiam in toro Caesareo succedunt ut filii legitimi; cum communi contra Baldum & Salicetum.*
18. *Lex civilis in materia spirituali praesumptionem inducere nequit, cum communi opinione.*
19. *Filius in re dubia non praesumitur in patris potestate.*
20. *Filiationis quasi possessio & praesumptio inducitur eo ipso quod quis tractabatur & alebatur ut filius, etiam quoad effectum succedendi, cum communi contra Alciatum.*
21. *Testis dictum accipiendum est secundum communem usum loquendi.*

1. ALIQUIS † fundatam habebat suam intentionem de jure in re, vel jure, quod ab alio possidebatur, utrum possessoris an vero petitoris vicem obtineat, quaeritur primo, an obtinebit, etiamsi nihil probaverit, movet quaestionem quod actore non probante, regulariter reus obtinebit l. 1. & 2. & l. actor quod asseverat l. fina. C. de probatio. l. qui accusare, C. de edendo. §. commodum, insti. de interdict. nam & si reus nullam justam causam haberet possidendi, adhuc tamen si ea res, qua de agitur, ad actorem revera non pertinet, aequum est ut permaneat apud reum eundemque possessorem ex regula quae habet, eum, cujus non interest, non admitti ad agendum l. 1. C. sine censu vel reliq. l. ex conventione, C. de pact. §. alteri, instit. de inutili. stipu. l. stipulatio ista,

Los hijos se presumen espurios. 15.

¿Cuándo se presume existir matrimonio, atendido el derecho canónico, y cuándo atendido el derecho civil? 16.

No son legítimos los hijos nacidos de matrimonio válido atendido el derecho civil, pero inválido, según el derecho canónico; ni heredan como hijos legítimos en el foro civil; con la opinión común contra Baldo y Salicet. 17.

La ley civil no puede inducir presunción en materia espiritual; con la opinión común. 18.

En caso de duda no se presume que el hijo esté bajo la patria potestad. 19.

Por el mero hecho de que uno fuera tratado y criado como hijo, se sigue la cuasi-posesión y presunción de filiación aun en cuanto al efecto de la herencia; con la opinión común contra Alciato. 20.

Las palabras del testigo se han de entender conforme al uso común de hablar. 21.

Tenía uno su intención fundada de derecho sobre una cosa o sobre un derecho cuya posesión tenía otro; ¿será el primero considerado como poseedor o como demandante? Pregúntase en primer lugar si conseguirá su propósito aun cuando nada pruebe. Suscita esta cuestión el que ordinariamente, si el actor no prueba sus aserciones, debe ser absuelto el convenido (1). Porque aun cuando el demandado no tuviera título alguno justo de posesión, sin embargo, si aquella cosa de que se trata no pertenece realmente al actor, es justo que siga en poder del demandado y a la vez poseedor, en virtud de aquella regla que dispone que a quien no tiene interés en una cosa, no se le concede acción sobre ella, como lo expresan varias leyes (2). Lo mismo sucedería aun cuando el derecho sobre aquella cosa perteneciera realmente al demandante, si ésto, sin embargo, no 1.

(1) Conforme a las leyes 1.ª y 2.ª, *actor quod asseverat.* y final, todas del Código en el tít *de probationibus;* a la ley *qui accsuare,* Digesto *de edendo* y al §. *commodum,* Instituta *de interdictis.*

(2) Tales son: la ley 1.ª del Código, tít. *sine censu vel reliquis,* etc., la ley *ex conventione,* Código *de pactis;* el §. *alteri.* Instituta *de inutili stipulatione;* la ley *stipulatio ista,* §. *alteri,* en las palabras *inventae enim,* etc., del Digesto, tít. *de verbor. obligatione.*

§. alteri, ibi, inventae enim, & c. ff. de verborum obligat. Idemque erit, etiamsi ad actorem jus illius rei revera pertineret, si tamen de eo non apparet, quia non apparentia & non existentia quoad judicium usumque forensem paria sunt, l. duo sunt Titii, ff. de testam. tutela, ergo si agis contra me, qui possidebam, aequum est me tueri, juxta d. §. commodum, si non probas, quia & si ingenue & palam agnoscerem, rem illam ad me non pertinere, adhuc tamen tua non interest, vel non apparet interesse, quandiu ex parte tua probatio non adest, verum haec regularia sunt & procedunt in agris, domibus, & in similibus, in quibus non magis unus quam alter habet suam intentionem fundatam, secundum communem & veram sententiam relatam per Joann. Lup. Pal. Ruv. in cap. per vestras, de donatio. inter virum. 2. no. versi. sed est pulchra dubitatio. num. 47. non sic in rebus vel juribus, in quibus aliquis (puta princeps, ecclesia aut respublica) fundatam habet suam intentionem de jure, tunc enim aequius est ut is victor existat, licet & actor sit & probaverit nihil, ut enim regulariter, si cum possideres, & a me conventus esses, me non probante obtinebis, tum ne injuria possedisse videreris, contra l. merito, ff. pro socio, tum etiam quia quandiu non probo, tandiu mea non interesse videtur, ut diximus, & tamen me probante condemnaberis, & restituere compellendus eris, quia ab illa juris praesumptione, quae te tuebatur, per interventum probationis meae receditur, ita etiam utcumque pro te possidente sit juris praesumptio, tamen si conventus fueris ab eo, qui de jure suam intentionem fundatam probatamque habebat, recedimus ab illa juris praesumptione, quae te fovebat ac tuebatur, & stamus juris probationi, quae facit pro actore, quaeque interea est certissima probatio, vincit superatque omne aliud genus probationis, nam testes,

constara, porque para el juicio y uso forense se consideran iguales las cosas que no constan y las que no existen (1). Luego si mueves acción contra mí, teniendo yo la posesión, es justo que si no pruebas tus aserciones, se me defienda, conforme al citado §. *commodum;* porque aun cuando yo ingenua y abiertamente reconociera que aquella cosa no me pertenecía, aun con todo, ningún interés tienes tú en ella o por lo menos no consta que lo tengas, mientras no exista prueba alguna por tu parte, pero ésto sucede así regularmente tratándose de campos, casas o de cosas semejantes en que ambos tienen igualmente fundada su intención, conforme a la común y verdadera opinión expuesta por Juan Lup. y Pablo Ruv. en el cap. *per vestras, de donation. inter virum et uxorem,* nota 2, vers. *sed est pulchra dubitatio,* número 47; pero no sucede lo mismo tratándose de cosas o derechos sobre los que una de las partes (por ejemplo el príncipe, la Iglesia o el Estado) tiene su intención fundada de derecho, pues entonces es más justo que dicha parte salga victoriosa, aun cuando sea en la causa actor y no haya probado nada. Porque así como por regla general teniendo tú la posesión de una cosa y siendo convenido por mí, al no probar yo mi propósito, serías tú absuelto, tanto para que no pareciera que habías poseído injustamente, contra la ley *merito* (2), como también porque mientras yo no lo pruebe, se considera que no tengo interés alguno en aquella cosa, según hemos dicho, y sin embargo, si yo probara mi propósito serías condenado y te verías obligado a restituirme aquella cosa, porque en virtud de la prueba por mí aducida nos apartamos de aquella presunción de derecho que te amparaba, así también, aun cuando la presunción de derecho te ampare como poseedor que eres, sin embargo, si fueras convenido por quien de derecho tenía su intención fundada y probada, nos apartamos de aquella presunción de derecho que te protegía y amparaba, y nos atenemos a la prueba de derecho que está de parte del actor, y que es desde luego la prueba más cierta, que vence y supera a todo otro género de prueba. Porque los testigos que deponen en favor del actor al reivindicar éste

(1) Conforme a la ley *duo sunt Titii,* Digesto, tít. *de testam. tutela.*
(2) Del Digesto, tít. *pro socio.*

qui pro actore rem vendicante deponunt, possent falsum dicere, probatio autem juris, quae est pro eo qui de jure fundatam habet suam intentionem, non potest non esse vera, falsitas enim & deceptio, quae in probatione facti adesse potest, in probatione juris adesse non potest, ergo si possessorem vincit actor ille, qui legitime probavit per testes vel instrumenta, multo magis vincere debet, qui probavit per ipsam juris dispositionem, quia in illa probatione falsitas esse potest, in ista vero non potest. Cum igitur is actor, qui de jure suam intentionem fundatam habebat contra reum non quicquam probantem, merito obtinere debeat, in eo tantum quaestio erit, an id procedat in judicio tantum petitorio, an etiam in possessorio, & quid in judicio illo summario, quod agitur in re notoria, & quod in petitorio obtinere debeat, satis probatum est, etiam in terminis juris communis. Neque ad rem pertinet text. in l. cogi. C. de peti. haer. cap. unic ut ecclesi. benefi. quia procedunt regulariter, nos loquimur quando actor habebat fundatam intentionem suam de jure d. l. cogi, quando fundatam non habebat.

2. † Quid autem jure regio, & eo jure haec res expeditior est, per text. in l. 8. titu. de la restit. de los despojados lib. 3. ordinamen. cujus verba ita habent: el rey funda su intencion de derecho comun a cerca de la jurisdicion civil y criminal en todas las ciudades villas y lugares desus reynos y sennorios. E presto antigua mente ordenaron los reyes nostros progenitores é nos ordenamos contra qualquiera parlado o, onbre poderoso contra tiene entrada y occupado la jurisdicion de qualquiera delas dichas ciudades villas elugares es tenido de mostrar é muestre ante nos titulo é privilegio por donde la tal jurisdicion le pertenezca en cotra manera

aquella cosa, podrían decir mentira, mas la prueba de derecho que existe en favor de quien tiene su intención fundada en pleno derecho no puede menos de ser verdadera, porque la falsedad y engaño que puede existir en la prueba de hecho no puede existir en la prueba de derecho; luego si contra el poseedor sale victorioso el actor que probó legítimamente sus aserciones por medio de testigos o de públicos documentos, con mucha más razón debe salir victorioso el que probó su intento por la disposición misma del derecho, porque en aquella prueba puede tener cabida la falsedad, pero de ningún modo en esta segunda. Como, pues, este actor, que tenía su intención fundada en derecho, deba con toda razón conseguir su intento contra el reo que no probara cosa alguna, sólamente quedará en pie esta cuestión, si ésto ha de tener lugar tan sólo cuando se litigare sobre la propiedad, o también sobre la posesión, y qué finalmente se ha de decir en aquel juicio sumario que tiene lugar cuando la cosa es notoria: que cuando se litiga sobre la propiedad deba salir victorioso, queda ya bastante probado, aun atendidos los términos del derecho común. Sin que ofrezca dificultad alguna la ley *cogi* (1) y el capítulo único *ut eccles. benefi.*, porque se refieren al caso general y nosotros tratamos del caso en que el actor tiene su intención fundada de derecho, y la ley *cogi* al caso en que no tenía su intención fundada.

Y ¿qué diremos atendido el derecho real?, que en este 2.
derecho la cuestión es aún más clara en virtud del texto de la ley 8.ª, tít. *de la restit. de los despojados*, libro 3.º *Ordenamientos*, cuyas palabras son: *el rey funda su intencion de derecho comun a cerca de la jurisdicion civil y criminal en todas las ciudades villas y lugares desus reynos y sennorios. E presto antigua mente ordenaron los reyes nostros progenitores é nos ordenamos contra*

(1) Del Código, tít. *de pet. haered.*

nosea consentido usar della: quorum verborum sensus est, quod jure regio in omni populo Rex Hispanus habet quoad jurisdictionem fundatam suam intentionem, & ideo, si alius reperiatur in possessione jurisdictionis alicujus populi Hispaniae, si non ostenderit titulum legitimum possidendi, privabitur illa possessione, & licet lex illa nominatim loquatur in jurisdictione, tamen idem est in omni alia re vel jure, in quo
3. actoris intentio esset fundata de jure: † Nam ubi est eadem ratio, ibi est idem jus, ut in l. illud. ff. ad leg. Aquil. quasi ratio sit diversorum casuum conjunctio, qui tendunt ad eundem finem, Baldus in l. omnes populi. ff. de justitia & jure colum. 7. vers. 3. quaero, & colum. fina. versic. 2. nota ubi ait, quod ubi est eadem ratio, non intelligitur fieri extensio, quia inest tacite, Glos. in cap. saepe, in verbo Italiae, de tempo. ordinan, in 6. l. non possunt. l. nam ut ait. l. ideo quia, ff. de legib. Quinimo quando plura habent eandem rationem, licet de uno tantum fiat mentio, videtur id fieri exemplariter, non restrictive, ut sic si ratio sit expressa in lege ea, quae sit generalis, licet decisio sit particularis, tamen ratio ipsa pro lege habetur, decisio autem pro exemplo ipsius legis, ut sic lex ipsa generalis videatur, quatenus ratio sese porrigebat, non quidem per modum aut vim extensivam, sed ex vi comprehensiva, quasi ut genus ex vi etiam comprehensiva comprehendit sub se plures species, ita quoque ea ratio generalis ex vi comprehensiva plures casus complectatur, ita Baldus in l. de quibus colum. 12. ff. de legibus, Alexan. consi. 75. videtur in praesenti, columna 1. libro 5. Jaso. in l. a Titio, in prin. colum. fina. ff. de verborum obligat. Idem Jaso. consi. 63. per reformationem, columna 4. Tiraquel. de causa cessante, parte 1. nu. 152. & in l. si unquam, in verbo. libertis, num. 45. C. de revocand.

qualquiera parlado o, onbre poderoso contra tiene entrada y ocupado la jurisdicion de qualquiera delas dichas ciudades villas elugares es tenido de mostrar é muestre ante nos titulo é privilegio por donde la tal jurisdicion le pertenezca en cotra manera nosea consentido usar della. El sentido de estas palabras es que, atendido el derecho regio, el rey de España tiene en todos sus pueblos fundada su intención en cuanto a jurisdicción; por lo cual, si se hallase otra persona en posesión de jurisdicción sobre algún pueblo de España, si no demostrare legítimo título de poseer, será despojado de dicha posesión; y aunque aquella ley hable expresamente de jurisdicción, sin embargo, lo mismo se ha de afirmar tratándose de toda otra cosa o derecho sobre los que la intención del demandante estuviera fundada de derecho. Porque donde existe la misma razón, rige el mismo derecho, 3.
según consta por la ley *illud* (1), como si la razón fuera lo que une los diversos casos que tienden al mismo fin, según Baldo (2), quien dice en el lugar abajo citado, que en los casos en que existe la misma razón, no se considera que haya extensión de la ley, ya que implícitamente están en ella incluidos (3). Más aún, cuando en varios casos exista la misma razón, aun cuando sólo se haga mención de uno de ellos, éste se considera propuesto como ejemplo, sin fuerza restrictiva, de suerte que si se expresa en la ley una razón de carácter general, aun cuando la decisión se aplique a un caso particular, con todo la razón misma se tiene por ley y la decisión como un ejemplo de la misma ley, con lo que la propia ley se considera también general, hasta los límites que abarca la razón en ella contenida, no ciertamente en virtud de su fuerza extensiva, sino de

(1) Del Digesto, tít *ad legem, Aquil.*

(2) En la ley *omnes populi,* Digesto, tít. *de justitia et jure,* colum. 7.ª, versículo 3.º *quaero,* y colum. final, versíc. *secundo nota.*

(3) Según la glosa en el cap. *saepe,* en la palabra *Italiae, de tempor. ordinam, in 6.º;* y según las leyes *non possunt, nam ut ait, ideo quia* del Digesto. tít. *de legibus.*

donatio. Quod adeo verum est, ut etiam in correctoriis, ubi est ratio expressa in lege, fiat extensio, Gloss. singu. in Clemen. 1. in verbo colligetur, de electione, ibi Paulus de Eleaz. & Cardin. Flo. in quaestione. 22. & Imola, columna 6. Baldus, Paulus, & Jaso. num. 19. cum sequentibus in authen. quas actiones, C. de sacrosanctis ecclesi. Baldus in l. fina. C. de liberis praeteritis, Imola, Cumanus, Paulus, & alii in l. si vero, §. de viro, ff. soluto matrimonio, Jason. Decius, Curtius Juni. & alii, in l. humanitatis, per text. ibi C. de impub. Imol. in l. fina. colum. 3. ff. de haeredi. inst. & consi. 123. in causa, quae vertitur, columna 2. Fulgosi. consi. 104, Titius condidit, columna 2. Cumanus, & Alexand. nota. 5. ff. soluto matrimo. in l. cum mulier. per illum text. Paulus, Alex. & Jaso. in l. quanvis. C. de fideicommi. Abbas in cap. fin. columna 3, de rescrip. & in cap. nihil, columna 5. de electione, Jason. in l. de quibus, num. 14. ff. de legibus. Idem Jas. in l. stipulatio hoc modo ff. de verborum obligatio. num. 12, Tiraquell. de causa cessante parte 1, num. 153. Alexan. in l. 4. §. Cato. columna 6. ff. de verborum obliga. Idem Alexan. consi. 50; visis actis, columna 3. libro 2, & consi. 17. ponderatis, columna penultima libro 3. Curtius Senior consi. 81. columna 2.

Quod & in poenalibus procedit, secundum Tiraquell. ubi supra, num. 155. qui allegat Baldum in l. data opera. C. de accusa, per l. his solis, ibi satis tacite cautum putamus. C. de revocand. dona. l. fi. C. de indicta viduit. Baldus in capit. 1. §. porro, columna 2. per illum text. quem dicit meliorem de jure, titulo, quae fuit prima causa beneficii amitten. nam ratio extendit verba legis l. nominis & rei, §. verbum, ff. de verborum significatio.

su fuerza comprensiva; de suerte que así como el género comprende en sí diversas especies en virtud también de su fuerza comprensiva, así también aquella razón general, en virtud de su fuerza comprensiva, abarca numerosos casos; así lo expresan Baldo (1), Alejandro (2), Jasón (3) y Tiraqueau (4). Lo que es tan verdadero que aun en la ley correctiva, cuando en ella se expresa la razón, tiene lugar la extensión, según lo nota la glosa en la Clementina 1.ª (5), donde así lo expresan Pablo de Eleaz. y el Cardenal Florentino (6), como también Imola, Baldo, Pablo y Jasón (7); asimismo Decio y Curcio el Joven al comentar la ley *humanitates* (8) y otros numerosos autores (9).

Lo mismo tiene también lugar cuando se trata de leyes penales, según Tiraqueau (10) quien cita también a Baldo (11); porque la razón contenida en la ley, da extensión a las pala-

(1) En la ley *de quibus*. colum. 12, Digesto, *de legibus*.

(2) Dictamen 75 que empieza *videtur in praesenti*, col. 1.ª, lib. 3.º

(3) En la ley *a Titio*. introducción, colum. final, Digesto, tít. *de verbor. obligatione* y en el dictamen 63 *per reformationem*, colum. 4.ª

(4) *De causa cessante*, part. 1.ª, núm. 152 y en la ley *si unquam* en la palabra *libertis*, núm. 45, Código, tít. *de revocand. donation.*

(5) En la palabra *colligatur*, *de electione*.

(6) En la cuest. 22.

(7) Imola en la colum. 6.ª y los restantes en el núm. 1.º y siguientes, al comentar la *auth. quas actiones*, inserta en el Código *de sacrosanctis ecclesiis;* Baldo expone lo mismo en la ley final del Código, tít. *de liberis praeteritis;* Imola, Cumano, Pablo y otros en la ley *si vero*, §. *de viro*, Digesto, *soluto matrimonio;* e Imola también en la ley final, col. 3, Digesto, tít. *de haered. institut.* y en el dict. 123 *in causa quae vertitur*, colum. 2.ª

(8) Del Código, tít. *de impuber*.

(9) Fulgosio dictamen 104, *Titius condidit.*, col. 2.ª; Cumano y Alejandro sobre el texto de la ley *cum mulier*, not. 5.ª, Digesto *soluto matrimonio;* Pablo, Alejandro y Jasón en la ley *quanvis*, Código, tit. *de fideicom.;* el Abad en el cap. final, col. 3.ª *de rescriptis* y en el cap. *nihil*, col. 5.ª *de electione;* Jasón en la ley *de quibus*, núm. 14, Digesto *de legibus* y en la ley *stipulatio hoc modo*, Digesto, *de verbor. obligat.*, núm. 12; Tiraqueau *de causa cessante*, part. 1.ª, núm. 155; Alejandro en la ley 4.ª, §. *Cato*, colum. 6.ª, Digesto *de verbor. obligat.* en el dictamen 50, *visis actis*, col. 3.ª, lib. 2.º y dict. 17 *ponderatis*, col. penúlt., lib. 3.º; Curcio el Viejo, dictamen 81, colum. 2.ª

(10) *Ubi supra*, núm. 155.

(11) Defiéndelo éste en la ley *data opera*, Código *de accusa.* fundado en la ley *his solis*, Código, tít. *de revocandis donationibus*, en las palabras *satis tacite cautum putamus.* y en la ley final del Código, tít. *de indicta viduitate*. Lo mismo afirma Balbo en el cap. 1, §. *porro*, colum. 2.ª, fundado en aquel texto que llama excelente en derecho, tít. *quae fuit prima causa beneficii amittendi*.

capit. si postquam, de electione, libro 6. l. 2. §. quid si curatores, & §. quid si decesserint, ff. ad Tertullia. l. liberum, §. senatus, ff. de ritu nupt. Panormita. in capitulo fina. columna 2. de rescrip. qui ait id non esse interpretationem extensivam, sed intensivam & intellectivam, Decius in l. non videtur, columna fina. ff. de regulis juris, Abbas in cap. 1. columna 1. de juramen. calumniae, ergo cum ubi est ratio generalis expressa in lege, tunc licet decisio sit particularis, adhuc lex ipsa generalis esse intelligatur, quia ipsa ratio generalis habetur pro lege, & decisio particularis pro exemplo, quod non arctat legem aut regulam generalem, cumque in d. l. 8. expressa fuerit illa ratio generalis, quod si rex & fundat suam intentionem de jure, possesor & reus, si non docuerit de titulo legitimo, succumbet, sequitur quod non solum in peculiari illo casu, in quo d. l. 8. loquebatur, sed & generaliter in omni omnino re, in qua de jure suam fundat intentionem, rex obtinebit, cum agit, nisi reus, idemque possessor de legitimo titulo docuerit, facit capit. 1. de praescrip. in 6. & cap. ad decimas, de restitu. spoli. Idque in specie tenuit Lupus de Pal. Rub. in rep. c. per vestras de donatio. inter virum & uxorem 2. nota. versic. sed est pulchra dubitatio, num. 47.

4. Et videbimus, quid in petitorio, de quo jam egimus, deinde quid in possessorio, tertio quid in spolio: sed principalem quaestionem de petitorio limita primo † nisi per tempus, cujus initii non esset memoria, possedisset reus, ut dict. capitu. 1. id enim tempus habet vim tituli, l. hoc jure, §. ductus aquae, ff. de aqua quotidia. & aestiva. l. 1, §. fina. ff. de aqua pluvia. arcen. quo casu etiam titulum allegare necesse non est, sed sufficit tempus ipsum, cujus initii memoria non sit, allegare, ista est communis opinio, quam tenent Cynus

bras de ésta, según consta por varias disposiciones (1) y lo afirma el Panormitano en el capítulo final, col. 2.ª, *de rescriptis*, quien dice que ésto no es una interpretación extensiva, sino intensiva y basada en el propio sentido, Decio (2) y el Abad (3). Luego si cuando en la ley se expresa una razón de carácter general, entonces, aun cuando la decisión sea particular, se considera general la ley, ya que aquella razón general se tiene por ley y la decisión particular como un ejemplo, que no restringe la ley o la regla general, y como en la ley 8.ª de que hemos tratado, se ha hecho constar expresamente la razón general, que si el rey tiene su intención fundada de derecho, el poseedor y reo, si no presentara legítimo título, será condenado, síguese que no sólamente en aquel caso particular de que trata la ley 8.ª, sino generalmente en toda otra cualquier cosa, en que el rey tenga su intención fundada de derecho, saldrá victorioso al entablar acción, a no ser que el reo y a la vez poseedor, mostrare legítimo título. Consta lo mismo por el capítulo 1.º *de praescriptione in 6.º*, y por el capítulo *ad decimas* (4), lo que también defendió en especial Lupo de Pal. y Rub. (5).

Veremos, pues, qué solución hemos de dar primera- 4.
mente tratándose de juicio sobre la propiedad, aunque de éste ya hemos tratado, en segundo lugar, en juicio sobre la posesión, y en tercer lugar, cuando se trata de un despojo. La solución a la principal cuestión en juicio sobre la propiedad se restringe en primer lugar, en el caso que el demandado hubiera tenido la posesión durante tiempo inmemorial (6), porque este tiempo tiene fuerza de título (7); más aún, en tal caso ni es preciso siquiera alegar título, sino que es suficiente la alegación de tiempo inmemo-

(1) Por la ley *nominis et rei*, §. *verbum*, Digesto *de verbor. significatione;* por el cap. *si postquam, de lectione*, lib. 6.º; por la ley 2.ª, §. *quid si curatores* y §. *quid si decesserint*, Digesto, tít. *ad Tertulli*, por la ley *liberum*, §. *senatus*, Digesto, tít. *de ritu nuptiarum*.

(2) Al comentar la ley *non videtur*, col. final, Digesto *de regulis juris*.

(3) En el cap. 1.º, col. 1.ª *de juramento calumniae*.

(4) *De restitut. spoliatorum*.

(5) En el cap. *per vestras, de donat. Inter vir. et uxor*, not. 2, versíc, *sed est pulchra dubitatio*.

(6) Conforme al citado cap. 1.º

(7) Conforme a la ley *hoc jure*, §. *ductus aquae*, Digesto, tít. *de aqua quot. et aestiva* y a la ley 1.ª, §. final, Digesto, tít. *de aqua pluv arcenda*.

quaestio. penultima. Angel. Paul. & Jas. in decima limitatio. columna fina. in l. si certis annis, C. de pactis, Barto. in l. cum de in rem verso, ff. de usuris, sentiunt Gloss. & Paul. in l. servitutes magna, ff. de servitutib. Bald. in l. 2. C. de fideicommiss. Joann. Andr. in capitu. pervenit, de censi. Riminaldus in dict. l. si certis, columna antepenult. Balbus de praescriptio. part. 3. quaestio. 10. num. 9, qui ita limitant l. creditor, C. de usur. & l. obligationum fere, §. placet, ff. de actio. & obligatio.

Secundo limita etiamsi non tempus cujus initii memoria non esset, sed tantum 40. anni praeteriissent, l. fin. de fund. patrimo. lib. 11. facit l. sicut, & l. omnes, C. de praescriptio. triginta annorum.

Tertio limita etiamsi longum tantum tempus decem vel viginti annorum praeteriisset, si modo is qui de jure fundatam suam intentionem habebat, quicquam annuatim quasi dominus directus recepisset ab ipso possessore, qui tanquam emphyteuta solvisset, ut ex communi opinione resolvunt Jaso. in dic. l. si certis annis, columna penulti. C. de pact. Gloss. mag. in l. 2. C. de jure emphyteu. per Jason. ibi num. 176. cum plurib. praeceden. & sequentib. Barto. in l. 3. §. ex contrario, ff. de acquir. possessio. Idem Barto. in l. litibus, C. de agric. & censi. lib. 11. Bald. in dict. l. si certis, Idem in capitu. cum ecclessia Sutrina, de causa posses. & propr. col. fi. Sal. in d. l. cum de in rem verso, quaestione. 7. Ang. & juniores in l. praetor, in principio, ff. de edendo, facit cap. 1. qualiter olim feudum poterat alienari.

5. Quo † ad secundum casum, scilicet cum agitur de possessione & sic in possessorio, cum is qui de jure habet fundatam intentionem, necesse sit, ut per prius fuerit in

rial; tal es la opinión común que defienden Cino, Angel, Pablo y Jasón (1), como también Baldo (2), Juan Andrés (3), Riminaldo (4) y Balbo (5) quienes así restringen la ley *creditor* (6) y la ley *obligationum fere* (7).

La segunda limitación es, aun cuando no hubiera trascurrido tiempo inmemorial, sino sólamente cuarenta años (8).

Tercera restricción; aun cuando sólo hubiera trascurrido el tiempo de diez o de veinte años, en el caso en que quien tenía su intención fundada de derecho, hubiera recibido anualmente alguna cosa como dueño directo, del propio poseedor que la hubiera pagado como enfiteuta, según lo resuelven fundados en la común opinión Jasón (9), Bartolo (10), Salicet (11), Angel (12) y Baldo (13).

En cuanto al segundo caso, cuando se trata acerca de la posesión y por tanto en juicio posesorio, siendo preciso que, quien tiene de derecho fundada su intención, haya estado en posesión de aquel derecho con anterioridad al actual poseedor, la posesión que este último tiene ahora y que es posterior, se presume clandestina, a no ser que en el curso del 5.

(1) Cino en la limitación penúltima, y los otros tres en la limitación décima, col. final, al comentar la ley *si certis annis* del Código, tít. *de pactis*, y Pablo también en la ley *servitutes, magna*, Digesto, *de servitut;* lo mismo expresa Bartolo en la ley *cum de in rem verso*, Digesto *de usuris*.

(2) Al comentar la ley 2.ª, Código, tít. *de fideicommis*.

(3) En el cap. *pervenit, de censibus*.

(4) En la citada ley *si certis*, colum. penúlt.

(5) *De praescript.*, part. 3.ª, cuest. 10.ª, núm. 9.

(6) Del Código, tít. *de usuris*.

(7) En el §. *placet*, Digesto, tít. *de actionib. et obligat*.

(8) Conforme a la ley final *de fund. patrimon.*, lib. 11 y a las leyes *sicut y omnes* del Código, tít. *de praescript. triginta annor*.

(9) En la citada ley *si certis annis*, colum. penúl., Código *de pactis* y la *glossa magna* en la ley 2.ª, Código *de jure emphyten.*, según consta por Jasón en el núm. 176 sobre dicha ley con otros anteriores y siguientes.

(10) Sobre la ley *litibus*, Código *de agricol. et censitis*, lib. 11.

(11) En la ley *cum de in rem verso*, cuest. 7.ª

(12) En la introducción sobre la ley *praetor*, Digesto *de edendo*, donde exponen lo mismo otros más modernos. Lo mismo prueba el cap. 1.º *qualiter olim feudum poterat alienari*.

(13) En la citada ley *si certis* y en el cap. *cum eccles. Sutrina, de causa posses. et propriet.*

6. possessione illius juris, quam is qui modo possidet, † possessio istius modo possidentis, quae junior est, clandestina praesumitur, nisi in litis de possessione motae progressu de legitima causa & titulo possidendi docuerit, & quod isthaec junior possessio clandestina praesumatur, tenent Socin. in l. rem quae nobis, in princ. quaestio. 4. ff. de acquirenda posse. Alexan. consi. 51. libro 1. & consi. 117. eodem libro & consi. 6. libro 3. quod ipsi intelligunt & recte, quandiu titulus non ostenditur, Innocentius & alii in cap. cum ad sedem, de resti. spoli. per cap. licet causam, de proba. quod de jure regio expeditior est, per d. l. 8. titulo, de la restit. de los despojados lib. 3. ordinam. limita nisi junior illa possessio esset diutina, nam tunc clandestina non videretur, argumento l. qui in aliena, §. sed & si non adierit, ff. de acquirenda haeredit. l. si filiusfamilias. C. de peti. haere. l. 1. C. de patri. potest. faciunt multa quae cumulat Jason. columna penultima in l. si certis. C. de pactis & Gloss. communiter approbata. C. communi. div. l. pen. ut per Jaso. ubi supra, num. 11. & quae tradunt Alexan. Jas. & alii in l. sciendum. ff. de verborum obligatio. dum loquuntur de diuturnitate temporis, facit l. cum de in rem verso, ibi, longo tempore, ff. de usuris & l. si quis diuturno. ff. si
7. servi. vendic. quod & nos alibi plenius disseruimus, † facit quod licet ad obtinendum in petitorio ex diuturna annua praestatione, non aliter titulus allegatus praesumatur quam si decies geminata fuerit illa annua praestatio, tamen aliud est quoad obtinendum in possessorio, nam quoad hoc sufficit unica praestatio, ita notanter tradit Albericus in d. l. si certis annis, num. 6. plenius per Jacob. ibidem, colum. fina. sed hac de re latius infra dicam post sequen. articulum.

pleito movido sobre tal posesión, hubiera mostrado este último legítima causa y título de poseer; que esta posesión 6.
posterior se presuma clandestina, lo defienden Socino (1) y Alejandro (2), refiriéndose acertadamente al caso en que no se presenta título; también lo defiende Inocencio y otros (3). Lo que conforme al derecho regio es aún más manifiesto, como consta por la citada ley 8.ª, título *de la restitucion de los despojados*, libro 3.º, Ordenamientos. Se ha de restringir, sin embargo, cuando aquella posesión posterior hubiera durado por largo tiempo, en cuyo caso no parecería clandestina, como consta por varias leyes (4), siendo también del caso la copiosa doctrina que reune Jasón al comentar la ley *si certis* (5); lo mismo aparece por la glosa comúnmente admitida en la ley penúltima del Código, tít. *communi dividundo*, según lo nota Jasón, *ubi supra*, número 11; lo mismo hacen constar Alejandro, Jasón y otros al comentar la ley *sciendum* (6), acerca del poder del largo trascurso de tiempo (7); sobre ésto hemos tratado nosotros más extensamente en otro lugar. Confirma lo dicho el que si bien para 7.
salir victorioso en juicio sobre la propiedad en virtud de la prestación anual durante largo tiempo, no se presume el título alegado, sino en el caso de haberse repetido por diez veces aquella tributación anual, sin embargo, cosa diversa sucede para salir airoso en juicio posesorio, porque para ésto es suficiente aun una sola tributación, según lo expone señaladamente Alberico (8); pero de este punto trataré más extensamente abajo después del siguiente artículo.

(1) Al comentar la ley *rem quae nobis*, cuest. 4.ª, Digesto *de acquirenda possessione*.

(2) Dictamen 51, lib. 1.º; dict. 117 del mismo libro y dict. 6 del lib. 3.º

(3) En el cap. *cum ad sedem, de restit. spoliatorum*, basado en el cap. *licet causam, de probation*.

(4) Tales son: la ley *qui in aliena*, §. *sed etsi non adierit*, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate;* la ley *si filiusfamilias*, Código, *de petit. haeredit.*, la ley 1.ª del Código, tít. *de patria potestate*.

(5) En la colum. penúlt., Código, tít. *de pactis*.

(6) Del Digesto, tít. *de verborum obligat*.

(7) Hace también al caso la ley *cum de in rem verso*, en las palabras *longo tempore*, Digesto, *de usuris*. y la ley *si quis diuturno*, Digesto, *si servitus vindicetur*.

(8) Al comentar la ley *si certis annis*, núm 6 y más extensamente Jacobino sobre la misma ley, colum. final.

8. Quo † ad tertium, an is qui de jure habebat fundatam suam intentionem, possit petere uti junior possessor ostendat legitimum titulum & causam suae possessionis, & minari, quod si illico vel infra terminum a se dictum vel arbitrio judicis definitum illud non ostenderit, sibi possessio statim auferretur, & receptior opinio esse videtur, ut non possit de jure communi, id quod, ut nobis videtur, praesensit Jason. in l. 2. C. de jure emphyteuti. num. 176. Idem Jas. num. 50. in praelud. feudorum, Bartol. in l. 1, C. de conduc. & procur. praedi. fisc. libro 11, ubi Platea post Andr. de Barulo & licet Joann. Lupus in loco infra allegando dicat eos loqui quando actor non habebat fundatam intentionem de jure, tamen nobis videtur hoc casu loquutos fuisse, quia jungunt hanc quaestionem cum illa, an dominus directus possit petere ab emphyteuta sub eadem comminatione, ut sibi ostendat instrumentum emphyteusis, quo casu ipse emphyteuta fatetur, rem qua de agitur, per prius pertinuisse ad dominum qui modo agit, seque ab eo causam habuisse non abnegat, sicque illum fundatam suam intentionem habuisse contra istum reum.

Denique hoc etiam tenuerunt Hostiensis in capitulo dilectus, de offic. ordina. ubi Anton. ille columna 1, iste num. 3, ubi etiam Joann. Andr. & Francisc. Cardinal. per text. ibi, verb. ab antiquo, ubi admittitur libellus dicentis se jus eligendi habere ab antiquo, sicque ex solo tempore fundabat sese. Ad idem capit. abbate, de verborum significatio. verb. secundum consuetudinem, & Hostien. Anto. Joan. Andr. & alii supra relati, illa jura expendunt contra reges, & principes qui in materia jurisdictionis eo praetextu veterem possessionem, & praescriptionem eorum qui talem jurisdictionem possident, vel quasi intervertere contendunt,

En cuanto al tercer caso, a saber, si quien de derecho tenía fundada su intención, podrá pedir que el poseedor último muestre el legítimo título y causa de su posesión, y amenazarle que de no presentarlo al punto, o dentro del plazo por él señalado, o fijado al arbitrio del juez, se le despojará al punto de aquella posesión, parece ser opinión más seguida, que no puede hacerse, atendido el derecho común, solución que nos parece haber apuntado ya Jasón (1), como también Bartolo (2) y Platea siguiendo el sentir de Andrés de Bárulo; y aun cuando Juan Lobo, en el lugar que más adelante citaremos, diga que estos autores se refieren al caso en que el demandante no tuviera su intención fundada de derecho, sin embargo a nosotros nos parece haberse referido a este caso, porque vemos que unen esta cuestión con aquella otra, a saber, si el dueño directo puede pedir al enfiteuta, bajo la misma conminación, que le presente el documento de la enfiteusis, en cuyo caso confiesa al propio enfiteuta que aquella cosa de que se trata perteneció con anterioridad al señor que ahora entabla la acción, y no niega que de aquel señor recibió él el título que le asiste, y por consiguiente aquel señor tenía su intención fundada contra dicho reo. 8.

Finalmente, ésto defendieron también el Hostiense, Antonio, Juan Andrés y el Cardenal Francisco al comentar el texto del capítulo *dilectus* (3), en la palabra *ab antiquo*, donde vemos que se admite la petición de quien decía tener desde antiguo el derecho de elegir, y por tanto, fundándose únicamente en el trascurso del tiempo. Lo mismo prueba el capítulo *abbate, de verborum significatione*, en las palabras «conforme a costumbre»; y el Hostiense, Antonio, Juan Andrés y otros arriba citados, explanan dichas leyes contra aquellos reyes y príncipes que en materia de jurisdicción y con el pretexto de haber tenido con anterioridad fundada de derecho su intención sobre tal jurisdicción, se esfuerzan en echar por tierra y usurpar la posesión, ya antigua, y la prescripción de quienes actualmente son poseedores de dicha jurisdicción, pues de otro modo, si no tuvieran de derecho

(1) En la ley 2.ª del Código, tít. *de jure emphyt.* núm. 176, y en el núm. 50, *in praeludiis feudorum.*

(2) En la ley 1.ª del Código, tít. *de conduc. et procurat. praedior. fisc.* lib. 11.

(3) El Hostiense en la colum. 1.ª y Antonio en el núm. 3, como también los restantes.

& usurpare quod in ea per prius suam de jure haberent fundatam intentionem, aliter enim nisi suam de jure fundatam intentionem haberent, frustra possessores inquietarent, cum eorum regum nihil interesset, faciunt tradita per Alexandr. in l. si sic, num. 18. ff. de legat. 1.

Contrarium tamen nominatim tenet Joan. Lupus in dict. capitu. per vestras, secundo notab. versicu. est tamen pulchra dubitatio, num. 47. cujus opinio in terminis juris communis suspecta est, jure tamen regio satis defendi potest, per textum in dict. l. 8. titu. de la restitucion de los despojados libr. 3. ordinamen. quae tam loqui videtur in judicio possessorio, quam in petitorio, quinimo longe magis aptari videntur ejus verba ad possessorium quam ad petitorium, praesertim cum collocata sit in titulo de restitutione spoliatorum, ubi de possessione potissimum agitur, facit l. final. titu. 13. libro. 5. ordinamen. ibi, «faciendo les llamar a juicio sobrello y con conoscimiento de derecho» quorum verborum sensus est, quod etiam in jurisdictione in qua rex Castellae fundatam habet suam jurisdictionem de jure, possessor non est ejiciendus de sua possessione nisi judiciorum ordine observato, & cum causae cognitione, & cum d. l. 8. conclu. 4. titu. 1. libro 2. ordinamen. & in quibus casibus rex Castellae fundat suam intentionem de jure (quale est in jurisdictione, & etiam dominio urbium & arcium & omnium populorum juxta l. 1. titu. 18. part. 2. ubi Grego. Lupus per Gloss. de derecho) in iisdem casibus illud jus amittere potest tempore cujus initii memoria non sit, secundum eundem Gregor. Lupum, ubi supra.

9. Denique † possessio aut quasi possessio alicujus rei vel juris quae adversatur & contradicit origini & statui illius rei

fundada su intención, en vano inquietarían a los actuales poseedores, ya que en ello no estaría implicado el interés de los reyes. Es también del caso la doctrina que expone Alejandro al comentar la ley *si sic*, número 18, Digesto, título *de legatis*, libro 1.°

Sin embargo, Juan Lobo defiende expresamente lo contrario (1), pero su opinión es sospechosa en términos del derecho común, aun cuando atendido el derecho regio puede fundadamente defenderse en virtud de la citada ley 8.ª, título *de la restitución de los despojados*, libro 3.°, *Ordenamientos*, que parece referirse tanto al juicio posesorio, como al juicio sobre la propiedad; más aún, las palabras de dicha ley parecen adaptarse mucho más al juicio posesorio que al petitorio, sobre todo por haber sido puesta en el título de la restitución de los despojados, en el que principalmente se trata de la posesión. Es también del caso la ley final del título 13, libro 5.°, Ordenamientos, donde dice: «faciendoles llamar a juicio sobrello y con conocimiento de derecho»; cuyo sentido es, que aun tratándose de la jurisdicción sobre la cual el rey de Castilla tiene su intención fundada de derecho, el poseedor actual no ha de ser arrojado de su posesión, sino observándose la tramitación de los juicios y con conocimiento de causa; y tanto en el caso a que se refiere la ley 8.ª (2), como en todos aquellos en que el rey de Castilla tiene su intención fundada de derecho (como es en materia de jurisdicción y también de dominio sobre ciudades, fortalezas y pueblos todos) (3), en todos estos casos puede el rey perder aquel derecho por el trascurso de tiempo inmemorial, según lo hace constar Gregorio Lobo en el lugar citado.

9. Finalmente, la posesión o cuasi-posesión actual de una cosa o derecho, que se opone y contradice al origen y estado primero de aquella cosa o derecho de cuya posesión o cuasi-posesión se trata, ¿ampara al poseedor actual contra aquel que tenía con anterioridad fundada su intención de derecho sobre aquella cosa, de suerte que el poseedor o cuasi-

(1) En el cap *per vestras*, not. 2, vers. *est tamen pulchra dubitatio*, núm. 47.
(2) Conclus. 4.ª, tít. 1.°, lib. 2.°, Ordenamientos.
(3) Conforme a la ley 50, tít. 18, part. 2.ª, donde lo expone Gregorio Lobo al glosar el término *de derecho*.

vel juris, cujus de possessione aut quasi possessione agitur, an possidentem tueatur contra eum qui prius habebat de jure fundatam suam intentionem, ut is possessor vel quasi possessor reus & possessor videatur, adversarius vero qui prius de jure intentionem suam fundatam habebat actoris & petitoris vicem sustineat, vehementer & controversum est, & in judiciis tam frequenter agitatum, ut rarae sint lites in quibus is articulus non occurrat, nam reus plerumque est in possessione vel quasi non vitiosa illius rei qua de agitur, seque possessoris jure tuetur, actor vero negat eum tuendum esse praetextu possessionis, quae primaevo rei statui adversatur, qua in re Glos. in l. Titia, ff. soluto matrimonio tenet talem possessorem tuendum esse, sequitur Alex. in l. si emancipati. 2. notabili. C. de collatio. & ibi Decius, col. 2. & 3. Bar. in l. is potest, col. 5. ff. de acq. haere.

Contrariam partem ut talis possessio regulariter non tueatur possidentem, tenent Alex. in d. l. Titia, & Jaso. in d. l. si emancipati. in 2. nota. & Alciatus de praesumpti. regula. 2. praesumptione. 2. in prin. nisi per decennium esset in illa quasi possessione. Andraeas Tiraquel. de primoge. quaestio. 17. opinione. 11. ad finem sequutus Baldum in l. Titia, supra all. quem melius caeteris loquutum firmat, pro quorum opinione facit quod posterior possessio praesumitur clandestina, secundum Soci. in l. rem quae nobis, in prin. ff. de acquirenda possessione & ibidem quaestione. 4. Alexan. consi. 51. lib. 1. Idem Alexand. consi. 117. eodem libro. Idem Alex. consi. 6. libr. 3. per Innocentium in capit. cum ad sedem, de resti. spoliatorum, ergo si praesumitur clandestina, non est cur possessor in ea tueatur, contra eum qui fundatam habet intentionem de jure, ut supra dicebamus.

Quid dicendum? & sane pro priore opinione, quae habet

poseedor se considere como reo y poseedor a la vez, y el adversario que tenía con anterioridad fundada su intención de derecho, desempeñe el papel de actor y demandante? Es este un punto que se ha debatido extensamente y que con tanta frecuencia se ha tratado en los juicios que son raros los pleitos en que no se presente esta cuestión, ya que el reo en la mayor parte de los casos está en posesión o cuasi-posesión no viciosa de aquella cosa de que se trata y se ampara en el derecho de poseedor; mientras que el actor niega que aquél deba ser amparado a pretexto de una posesión que se opone al primitivo estado de aquella cosa; si bien en este caso la glosa en la ley Titia (1), afirma que debe ser amparado el poseedor; del mismo sentir es Alejandro (2), Decio (3) y Bartolo (4).

Sostienen la opinión contraria, es decir, que tal posesión no ampara al poseedor Alejandro (5), Jasón (6), Alciato (7), fuera del caso en que por diez años hubiera estado en aquella cuasi-posesión; Andrés Tiraqueau (8) siguiendo a Baldo (9), de quien dice ser el que mejor ha tratado este punto. Tiene también en su apoyo esta opinión, el que la posesión posterior se presume clandestina según Socino (10) y Alejandro (11). Ahora bien, el presumirse clandestina, hace que el poseedor no sea amparado en su posesión contra quien tenía su intención fundada de derecho, según arriba lo hemos expuesto.

¿Qué solución damos? Ciertamente, en apoyo de la primera opinión, que afirma que tal poseedor debe ser protegido aun cuando su posesión sea contraria al primitivo estado y origen o creación de aquella cosa, existe la ley

(1) Del Digesto, tít. *soluto matrimonio*.
(2) En la ley *si emancipati*, notab. 2.°, Código, *de collatione*.
(3) Sobre la misma ley colum. 2.ª y 3.ª
(4) En la ley *is potest.*, colum. 5.ª, Digesto, *de acquir. haeredit.*
(5) Al comentar la ley *Titia*.
(6) En la ley *si emancipati*, not. 2.ª
(7) *De praesumptione*, regla 2.ª, *praesumpt.* 2.ª al principio.
(9) *De primoge*, cuest. 17, opinion. 11, al final.
(8) Al comentar éste la ley *Titia*.
(10) En la ley *rem quae nobis* al princ. Digesto, *de acquir. posses*.
(11) Al comentar la misma ley *rem quae nobis*, cuest. 4.ª, lo mismo dice en el dictamen 51, lib. 1.°, en el dict. 117 del mismo libro y en el dict. 6, libro 3.°, según lo afirma Inocencio en el cap. *cum ad sedem de restitut. spoliatorum*.

talem possessorem tuendum esse, quamvis ejus possessio adversetur primaevo rei statui & origini seu creationi, facit l. circa, ff. de proba. ubi si quis sit in quasi possesione libertinitatis & se ingenuum dicat, id probare debet, licet libertinitas adversetur primaevo statui l. manumissiones, ff. de justitia & jure. Deinde idem probat d. l. Titia, dum ait, eum qui erat in quasi possessione servitutis, si se liberum dicat, id probare debere, licet illa quasi possessio similiter naturae statui primaevo adversetur d. l. manumissiones, per totum instit. de jure personarum.

Tertio probatur in d. l. Titia, ff. soluto matrimonio, juncta sua Gloss. ubi filia se matremfamilias dicebat, ut soluto matrimonio sibi suam dotem haberet, pater autem ejus eam in sua potestate esse contendebat, & patri, ait lex, incumbit onus probandi, & licet illa filia cum nasceretur in potestate patris esset, tamen Gl. ait, quod si filia erat in quasi possessione existentiae sui juris, tuebitur in illa quasi possessione, & si adversetur nativitati ipsius filiae, sed sane non adversatur, quia ex filiatione non arguitur necessario ad patriam potestatem, cum non sufficiat genitum esse, nisi praeterea ex legitimo matrimonio genitus fuerit, quod matrimonium cum facti sit, non praesumitur nisi probetur, leg. in bello, §. factae, ff. de captiv. tenent Corneus, columna 2. & Decius, columna 2. in dic. l. si emancipati, Alciatus de praesumptio. regula. 2. praesumptione. 2. num. 5. Bart. consi. 42. visa inquisitione, Corneus consil. 78. placet mihi, col. penul. libr. 1. Jas. in l. post dotem, colum. 1. ff. soluto matrimo. & est communis opinio. Unde licet testes dicant aliquem meum fuisse filium, non probant esse in potestate, nec ex legitimo matrimonio natum, secundum Alciatum, ubi supra, num. 7. contra Decium consil. 54. in causa domini.

circa del Digesto, título *de probationibus*, donde se dispone que quien siendo tenido como libertino, dijera que era ingenuo, debe probarlo, aun cuando el estado de libertino se oponga a su estado anterior (1). Prueba lo mismo, en segundo lugar, la ley *Titia*, cuando dice, que quien era considerado como siervo, si afirmara que era libre, debería probarlo, aun cuando aquella cuasi-posesión se opusiera igualmente a la naturaleza de su primitivo estado.

Pruébase, en tercer lugar, por la ley *Titia* (2), junto con su glosa, donde consta que una hija se decía madre de familia, para que una vez disuelto su matrimonio, se le entregase su dote, pero su padre defendía que estaba bajo su potestad; y dice la ley, que al padre le corresponde el probarlo; y aun cuando aquella hija desde su nacimiento estaba bajo la potestad paterna, sin embargo, dice la glosa, que si la misma se hallaba en cuasi-posesión de emancipada ya de aquella potestad, será amparada en dicha cuasi-posesión, aun cuando sea opuesta al estado que en su nacimiento tenía tal hija; aunque en realidad no se opone, porque la filiación no arguye necesariamente la patria potestad, ya que para ésta no es suficiente el haber sido engendrado, sino que además es preciso que lo haya sido de legítimo matrimonio, y como ésto último es cosa de hecho, no se presume si no se prueba (3), según lo defienden Corneo (4), Decio (5), Alciato (6), Bartolo (7) y Jasón (8), siendo opinión común. Por lo que aun cuando afirmen los testigos que tal individuo era hijo mío, no se prueba que esté bajo mi potestad, ni que haya nacido de legítimo matrimonio, según lo sostiene Alciato (9) contra Decio (10).

Pruébase en cuarto lugar, por la ley *sicuti* (11), donde

(1) Según la ley *manumissiones* del Digesto, tít. *de just. et jure.*

(2) Del Digesto, tít. *soluto matrimonio.*

(3) Según la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto *de captivit.*

(4) En la colum. 2.ª comentando la ley *si emancipati* y en el dictamen 78, *placet mihi*, colum. penúlt., lib. 1.º

(5) Sobre la misma ley, colum. 2.ª

(6) *De praesumption.*, regla 2.ª, presunción 2.ª, núm. 5.

(7) Dictamen 42, *visa inquisitione.*

(8) Al comentar la ley *post. dotem*, colum. 1.ª, Digesto. *soluto matrimonio.*

(9) *Ubi supra*, núm. 7.

(10) En el dictamen 54, *in causa domini.*

(11) En el §. *item si quaeratur*, Digesto, tít. *si servitus vindicetur.*

Quarto probatur in l. sicuti, §. item si quaeratur, ff. si servitu. vendi. ubi quamvis quaeque res & domus libera praesumatur ab omni servitute, l. altius, C. de servitu. tamen qui habebat tignum immissum in domum alienam, in ea quasi possessione servitutis tuetur, & adversarius sustinet vicem actoris, & probare debet libertatem.

Quinto facit cap. ad decimas, de restitut. spoliatorum ubi ecclesia, quae quoad decimas fundabat suam intentionem de jure communi reperitur privata sua possessione, nec eam posset recuperare propria auctoritate, nisi adversarii possessio esset vitiosa, prout erat ibi, sicque ille text. facit per locum ab speciali, licet & pro contraria quoque parte soleat allegari.

Sexto facit l. si emancipati, C. de collatio. ibi, teque emancipatum probatum fuerit, ubi filius praesumitur esse in potestate patris, & in ea quasi possessione tuendus est, licet ipsa adversetur primaevo statui rei, nam omnes filii videntur ut praesumantur spurii, argumen. text. in authen. quibus modis natur. effician. sui, §. natura, & quia matrimonium est quid facti, facta autem non praesumuntur nisi probentur,
10. l. in bello, §. factae, ff. de capti. † & tamen communis opinio est filium praesumi in potestate, secundum Curtium Juniorem num. 10. in d. l. si emancipati, quod & tenent ibi Alexan. Corn. Jas. & Decius omnes circa princip. & qui erat in ea quasi possessione, ut tanquam filiusfamilias haberetur, in ea tuendus est, donec probetur contrarium, licet id adversetur, & ut dict. §. natura.

11. Facit & septimo, quia † & in quibus casib. princeps habet fundatam intentionem suam de jure, non potest dicere baroni, quod ostendat titulum suae possessionis, aliter quod

vemos que aunque todas las cosas y por tanto también los edificios se presumen libres de toda servidumbre (1), sin embargo, quien tenía un puntal metido en la pared de una casa ajena, es amparado en aquella cuasi-posesión de servidumbre, y el adversario debe hacer las veces de actor y probar la libertad de la casa.

Prueba lo mismo en quinto lugar, el capítulo *ad decimas* (2), donde vemos que una iglesia que de derecho común tenía fundada su intención sobre los diezmos, aparece privada de la posesión de los mismos y no podrá recobrar la posesión por propia autoridad, a no ser que la posesión del adversario fuera viciosa, como lo era en dicho caso, por lo que aquel texto puede aplicarse en su parte especial a nuestro caso aun cuando suele alegarlo también la parte contraria en su favor.

Hace también al caso en sexto lugar, la ley *si emancipati* (3), en las palabras «y se hubiera probado que habías sido emancipado» donde se presume que el hijo está bajo la potestad del padre y ha de ser amparado en aquella cuasi-posesión, aun cuando sea opuesta al primitivo estado de la cosa, porque todos los hijos parece que se presumen espurios, como lo prueba el texto de la Novela «de qué modo los hijos naturales se convierten en legítimos y suyos» y además porque el matrimonio es un hecho y los hechos no se presumen si no se prueban (4), y sin embargo es opinión común que 10.
el hijo se presume estar bajo la potestad del padre, según lo defiende Curcio el Joven (5), como también Alejandro, Corneo, Jasón y Decio, todos ellos al comentar la misma ley *si emancipati* en la introducción; y quien se hallaba en aquella cuasi-posesión de ser considerado como hijo de familia, ha de ser amparado en ella, mientras no se pruebe lo contrario, aun cuando ésto se oponga, etc., según consta por el citado §. *natura*.

Prueba lo mismo en séptimo lugar, el que en aquellas 11.
cosas en que tiene el príncipe fundada su intención de derecho, no puede decir a un barón que muestre el título de su

(1) Conforme a la ley *altius*, Código, tít. *de servitutibus*.
(2) *De restitutione spoliatorum*.
(3) Del Código, tít. *de collatione*.
(4) Según consta por la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto *de captiv*.
(5) En el núm. 10 sobre la citada ley *si emancipati*.

eum expellet a possessione illius rei qua de agitur, ut tenent Barto. & Joan. de Platea post Andr. de Barulo, quem ipsi referunt in l. 1. per tex. ibi C. de conducto. praediorum fiscalium lib. 11. sequitur Jas. in l. 2. C. de jure emphy num. 176. Idem Jas. in praelud. feud. num. 50. facit tex. in c. dilectus, & ibi Hostiensis & Joannes Andr. de officio ordina.

Octavo facit l. si quis diuturno, ff. si servit. vendic. & l. 2. C. de servit. & aqua. ubi qui est in quasi possessione servitutis, licet ea origini & creationi illius rei adversetur, est tamen in ea tuendus, & facit generalitas tex. in §. commodum, institut. de interdict. l. actor & l. final. C. de probationib.

12. Pro † contraria tamen parte facit d. capit. ad decimas, in sensu directo, & facit capit. cum personae, §. quod si tales, de privileg. libr. 6. ubi subditus qui erat in quasi possessione exemptionis, non tuetur in ea quasi possessione, sed respond. quod ibi minime ille erat in quasi possessione exemptionis, licet se pro exempto gereret, tunc enim in quasi possessione exemptionis esse videretur cum superiore sciente, & patiente diu sic perseverasset, argumen. l. si ego, §. 1. ff. de public. in rem actio. ibi, per traditionem aut per patientiam forte. Sed in dict. §. quod si tales superior non patiebatur, quinimo simul ac intellexit eum se pro libero gerere, illico ei obviam fecit, & contradixit, ergo, & c.

Ad d. cap. ad decimas, dic quod patitur tam varios intellectus, ut in eo nequeat fieri sufficiens fundamentum, juxta doctrinam Barto, in l. non solum, §. liberationis verba, ff. de liber. legat. dic ergo, quod si per tempus longum, vel longissimum vel etiam immemoriale stetit in ea possessione,

posesión, pues de otro modo le arrojaría de la posesión de la cosa de que se trata; así lo defienden Bartolo y Juan de Platea siguiendo el parecer de Andrés de Bárulo a quien citan (1), lo mismo consta por Jasón (2), y por el texto del capítulo *dilectus*, *de officio ordinarii* que comentan en tal sentido el Hostiense y Juan Andrés.

Octavo, hace también al caso la ley *si quis diuturno* (3), y la ley 2.ª del Código en el título *de servitutibus et aqua*. por las que consta que quien está en cuasi-posesión de una servidumbre, aun cuando ésta sea contraria al origen y creación de aquella cosa, sin embargo debe ser en ella amparado el poseedor; así consta por la generalidad con que se expresa el texto del §. *commodum* (4).

Sin embargo, en favor de la parte contraria, puede aducirse el citado capítulo *ad decimas*, en su sentido directo y el capítulo *cum personae*, §. *quod si tales* (5), donde vemos que el súbdito que estaba en cuasi-posesión de aquella exención, no es amparado en tal posesión; pero respondemos que en dicho lugar de ningún modo se hallaba en cuasi-posesión de aquella exención aunque se condujese como si fuera libre, porque sólo se considera estar en cuasi-posesión de una exención cuando durante mucho tiempo hubiera procedido como libre a ciencia y paciencia del superior, como lo prueba la ley *si ego* (6), en las palabras «por la tradición o por la paciencia». Pero en el caso del citado §. *quod si tales* el superior no lo toleraba; más aún, no bien se enteró que el otro se conducía como libre al punto le salió al paso y se opuso, luego, etc. 12.

En cuanto al citado capítulo *quoad decimas*, responderás que son tan diversos los sentidos que admite, que no puede fundamentarse en él argumento concluyente, conforme a la doctrina de Bartolo (7); dirás, pues, que si durante largo o

(1) Al comentar la ley 1.ª, Código, tít. *de conduct. praediorum fiscalium*, lib. 11.

(2) En la ley 2.ª del Código, tít. *de jure emphyt.*, núm. 176 y en la introducción sobre los feudos, núm. 50.

(3) Del Digesto, tít. *si servitus vindicetur*.

(4) De la Instituta *de interdictis;* como también la ley final del tít. *de probationibus* y la ley *actor* ambas del Código.

(5) *De privilegiis*, lib. 6.º

(6) En el §. 1.º, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*.

(7) Al comentar la ley *non solum*, §. *liberationis verba*, Digesto, tít. *de liber. legat.*

omnes fere conveniunt, ut in ea tuendus sit, quod si breviore tempore magis dubium, sed adhuc idem si sciente, & patiente eo, qui fundabat de jure, non solum iste possidebat, sed etiam ille possidere desierat, quatenus iste possidere coepit.

13. Superioribus proxima est illa quaestio scilicet, filius † an in patris potestate in re dubia praesumatur, dubiumque id est, sed communis sententia est in potestate praesumi, quia emancipatio est quid facti, facta autem non praesumuntur nisi probentur, l. in bello, §. factae, ff. de captivis, & ita videtur probare tex. id d. l. si emancipati ibi, teque emancipatum probatum fuerit, ubi ita notant communiter Doctores praesertim Alexander, Corneus, Jas. Decius & Curtius Junior in notabilibus, & Curtius, num. 10. firmat hanc esse communem opinionem.

Verum contra hanc communem sententiam multi insurgunt, praesertim Corneus & Decius ibi, sic arguentes, matrimonium est quid facti, facta autem non praesumuntur nisi probentur, d. §. factae, ergo, inquiunt, non sufficit probare filium esse, nisi probetur praeterea, quod natus fuerit ex legitimo matrimonio, quandoquidem ut in potestate sit oportet eum natum fuisse ex legitimis nuptiis, insti. de patria pote. in princ. & l. item in potestate, ff. qui sunt sui vel alie. jur. ergo probata filiatione non necessario sequitur, aut infertur patria potestas, nisi praeter filiationem, probetur etiam legitimitas, quae descendit ex legitimo matrimonio.

Neque ad rem pertinet quod, ut Corneus in dict. l. si emancipati, columna 2, ait, plerique hominum legitimi nascan-
14. tur, ut docet experientia rerum magistra, † & probationem sufficiat secundum eum concludere a communiter accidentibus, ut notatur in l. neque natales C. de probationibus, nam illud

larguísimo tiempo o tal vez durante tiempo inmemorial, disfrutó de aquella posesión, casi todos los autores convienen en que ha de ser en ella amparado; si durante tiempo más corto ya es mayor la duda, aunque admitiríamos lo mismo si a ciencia y paciencia de quien tenía su intención fundada de derecho, no sólo tuvo el otro la posesión, sino que precisamente al empezar éste tal posesión, cesó el primero en ella.

13. Muy relacionada con las anteriores se halla la siguiente cuestión, a saber, si en caso de duda se ha de presumir que el hijo está bajo la potestad paterna, cosa que es dudosa, si bien la común opinión afirma que efectivamente se presume estar bajo tal potestad, porque la emancipación es un hecho, y los hechos no se presumen si no se prueban, conforme a la ley *in bello* (1), y así parece probarlo el texto de la ley *si emancipati*, en las palabras «y se hubiera probado que estabas emancipado», donde así lo hacen notar generalmente los doctores, en especial Alejandro, Corneo, Jasón, Decio y Curcio el Joven (2) y el Viejo (3), quien afirma ser ésta común opinión.

Pero a esta común opinión se oponen muchos autores y principalmente Corneo y Decio al comentar dicha ley *in bello*, argumentando de este modo: el matrimonio es cosa de hecho, mas los hechos no se presumen si no se prueban (4), luego, afirman, no es suficiente probar que sea hijo, si no se prueba además que ha nacido de legítimo matrimonio, puesto que para que esté bajo la potestad paterna es preciso que haya nacido de legítima unión (5). Luego, probada la filiación no se sigue o infiere necesariamente la patria potestad, a no ser que además de dicha filiación se pruebe la legitimidad que nace del legítimo matrimonio.

14. Ni ofrece dificultad alguna lo que Corneo dice al comentar la ley *si emancipati*, columna 2.ª, que la mayor parte de los hombres son legítimos de nacimiento, según lo enseña la experiencia, maestra de la vida, y las pruebas es suficiente tomarlas, conforme a dicho autor, de lo que generalmente

(1) En el §. *factae*, Digesto *de captivis*.
(2) En sus *notab*.
(3) En el núm. 10 sobre la misma ley *in bello*.
(4) Según el §. *factae*.
(5) Según consta por la introducción de la Instituta *de patria potestate* y por la ley *item in potestate*, Digesto *qui sunt sui vel alieni juris*.

praeterea quod suspectum est, posset admitti, quando lex induceret suam praesumptionem pro illis communiter accidentibus, non sic quando non inducit, & longe minus quando inducit contrarium, quod accidit in specie nostra, in qua lex, ut filium in re dubia legitimum praesumat, tam longe abest,
15. quod potius eum praesumit spurium † ut per Alciatum de praesumptionibus, regula secunda, praesumptione 5. num. 7, per Oldrald. consil. 196. factum tale est, Aretinus consil. 48. in primo dubio, Baptista de Sancto Severino in l. si qua
16. illustris, C. ad Orfici. columna 2. † nam ex cohabitatione viri, & mulieris non praesumitur matrimonium, de jure canonico 30. quaestion. 5. capit. aliter Gloss. in l. concubinatu, ff. de concubinis, docet Alciatus de praesumptionibus, regula secunda, praesumptione quinta, in princip. licet de jure civili bene praesumeret, l. in liberae, ff. de rit. nup. l. in concubinatu. ff. de concubi. Quinimo non solum quoad substantiam matrimonii, sed etiam quoad alia quae inde sequuntur, stamus juri canonico, ut sic tales filii tanquam non legitimi parentibus succedere nequeant tanquam legitimi, ita tenet Panormitanus in capitu. lator, qui filii sint legitimi,
17. † motus quia cum in hac materia stemus juri canonico quoad principale, scilicet quoad substantiam, & validitatem matrimonii, eidem stabimus, & quoad ea quae inde sequuntur, scilicet quoad legitimitatem, & successionem liberorum argu. d. capi. lator, cap. tuam de ord. cogni. c. accessorium de reg. jur. in 6.

Contrarium tamen tenet Bald. in capitu. ex transmissa, de restitution. spoliatorum, & in l. & si contra, C. de nuptiis, ubi vult quod in terminis, d. l. in liberae, licet matrimonium non valeat de jure canonico, valere tamen non desinit de jure civili, & consequenter erit utile quoad illos effectus quos lex civilis

sucede, como se hace notar en la ley *neque natales* (1). Pero tal afirmación, además de ser sospechosa, podría admitirse cuando la ley aplicara dicha presunción en el sentido de lo que comúnmente sucede, pero no cuando no la aplica en tal sentido y mucho menos cuando lo hace en sentido contrario, como sucede en nuestro caso, en el que tan lejos está el que la ley en caso dudoso presuma al hijo legítimo, que por el contrario, más bien presume ser ilegítimo, conforme 15.
consta por Alciato (2), Oldraldo (3), el Aretino (4), Bautista de San Severino (5); porque de la cohabitación de varón y 16.
mujer no se presume la existencia de matrimonio, según el derecho canónico (6), aun cuando, según el derecho civil, se presumiría fácilmente (7). Y, más aún, no sólamente nos atenemos al derecho canónico en cuanto a la sustancia del matrimonio, sino también en cuanto a otras cosas que de allí se desprenden, y así, dichos hijos, como no legítimos, no pueden heredar a sus padres como si fueran legítimos; así lo defiende el Panormitano (8), fundado en que ateniéndonos 17.
en esta materia al derecho canónico en cuanto a lo principal, ésto es, en cuanto a la sustancia y validez del matrimonio, nos atendremos también al mismo en cuanto a las cosas que de allí se siguen, a saber, en cuanto a la legitimidad y a la sucesión de los hijos (9).

Baldo, sin embargo, defiende la opinión contraria (10) en los lugares abajo citados, siendo de parecer que aunque en el caso a que se refiere la ley *in liberae*, no sería válido el matrimonio atendido el derecho canónico, no deja con todo

(1) Del Código, tít. *de probationibus*.
(2) *De praesumptionibus.*, regla 2.ª, presunción 5.ª, núm. 7.
(3) Dictamen 196 *factum tale est*.
(4) Dictamen 48 *in primo dubio*.
(5) Acerca de la ley *si qua illustris*, Código, tít. *ad Orphitianum*, col. 2.ª
(6) Cuest. 30, cap. 5.°, *aliter Glos.* en la ley *concubinatu*, Digesto *de concubinis*, según lo expone Alciato *de praesumpt.*, presunción 5.ª, al principio, regla 2.ª
(7) Según la ley *liberae*, Digesto *de ritu nuptiali* y la ley *concubinatu*, Digesto, tít. *de concubinis*.
(8) En el cap. *lator. qui filii sint legitimi*.
(9) Pruébase por el cap. *lator*, por el cap. *tuam. de ordi. cognit.* y por el cap. *accessorium. de regul. juris in 6.°*
(10) En el cap. *ex transmissa, de restitut. spoliatorum* y en la ley *si contra*, Código *de nuptiis*.

tali matrimonio accommodavit, quale est ut liberi videantur de jure civili legitimi, & per hoc parentibus quasi legitimi succedant, non secus quam si etiam de jure canonico tale matrimonium firmum esset, & hanc Bald. opinionem novissime defendit Alciatus, ubi supra, motus, quia ratio propter quam tale matrimonium improbatur de jure canonico est, quia in re dubia, ubi vertitur animae periculum, tutiorem partem eligere debemus, ut expressit Gloss. in dict. capitu. aliter, & quoad animam tutius est talia matrimonia sic occulta non admitti, quia ab stupris, & contuberniis non longe absunt, quae ratio secundum Alcia. non militat quoad liberorum successionem, quod omnino nego, quinimo militat, nam cum parentes exoptent substantiam suam, ad liberos suos jure successionis devenire, l. scripto, ff. unde liberi l. nam & si parentibus, ff. de inoffic. test. curabunt ut matrimonia rite & juxta formam juris canonici fiant, quae longe absint ab stupris, non curaturi si haereditates suas ad tales filios perventuras intelligerent, etiamsi nati forent ex matrimonio illo quoad animam suspecto, quod leges civiles probabant, sicque ratio prohibitionis canonicae non cessat quoad successionem liberorum, non magis quam quoad substantiam ipsius matrimonii, & ita observari quotidie videmus.

Praeterea communis opinio est, ut firmat Alciatus, ubi supra, post Abbatem & alios in capit. ecclesia Sanctae Mariae,
18. de consti. † non posse legem civilem inducere praesumptionem in materia spirituali, facit Glo. communiter recep. in §. 1. inst. de verborum oblig. ergo licet in terminis d. l. in liberae, lex civilis inducat praesumptionem matrimonii, tamen ea praesumptio nullius momenti est, cum matrimonii materia spiritualis esse intelligatur, cum ergo ex cohabitatione

de ser válido atendido el derecho civil, y por consiguiente, será provechoso para todos aquellos efectos que la ley civil otorgó a tal matrimonio, cual es el que los hijos se consideren legítimos, según el derecho civil, y por tanto, como legítimos hereden a los padres, del mismo modo que si dicho matrimonio fuera firme atendido también el derecho canónico. Esta opinión de Baldo la ha defendido recientemente Alciato (1), fundado en que la razón por la cual se condena dicho matrimonio atendido el derecho canónico, es porque en caso de duda, existiendo peligro de pecado, debemos elegir la parte más segura, según lo expresó la glosa en el referido capítulo *aliter;* ahora bien, en cuanto al alma, es más seguro el no admitir semejantes matrimonios ocultos, porque se diferencian poco del estupro y amancebamiento; y aunque, según Alciato, esta razón no tiene fuerza tratándose de la sucesión de los hijos, lo negamos en absoluto, puesto que la tiene en efecto; porque siendo deseo de los padres el que sus bienes pasen a sus hijos por derecho de sucesión (2), procurarán que los matrimonios se realicen legalmente y acomodados a la forma del derecho canónico, para que se diferencien en gran manera de los estupros, cosa que no procurarían si conocieran que la herencia llegaría a tales hijos aun cuando hubieran nacido de aquel matrimonio sospechoso en cuanto al alma, pero aprobado por las leyes civiles; por lo tanto, la razón de la prohibición canónica no cesa en cuanto a la sucesión de los hijos, del mismo modo que en cuanto a la sustancia misma del matrimonio; cosa que a diario vemos observarse.

18. Además, es opinión común, según lo sostiene Alciato (3), siguiendo el parecer del Abad y de otros autores (4), que en materia espiritual no puede la ley civil inducir presunción (5), luego, aun cuando en el caso de la ley *in liberae* admita presunción de legítimo matrimonio, sin embargo tal presunción no tiene valor alguno, puesto que la materia del matrimonio

(1) *Ubi supra.*

(2) Según la ley *scripto*, Digesto, tít. *unde liberi* y la ley *nam etsi parentibus*, Digesto *de inoffic. testamento.*

(3) *Ubi supra.*

(4) Al exponer el cap. *ecclesia Sanctae Mariae de constit.*

(5) Según consta por la glosa, aprobada generalmente, sobre el §. 1, Instituta *de verbor. obligatione.*

viri & mulieris non praesumatur matrimonium de jure canonico, cui in hac materia standum est, superest ut liberi ex tali consuetudine suscepti, legitimi non sint regulariter, & consequenter non sint in potestate nostra ut d. §. 1. inst. de patr. potesta. d. l. item in potestate, nam & omnes liberi, olim naturales jure naturae & gentium intelligebantur, donec leges Romanorum aut aliae positivae matrimonia introduxerunt, auth. quibus modis nat. effic. sui §. natura, siquidem ab initio, ergo omnes liberi ex consuetudine viri & mulieris nati, vel spurii, vel naturales non etiam legitimi videri debent, & consequenter extra nostram potestatem, ut sic non sit verum dicere, est filius ergo in potestate patris, licet bene sequatur, est filius legitimus, ergo in patris potestate. & ita in specie firmat Alciatus de praesumpti. regula. 2. praesumptione. 2. num. 5. qui ita intelligit l. si uxor. verbo monstretur. C. de condi. inser. Glos. in l. pactum quod dotali. C. de pactis, & ita etiam intelligitur dic. l. Titia,
19. & sic contra superiorem communem sententiam † quod regulariter filius non praesumatur in patris potestate, tenent Corneus, Decius, Jas. & Curtius Junior in d. l. si emancipati, in 2. & 3. notabili & Alciatus in d. 2. regula. praesumptione. 2. num. 5. Jaso in l. post dotem, columna 2, ff. soluto matrimonio, Corneus, consi. 68. placet, libro 1, columna penultima, Barto. consi. 42. visa inquisitione. Fallit quando constabat talem filium fuisse natum ex legitimo matrimonio, tunc enim bene praesumitur in potestate, nisi probetur emancipatus, & hoc casu salvari potest dicta communis opinio.

Stat ergo ex superioribus filium natum ex legitimo matrimonio praesumi esse in patris potestate juxta text. in princ. inst. de patri. potestate, & in principio instt. de nup. & ita intelligendam esse legem emancipati. C. de collati.

se considera espiritual. Como, pues, por la cohabitación de varón y mujer no se presuma matrimonio según el derecho canónico, al que hemos de atenernos en esta materia, síguese que los hijos de tal comercio carnal nacidos, no son regularmente legítimos, y por consiguiente, que no están bajo la potestad paterna (1). Porque en un principio todos los hijos eran considerados naturales en el derecho natural y de gentes, hasta que las leyes de los Romanos u otras leyes positivas introdujeron el matrimonio (2); luego todos los hijos nacidos del trato de varón y mujer deben reputarse o bien espurios o bien naturales, pero no legítimos y por consiguiente fuera de nuestra potestad, por lo que no se puede decir con verdad, es hijo, luego está bajo la patria potestad, aun cuando rectamente se seguiría, es hijo legítimo, luego está bajo la potestad paterna; así lo defiende especialmente Alciato (3), quien explica de este modo la ley *si uxor*, en la palabra *monstretur* (4); lo mismo consta por la glosa de la ley *pactum quod dotali* (5) y así se ha de entender la ley *Titia*. Por tanto, contra la común opinión arriba expuesta, defienden que regularmente el hijo no se presume estar bajo la patria potestad, Corneo, Decio, Jasón y Curcio el Joven al 19.
comentar todos la ley *emancipati* (6), Alciato (7) y Bartolo (8). Debe exceptuarse el caso en que constara que tal hijo había nacido de legítimo matrimonio, pues entonces rectamente se presume estar bajo la patria potestad, a no ser que se pruebe estar ya emancipado, en cuyo caso puede salvarse la común opinión.

Queda, pues, en pie, por lo dicho arriba, que el hijo nacido de legítimo matrimonio se presume estar bajo la potestad paterna, conforme consta por la introducción de la Instituta

(1) Conforme al §. 1.° de la Instituta *de patria potestate* y a la citada ley *item in potestate*.

(2) Conforme a la Novela *quibus modis nati afficiantur sui* en el §. *natura siquidem ab initio*.

(3) *De praesumpt.*, regla 2.ª, presunción 2.ª, núm. 5.

(4) Del Código, tít. *de conditionibus insertis*.

(5) Código, tít. *de pactis*.

(6) En el 2.° y 3.° *notab.* Jasón también en la ley *post dotem*, col. 2.ª, Digesto, tít. *soluto matrimonio*, y Corneo en el dictamen 68 *placet*, lib. 1.°, columna penúltima.

(7) En la regla 2.ª, presunción 2.ª, núm. 5, *de praesumpt.*

(8) Dictamen 42 *visa inquisitione*.

verb. teque emancipatum probatum fuerit. Caeterum si non probetur quem esse natum ex legitimo matrimonio, licet probatum fuerit eum esse filium alicujus per alium modum probationis, id non sufficit, ut propterea in patris sui potestate esse intelligatur, & cum probationes debeant concludere necessario, l. non hoc, C. unde legiti. cap. in praesentia, de proba. certe licet testes dicerent, quem esse filium Titii, non propterea viderentur dixisse, quod est in Titii potestate. Sed ad hujus rei cognitionem videndum est, ut probetur filiatio, &
20. quidem † possessio vel quasi possessio filiationis probatur ex eo, quod quis tractabatur & alebatur ut filius, ista est communis opinio, quam tenent Glo. & Bart. in l. 1. C. quorum bonorum. Gloss. & Barto. & alii in l. non nudis, C. de probationibus, Barto. in l. senatus, §. idem per contrarium, ff. de libe. agnoscen. Idem Barto. in l. 1. §. ad quaestionem, ff. de quaestionibus, Alexan. consil. 51. viso & discusso processu, libr. 1, columna 1. & 2. Decius, consi. 54. in causa domini Antonii, columna 1. & columna 2, num. 3. ubi firmat hanc esse communem opinionem. Quod procedit etiam quoad effectum succedendi, ut tenet Antonius in cap. transmissae, columna 3. qui filii sint legitimi, sequitur Dec. ubi supra, num. 3. ubi firmat hanc esse communem opinionem, ut procedat etiam quoad effectum succedendi, quod & vult Bart. in plerisque locorum supra allegatorum, in quibus de successione agebatur.

Contrarium tenet novissime Alciatus, de praesumpti. regula. 2. praesumptione. 2. num. 7. nam cum filius aliter & tanquam filius tractatur, cum isthaec cadant in filio naturali tantum, vel etiam spurio aut forte incestuoso, per cap. cum haberet, cum ibi plene not. per Abb. & alios de eo qui duxit in matrimonium quam poluit, hique non succedant, non

de patria potestate y por la introducción de la Instituta *de nuptiis*, y en este sentido se ha de entender la ley *si emancipati* (1) en las palabras «y se hubiera probado que habías sido emancipado». Por lo demás, si no se prueba que uno ha nacido de legítimo matrimonio, aun cuando se hubiera demostrado que era hijo de tal persona por otra clase de prueba, no sería ésto suficiente para que en su virtud se considerara estar bajo la potestad de su padre, y debiendo las pruebas concluir necesariamente (2), a la verdad, aun cuando los testigos afirmaran que cierto individuo era hijo de Ticio, no por eso se consideraría haber afirmado que estaba bajo la potestad de Ticio. Pero, para el perfecto conocimiento de este punto hemos de examinar cómo se prueba la filiación. Pues bien, el que uno esté en posesión o cuasi-posesión de 20.
tal filiación se prueba por la razón de que era tratado y alimentado como hijo, según consta por la común opinión que defienden la glosa y Bartolo en la ley 1.ª del Código, título *quorum bonorum* (3), Alejandro (4) y Decio, quien afirma expresamente ser esta opinión común (5). Lo que tiene aplicación aun para el efecto de la herencia, según lo defiende Antonio en el capítulo *transmissae* (6), cuyo parecer sigue Decio (7), afirmando ser opinión común el que tenga también cumplimiento en cuanto al efecto de la herencia, lo mismo que defiende también Bartolo en la mayor parte de los lugares arriba citados, en los que se trataba de la sucesión.

Pero en nuestros días defiende lo contrario Alciato (8), porque el que sea alimentado y tratado como hijo, cosa que se hace también con el hijo meramente natural, y aun con el

(1) Del Código *de collation.*

(2) Conforme a la ley *non hoc*, Código, tít. *unde legitimi* y al cap. *in praesentia. de probation.*

(3) Lo mismo afirma la glos., Bartolo y otros en la ley *non nudis* del Código, tít. *de probationibus* y Bartolo también en la ley *senatus* §. *idem per contrarium*, Digesto, *de liber. agnoscen.* y en la ley 1.ª, §. *ad quaestionem*, Digesto, tít. *de quaestionibus.*

(4) Dictamen 51, *viso et discusso processu*, lib. 1.º, colum. 1.ª y 2.ª

(5) En el dictamen 54, *in causa domini Antonii*, colum. 1.ª y 2.ª, núm. 5.

(6) En la colum 5.ª *qui filii sint legitimi.*

(7) *Ubi supra*, núm. 5.

(8) *De praesumpt.*, regla 2.ª, presunción 2.ª, núm. 7.

videtur sufficienter probari, ut per hoc is legitimus filius videatur praesertim ad effectum succedendi, sed pro communi videtur text. in l. filium eum definimus, & in l. item in potestate, ff. qui sunt sui, & in l. Lucius, ff. de probati. ubi appellatione filii simpliciter prolati intelligitur de legitimo & naturali, facit l. re conjuncti, versic. praefertur, ff. de lega. 3. §. quoties, inst. de jure natur. ubi verba in dubio capiuntur in pleniore significatu, facit l. cum de lanionis, §. asinam, ff. de fundo instr. facit quia sola nominatio ponit quem in quasi possessione filiationis legitimae, l. non nudis l. non epistolis, & utrobique per Glos. & Doctores, C. de proba. ergo multo magis hujusmodi tractatus vel consuetudo, cum ex factis major praesumptio capiatur, argumento l. quidam cum filium, & quae ibi traduntur per Bartolum, & alios, ff. de verborum obligatio.

Denique ipsa experientia rerum magistra docemur, filiationem plerumque non aliter probari solere quam per communem vicinorum & conjunctorum reputationem, quid enim si de filiatione controversia sit post viginti, triginta aut plures forte annos (prout non raro accidit) quam natus fuit ille, cujus de filiatione agitur, quisnam puerum infantemve tunc natum certo firmare possit, hunc robustum virum modo factum esse?, certe nullus aut vix ullus praeter suam matrem aut nutricem: ergo cum ipso temporis cursu nati infantes crescant, adolescant, & quasi mutentur & transformentur, ita ut vix dignosci possit, an is vir robustus & procer modo factus, sit idem qui abhinc annos multos erat infans anniculus aut brevioris aetatis, necesse est leviores probationes conjecturales & non etiam necessario concludentes hac in re admittendas esse, sufficereque si a communiter accidentibus concludant, ut tradunt Gloss. & communiter Doctores in

espurio y hasta tal vez con el incestuoso (1), y no pudiendo éstos heredar, no parecen probar suficientemente aquellas razones el que aquél sea hijo legítimo, sobre todo para el efecto de la sucesión. Pero en apoyo de la común opinión existe el texto de la ley *filium eum definimus*, la ley *item in potestate* (2), y la ley *Lucius* (3), en las que con la simple denominación de hijo, se entiende el hijo legítimo y natural; lo mismo prueban la ley *re conjuncti* (4), y el §. *quoties* de la Instituta *de jure natur.* donde vemos que las palabras en caso de duda se entienden en su sentido más amplio; prueba también ésto el que el sólo darle nombre de hijo le coloca en cuasi-posesión de legítima filiación (5). Luego con mucha mayor razón tendrá ésto lugar por aquel trato y modo de criarle como a hijo, ya que la presunción que se funda en hechos es más fundada (6).

Finalmente, la misma experiencia maestra de las cosas nos enseña que en la mayor parte de los casos no suele probarse la filiación, sino por la común opinión de vecinos y y allegados. Porque, ¿qué diríamos si (como no raras veces sucede) surgiera controversia sobre la filiación, después de veinte, treinta o más años del nacimiento de aquel de cuya filiación se trata? ¿Quién podrá afirmar con certeza que aquel infante o niño que conocieron al nacer era este que ahora se presenta convertido en robusto varón? Ciertamente, nadie o personas muy contadas fuera de su madre o de su nodriza. Así pues, como con el mismo trascurso del tiempo los que nacen niños, crezcan, se hagan jóvenes, mudándose o trasformándose de tal modo que sea muy difícil conocer si este joven alto y robusto, es el mismo que hace muchos años era niño de un año o de menos tiempo aún, es necesario en esta materia admitir pruebas conjeturales que son

(1) Según el cap. *cum haberet* y la copiosa doctrina en tal lugar expuesta por el Abad y otros, al tratar «de aquel que contrajo matrimonio con la que primero violó».

(2) Digesto, tít. *qui sunt sui.*

(3) Digesto, tít. *de probationibus.*

(4) En el versíc. *praefertur*, Digesto *de legatis*, lib. 2.°; lo mismo consta por la ley *cum de lanionis*, §. *asinam*, Digesto, *de fundo instr.*

(5) Según las leyes *non nudis* y *non epistolis* del Código, tít. *de probationibus* y lo que en ambos lugares exponen la glosa y doctores.

(6) Como aparece por la ley *quidam cum filium*, Digesto, *de verborum significatione* y por lo que en tal lugar expone Bartolo y otros.

dict. l. non nudis. Gloss. & communiter Doctores in d. l. non epistolis. C. de probati. clarior Gloss. in l. neque natales, ubi per Doctores eodem titulo, Corneus in l. si emancipati, columna 2. de probatio. inde dixit l. Lucius, ff. de conditio. & demostratio, difficilem esse probationem filiationis, ergo si testes dicebant, aliquem esse filium Titii, siquidem ex parte adversa probetur, illum Titium nunquam duxisse uxorem, intelligemus illum esse naturalem non legitimum, idem si probetur, ex aetate illius qui filius dicebatur, longe ante matrimonium a Titio contractum natum fuisse, veluti si vir jam barbatus dicatur esse filius Titii, qui abhinc annos decem duntaxat duxit uxorem. Idem per contrarium si anniculus puer dicatur esse filius Titii, cujus uxor abhinc annos duos, vel tres, vel plures forte decessit, & sic de similibus, & longe idem facilius, si is Titius nunquam duxit uxorem, sed si quando haec omnia cessaverint, quia & Titius uxorem duxit, & is qui filius dicebatur hujus, cui sit ut durante illo matrimonio nasci potuerit magis esse videtur, ut sufficiat dictum testium hac de re loquentium concludere verosimiliter, ut dictum est, quo casu testes dicentes illum fuisse & esse filium Titii, interpretabimur intellexisse, quod erat filius legitimus, quia ita fit a communiter accidentibus.

21. † Nam & alibi dictum testis quod non satis certum est, interpretamur secundum communem usum loquendi, Gloss. communiter ibi approbata in l. stipulatio ista, §. hi qui, ff. de verborum obligation. quod si testes dixerint, filium esse ac de legitimo matrimonio natum, res erit expeditior, ergo si testes dicunt talem esse filium Titii, sit regula, ut non intelligatur legitimus & naturalis, sed tantum spurius, argumento authent. quibus mod. natural. efficiun. sui. §. natura, & quia matrimonium est quid facti, ergo, & c.

de menor fuerza y que no concluyen necesariamente, siendo suficiente que la conclusión se base en lo que comúnmente sucede, según lo enseña la glosa y generalmente los doctores al comentar la ley *non nudis* (1). Por lo que afirmó la ley *Lucius* (2), ser difícil la prueba de la filiación. Así pues, si los testigos decían que cierto individuo era hijo de Ticio, mientras que la parte contraria probaba que Ticio no se había casado jamás, entenderemos que aquel era hijo natural, no legítimo, del mismo modo si se probara por la edad de aquel que se decía hijo de Ticio que había nacido mucho antes de que Ticio contrajera matrimonio, como por ejemplo si se dijera que un hombre ya de barba era hijo de Ticio que sólo hacía diez años que había contraído matrimonio. Lo mismo concluiríamos por el contrario si se dijese ser hijo de Ticio un niño de un año, siendo así que hacía ya dos, tres o tal vez más años que había muerto la mujer de Ticio, e igual en otros casos semejantes, y con mucha mayor facilidad si Ticio no contrajo jamás matrimonio. Pero si en algún caso cesaran todas estas circunstancias, ya que por una parte Ticio contrajo matrimonio, y por otra aquel que se decía hijo de éste, pudo muy bien nacer durante aquel matrimonio, parece más fundado el que entonces sea suficiente, que las afirmaciones de los testigos, que deponen sobre este punto, concluyan con verosimilitud, según lo hemos expuesto; en cuyo caso, al decir los testigos que aquél había sido y era hijo de Ticio, interpretamos que se referían a que era hijo legítimo, fundados en que ésto es lo que comúnmente sucede. Porque 21.
también en otros asuntos, interpretamos conforme al uso común de hablar, las palabras de un testigo que no constan con bastante certeza (3). Si los testigos dijeran que era hijo y nacido de legítimo matrimonio, el asunto era mucho más claro, luego si los testigos dicen que aquél era hijo de Ticio, la regla es que no se entiende ser legítimo y natural, sino solamente espurio, como lo prueba la *auth. quibus modis*

(1) Lo mismo que exponen los doctores y la glosa en la ley *non epistolis* del Código, *de probationibus;* glosa más notable existe en la ley *neque natalis* del mismo título, donde así lo exponen los doctores, y Corneo en la ley *si emancipati*, colum. 2.ª, *de probationibus.*

(2) Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrat.*

(3) Conforme a la glosa generalmente admitida en la ley *stipulatio ista*, §. *hi qui*, Digesto *de verbor. obligatione.*

Fallit primo quando aliter constabat de matrimonio, & aetas illius qui filius dicebatur non repugnabat, nam tunc licet potuerit nasci ex alia muliere quam ex uxore illius Titii, tamen interpretabimur testes intellexisse de filio nato ex uxore non ex alia, & c.

Secundum quae etiam interpretabimur, eum esse in potestate patris, si non probetur emancipatus, cum emancipatio sit quid facti, ergo cum quaeritur an filius praesumatur esse in potestate patris, respondeam (1) hanc quaestionem non cadere nisi in filio legitimo, legitimum autem praesumi in patris potestate.

(1) Así ambas ediciones Veneciana y de Francfort por *respondebo*.

naturales efficiuntur sui, §. *natura*, y el que el matrimonio pertenece a los hechos, y los hechos no se presumen, etc.

La primera excepción a tal regla se tiene cuando por otra parte nos constaba la existencia de aquel matrimonio, y no estaba en desacuerdo la edad de aquel que se decía hijo, porque entonces aunque podía haber nacido de otra mujer que no fuera la esposa de dicho Ticio, sin embargo interpretamos que los testigos se referían a que era hijo nacido de su propia mujer, no de otra.

Conforme a lo expuesto, interpretaremos también que tal hijo está bajo la potestad paterna, si no se prueba la emancipación, ya que ésta pertenece a los hechos. Luego, cuando se pregunta si se presume que el hijo esté bajo la patria potestad, responderé que esta cuestión no tiene lugar sino tratándose de hijo legítimo, y que el hijo se presume estar bajo la potestad paterna.

CAPVT LXXXVI

SUMMAE

1. *Intellectus capitu. ad decimas, de restitutio. spoliatorum & capitu. cum ecclesia Sutrina, de causa proprieta. & num. 2. 10. 13. 14. 15. 16. & 18.*
3. *Possessor quando sit tuendus in sua possessione contra eum qui suam intentionem fundabat de jure, & est ardua quaestio.*
4. *Filius an praesumatur in patris potestate.*
5. *Possessio diutina an transferat in adversarium onus probandi.*
6. *Intellectus cap. cum ecclesia, de causa possession. & proprieta.*
7. *Quanto tempore justa praesumatur possessio.*
8. *Actor si fundat suam intentionem de jure, tunc reo incumbit onus probandi, cum communi opi. quod intellige in petitorio.*
9. *Possessor an sit lite pendente tuendus in sua possessione, sit etiam contra actorem, qui suam intentionem fundabat de jure.*
11. *Possessor an sit tuendus in sua possessione contra adversarium, qui suam intentionem fundabat de jure, si diu vel aliquandiu dissimulavit.*
12. *Possessionis jus quo tempore amittatur.*

CAPÍTULO LXXXVI

SUMARIO

Sentido del capítulo *ad decimas, de restitutione spoliatorum* y del capítulo *cum ecclesia Sutrina, de causa proprietatis*, sobre lo que tratan también los números 2, 10, 13, 14, 15, 16 y 18. 1.

¿Cuándo ha de ser el poseedor amparado en su posesión contra aquel que de derecho tenía su intención fundada? Cuestión debatida. 3.

¿Cuándo se presume estar el hijo bajo la patria potestad? 4.

La posesión de largo tiempo, ¿trasfiere al adversario la obligación de la prueba? 5.

Sentido del capítulo *cum ecclesia, de causa posses. et proprietatis*. 6.

¿Cuánto tiempo ha de trascurrir para que la posesión se presuma justa? 7.

Si el actor tiene su intención fundada de derecho, le corresponde entonces al reo la obligación de la prueba, con la común opinión; lo que se ha de entender tratándose de juicio sobre la propiedad. 8.

¿Ha de ser el poseedor conservado en su posesión mientras se ventila el pleito? ¿Lo ha de ser también contra un demandante que tuviera su intención fundada de derecho? 9.

¿Ha de ser conservado en su posesión el poseedor contra el adversario que tuviera su intención fundada de derecho, pero que por mucho tiempo o por algún tiempo disimuló conocer aquella posesión? 11.

¿En cuánto tiempo se pierde el derecho de posesión? 12.

17. *Spoliato agenti remedio recuperandae quando possit opponi remedium sententiae, ardua quaestio.*

19. *Spoliatus an restituatur ante omnia contra fundantem intentionem suam de jure, regula cum. 14. limitationibus.*

1.  UNC autem agendum est de intellectu capit. ad decimas, de restitutione spoliatorum, juncto capit. cum ecclesia Sutrina, de causa possessionis & proprieta. Nam in dict. capit. ad decimas, videtur probari uti in judiciis possessoriis is contra quem adversarius habet fundatam intentionem de jure, non sit tuendus in sua possessione, vel quasi possesione, unde sive ei possidenti molestia & vexatio fiat circa suam possessionem, vel quasi, non dabitur uti possidetis interdictum contra adversarium molestantem, sive etiam vi ab adversario a possessione fuerit dejectus, interdictum unde vi sibi ita spoliato non accommodabitur, quasi dolo faciat, qui petat possessionem sibi restitui, quam statim restituturus sit, l. dolo, ff. de doli exceptio. contrarium tamen non obscure probari videtur in dict. capitu. cum ecclesia, unde timore hujus contrarii ea jura varie interpretantur. Primus enim sensus est, ut regulariter is qui est in possessione, vel quasi, sit in ea tuendus si molestetur, vel restituendus si spoliatus fuerit, licet contra se habeat adversarius fundatam intentionem de jure, & ita procedat dict. capitu. cum ecclesia, & §. recuperandae institu. de interdi. l. si quis ad se fundum, C. ad leg. Jul. de vi public. l. 1, C. si per vim vel alio modo, l. si quis vi, in princip. ff. de adquiren. possession. l. 1. §. cum a me, ff. de vi & vi armat. sed dict. capitu. ad decimas, procedat de jure tantum canonico, & in causis

Si la persona despojada invoca en su favor el interdicto *recuperandae possessionis*, ¿cuándo puede oponérsele la excepción de «sentencia dada»? Cuestión difícil. 17.

¿Debe concederse la restitución antes de nada al que ha sido despojado, contra aquel que tiene su intención fundada de derecho? Regla general y 14 excepciones. 19.

Hemos de tratar ahora del sentido que encierra el capítulo *ad decimas* (1), juntamente con el capítulo *cum ecclesia Sutrina* (2); porque en el citado capítulo *ad decimas*, parece probarse que tratándose de juicios sobre la posesión no debe ser amparado en la posesión o cuasi-posesión aquel contra quien el adversario tiene su intención fundada de derecho; por lo que ya sea que reteniendo él la posesión se vea molestado y vejado sobre ella, no se le otorgaría el valerse del interdicto *uti possidetis* contra el adversario que le molestaba, o ya sea que por la violencia hubiera sido arrojado de la posesión por el adversario, no se le aplicaría al así despojado el interdicto *unde vi*, como si procediera dolosamente quien pide que se le restituya una posesión que al punto tiene él que restituir de nuevo (3). Sin embargo, en el citado capítulo *cum ecclesia* parece probarse y no oscuramente lo contrario, por lo que ante la fuerza de esta razón propónense varias interpretaciones a dichas leyes. La primera explicación es que regularmente quien está en posesión o cuasi-posesión ha de ser amparado en ella si es molestado y restituido a ella, si de ella ha sido despojado, aun cuando en contra de ésto el adversario tenga su intención fundada de derecho, y en este sentido procede el citado capítulo *cum ecclesia* y otras numerosas leyes (4), mientras que el citado capítulo *ad decimas* tiene sólo aplicación atendido el derecho canónico y sólamente en causas seguidas 1.

(1) *De restitutione spoliatorum.*

(2) *De causa possessionis et proprietatis.*

(3) Según la ley *dolo*, Digesto, tít. *de doli exceptione.*

(4) Tales son: el §. *recuperandae*, Instituta, *de interdictis;* la ley *si quis ad se fundum*, Código, tít. *ad legem Iul. de vi publica;* la ley 1.ª del Código, tít. *si per vim vel alio modo;* la ley *si quis vi* en la introduc., Digesto, *de acquir. posses.;* la ley 1.ª, §. *cum a me*, Digesto, *de vi et vi armata.*

tantum actis in foro ecclesiastico, ita Paulus Castren. in l. servitutes mag. ff. de servitut. columna 4, num. 9. causa enim decimarum spiritualis est, ut tradunt Ripa in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquiren. possessio. Decius consil. 134. num. 4, Docto. in capitu. causam quae, de probatio. neque agi potest nisi apud judices ecclesiae, sicque volunt d. c. procedere de jure tantum canonico, non sic de jure civili.

2. Secundus intellectus fuit, ut dict. capitu. ad decimas, procedat quando possessio spoliati erat recens, quod suadetur dum ibi dicitur aliquandiu, quod in semestri tempore videtur includi, vel etiam breviore, secumdum Abb. in dict. capitu. cum ecclesia, num. 49. per cap. 2. de concessione praeben. ubi ultra sex menses dicitur diu. † Sed d.
3. capi. cum ecclesia, procedat quando possessio maturior erat ac antiquior, & ita tenent Abbas ibi & Martinus quem refert, & sequi videtur ibi Aegidius Bellamer. oppositio. undecima num. 26, & Dominicus in dict. capi. ad decimas, columna fina. post Joannem Andr. ibi, quem ipse refert, quod & tenet ibi Petrus de Ancharan. & sentit idem etiam in dict. capitu. cum ecclesia, num. 31. & licet Joannes Faber in §. retinendae, columna penulti. institu. de act. & Jacobinus in l. si de vi, ff. de judi. num. 18. versi. 7, & Bal. in l. si de proprietate, num. 21. C. si a non compet. judi. & Oldrald. consil. quodam & Ripa in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquiren. possessio. num. 77. & ibi Jas. num. 48. teneant simpliciter non esse tuendum, aut restituendum possessorem in sua possessione, vel quasi, quando adversarius contra eum habebat fundatam intentionem de jure, tamen ipsi forte non negarent quin id limitaretur ut cessaret quando is possessor

en el foro eclesiástico, así lo expone Pablo de Castro (1); porque el asunto de los diezmos es espiritual, según lo enseña Ripa (2), Decio (3) y otros doctores (4) y no puede tratarse sino ante jueces eclesiásticos y por tanto opinan que dicho capítulo tiene lugar sólamente atendido el derecho canónico, pero no el derecho civil.

Una segunda explicación es que el citado capítulo *ad decima* sólo tiene aplicación cuando la posesión de quien ha sido despojado era reciente, explicación que se funda en la palabra *aliquandiu* (durante algún tiempo) usada en dicho capítulo, tiempo que parece estar incluido dentro de los límites de un semestre o tal vez de un plazo más corto, conforme consta por el Abad al exponer éste el capítulo *cum ecclesia*, número 49 y por el capítulo 2.°, *de concessione praebendae*, donde vemos que el tiempo que pasa de seis meses se dice ya *diu* (por mucho tiempo). Y en esta explicación el citado capítulo *cum ecclesia* se referiría al caso en que la posesión fuera más duradera y más antigua; así lo defienden el Abad en dicho lugar, Martino a quien cita y parece seguir en tal lugar Gil de Bellamera (5), Domingo (6), quien sigue el sentir de Juan Andrés a quien cita; lo mismo defiende Pedro de Ancarano al comentar el capítulo *ad decimas* y de nuevo al exponer el capítulo *cum ecclesia*, número 31. Y aun cuando Juan Faber (7), Jacobino (8), Baldo (9), Oldraldo (10), Ripa (11) y Jasón (12), defiendan simplemente que el poseedor no ha de ser amparado o restituido a la posesión o cuasi-posesión, cuando contra él tenía el adversario su intención fundada de derecho, sin

2.

3.

(1) Al comentar la ley *servitutes mag.*, Digesto, *de servitutibus*, colum. 4.ª, núm. 9.

(2) Comentando la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, Digesto, *de acquir. posses.*

(3) Dictamen 134, núm. 4.

(4) En el cap. *causam quae, de probationibus.*

(5) Objeción 11, núm. 26.

(6) En el cit. cap. *ad decimas*, colum. final.

(7) En el §. *retinendae*, colum. penúlt., Instituta, *de action.*

(8) Comentando la ley *si de vi*, Digesto, *de judiciis*, núm. 18, vers. 7.

(9) Al comentar la ley *si de proprietate*, núm. 21, Código, *si a non compet. judice.*

(10) En uno de sus dictámenes.

(11) En la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, Digesto, tít *de acquir. posses.*, núm. 77.

(12) Al comentar la misma ley, núm. 48.

fuit diu in sua possessione. Quinimo ipsemet Jas. in l. si emancipati, in secundo notabil. colum. 2. ait, quod licet possessio illius, qui est in possessione vel quasi possessione cujuscumque rei vel juris minus justa, aut legitima praesumatur, quando in ea re vel jure ejus adversarius habebat suam intentionem fundatam de jure, tamen ea praesumptio cessat, idque praesumptum possidendi vitium purgatur per diuturni temporis praeteritionem, ut sic ea possessio quae antea injusta & illegitima praesumebatur, jam incipiat videri justa ac legitima.

4. Unde licet † fillus natus ex legitimo matrimonio praesumatur esse in potestate patris, l. si emancipati, C. de collation. ibi, teque emancipatum probatum fuerit, l. si filius, ff. de probation. tradunt Fulgosius, Ludovicus Romanus, Alexand. Jas. & Decius in dict. l. si emancipati, Angelus & Imola, Cumanus & Ludovi. Romanus in l. sed & si de sua, post Gloss. ibi, ff. de acquirenda haereditate, Alciatus de praesumptio. in regula. 2. praesumptione. 2. in principio, Corneus consi. 204. quanquam, & idem in consi. 308. libro 3, tamen si is filius natus ex legitimo matrimonio fuit longo tempore decem vel viginti annorum in possessione vel quasi existentiae sui juris, licet isthaec possessio adversetur nativitati, origini & primaevo statui ejus, jam incipit videri sui juris, licet pater haberet contra eum suam intentionem fundatam de jure, ut sic possessor diutinus in sua possessione vel quasi tuendus sit etiam contra eum, qui habebat suam intentionem fundatam in jure, ita tenent Bartol. & Bald. in l. 2, C. si adver. rem. judi. & in l. post mortem, ff. de adoption. Andr. Siculus consilio ult. libro 4, inter consilia Alexandri, Jaso. in dict. l. si emancipati d. 2. notab. Jas.

embargo, tal vez no negarían dichos autores que su afirmación se limitaría y aun cesaría en el caso en que aquel poseedor hubiera tenido la posesión durante mucho tiempo. Más aún, el propio Jasón al comentar la ley *si emancipati* (1) dice, que aun cuando la posesión de aquel que se halla en posesión o cuasi-posesión de cualquier cosa o derecho se presuma menos justa o legítima cuando su adversario tenía de derecho fundada su intención sobre aquella cosa o derecho, sin embargo, cesa tal presunción, y por el trascurso de dilatado tiempo se purifica aquella presunción de viciosa posesión, de suerte que la posesión que antes se presumía injusta e ilegítima comienza ya a considerarse justa y legítima.

4. Por consiguiente, aun cuando el hijo nacido de legítimo matrimonio se presuma estar bajo la patria potestad, conforme consta por la ley *si emancipati* (2) en las palabras «y se hubiera probado que habías sido emancipado», y por la ley *si filius* (3) y conforme lo enseñan también Fulgosio, Luis Romano, Alejandro, Jasón y Decio al comentar la ley *si emancipati* (4), sin embargo, si dicho hijo nacido de legítimo matrimonio estuvo durante el largo plazo de diez o de veinte años en posesión o cuasi-posesión de la emancipación, aun cuando esta posesión sea contraria a su primitivo estado, origen y nacimiento, empieza ya a ser considerado como señor de sí mismo, aun cuando el padre tuviera en contra de aquél su intención fundada en derecho; de suerte que quien ha sido poseedor durante largo tiempo ha de ser amparado en aquella posesión o cuasi-posesión aun contra aquel que tenía su intención fundada en derecho; así lo defienden Bartolo, Baldo (5), Andrés de Sicilia (6), Jasón (7) y Alciato (8),

(1) En el 2.° notab., colum. 2.ª

(2) Del Código, tít. *de collationibus*.

(3) Del Digesto, tít. *de probationibus*.

(4) Lo que enseñan también Angel, Imola, Cumano, Luis Romano al comentar la ley *sed etsi de sua*, siguiendo el sentir de la glosa, Digesto, tit. *de acquir. haeredit.*; enséñanlo también Alciato, *de praesumption.*, regla 2.ª, presunción 2.ª, al principio y Corneo dictamen 204, *quamquam* y de nuevo en el 208, lib. 3.°

(5) Ambos al comentar la ley 2.ª del Código, tít. *si advers. rem judicatam* y la ley *post mortem*, Digesto, *de adoption.*

(6) En el dictamen último, lib. 4.°, *inter consilia Alexandri*.

(7) En el núm. 44 sobre la ley *si prius*, Digesto, tít. *de operis novi nuntiat.*

(8) *Ubi supra*, núm. 2.

num. 44. in l. si prius, ff. de operis novi nuntiatio. Alciatus ubi supra, num. 2. ex quorum relatione apparet hanc esse communem opinionem, quam & Bald. in l. Titia, ff. soluto matrimonio sequitur & Decius in dict. l. si emancipati, num. 4, facit tex. in l. 1. ver. diu, C. de patria potesta. quinimo quemlibet possessorem in sua possessione tuendum esse, etiamsi ea non esset diutina, tenuerunt Gloss. in l. Titia, ff. soluto matrimonio, & Alexand. in dict. leg. si emancipati, ad princip. & ibi Decius columna 3, & Barto. in leg. is qui potest, colum. 5, ff. de acquir. haere. licet plerique eorum quos sup. retulimus ab hoc ultimo discesserint, & Andr. Tiraquel. de jure primoge. quaest. 17. opinione. 11. ad finem, Bartolus in dicta l. Titia, sed & Paulus in l. si solemnibus, C. de fide instrum. & Andr. Tiraquell. ubi supra, num. 19. versicu. nec praetermittemus, videntur generaliter idem defendere in quacumque possessione etiam recenti, licet ipse Tiraquellus parum sibi constet, quod & sentit Curtius Junior in dicta lege si emancipati, columna 2.

Itaque omnes illi, quos supra retulimus, uno ore sunt in hac opin. ut qui diu fuit in possessione vel quasi alicujus rei vel juris, in qua alius fundabat suam intentionem de jure, sit tuendus in ea, contra eum qui de jure fundabat, quinimo ipsorum non pauci idem volunt, etiamsi non diu fuisset in ea quasi possessione, quod & nos admitteremus tribus concurrentibus: quod & ipse possideret & adversarius possidere desiisset: secundo, quod adversarius non ignoraret illum possidere: tertio, quod ultra annum in tali possessione is fuisset, argumento in principio inst. de usucap. facit l. ordinamenti, titulo de las prescripc. l. 1. dum induxit, ut per annum & diem praescriberetur res etiam immobilis, sciente & tacente domino.

por cuya relación consta ser común esta opinión, que sigue también Decio (1). Más aún, que todo poseedor haya de ser amparado en su posesión aun cuando ésta no sea de larga duración, lo han defendido la glosa en la ley *Titia* (2), Alejandro (3) y Bartolo (4), aunque la mayor parte de los autores arriba aducidos no sean partidarios de esta última afirmación, si bien Andrés Tiraqueau (5), Bartolo (6) y Pablo (7), parecen defender lo mismo de un modo general de cualquier clase de posesión, aun de la reciente, Tiraqueau con poca constancia en estas afirmaciones; del mismo sentir es Curcio el Joven (8).

Así pues, todos los autores que arriba hemos enumerado, están sin excepción acordes en esta opinión: en que quien durante largo tiempo estuvo en posesión o cuasi-posesión de alguna cosa o derecho, sobre los que otro tenía su intención fundada de derecho, debe ser amparado en aquella posesión contra este último; más aún, no pocos de dichos autores sostienen lo mismo aun cuando no hubiera estado durante mucho tiempo en aquella posesión o cuasi-posesión, doctrina que admitiríamos también nosotros si concurrieran estas tres cosas: que tuviera él la posesión y el adversario hubiera cesado en ella; segunda, que el adversario no ignorara que aquél tenía la posesión, y tercera, que hubiera estado en tal posesión por más de un año; pruébase por la introducción de la Instituta *de usucapionibus* y por la ley 1.ª, título *de las prescripciones*, Ordenamientos, al admitir que por el trascurso de un año y un día se prescriban aun las cosas inmuebles cuando el dueño lo sabía y callaba.

---

(1) En la citada ley *si emancipati*, núm. 4; lo mismo consta por Baldo al exponer la ley *Titia*, Digesto, *soluto matrimonio;* hace también al caso la ley 1.ª, vers. *diu*, Código, *de patria potestate*.

(2) Del Digesto, tít. *soluto matrimonio*.

(3) En la citada ley *si emancipati*, al principio, donde expone lo mismo Decio, colum. 3.ª

(4) Al comentar la ley *is qui potest*, colum. 5.ª, Digesto, *de acquir. haereditate*.

(5) *De jure primogen.*, cuest. 17, opinión 11 al final y en el núm. 19, vers. *nec praetermittemus*.

(6) En la ley *Titia* ya citada.

(7) Al exponer la ley *si solemnibus*, Código, tít. *de fide instrumentali*.

(8) En la citada ley *si emancipati*, colum. 2.ª

Denique hoc unum certum est, & ab hoc nullum eorum quos supra retulimus, quosve mihi legere contigit declina-
5. tum invenies † ut possessio diuturna transferat in adversarium onus probandi, licet adversarius ille haberet intentionem suam fundatam de jure, sicque possessor ille diuturnus in sua possessione vel quasi tuendus sit, unde apparet, verissimum esse ac receptissimum intellectum eorum, qui d. capitu. ad decimas, contendunt, non habere locum quando quis foret spoliatus a sua diutina possessione vel quasi, sed tantum quando possessio junior esset ac recens
6. † quod non obscure probatur in dict. cap. cum ecclesia Sutrina, de cau. possessio. & proprie. ubi contra clericos ibi spoliatos stabat fundata intentio de jure, in favorem canonicorum spoliantium, & adhuc spolium illud inculpatum non fuit, nec restitutio spoliatis denegatur. Neque ad rem pertinuit quod Alciatus in d. regula. 2. praesumptione. 2. ad princip. in tract. praesump. ait, se non videre, ut in hujusmodi juribus possit contingere praescriptio per longi tantum temporis, non
7. etiam longissimi praeteritionem † nam agnoscimus quidem praescriptionem proprietatis non contigisse, sed nihilominus possessio ex temporis diuturnitate justificatur, ut licet talis possessor in judicio proprietatis possit succumbere & superari, in judicio tamen possessorio non possit: aliud enim est possessio, aliud proprietas, quinimo nihil commune habent, l. naturale, §. nihil commune, ff. de adquirenda possessione.

Denique cum quaeritur, an possessio vel quasi transferat onus probandi in adversarium, respondendum est, regulariter transferri §. commodum. inst. de interd. l. qui accusare, C. de eden. l. actor quod asseverat, & l. 1. et l. fin. C. de proba. idque non inde descendit, quod possessor titulum habere

Finalmente, lo que es absolutamente cierto, sin que halles 5.
que lo haya negado un solo autor de los arriba citados o de aquellos cuyas obras hemos leído, es, que la posesión durante largo tiempo traspasa al adversario el trabajo de probar su empeño, aun cuando tal adversario tuviera su intención fundada en derecho, y por tanto, que aquel poseedor de largo tiempo ha de ser amparado en su posesión o cuasi-posesión. Por lo que aparece ser sumamente verdadera y muy admitida la explicación de aquellos autores que defienden que el citado capítulo *ad decimas* no tiene aplicación al caso en que uno hubiera sido despojado de su posesión o cuasi-posesión tenida durante largo tiempo, sino sólo al caso en que la posesión fuera más corta y reciente. Lo mis- 6.
mo que se prueba claramente en el citado capítulo *cum ecclesia Sutrina* (1), donde vemos que contra aquellos clérigos despojados, de que allí trata, existía la intención fundada en derecho de los canónigos expoliadores, y con todo aquel despojo no se consideró libre de culpa, ni se les denegó la restitución a los despojados. Ni ofrece dificultad alguna lo que dice Alciato (2) que él no comprende cómo en tales derechos puede tener lugar la prescripción de sólo largo tiempo y que no sea necesario el trascurso de larguísimo tiempo; porque reconocemos de grado, que no ha tenido 7.
lugar la prescripción de la propiedad, pero sin embargo por el trascurso de largo tiempo queda la posesión justificada; de suerte que aunque tal poseedor pueda sucumbir y perder en juicio sobre la propiedad, pero no en juicio sobre la posesión, porque la propiedad es cosa diversa de la posesión, más aún, nada común tienen (3).

Finalmente, a la pregunta de si la posesión o cuasi-posesión traspasa al adversario la obligación de probar, hemos de contestar que regularmente así es, según consta por varias disposiciones legales (4), y ésto no procede de que se presuma título en el poseedor (ya que tratándose de un hecho

(1) *De causa posses. et proprietatis.*
(2) En el tratado de las presunciones, regla 2.ª, presunción 2.ª al principio.
(3) Según la ley *naturale*, §. *nihil commune*, Digesto, *de acquir. possessione.*
(4) Tales son: el §. *commodum* de la Instituta *de interdictis;* la ley *qui accusare*, Código, tít. *de edendo;* la ley *actor quod asseverat* y la ley 1.ª y final del Código, tít. *de probationibus.*

praesumatur (nam cum sit facti non praesumitur, l. in bello, §. factae, ff. de capt. l. si emancipati, ibi, teque emancipatum, C. de collatio.) sed magis eo quod actor titulo & jure carere praesumitur, quandiu non probat, unde in re dubia pro reo judicandum, capitu. cum partium, de regulis juris
8. in 6. capit. in pari eodem titulo. † Verum si actor habeat suam intentionem fundatam in jure, tunc possessio non transfert in eum onus probandi, quia ipse satis superque intentionem suam probatam habet in corpore juris, cujus fides & auctoritas superat omne genus probationis, sicque hoc casu ipsi reo incumbit onus probandi, ut probatur in capitu. sunt personae, §. quod si tales, de privilegi. in 6. & capitu. 1. de praescriptio. & in capitu. ad decimas, de resti. spoliatorum eodem lib. & in lege octava, titulo de la restitucion de los despojados, libro 5. Ordinament. & in lege. 4. titulo 1. lib. 2. Ordinament. & in l. 5. titu. 3. lib. 5. Ordinam. ita tradunt Petrus & Cynus & Paulus Castren. & alii communiter in l. solemnibus, C. de fide instru. Bartol. in l. si prius, ff. de operis novi nuntiatio. & ibi communiter Doctor. ut testantur ibidem Alexand. num. 37. cum pluribus sequen-
9. tibus, & Jaso. num. 43. And. Tiraquel. de jure primogenitu. quaestio. 17. opinione 11. num. 19. Decius cons. 321, in causa quae Alexandriae, colum. 4. versicu. accedit. Idem Decius in capitu. ex literis, notab. 5. de probation. Idem consil. 443. in casu ad me transmisso, columna 4. Alciatus de praesumptionib. regula 3. praesumptione 43. ad princip. Jaso. in l. a Divo Pio, §. super rebus, columna 2. ff. de re judi. Fulgosius consilio 138. visis, in secundo dubio, Barba. in capitu 1. de probation. columna penultima, Corneus consil. 90. viso processu, libro 2. ex quorum relatione apparet, hanc opinionem receptissimam esse, & ita

no se presume) (1), sino más bien de que se presume carecer el actor de título y derecho mientras no los pruebe, por lo que en caso de duda se ha de juzgar a favor del reo (2). Pero si el actor tenía su intención fundada en derecho, entonces la posesión no traspasa a él la obligación de probar, puesto que él ya tiene más que suficientemente probada su intención en las disposiciones de las leyes cuya fe y autoridad sobrepasa a todo otro género de pruebas, por lo que en este caso al propio reo le incumbe el trabajo de la prueba; así consta por varias disposiciones legales (3), y así lo enseñan Pedro, Cino, Pablo de Castro y otros comúnmente al comentar la ley *solemnibus* (4), Bartolo al exponer la ley *si prius* (5), donde, al decir de Alejandro en el número 37 y siguientes, y de Jasón en el número 43 sobre tal ley, exponen la misma opinión comúnmente los doctores; del mismo sentir son Andrés Tiraqueau (6), Decio (7), Alciato (8), Jasón (9), Fulgosio (10), el de Barbatia (11), Corneo (12), por cuya relación aparece ser esta opinión muy admitida y en este sentido se entiende la glosa de la ley *sicuti* (13), que admiten generalmente Bartolo y los doctores al comentar tal ley. 8. 9.

Así pues, incumbiéndole al reo que es a la vez el poseedor el trabajo de la prueba, cuando el adversario tiene su inten-

---

(1) Según la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, *de captivis* y la ley *si emancipati* en las palabras «y se hubiera probado que habías sido emancipado» del Código, tít. *de collationibus*.

(2) Conforme al cap. *cum partium, de regulis juris in 6.°* y al cap. *in pari* del mismo título.

(3) Tales son: el cap. *sunt personae*, §. *quod si talis, de privil.*, libro 6.°; el cap. 1.° *de praescript.* y el cap. *ad decimas, de restitut. spoliatorum* del mismo libro; la ley 8.ª, tít. *de la restitución de los despojados*, lib. 5.°, Ordenamientos; la ley 4.ª, tít. 1.°, lib. 2.°, Ordenamientos, como también la ley 5.ª, tít. 5.°, lib. 5.°

(4) Del Código, tít. *de fide instrumentali*.

(5) Del Digesto, tít. *de operis novi nuntiatione*.

(6) *De jure primogenitorae*, cuest. 17, opinión 11, núm. 19.

(7) Dictamen 325 *in causa quae Alexandriae*, colum. 4.ª, vers. *accedit;* dictamen 445 *in casu ad me transmisso*, colum. 4.ª y en el cap. *ex litteris*, not. 5.°, *de probationibus*.

(8) *De praesuptionibus*, regla 5.ª, presunción 45, al principio.

(9) En la ley *a Divo Pio*, §. *super rebus*, colum. 2.ª, Digesto, *de re judicata*.

(10) Dictamen 138 *visis*, en la duda 2.ª

(11) En el cap. 1.° *de probationibus*, colum. penúlt.

(12) Dictamen 90 *viso processu*, lib. 2.°

(13) En el §. *sed si quaeratur*, Digesto, *si servitus vindicetur*.

intelligitur Gloss. quam ibi sequuntur Barto. & communiter Doctores in l. sicuti, §. sed si quaeratur, ff. si servitus vendicetur.

Ergo isto casu cum reo eidemque possessori incumbat onus probandi, quando actor fundatam habet suam intentionem de jure, non secus, quam actori incumberet, quando fundatam non haberet, sequitur hunc reum lite pendente in sua possessione, vel quasi turbari non debere, non magis, quam turbaretur, quando actor suam intentionem de jure fundatam non haberet, ut in eo tantum ejus conditio deterior sit, quando contra eum fundata erat actoris intentio, quod de jure & legitimo titulo docere tenebitur, si nolit in lite superari, interea tamen in sua possessione tuendus est, si quidem sit longinqua aut diutina, sin minus, tunc similiter tuendus est sub distinctione tamen, de qua per Paul. Cast. in dict. l. si solemnibus, & per Andr. Tiraquel. ubi supra opinione undecima num. 19. & num. 24. cum sequentib. & per Bald. in l. Titia, ff. soluto matrimonio, ut voluit Gloss. in dict. l. solemnibus, Gloss. & Bartol. in dict. l. Titia, Alexand. in d. l. si emancipati, colum. 1. de collation. C. per d. l. Titia, & dict. l. circa, ff. de probationib. quod intellige quando illa quasi possessio carebat omni vitio violentiae, clandestinitatis, aut precariae rogationis, ut in dict. capitu cum personae, §. quod si tales, quantum autem tempus, quotve actus desiderentur, ut quis in tali quasi possessione stare videatur, tradunt. Doct. in dd. locis.

11. Tertius † intellectus ad d. capi. cum ecclesia Sutrina, de causa possessio. & proprieta. & ad d. cap. ad decimas, est quod in d. capi. cum ecclesia, illa quasi possessio contra quam erat jus commune, justificabatur ex scientia & patientia

ción fundada en derecho, del mismo modo que le incumbiría al actor cuando no tuviera su intención fundada, síguese que estando pendiente el pleito no debe inquietarse el reo en su posesión o cuasi-posesión, al igual que si el actor no tuviera su intención fundada en derecho, siendo únicamente más desfavorable su situación cuando el actor tenía contra él fundada su intención, en este punto, en cuanto que estará obligado a mostrar su derecho y legítimo título, si no quiere ser condenado en el pleito; pero mientras éste se ventila, debe ser amparado en su posesión cuando ésta es ya antigua o de largo tiempo; si la posesión fuera más reciente debe igualmente ser amparada en ella, pero con la distinción que señala Pablo de Castro al comentar la ley *solemnibus* y Andrés Tiraqueau (1), como también Baldo (2), lo que se ha de entender siempre que aquella cuasi-posesión careciera de todo vicio de violencia, clandestinidad, o no se hubiera concedido en precario (3); cuánto tiempo y cuántos actos sean necesarios para que una persona se considere hallarse en tal cuasi-posesión, lo enseñan los doctores en los lugares dichos.

La tercera explicación del citado capítulo *cum ecclesia Sutrina* (4), y del capítulo *ad decimas* ya dicho, es ésta: que en el capítulo *cum ecclesia* aquella cuasi-posesión contra la cual existía un derecho común, se justificaba por la ciencia y paciencia del adversario, lo que no sucede en el caso del capítulo *ad decimas*, donde la posesión era clandestina, según es allí manifiesto por las palabras, «mientras no demuestren evidentemente que habían adquirido legítimamente la posesión de aquellos diezmos», siendo el sentido de estas palabras, que aun la misma usurpación de tal posesión fué ilegítima y viciosa y que de este modo había durado sólo algún tiempo, no largo tiempo, ya que tan pronto como 11.
llegó ésto a conocimiento del propietario se apresuró éste al punto a recobrar aquella posesión, por lo que aquel último

(1) *Ubi supra*, opinión 11, núms. 19, 24 y siguientes.

(2) En la ley *Titia*, Digesto, *soluto matrimonio;* lo mismo que expresó la glosa en la citada ley *solemnibus;* la glosa y Bartolo en la ley *Titia;* Alejandro en la ley *si emancipati*, colum. 1.ª, Código, *de collationibus* y la citada ley *circa*, Digesto, tít. *de probationibus*.

(3) Conforme al citado cap. *cum personae*, §. *quod si tales*.

(4) *De causa possessionis et proprietatis*.

adversarii, non sic in d. capitu. ad decimas, ubi possessio videbatur clandestina, ut patet ibi, nisi evidenter docuerint, quod earum possessionem legitime assequuti fuissent, quorum verborum sensus est, quod vel ipsa possessionis usurpatio fuit illegitima & vitiosa, & sic aliquandiu tantum non etiam diu duraverat, quodque cum primum ad notitiam proprietarii pervenerat, illico eam recuperare properavit, sicque ille possessor, qui se spoliatum dicebat, non tam justa & legitima, quam illegitima possessione exutus fuit, ita Imola num. 25. in fine in dict. capitu. cum ecclesia, & is sensus in se verus est, satisque arridet literae utriusque textus, ex quo colligitur conclusio, quod qui est in possessione vel quasi contra quam est jus commune, adhuc tamen est in ea tuendus, si adversarius tolerabat, & dissimulabat seu patiebatur

12. aliquandiu vel saltem si diu. † Confirmatur, quia ex tali patientia, & dissimulatione ille qui suam intentionem fundatam habebat, videtur jus possessionis amisisse, idque in possessorem migrasse, ut jam de possessione agi non possit, sed tantum de proprietate ex communi sententia, quam tenent Bartol. in l. si id quod, in princip. ff. de acquir. possessio. Cumanus & Alexand. in dict. §. nihil commune, ubi Jason. num. 84. ait, hanc esse communem opinionem, Jaso. in l. 1. columna fina. C. de servis fugitivis. Gloss. Paul. & alii in l. si de eo, §. 1, ff. de acquiren. possessio. & in specie ultra Imolam supra relatum, ita declarant dict. capitu. cum ecclesia, Antonius ibi, num. 39, & etiam Innocentius & Andraeas Tiraquel. qui quamplures allegat, de praescription. §. 1. Gloss. 4. ad finem versi. & quanquam.

13. Quartus intellectus ad dd. jura est secundum Antonium, num. 39. in d. capitu. cum ecclesia, quod d. capitu. ad

poseedor que se decía despojado, lo fué no tanto de una posesión justa y legítima cuando de una posesión ilegítima; así lo explica Imola al final del número 25 al exponer el capítulo *cum ecclesia;* sentido en sí verdadero y que se acomoda bastante a la letra de ambos textos. De donde se colige esta conclusión, que quien tiene una posesión o cuasi-posesión contra la cual existe un derecho común, ha de ser sin embargo amparado en ella, siempre que el adversario durante algún tiempo y con más razón si durante largo tiempo lo toleraba, disimulaba y sufría. Confírmase 12.
ésto porque en virtud de aquella tolerancia y disimulación, se considera que aquel que tenía fundada su intención, ha perdido el derecho de posesión que ha pasado al otro poseedor, de suerte que ya no hay lugar a acción sobre la posesión, sino sólamente sobre la propiedad, conforme a la común opinión que defienden Bartolo (1), Cumano y Alejandro (2), como también Jasón, quien la llama opinión común (3), la glosa, Pablo y otros autores al comentar la ley *si de eo* (4); y particularmente declaran así el capítulo *cum ecclesia*, además de Imola, arriba citado, Antonio, Inocencio (5) y Andrés Tiraqueau quien aduce otros numerosos autores (6).

La cuarta explicación a los citados capítulos, es ésta de 13.
Antonio (7): quien dice que el capítulo *ad decimas* tiene aplicación cuando existía derecho notorio en favor del expoliador, sin que por parte del despojado existiera defensa alguna, no alegando otra que aquella cuasi-posesión sospechosa, viciosa e injusta; mientras que, dice, en el caso del capí-

(1) Al exponer la citada ley *si id quod* en la introduc., Digesto, *de acquir. posses.*
(2) En el citado §. *nihil commune.*
(3) En el núm. 84 sobre el mismo §. *nihil commune.*
(4) En el §. 1.°, Digesto, tít. *de acquir. possessione.*
(5) Ambos al exponer tal cap. *cum ecclesia.*
(6) *De praescriptionibus*, §. 1.°, glos. 4.ª al final, versic. *et quanquam.*
(7) Al exponer el cap. *cum ecclesia*, núm. 39.

decimas, procedat quando pro spoliatore jus erat notorium, nec ex parte spoliati aderat defensio ulla, nec etiam allegabatur praeter illam quasi possessionem suspectam, vitiosam & injustam, at in d. ca. cum ecclesia, non sic notorium erat jus spoliatoris, quia obumbrabatur vel (ut ejus more utar) obfuscabatur jus spoliatoris per defensiones seu allegationes spoliati, dum asserebat, se saepius retro abhinc annos 30. vel 40. vel etiam plures electionibus illius modi interfuisse, unde & ad titulum praescriptionis properabat ac nitebatur, quoad jus proprietatis, & interea quoad jus possessionis ex antiquitate temporis sese muniebat, isque etiam sensus & in se verus est, & sensui ac literae illorum capitulorum proxime accedit.

14. Quintus † intellectus fuit Jaso. in dict. §. nihil commune, num. 48. qui putat ideo procedere dict. capitu. ad decimas, quod ibi spoliator intentionem suam fundabat tam in proprietate quam in possessione, & ideo restitutio cessat, quasi ex parte spoliatoris adessent tam proprietas jure notoria, quam etiam possessio legitima & civilis, ex parte autem spoliati adesset nihil praeter quandam naturalem tantum possessionem vitiosam, puta clandestinam vel nudam tantum detentationem similiter vitiosam, sed ipse Jason. non probat quod spoliator in terminis d. cap. fundaret suam intentionem quoad possessionem, sed tu proba per d. cap. ibi, nisi evidenter docuerint, quod earum possessionem legitime assequuti fuissent, ergo a contrario sensu, praesensit Summus Pontifex, quod interfuit vitium clandestinitatis, sicque cum spoliatus ille tempore, quo illarum decimarum possessionem occupavit, nullam vim intulerit, neque precariam possessionem rogaverit, superest, ut vitium quod ibi significatur, esset

tulo *cum ecclesia* no era tan notorio el derecho del expoliador, porque el derecho de éste estaba velado o (usando su modo de hablar) ofuscado por las defensas y alegaciones del despojado, al probar que muchas veces había intervenido en tales elecciones desde hacía treinta, cuarenta o más años, por lo que en cuanto al derecho de propiedad se acogía al título de prescripción y en él se basaba; y mientras tanto, en cuanto al derecho de posesión estaba bien defendido por el largo tiempo trascurrido; sentido por una parte verdadero en sí, y que por otra se acerca mucho al sentido y letra de ambos capítulos.

Quinta explicación que ha sido propuesta por Jasón (1); 14.
juzga este autor que la razón por la que procede el capítulo *ad decimas* es porque el expoliador de que allí trata, tiene fundada su intención tanto en cuanto a la propiedad, como a la posesión, por lo que no tiene lugar la restitución, como si por parte del expoliador existiera tanto una propiedad notoria en derecho, cuanto también una posesión legítima y civil, mientras que en favor del despojado sólo existía, o bien una mera posesión natural viciosa, clandestina por ejemplo, o sólo una mera retención asimismo viciosa. Y aunque el propio Jasón no prueba allí que según los términos de dicho capítulo el expoliador tuviera fundada su intención en cuanto a la posesión, pero tú puedes probarlo por las palabras de dicho capítulo «a no ser que hubieran demostrado evidentemente que habían adquirido legítimamente la posesión de tales diezmos»; luego por el sentido contrario presintió el Sumo Pontífice que allí había intervenido vicio de clandestinidad; como pues, el que fué despojado ni usó de violencia alguna, ni pidió la posesión en precario durante el tiempo que retuvo la posesión de aquellos diezmos, síguese que el vicio que allí se da a entender es el vicio de clandestinidad. Este sentido así declarado es igualmente

(1) Al exponer el citado §. *nihil commune*, núm. 48.

clandestinitatis & is sensus sic declaratus similiter verus in se est, nec a litera & mente illius tex. videtur alienus.

15. Sextus intellectus fuit, ut d. cap. ad decimas, loquatur in casu tantum speciali & procedat in causis tantum spiritualibus, in quibus juri canonico subvenire, obviareque animarum periculis potissimum curae fuit, non sic in reliquis causis inspecto jure tam canonico quam civili, ita sentit Baldus in l. ordinarii, columna fin. C. de rei vend. quem refert Jas. num. 47. in d. §. nihil commune, & is sextus intellectus differt a primo, de quo supra, quia secundum primum intellectum dict. capit. ad decimas, servandum esset in terris ecclesiae, non tantum in causis spiritualibus & inter clericos, sed etiam in causis profanis & inter laicos, at secundum hunc sextum intellectum solum in causis spiritualibus, non etiam in profanis.

16. Septimus † intellectus sit, ut d. capit. ad decimas, procedat quando constabat aperte, illum spoliatum nullum jus habere, tam ex modicitate temporis, quo possidebat, quam ex eo quod interrogatus, cur possideret, respondere aliud nesciebat, quam quia possideo, tunc enim restituendus non est, ut ibi per rationem l. dolo, ff. de dolo. Id quod non multum videtur declinare a litera d. cap. ad decimas, cum ibi spoliatus ille, qui se restitui postulabat, nullam justam possessionis suae causam allegasset. Confirmatur is sensus nam, illa

17. communis opinio quae habet † quod spoliato agenti interdicto recuperandae, potest opponi exceptio sententiae latae contra eundem spoliatum in favorem spoliatoris super eadem re vel jure a qua spoliatus fuit, quam communem sententiam tenuerunt Ang. & Imola. Cumanus, Alexan. & alii communiter in dict. §. nihil commune, estque communis opinio

verdadero en sí, ni parece apartarse de la letra y espíritu de dichos textos.

15. La sexta explicación que se ha dado es que el capítulo *ad decimas* se refiere sólamente a un caso especial y que tenga sólo aplicación en causas espirituales, en las que fué principal empeño del derecho canónico el remediar y apartar el peligro de las almas, pero que no tiene aplicación en las restantes causas, tanto en las que interviene el derecho canónico cuanto el civil; tal es el sentir de Baldo (1), a quien cita Jasón (2). Esta sexta explicación se diferencia de la primera arriba expuesta, en que según la primera explicación dicho capítulo *ad decimas* debería observarse en los territorios de la Iglesia, no sólo en causas espirituales y entre clérigos, sino también en causas profanas y entre laicos; mientras que conforme a esta sexta explicación, tendría aplicación sólamente en causas espirituales y no en causas profanas.

16. Sea la séptima explicación, que el citado capítulo *ad decimas* tenga aplicación cuando constara manifiestamente que la persona despojada no tenía derecho alguno, tanto por lo reducido del tiempo de su posesión, cuanto porque al ser interrogado sobre la razón de su posesión no sabía dar otra razón de ella sino, porque la tengo, pues en tal caso no se le ha de restituir como sucede en dicho lugar, por la razón que consta en la ley *dolo* del Digesto, título *de dolo*. Lo que no parece apartarse mucho de la letra del dicho capítulo *ad decimas*, ya que la persona despojada de que trata dicho capítulo y que pedía ser restituida a la posesión, no alegó ninguna causa justa de tal posesión. Confírmase dicha explicación, porque aquella opinión común que afirma

17. que al despojado que invoca el interdicto *recuperandae possessionis*, puede oponérsele la excepción de sentencia dada contra el mismo y en favor del expoliador, acerca de la misma cosa o derecho de que ha sido despojado, opinión común que defendieron Angel, Imola, Cumano, Alejandro y otros autores al exponer el citado §. *nihil commune*, y que expresamente defienden como opinión común numerosos autores (3),

(1) Al exponer la ley *ordinarii*, colum. final, Código, *de rei vindicat.*

(2) En el núm. 47, sobre el citado §. *nihil commune.*

(3) Tales son: Jasón en el núm. 45, Alejandro en el núm. 12 y Ripa en el núm. 55, los tres al exponer el §. *nihil commune;* Gregorio Lobo, al tratar de la

secundum Jaso. ibi, num. 43. & eam dicit communem opinionem Alexan. ibi, num. 11. quam etiam communem appellat Ripa. ibi, num. 35, quam sequitur & communem esse firmat Gregorius Lupus in l. 27. titulo. 2. parte 3. in Glo. que le entregase, tenent Paul. Cast. in l. permisceri, in prin. ff. de adquirenda possessione. Idem Paulus in l. 2. C. de edict. divi Adri. toll. Antonius in capitu. cum dilectus, de causa posse. & pro. Idem in capit. pastoralis, eodem titulo. Idem in capitu. in literis, de resti. spoliatorum, Joan. Andr. & Panormit. in d. capitu. pastoralis, Aretin. in dict. §. nihil commune, Decius, consi. 191. in causa, num. 9. cum sequen. Hostien. & Joan. Andr. in cap. 2. de causa posses. licet contrarium tenuerint Bartolus, columna 2. in dict. §. nihil commune Glo. 1. in capitu. solicite, de restit. spoliatorum, & Gloss. in capitu. pastoralis, de causa possessio. & proprie. Panormit. in cap. in literis, columna 5. de restit. spoliatorum, Bar. in l. si de vi, columna fina. ff. de judic. Tamen illa communis opinio contra Bartolum procedit quando per sententiam erat certum & indubitatum, huic spoliato nullam posse competere defensionem, inspecta suamet allegatione, quale esset cum prius factum fuit spolium deinde inter spoliatum & spoliatorem judicium de proprietate coeptum & finitum fuit in favorem spoliantis, tunc enim si spoliatus rursum petat rem sibi ablatam sibimet restitui ante omnia, replicabo quod si illud petiisset ante omnia, quod ut id ante omnia fieret, par erat, verum cum illud petat, postquam liquet proprietatem alienam esse, sera petitio est, tunc quod dolo faciat, dum petit quod statim restituturus est l. dolo, ff. de doli excep. tum quod sibi debet imputare qui congredi voluit super rei proprietate & dominio, tum quod effectus victoriae assecutae in judicio proprietatis

aun cuando hayan sostenido lo contrario Bartolo (1) y el Panormitano (2); sin embargo, la anterior común opinión contra Bartolo es verdadera en el caso de que en virtud de la sentencia fuera cierto y manifiesto que al despojado no podía corresponderle ya defensa alguna atendida su propia alegación; como sucedería en el caso en que primero se realizó el despojo y después se entabló juicio sobre la propiedad entre el despojado y el expoliador, juicio que se sentenció en favor del expoliador, pues entonces si el despojado pidiera de nuevo, que ante todo se le restituyera la cosa de que se le había despojado, replicaré que si eso lo hubiera pedido antes de todas las cosas, era justo que antes de todo así se hubiera hecho, pero pidiéndolo cuando ya consta claramente que la propiedad pertenece al otro, es una petición tardía, ya porque procedería dolosamente al pedir una cosa que al punto tenía que restituir (3), ya también porque a sí mismo debe imputarse el haber querido pleitear sobre la propiedad y dominio de aquella cosa, ya también porque es efecto de la victoria conseguida en juicio sobre la propiedad el que al vencedor se le restituya la posesión, lo que habiendo tenido ya lugar sería ocioso e injusto el deshacerlo; cosa diversa sería en verdad, si después de haber salido victorioso contra mí en juicio sobre la propiedad y de habérsete entregado o no, la cosa de que se trataba, me despojases de aquella misma cosa o derecho, y al invocar yo en mi favor el

ley 27, título 2.°, parte 3.ª en la glosa «que le entregase»; Pablo de Castro al comentar la ley *permisceri* del Digesto, tít. *de acquir. possessione;* la ley 2.ª, Código, tit. *de edicto divi Adriani tollendo;* Antonio en el cap. *dum dilectus, de causa posses. et proprietatis,* y también en el cap. *pastoralis* del mismo título y en el cap. *in litteris, de restitut. spoliatorum;* Juan Andrés y el Panormitano en el cap. citado *pastoralis;* el Aretino al exponer el §. *nihil commune;* Decio en el dictamen 191, *causa,* núm. 9 y siguientes; el Hostiense y Juan Andrés en el cap. 2.°, *de causa possessionis.*

(1) Al exponer el §. *nihil commune,* colum. 2.ª, lo mismo consta por la glosa en el cap. *pastoralis, de causa posses. et proprietatis.*

(2) En el cap. *in litteris,* colum. 5.ª, *de restit. spoliatorum.*

(3) Conforme a la ley *dolo,* Digesto, tít. *de doli exceptione.*

est, ut victori restituatur possessio, id quod cum jam contigerit, infectum reddi otiosum esset ac incivile, diversum sane esset, si postquam in iudicio proprietatis vicisti me, & id de quo agebatur tibi traditum fuit vel non fuit, me eadem re vel jure spoliasti, & agenti mihi interdicto recuperandae, opponeres de sententia pro te contra me lata, nam replicabo, quod post eam latam potuit jus ad me redire ac revera ad me revolavit, nam interea mihi restituere teneberis, ita salvatur opinio Bart. & sequatium supra relata, ita tenent Alexand. in dict. §. nihil commune, num. 12. cum seq. & Ripa ibi, num. 44. qui ait ita tenere modernos ibi, & esse ex mente Gloss. in dict. §. nihil commune. Sic ergo & in terminis dict. c. ad decimas, ideo cessabat restitutio, quod ille spoliatus fassus est nullum se jus habere, vel ita colligebatur ex ejus allegatione insulsa ac inerti, & hunc intellectum tenet Dec. consi. 134. viso, colum. fina.

18. Octavus intellectus est quod in dicto capit. ad decimas, allegabatur praescriptio, quae sine titulo non contingit l. nullo, C. de rei vendica. capitu. 1. de praescriptio. in sexto at in d. capitu. cum ecclesia Sutrina, allegabatur consuetudo quae titulum non requirit, ita Innocentius, Collect. & Bernardus ibi, sed is quidem sensus & divinat & parum instruit, & praeterea adversatur literae dict. capitu. ad decimas, verbo aliquandiu, quod in semestri seu breviore tempore verificatur non autem in longiore, argumento cap. 2. de concessio. praeben. ergo tam brevi tempore, qui diceret praescripsisse se, ineptire videretur, sed & in se is sensus verus non est, nam si ibi spoliati allegarent se praescripsisse, diu se possedisse affirmantes, interea dum id docebatur restituendi forent.

interdicto *recuperandae*, me opusieras la sentencia dada en tu favor y en contra mía, porque te replicaré que después de dada aquella sentencia ha podido volver a mí y realmente ha vuelto el derecho sobre ella, pues entonces mientras se ventila estarás obligado a restituirme aquella cosa; así se salva la opinión de Bartolo y de sus seguidores arriba expuesta, y así lo admiten Alejandro (1) y Ripa (2), quien dice ser éste el sentir de los modernos y ser conforme a la mente de la glosa en el citado §. *nihil commune*. Así también, pues, conforme a los términos del capítulo *ad decimas*, la razón de no tener lugar allí la restitución es por haber confesado el propio despojado que no tenía derecho alguno, o así se colegía de su alegación inepta y sin fuerza alguna. Esta explicación la defiende Decio (3).

La octava explicación es que en el capítulo *ad decimas* 18.
se alegaba prescripción, que no tiene lugar sin título (4), mientras que en el capítulo *cum ecclesia Sutrina* se alegaba costumbre, que no exige título, así lo exponen Alejandro, y Bernardo en dicho lugar, pero esta explicación es por una parte caprichosa, y aclara poco el asunto, y por otra se opone a la letra del citado capítulo *ad decimas*, donde dice «durante algún tiempo», plazo que se comprende dentro de un semestre o tal vez dentro de tiempo más corto, sin que pase del semestre, como lo prueba el capítulo 2.° *de concessione praebendae;* luego si alguno dijera que en tan corto tiempo había conseguido la prescripción, se tendría como una afirmación necia. Pero aun en sí mismo no es verdadero este sentido, porque si las personas despojadas de que tratan tales capítulos alegaran haber conseguido la prescripción, afirmando haber tenido la posesión por largo tiempo, se les debiera haber concedido la restitución, mientras se ponía en claro su afirmación.

(1) Al exponer el §. *nihil commune*, núm. 12 y siguientes.
(2) En el núm. 44 sobre el mismo §. *nihil commune*.
(3) En el dictamen 134, *viso*, colum. final.
(4) Según la ley *nullo*, Código, tít. *de rei vindicatione* y el cap. 1.°, *de praescriptionibus in sexto*.

Nonus intellectus quod ibi erat verosimilis suspicio contra spoliatum agentem, ita Gl. in capi. in summa. 16. quaestio. 1. id quod innuit litera illius tex. Joannes Andr. in dict. capitu. ad decimas, Gloss. in capitu. si diligenti, de praescriptio. id quod est contra §. recuperandae, institu. de interdict.

Decimus intellectus quod ibi de non jure spoliati agentis constabat per confessionem ejusdem, ita Collect. in d. c. cum ecclesia, & Archid. in d. c. ad decimas.

Undecimus intellectus quod dict. capit. ad decimas, loquitur quando spoliatus totum jus sibi arrogare volebat, at in dict. capit. cum ecclesia, quando partem tantum, quod in se verum est, sed cur diversum, praesertim cum procedat argumen. de toto ad partem l. an pars, ff. pro derelicto l. quae de tota, ff. de rei ven. resp. quod facilius admittitur rei cujusque deminutio vel deterioratio quam interitus, Corneus per text. ibi in l. cum quaestio. C. de legat. num. 6. l. si quis diuturno. ff. si serv. vendi. juncta lege nullo, C. de rei vendi. sed is intellectus nihil instruit & videtur contra §. recuperandae, inst. de interdi.

Duodecimus intellectus quod in capit. ad decimas, loquitur de jure non communicabili, at in capitu. cum ecclesia, agitur de jure communicabili, ita Jason, in dic. capit. ad decimas, quem refert Aegidius oppositio. 11. in d. capi. cum ecclesia, sed is sensus nihil instruit.

Tertiusdecimus intellectus quod in capitu. ad decimas, erat vehemens juris praesumptio contra spoliatum, at licet juris praesumptio etiam esset contra spoliatum in terminis d. capitu. cum ecclesia, tamen non ita vehemens, secundum Aegidium Bellam. ubi supra.

Quartusdecimus intellectus quod in d. capitu. ad decimas, erat praesumptio contra spoliatum, & praeterea spoliator

Novena explicación, que en dicho lugar existía una sospecha fundada contra la persona despojada que era la que movía acción; esta explicación consta por la glosa en el capítulo 16 *in summa.*, cuestión 1.ª, lo insinúa la letra de dicho texto y Juan Andrés (1); pero se opone al §. *recuperandae*, Instituta de *interdictis*.

Décima explicación, que en tal lugar constaba no tener derecho el despojado que movía acción por su propia confesión; así lo exponen los Collect. en el capítulo *cum ecclesia* y el Archid. en el capítulo *ad decimas*.

Undécima explicación, que el capítulo *ad decimas* se refiere al caso en que el despojado quería adjudicarse todo el derecho, mientras el capítulo *cum ecclesia* al caso en que sólo pretendía adjudicarse parte, lo que en sí es verdad. Pero ¿por qué es diversa la solución, sobre todo siendo válido el argumento del todo a la parte? (2). A ésto se responde que más fácilmente admitimos el que una cosa se disminuya o deteriore que el que se destruya por completo; así lo expone Corneo (3). Pero este sentido nada aclara el asunto y parece oponerse al §. *recuperandae* de la Instituta *de interdictis*.

Duodécima explicación: dice que el capítulo *ad decimas* trata de un derecho no comunicable, mientras que el capítulo *cum ecclesia*, se refiere a un derecho comunicable, así lo expone Jasón (4) a quien cita Gil Bellamera (5); pero esta explicación nada aclara el asunto.

Décimatercera explicación, dice que en el caso del capítulo *ad decimas* existía vehemente presunción de derecho contra la persona despojada, mientras que en el caso del capítulo *cum ecclesia*, aunque existía también presunción de derecho contra el despojado, pero no era tan vehemente; así lo expone Gil Bellamera *ubi supra*.

(1) Al exponer el cap. *ad decimas;* así consta también por la glosa en el cap. *si diligenti, de praescription.*

(2) Según la ley *an pars*, Digesto, *pro de relicto* y la ley *quae de tota*, Digesto, *de rei vindicat.*

(3) Sobre el texto de la ley *cum quaestio*, Digesto, *de legatis*, núm. 6, y en la ley *si quis diuturno*, Digesto, *si servitus vindicetur*, junto con la ley *nullo* del Código, tít. *de rei vindicatione.*

(4) Al exponer el cap. *ad decimas.*

(5) Sobre el cap. *cum ecclesia*, objeción 11.ª

fundabat intentionem de jure, estque communis sensus secundum Covarru. libro 1, resolu. capitu. 17. num. 6, & secund. Mart. Azpilcu. in capitu. accepta, de restitutio. spoliato. oppositio. decima, Jas. in dict. l. naturaliter §. nihil commune, num. 47. ubi Ripa num. 67. Glos. Joan. Andreae. Joan. Monach. & Dominicus a Sancto Geminiano. in d. c. ad decimas.

19. Stat ergo ex superioribus regula † spoliatum agentem interdicto recuperandae non esse ante omnia restituendum, si spoliator habebat fundatam intentionem de jure, ut d. ca. ad decimas, tradunt Doctor. tam ibi quam in d. capitu. cum ecclesia, Faber in §. retinendae, insti. de interdict. colum. penul. Jacobinus num. 18. & Paul. Castrens. in l. si de vi, ff. de judic. Bald. in l. si de proprietate, num. 21, C. si a non compe. judi. Oldraldus consilio quodam, quem ibi Bal. allegat, Bal. & Alexan. num. 23. in d. §. nihil commune, ubi Jaso. num. 44. & Francisc. de Ripa. num. 77. & alii ubique moti per tex. in d. capitu. ad decimas, ubi non potest fieri sufficiens fundamentum, propterea quod recipit tot tamque varios sensus, ut supra retulimus, & aliquid etiam per Joann. Lup. in capitu. per vestras, de dona. inter virum & uxorem nota. 2. vers. sed est pulchra dubitatio.

Limita primo, ut procedat de jure tantum canonico, non etiam de jure civili, secundum intellectum supra relatum, si forte in se verus est.

Limita secundo, ut non procedat quando possessor ille spoliatus diu fuerat in illa possessione vel quasi, juxta secundum intellectum supra relatum, qui in se verus est.

Limita tertio, ut procedat quando ex confessione ipsius

La última explicación, es que en el citado capítulo *ad decimas* existía presunción contra el despojado y además el expoliador tenía su intención fundada en derecho, y es una explicación comúnmente admitida según Covarrubias (1), Martín de Alpizcueta (2) y Jasón (3).

Por lo expuesto anteriormente, quede en pie la siguiente 19.
regla general, que si el que ha sido despojado invoca en su favor el interdicto *recuperandae*, no se ha de empezar por restituirle la posesión cuando el expoliador tenía su intención fundada en derecho, según el citado capítulo *ad decimas*, así lo enseñan los doctores tanto en este lugar, como al exponer el capítulo *cum ecclesia*, así en especial lo exponen Faber (4), Pablo de Castro (5), Baldo (6), Oldraldo (7) a quien cita Baldo, Alejandro, Jasón, Francisco de Ripa (8) y otros autores en numerosos lugares movidos por el citado capítulo *ad decimas*, en el que sin embargo no puede fundarse suficiente prueba, por los tan numerosos y diversos sentidos que admite dicho capítulo, según acabamos de exponer nosotros, y algo también Juan Lup. en el capítulo *per vestras* (9).

Primera excepción, que dicha regla tiene lugar sólo atendido el derecho canónico, pero no el derecho civil, conforme a la primera explicación, si es en sí verdadera.

Segunda excepción, que dicha regla no tiene lugar si la persona despojada había estado por largo tiempo en posesión o cuasi-posesión, conforme a la segunda explicación arriba expuesta que en sí es verdadera.

---

(1) En el lib. 1.º *resolutionum*, cap. 17, núm. 6.

(2) En el cap. *accepta, de restitut. spoliatorum*, oposición 10.ª

(3) Al exponer la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, núm. 47, donde expone lo mismo Ripa en el núm. 77 y la glosa, Juan Andrés, y Domingo de San Geminiano en el cap. *ad decimas*.

(4) Acerca del §. *retinendae*, Instituta, *de interdictis*, colum. penúlt. y lo mismo Jacobino en el núm. 18.

(5) Al comentar la ley *si de vi*, Digesto, tít. *de judiciis*.

(6) Sobre la ley *si de proprietate*, núm. 21, Código, tít. *si a non compet. judice*.

(7) En uno de sus dictámenes.

(8) Los tres al exponer el §. *nihil commune* citado, Alejandro en el núm. 23, Jasón en el 44 y Ripa en el 77.

(9) *De donation. inter virum et uxorem*, not. 2.ª, vers. *sed est pulchra dubitatio*.

spoliati constabat de non jure ipsius, secus si esset aliqua dubietas, secundum decimum intellectum supra relatum, cui accedit quartus & septimus intellectus, quod intellige ubi confessio erat aperta.

Quarto limita, ut procedat etiamsi confessio spoliati de non jure suo esset tacita, puta quia licet non expressit se nullum jus ad proprietatem rei, qua de agebatur, habere, tamen interrogatus cur possideret respondit, quia possideo, vel aliam inertem fatuamve causam reddidit juxta quartum, & septimum intellectum, supra relatum, non sic si efficacem aut justam causam reddidisset.

Quinto limita, ut procedat quando spoliatus totum jus sibi arrogare volebat, non sic si aliquid tantum juris per cujus abscessum res non abscederet, licet deterior spoliatori eidemque domino redderetur, juxta undecimum intellectum supra relatum, quem non puto verum.

Sexto limita, ubi ex parte spoliati erat notorietas injustitiae, aliter quam per ejus confessionem, ut tunc & non aliter procedat d. ca. ad decimas, juxta septimum, & quartum intellectum supra relatos, secus ubi talis notorietas contra spoliatum non esset.

Septimo limita, quando spoliatum jus habere possibile erat, tunc enim cessaret dict. capitu. ad decimas, juxta septimum intellectum supra relatum.

Octavo limita, ut non procedat in causis tantum spiritualibus, non sic in reliquis causis, sive loquamur de jure canonico sive de jure civili, juxta sextum intellectum, supra relatum, sed cogita an in se sit verus.

Nono limita ut non aliter procedat, quam si spoliator fundatam haberet suam intentionem de jure, tam in proprietate, quam in possessione juxta quintum intellectum supra

Tercera excepción, tiene cumplimiento la regla cuando por confesión del propio despojado constaba el no derecho del mismo, siendo diversa la solución en caso de duda, conforme a la décima explicación expuesta arriba, a la que puede añadirse la cuarta y séptima explicación; lo que se ha de entender cuando la confesión era manifiesta.

Cuarta excepción, tiene también lugar la regla aun cuando la confesión del despojado sobre no tener derecho, fuera tácita, porque, por ejemplo, aun cuando no manifestara carecer de todo derecho sobre la propiedad de la cosa de que se trataba, sin embargo, preguntado que cuál era la razón de poseer, sólo contestaba «porque poseo» o bien daba una razón sin fuerza alguna o necia, conforme se ha expuesto en la cuarta y séptima explicación arriba declaradas; pero no tendría lugar la regla si hubiera manifestado una causa eficaz y justa de su posesión.

Quinta excepción, que tiene cumplimiento la regla cuando la persona despojada quería adjudicarse todo el derecho, pero no cuando sólo pretendía parte del derecho, por cuya pérdida no se destruía por completo la cosa aun cuando se entregaba al expoliador, que a la vez era dueño, algún tanto menoscabada, conforme a la undécima explicación propuesta, que no considero verdadera.

Sexta excepción, que el citado capítulo *ad decimas* tiene cumplimiento y sólo entonces, cuando por parte del despojado existiera notoria injusticia, conocida por otro medio que no fuera su propia confesión, conforme a la explicación séptima y cuarta expuestas; pero no tendría lugar cuando no constara tal notoriedad contra el despojado.

Séptima excepción, cuando era posible que el despojado tuviera el derecho, pues entonces cesaría el citado capítulo *ad decimas*, conforme a la séptima explicación arriba expuesta.

Octava excepción, que no tiene cumplimiento en las causas que son sólamente espirituales, pero sí en las restantes causas, tanto atendido el derecho canónico cuanto el civil, conforme a la sexta explicación arriba propuesta. Medita sin embargo sobre su verdad.

Novena excepción, que sólamente tiene cumplimiento cuando el expoliador tenía de derecho fundada su intención tanto sobre la propiedad cuanto sobre la posesión, conforme a la quinta explicación arriba expuesta; pero es dudosa, por-

relatum, sed dubito, quia vix ullus fundat intentionem de jure in utroque, sed tantum in proprietate.

Decimo limita, ut procedat quando spoliatus nitebatur in titulo praescriptionis, secus si diceret se quaesivisse per consuetudinem juxta octavum intellectum supra relatum, quod suspectum est.

Undecimo limita, ut non procedat nisi cum esset verisimilis suspicio contra spoliatum, secundum nonum intellectum supra relatum.

Duodecimo intellige quando jus non erat communicabile sine laesione communicantis secus si esset, nam tunc cessaret dict. capitulum ad decimas, & spoliator restituere teneretur illud jus, cujus abscessus sibi parum, aut nihil noceret, juxta intellectum duodecimum supra relatum.

Tertio decimo intellige, quando erat vehemens suspicio contra spoliatum, tunc cessat restitutio, secus si non esset, juxta decimum tertium intellectum supra relatum.

Quarto decimo limita, ut dict. capitu. ad decimas, non procedat quando esset vis ablativa, argumento, §. recuperandae, instit. de interdict. l. 1, C. si per vim vel alio modo, l. si quis ad se fundum, C. ad legem Juliam de vi public. capitu. in literis, de restitutione spoliatorum, cum similibus. Istorum autem intellectuum quos supra retulimus, istarumque limitationum ad dic. capitu. ad decimas, quot aut quales sint in se verae aut literae illius text. arrideant, quotve nec in se verae sint, nec literae consonent, ex supra dictis non obscure apparebit.

que son contados los que tienen de derecho fundada su intención sobre ambas cosas, sino sólamente sobre la propiedad.

Décima excepción, que tiene cumplimiento dicha regla cuando el despojado alegaba título de prescripción, pero no cuando alegara la costumbre como causa de su adquisición, conforme a la octava explicación propuesta; pero es doctrina sospechosa.

Undécima excepción, que dicha regla no tiene cumplimiento sino cuando existiera fundada sospecha contra la persona despojada, conforme a la novena explicación arriba expuesta.

Duodécima excepción, dicha regla se ha de entender cuando el derecho no era comunicable sin perjuicio del comunicante, pero no en el caso contrario, pues entonces cesaría dicho capítulo *ad decimas* y el expoliador estaría obligado a restituir aquel derecho cuya pérdida le ocasionaría un daño pequeño o nulo, conforme a la explicación duodécima arriba expuesta.

Décimatercera excepción, que no tiene lugar la restitución cuando existía vehemente sospecha contra la persona despojada, pero sí en caso contrario, conforme a la explicación décimatercera arriba expuesta.

Excepción décimacuarta, que el citado capítulo *ad decimas* no tiene cumplimiento cuando existiera violencia en el despojo, como lo prueba el §. *recuperandae* (1) y numerosas disposiciones (2). De todas las explicaciones arriba expuestas, y de todas las excepciones referentes al citado capítulo *ad decimas*, cuántas y cuáles son en sí verdaderas o se acomodan a la letra de dicho texto, y cuántas ni son en sí verdaderas ni responden a la letra del texto, podrá colegirse con bastante claridad por lo dicho arriba.

(1) De la Instituta, *de interdictis*.

(2) Tales son: la ley 1.ª del Código, tít. *si per vim vel alio modo;* la ley *si quis ad se fundum*, Digesto, tít. *ad legem Iuliam, de vi publica* y el cap. *in litteris, de restit. spoliatorum* con otras semejantes.

CAPUT LXXXVII

SUMMAE

1. *Titulus an de jure canonico requiratur in praescriptione longissimi temporis, ardua quaestio.*
2. *Praesumuntur etiam ea quae sunt facti post longum tempus in iis quae sunt modici praejudicii.*
3. *Titulus an de jure canonico in praescriptione triginta annorum requiratur, cum adest contra possessorem praescribentem vehemens juris praesumptio.*
4. *Intellectus capitu. 1. de praescriptionib. libro 6.*
5. *Intellectus l. si quis diuturno, ff. si servitus vindicetur.*
6. *Praescriptio longi temporis de jure canonico procedit in iis quae sunt modici praejudicii, licet possidens haberet scientiam juris alieni.*
7. *Mala fides praesumitur de jure canonico in praescribente contra eum qui habebat fundatam intentionem de jure, sed ipsa mala fides tempore purgatur.*
8. *Titulus ad praescribendum de jure canonico non exigitur, ubi agitur de non magno praejudicio.*
9. *Intellectus capitu. cum personae. §. quod si tales, de privileg. lib. 6. & num. 17.*
10. *Intellectus capitu. cum ecclesia, de causa possessio. & propriet.*
11. *Praescribi potest exemptio de jure canonico etiam sine titulo.*

CAPÍTULO LXXXVII

SUMARIO

¿Se exige título, atendido el derecho canónico, en la prescripción de larguísimo tiempo? Cuestión difícil. 1.

Tratándose de perjuicio pequeño, se presumen, después de largo tiempo, aun cosas de hecho. 2.

¿Se requiere, según el derecho canónico, título en la prescripción de treinta años, cuando existe vehemente presunción de derecho contra el poseedor que consigue la prescripción? 3.

Sentido del capítulo 1.° *de praescriptionibus*, libro 6.° 4.

Sentido de la ley *si quis diuturno*, Digesto, título *si servitus vindicetur*. 5.

Según el derecho canónico tiene lugar la prescripción de largo tiempo tratándose de cosas que son de módico perjuicio, aun cuando el poseedor tuviera conocimiento del derecho ajeno. 6.

Se presume mala fe, según el derecho canónico, en aquel que prescribe contra quien tiene su intención fundada en derecho, pero esta mala fe se purifica con el tiempo. 7.

Cuando el perjuicio no es grande, no se exige título para la prescripción, atendido el derecho canónico. 8.

Sentido del capítulo *cum personae*, §. *quod si tales*, *de privilegiis*, libro 6.°, de lo que se trata también en el número 17. 9.

Sentido del capítulo *cum ecclesia*, *de causa possessionis et proprietatis*. 10.

Puede prescribirse aun sin título una exención, atendido el derecho canónico. 11.

12. *Exemptionis in quasi possessione quando quis esse videatur.*
13. *Actor licet fundet intentionem suam de jure, tamen non potest incipere ab executione.*
14. *Fiscus regulariter utitur jure communi.*
15. *Possessionis vel quasi possessionis jus & commodum quanto tempore quis acquirat contra eum qui fundabat intentionem suam de jure.*
16. *Intellectus capitu. ad decimas, de restitut. spoliat. libro 6.*
18. *Hidalguiae vel nobilitatis in possessione vel quasi possessione qui est, an si sibi moveatur lis super tali nobilitate, sit in ea quasi possessione fuendus lite pendente.*
19. *Intellectus l. 6. tituli de los hidalgos libr. 4. ordinamen.*
20. *Intellectus pragm. regis Henrici, & pragm. anni 1403. num. 20.*
21. *Intellectus pragmaticae Legionensis, & prag. Regis Fernandi. Fides incerta earum rerum quae ex remotis regionibus circunferuntur & narrantur.*
22. *Formaliter nunquam leges intelliguntur, quae gratia certitudinis vel probationis aliquid disponunt vel exigunt.*
23. *Legis ratione cessante in particulari an cesset ipsa lex.*
24. *Hidalgus vel nobilis lite pendente an ad munera nobilium eligi possit.*
25. *Accusatione pendente oneratur fama accusati.*
26. *Accusatione pendente non enudatur accusatus sua dignitate.*
27. *Petitorium suspendere & ad possessorium redire an liceat post litem contestatam, ardua quaest.*
28. *Jus civile & canonicum quasi societatem coisse videntur.*

¿Cuándo se considera hallarse una persona en cuasi-posesión de exención? 12.

El actor, aun cuando tenga su intención fundada en derecho, no puede empezar por arrebatar al adversario la cosa de que se trata. 13.

El fisco se acomoda generalmente al derecho común. 14.

¿En cuánto tiempo se adquiere el derecho y ventajas de la posesión o cuasi-posesión contra aquel que tenía su intención fundada en derecho? 15.

Sentido del capítulo *ad decimas, de restitut. spoliatorum*, libro 6.° 16.

Quien está en posesión o cuasi-posesión de hidalguía o nobleza, si se le mueve pleito sobre tal nobleza, ¿ha de ser conservado en ella mientras se resuelve el pleito? 18.

Sentido de la ley 6.ª, título de los hidalgos, libro 4, Ordenamientos. 19.

Sentido de la pragmática del rey Enrique y de la pragmática del año 1405. 20.

Sentido de la pragmática de Juan II dada en León y de otra del rey D. Fernando. 21.

Las cosas que se divulgan y cuentan de remotas regiones nos merecen poca fe.

Las leyes que disponen o exigen alguna cosa para mayor certeza y más fácil prueba, nunca se entienden terminantemente. 22.

Al cesar en un particular la razón de la ley, ¿cesa la misma ley? 23.

¿Puede un hidalgo o noble ser elegido para cargos propios de nobles, estando pendiente el pleito sobre su nobleza? 24.

Estando pendiente la acusación, la fama del acusado yace bajo el peso de la misma. 25.

Estando pendiente la acusación no se despoja al acusado de su dignidad. 26.

¿Puede, una vez contestado el pleito, suspenderse el juicio sobre la propiedad y entablarse el juicio sobre la posesión? Cuestión difícil. 27.

El derecho canónico y civil se consideran unidos en íntima armonía. 28.

1.  INC apparebit an vera sit illa communis opinio, quae habet † quod licet regulariter titulus requiratur in praescriptione longi temporis de jure civili, in princ. insti. de usucap. l. nullo, C. de rei vindicat. l. unica. C. de usucap. transf. l. Celsus, ff. de usucap. qui eo jure in praescriptione triginta annorum necessarius non est, l. sicut l. omnes. l. cum notissimi, C. de praesc. 30. annorum, qui etiam exigitur de jure canonico in longi temporis praescriptione, non sic in praescriptione triginta vel quadraginta annorum cap. de quarta, de praescrip. nisi ubi contra praescribentem alter habebat fundatam intentionem de jure, vel contra eum, erat juris praesumptio, capitu. 1. de praescriptio. in 6. cap. cum personae, §. quod si tales, de privileg. in sexto, tamen hoc ultimum in quo tantum quoad tituli interventum jus canonicum differt a jure civili, non procedit, ubi ageretur de levi laesione aut praejudicio, sed tantum ubi de magno ageretur, ut sic ubi contra praescribentem vel est juris praescriptio, vel alter habet fundatam intentionem de jure sine tituli interventu, etiam 30. annorum praescriptio non procedat cum agitur de magno praejudicio, puta de amissione totius rei, qua de agitur, bene tamen procederet praescriptio cum de leviori damno ageretur, puta de deterioratione non etiam de omnimoda ipsius rei amissione, ista est communis opinio quam tenent Imola in c. de quarta, columna fina. Idem Imola in cap. cum ecclesia Sutrina, de causa possessio. & proprieta. columna fina. & ibi Anto. & sentit ibi Aegidius Bellamera. num. 24. oppositione. 10. Imola in capitu. fin. num. 10. de praescriptio. Anchara. in cap. sine possessione

Por lo expuesto se comprenderá si se ha de tener por verdadera aquella común opinión que sostiene, que aunque generalmente se exige título en la prescripción de largo tiempo, atendido el derecho civil (1), título que no es necesario según tal derecho en la prescripción de treinta años (2), y estando acorde el derecho canónico en exigir título en la prescripción de largo tiempo y no exigiéndolo en la de treinta o cuarenta años (3), sino en el caso en que contra el que prescribe tenga el adversario su intención fundada en derecho, o en que exista contra el primero presunción de derecho (4), sin embargo, este último punto, el único en que difieren el derecho canónico y el civil en cuanto a la existencia de título, no tiene aplicación cuando se trate de ligero daño o perjuicio, sino sólamente cuando interviniera perjuicio grande, de suerte que cuando existe contra el que prescribe presunción de derecho, o el adversario tiene su intención fundada en derecho, no tenga lugar sin intervención de título ni aun la prescripción de treinta años, cuando interviene perjuicio grande, por ejemplo, la pérdida completa de la cosa de que se trata, si bien tendría rectamente lugar la prescripción cuando se tratara de daño más ligero, por ejemplo, del deterioro de la cosa, pero no de la completa pérdida de la misma. Es ésta una opinión común que defienden Imola (5), Ancarano (6), Ripa (7), Romano (8), 1.

(1) Conforme consta por la introd. de la Instituta, *de usucapione;* por la ley *nullo*, Código, *de rei vindicatione;* por la ley única del Código, tít. *de usucap. transformanda* y por la ley *Celsus*, Digesto, *de usucapione*.

(2) Según las leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi*, del Código, tít. de *praescript. 30 annorum*.

(3) Según el cap. *de quarta, de praescriptionibus*.

(4) Conforme al cap. 1.° *de praescriptione in 6.°* y al cap. *cum personae*, §. *quod si tales, de privilegiis*.

(5) Al exponer el cap. *de quarta*, colum. final, el cap. *cum ecclesia Sutrina, de causa posses. et proprietatis*, colum. final, donde siente lo mismo Antonio, y Gil Bellamera, núm. 24, objec. 10, e Imola también en el cap final, núm. 10, *de praescriptionibus* y en el cap. *si diligenti*, núm. 15, *de praescript.* donde Felino expone lo mismo, núm. 7.

(6) En el cap. *sine possessione, de regulis juris in 6.°*, colum 9.

(7) Al exponer el cap. *cum ecclesia*, colum. penúlt.

(8) Comentando la ley *sequitur*, §. *si viam*, Digesto, *de usucapionibus*.

de regulis juris in sexto, columna 9. Imola in capitu. si diligenti, num. 15. de praescriptio. ubi Felinus num. 7. Ripa in d. cap. cum ecclesia, columna penulti. Romanus in l. sequitur, §. si viam, ff. de usucap. sequitur & dicit communem opinionem Balbus, de praescriptio. 2. par. 3. partis principalis, quaestio. 6. num. 30. Dynus, num. 31. in regula possessor, de regulis juris, libro 6. Bartolus, Paulus, & Florianus, num. 38. in l. servitutes, mag. ff. de servi. est communis secundum Covarru. resol. libro 1. capitu. 17. num. 7. sentit Glo. in d. c. cum ecclesia, verb. brevitatem.

Qui omnes & iterum Balbus de praescr. in 1. par. 3. par. quaestio. 10. ita intelligunt text. in l. si quis diuturno, in princ. ff. si servi. vindic. ubi palam dicitur citra tituli interventum procedere praescriptionem servitutis, & tamen cum agitur de praescribenda cujusque rei proprietate seu dominio titulus exigitur, sed quia de leviore laesione agitur illo casu quam isto, id toleratur secundum communem sententiam supra relatam, a qua novissime discedit Covarru. ubi supra, motus, quod ut sibi videtur, non leve damnum est, si fundus liber servus fiat. Sed defendendo communem, respondeo hanc solutionem communem non positive, sed comparative sumendam esse, facta ad totius rei qua de agitur interitum vel amissionem comperatione, longe enim levius est pati servitutem realem quam totam rem amittere, longeque facilius admittitur cujusque rei deterioratio quam ipsius omnimoda amissio vel interitus, ut in l. cum quaestio, ubi notat Corneus, num. 6. C. de lega. & in cap. cum ecclesia Sutrina, de causa posses. & proprieta. juncto capitu. 1. de praescrip. in 6. quem text. similiter ita intelligunt omnes fere Doctores supra relati dicentes, quod in dict.

Balbo que la defiende como opinión común (1), Dino (2), Bartolo, Pablo y Floriano (3), siendo opinión común según el parecer de Covarrubias (4), y de la glosa en el capítulo *cum ecclesia* en la palabra *brevitatem*.

Todos los cuales autores y de nuevo Balbo, *de praescriptione* (5), entienden así el texto de la ley *si quis diuturno* (6), en la que abiertamente se dice que sin intervención de título tiene lugar la prescripción de una servidumbre, y, sin embargo, cuando se trata de la prescripción de la propiedad o dominio de cualquier cosa, se exige título, pero porque en el primer caso se trata de perjuicio menor que en el segundo, por eso en aquél se tolera dicha prescripción, conforme a la común opinión arriba expuesta, de la que sin embargo se aparta últimamente Covarrubias (7), fundado en la razón de que a su parecer no es daño ligero el que un fundo libre incurra en servidumbre. Pero en defensa de la común opinión diré que dicha solución común no se ha de tomar absoluta, sino comparativamente, haciendo referencia a la destrucción o pérdida completa de la cosa de que se trata, pues es daño mucho menor el sufrir una servidumbre real que el perder por completo la cosa, y con mucha mayor facilidad admitimos el deterioro de una cosa cualquiera que la pérdida o destrucción completa de la misma, según consta por la ley *cum quaestio* (8), por el capítulo *cum ecclesia Sutrina* (9), junto con el capítulo 1.° *de praescriptionibus*, texto que explican del modo dicho casi todos los doctores arriba citados, afirmando que la razón de exigirse título en dicho capítulo 1.°, era por tratarse de la pérdida de la propiedad o dominio de una cosa, mientras que en el capítulo *cum ecclesia* se trataba no de la pérdida completa del derecho de elegir, sino sólo de extenderlo también a otros, lo que representa un daño mucho menor, por lo que con

(1) *De praescript.* en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 6.ª, núm. 30.
(2) En el núm. 31 en la regla *possessor, de regulis juris*, lib. 6.°
(3) En el núm. 38 acerca de la ley *servitutes mag.*, Digesto, *de servitutibus*.
(4) En sus *resoluciones*, lib. 1.°, cap. 17, núm. 7.
(5) En la 1.ª parte de la 3.ª parte, cuest. 10.
(6) En la introd. de la Instituta, tít. *si servitus vindicetur*.
(7) *Ubi supra*.
(8) Del Código, tít. *de legatis*, donde así lo nota Corneo, núm. 6.
(9) *De causa possession. et proprietatis*.

capitu. 1. ideo titulus exigebatur, quia agebatur de amittenda proprietate rei vel dominio, at in dicto capitu. cum ecclesia, agebatur non de amittendo ex toto eligendi jure, sed de eodem cum aliis communicando, quod damnum longe levius est, sicque longe facilius admittitur aut toleratur, nam & similiter quamvis regulariter titulus non praesumatur l. nullo. C. de rei vindica. l. Celsus, ff. de usucapio. capit. 1. de praescript. in 6. tamen quando agitur de leviore praejudicio bene praesumitur, & ideo ex longa possessione pro diviso titulus divisionis praesumitur, quia levius damnum est in aliqua parte rei per modum divisionis nos laedi, quam si in amissione totius rei laederemur, ita tenuit Gloss. communiter ibi approbata in l. pe. C. communi. divi. quam praeter Doctores ibi sequuntur Florianus. columna penulti. ad fi. & Paulus columna fina. in l. servitutes, mag. ff. de servitutibus & est ex mente Bart. & aliorum ibi, eamque sequuntur communiter Docto. in l. si certis annis, C. de pact. praesertim Cyn. & Baldus & Jaso. num. 11. qui eam dicit communiter approbatam, Baldus in l. 1. columna 5. C. de fideicommissis, Antonius in capitu. pervenit, de censibus, Nicol. de Neap. in §. quaedam, quaestione 4. post Gl. instit. de actio. Facit ff. de pub. in rem actio. l. si ego, §. 1. ibi, per traditionem, vel per patientiam, l. 1. §. fina. ff. de servit. urba. praediorum, l. 5. §. dare, ff. de usufr. ubi in servitutibus concedendis vel constituendis sola patientia loco traditionis & concessionis habetur, quasi concessio ex sola conjectura illius tolerantiae & patientiae colligatur & praesumatur, quia agitur de leviore praejudicio, quae tamen concessio ex sola illa tolerantia non praesumeretur, si ageretur de ipsius rei amissione, ut dict. l. Celsus, & dict. l. nullo, cum simili. supra allegatis.

2.

mucha mayor facilidad se admite y tolera. Porque del mismo modo, aun cuando por regla general no se presume el título (1), sin embargo, fácilmente se presume cuando se trata de perjuicio insignificante y por eso en virtud de la larga posesión *pro diviso*, se presume título de división, porque es daño menor el que por medio de la división seamos perjudicados en alguna parte de aquella cosa, que si fuéramos perjudicados en la total pérdida de la misma, así lo defendió la glosa comúnmente admitida en la ley penúltima del Código, título *communi dividundo;* glosa que además de los doctores al comentar dicha ley, la admiten Floriano y Pablo [de Castro] al comentar la ley *servitutes* 2.
mag. (2), siendo conforme al sentir de Bartolo y de otros autores en tal lugar; admítenla comúnmente los doctores al comentar la ley *si certis annis* (3) y principalmente Cino, Baldo y Jasón, en el número 11, quien dice ser generalmente admitida, Baldo (4), Antonio (5) y Nicolás de Nápoles (6). Confirman lo mismo varias leyes (7), en las que tratándose de conceder o constituir una servidumbre, la sola tolerancia se considera hacer las veces de tradición y concesión, como si por la sola conjetura de aquella tolerancia y paciencia se presumiera ya y coligiera la concesión por tratarse de perjuicio insignificante, siendo así que si se tratara de la pérdida completa de dicha cosa no se presumiría tal concesión en virtud de sola aquella tolerancia, como consta por las leyes *Celsus y nullo* con otras semejantes antes aducidas.

(1) Según consta por la ley *nullo*, Código, *de rei vindicatione;* por la ley *Celsus*, Digesto, *de usucapione*, y por el cap. 1.º *de praescript. in 6.º*

(2) Del Digesto, *de servitutibus;* Floriano en la colum. penúlt., y Pablo en la colum. última.

(3) Del Código, tít. *de pactis.*

(4) Acerca de la ley 1.ª del Código, tít. *de fideicommissis*, col. 3.ª

(5) En el cap. *pervenit, de censibus.*

(6) En el §. *quaedam*, cuest. 4.ª, Instituta, *de actionibus*, siguiendo el sentir de la glosa.

(7) Tales son: la ley *si ego*, en el §. 1.º, Digesto, tít. *de public. in rem actione*, en las palabras «por la tradición o por la paciencia»; la ley 1.ª, §. final, Digesto, tít. *de servit. urban. praediorum* y la ley 3.ª, §. *dare*, Digesto, *de usufructu.*

3. Alter sensus † ad d. jura est ut d. cap. 1. de praescriptio. libro 6. procedat quando aderat vehemens juris prohibitio, ut tunc citra tituli interventum praescriptio non procedat, non sic quando non tam vehemens erat juris prohibitio, ut tunc etiam absque titulo possit contingere, & ita procedat d. c. cum ecclesia Sutrina, & dict. l. si quis diuturno, ita tenent

4. Decius consi. 134. viso, columna fina. dissertissimus Covarru. variarum resolutionum, libro 1. capitu. 17. num. 7. Balbus de praescriptio. 2. par. 3. partis principalis, quaestione 6. ad fin. Innocentius in d. cap. si diligenti, Corasius in dict. l. servitutes, num. 35. Abbas, in dict. capitu. si diligenti. num. 34. quod & tenent alii quamplures, quos referunt Imola & Aegidius Bellamera, in d. capit. cum ecclesia, oppositione 10, num. 24, sed ista differentia nemini placere debet, cum quod parum instruit, tum quod data paritate terminorum utrobique par prohibitio est, ut enim episcopo jura episcopalia in aliena jurisdictione aut dioecesi exercere vetitum est, d. cap. 1. ita quoque servitutem super rebus alienis habere, nulla extrinsecus accedente causa, concessum est nemini, ut dic. l. si quis diuturno, juncta l. altius, C. de serv. facit. l. fina. C. de rebus alien. non alien. & ut juris praesumptio in terminis dict. capit. 1. faciebat contra praescribentem, ita etiam faciebat in terminis d. l. si quis diuturno, per d. l. altius, itaque nulla extrinsecus accedente causa utrobique par impedimentum erat, accedente vero voluntate & concessione expressa vel tacita seu praesumpta ejus, de cujus praejudicio agebatur, cessabat utrobique impedimentum, & ita potest intelligi dict. capitu. cum ecclesia, juncto capitu. 2. de in integrum resti. secundum Aegidium ubi supra opp. 11. ad fi. scilicet in d. cap. cum ecclesia, de causa poss.

Otra explicación a las citadas disposiciones es que el 3.
capítulo 1.° *de praescriptioni.*, libro 6.°, tiene aplicación cuando existe vehemente prohibición de derecho, en cuyo caso no tiene lugar la prescripción si no interviene título; no sucediendo lo mismo cuando no sea tan terminante la prohibición de derecho, pudiendo entonces tener lugar la prescripción aun sin título, y en este sentido tiene aplicación el capítulo *cum ecclesia Sutrina*, y el capítulo *si quis diuturno* ambos citados; así lo defienden Decio (1), el elocuentísimo Covarrubias (2), Balbo (3), Inocencio (4), el Abad (5) y otros muchos autores que citan Imola y Gil Bellamera, al exponer 4.
el capítulo *cum ecclesia* (6); pero la anterior diferencia a nadie puede agradar, ya por lo poco que aclara el asunto, ya también porque en ambos casos, dada la igualdad de términos, la prohibición es la misma; porque así como al obispo le está prohibido (7) el ejercer derechos episcopales en ajena jurisdicción o diócesis, así también a nadie se le ha concedido la servidumbre sobre cosas ajenas si no interviene en su apoyo alguna causa extrínseca (8); y así como existía presunción de derecho contra el que prescribía en el caso a que se refiere el citado capítulo primero, así también existía la misma presunción en los casos de las leyes *si quis diuturno* y *altius*. Así pues, si no intervenía además alguna causa extrínseca, en ambos casos existía el mismo impedimento; pero si sobrevenía la voluntad o concesión expresa o tácita o presunta de aquel de cuyo perjuicio se trataba, en ambos casos cesaba el impedimento y así puede entenderse el capítulo *cum ecclesia*, juntamente con el capítulo 2.° *de in integrum restitutione*, según lo expone Gil Bellamera (9).

(1) Dictamen 154, *viso*, colum. final.

(2) En sus «resoluciones varias», lib. 1.°, cap. 17, núm. 7.

(3) En el tratado *de praescriptione*, en la 2.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 6.ª al final.

(4) Al exponer el cap. *si diligenti;* lo mismo expone Corasio en la citada ley *servitutes*, núm. 34.

(5) Sobre el mismo cap. *si diligenti*, núm. 34.

(6) En la *oppositio 10.ª*, núm. 24.

(7) Según el cap. 1.° citado.

(8) Conforme al cap. *si quis diuturno*, junto con la ley *altius* del Código, *de servitutibus;* hace también al caso la ley final, Código, *de rebus alienis non alienandis.*

(9) *Ubi supra, oppositio 11.ª*, al final, a saber, en el cap. *cum ecclesia, de causa possessionis.*

Tertius intellectus ad dicta jura fuit, speciale esse in juribus incorporalibus, ita tenent Gl. in dict. capitu. cum ecclesia, verb. brevitatem, & Paulus Castrensis in d. l. servitutes, columna penult. num. 7. cum sequen. ratio, quia in his incorporalibus quasi possessio initium capit a tempore scientiae, & patientiae domini praedii servientis, l. 2, C. de servitu. l. penultim. ff. eodem, & ille qui patitur & tolerat, ex legis interpretatione post longum tempus servitutem concessisse videtur, l. si ego, §. 1. ubi per Gloss. & communiter Doctor. ff. de public. in rem actio. l. 1, §. final. ff. de servitu. rusticorum praediorum, l. 3. §. dare, ff. de usufruc. ratio rationis, quia talis concessio levioris praejudicii est, quam totius rei amissio, ut ex superioribus edocemur, & ita potest intelligi d. capitu. cum ecclesia, & d. l. si quis diuturno, in quibus & agebatur de jure incorporeo & patientia pro concessione habetur, & de leviore praejudicio agebatur: quia non agebatur de amissione totius rei vel juris, sed tantum de deterioratione, non sic si ageretur de amittenda tota re vel jure, vel quota parte rei, vel juris ut in de capitu. 1, de praescr. lib. 6.

Quartus intellectus, ut aliud sit de jure canonico, aliud de jure civili, sed id licet ita sentiant Paulus, & Florianus in dict. l. servitutes, non est tenendum, argum. l. si quando, in prin. C. de inoff. testa.

Quintus intellectus quod quasi possessio, de qua in d. capitu. cum ecclesia, & in dict. l. si quis diuturno, non tam erat contra jus quam praeter jus, at in dic. capitu. 1. erat contra jus, ita Bellamera num. 24, in d. capitu. cum ecclesia, post Gloss. ibi, verb. brevitatem, sed id parum instruit.

Sextus intellectus, quod sit speciale in ecclesia, contra

La tercera explicación dada a las citadas disposiciones es que tratándose de derechos incorpóreos, el caso es de naturaleza especial, según consta por la glosa en el capítulo *cum ecclesia* en la palabra *brevitatem*, y por Pablo de Castro (1), y la razón es porque en estas cosas inmateriales la cuasi-posesión comienza desde el momento en que el dueño de la finca sujeta a servidumbre, lo sabe y lo tolera (2); y quien sufre y tolera, interpreta la ley que trascurrido largo tiempo parece haber concedido la servidumbre, según consta por varias disposiciones (3). La razón de dicho argumento es que tal concesión es menos perjudicial que la pérdida completa de la cosa, según conocemos ya por lo arriba tratado y así puede explicarse el capítulo *cum ecclesia* y el capítulo *si quis diuturno*, en los cuales se trataba, por una parte, de un derecho incorpóreo, por otra la tolerancia del dueño se tenía por concesión, y finalmente el perjuicio era pequeño; porque no se trataba de la pérdida total de la cosa o derecho, sino sólo de cierto deterioro de la misma; cosa diversa sería si, como sucede en el caso del capítulo 1.° *de praescript.* libro 6.°, se tratara de la pérdida de toda la cosa o derecho, o aun de una parte determinada de dicha cosa o derecho.

Cuarta explicación: que es diversa la solución según se atienda al derecho canónico o al derecho civil; pero esta explicación, aunque así la defiendan Pablo y Floriano, no puede admitirse, según consta por la ley *quando* (4).

Quinta explicación: que la cuasi-posesión a que se refieren los citados capítulos *cum ecclesia* y *si quis diuturno*, no tanto era contra derecho, cuanto fuera de derecho, mientras que en el citado capítulo 1.° era contra derecho; así lo expone Bellamera (5); pero esta explicación aclara poco el asunto.

Sexta explicación: que la solución es especial respecto a la iglesia, contra la cual no puede prescribirse sin título,

---

(1) Al comentar la ley *servitutes*, colum. penúlt., núm. 7 y siguientes.

(2) Conforme a la ley 2.ª del Código, *de servitutibus* y a la ley penúlt. del mismo título.

(3) Tales son: la ley *si ego*, §. 1.°, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*, donde así lo expone la glosa y los doctores; la ley 1.ª, §. final, Digesto, *de servit. rustic. praediorum* y la ley 3.ª, §. *dare*, Digesto, tít. *de usufructu*.

(4) En la introducción, Código, tít. *de inoffic. testamento*.

(5) En el cap. *cum ecclesia*, siguiendo el sentir de la glosa.

quam sine titulo non praescribitur, ut in d. capitu. 1. aliud in reliquis causis, cum sumus in praescriptione longissimi temporis, l. sicut, l. omnes, l. cum notissimi, C. de praescriptio. triginta annorum, ita Paulus colum. penulti. & Florianus eadem colum. in d. l. servitutes, sed casum dicere specialem est refugium miserorum, Gloss. in l. filium quem C. famil. erciscun. sicque hunc intellectum reprobat Ang. in §. aeque, institu de actio, & alii communiter.

Septimus intellectus quod in d. capitu. cum ecclesia, & in d. l. si quis diuturno, titulus fuit allegatus, quem possessor probare nitebatur, & probavit per continuam longi temporis possessionem, ita Gloss. secundum unum intellectum d. l. si quis diuturno, Angel. in d. l. servitutes, Balbus de praescription. part. 1. 3. part. princip. quaestio. 10. num. 7. Sed nihil est: primum, quia divinat, deinde quia tunc non longissimum tempus exigeretur, sed decennium sufficeret, l. cum de in rem verso, cum ibi notatis, ff. de usuris, postremo, quia ut titulus allegatus per longi temporis praeteritionem praesumatur, non sufficit sola patientia ejus contra quem agitur, quinimo actus quamplures ipsius positive desiderantur, ut tradunt Bart. & communiter Doctor. in d. l. servitutes, & plerique scribentium in l. si certis annis, C. de pact. licet & intellectum hunc, quem impugnamus, tenuerit etiam Florianus num. 39. in d. l. servitutes, sed ab ipso discedit Paulus ibi, num. 9. diximus supra, ca. incip. annuae praestationes, cum duob. seq.

Octavus intellectus, quod d. capit. 1. de praescriptio. in 6. procedat in jure quaerendo per interventum praescriptionis, quae sine titulo contingere non potest, ut ibi, sed d. capitu. cum ecclesia, procedat in jure quaerendo, per usum & consuetudinem, quae titulum non desiderat, & ita

como sucede en el citado capítulo 1.°, pero que en las restantes causas es diversa la solución, refiriéndonos a la prescripción de larguísimo tiempo (1); así lo exponen Pablo y Floriano (2), pero el recurrir a que es un caso especial es un recurso muy pobre (3), por lo que Angel (4) y en general otros autores rechazan este sentido.

Séptima explicación: dice que en el caso del capítulo *cum ecclesia* y *si quis diuturno* hubo alegación de título, que el poseedor se esforzaba en probar y probó por la posesión no interrumpida durante largo tiempo; así lo expone la glosa en la ley *si quis diuturno*, según algunos la entienden, así Angel (5) y Balbo (6). Pero no puede admitirse: primero, porque son puras invenciones; segundo, porque entonces no se exigiría posesión durante larguísimo tiempo, sino que sería suficiente un decenio (7); finalmente, porque para que en virtud del largo tiempo trascurrido se presuma el título alegado, no es suficiente la sola tolerancia de aquel contra quien se ejerce la acción, sino que se requieren positivamente numerosos actos del mismo, según lo enseña Bartolo y comúnmente los doctores al exponer la citada ley *servitutes*, y la mayor parte de los que comentan la ley *si certis annis* (8), aun cuando Floriano (9) haya defendido también esta explicación que rechazamos, si bien Pablo se aparta en este punto del parecer de Floriano (10). Sobre esto hemos tratado ya arriba en el capítulo que empieza *annuae praestationes* y en los dos siguientes.

Octava explicación: que el capítulo 1.° *de praescript.*, libro 6.°, tiene aplicación cuando se trata de la adquisición de un derecho por medio de la prescripción, que sin título

(1) Conforme a las leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi* del Código, tít. *de praescriptione 30 annorum.*

(2) Ambos al comentar la ley *servitutes* en la colum. penúltima.

(3) Véase la glosa en la ley *filium quem* del Código, tít. *familiae erciscundae.*

(4) En el §. *aquae*, Instituta, *de actionibus.*

(5) Al exponer la citada ley *servitutes.*

(6) En el tratado *de praescript.* en la 1.ª parte de la 3.ª parte principal, cuest. 10, núm. 7.

(7) Conforme a la ley *cum de in rem verso*, Digesto, tít. *de usuris* con lo en ella notado.

(8) Del Código, tít. *de pactis.*

(9) En la citada ley *servitutes*, núm. 39.

(10) En el núm. 9, sobre la misma ley.

etiam procedat d. l. si quis diuturno, ita tenent Archidiaco. & Dominicus in d. cap. 1. & Decius columna penultim. in consilio. 134. viso, sed is intellectus parum instruit, deinde etiam videtur contra text. in d. capitu. cum ecclesia Sutrina, ibi, nisi alibi secus obtineat de consuetudine speciali, junctis illis verbis usque ad praescriptionem legitimam, ubi pro eodem sumitur consuetudo & praescriptio quoad effectum quo de agimus.

5. Quid dicendum? & in primis videamus de intellectu d. l. si quis diuturno, & ibi sane non tam praescriptione poenae dixerim contingere illius juris acquisitionem, quam ipsius domini concessione, nam in illis servitutibus, quia inspecta legis censura, vel interpretatione agi videtur de leviore praejudicio, quam si ageretur de amittenda re ipsa, ex toto, vel ex parte quota, ideo qui patitur vicinum tali servitute uti, post longam vel longi temporis tolerantiam, jus servitutis
6. concessisse ac tradidisse videtur, l. 2. C. de servitu. l. si ego, §. 1. ff. de publici. ibi per traditionem constitutis, vel per patientiam forte, l. 1. §. fina. de servit. rusticorum praediorum, tradunt Florianus colum. penulti. & Paul. Castren. colum. penulti. & alii communiter in d. l. servitutes, & omnes in d. l. 2. licet si ageretur de praescribenda seu amittenda tota ipsa re vel quota ejus parte per solam etiam longi temporis patientiam, non videremur rem nostram concessisse, quasi tunc inspecta legis censura, vel interpretatione agatur de graviore amissione seu praejudicio, in quo quisque non tam facilis esse creditur ad concedendum, d. l. Celsus, ff. de usucapion. d. l. nullo, C. de rei vindica.

Nam & similiter, quia cujusque rei possessio non tanti fit quanti ejus rei proprietas, per patientiam longi temporis &

no puede tener lugar como en el caso allí citado; mientras que el capítulo *cum ecclesia* se refiere a la adquisición de un derecho por medio del uso o costumbre, y así procede también el capítulo *si quis diuturno;* la anterior explicación la defienden el Archidiácono, Domingo (1) y Decio (2). Pero tal explicación, además de aclarar poco el asunto, parece ser contraria al texto del citado capítulo *cum ecclesia Sutrina* en las palabras «a no ser que en otros sitios por costumbre especial se siga otra práctica», junto con aquellas palabras «hasta la legítima prescripción», en donde en cuanto al efecto de que tratamos se toman por una misma cosa costumbre y prescripción.

¿Qué solución daremos? En primer lugar, veamos cuál 5.
es el sentido de dicha ley *si quis diuturno*, en la que en verdad casi aseguraría yo tener lugar la adquisición de aquel derecho no tanto por la prescripción cuanto por concesión del propio dueño; porque en semejantes servidumbres como atendido el criterio e interpretación de la ley, se considera tratarse de un perjuicio menor que si se tratara de la pérdida de la misma cosa, ya en su totalidad o ya en parte determinada de la misma, por tal razón quien tolera que un vecino disfrute de tal servidumbre, se considera que ha concedido y dado aquel derecho de servidumbre después de la tolerancia durante largo tiempo, según consta por varias leyes (3) y
lo enseñan Floriano, Pablo de Castro y comúnmente los 6.
autores al exponer la citada ley *servitutes*, y todos ellos en la citada ley segunda. Aun cuando si se tratase de la prescripción o pérdida completa de la cosa misma o de parte determinada de ella, no se consideraría que por la sola tolerancia aun de largo tiempo habíamos concedido aquella cosa nuestra, como si en este caso, atendido el criterio e interpretación de la ley, se tratara de pérdida o perjuicio más considerable, en cuya concesión nadie se considera ya tan fácil (4).

(1) Al exponer el cit. cap. 1.º *de praescript.*

(2) Dictamen 134, *viso*, colum. penúl.

(3) Por la ley 2.ª del Código, tít. *de servitutibus;* por la ley *si ego*, §. 1.º, Digesto, tít. *de publicanis* en las palabras «constituidos por la tradición o por la tolerancia» y por la ley 1.ª, §. final, *de servit. rustic. praedior.*

(4) Conforme a la ley *Celsus*, Digesto, *de usucapione* y a la ley *nullo*, Código, *de rei vindicatione.*

etiam brevioris ejus amissio inducitur ex parte domini, & acquisitio contingit possessori citra ullius tituli interventum, ut ex communi opinione resolvit Jaso. in l. naturaliter, §. nihil commune, num. 84. ff. de acquiren. possessio. Idem in l. 1. colum. fina. C. de servi. fugiti. post Gloss. ibi Gloss. Paul. & Alexan. in l. si de eo, §. fina. ff. de acquirend. possessio. neque cuiquam ipse possessor in mala fide videri debet constitutus, quia ut lex interpretatur dominum concesisse ex tam longa tolerantia ac patientia, ita quoque justissime interpretata est eundem possessorem fiduciam habuisse de concessione illius, sicque bona fide destitutum minime fuisse, huicque legis interpretationi standum est, quia certitudo hujus rei cum pendeat ex animo possidentis ipsius, soli Deo nota & comperta esse potest. Nam & similiter licet furtum sit contrectatio rei alienae invito domino lucri faciendi causa, ut §. furtum, institu. de obligatio. quae ex male. nasc. tamen licet rem tuam contrectem lucri faciendi causa, si te permissurum juste putavi, furtum fieri minime videtur, ut tradunt Gloss. 2. in d. §. furtum, & ibi communiter Docto. ergo & in specie nostra in mala fide esse non videbitur, qui per longum tempus jugiter fuit in quasi possessione servitutis super fundo vicini sui ipso sciente & tolerante, sicque cessante omnino mala fide, servitutis acquisitio contingit, idemque erit in acquirenda per talem continuam adversarii patientiam possessione. Diversum est in usucapione longi temporis quae per tituli interventum contingit: haec enim domino etiam omnino ignorante & sic nec vere, nec interpretative concedente, nobis contingit, l. fina. C. de longi tempor. praesc. & ideo, l. 3, ff. de usucapion. ait, hanc acquisitionem non quasi per domini concessionem, sed per solam possessionis continuationem nobis contingere, cum

Lo mismo que sucede en otros casos; así la posesión de una cosa cualquiera no se aprecia en tanto como la propiedad de la misma; por eso, por la tolerancia durante largo tiempo y aun por más corto plazo, se infiere la pérdida de la posesión por parte del dueño y tiene lugar la adquisición de la misma por el poseedor, sin que intervenga título alguno, como basado en la común opinión lo resolvió Jasón al comentar la ley *naturaliter* (1) y la glosa, Pablo y Alejandro en la ley *si de eo* (2). Y nadie ha de juzgar que dicho poseedor está constituido en mala fe; porque así como la ley interpreta la concesión del dueño en virtud de tan duradera tolerancia y paciencia, así también con la mayor justicia ha interpretado que el propio poseedor ha creído en tal concesión y por tanto que de ningún modo ha carecido de buena fe, debiendo atenernos a esta interpretación de la ley, ya que la certeza en este punto, dependiendo del ánimo del propio poseedor, de solo Dios puede ser conocida y a él solo le es manifiesta. Del mismo modo aunque el hurto es la sustracción de una cosa ajena contra la voluntad del dueño con el fin de percibir lucro (3), sin embargo, aun cuando sustraiga una cosa tuya con el fin de conseguir lucro, si creí justamente que tú lo permitirías, de ningún modo se considera que cometo hurto, según lo enseña la glosa y generalmente los doctores al comentar el citado §. *furtum;* del mismo modo, pues, en nuestro caso no se considera estar en mala fe quien durante largo tiempo y sin interrupción alguna estuvo en cuasi-posesión de una servidumbre sobre el fundo de un vecino con el conocimiento y tolerancia de éste; por consiguiente, al cesar por completo la mala fe, tiene lugar la adquisición de la servidumbre, lo mismo que sucederá también cuando se trata de la adquisición de la posesión en virtud de dicha no interrumpida tolerancia del adversario. Cosa diversa sucede en la prescripción de largo tiempo que tiene lugar por la intervención de título, pues ésta se realiza aun con la completa ignorancia del dueño y por tanto sin su concesión ni verdadera ni

(1) En el §. *nihil commune,* núm. 84, Digesto, *de acquir. posses.* y en la ley 1.ª, colum. final, Código, tít. *de servis fugitivis* siguiendo el sentir de la glosa.

(2) En el §. final, Digesto, tít. *de acquir. possessione.*

(3) Según el §. *furtum,* Instituta, *de obligat. quae ex malef. nascuntur.*

superior servitutis acquisitio magis veluti ex domini concessione nobis contigisse videatur, & ideo ejus scientia desideretur, dict. l, si ego, §. 1. ff. de publi. in rem actio. juncta, l. 3. ff. de usucapionibus.

Et cum exuberantior bona fides jure canonico in praescriptionibus admittendis exigatur, capitu. possessor, de reg. juris libro 6. c. si diligenti, cap. fina. de praescrip. & mala fides cum pendeat ex animo nostro probari non possit, nisi
7. praesumptive, † justissime praesumitur eo jure mala fides in eo qui possidet aliquid, in quo alius fundat intentionem suam de jure, vel quando est praesumptio juris contra talem possidentem, quia ista jurium praecepta omnibus nota aut sunt aut esse debent ac praesumuntur l. leges sacratissimae. C. de legib. unde qui in tali possessione vel quasi fuerit, semper intelligetur esse in mala fide, id est, in scientia rei vel juris alieni, ut in capitu. 1. de praescr. in 6. qui ita est intelligendus, sicque praescribere non poterit, ut ibi.

Neque ad rem pertinuit quod ibi dicatur esse posse in bona fide quem, quae tamen sibi non proderit, donec titulum ostenderit, nam intelligendus est ille tex. in eo qui habebat titulum putativum (puta quia procurator sibi nuntiaverat titulum sibi datum vel aliter) tunc enim revera habet bonam fidem, quae tamen sibi ad praescribendum non sufficit, nisi titulum ostendat, quando est contra eum juris praesumptio vel fundamentum juris, nam quemadmodum de jure civili ubi requiritur titulus ad praescribendum, id est, justa causa possidendi, quae causetur ex titulo praeambulo, licet sufficiat titulus putativus ortus ex justo errore l. non solum, §. quod vulgo ff. de usucap. l. quod vulgo, ff. pro empto. tamen non sufficeret, si oriretur ex injusto & fatuo errore, ut dd. ll. & l. fina. ff. pro suo l. pro legato, l. fina. cum Gloss. ff. pro

interpretativa (1). Por eso la ley 3.ª del Digesto *de usucapione* dice que esta adquisición no tiene lugar como por concesión del dueño, sino por la sola continuación de la posesión, mientras que la adquisición de la servidumbre de que antes tratamos, más bien parece haber tenido lugar como por concesión del dueño, por lo que se exige el conocimiento de éste (2).

7. Pero como el derecho canónico para admitir las prescripciones exija en mayor grado la buena fe (3), y no pudiéndose probar sino por presunción la mala fe, puesto que depende de nuestro ánimo, justísimamente presume dicho derecho mala fe en aquel que posee algo sobre lo que otro tiene su intención fundada de derecho o cuando contra tal poseedor existe presunción de derecho; porque de todos son o deben ser o se presumen ser conocidos los preceptos de tales leyes (4); por consiguiente, a quien persevera en tal posesión o cuasi-posesión siempre se le considerará estar en mala fe, ésto es, en el conocimiento de que aquella cosa o derecho es ajeno y por tanto no podrá conseguir la prescripción, como consta por el capítulo 1.° *de praescript.*, que de este modo ha de ser entendido.

Ni ofrece la menor dificultad el que en aquel capítulo se diga que puede uno hallarse en buena fe, la que sin embargo nada le aprovechará hasta que haya mostrado el título de la posesión; porque aquel texto se ha de entender referirse a quien creía estar en posesión de título (por ejemplo, porque su procurador le comunicó habérsele otorgado o por otra razón), pues entonces en realidad se halla en buena fe, la que sin embargo no le es suficiente para la prescripción si no muestra además título, en el caso de que contra él exista presunción de derecho o una intención fundada en derecho. Porque así como, según el derecho civil, cuando para la prescripción se exige título, ésto es, causa justa de poseer nacida de título anterior a la posesión, aun cuando sea suficiente el título putativo nacido de justificado error (5),

(1) Según la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescriptione.*

(2) Conforme a la citada ley *si ego*, §. 1.°, Digesto, *de publiciana in rem actione* junto con la ley 3.ª del Digesto, tít. *de usucapionibus.*

(3) Según el cap. *possessor, de regulis juris*, lib. 6.° y el cap. *si diligenti* y final *de praescriptionibus.*

(4) Según consta por la ley *leges sacratissimae* del Código, tít. *de legibus.*

(5) Según la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, tít. *de usucapione* y la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro emptore.*

legato, ita quoque de jure canonico, quando desideratur justa causa possidendi ad praescribendum, & sic titulus, quod accidit quando contra possidentem est juris praesumptio vel fundamentum juris, non sufficit sola bona fides orta ex causa vel titulo fatuo & intolerabili, licet sufficeret si oriretur ex titulo putativo, non fatuo, ut dict. capitu. 1. Itaque de jure canonico ad praescriptionem annorum 30. vel 40. (nam de ea loquitur dict. c. 1.) regulariter non exigitur titulus verus nec etiam putativus, unde indubitanter sufficeret putativus ortus etiam ex errore fatuo, ut dict. capitu. 1. at speciale est in casibus, quibus contra possidentem erat jus commune vel juris praesumptio, ut tunc titulus exigatur, sicque suffi-
8. ceret verus vel putativus ortus ex errore probabili, sed non sufficeret putativus ortus ex errore fatuo, ut diximus. Istud tamen speciale, de quo in dict. cap. 1. procedit, ubi ageretur de magno praejudicio, ut ibi, secus si ageretur de leviore, ut in cap. cum ecclesia Sutrina, de causa possessio. & pro-
9. prieta. & in cap. cum personae, §. quod si tales, de privileg. in 6. quod enim aliquis clericus per privilegium Summi Pontificis sit exemptus a jurisdictione episcopi sive dioecesis, id respectu ipsius episcopi nullus negabit, quin levioris sit praejudicii, ut d. §. quod si tales. Item quod cum canonicis in electione episcopi alii clerici convicini concurrerent, similiter
10. levioris est praejudicii, ut dict. capitu. cum ecclesia, cum ibi traditis per Docto. praesertim per Aegidium Bellameram oppositione. 8. 9. 10. & 11. non sic in terminis dict. capit. 1. de praescriptio. in 6. ubi quod unus episcopus episcopalia jura in dioecesi alterius episcopi exerceat, grave cuilibet homini modo sano videtur. Idemque & fortius, si decimarum praestationes, unde victus capitur, appraehenderet ut ibi. Isque intellectus non sanus modo, verum etiam necessarius

sin embargo no lo sería si naciera de error injustificado y necio (1), así también, según el derecho canónico, cuando para la prescripción se exige causa justa de poseer y por consiguiente título (lo que tiene lugar cuando contra el poseedor existe presunción de derecho o intención fundada en derecho) no es suficiente la buena fe nacida de causa o título necio y no admisible, aun cuando sería suficiente si naciera de título putativo no necio, como consta por dicho capítulo 1.°. Así pues, conforme al derecho canónico para la prescripción de treinta o cuarenta años (pues de ésta trata el capítulo 1.°) regularmente no se exige título verdadero, ni aun título tenido por verdadero, sino que sin duda alguna sería suficiente el título putativo nacido aun de error fatuo (2). Pero la solución es especial en los casos en que contra el poseedor exista un derecho común o una presunción de derecho, pues entonces se exige título, si bien es suficiente el título verdadero o putativo nacido de error fundado, pero no lo es el putativo nacido de error necio, según hemos dicho antes. Sin embargo, esa solución especial a que se refiere el 8.
capítulo 1.°, tiene lugar cuando se trata de perjuicio grande como allí, pero no lo tendría si el perjuicio fuera más pequeño, como en el caso a que se refiere el capítulo *cum ecclesia Sutrina* (3) y el capítulo *cum personae* (4); porque el que un 9.
clérigo por privilegio del Sumo Pontífice esté exento de la jurisdicción del obispo o de la diócesis, nadie negará que con respecto al propio obispo sea un perjuicio insignificante, como en el caso del citado §. *quod si tales*. Del mismo modo el que en la elección de obispo juntamente con los canónigos concurran otros clérigos convecinos representa igualmente un perjuicio muy pequeño, como aparece por el citado capítulo *cum ecclesia*, juntamente con lo que sobre él exponen los doctores, en especial Gil Bellamera (5); pero no 10.
sucede lo mismo en el caso del capítulo 1.° *de praescript.* libro 6.°, porque el que un obispo ejerza derechos episcopales en la diócesis de otro obispo, a cualquier hombre cuerdo le

(1) Según las citadas leyes y la ley final, Digesto, *pro suo*, la ley *pro legato* y final, Digesto, tít. *pro legato*, con su glosa.

(2) Conforme al citado cap. 1.°

(3) *De causa possessionis et proprietatis.*

(4) En el §. *quod si tales, de privileg.* in 6.°

(5) En las objeciones 9, 10 y 11.

11. videtur ad dict. capitu. cum personae, §. sin autem & §. quod si tales, nam in prin. illius c. loquitur quando is qui se exemptum dicebat, habebat, vel se habere dicebat, privilegium per se solum sufficiens, deinde in §. sin autem, quando nitebatur in sola praescriptione citra ullius tituli interventum, tertio in §. quod si tales, quando nitebatur in praescriptione procedente ex titulo insufficienti ad dominium vel jus transferendum, sed erat sufficiens ad praebendam usucapiendi vel praescribendi conditionem, ergo praescriptio ibi contingere potuit, vel citra ullius tituli interventum, ut ibi §. sin autem, & §. fin. ibi donec, & c. vel etiam cum tituli interventu, ut ibid. §. quod si tales, ut in eo tantum differentia inter illos §§. sit, quod quando titulus abest pendente praescriptionis probatione non tuebitur in sua quasi possessione exemptionis, ut d. versic. donec, at quando titulus aderat pendente praescriptionis probatione tuebitur in sua quasi possessione exemptionis, ut dict. §. quod si tales, versic. praescriptionisque probatione pendente, & c. ratio differentiae, quod quando illa quasi possessio exemptionis erat, per illum titulum justificata non est, cur in eo non tueatur donec judicium proprietatis finiretur, at quando carebat omni titulo non videbitur justa possessio, sed perfida & clandestina & contra capit. 2. de majorita. & obedien. quae servanda non est, nec ei accommodamus eos civiles effectus, quos leges legitimae possessioni solent accommodare, praesertim quia in his incorporalibus initium possidendi ipse praescribens a tempore scientiae & tolerantiae adversarii vel superioris coepisse videtur l. 2, C. de servitut. l. penulti. ff. eodem.

parecerá grave perjuicio, y lo mismo y con mucha más razón, si como en dicho caso se incautase del pago de los diezmos que son necesarios para el sustento. Esta explicación no sólo me parece sensata, sino también necesaria para comprender el citado capítulo *cum personae* en los §§. *sin autem* y *quod si tales*. Porque en la introducción de aquel capítulo trata de cuando aquel que se decía exento tenía o afirmaba tener un privilegio suficiente por sí solo para la exención; después en el §. *sin autem*, de cuando se apoyaba en la sola prescripción sin intervención de título alguno y en tercer lugar en el §. *quod si tales*, de cuando se apoyaba en la prescripción procedente de título insuficiente para trasferir la propiedad o el derecho, pero suficiente para producir la posibilidad de la usucapión o prescripción; así pues, la prescripción en dicho lugar pudo tener lugar o sin la existencia de título alguno, conforme al §. *sin autem* y final (1), o también interviniendo título, según el §. *quod si tales*, no existiendo otra diferencia entre los citados §§. sino ésta: que cuando no existe título, mientras se está tramitando la prueba de la prescripción, no será amparado en aquella cuasi-posesión de exención (2), mientras que existiendo título, será conservado en aquella cuasi-posesión de exención mientras se tramita la prueba de la prescripción (3); la razón de la diferencia es ésta, que cuando aquella cuasi-posesión de exención estaba justificada por la existencia de aquel título, no hay razón para que no sea en ella conservado mientras se termina el juicio, mientras que en el caso de carecer de todo título, la posesión no se reputará justa, sino ilegítima, clandestina y contra el capítulo 2.° *de majoritate et obedientia*, por lo que tal posesión no debe conservarse, ni le aplicamos aquellos efectos civiles que las leyes suelen otorgar a la legítima posesión, principalmente porque en estas cosas inmateriales se considera, que el que prescribe, ha dado comienzo a la posesión desde el momento en que empieza el conocimiento y tolerancia del adversario o del superior (4). 11.

(1) En las palabras *donec*, etc.

(2) Conforme al citado §. *sin autem*, vers. *donec*.

(3) Conforme al §. *quod si tales*, versic. *praescriptionisque probatione pendente*, etc.

(4) Conforme a la ley 2.ª y penúltima del Código, *de servitutibus*.

12. † Ergo qui dicit se exemptum, etiamsi gesserit se pro libero, & exempto, adhuc tamen non probat se constitutum in quasi possessione exemptionis praetensae, quandiu non ostendit superiorem illum in cujus praejudicium tendebat illa quasi possessio, id scivisse, & tolerasse, sicque initium possidendi tunc demum nasci videtur cum superior scire, & pati coepit, vel cum ille titulum nactus fuit, quia isthaec paria sunt, l. si ego, §. 1, ff. de publi. ibi per patientiam forte vel per traditionem, l. 1. §. fina. ff. de servitu. rusticorum praediorum, notant Gloss. & omnes in d. §. 1. Paulus colum. penulti. & Florianus colum. penult. in d. l. servitutes, ff. de servitu. Quinimo ut iste constitueretur in tali exemptionis quasi possessione sine titulo non sufficeret, quod se semel vel unico forte die pro exempto gessisset, etiam sciente superiore, sed praeterea oporteret, quod ille superior huic quasi possessioni consensum & patientiam accommodasset diu, vel saltem aliquandiu, & per plures actus vel vices, argu. capit. cum ecclesia Sutrina, & quae ibi late habentur per Aegidium, perque Imolam, Abb. & alios. Aliter enim in manu cujusque subditorum esset in quasi possessionem exemptionis prosilire, & dicere superiori, simul ac istud ad aures tuas pervenit, ego coepi constitui in quasi possessione exemptionis, & in ea sum tuendus, quod ridiculum foret. Quinimo a sua possessione jurisdictionis, quam superior ille in illum qui se exemptum dicebat, habebat, non aliter cecidisse videbitur, quam si diu, sed saltem aliquo tempore judicis arbitrio aestimando pateretur ac toleraret illum gerere se pro exempto, argumento text. in l. 1. C. de patr. potesta. l. circa eum, ff. de probation. & quod in simili ex communi sententia resolvit Jas. in l. naturaliter, §. nihil commune, num. 84. ff. de acquiren. possession. Jas. in l. 1, colum. fin.

Así pues, quien dice estar exento, aun cuando hubiera procedido como libre y exento, no prueba por eso estar constituido en cuasi-posesión de aquella pretendida exención, mientras no demuestre que el superior en cuyo perjuicio redundaba aquella cuasi-posesión, había tenido de ello conocimiento y lo había tolerado; y por tanto sólo se considera tener comienzo la posesión desde el momento en que el superior comenzó a saberlo y tolerarlo o desde que el poseedor adquirió título, pues ambas cosas son iguales para este efecto (1). Más aún, para que quedara constituido en cuasi-posesión de aquella exención, no sería suficiente, el que una sola vez o durante un día, por ejemplo, hubiera procedido como libre aun sabiéndolo el superior, sino que además sería preciso que dicho superior hubiera durante largo tiempo o al menos durante algún tiempo y por varios actos y diversas veces, aplicado su consentimiento y tolerancia a tal cuasi-posesión, como lo prueba el capítulo *cum ecclesia Sutrina* y lo que extensamente exponen en tal capítulo Gil Bellamera, Imola, el Abad y otros. Porque de otro modo estaría en mano de cualquier súbdito el arrogarse la cuasi-posesión de tal exención y decir al superior, desde el momento en que ésto llegó a tus oídos, yo comencé a estar constituido en cuasi-posesión de tal exención y por tanto debo ser en ella amparado, lo que sería ridículo. Más aún, no se considerará que el superior ha cesado en la posesión de la jurisdicción que tenía sobre aquel que se decía exento, sino en el caso en que por mucho tiempo o al menos por algún tiempo, cuya duración queda al criterio del juez, hubiera sufrido y tolerado el que el otro se condujera como exento, según lo prueban algunas leyes (2), y lo que en parecido caso resuelve Jasón (3) basado en la común opinión; lo mismo consta por la glosa, por Pablo y Alejan- 12.

(1) Según aparece por la ley *si ego*, §. 1.°, Digesto, *de public.* en las palabras «por la tradición o por la paciencia»; por la ley 1.ª, §. final, *de servit. rusticor. praediorum;* por la glosa y por todos los comentaristas del citado §. 1.° de la ley *si ego* y por el testimonio de Pablo [de Castro], colum. penúlt. y de Floriano al comentar ambos la ley *servitutes*, Digesto, tít. *de servitutibus.*

(2) Así la ley 1.ª, Código, *de patria potestate* y la ley *circa eum*, Digesto, tít. *de probatione.*

(3) Al comentar la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, núm 84, Digesto, *de acquir. possessione* y la ley 1.ª, colum. final, Código, *de servis fugitivis.*

C. de servi. fugit. Gloss. Paul. & Alexan. in l. si de eo, §. 1, ff. de acquiren. possessione, & quod notat Glo. in d. l. 1. de patr. potesta. & plene Bart. in l. 1, §. hoc interdicto, & §. fina. ff. de itinere actuque priva.

13. † Neque absimile est, quod etiamsi princeps habeat fundatam intentionem de jure in re aut causa qua de agitur, & in qua adversarius possessionem diutinam habebat, adhuc tamen non potest incipere a manus injectione, nec potest etiam ex privilegio fiscali illum a sua diutina possessione deturbare, ut ex communi opinione resolvunt Jas. in praelu. feudorum, num. 50. Idem Jas. in l. 2. num. 176. C. de jure emp. Bartol. post Bartho. de Barulo quem ipse allegat in l. 1. C. de conductoribus praediorum fiscalium, lib. 10. per text. ibi, qui bene probat hanc partem, Covarr. variarum resolution. libro 1. capitu. 16. num. 9. Joannes de Platea in d. l. 2. de jure emp. Hostiensis in capitu. dilectus, de offic. ordina. & ibi Joannes Andreae. & Antonius de Butrio columna 1. num. 3. 2. notab. per textum ibi, qui ait & etiam Hostiensis id notandum esse contra principes qui contra l. legi. C. de petitio. haeredi. volunt ut sibi titulus ostendatur ab eo qui est in possessione ejus rei, vel juris quo de agitur, nam contra jus esse ipsi contendunt, nec in fisco quicquam esse speciale, idem tenet Francis. Card. ibid. notab. 4. & alii plures quos refert Joannes Lup. in capitu. per vestras, de donatio. inter virum & uxorem, 2. notab. versi. sed pulchra, num. 47. sequitur novissime Petrus Artius ab Otalora, senator regius dignissimus, ingenio felix ac eruditione nobilitatus, in suo tracta. nobilitatis Hispanicae pagina 227. num. 7. alleg. Glo. in l. res quae, ff. de jure fisci, & in l. final. C. eodem titu. & in l. in litibus, ubi etiam Bartol. C. de agricol.

dro al exponer la ley *si de eo* (1), por la glosa en la ley 1.ª Digesto, *de patria potestate* y por lo que extensamente expone Bartolo en la ley 1.ª §. *hoc interdicto* y final del Digesto, *de itinere actuque privato*. Caso parecido es el que 13.
aun cuando el príncipe tenga su intención fundada en derecho sobre la cosa o causa de que se trata, pero cuya posesión tenía ya durante largo tiempo el adversario, no puede sin embargo el príncipe empezar por arrebatarle aquella cosa, ni puede aun por privilegio fiscal arrojarle de aquella posesión tan duradera, según lo resuelven basados en la común opinión Jasón (2), Bartolo, siguiendo el parecer de Bartolomé de Bárulo a quien cita (3), al comentar éste el texto de dicha ley 1.ª que prueba bien esta parte, Covarrubias (4), Juan de Platea (5), el Hostiense en el capítulo *dilectus* (6), como también Juan Andrés y Antonio Butrio (7), quien dice, como también el Hostiense, que se ha de tener ésto muy presente contra aquellos príncipes que, contra la ley *legi* del Codigo, título *de petitione haereditatis*, quieren que les muestre título el que está en posesión de aquella cosa o derecho de que se trata, lo que defienden estos autores, ser contrario a la disposición del derecho, ni debe admitirse nada especial porque se trate del fisco; lo mismo defiende Francisco el Cardenal (8) y otros muchos que cita Juan Lobo (9), y últimamente ha defendido también ésto Pedro Arce de Otalora, dignísimo consejero regio, varón de señalado ingenio, ennoblecido aún más por su erudición (10), y Guido Papa (11). Porque el mismo

(1) En el §. 1.º, Digesto, *de acquir. possessione*.

(2) En la introducción sobre los feudos, núm. 50 y al exponer la ley 2.ª, núm. 176, Código, *de jure emphyt.*

(3) En la ley 1.ª, Código, tít. *de conductoribus praedior. fiscalium*, lib. 10.

(4) En sus resoluciones varias, lib. 1.º, cap. 16, núm. 9.

(5) Al comentar la ley 2.ª *de jure emphyt.*

(6) *De offic. ordin.*

(7) Exponiendo el texto de dicho cap. *dilectus*, colum. 1.ª, núm. 3, not. 2.ª

(8) *Ibid*, not. 4.º

(9) En el cap. *per vestras, de donat. inter virum et uxorem*, not. 2.º, versic. *sed pulchra*, núm. 47.

(10) En su tratado sobre la Nobleza Española, pág. 227, núm. 7 donde alega la glosa de la ley *res quae* del Digesto, *de jure fisci*, la ley final del Código del mismo título, la ley *in litibus* del Código, *de agricolis et censitis*, lib. 11, donde expone lo mismo Bartolo.

(11) Cuestión 366 sobre el texto del cap. 1.º «si surgiere pleito sobre la investidura de un feudo entre señor y vasallo».

& censi. lib. 11. Guido Papae quaestione 366. per textum. in capitu. 1. si de feud. investitu. inter dominum & vasallum lis oriatur, nam & fiscus ipse in re dubia utitur jure communi

14. † nisi peculiare privilegium in re vel jure quo de agitur reperiatur habere, secundum eundem Artium, & Covarru. ubi supra, Decius consilio 5. per totum. Idem Decius in l. ex testamento, C. unde liberi, Alciatus libro 4. paradoxorum capitu. 10. Andrae. Tiraquell, de utroque retract. Gloss. 14. num. 93. Crotus in l. nemo potest, ff. de legat. 1. num. 18. & ibi Joannes Annibal. num. 369. Decius in l. hac consultissima, per tex. ibi C. qui testamen. facere possunt, Jas. in l. sicut, num. 10, C. de testamen. mili. Fùlgosius, & Paulus Castren. in dict. l. hac consultissima, Francisc. Ripa num. 52. in d. l. nemo potest, per textum in l. 1. C. de petit. haeredita. & in l. in fraudem, §. fina. ff. de milit. testamen. ibi, quia generalis erat illa determinatio, & licet Joannes Lupi ubi supra, & nonnulli eorum, quos supra retulimus, videantur hoc intelligere quando fiscus non habebat fundatam intentionem de jure in re vel jure de quo agebatur, tamen ipsorum plerique hoc generaliter admittunt minime distinguentes, quod tamen intelligendum est, dum modo ille qui in sua sese possessione tuendum esse contendebat, & contra quem princeps habebat suam intentionem fundatam de jure, re vera esset in possessione vel quasi possessione illius rei, vel juris de quo agebatur, id quod non per unicum actum aut

15. per temporis momentum contingit, sed quando fuit in illa quasi possessione per tantum tempus quod sufficeret ad inducendam consuetudinem, ut videtur voluisse Antonius Butrius in dict. cap. dilectus, de officio ordinarii. 2. notab. vel si diu stetit in illa quasi possessione, ut probat dict. l. 1. C. de patria potestate, verb. diu, ubi per Gloss. & Doctores:

fisco en caso de duda se rige por el derecho común, a no ser que conste tener especial privilegio en la cosa o derecho de que se trata, conforme lo expresan el mismo Arce, Covarrubias (1), Decio (2), Alciato (3), Andrés Tiraqueau (4), Croto (5), Juan Aníbal (6), Jasón (7), Fulgosio, Pablo de Castro (8) y Francisco Ripa (9); y aun cuando Juan Lobo, 14.
ubi supra, y algunos de los autores arriba citados, parezcan referirse al caso en que el fisco no tenía su intención fundada de derecho sobre aquella cosa o derecho de que se trata, sin embargo la mayor parte de tales autores lo admiten de un modo general sin hacer la menor distinción; lo que sin embargo se ha de entender siempre que quien pretendía ser amparado en aquella posesión y contra el cual el príncipe tenía su intención fundada de derecho, estuviera realmente en posesión o cuasi-posesión de aquella cosa o derecho de que se trata, lo que no se realiza por un solo acto o en un instante de tiempo, sino cuando perseveró en aquella cuasi- 15.
posesión durante un plazo de tiempo, tan dilatado que fuera suficiente para argüir costumbre, según parece haber defendido Antonio Butrio (10), o si perseveró en aquella cuasi-posesión durante largo tiempo, según lo prueba la citada ley 1.ª del Código, *de patria potestate*, en la palabra *diu* (11), cuyo sentido no se cumple sino a partir del semestre, según el parecer del Abad (12), y según la doctrina del capítulo 2.° *de conces. praebendae;* finalmente, la medida o fijación de dicho tiempo no tanto se ha determinado por una ley cuanto

(1) *Ubi supra.*

(2) En todo el dictamen 5.°; al comentar la ley *ex testamento* del Código, tít. *unde liberi* y la ley *hac consultissima*, Código, *qui testamenta facere possunt.*

(3) En el lib. 4.° *Paradoxorum*, cap. 10.

(4) *De utroque retract.*, glosa 14, núm. 93.

(5) Al comentar la ley *nemo potest*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.°, núm. 18.

(6) Sobre la misma ley núm. 369.

(7) En la ley *sicut*, núm. 10, Código, *de testam. milit.*

(8) Al comentar la ley *hac consultissima*.

(9) Al exponer el texto de la ley *nemo potest*, núm. 52, la ley 1.ª del Código, tít. *de petitione haereditatis*, la ley *in fraudem*, §. final, Digesto, tít. *de militari testamento* en las palabras «porque aquella disposición era general».

(10) En el citado cap. *dilectus, de offic. ordinarii*, not. 2.°

(11) Donde lo expone la glosa y doctores.

(12) En el cap. *cum ecclesia Sutrina* al final, *de caus. posses. et propriet.*, núm. 49.

quod verbum demum post semestre tempus verificatur, secundum Abbatem, num. 49. in fin. in capitu. cum ecclesia Sutrina, de causa possessio. & proprieta. per c. 2. de concessione praeben. denique hujusmodi temporis mensura seu diffinitio non tam lege praestituta est, quam judicis arbitrio relicta, ut per Gloss. in l. 1. C. de servis fugiti. ubi Jas. colum. fina. Idem, num. 84. in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquirenda possessione, Glo. Paulus Castren. Alexan. & alii in l. si de eo, §. 1. ff. eodem titulo per Aegidium Bellamer. Anto. Butri. Imolam. Panormita. & alios per text. in dict. capitu. cum ecclesia Sutrina, de causa possessio. & proprieta. itaque hoc unum certum, fixum, ac nemini suspectum esse debet, ut is qui est in possessione vel quasi possessione alicujus rei vel juris, licet contra se sit fundata juris intentio, sit in ea tuendus pendente super proprietate illius rei vel juris lite mota, licet per quanti temporis cursum vel per quot actus seu vices in tali quasi possessione constitutus videatur, non satis certum sit, cum ut jam edocti sumus non tam id lege certa definitum quam judicis arbitrio relictum sit, cui variis ex causis varie arbitrari liberum erit, quibus ut magis munita sint, jungenda sunt, quae diximus supra in 1. & 2. cap. praeceden.

16. Tenendo istam partem, tunc ad cap. ad decimas, de restit. spolia. & ad cap. cum personae, de privileg. in 6. versic. quod si tales, quae faciunt in contrarium, resp. erit non procedere in eo qui erat in possessione legitima vel
17. quasi possessione illius rei vel juris quo de agebatur, sed tantum quando in tali possessione vel quasi revera non erat, licet se esse jactaret, vel si erat, vitiosa erat illa possessio vel quasi ac illegitima, ut otrobique recte intuenti satis probatur,

se ha dejado al criterio del juez (1). Así pues, debe quedar para todos como cierto, fijo y fuera de toda sospecha lo siguiente: que quien está en posesión o cuasi-posesión de una cosa o derecho, aun cuando exista contra él intención fundada en derecho, debe ser conservado en la posesión mientras se tramita el pleito movido sobre la propiedad de aquella cosa o derecho, aun cuando no conste con bastante certeza por qué trascurso de tiempo o por cuántos actos o repetición de éstos se ha de considerar constituido en tal cuasi-posesión, punto que según ya sabemos, no tanto se ha fijado por alguna ley determinada, cuanto se ha dejado al criterio del juez, quien según la variedad de las causas, podrá libremente juzgar de diversa manera. Para robustecer más esta doctrina has de añadir lo expuesto arriba en los anteriores capítulos 1.° y 2.°.

16. Admitida esta doctrina, al capítulo *ad decimas* (2) y al capítulo *cum personae* (3), que parecen oponerse a ella, responderemos que no tienen cumplimiento en aquel que estuviera en legítima posesión o cuasi-posesión de la cosa o derecho de que se trata, sino sólo en el caso en que en realidad no estuviera en tal posesión o cuasi-posesión, aun cuando él se jactara de estarlo, o si lo estaba era una posesión o cuasi-posesión viciosa e ilegal, cosas ambas que para quien rectamente y a fondo las estudia están suficientemente probadas, principalmente en el citado §. *quod si tales* (4). Por lo que hace a la posesión o cuasi-posesión se consideran legítimas, aun cuando contra el poseedor o cuasi-poseedor exista intención fundada en derecho, o presunción de derecho, si tal poseedor o cuasi-poseedor tenía título, o cuando sin él, pero no existiendo mala fe, perseveró en aquella posesión o cuasi-posesión por largo

17.

(1) Según consta por la glosa de la ley 1.ª del Código, tít. *de servis fugitivis*, donde así lo expone Jasón, colum. final y en el núm. 84 sobre la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, Digesto, tít. *de acquir. possessione;* consta también por la glosa, Pablo de Castro, Alejandro y otros en la ley *si de eo*, §. 1.° del mismo título y por Gil Bellamera, Antonio Butrio, Imola y el Panormitano al exponer el texto del cap. *cum ecclesia Sutrina*, *de causa possessionis et proprietatis*.

(2) *De restitut. spoliatorum*.

(3) *De privilegiis*, lib. 6.°, vers. *quod si tales*.

(4) En las palabras *praescriptionisque probatione pendente*.

praesertim in d. §. quod si tales, ibi, praescriptionisque probatione pendente, & c. legitima autem possessio vel quasi tunc demum videtur, etiamsi contra possidentem vel quasi sit fundata intentio juris, vel sit juris praesumptio, quando talis possessor vel quasi habebat titulum, vel quando citra titulum, cessante tamen mala fide, diu vel tempore idoneo judicis arbitrio aestimando, fuit in illa possessione vel quasi, primum probatur in dict. cap. cum personae, dict. versic. praescriptionisque, & c. alterum vero satis edocemur ex traditis superius, aliud est enim quaerere an quis sit in ea possessione vel quasi, aliud vero quaerere per quantum tempus in ea constitutus videatur, ut si in ea legitime constitutus sit, procedat quod diximus, sin minus secus, in ea autem legitime constitutus videtur, vel ex idoneo temporis cursu vel ex tituli interventu, titulum autem accipere debemus non tantum qui ab eo qui potestatem concedendi haberet datus esset, tunc enim cum statim jus plenum quaesitum esset, res indubitata foret, sed etiam ille qui a non domino vel ab eo qui potestatem concedendi non haberet, datus esset, sine mala fide accipientis & sine inculpato & supino juris errore, quale esset cum procurator accipientis se ei titulum idoneum impetrasse mentitus fuit, vel etiam titulum ei tradidit falsum tamen, juxta l. non solum, §. quod vulgo, ff. de usucap. l. quod vulgo, ff. pro empt. l. pro legato, & l. fina. cum gloss. ff. pro legato l. fina. ff. pro suo, in his enim casibus ac speciebus & similibus is qui talem titulum habebat, & ejus causa seu occasione in tali possessione vel quasi constitui coepisset, vel ea re seu jure uti coepisset, vel statim vel longe breviore tempore in ea possessione vel quasi legitime constitutus videretur, quam si nullum titulum haberet idoneum ad praescribendum, ut plane probatur in dict. §. quod si tales,

tiempo, o por un tiempo suficiente que ha de fijar el criterio del juez. Lo primero se prueba en el citado capítulo *cum personae*, versíc. *praescriptionisque*, etc., y lo segundo nos consta ya suficientemente por lo arriba expuesto, porque una cosa es investigar si tal persona está en aquella posesión o cuasi-posesión y otra diversa el conocer por qué trascurso de tiempo se considerará constituida en dicha posesión; de suerte que si legítimamente se halla constituida en ella, tenga aplicación la anterior doctrina, pero no en caso contrario. Ahora bien, se considera legítimamente constituido en posesión o por el trascurso conveniente de tiempo, o por la existencia de título; debiendo entenderse este título no sólamente si se le hubiera otorgado quien tenía facultad de concedérselo, ya que entonces habiendo adquirido al instante pleno derecho sobre la cosa sería evidente, sino también aquel título que hubiera recibido de quien no era dueño o de quien no tenía facultad de concedérselo, no existiendo en quien lo recibe mala fe, ni culpable o supino error de derecho, como sucedería en el caso en que el procurador de quien recibía el título hubiera comunicado falsamente a éste, que había adquirido un título válido, o bien hasta le hubiera hecho entrega del mismo que sin embargo era falso, como consta por numerosas leyes (1); pues en los casos y materias a que ellas se refieren y en otros parecidos, quien estando revestido de dicho título y por su causa u ocasión hubiera empezado a estar constituido en tal posesión o cuasi-posesión o a disfrutar de aquella cosa o derecho, se considera legítimamente constituido en tal posesión, o al instante o en tiempo mucho más breve que si no tuviera título alguno apto para la prescripción, como abiertamente se prueba en el citado §. *quod si tales*. De suerte que la diferencia que existe entre el tener o no tener tal título apto para la prescripción, en

(1) Conforme a la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, *de usucapione;* a la ley *quod vulgo*, Digesto, *pro emptore;* a la ley *pro legato* y final, juntamente con su glosa, Digesto, tít. *pro legato* y a la ley final, Digesto, *pro suo*.

ut quantum ad hunc effectum, ut talis possessor, vel quasi tueatur in ea possessione vel quasi talem titulum idoneum ad praescribendum habere vel non habere, ideo intersit, quia illum habens longe brevius & facilius in ea possessione vel quasi constituitur & tuetur, quam si titulo careret, ac eum non haberet, sed tantum bonam fidem praesumptam seu veram.

18. Ex superioribus infertur, an leges ac pragmaticae hujus regni quae loquuntur in possessione vel quasi possessione illius Hispanae nobilitatis quae vulgo (hidalguia) vocatur, ita accipiendae sint, & ad hanc interpraetationem accommodandae, ut si is qui se nobilem (ac hidalgum) dicit, sit in possessione vel quasi hujus nobilitatis constitutus, altero ex his duobus modis proxime relatis, scilicet vel per titulum a non habente potestatem concedendi habitum, cessante tamen mala fide, vel per legitimam quasi possessionem temporis idonei, si inquam, is a populis vel fiscali sit captis pignoribus exactus, seu collectatus ac matriculae adscriptus (quod Hispane ser empadronado y prendado dicitur) & super proprietate hujus nobilitatis seu hidalguiae lis agatur, an interea in sua quasi possessione nobilitatis tuendus sit, & usibus forensibus per totam fere Hispaniam obtinuit, tuendum non esse, sed pendente lite collectandum esse, ut testantur Arcius ab Otalora, ubi supra, & Joannes Lupi, ubi supra & nos saepissime vidimus, & idem testatur episcopus Covarru.

19. lib. 1. variarum resol. cap. 16. num. 11. † hujusque practicae occasio profecta est a lege sexta, titulo de los fidalgos, libr. 4. ordinamen. cujus verba ita habent, y mandamos que todos los otros pechen y paguen no enbargante que traigan pleitos pendientes ante los del nuestro consejo o ante los oydores de la nuestra audiencia o ante otros qualesquier

cuanto al efecto de que el poseedor o cuasi-poseedor sea conservado en aquella posesión o cuasi-posesión, es ésta, que quien tiene tal título en mucho menos tiempo y con mucha mayor facilidad queda constituido en tal posesión o cuasi-posesión y es en ella conservado, que si careciera de título o no lo tuviera, sino sólamente buena fe presunta o verdadera.

Infiérese de lo arriba expuesto, si las leyes o pragmáticas 18.
de este reino, que tratan de la posesión o cuasi-posesión de aquella nobleza española que vulgarmente se llama hidalguía, se han de entender y acomodar a esta interpretación, a saber, que si quien llamándose noble o hidalgo se halla constituido en posesión o cuasi-posesión de tal nobleza por uno de los dos modos arriba expuestos, ésto es, o por medio de título recibido de quien no tenía facultad para darlo, pero no existiendo en ello mala fe, o por medio de legítima cuasi-posesión durante un tiempo correspondiente, que si tal noble, repito, fuere obligado por los pueblos o por el fiscal a pagar tributos tomándole prendas, siendo incluido en la lista de contribuyentes (lo que en España se dice ser *empadronado* y *prendado)* y surgiere pleito sobre la propiedad de esta nobleza o hidalguía, ¿ha de ser, mientras el pleito se ventila, conservado en aquella cuasi-posesión de nobleza? La práctica de los tribunales que ha prevalecido en casi toda España es, que no debe ser conservado en ella, sino que mientras el pleito está pendiente, debe pagar tributos, según lo atestigua Arce de Otalora (1), Juan Lobo (2) y nosotros lo hemos visto practicado así con suma frecuencia; lo mismo atestigua el Obispo Covarrubias (3). La ocasión 19.
de dicha práctica tiene su origen en la ley 6.ª, título *de los fidalgos*, libro 4.°, Ordenamientos, cuyas palabras son las siguientes: «y mandamos que todos los otros pechen y

(1) *Ubi supra.*
(2) *Ubi supra.*
(3) En el libro 1.° de sus resoluciones varias, cap. 16, núm. 11.

juezes no enbargante que digan questan en possession de hijos dalgo, ca nuestra merced es questos tales pechen, hasta que sean dados por hijos dalgo por sententia en nuestra corte segun el tenor y forma de la dicha ley, pero si en la ciudad villa, o lugar donde aora mora este que se dice hijo dalgo que aora nuevamente es demandado por el concejo que peche si su abuelo o su padre moraron en el lugar donde es aora la contienda o ay cerca en la comarca y nunca pecharon por dezir que eran hijos dalgo y tan poco a pecho este su hijo o nieto nuestra merced es que en tal caso este no peche. salvo si fama es que su padre o abuelo no eran hijos dalgo o no deyaron de pagar por hijos dalgo, sino por ser acostados de algun cavallero o de escudero o de algun monasterio iglesia o por otra razon alguna no
20. pechasen mas no por ser hijos dalgo. † & cum eadem lege concordat formaliter prag. regis Henrici 3. quae Tauri condita fuit octavo die Augusti anno 1388. & eadem postea confirmata fuit in oppido quod Tordesillas nuncupatur 15. die Aprilis anno. 1403. itaque postquam dictae leges definierunt illam nobilitatem seu immunitatem servandam esse illis qui per sententiam fuerunt nobiles seu hidalgui declarati, & illis qui tali immunitate tanquam notorie nobiles gaudebant, quod eaedem leges intellexerunt non solum in proprietate, sed etiam in possessione, ut etiam tales nobiles his duobus casibus in sua quasi possessione immunitatis tuendi essent, ut patet illis verbis earum legum. E si despues de la tal sentencia stubieron restan en possession de fidalgos, que astos tales sea guardada su franquaça e libertad, postquam, inquam, dd. ll. hoc sic definierunt, excipiunt ut reliqui vectigalium praestationi sint obnoxii, sicque ea immunitate desinent gaudere, etiamsi dicant seque nobiles seu hidalgos

paguen no enbargante que traigan pleitos pendientes ante los del nuestro consejo o ante los oydores de la nuestra audiencia o ante otros qualesquier juezes no enbargante que digan questan en possesion de hijos dalgo, ca nuestra merced es questos tales pechen, hasta que sean dados por hijos dalgo por sentencia en nuestra corte segun el tenor y forma dela dicha ley, pero si en la ciudad villa, o lugar donde aora mora este que se dice hijo dalgo que aora nuevamente es demandado por el concejo que peche si su abuelo o su padre moraron en el lugar donde es aora la contienda o ay cerca en la comarca y nunca pecharon por dezir que eran hijos dalgo y tan poco a pecho este su hijo o nieto nuestra merced es que en tal caso este no peche. salvo si fama es que su padre o abuelo no eran hijos dalgo o no deyaron de pagar por hijos dalgo, sino por ser acostados de algun cauallero o de escudero o de algun monasterio iglesia o por otra razon alguna no pechasen mas no por ser hijos dalgo». Con esta misma ley concuerda enteramente la 20.
pragmática del rey Enrique III, dada en Toro el 8 de agosto de 1388, la misma que después fué confirmada en el pueblo llamado Tordesillas el 15 de abril de 1403. Así pues, después que dichas leyes definieron, que dicha nobleza e inmunidad debía conservarse a los que por sentencia fueran declarados nobles o hidalgos, y a los que como notoriamente nobles gozaban de dicha inmunidad, lo que las mismas leyes entendieron no sólo referirse a la propiedad, sino también a la posesión, debiendo en ambos casos dichos nobles ser conservados también en la cuasi-posesión de su inmunidad, según es manifiesto por las palabras de dichas leyes: «E si despues dela tal sentencia stubieron restan en possession de fidalgos, que astos tales sea guardada su franquaça e libertad»; después que, repito, dichas leyes así lo definieron, señalan la excepción de que los restantes están sujetos al pago de tributos, y por tanto dejarán de gozar de dicha inmunidad, aun cuando ellos se digan y jacten de nobles o

jactent, & huc usque bene probatur dicta practica nonque injuria deduceretur ab illis legibus, nisi in iisdem statim subsequerentur illa verba (pero si en la ciudad, &c.) quorum verborum sensus est, quod licet omnes illi qui non sunt per declarationem sententiae, vel notorietatem indubitanter nobiles, teneantur (etiamsi se nobiles esse dicant & hac de re lis pendeat) subire onera vectigalia, tamen si ipsi qui se nobiles dicunt esse & ipsorum patres & avi in eodem oppido, ubi quaestio vertitur, vel etiam in alio convicino, vel non multum distante fuerunt quasi titulo, & causa nobilitatis in quasi possessione exemptionis, sicque talia onera non subibant tuendi sunt quasi possessione, non secus, quam illi qui per sententiae declarationem, vel etiam notorietatem nobiles erant & reputabantur, ita expressum est in dd. ll. & hi omnes tres casus ut verificentur necesse est, ut probatio incontinenti si offeratur, & detur ab eo qui se exemptum dicit admittatur, & interea contra suam quasi possessionem munera, vectigalia, seu aeraria subire non cogatur. Aliter enim itum aperte esset contra mentem, & verba dictarum legum, nam & is qui est in tali possessione etiam adversum eum qui fundatam habebat intentionem de jure, est in ea tuendus praetextu notorietatis vel sententiae, ut docet eleganter Joan. Faber in §. retinendae, institu. de interd. colum. pen. & fi. cum quo diximus supra esse communem opinionem.

Unde cum in dd. ll. sint isti tres casus aequiparati, quod pro eo sit sententia, vel quod sit notorietas, vel quod ipse, & pater & avus essent in eodem loco ubi quaestio erat, vel alio non multum distanti in tali quasi possessione exemptionis, sequitur quod ut sententia vel notorietas, ita quoque illa quasi possessio efficiet, ut ingressus collectandi, & munera

hidalgos; hasta este punto queda bien probada dicha práctica y no injustamente se deduciría de aquellas leyes, si en las mismas no siguieran inmediatamente a continuación aquellas palabras: «pero si en la ciudad, etc.», siendo el sentido de tales palabras, que aunque todos aquellos que o por declaración de sentencia o por pública notoriedad no son evidentemente nobles, están obligados a soportar las cargas tributarias (aun cuando ellos afirmen ser nobles y sobre tal extremo exista pleito pendiente), sin embargo si los mismos que se dicen nobles o sus padres o abuelos, estuvieron en el pueblo mismo donde se ventila el asunto, o también en otro pueblo vecino o no muy distante en cuasi-posesión de aquella inmunidad, como a título y en razón de tal nobleza y por tanto no estaban sujetos a tales impuestos, deben ser conservados en aquella cuasi-posesión al igual que los que por declaración de sentencia o por notoriedad eran nobles y como tal reputados; así lo expresan terminantemente dichas leyes; y para comprobar la verdad en dichos tres casos es preciso que se admita inmediatamente la prueba si la ofrece y presenta el que se dice exento, y entre tanto no se le obligue contra aquella cuasi-posesión suya a soportar cargas, impuestos o tributos públicos. Porque de otro modo se iría abiertamente contra la mente y palabras de dichas leyes, porque aun aquel que está en tal posesión, contra otro que tiene su intención fundada de derecho, ha de ser en ella conservado en razón de notoriedad o de sentencia, según elegantemente lo enseña Juan Faber (1), con quien arriba hemos sostenido ser opinión común.

Por consiguiente, como en las citadas leyes se equiparen dichos tres casos, el que en su favor exista sentencia, el que exista notoriedad, o el que él mismo o su padre o abuelo estuvieran en cuasi-posesión de aquella inmunidad en el pueblo mismo donde el asunto se ventila, o en otro no muy

(1) Exponiendo el §. *retinendae* de la Instituta *de interdictis*, colum. penúltima y final.

vectigalia & aeraria subeundus cesset, & impediat, si hac de re probatio hujus rei offeratur.

21. † Idemque erit jure novo etiamsi ea quasi possessio per solos annos viginti probetur, ut in pragma. regis Joannis secundi, data in Legionensi civitate, in volumine pragm. fol. 172. cum qua conc. pragm. regis Ferdinandi catholici cognomine data Cordubae, quae collocata est eodem volumine, fol. 176. quae quidem leges arbitratae sunt per viginti annos diu in tali quasi possessione stetisse videri, idque ad tuitionem qua de agimus sufficere, alludentes ad dict. l. 1. C. de patria potestate, cum supradictis, & quod dd. ll. ajunt id procedere quando is in sua exemptionis nobilitate turbabatur in eodem oppido, ubi ea potiebatur, vel in alio non multum distanti, nulla alia ratione dici potuit, nisi quod longe aequius est talem quasi possessionis probationem ibi admitti, quam in oppidis remotioribus, quia ibi & brevius ea probatio incontinenti haberi poterit, & certior sane erit † quia ex longinquis regionibus fides incertior plerumque est, argumento, l. peregre, & quae ibi traduntur, ff. de acquiren. possession. sic accidit illi qui asserit in alia provincia accepisse libertatem & dato sibi termino ad hoc probandum, nullo modo probat, §. si vero in alia provincia, in authen. de testib. colum. 7. & ex longe lateque diffuso tractatu terrarum commeantium nunciorum impeditur celeritas, & saepe in relatione gestorum oritur varietas, ca. cum longe 61. distin. & rei veritas nonnunquam mutatione provinciae obscuratur, §. 1. 93. distin. & aliqui invadunt res ecclesiae dicentes sibi a principe remoto concessum & cum de hoc quaeritur, apparet veritas in contrarium, c. de rebus, duodecima quaes. 2, & multoties dicunt litigantes se habere testes extra

distante, síguese que al igual que la sentencia y la notoriedad, hará aquella cuasi-posesión que cese y se impida el que sea incluido en la tributación y sometido a pagar impuestos y tributos públicos, siempre que en tal materia se ofrezca la prueba.

21. Lo mismo sucederá en el nuevo derecho, aun cuando aquella cuasi-posesión se probara haber durado sólo veinte años, según consta por la pragmática del rey don Juan II dada en la ciudad de León que aparece en el tomo de las Pragmáticas, folio 172, con la que concuerda la pragmática del rey Fernando el Católico dada en Córdoba y que se conserva en el mismo volumen, folio 176. Pues bien, estas leyes han juzgado que por sólo el trascurso de veinte años se considera ya haber perseverado largo tiempo en tal cuasi-posesión y ser suficiente para la defensa de que aquí tratamos, aludiendo a la ley 1.ª del Código *de patria potestate* y a otras arriba citadas. Y lo que afirman dichas leyes, que ésto tiene lugar cuando aquel noble era turbado en su inmunidad nobiliaria en el pueblo mismo donde gozaba de inmunidad o en otro no muy distante, no pudo decirse por otra razón, sino porque es mucho más justo que se admita allí la prueba de la cuasi-posesión que no en otros pueblos más remotos, porque allí podrá tenerse en el acto y con más brevedad dicha prueba y desde luego con más certeza, porque desde regiones remotas casi siempre es más incierta la fe que merecen las pruebas, como consta por la ley *peregre* (1), como sucede con aquel siervo que afirmando haber recibido la libertad en otra provincia y dándosele plazo para probarlo no puede de ningún modo hacerlo (2); y por la enorme extensión de las tierras circunvecinas se dificulta el rápido conocimiento de noticias y muchas veces surge gran variedad en la relación de los hechos (3); a veces se obscurece la verdad del asunto al pasar de una a otra provincia, como aparece por el §. 1.º, distinción 93; otras veces invaden algunos las cosas de la iglesia diciendo habérselo concedido el príncipe ausente entonces a gran distancia y cuando se investiga ésto, aparece la verdad

(1) Del Digesto, tít. *de acquir. possessione* y por lo que en tal lugar se expone.

(2) Como consta por el §. *si vero in alia provincia*, auth. *de testibus*, colum. 7.ª

(3) Según el cap. *cum longe*, dist. 61.

provinciam causa differendi, cum non habeant. c. statutum, & ibi Glo. in §. pen. de resc. libr. 6. hinc non creditur transmarinis asserentibus se esse clericos, nisi probent se legitime ordinatos c. 1. de cle. pereg. nec illi creditur asserenti cum mandatis principis venire. l. 8. de mand. princ. & ex longinquo venientes turpi colludio nunciant false laetitiam dicentes quod bella deserunt, & victoriae oriuntur ut quaerant ex miseris pretia gaudii, C. de pub. laet. nuncia. l. 8. Idem & dicetur in illis qui cum ad hostes transfugerunt, reversi, dicunt quod cognoscunt multos latrones, & quod mostrabunt multos transfugas, quia non creditur eis, l. non omnes, §. fina. ff. de re milita. & illi qui ad mortem damnatus causa differendi supplicium petit se ad regem mitti dicendo se habere quod principi consulat salutis ipsius causa, l. siquis forte, ff. de poen.

Item uxori cujus maritus est in longinquo, nam non debet credere statim ejus mortem, capitu in praesentia, de probation. in authenti. ut lic. matr. & aviae, §. quod autem, collatio. 8. l. uxor, C. de repud. & in authenti. hodie, eodem titulo, cap. 1. 24. quaestione 2. l. necnon, C. de capti. sicque dictae pragmaticae ideo se restringunt ad eundem populum vel contiguum seu parum distantem, quod ea res plerumque populis longe distantibus nota esse non solet.

22. Denique † cum nulla alia ratio, quam superior reddi hac in re probabiliter ac verosimiliter possit, uti pro expressa ac nominata haberi debeat, certum est, Gloss. communiter approbata in l. quamvis, C. de fidei. ubi per Jaso. post alios & per eundem in authen. quas actiones, C. de sacrosanct. eccles. per Andr. Tiraquel. de rev. donat. verbo libertis, num. 64. per eundem de retract. §. 9. Unde cum certioris, &

en contra (1); vemos también que muchas veces los litigantes dicen tener testigos fuera de la provincia, no teniéndolos, buscando sólo la dilación (2). De aquí proviene el que no se dé crédito a quienes cruzando los mares van afirmando ser clérigos mientras no demuestren haber sido legítimamente ordenados (3); ni se da fe al que afirma que viene con mandatos del príncipe (4); ni a quienes viniendo de lejanas tierras con torpe fraude anuncian falsos sucesos alegres diciendo que cesan las guerras y que se consiguen victorias para conseguir de los pobres el precio de estas alegrías (5); lo mismo sucede con aquellos que habiéndose pasado al enemigo dicen al volver que conocen a muchos ladrones, y que darán a conocer a muchos desertores, no dándoseles crédito (6); lo mismo que a aquel que condenado a muerte, y con el fin de diferir el suplicio, pide ser presentado al rey diciendo que tiene que revelarle algo relacionado con la vida de aquél (7). Lo mismo que sucede con la esposa cuyo marido está en remotas tierras, que no debe dar crédito al instante a la muerte de éste (8). Así pues, la razón de que dichas pragmáticas restrinjan el caso al mismo pueblo, o a un pueblo vecino o poco distante, es ésta, que aquel asunto casi nunca puede ser conocido de los pueblos muy remotos.

22. Finalmente, no pudiendo en este punto aducirse con probabilidad y verosimilitud otra razón que la dicha, es cierto, que debe tenerse por expresada y nombrada según consta por la glosa comúnmente aprobada en la ley *quamvis* (9), y según lo exponen Jasón (10) y Andrés Tiraqueau (11).

(1) Según el cap. *de rebus*, *12*, cuest. 2.ª

(2) Como aparece en el cap. *statutum* con su glosa y en el §. penúltimo *de rescriptis*, lib. 6.º

(3) Según el cap. 1.º *de clericis peregrinantibus*.

(4) Conforme a la ley 8.ª *de mandat. princip.*

(5) Como consta en el Código, tít. *de publicis laetit.*, ley única.

(6) Conforme a la ley *non omnes*, §. final, Digesto, tít. *de re militari*.

(7) Según la ley *si quis forte*, Digesto, tít. *de poenis*.

(8) Según consta por el cap. *in praesentia, de probation.* en la Novel. *licet matr. et aviae*, §. *quod autem*, coll. 8.ª; por la ley *uxor*, Código, *de repudiis;* por la Nov. *hodie* del mismo título, cap. 1.º, 24, cuest. 2.ª y por la ley *necnon*, Código, tít. *de captivis*.

(9) Del Código, tít. *de fidejusor*.

(10) Al comentar la ley *quamvis* y en la *auth. quas actiones* inserta en el Código, tít. *de sacrosanctis ecclesiis*.

(11) *De revoc. donat.* en la palabra *libertis*, núm 64 y *de retractat.*, §. 9.

brevioris probationis habendae causa statutum per illas leges intelligatur, ut ea probatio. quasi possessionis in eodem tantum oppido ubi lis agebatur, vel in alio non multum remoto admittatur, non sic in aliis longe remotioribus, superest, ut si ex alio oppido etiam remotiori aeque certa aut forte certior, & aeque brevis aut etiam brevior ac tutior probatio haberetur, admittenda esset, cum leges, quae aliquam rem aut qualitatem probationis ac certitudinis causa tantum desiderant, nunquam aut raro intelligantur formaliter, argumen. l. 1. §. fina. ff. de dote praelegat. l. 1. ubi optimus tex. & ibi Jas. & Alexan. colum. 2. post. alios, ff. de liberis,
23. & posthumis. l. certum, ff. si certum petatur. † licet in contrarium faciat, quia quando lex est generalis, tunc etiamsi ejus ratio cesset in individuo, vel in particulari, adhuc tamen lex non intelligitur cessare, l. 1, §. causa, ff. de aedil. edic.l. 1. ad finem. ff. de minorib. l. prospexit, ff. qui & a quibus. tradunt And. Tiraquel. de causa cessante parte 2. limitatione 32. Areti. in l. 2. columna 5, ff. de vulga. cogita tamen circa hoc ultimum, quia non firmo.

Sed dum Joan. Lupi, & Covar. ubi supra, sentiunt dd. tres leges regni juri communi vel consonare vel proxime accedere, quod & firmat d. Joannes Artius, ubi supra, id nobis quoque placet, dum autem per eas perque jus commune ipsi intelligunt, ut is qui in ea nobilitatis exemptionisque quasi possessione diu & absque vitio erat, si ei super eadem nobilitate a fisco vel populo ubi degebat lis moveretur, non esset tuendus lite pendente, sed quod posset turbari in sua quasi possessione, vel etiam omnino dejici id (& si agnoscamus usibus forensibus receptum esse) tamen longe alienum a mente & sensu tam juris communis quam regii nobis videtur, & satis perniciosum ac calamitosum, nam & si maxime quis

Por lo tanto, considerándose dispuesto por dichas leyes, con el fin de que la prueba sea más cierta y más corta, el que la prueba de dicha cuasi-posesión se admita sólo en el pueblo en que el pleito se ventila o en otro próximo, pero no en otros pueblos muy apartados, síguese que si de otro pueblo aunque más remoto puede tenerse prueba de igual o tal vez de mayor certeza, y tan breve o tal vez más breve y rápida, que ha de ser admitida, ya que las leyes que exigen alguna cosa o cualidad sólo en razón de la prueba y de la certeza de ésta, nunca o raras veces se han de entender terminantemente, como lo prueban varias leyes (1); aunque parece hacer fuerza en contra el que cuando una ley es 23.
general entoces, aun cuando cese la razón de ésta en un individuo o particular, no se considera sin embargo que la ley cese, como consta por la ley 1.ª, §. *causa* (2); por la ley 1.ª, al final, Digesto, *de minoribus*, y por la ley *propexit* (3), y según lo enseñan Andrés Tiraqueau (4) y el Aretino (5); piensa, sin embargo, sobre el último extremo, que yo no afirmo.

Ahora bien, cuando Juan Lobo y Covarrubias (6) opinan que dichas tres leyes regias están en armonía o se aproximan mucho al derecho común, cosa que también confirma Juan Arce (7), exponen una opinión que también es de nuestro agrado; pero cuando en virtud de dichas leyes y del derecho común opinan que quien por largo tiempo y no viciosamente estaba en cuasi-posesión de aquella nobleza e inmunidad, al moverle pleito el fisco, o el pueblo en que vivía acerca de dicha nobleza, no debía ser conservado en ella mientras el pleito se tramitaba, sino que podía ser inquietado y aun arrojado por completo de aquella su cuasi-posesión (aun cuando reconocemos estar comúnmente admitido en la práctica forense), sin embargo a nosotros nos parece muy ajeno

(1) Así la ley 1.ª, §. final, Digesto, *de dote praelegata;* la ley 1.ª, tít. *de liberis et posthumis* del Digesto, texto excelente, que exponen Jasón y Alejandro, colum. 2.ª, siguiendo el sentir de otros autores y la ley *certum*, Digesto, *si certum petatur*.

(2) Digesto, tít. *de aedilitio edicto*.

(3) Del Digesto, tít. *qui et a quibus*.

(4) *De causa cessante*, part. 2.ª, restricción 32.

(5) Al comentar la ley 2.ª, colum. 5.ª, Digesto, tít. *de vulgari*.

(6) *Ubi supra*.

(7) *Ubi supra*.

per sententiam esset hidalgus, aut exemptus declaratus, rursus ac rursus posset a populis turbari a suo jure nobilitatis per pignorum captionem, & per matriculae inscriptionem, perque munerum vectigalium ac aerariorum exactionem, & cum se nobilem allegaret per sententiam, ostenderetque sententiam (quam executoriam nuncupamus), eam falsam, aut minus authenticam seu publicam, & fide dignam posset populus causari, interimque ille pateretur molestiam, & postquam lis hac de re finita esset, rursus ac rursus hidalgus seu nobilis ille in eandem litem & veluti laqueum recideret, quoties populus eandem molestiam ei vellet inferre, quod quam longe a nostri regii, & etiam juris communis sententia declinet, evidentius est, quam longa contentione egeat, probatque pragm. regis Joannis II, 189 in ordine fol. 172. condita civitate Legionensi, ibi, e agora sabed. & c. dum ait sibi studio esse hujusmodi nobilitatem favore prosequi, augereque & c. quid enim si nobilis notorie, vel per sententiam eam in arca non habebat, sed remotiore in loco, quid si custodiae causa apud fidum amicum, qui longe aberat, certe in his speciebus, & similibus interea molestiam secundum supra dicta pateretur longe praeter mentem juris communis, & regii.

Denique cum populus ipse provocat ad litem eum nobilem, qui ibidem degebat, atque erat jam diu in quasi possessione exemptionis, & in ipso litis ingressu, vel etiam ante eum, vel a sua possessione dejecit, vel turbavit captis pignoribus, eumque in matricula plebejorum inscribendo, non dubium est, quin vim fecisse, atque injuriam intulisse videatur, juxta l. vim facit, ff. quod metus causa, nam & si populus ille vel fiscus fundatam habeant intentionem de jure contra illum nobilem, tamen cum ille sciente & patiente

de la mente y sentido tanto del derecho común cuanto del derecho regio, y muy pernicioso y funesto. Porque aun cuando uno abiertamente y por sentencia hubiera sido declarado noble o exento, una y muchas veces podría el pueblo inquietarle en su derecho de nobleza tomándole prendas, inscribiéndole entre los tributarios y cobrándole impuestos y tributos públicos, y aun cuando alegara ser noble en virtud de sentencia y presentase la sentencia (que llamamos ejecutoria), podría el pueblo moverle pleito sobre ella como falsa, o no auténtica o pública o no digna de fe, sufriendo él molestia mientras ésto se tramitaba, y después que dicho pleito se hubiera resuelto, una y otra vez aquel noble o hidalgo se vería envuelto en nuevo pleito y lazo siempre que el pueblo quisiera suscitar contra él la misma molestia, lo que se aparta tanto del sentido de nuestro derecho regio como también del derecho común y es tan evidente, que no necesita de larga defensa; pruébalo la pragmática del rey don Juan II, 189, en el folio 172, dada en la ciudad de León, donde empieza «agora sabed, etc.», donde afirma ser su deseo favorecer y engrandecer dicha nobleza, etc. Porque ¿qué diríamos si quien era notoriamente noble o lo era por sentencia, no tenía la ejecutoria guardada en su casa, sino en algún lugar más remoto, o si para su custodia la había dejado en poder de algún fiel amigo que residía en tierras lejanas? Ciertamente en estos y parecidos casos tendría que sufrir el ser entre tanto molestado según lo dicho arriba, muy contra la mente del derecho común y regio.

Finalmente, cuando el propio pueblo suscita el pleito contra aquel noble que allí vivía y estaba ya durante largo tiempo en cuasi-posesión de inmunidad, y a quien desde el mismo comienzo del pleito o antes de iniciarse le arrojó de su posesión o le molestó en ella, tomándole bienes, e inscribiéndole en la lista de los plebeyos, no cabe la menor duda que se considera haber usado con él de violencia y haberle inferido injuria (1). Porque aun cuando aquel pueblo o el fisco tengan su intención fundada en derecho contra aquel noble, sin embargo habiendo él estado durante largo tiempo a ciencia y paciencia del pueblo en cuasi-posesión de inmunidad, aun cuando contra sí tuviera la presunción y funda-

(1) Conforme a la ley *vim facit*, Digesto, tít. *quod metus causa*.

populo diu foret in ea quasi possessione exemptionis, licet contra se haberet praesumptionem & fundamentum juris, ab ipsomet populo minime potuit turbari, quia licet regulariter (ut quidam putant) talis quasi possessio eo ipso quod est contra praesumptionem & fundamentum juris vitiosa praesumatur, tamen id vitium purgatur per ipsius populi scientiam, patientiam, & tolerantiam longam, quae facit ut jam illius quasi possessio justa, legitima, & omnis vitii expers intelligatur, & ita limitatur dict. cap. ad decimas, de restit. spo. libro 6. & dict. capitu. cum personae, de privileg. eodem libro, ut supra cap. incip. annuae, docemur ex communi resolutione, quod nota, quia id nostri majores non satis percepisse videntur, ideoque usibus forensibus non raro obtinuit contrarium, ut & sentit ubi supra d. Joannes Artius, sed nostra sententia & jure communi indubitanter verior est, & a jure regio non destituta, quinimo eam probat d. l. 6. titulo de los fidalgos libr. 4. ordinamen. & d. pragm. dada en Leon y la dada en Tordesillas, dum volunt quod ea quasi possessio per annos 20. continuata servetur & tueatur in oppido illo ubi nobilis ille degebat, quasi populus ille per tam longam patientiam sibi praejudicasset & quasi possessionem illius justificasset.

Neque ad rem pertinuit text. in l. uni. juncta Gl. C. de reis postulatis lib. 10. qui in contrariam nostrae sententiam adducitur per Joannem Lupi in rep. cap. per vestras. 2. not. versic. sed pulchra, num. 46. de dona. inter virum & uxorem & per Joan. Artium in suo tract. Hisp. nobili. pagi. 228. & per Covarru. ubi supra quia tex. ille cum sua Glos. sufficienter probat nostram sententiam, tantum abest ut contrariam tueatur, ait enim, reum postulatum seu accusatum, ad novam dignitatem promovendum non esse, pristina tamen dignitate

mento de derecho, sin embargo no pudo de ninguna manera ser inquietado en ella por el propio pueblo. Porque si bien generalmente (según piensan algunos) dicha cuasi-posesión, por el mero hecho de ser contraria a la presunción y fundamento de derecho, se presume ya viciosa, sin embargo dicho vicio se purifica por la ciencia, paciencia y tolerancia prolongada del mismo pueblo, la que hace que ya en adelante aquella cuasi-posesión se considere justa, legítima y limpia de todo vicio, y de este modo restringimos el citado capítulo *ad decimas* (1), y el citado capítulo *cum personae* (2), según hemos visto anteriormente en el capítulo que empieza *annuae*, fundados en la común solución; lo que tendrás muy presente porque nuestros mayores no parecen haberlo comprendido suficientemente, y por eso en la práctica de los tribunales no raras veces prevaleció lo contrario, lo mismo que opina también Juan Arce (3). Pero nuestra opinión es sin duda alguna más verdadera atendido el derecho común, y no deja de fundarse en el derecho regio; más aún, pruébala la citada ley 6.ª, título de los hidalgos, libro 4.°, Ordenamientos y las pragmáticas dadas una en León y otra en Tordesillas, cuando disponen que aquella cuasi-posesión continuada por treinta años, se conserve y respete en el pueblo donde aquel noble vivía, como si dicho pueblo por tan larga tolerancia se hubiera perjudicado a sí mismo y justificado la cuasi-posesión de aquel noble.

Ni ofrece dificultad alguna el texto de la ley única del Código en el título *de reis postulatis* con su glosa, libro 10, que aducen en contra de nuestra opinión, Juan Lobo (4), Juan Arce (5) y Covarrubias (6), porque dicho texto lejos de probar la opinión contraria, confirma con bastante claridad la nuestra, porque dice que quien ha sido demandado o acusado como reo, no ha de ser promovido a nueva dignidad, pero niega que haya de ser despojado o privado de la dignidad que ya tuviera; del mismo modo, pues, en nuestro caso, como dicho

(1) *De restitut. spoliatorum*, lib. 6.
(2) *De privilegiis*, lib. 6.
(3) *Ubi supra*.
(4) En el citado cap. *per vestras*, 2.° not., versic. *sed pulchra*, núm. 46, *de donat. inter virum et uxorem*.
(5) En su tratado sobre la nobleza española, pág. 228.
(6) *Ubi supra*.

negat enudandum esse aut privandum, sic ergo & inspecie nostra, cum noster nobilis de sua quasi possessione nobilitatis tuenda & conservanda non etiam de nova dignitate assequenda egerit, audiendus est, inque eo statu tuendus.

24. Unde quaeri solet † si ei qui in ea exemptionis ac nobilitatis quasi possessione erat, lis mota fuerit super nobilitatis proprietate & nec etiam in possessorio ulla sententia lata fuerit, an interea is possit obtinere eos honores, ac munera quae ex lege vel consuetudine ad nobiles tantum non etiam ad prebejos pertinebant, (idque retenta opinione eorum qui contendunt lite pendente eum ab illa quasi possessione nobilitatis enudandum) & hac in re Covarru. d. lib. 1. resol. cap. 16. num. 11. tenet lite tali pendente, admittendum non esse ad tales honores, licet fateatur non quoque esse privandum ea dignitate & honore, quem jam obtinebat tempore litis motae; movetur, quia accusatus de crimine jure tam canonico quam civili ad novos honores ac dignitates promoveri non debet, l. reus delatus, ff. de muneribus & honoribus, l. si ut proponis, C. quando provocare non est necesse, cap. omnipotens, de accusa. l. qui status, ff. de re mili. l. qui de
25. libertate, ff. de libe. cau. † quia accusatione ineunte onerata est opinio accusati, sicque affecta infamia facti, Glo. & Doctores in dict. cap. omnipotens, Gloss. in cap. fina. de testibus, Gloss. & communiter Doctores in l. qui a latronibus, §. 1. ff. de testamen. ubi Aretinus, Paulus & alii post Bartolum & alios l. 2. ubi Joannes de Platea. C. de digni. libr. 10. l. 1. ubi per Gloss. & Doct. C. de reis post. eodem
26. libro. † & tamen talis reus postulatus ineunte accusatione non enudatur ea dignitate ac honore quem obtinebat tempore institutae accusationis, ut tenent Gl. & communiter Doctores

noble no haya tratado de la adquisición de nueva dignidad, sino de defender y conservar la cuasi-posesión que ya tenía, ha de ser oído y conservado en dicho estado.

Por lo dicho suele suscitarse la cuestión siguiente: si a 24.
quien estaba en cuasi-posesión de dicha inmunidad y nobleza se le hubiera movido pleito sobre la propiedad de tal nobleza sin que sobre la posesión de la misma se hubiera dado sentencia alguna, ¿podría, mientras se tramita el pleito, obtener aquellos honores y cargos que por la ley o por la costumbre sólo se otorgaban a los nobles y de ningún modo a los plebeyos, admitida la opinión de quienes defienden que estando pendiente el pleito debe ser despojado de aquella cuasi-posesión de nobleza? En este punto Covarrubias (1) defiende que no debe ser admitido a tales honores mientras el pleito no se termine, aun cuando confiesa que no por eso debe ser despojado de aquella dignidad y honor de que ya disfrutaba en el momento de moverse el pleito. Fúndase en esta razón, en que el acusado de algún delito, no debe, tanto según el derecho canónico cuanto según el derecho civil, ser promovido a nuevos honores y dignidades (2), porque al dar comienzo la acusación queda la fama del acusado bajo 25.
el peso de los cargos y por consiguiente afectada de infamia de hecho (3); y sin embargo tal persona acusada como reo, no es despojada al dar comienzo la acusación, de aquella dignidad y honor de que ya disfrutaba en el momento de entablarse la acusación, conforme lo defiende la glosa y comúnmente los doctores en la ley única del título *de reis postulatis*, libro 10 del Código (4), y lo enseñan los doctores 26.
en los lugares arriba citados; del mismo modo, pues, en

(1) En el lib. 1.º *resolutionum*, cap. 16, núm. 11.

(2) Conforme consta por la ley *reus delatus*, Digesto, tít. *de muneribus et honoribus;* por la ley *si ut proponis*, Código, tít. *quando provocare non est necesse;* por el cap. *omnipotens, de accusa.;* por la ley *qui status*, Digesto, tít. *de re milit.* y por la ley *qui de libertate*, Digesto, tít. *de libe. causa.*

(3) Conforme lo expresan la glosa y doctores al exponer el cit. cap. *omnipotens*, el cap. final *de testibus*, la ley *qui a latronibus*, §. 1.º, Digesto, tít. *de testamentis*, donde manifiestan lo mismo el Aretino, Pablo y otros autores siguiendo el sentir de Bartolo; consta también por la ley 2.ª del Código, tít. *de dignitatibus*, lib. 10, que expone así Juan de Platea y por la ley 1.ª del Código, tít. *de reis post.* expuesta por la glosa y doctores en tal sentido.

(4) Como también en la ley *libertus*, §. *in quaestionibus*, Digesto, tít. *ad municipalem.*

in dict. l. unic. C. de reis postu. libro 10. per l. libertus, §. in quaestionibus, ff. ad municip. & tradunt Doctores in locis supra citatis, sic ergo & in specie nostra per interventum, inquit, hujus litis de proprietate nobilitatis, licet honores tunc obtenti non evanescant, tamen denuo novis honoribus, ac dignitatibus investiendus ac decorandus non est.

Quid dicendum? & quidem cum (ut ex superioribus docemur) is qui in nobilitatis quasi possessione longaeva est absque vitio, in ea tuendus sit quandiu lis durat, non video cur novorum honorum expers censeatur, praesertim cum ex integro eum habendum esse pro nobili d. l. 6. titulo de los fidalgos lib. 4. ordinamen. interea voluerit, & etiam d. l. regis Henrici, aliter enim liberum esset cuique talem litem movendo huic nobilitatis possessioni damnum grande inferre, quod incivile esset, diversum est in accusato de crimine, cujus nomen inter reos receptum est ob infamiam facti, ut de se patet, pro nobis tex. in cap. 1. ut lite pendente, & alia jura quae ajunt non solum lite tantum mota, sed etiam sententia condemnatoria per interventum appellationis suspensa, reum postulatum suum statum illaesum servare d. l. qui a latronibus, l. ejus, §. fina. ff. de testam. Jas. in l. 1. col. 3. ff. de re judi. Abb. num. 14. in capit. saepe, de appel.

27. Denique si † existenti in longa quasi possessione nobilitatis sciente, & patiente populo, populus ipse inferat litem super proprietate nobilitatis, eumque nobilem turbet ac spoliet, puta captis pignoribus atque distractis ad munera plebejorum subeunda, & post litem contestatam nobilis ille velit possessorium movere, & petitorium suspendere, dicens sese in sua quasi possessione turbatum aut spoliatum, an

nuestro caso, dice él, en razón de dicho pleito sobre la propiedad de la nobleza, aun cuando no desaparezcan los honores ya entonces conseguidos, sin embargo no debe ser de nuevo investido y honrado con nuevos honores y dignidades.

¿Qué solución daremos? En verdad, constando (según sabemos por lo arriba expuesto) que quien se halla en cuasi-posesión duradera y sin vicio de aquella nobleza, debe ser conservado en ella mientras dura el pleito, no veo por qué se le ha de considerar incapaz de nuevos honores, principalmente siendo voluntad de la citada ley 6.ª, título de los hidalgos, libro 4.°, Ordenamientos, que mientras se ventila el pleito deba ser tenido enteramente como noble, lo mismo que quiere también la ley del rey Enrique, pues de otro modo estaría en mano de cualquiera, suscitando tal pleito, inferir grave perjuicio a esta posesión de nobleza, lo que sería injusto. Cosa diversa sucede tratándose de quien ha sido acusado de delito y cuyo nombre figura ya entre el de los reos en razón de la infamia de hecho, cosa que por sí es manifiesta. En nuestro apoyo tenemos el texto del capítulo 1.° *ut lite pendente* y otras leyes que declaran que no sólamente cuando el pleito sólo ha empezado a tramitarse, sino también después de sentencia condenatoria, pero suspendida en virtud de apelación, conserva su estado ileso quien ha sido acusado como reo (1).

27. Finalmente, si a quien se halla por largo tiempo en cuasi-posesión de nobleza a ciencia y paciencia del pueblo, este mismo pueblo le suscitara pleito sobre la propiedad de tal nobleza, inquietando y despojando a dicho noble, tomándole por ejemplo bienes e invirtiéndolos en cubrir cargas propias de plebeyos, y después de contestado el pleito (2), dicho noble quisiera suscitar pleito sobre la posesión suspendiéndose el que se seguía sobre la propiedad, diciendo haber sido molestado y despojado en su cuasi-posesión, ¿deberá ser oído? Suscita esta cuestión el que el noble debe imputarse a sí mismo el que pudiendo en un principio entablar

(1) Según la ley *qui a latronibus* y la ley *ejus*, §. final, Digesto, *de testamentis* y conforme lo declara Jasón en la ley 1.ª, col. 3.ª, Digesto, tít. *de re judicata* y el Abad, núm. 14 en el cap. *saepe, de appellat.*

(2) Se entiende contestado el pleito desde el momento en que el juez empieza a oir las alegaciones de las partes. Der. Rom. (T.).

audiendus sit?, movet quaestionem, quod sibi imputare ille debet, quod cum initio possessorium posset suscipere, petitorium admisit, capitu. 1. de restitu. spoliato. praesertim cum talis exceptio spolii videatur dilatoria, quae ante litem contestatam non etiam post proponi deberet, l. ita demum, C. de procurat. l. fina C. de exceptio. capitu. inter monasterium, de re judica. & quod hoc casu petitorium, possessorio sic intento non possit suspendi, tenuerunt Bartol. in l. naturaliter, §. nihil commune, in quarta combinatione num. 23. ff. de acquiren. possessio. cujus opinionem sequitur, & dicit esse communem Ripa, ibi num. 161. sequitur, & dicit communem opinionem Corasius, ibi num. 33. Specul. titul. de posses. & peti. §. sciendum, versicu. sed pone, Antonius in capitu. cum dilectus, columna 10. supra alleg. Cardinal. & Imol. in clementi. unic. de causa possession. & proprieta. Rota, eodem titulo, decisione 4. Paul. consil. 277. quia per primum lib. 1. Innocentius & Abb. in capitu. ex consuetudine, de restitutio. spoliatorum, Alexan. Socin. & Jas. num. 137. in d. §. nihil. commune, ubi Aretin. num. 16. & Claudius num. 55. licet Jas. ubi supra, qui hanc dicit communem opinionem, in contrarium inclinet.

Contrariam partem ut hoc casu possit per interventum possessorii suspendi petitorium, tenent Paulus Castrens. & Jas. num. 138. & Cumanus & Socinus columna final. in d. §. nihil commune, & in hanc partem magis inclinat decisio Rotae, ubi supra, & Paulus de Eleazar. & Joannes de Lani. Innocentius & Panormitan. ubi supra, in hanc quoque partem quodammodo declinare videntur, & Vincentius de Hercula. num. 108. in d. §. nihil commune, & hanc firmat esse magis communem opinionem Canonistarum Ripa, ubi supra, ubi etiam Corasius num. 33. Idem sentit sub quadam tamen

juicio posesorio, admitió juicio sobre la propiedad, conforme al capítulo 1.° *de restitutione spoliatorum*, principalmente cuando la excepción de despojo se considera dilatoria y debería presentarse antes de contestado el pleito y no después (1); y que en este caso el juicio sobre la propiedad no pueda suspenderse por intentarse pleito sobre la posesión lo defendió Bartolo (2), cuya opinión sigue llamándola opinión común Ripa (3), como también Corasio (4), el Speculator (5), Antonio (6), el Cardenal, Imola (7) y otros autores (8).

La opinión contraria, a saber, que en este caso puede por medio del juicio posesorio suspenderse el juicio sobre la propiedad, la defienden Pablo de Castro, Jasón, Cumano y Socino (9); a esta parte se inclina más la decisión de la Rota (10), y parecen patrocinarla Pablo de Eleazar. Juan de Lani. Inocencio y el Panormitano (11), como también Vicente de Herculano (12) y Ripa que dice ser esta opinión más seguida por los Canonistas (13). Del mismo sentir es, aunque con cierta distinción, el Abad (14), como también

(1) Conforme a la ley *ita demum* del Código, tít. *de procuratoribus;* a la ley final del Código, tít. *de exceptionibus* y al cap. *inter monasterium, de re judicata.*

(2) Al comentar la ley *naturaliter*, §. *nihil commune* in 4.ª *combinat.*, núm. 25, Digesto, *de acquir. possessione.*

(3) En el núm. 161 al exponer la misma ley.

(4) *Ibidem*, núm. 33.

(5) Tít. *de possessorio et petitorio*, §. *sciendum*, ver. *sed pone*.

(6) En el cap. *cum dilectus*, colum. 10.ª arriba citada.

(7) En la Clementina única *de causa posses et proprietatis.*

(8) La Rota en el mismo tít., decis. 4.ª; Pablo, dictamen 277 *quia per primum*, lib. 1.°; Inocencio y el Abad en el cap. *ex consuetudine, de restit. spoliatorum;* Alejandro, Socino y Jasón, núm. 137, sobre el citado §. *nihil commune*, donde defienden lo mismo el Aretino núm. 16 y Claudio núm. 55, aun cuando Jasón *ubi supra*, afirmando ser esta opinión común, se inclina sin embargo a la contraria.

(9) Todos al exponer el §. *nihil commune*, Jasón en el núm. 138 y los dos últimos en la colum. final.

(10) *Ubi supra.*

(11) *Ubi supra.*

(12) En el núm. 108 sobre el cit. §. *nihil commune.*

(13) *Ubi supra*, donde expone el mismo sentir Corasio.

(14) En el cap. *pastoralis*, núm. 34, *de causa possession.*

distinctione Abb. in capi. pastoralis, num. 34. de causa possession. quod & sentit Paulus in d. consil. 277. moventur hanc partem tenentes per clement. unicam, de causa possession. in §. fina. quae nominatim hanc probat sententiam, sed tenentes contrariam respondent illud esse speciale in causis tantum beneficialibus, regulariter contra jure tam canonico, quam civili.

Quid dicendum? & quidem ibi est tex. minime subterfugiendus, praesertim cum ibi sit illa ratio expressa, & in spoliantis odium suspendere petitorium, quae quidem ratio ibi expressa generalis est in omni spolio, sicque utroque jure procedere debet, & in omni spoliatione, quia quando ratio est expressa in lege, habetur pro ipsamet lege, adeo ut legis decisio loco exempli habeatur, sicque non arctet regulam, id est, illam rationem generalem, quae pro regula habenda est, ut est vera & communis opinio, quam tenent Gloss. in clem. 1. de electio. verb. eligatur, Gloss. in authen. de haere. & Falcid. quam dicit singularem Baldus in l. fina. ff. de haeredibus instit. Idem Baldus in l. fina. C. de liberis praeter. Jaso. in l. de quibus, ff. de legibus, num. 14. Jaso. in l. fina. C. de pact. num. 12. Idem Jaso. per tex. ibi in l. humanitatis, num. 7. Idem Jaso. post Paulum Castren. in l. quamvis, C. de fideicom. Idem Jaso. num. 12. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum obligat. Idem Jaso. in authen. quas actiones, num. 22. C. de sacrosanct. eccle. Natan. num. 32. in cap. quamvis pactum, de pactis libro 6. Purpuratus, num. 23. Curtius Junior, num. 9. Decius, num. 15. in l. fina. C. de pactis, Alexan. num. 5. Corneus, n. 15. in dict. l. humanitatis, Jaso. in l. transigere, num. 15. C. de transa. Ripa, num. 50. & Annibal, num. 349. in l. nemo potest, ff. de legatis primo, Crotus in l. si

Pablo de Castro (1). Fúndanse los defensores de esta parte en la Clementina única *de causa possessionis*, §. final, que expresamente aprueba esta opinión, a lo que responden los defensores de la contraria, que aquella disposición es especial sólamente en causas sobre beneficios, pero que en las demás sucede lo contrario, tanto atendido el derecho canónico como el civil.

¿Qué solución daremos? En verdad, tenemos el texto de dicha Clementina, que de ningún modo podemos esquivar con subterfugios, principalmente cuando en él se expresa esta razón: «y en castigo del expoliador suspender el juicio sobre la propiedad», ya que esta razón allí expresada es general en todo despojo y por tanto debe tener aplicación en ambos derechos y tratándose de toda clase de expoliación, porque cuando en una ley se expresa la razón, ésta tiene valor de ley, hasta el punto que la decisión de la ley se considera como ejemplo que no restringe la ley, es decir, aquella razón general que ha de ser tenida como ley, conforme a la verdadera y común opinión que defiende la glosa en la Clementina 1.ª, *de electione* (2), y en la Novela *de haer. et Falci.* que llama singular Baldo (3); defienden lo mismo Jasón (4), Natan. (5), el Purpurado (6), Curcio el Joven (7), Decio (8). Alejandro (9) y otros (10).

(1) En el cit. dictamen 277.

(2) En la palabra *eligatur*.

(3) Al exponer la ley final del Digesto, tít. *de haered. instituendis* lo mismo que defiende en la ley final del Código, tít. *de liber. praeter.*

(4) En la ley *de quibus*, Digesto, *de legibus*, núm. 14; en la ley final del Código, tít. *de pactis*, núm. 12; en el texto sobre la ley *humanitatis*, núm. 7; en la ley *quamvis*, Digesto, tít. *de fideicom.* siguiendo el sentir de Pablo de Castro; en la ley *stipulatio hoc modo concepta*, Digesto, *de verborum obligat.*, núm. 12; en la Novel. *quas actiones*, núm. 22, inserta en el Código, tít. *de sacrosanct. ecclesiis* y en la ley *transigere* del Código, tít. *de transaction.*, núm. 15.

(5) En el cap. *quamvis pactum*, núm. 32, *de pactis*, lib. 6.º

(6) En el núm. 25 sobre la ley final del Código, *de pactis*.

(7) En el núm. 9 sobre la misma ley.

(8) En el núm. 15 sobre la misma ley.

(9) En el núm. 5. al comentar la ley *humanitatis*, que expone Corneo en el mismo sentido, núm. 15.

(10) Ripa en el núm. 50, Aníbal núm. 349 sobre la ley *nemo potest*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.º; Croto en la ley *si constante*, cuest. 7.ª; Bartolo lect. 2.ª, Digesto, tít. *soluto matrimonio;* Cumano en la ley *cum mulier*, §. 1.º, Digesto, tít. *soluto matrimonio.*

constante, in 7. quaestio. Bart. lectu. 2, ff. soluto matri monio, Cumanus in l. cum mulier §. 1, ff. solut. mat.

28. Praeterea † jus canonicum & civile in unam veluti societatem & consonantiam coierunt regulariter, ut quod in alterutro horum jurium expressim decisum sit, in altero quoque & decisum esse intelligatur & servandum sit, capitu. 1. & 2. cum utrobique notatis per Gloss. & Docto. de novi oper. nuncia. unde cum id jure canonico nominatim decisum sit, nec jure civili contrarium decisum expressim reperiatur, utroque jure id decisum & servandum videbitur. Quod si dixeris, quaenam utilitas erit per interventum hujus possessorii lite jam contestata super petitorio emersi petitorium supersedere, cum possit utrumque pariter ac simul agitari, respondebo, quia ut Horatius ait, qui binos lepores una sectatur in hora, altero quandoque, quandoque carebit utroque, & pluribus intentus minor est ad singula sensus, sicque longe utilius ac commodius possessorium per se quam simul cum petitorio ille prosequitur, & dum dicitur hanc exceptionem videri dilatoriam negatur, vel si agnoscatur, dicemus hoc in casu degenerare, proponique posse in odium spoliantis, etiam post litem contestatam, praesertim cum videatur habere causam successivam, quo casu potest etiam post conclusionem in causa proponi, secundum Bal. Ang. Alex. & alios in l. 1. per tex. ibi. ff. de ser.

Además, el derecho canónico y el civil proceden, por regla general, en perfecta unión y armonía, de suerte que lo que en cualquiera de ambos haya sido decidido lo considera también decidido el otro derecho y que por tanto se ha de cumplir, conforme al capítulo 1.° y 2.° *de novi operis nunciat.*, con lo que en ambos exponen la glosa y los doctores; por consiguiente, habiendo sido expresamente decidido este punto por el derecho canónico y no constando que el derecho civil haya resuelto nada expresamente en contrario, se considerará decidido en ambos derechos y que en ambos se ha de cumplir. Mas si objetares, qué utilidad puede haber en sobreseer el juicio sobre la propiedad por interposición y antelación de éste sobre la posesión estando ya contestado el pleito sobre la propiedad y pudiendo tramitarse ambos del mismo modo y simultáneamente, te responderé con Horacio, que la siguiente: «porque quien al mismo tiempo persigue dos liebres, unas veces perderá una, pero otras las dos», y en otro lugar: la atención aplicada a muchas cosas es más débil en cada una de ellas, y por consiguiente con mucho mayor provecho y facilidad podrá entablar el juicio sobre la posesión separadamente que junto con el juicio sobre la propiedad. Y lo que afirman, que dicha excepción se considera dilatoria, lo negamos, o si se admite, diremos que en este caso ha perdido su fuerza y que en castigo del expoliador puede proponerse aun después de contestado el pleito, principalmente cuando parece existir causa sucesiva, en cuyo caso puede proponerse en la causa aun después de estar ésta conclusa, según lo afirman Baldo, Angel, Alejandro y otros al comentar la ley 1.ª *de ser.* 28.

CAPVT LXXXVIII

SUMMAE

1. *Possessorio remedio agenti potest opponi exceptio de dominio incontinenti probando.*
2. *Possessorio recuparandae non potest objici exceptio de dominio incontinenti probando.*
3. *Possessorio retinendae an objici possit exceptio de dominio incontinenti probando, dubia pugna.*
4. *Possessorio recuperandae an objici possit exceptio de sententia lata inter easdem partes, dubia pugna.*
5. *Possessorio recuperandae non magis opponi potest exceptio sententiae latae inter easdem partes, quam exceptio cujusque alterius causae legitimae inter easdem partes habitae, contra communem opinionem.*

1. SUPERIORIBUS sequens quaestio proxima est, † agenti remedio possessorio an objici possit exceptio de dominio incontinenti probando, dubium est; movet quaestionem, quod aliud est proprietas, aliud est possessio, quinimo nihil commune habent l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquirenda possess. l. si quis vi, §. differentia, eo. ti. adhuc tamen obtinuit talem exceptionem posse opponi, ita tenent Gloss. in l. ille a quo, §. si de testamento, in verbo. verba, ad fin. ff. ad Trebelli. Gloss. Baldus, Paulus, & alii communiter in l. 2. C. de

CAPÍTULO LXXXVIII

SUMARIO

A quien invoca en su apoyo el interdicto *adipiscendae possessionis*, puede oponérsele la excepción de dominio que se prueba en el acto. 1.

A quien se basa en el interdicto *recuperandae*, no puede oponérsele la excepción de dominio que se probaría en el acto. 2.

¿Puede oponerse la excepción de dominio que se prueba en el acto a quien invoca el interdicto *retinendae?* Cuestión debatida. 3.

Al interdicto *recuperandae*, ¿puede oponerse la excepción de sentencia pronunciada entre las mismas partes litigantes? Cuestión dudosa. 4.

No hay mayor razón para que al interdicto *recuperandae* pueda oponerse la excepción de sentencia pronunciada ya entre las mismas partes, que la excepción de otro cualquier título adquirido legítimamente entre las mismas partes contendientes; contra la común opinión. 5.

Muy relacionada con lo anterior está la siguiente cuestión, a saber, si a quien en juicio invoca en su apoyo la posesión puede oponérsele la excepción de dominio que se prueba en el acto; es cosa dudosa, y suscita la cuestión el que una cosa es la propiedad y otra la posesión; más aún, nada tienen entre sí de común (1); pero sin embargo ha prevale- 1.

(1) Como consta por la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, Digesto, tít. *de acquir. posses.* y por la ley *si quis vi*, §. *differentia* del mismo título.

edict. divi Adr. toll. Gloss. in l. 1. in Glo. 2. C. de ordi. judi. ubi per Doctor. Gloss. & communiter Doctores in l. si quis conductionis. C. locati, Gloss. in l. in condemnatione, §. fina. ff. de regu. juris, Gloss. in l. dolo, ff. de doli exceptio. Glo. & communiter Doctores in cap. dolo, de

2. regul. juris in 6. † Quod procedit in interdicto, & remedio adipiscendae possessionis, non sic in interdicto recuperandae, ut tradunt communiter Doctores in l. si de vi, ff. de judi. praesertim Jacobinus, num. 7. & rursus, num. 11. Raynerius & Bartolus, columna 2. in d. §. nihil commune, Joannes de Imola in cap. 1. columna fina. de restit. spoliatorum, Hostiensis & Joannes Andr. in cap. pastoralis, & in cap. cum dilectus, de causa possessio. & proprie. Angelus, Imola, Paulus Castren. Cumanus in dict. §. nihil commune, & est communis opinio secundum Jacobinum, ubi supra, num. 10. contra Gloss. ibi, & ibi etiam Paulus, Franciscus de Ripa in dict. §. nihil commune, num. 52, Felinus qui plures allegat in cap. fina. de lib. oblati. Jas. in dict. §. nihil commune, num. 43. cum plur. praec. & seq. qui hanc dicit communem opinionem, Imola & Alex. num. 16, & num. 12. ibidem, qui hanc firmat communem opinionem, Imola in l. si de eo. §. fin. ff. de acquirenda possessione, Greg. Lupus in l. 27. titu. 2. parte 3.

3. Non † quoque procedit in interdicto retinendae possessionis, nam & in eodem non admittitur exceptio de dominio incontinenti probando, haec est communis opinio quam tenent Gl. in l. si de eo, §. fina. ff. de acquirenda possessio. quam sequitur ibi Imola post Bart. & ait alibi non esse, sequitur & dicit esse communem opinionem Ripa, in d. §. nihil commune, num. 98. & Jas. num. 43. & Alexan.

cido la opinión de que puede oponerse dicha excepción; así consta por varias glosas en diferentes leyes y por numerosos comentaristas (1). Lo que tiene lugar cuando se trata 2.
de interdicto para obtener la posesión *(interd. adipiscendae posses.)*, pero no cuando se tratara de interdicto para recobrar la posesión *(interd. recuperandae posses.)* según lo defienden comúnmente los doctores al comentar la ley *unde vi* (2) y en especial Jacobino en el número 7 y 11, Rainerio y Bartolo en la columna final, Angel, Imola (3), Pablo de Castro, Cumano, Francisco de Ripa en el núm. 52, Jasón en el número 43 y en otros anteriores y posteriores, y Alejandro, todos ellos al comentar el citado §. *nihil commune*, el Hostiense y Juan Andrés en el capítulo *pastoralis* y *cum dilectus* (4), Felino quien cita a otros muchos (5) y Gregorio Lobo (6), defendiéndola muchos de ellos como común opinión; así Imola, Alejandro, Jacobino y Jasón en los lugares citados.

Tampoco tiene lugar cuando el interdicto es sobre con- 3.
servar la posesión *(interdict. retinendae posses.)* porque tampoco contra él se admite la excepción de dominio que se ofrece probar en el acto; es ésta una opinión común que defiende la glosa en la ley *si de eo* (7), glosa que admite en tal lugar Imola siguiendo el sentir de Bartolo, Ripa que la

(1) Tales son: la glosa en la ley *ille a quo*, §. *si de testamento*, en la palabra *verba ad fin.*, Digesto, *ad Trebellianum;* la glosa, Baldo, Pablo y comúnmente otros autores en la ley 2.ª del Código, tít. *de edicto divi Adriani tollen.;* la glosa en la ley 1.ª, glosa 2.ª, Código, tít. *de ordine judiciorum*, donde así lo hacen constar los doctores; la glosa y comúnmente los doctores en la ley *si quis conductionis*, Código, *locati;* la glosa en la ley *in condemnatione*, §. final, Digesto, *de regulis juris;* la glosa en la ley *dolo*, Digesto, *de doli exceptione;* la glosa y doctores en el cap. *dolo*, *de regulis juris*, lib. 6.º

(2) Del Digesto, tit. *de judiciis.*

(3) Defiende lo mismo en la ley *si de eo*, §. final, Digesto, tít. *de acquir. possessione.*

(4) *De causa posses. et proprietatis.*

(5) En el cap. final *de lib. ablati.*

(6) En la ley 27, tít. 2.º, parte 3.ª

(7) En el §. final, Digesto, *de acquir. possessione.*

num. 12. & num. 16. Greg. Lupus in l. 27. titulo. 2. par. 3. verb. que le entregase, & hanc firmant esse communem opinionem Ripa, Jaso. & Alexan. ubi supra, quam sequitur & communem appellat Jacobinus de Sancto Georgio in dict. l. si de vi. num. 10. & num. 7. quam etiam sequitur Pau. ibi & Abbas Panormitanus in cap. in literis, de rest. spoliatorum, Baldus in l. incerti, columna. 7. C. de interdictis, idem Baldus in l. post sententiam. C. de senten. column. 2. Socin. in dict. §. nihil commune, colum. 4. Ange. in §. 4. instit. de actio. Bart. in d. l. si de eo. Idem in d. l. si de vi, sequitur & dicit esse communem opinionem Aretinus in d. l. si de eo, §. fina. qui omnes hoc tenent pro indubitato quando probatio dominii non esset oblata incontinenti, quod & firmat Alexan. consi. 45. ad fin. libr. 3. visa facti narratione. Idem Alexand. consi. 87. quoniam omne datum, columna 3. lib. 5. Corneus consilio. 227. viso, lib. 3. Et licet ista sit receptior opinio, tamen quando incontinenti offertur probatio dominii, contrarium tenent Gloss. in dict. l. si de vi, quam sequi videntur Cynus & Bald. in d. l. incerti, Cynus in dict. l. 2. C. de edict. divi Adria. Ange. in l. dolo, ff. de doli excep. Barto. sibi contrarius in l. si coloni. C. de agricolis & censi. lib. 11. Dynus in ca. qui ad agendum, de reg. juris lib. 6. Antonius in dict. capitu. in literis & alii plures, quos refert Ripa, ubi supra, num. 98. exceptio tamen de dominio probato incontinenti per sententiam latam inter easdem partes bene admittitur etiam contra agentem interdicto recuperandae, secundum communem opinionem, de qua per Ripam in dict. num. 98. & per Jason. in dict. §. nihil commune, num. 43, per Alex. ibi num. 12. qui hanc firmat communem opinionem, quod & firmant Ripa, & Jas. ibid. & alii plures, quos supra retulimus.

Sicque sunt quatuor communes conclusiones. Prima, quod

llama opinión común (1), Gregorio Lobo (2), Pablo, el Adad Panormitano (3), Baldo (4), Socino (5), Angel (6), Bartolo (7), todos los cuales defienden lo anterior como cierto cuando la prueba de dominio no se hubiera ofrecido en el acto, lo que defiende también Alejandro (8) y Corneo (9). Pero aun cuando esta opinión sea más admitida, sin embargo en caso de ofrecerse en el acto la prueba del dominio, sostienen lo contrario la glosa en la citada ley *si de vi*, que parecen seguir Cino, Baldo (10), Angel (11), Bartolo (12) contradiciéndose a sí mismo, Dino (13), Antonio (14) y otros muchos que cita Ripa, *ubi supra*, número 98. Sin embargo, la excepción de dominio que se ofrece probar en el acto en virtud de sentencia dada entre las mismas partes, rectamente es admitida aun contra quien invoca en la causa el interdicto *recuperandae*, conforme a la común opinión que exponen Ripa (15), Jasón (16) y Alejandro (17), defendiéndola los tres como opinión común (18), al igual que otros muchos que arriba hemos aducido.

---

(1) En el núm. 98 sobre el §. *nihil commune*, donde sienten lo mismo Jasón en el núm. 43, y Alejandro en los núms. 12 y 16.

(2) En la ley 27, tít. 2.°, part. 3.ª en las palabras «que le entregase», etc., defiéndenla como opinión común Jasón, Alejandro, *ubi supra*, Jacobino de San Jorge en la citada ley *si de vi*, núms. 10 y 7.

(3) En el cap. *in litteris, de restitut. spoliatorum.*

(4) Al comentar la ley *incerti*, colum. 7, Código, *de interdictis* y la ley *post sententiam*, Código, *de sententiis*, colum. 2.ª.

(5) En el cit. §. *nihil commune*, col. 4.ª

(6) En el §. *quadrupli*, Instituta, *de actionibus.*

(7) En la citada ley *si de eo* y en la ley *si de vi*, lo mismo defiende el Aretino como opinión común en la ley *si de eo*, §. final.

(8) Dictamen 45 al final, lib. 3.°, *visa facti narratione* y dict. 87, *quoniam omne datum*, col. 3.ª, lib. 3.°

(9) Dictamen 227 *viso*, lib. 3.°

(10) Ambos en la citada ley *incerti* y Cino también en la ley 2.ª del Código, tít. *de edicto divi Adriani.*

(11) Al comentar la ley *dolo*, Digesto, *de doli exceptione.*

(12) En la ley *si coloni*, Código, tít. *de agricolis et censitis*, lib. 11.

(13) En el cap. *qui ad agendum, de regul. juris*, lib. 6.°

(14) En el cit. cap. *in litteris.*

(15) En el cit. núm. 98.

(16) En el §. *nihil commune*, núm. 43.

(17) *Ibidem*, núm. 12.

(18) *Ibidem.*

agenti remedio adipiscendae obstet exceptio de dominio incontinenti probando. Secunda quod non obstet agenti remedio recuperandae. Tertia quod non obsit etiam agenti remedio retinendae. Quarta, quod agenti remedio recuperandae obsit talis exceptio incontinenti probanda, per sententiam latam inter easdem partes super eadem re.

4. Sed quaenam est ratio differentiae inter titulum sententiae incontinenti monstratum, qui opponi potest agenti interdicto recuperandae vel retinendae, vel titulum alium etiam incontinenti ostensum, qui opponi non potest agenti retinendae, vel recuperandae remedio secundum communes opiniones? Respondent Doc. communiter, quod si prius spoliavi te, deinde tu ultro judicium proprietatis mecum aggressus es, perque sententiam victus fuisti, si rursus agas recuperandae, vel retinendae remedio, aequissime objiciam dolo turpiterque te agere dum petis, quod statim restituturus, es, l. dolo ff. de doli exception. capitu. dolo, de regu. jur. in 6. non sic si ego opponam de dominio incontinenti probando per alium modum, quam per sententiam inter te, & me latam, quia cum tu possis probabiliter ignorare, an ego essem dominus necne, justissime peteres rem tuam tibi restitui, nec te rebus tuis nudatum spectare debere spatiosam dominii probationem, eandemque incertam aut forte falsam, & suspectam, est enim difficillima & spatiosa dominii probatio, ut not. per Gloss. & Doctor. in l. sive possidetis, C. de probation. l. is qui destinavit, ff. de rei vindicatio. l. 27. titu. 2. par. 3. sed ista iniquitas cessat cum vis incontinenti ostendere sententiam latam inter te & me, quam ignorare non posses. Praeterea illa violentiae injuria, quam tibi intuli, dum te spoliavi, quasi purgari videtur per tuam remissionem, vel

Así pues, cuatro son las conclusiones comúnmente admitidas: primera, que a quien invoca en su favor el interdicto *adipiscendae*, puede oponérsele la excepción de dominio que se ofrece probar en el acto; segunda, que no puede oponerse a quien invoca el interdicto *recuperandae;* tercera, que tampoco se opone a quien invoca el interdicto *retinendae*, y cuarta, que a quien invoca en la causa el interdicto *recuperandae posses.* puede oponerse dicha excepción que se ofrece probar en el acto en virtud de sentencia dada sobre la misma cosa y entre las mismas partes. 4.

Pero, ¿cuál es la razón de la diferencia entre el título basado en sentencia dada y presentado en el acto, que puede oponerse a quien invoca en la causa el interdicto *recuperandae* o *retinendae* y otro título presentado también en el acto y que sin embargo no puede oponerse a quien invoca el interdicto *recuperandae* o *retinendae* conforme a la común opinión? A ésto responden generalmente los doctores, que si primero te despojé de una cosa, y después voluntariamente pleiteaste conmigo en juicio sobre la propiedad y por sentencia fuiste declarado vencido, si de nuevo entablas acción invocando el interdicto *recuperandae* o *retinendae*, con toda justicia te opondré que procedes con dolo y torpemente cuando reclamas una cosa que inmediatamente tendrás que restituir (1), no siendo lo mismo si yo opusiera la excepción de dominio que probaría en el acto por otro medio que no fuera la sentencia ya dada entre nosotros dos, porque pudiendo tú probablemente ignorar si yo era o no dueño, con toda justicia pedirías el que se te restituyera aquella cosa tuya, ni, despojado de tus bienes deberías esperar una prueba del dominio de larga duración, y a la vez incierta o tal vez falsa y sospechosa, ya que la prueba del dominio es sumamente difícil y de larga duración (2). Pero esta injusticia cesa cuando quiero en el acto mostrar la sentencia dada entre ambos y que no podías ignorar. Además, aquella injuria de violencia que te inferí al despojarte de una cosa, parece

(1) Conforme a la ley *dolo*, Digesto, *de doli exceptione* y al cap. *dolo, de regulis juris*, lib. 6.º

(2) Según lo nota la glosa y doctores en la ley *sive possidetis* del Código, tít. *de probatione* y consta por la ley *is qui destinavit*, Digesto, *de rei vindicatione* y la ley 37, tít. 2.º, part. 3.ª

dissimulationem, argumen. §. fina. institu. de injur. l. filio quem pater, ff. de liber. & posthu. cum ibi late traditis per Aret. Alexan. Jason. & alios l. non putavit, §. si quis emancipatum. ff. de bon. poss. contra tabulas, nec dubium est quin quasi dissimulasse ac missam fecisse videar illam injuriam mihi illatam per judicium de proprietate postea ultro acceptum, etiam quoad hunc effectum, ut amplius nequeam redire ad judicium possessorium, argumento capi. 1. & capitu. 2. de restitution. spoliatorum, ut tradit plene Ripa num. 72. in l. naturaliter §. nihil commune, ff. de acquiren. possession. & ibi Jas. num. 46. in fin.

Quid dicendum? & mihi quidem ista differentia quam faciunt Doct. communiter in locis supra citatis inter titulum sententiae incontinenti ostensum, & alios titulos incontinenti ostensos, semper suspecta visa est, nam revera data
5. paritate terminorum utrobique eadem ratio est, † nam si prius te spoliavi, deinde abs te emi, vel donationis, aut dotis nomine eandem rem accepi, si postea tanquam spoliatus eandem rem a me repetere vellis, aequissime objiciam dominii exceptionem incontinenti probandam per titulum habitum abstemet etiam post spolium commissum, per cujus tituli interventum vitium spolii praecedens fuit purgatum, argumento d. §. fin. inst. de injuri. juncto d. cap. 1. de restit. spoliatorum & in cap. accepta de resti. spoli. nisi vis saltem causativa argueretur, argumento cap. 2. de restit. spoliatorum, itaque cum spoliatio praecessit, & postea acceptum & finitum est judicium de proprietate, vel alius titulus ab ipsomet spoliato datus fuit spoliatori, aequissime cessabit restitutio utrobique, & sic nulla hoc casu est differentia data paritate terminorum inter titulum scientiae & alium titu. ab ipso spoliato spoliatori concessum, verum ex

ya como purificada por tu remisión y disimulo (1), ni cabe la menor duda que en virtud del juicio sobre la propiedad admitido después voluntariamente por mí, parece como que he disimulado y perdonado la injuria que se me infirió aun en cuanto a este efecto de no poder ya más recurrir al juicio sobre la posesión (2).

¿Qué solución damos nosotros? A mí ciertamente la anterior diferencia que señalan comúnmente los doctores en los lugares citados arriba, entre el título basado en sentencia y presentado en el acto, y otros títulos presentados también en el acto, siempre me ha parecido sospechosa, porque en realidad dada la igualdad de términos existe en ambos casos idéntica razón. Porque si primeramente te despojé de una 5.
cosa y después te la compré, o la recibí a título de dote o de donación, y con posterioridad a ésto quisieras reclamarme dicha cosa como si hubieras sido despojado, con toda justicia te opondré la excepción de dominio que probaría en el acto en virtud del título obtenido de ti mismo aun después de cometido el despojo, habiendo quedado purificado el vicio del precedente despojo por medio de dicho título (3), fuera del caso en que se arguyera violencia, aun cuando fuera sólo causativa (4). Así pues, cuando precedió el despojo y después se admitió y terminó el juicio sobre la propiedad, o bien el propio despojado otorgó otro título al expoliador, en ambos casos cesará con toda justicia la restitución, y por consiguiente ninguna diferencia existe en este caso dada la paridad de términos entre el título basado en sentencia y otro título concedido por el propio despojado al expoliador; mas por el contrario, si en juicio sobre la propiedad salí victorioso sobre ti, y reteniendo tú después la posesión te despojé o turbé en ella (5), y al reclamar tú la restitución te

(1) Como lo prueba el §. último de la Instituta *de injuriis;* la ley *filio quem pater*, Digesto, *de liberis et posthumis* con lo que extensamente exponen al comentarla el Aretino, Alejandro, Jasón y otros, y la ley *non putavit*, §. *si quis emancipatum*, Digesto, *de bon. poss. contra tabulas*.

(2) Pruébalo el cap. 1.° y 2.° *de restitut. spoliatorum* según extensamente lo enseña Ripa en el núm. 72 sobre la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, Digesto, *de acquir. posses.* y en el mismo lugar Jasón en el núm. 46 al final.

(3) Como consta por el §. final de la Instituta *de injuriis*, junto con el cap. 1.° *de restit. spoliatorum* y el cap. *accepta* del mismo título.

(4) Conforme consta por el cap. 2.° *de rest. spoliatorum*.

(5) Conforme a la ley *vim facit*, Digesto, *de vi et vi armata*.

contrario si in judicio proprietatis te superavi & cum postea possideres, te spoliavi vel turbavi, juxta l. vim facit, ff. de vi & vi ar. & tibi petenti restitutionem, objiciam de dominio incontinenti probando per sententiam etiam inter te & me latam, non sum audiendus, nec restitutio tardanda est, quia possibile fuit quod postquam te superavi in judicio de proprietate, rursus tibimet eandem rem concessissem, vel alio legitimo modo ad te, jure dominii remigrasset, ut in specie tenent Franciscus de Ripa in dict. §. nihil commune, num. 44. post Alexan. num. 12. cum seq. & ait ibi Ripa, ita tenere modernos, & ita fuisse de mente Gloss. ibi & expressim tenet Glo. in dict. cap. accepta, verbo quia non est verisimile, in fin. Id quod similiter contingeret, si ageretur de dominio incontinenti probando per alium modum quam per sententiam, ergo longe magis placere debet op. Raynerii & Barto. in dic. §. nihil commune, columna 2. ad fin. & Jacobini de Sancto Georgio in d. l. si de vi, num. 7. cum seq. & aliorum quos supra retulimus & recte non distinguentium inter titulum sententiae & alios titulos, quam op. communis supra relata, quae nullo justo colore eam differentiam facit, cum in eo tantum vim facere deberet, utrum titulus sive sententiae sive alius post spolium spoliatori ab ipsomet spoliato datus fuisset aut accessisset, an vero ante spolium, ut si ante spolium non retardetur restitutio sive titulus sit sententiae sive alius, sin autem post spolium, tunc restitutio cesset, sive titulus sententiae accesserit, sive alius, ut d. c. 2. & 3. de rest. spoliatorum.

opusiera yo el dominio que probaría en el acto por la sentencia dada en pleito entre ambos, yo no he de ser oído, ni se ha de retardar la restitución, porque es posible que después de haberte vencido en juicio sobre la propiedad, de nuevo te hubiera concedido la misma cosa, o por otro medio legítimo pudo volver a ti con derecho de propiedad, según concretamente lo defiende Francisco Ripa (1), siguiendo el sentir de Alejandro (2) y diciendo que tal es la opinión de los modernos (3). Lo mismo que sucedería también, si se tratara de probar en el acto el dominio por otro medio que no fuera la sentencia dada; luego debemos preferir mucho más, la opinión de Rainerio y Bartolo (4), como también de Jacobino de San Jorge (5) y de otros autores que arriba hemos aducido y que con toda razón no hacen distinción alguna entre el título basado en sentencia y otros títulos, que la común opinión arriba expuesta, que sin motivo alguno justo establece dicha diferencia, cuando el único punto en que debería hacer fuerza es éste, en si el título, ya fuera de sentencia u otro cualquiera, había sido otorgado por el despojado al expoliador o éste de otro modo lo había adquirido después de la expoliación o antes de ella; de suerte que si adquirió el título, ya fuera éste la sentencia u otro cualquiera, antes de la expoliación, no se retarde la restitución, y si lo adquirió después de la expoliación, entonces no se otorgue la restitución, tanto si el título adquirido fuese la sentencia, como si fuera otro cualquiera, conforme aparece por el citado capítulo 2 y 3 *de restit. spoliatorum*.

---

(1) En el citado §. *nihil commune*, núm. 44.

(2) *Ibidem*, núm. 12 y siguientes.

(3) Es también conforme, según Ripa, a la mente de la glosa de dicho §. *nihil* y expresamente consta por la glosa del citado cap. *accepta*, en la palabra *quia non est verisimile*, al final.

(4) En el cit. §. *nihil commune*, col. 2.ª, al final.

(5) En la cit. ley *si de vi*, núm. 7 y siguientes.

CAPVT LXXXIX

SUMMAE

1. *Decimae quo jure debeantur, ardua quaestio.*
2. *Decimas quando eas laici habebant an alienare possent, ardua quaestio.*
3. *Decimae praescribi possunt a laico contra laicum, cum communi opinione.*
4. *Decimarum possessione laicus spoliatus an sit restituendus.*
5. *Decimarum possessione si laicus a laico spolietur restituendus est, cum multis contra multos.*
6. *Decimas an laicus possit praescribere, ardua quaest. Intellectus, l. 1. §. per servum qui in fuga. ff. de acq. posses.*
7. *Decimas an possit laicus praescribere tempore immemoriali.*
8. *Decimae consuetudine an tolli possint vel minui, ardua quaestio.*
9. *Consuetudo eximens laicos ab decimarum praestatione an sit tolerabilis.*
10. *Decimarum praestandarum libertas, quo tempore praescribatur.*
11. *Decimarum praestandarum liberi & exempti quare esse intelligantur nonnulli monachorum.*
12. *Praescribi loca publica, & communia nequeunt, & consuetudine acquiri vel privilegio possunt, quod limita ut infra num. 13. cum seq.*

CAPÍTULO LXXXIX

SUMARIO

¿En virtud de qué derecho son obligatorios los diezmos? Cuestión difícil. 1.

Cuando los laicos tenían derecho a diezmos, ¿podían enajenarlos? Cuestión ardua. 2.

Un laico puede conseguir contra otro la prescripción de diezmos; con la común opinión. 3.

Si un laico ha sido despojado de la posesión de diezmos, ¿debe concedérsele la restitución? 4.

Si un laico despoja a otro de diezmos, debe concederse a éste la restitución; con muchos autores contra otros muchos. 5.

¿Puede un laico conseguir la prescripción de diezmos? Cuestión difícil. 6.

Sentido de la ley 1.ª, §. *per servum qui in fuga*, Digesto, *de acquir. possessione*.

Puede un laico conseguir la prescripción de diezmos por el trascurso de tiempo inmemorial. 7.

¿Pueden suprimirse o disminuirse los diezmos en virtud de costumbre? Cuestión difícil. 8.

¿Es tolerable la costumbre que exime a los laicos del pago de diezmos? 9.

¿En cuánto tiempo se prescribe la exención del pago de diezmos? 10.

¿Por qué se consideran algunos monjes libres y exentos del pago de diezmos? 11.

Los lugares públicos y comunes no pueden prescribirse, pero pueden adquirirse por la costumbre o por privilegio; con las restricciones que constan en el número 13 y siguientes. 12.

14. *Praescriptione immemoriali quaeri possunt loca jure gentium communia.*
15. *Veneti an mare praescripserint.*
16. *Veneti & Genuenses an reliquos navigare per sua gulfa possint vetare.*
17. *Navigatio jus regale.*
18. *Navigatio an tempore immemoriali vel privilegio subjaceat.*
19. *Occupatione quaesitum desertione amittitur.*
20. *Venetorum mare commune maneret ea urbe destructa.*
21. *Occupatio quandiu durat praebet jus excipiendi.*
22. *Piscandi jus in flumine est alienabile.*
23. *Jus divinum & naturale idem.*
24. *Jus gentium primaevum quid.*
25. *Jus gentium secundarium quid.*
26. *Jus gentium secundarium positivum dicitur.*
27. *Jus gentium secundarium commutabile est.*
28. *Jus divinum, naturale, gentium primaevum incommutabilia.*
29. *Historiae variae.*
30. *Veneti & Genuenses nequeunt vetare per suum pelagus navigantes.*
31. *Mare nunquam desinit esse commune.*
32. *Hispani, aut Lusitani, aut Veneti, aut Genuenses nunquam mare suum praescripserunt.*
33. *Praescriptio cessat inter exteros.*
34. *Aquarum usus communis.*
35. *Homo homini prodesse tenetur.*
36. *Loca jure gentium communia non quaeruntur consuetudine, contra Doctores.*
37. *Terrarum & volatilium & terrestrium & aquatilium acquisitio & etiam fluminum.*

Los lugares comunes por derecho de gentes pueden adquirirse por prescripción inmemorial. 14.

¿Consiguieron los venecianos la prescripción sobre el mar? 15.

¿Pueden los venecianos y genoveses prohibir a los demás el que naveguen por sus golfos? 16.

La navegación, derecho regio. 17.

El derecho de navegación, ¿está sujeto al tiempo inmemorial y a privilegio? 18.

Lo que se adquiere por usucapión se pierde por abandono. 19.

El mar veneciano sería común a todas las gentes al ser totalmente destruida Venecia. 20.

La ocupación, mientras dura, otorga el derecho de excepción. 21.

El derecho de pescar en un río puede enajenarse. 22.

Una misma cosa son el derecho divino y el natural. 23.

¿Qué es el derecho de gentes primitivo? 24.

¿Qué entendemos por derecho de gentes secundario? 25.

El derecho de gentes secundario es positivo. 26.

El derecho de gentes secundario es mudable. 27.

El derecho divino, natural y de gentes primitivo son inmutables. 28.

Ejemplos varios. 29.

Los venecianos y genoveses no pueden prohibir la navegación por sus mares. 30.

El mar jamás dejó de ser de derecho común. 31.

Jamás pudieron prescribir sus mares ni los españoles, ni los portugueses, ni los venecianos, ni los genoveses. 32.

La prescripción no tiene lugar entre extranjeros. 33.

El uso de las aguas es común. 34.

El hombre está obligado a ser útil a su semejante. 35.

Los lugares comunes por derecho de gentes no se adquieren por la costumbre; contra los doctores. 36.

Cómo tiene lugar la adquisición de tierras y ríos, así como de los animales del aire, de la tierra y las aguas. 37.

38. *Piscandi jus praescriptione quaeritur contra Doct. non consuetudine contra eosdem, idque jus non natum sed translatum dicitur, contra eosdem.*
39. *Terrarum & fluminum acquisitio non maris permissa.*
40. *Aquae vis communis quod sit, ut intelligendum.*
41. *Lex iniqua nullo tempore praescribitur.*
42. *Titulus illegitimus quando prosit ad praescribendum*
43. *Actio nondum orta an praescribatur.*
44. *Praescriptibile quod non est, neque annis mille praescribitur.*
45. *Praescriptio cessat inter extraneos a jurisdictione.*
46. *Praescriptio cessat in seq. casib. & num. 47.*
48. *Praescriptio an rescindatur malae fidei adventu.*
49. *Praescriptio an restitutione rescindatur ob ignorantiam vel absentiam.*
50. *Praescriptio an rescindatur, ardua quaestio.*
51. *Intellectus l. quod si nolit, §. penultimo, ff. de aedili. edicto.*
52. *Praescriptio rerum corporalium ob bonum publicum principaliter inducta, ardua quaestio.*
53. *Malam fidem non habet qui praescribit contra pactum.*
54. *Praescriptione facta contra pactum an agatur ad interesse.*
55. *Praescriptio rescinditur renuntiatione.*
56. *Praescriptio an cesset hic, & nu. 57.*
58. *Praescriptio rescinditur in multis casibus sequentibus.*
59. *Praescriptio quae nititur legis praesumptione resolubilis est, quod procedit in casibus quinquaginta.*
60. *Jurisdictio an praescribatur revocabiliter.*
61. *Intellectus l. fi. C. de revo. dona.*
62. *Intellectus l. si unquam C. de revoc. dona.*
63. *Praescriptio rescinditur si fundus revertitur ad primum dominum.*

El derecho de pesca se adquiere por prescripción, contra los doctores; no por costumbre, contra los mismos; y este derecho no se dice nacido entonces, sino trasladado de otros, contra los mismos. 38.

Está permitida la adquisición de derecho sobre tierras y ríos, pero no sobre el mar. 39.

¿Cómo se ha de entender que el uso de las aguas es común? 40.

La ley inicua no prescribe por trascurso alguno de tiempo. 41.

¿Cuándo aprovecha para la prescripción un título ilegítimo? 42.

¿Puede prescribirse una acción aun no entablada? 43.

Lo que no es prescriptible, no se prescribe ni aun en mil años. 44.

La prescripción cesa entre extranjeros que pertenecen a diversa jurisdicción. 45.

La prescripción cesa en los casos señalados en este número y en el 47. 46.

Al sobrevenir mala fe, ¿se rescinde la prescripción? 48.

¿Se rescinde la prescripción al concederse la restitución en razón de ignorancia o ausencia? 49.

¿Puede rescindirse la prescripción? Cuestión difícil. 50.

Sentido de la ley *quod si nolit*, §. penúltimo, Digesto, *de aedilitio edicto*. 51.

La prescripción de las cosas corporales, se ha instituido principalmente por el bien público; cuestión difícil. 52.

No está en mala fe el que consigue la prescripción contra lo pactado. 53.

Terminada la prescripción contra lo pactado, ¿puede entablarse acción en cuanto al importe de lo prescrito? 54.

Por la renunciación se rescinde la prescripción. 55.

¿Cesa la prescripción en el caso expuesto en este número y en el 57? 56.

La prescripción se rescinde en numerosos casos contenidos en este número. 58.

La prescripción que se basa en presunción legal es rescindible; lo que sucede en los cincuenta casos a que el autor se refiere. 59.

¿Puede prescribirse revocablemente la prescripción? 60.

Sentido de la ley final del Código, título *de revoc. donat.* 61.

Sentido de la ley *si unquam*, Código, *de revocan. donat.* 62.

Se rescinde la prescripción si el fundo vuelve al dueño primero. 63.

1.  CTURIS de decimarum praescriptione praemittendum est, † quod decimae quo jure debeantur ecclesiis parochialibus non levitur controversum est, sunt enim qui putent decimas praediales jure tam divino quam naturae deberi, quales sunt Hostiensis in summa, titulo de decimis, §. & utrum, quaestio. 7. Henricus in ca. pervenit, de decimis, columna 5. Felinus in cap. causam, de praescriptio. columna 1. Cardinalis in cap. 1. de decimis, qui communi usu ita receptum esse ait, Gloss. Archidiaconus, Ancharanus & alii in capitu. 1. de decimis, libro 6. Innocentius in capitu. fina. de parochi. Joannes Andreae, in rubrica de decimis. Idem Joannes Andreae, in capitu. a nobis, eodem titulo, Antonius in capitu. parochianos, eodem, Panormita. in capitu, in aliquibus, columna fina. eodem titulo, Alexander consilio 60. libro 4. Francus in dicto capit. 1. de decimis in sexto, secundum quem haec est communis opinio, & de origine decimarum tradit eleganter Andr. Tiraq. de praes. Glo. 4. post prin. §. 1.

Et cum omnes conveniant, decimas jure tam naturae quam divino deberi, hoc in praedialibus facile admittunt, non sic in personalibus, quas jure tantum positivo non etiam divino aut naturali deberi firmant Hostiensis, & Henricus, ubi supra & Felinus in dict. cap. causam, & Cardin. in dict. cap. 1. de decimis, facit in simili quod habetur, in l. 1. & in l. 2. ff. de homi. lib. exhibendo & quod not. per Gl. in l. in servorum, ff. de poenis. & quod tradit Bart. in l. stipulationes non dividuntur ad pr. ff. de verb. obliga.

Quod autem decimae saltem praediales jure tam naturae quam divino debeantur, videtur probari primum in capit. tua

Habiendo de tratar acerca de la prescripción de los diezmos, hemos de decir de antemano que ha existido no leve discusión acerca de por qué derecho se deben a las iglesias parroquiales los diezmos. Porque hay quienes opinan que la obligación de pagar diezmos de las fincas es de derecho tanto divino como natural; así lo defienden el Hostiense (1), Enrique (2), Felino (3), el Cardenal (4), quien dice estar así admitido por común práctica, el Archidiácono, Ancarano (5), Inocencio (6), Juan Andrés (7), Antonio (8), el Panormitano (9), Alejandro (10), Franco (11), quien afirma ser ésta común opinión y Andrés Tiraqueau (12), quien trata admirablemente el punto del origen de los diezmos. 1.

Y conviniendo todos en que los diezmos son obligatorios tanto de derecho natural cuanto de derecho divino, sin dificultad lo admiten tratándose de diezmos prediales, pero no sucede lo mismo con los personales, que son sólo obligatorios según el derecho positivo, pero no según el derecho divino o natural al decir del Hostiense, de Enrique *ubi supra*, y del Cardenal (13).

En cuanto a que los diezmos, por lo menos los prediales, se deban tanto de derecho divino cuanto de derecho natural,

(1) En la *Summa*, tit. *de decimis*, §. *et utrum*, cuest. 7.ª

(2) En el cap. *pervenit, de decimis*, colum. 5.ª

(3) En el cap. *causam, de praescript.*, colum. 1.ª

(4) En el cap. 1.° *de decimis*.

(5) En el cap. 1.° *de decimis*, lib. 6.°, donde opinan lo mismo otros autores y la glosa.

(6) En el cap. final *de parochianis*.

(7) En la rubr. *de decimis* y en el cap. *a nobis*, del mismo título.

(8) En el cap. *parochianos, de decimis*.

(9) En el cap. *in aliquibus*, colum. final *de decimis*.

(10) Dictamen 60, lib. 4.°

(11) En el cit. cap. *de decimis*, lib. 6.°

(12) *De praescription.*, glos. 4.ª, §. 1.° después de la introd.

(13) En el cap. 1.° *de decimis*. Hace también al caso lo que dispone la ley 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *de homi. lib. exhib.*; lo que nota la glosa en la ley *in servorum*, Digesto, *de poenis* y lo que expone Bartolo en la ley *stipulationes non dividuntur* al principio, Digesto, *de verbor. obligatione*.

nobis, de decimis ibi, decimas quas Deus in signum universalis dominii sibi reddi praecepit suas esse decimas & primitias asseverans. Deinde probatur ibidem, dum ait, cum enim Deus cujus est terra & plenitudo ejus, orbis terrarum & universi qui habitant in eo, & c. Tertio probatur in c. tua & infra, de decimis ibi, imperialis concessio quantumcumque generaliter fiat neminem potest a solutione decimarum eximere, quae divina constitutione debentur. Quinto probatur in cap. in aliquibus, §. fina. de decimis ibi, decimae necessario solvendae sunt, quae debentur ex lege divina. Quinto probatur in capit. cum non sit in homine, de decimis ibi, cum autem in signum universalis dominii quoddam titulo speciali sibi dominus decimas reservaverit. Sexto probatur in capitu. pastoralis, eodem titulo ibi, quia penes dominum. Septimo probatur in cap. parochianos, eodem titulo ibi, cum decimae non ab homine, sed ab ipso domino sint institutae. Octavo in cap. revertimini. 16. quaestione. 1. Nono in cap. omnes decimae. 16. quaestio. 7. Decimo in capitu. 1. de decimis, in 6. clem. fi. de poenis.

Verum isthaec omnia facile dissolvuntur per eos qui adversam partem tuentur, sunt enim tria tempora inspicienda. Primum veteris Testamenti ante adventum Domini nostri ac Redemptoris Jesu Christi. Alterum dum ipse in humanis versabatur legemque tullit. Tertium postquam ab humanis secessit. Primo tempore decimae quasi jure divino debebantur ex veteribus praeceptis quae post tempora Christi in desuetudinem abierunt & ita procedit d. cap. revertimini, & ita etiam possunt intelligi jura supra adducta. Secundo tempore dum Christus in humanis versabatur, neque in Evangeliis, neque in Actibus Apostolorum invenitur ullum praeceptum de decimis exolvendis. Tertio tempore postquam

parece probarse, primero por el capítulo *tua nobis, de decimis* en las palabras: «los diezmos que ordenó Dios le fueran restituidos en señal de universal dominio», afirmando ser suyos los diezmos y primicias. Segundo, pruébase allí mismo cuando dice: «porque como Dios, de quien es la tierra y toda su plenitud, el orbe de la tierra y cuantos en ella moran, etc.». Tercero, pruébase por el capítulo *tua* y por lo que después se dice *de decimis*: «que por más general que sea la concesión imperial, a nadie sin embargo puede eximir del pago de diezmos que se deben por divina disposición». Cuarto, pruébase por el capítulo *in aliquibus*, §. final *de decimis* en las palabras: «necesariamente deben pagarse los diezmos que se deben por divina ley». Quinto, pruébase en el capítulo *cum non sit in homine, de decimis* donde se dice: «como el Señor se haya reservado para sí con especial título los diezmos, en señal de universal dominio, etc.». Sexto, pruébase por el capítulo *pastoralis*, del mismo título en las palabras: «porque en poder del Señor, etc.». Séptimo, pruébase por el capítulo *parochianos* del mismo título en las palabras que «habiendo sido instituidos los diezmos no por el hombre, sino por el mismo Dios, etc.». Octavo, pruébalo el capítulo *revertimini* 16, cuestión 1.ª. Noveno, consta por el capítulo *omnes decimae*, cuestión 7.ª. Décimo, consta por el capítulo 1.° *de decimis* in 6.° y por la Clementina final *de poenis*.

Pero todas estas pruebas con facilidad las echan por tierra los defensores de la opinión contraria. Porque han de considerarse tres períodos distintos: el primero el del Antiguo Testamento antes de la venida de Nuestro Señor y Redentor Jesucristo; el segundo mientras el Señor hizo vida entre los hombres y dió su ley, y el tercero después que se separó de entre los hombres. Durante el primer período los diezmos eran obligatorios, como por derecho divino, en virtud de los antiguos preceptos, que después de la venida de Cristo cayeron en desuso; y en este sentido se entiende el citado capítulo *revertimini* y así pueden también entenderse las leyes arriba citadas. Durante el segundo período, mientras Cristo hizo vida con los hombres, no aparece precepto alguno sobre el pago de diezmos ni en el Evangelio ni en los Hechos de los Apóstoles. En el tercer período, después que Cristo se separó de los humanos, aun cuando muchas leyes

ab humanis secessit, licet plura jura pontificia decimas deberi induxerint, tamen ea jura non tam novum Testamentum quam vetus imitata fuisse videntur, ut sic novum jus mere positivum videatur, inductum tamen ad similitudinem, imaginem & imitationem divini juris, quod ante Christi Redemptoris nostri adventum viguit, quodque jam evanuit, non vero ad imitationem juris divini, quod idem Redemptor orbis in novo Testamento mortalibus dereliquit.

Neque ad rem pertinuit quod ecclesiasticae personae fidelium animarum curam exerceant, & circa spiritualium administrationem labores non contemnendos subeant, quas ob res justum praemium, mercedem, stipendium referre debent, juxta illud, dignus est mercenarius mercede sua, cap. cum secundum de praebendis, cap. 1. §. his itaque 13. quaestio. 1. cap. ex his. 12. quaestio. 1. Matthaei, cap. 10. quae ratio ex jure tam naturae quam divino profecta eo pertinet, ut utroque jure has decimas ministris ecclesiasticis deberi videantur, verum enimvero haec ratio & si suadeat hisce personis justum praemium non abnegandum, non tamen urget, ut decimae tam laborum quam operarum vel fructuum atque redituum & proventuum debeantur, aliud enim est quaerere, an quid eis debeatur, aliud vero quantum deberi intelligatur, quod enim aliquid debeatur id jus ipsum naturae suadere videtur, quod autem decima pars tam laborum & operarum quam fructuum, redituum & proventuum praestetur, id ex mero jure positivo quin descendat abnegari non debet, & ita tenent plerique Theologorum teste eruditissimo ac disssertissimo episcopo civitatis Roderici lib. 1. variarum resol. cap. 17. num. 2. post divum Thomam, 2. 2. quaestione. 87. artic. 1. & ibi Cajetanus & Cardina. a Turrecremata in cap. revertimini, supra allega. Florentinus

pontificias hayan establecido la obligación de los diezmos, sin embargo dichas leyes parecen haber imitado no tanto al Nuevo Testamento cuanto al Antiguo, de suerte que el nuevo derecho parece meramente positivo, aunque instituido a imagen, semejanza e imitación del derecho divino que estuvo en vigor antes de la venida de Cristo Redentor nuestro, pero que luego cayó en desuso, y no a imitación del derecho divino que el mismo Redentor del mundo dejó a los mortales en el Nuevo Testamento.

Ni ofrece dificultad alguna el que las personas eclesiásticas tengan a su cuidado la salud espiritual de las almas de los fieles y que tengan que soportar trabajos no pequeños en la administración de las cosas espirituales, por cuya razón deben recibir justo premio, recompensa o estipendio, conforme a aquel dicho: el operario es merecedor de su salario, conforme al capítulo *cum secundum* de *praebendis* (1), y al capítulo 10 de San Mateo. Razón que dimanada tanto del derecho natural cuanto del divino, parece probar que dichos diezmos se deben pagar a los ministros de la Iglesia según ambos derechos. Mas en verdad, esta razón, aunque demuestre que a tales personas no se les ha de negar la justa recompensa, no prueba con todo que se les deban diezmos tanto de los trabajos, como de las obras, como de los frutos y de los réditos o ganancias. Porque una cosa es investigar si hay obligación de darles algo, y otra cosa qué cantidad se considera debérseles; que se les deba algo, parece probarlo el mismo derecho natural, pero que se les haya de dar la décima parte tanto de los trabajos y obras, como de los frutos, réditos y rentas, no debe negarse que ésto procede del mero derecho positivo, como lo defiende la mayor parte de los teólogos según el testimonio del eruditísimo y sapientísimo obispo de Ciudad-Rodrigo (2); así el Cardenal Torquemada (3), Florentino (4), Santo Tomás (5), Silvestre (6),

(1) En el cap. 1.°, §. *his itaque* 13, cuest. 1.ª y en el cap. *ex his* 12, cuest. 1.ª

(2) En el lib. 1.° de sus resoluciones varias, cap. 17, núm. 2.° siguiendo el parecer de Santo Tomás: *Secunda secundae*, cuest. 87, art. 1.°, donde expone lo mismo Cayetano.

(3) En el cap. *revertimini*, arriba citado.

(4) Parte 2.ª, tít. 4.°, cap. 3 °, §. 5.°

(5) *Quodlibet*. 2.°, art. 8.

(6) En la palabra *decima*, cuest. 3.ª y 4.ª

par. 2 titulo. 4. c. 3. §. 5. Thomas quodlibeti. 2. articu. 8. Sylvester verb. decimae, q. 3. & 4. Joannes Major in tertio Sententiarum dist. 37. Alex. de Ales in 3. part. summae quaestio. 51. membro 6. articulo. 1. frater Dominicus de Soto de justi. & jure lib. 9. quaestione 4. artic. 1. Alphonsus de Castro lib. de haeresib. verb. decimae. Neque ad rem pertinere debet, quod jura pontificia non solum decimas deberi testantur, sed etiam integras deberi velint, nullaque ex parte diminutas, cap. ex transmissa, ibi, sine diminutione aliqua, de decimis c. cum homines, eod. titu. ibi, sine diminutione solvere teneantur, c. pervenit, eod. tit. ibi, cum integritate persolvant, nam illud jure pontificio (quod positivum est) constitutum esse intelligitur, non autem jure divino aut naturae, quod modo vigeat.

2. Illud autem dubium est, an quo casu laici legitime decimas possident (quale est cum eas habuerant ante Lateranense concilium), possint eas in alterum legitime alienare de consensu episcopi, & quidem in ecclesiam de episcopi consensu sine dubio posset, Gloss. & communiter Doctores ibi in cap. prohibemus, de decimis Gl. in c. cum & plantare, §. 1. de privileg. Glo. & Docto. in c. cum apostolica, de his quae fiunt a praelato, est communis opinio secundum d. episcop. Civitat. Roderi. libro 1. variarum resolutionum capitu. 17. num. 5.

Caeterum licet in ecclesiam eas decimas de consensu episcopi alienare possit, tamen in alium laicum etiam de consensu praelati alienare non posset, ut tenent Hostiensis, Joann. Andrae. & Abb. in dict. capitu. prohibemus, Zasius de feudis par. 4. ad finem, Henricus in capitu. quamvis, de decimis columna. 1. Imola in capitu. 2, de feudis colum. 1.

Juan el Mayor (1), Alejandro de Ales (2), Fr. Domingo Soto (3) y Alfonso de Castro (4). Ni debe considerarse como dificultad el que las leyes pontificias no sólo manifiestan ser obligatorios los diezmos, sino que quieren también que éstos se paguen íntegros y no disminuidos en parte alguna, conforme consta por el capítulo *ex transmissa* (5), en las palabras «sin disminución alguna», por el capítulo *cum homines, de decimis*, en las palabras «estén obligados a pagarlos sin disminución alguna» y por el capítulo *pervenit* del mismo título y «los paguen íntegramente». Porque ésto se considera instituido por derecho pontificio (que es derecho positivo) y no por derecho divino o natural que ahora se halle vigente.

Existe, en cuanto a los diezmos, la duda de si en el caso en que los laicos los posean legítimamente (como sucede cuando los habían tenido ya antes del Concilio Lateranense), pueden legítimamente enajenarlos a otro con el consentimiento del obispo; desde luego y sin la menor duda pueden hacerlo a la iglesia con el consentimiento del obispo, como consta por la glosa y testimonio de los doctores en el capítulo *prohibemus. de decimis*, en el capítulo *cum et plantare*, §. 1.° *de privilegiis*, en el capítulo *cum apostolica, de his quae fiunt a praelato*, siendo esta opinión común según el obispo de Ciudad-Rodrigo (6). 2.

Por lo demás, aunque el laico puede enajenar a la Iglesia con el consentimiento del obispo aquellos diezmos, sin embargo, no podría hacerlo a otro laico aun con el consentimiento del obispo, según lo defienden el Hostiense (7), Juan Andrés y el Abad en dicho capítulo *prohibemus*, Zasio (8), Enrique (9), Imola (10), Curcio (11), siendo opinión común al

(1) *In 3.° sententiarum*, dist. 37.
(2) En la 3.ª parte de la *Summa*, cuest. 51.ª, memb. 6, art. 1.
(3) *De just. et jure*, lib. 9, cuest. 4.ª, art. 1.
(4) En el lib. *de haeresib.* en la palabra *decima*.
(5) *De decimis*.
(6) En el lib. 1.° de sus resoluciones varias, cap. 17, núm. 5.
(7) En la *Summa*, tít. *de feudis*, §. *quis possit*, colum. 2.ª
(8) *De feudis*, part. 4.ª, al final.
(9) En el cap. *quamvis, de decimis*, colum. 1.ª
(10) En el cap. 2.° *de feudis*, colum. 1.ª
(11) *De feudis*, part. 2.ª, cuest. 8.ª

Curtius de feudis part. 2. quaestione 8, Hostiensis in summa titulo, de feudis, §. quis possit colum. 2. est communis opinio secundum Boërium in consuetudi. Bituricens. titulo, de consuetudi. praedi. §. 11, dicit communem opinio. Carolus Molinae. in consuetudi. Parisi. titu. 1, §. 46. num. 16. & est communis secundum Panormita. in d. ca. prohibemus. Sequitur d. episcopus Civita. Roder. ubi supra.

Contrariam tamen partem, ut decimas quas legitime laicus possedisset, in alterum etiam laicum posset de praelati consensu alienare, tenuerunt Gloss. in d. l. prohibemus, Imo. in d. c. 2. qui hanc firmat communem sententiam, Jas. in ca. 1. qui feud. dare pos. col. 4. ubi hanc partem firmat communem, Cardina. in c. 2. de feud. Jas. consilio 155. lib. 1. col. fin. Boër. in d. §. 11. ubi hanc firmat opinio. receptiorem videri, Curt. in d. quaestio. 8. Bar. Cassaneus in consue. Burgun. rub. 1. §. 6. num. 36. Cuma. consi. 64. Titius & Sempronius, quinimo per gratiam ipse Cassa. firmat servari de consuetudine ut talis alienatio fiat libere de laico ad laicum, etiam sine licentia & consensu episcopi, Guil. Ben. in c. Raynutius, de testa. verb. & uxorem num. 69. pro hac posteriore opinione est tex. a contrario sensu in d. c. prohibemus, dum ait, prohibemus ne laici decimas cum animarum suarum periculo detinentes in alios laicos possint aliquo modo transferre, ergo si tales decimas sine animarum suarum periculo detinerent, sed jure & titulo legitimo, tunc eas libere, & impune possent de consensu episcopi in alios etiam laicos transferre. Secundo facit de his, quae fiunt a praela. c. cum apostolica, ubi decima quae a milite laico non jure (ut litera innuit) detinebatur, cum praelati consensu potuit in ecclesiam transferre, & in eo tantum quaestio erat, an etiam capituli consensus accedere deberet, ergo multo

decir de Boërio (1), de Carlos de Molina (2) y del Panormitano (3). Sigue también esta opinión el obispo de Ciudad-Rodrigo, *ubi supra*.

Sin embargo, la opinión contraria, a saber, que el laico pueda también enajenar a otro laico con el consentimiento del obispo los diezmos que legítimamente hubiera poseído, la han defendido la glosa en el citado capítulo *prohibemus*, Imola (4), Jasón, quien afirma ser opinión común (5), el Cardenal (6), Boërio (7), quien la considera como más admitida, Curcio (8), Bartolomé Casaneo (9), Cumano (10); más aún, el mismo Casaneo afirma que por gracia especial se observa por costumbre el que tal enajenación se practique libremente de un laico a otro aun sin licencia y consentimiento del obispo. Esta misma opinión se prueba *a contrario* por el texto del capítulo *prohibemus* en las palabras: «prohibimos el que los laicos que retienen los diezmos con peligro de sus propias almas, puedan en modo alguno traspasarlos a otros laicos», luego si retuvieran dichos diezmos sin peligro de sus almas, con derecho y justo título, entonces podrían libre e impunemente trasferirlos con el consentimiento del obispo aun a otros laicos. En segundo lugar, confírmase por el capítulo *apostolicae* (11), cuando un militar laico retenía sin derecho (como indica la letra) algunos diezmos, que pudo trasferir a la Iglesia con el consentimiento del prelado, discutiéndose sólamente esta cuestión, si debía intervenir

(1) *In consuetud. Biturícens.*, tit. *de consuetud. praedi.*, §. 11.
(2) *In consuetud. Parisiens.*, tít. 1.°, §. 40, núm. 16.
(3) En el cit. cap. *prohibemus*.
(4) En el cap. 2.° que la llama opinión común.
(5) En el cap. 1.° *qui feudum dare poss.*, colum. 4.ª y en el dict. 155, lib. 1.° colum. final.
(6) En el cap. 2.° *de feudis*.
(7) En el cit. §. 11.
(8) En la cit. cuest. 8.ª
(9) *In consuetud. Burgund.*, rub. 1, §. 6, núm. 56.
(10) Dictamen 64 que empieza *Titius et Sempronius;* lo mismo opina Guill. Ben. en el cap. *Raynutius, de testam.* en la palabra *et uxorem*, núm. 69.
(11) *De his quae fiunt a praelato*.

facilius talis alienatio admitteiur, si licite ab illo laico ea decima possideretur.

Denique si ea alienatio illicita, & turpis esset, non sustineretur eo quod in ecclesiae favorem facta esset, non magis quam si fieret in favorem cujusque alterius, quinimo longe minus sustineretur ne impium, aut turpe compendium ecclesia inhoneste agnoscere videretur, contra c. filius noster, de testamen. Tertio facit capit. 2. de feudis in 1. responso. Quarto d. c. 2. in 2. responso ubi feudum ecclesiasticum in consortem vel non consortem alienatur ab laico.

Denique pro hac parte est universa Hispaniae consuetudo, nam postquam decimae semel ex pontificali privilegio coeperunt ex parte illa quae tertia vocatur ad reges nostros potentissimos pertinere, libere hinc inde alienantur saepissime, videnturque esse de facto in commertio laicorum, non secus quam reliquae res profanae, & sic servatur de consuetudine.

Nec ab hac opinione possemus discedere absque ingenti animarum damnatione & innumerorum contractuum eversione, & similis consuetudo est Galliae, secundum Cassaneum, ubi supra.

Denique postquam res semel coepit posse alienari, jam exuit antiquam prohibitionem, ut libere non semel tantum sed & pluries possit alienari, argumen. l. quoties ab omnibus, cum ibi notatis per Gloss. & Docto. C. de fideicom. & quae habentur per Bar. & omnes in l. filiusfamilias, §. divi. ff. de lega. 1.

3. Confirmatur, quia † & laicus contra laicum decimas praescribere potest, secundum eundem Cassaneum, ubi supra, post Raph. Cuma. d. consil. 83. causa decimalis, Felinus in

también el consentimiento del Capítulo, luego con mucha mayor facilidad se admitirá dicha enajenación si aquel laico poseyera lícitamente dichos diezmos.

Finalmente, si aquella enajenación fuera ilícita y torpe, no hubiera habido mayor motivo para admitirla porque se hubiera hecho en favor de la Iglesia, que si se hubiera hecho en favor de otro cualquiera; más aún, mucho menos se admitiría en el primer caso para que no pareciere que la Iglesia reconocía vergonzosamente aquella impía y torpe ganancia, contra lo que dispone el capítulo *filius noster, de testam.* Pruébase en cuarto lugar por el citado capítulo 2.° en su 2.ª respuesta, donde vemos que un laico traspasa un feudo eclesiástico a otro, ya sea pariente o no.

Últimamente, en favor de esta parte tenemos la costumbre general de España, porque una vez que por privilegio del Pontífice comenzaron a pertenecer a nuestros poderosísimos reyes los tercios de los diezmos, con la mayor frecuencia y libertad se traspasan de unos a otros y se consideran pertenecer de hecho al comercio de los laicos al igual que las restantes cosas profanas, y así se observa en la práctica por costumbre.

Ni podríamos apartarnos de esta opinión, sino admitiendo la condenación de numerosísimas almas y sin echar por tierra innumerables contratos. Costumbre parecida existe también en Francia, según lo afirma Casaneo, *ubi supra*.

Finalmente, después que una cosa comenzó a poder ser enajenada una vez, quedó despojada de la antigua prohibición, de suerte que ya con toda libertad puede ser traspasada, no una, sino numerosas veces (1).

Pruébase también, porque un laico puede conseguir contra otro laico la prescripción de los diezmos, conforme lo defiende el mismo Casaneo (2), así como también Felino (3) y Balbo (4); luego por la misma razón que un laico puede adquirir de otro laico los diezmos por medio de la prescrip- 3.

(1) Como lo prueba la ley *quoties ab omnibus* del Código, *de fideicom.* con lo que en ella notan la glosa y doctores, y lo que Bartolo y los demás comentaristas exponen en la ley *filiusfam.*, §. *divi*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.°

(2) *Ubi supra* siguiendo a Rafael Cumano en el dict. 85, *causa decimalis*.

(3) En el cap. *causam quae, de praescript.*, col. 1.ª, lo mismo que defiende Car., dict. 146 *notum sit universis*.

(4) *De praescript.* en la 5.ª part. principal, cuest. 5.ª al final.

cap. causam quae de praescrip. colum. 1. Car. consi. 146. notum sit universis, Balb. de praescrip. in 5. par. princi. q. 3. in fi. ergo qua ratione laicus a laico per interventum praescriptionis decimas acquirere potest, eadem ratione & per interventum alterius tituli seu concessionis, l. traditionibus, C. de pact. l. 1. ff. de usucapionibus, praesertim cum acquisitio, quae contingit per interventum praescriptionis, non dubie sapiat duritiem & iniquitatem, ut notatur per Bart. & alios in l. fina. C. de long. tempo. praescrip. & titulus praescriptionis aequiparatur reliquis titulis legitimis, quibus rerum jura ac dominia solent huc atque illuc volare ac revolare, l. alienationis verbum, ff. de usucapion. ergo, ut per interventum praescriptionis ex communi opinione supra relata constat de laico in laicum posse migrare, & uni adempta in alterum transferri, ita quoque intelligendum est, per interventum alterius cujusque tituli legitimi posse de uno in alterum alienari ac migrare.

4. Laicus † erat in possessione decimas percipiendi, is spoliatus fuit, controversum fuit vehemente an ante omnia esset restituendus? videbatur non esse restituendum, argumento, capituli ad decimas, de restitutio. spoliatorum, per contrarium, ut restituendus esset videbatur, argumen. l. 1. §. dejicitur, ff. de vi & vi arma. l. 1, C. si per vim vel alio modo capitu. redintegranda, capitu. licet episcopus, de praebendis libro 6. Item tollenda est occasio delinquendi, argumen. eorum quae notantur in l. 2, & in l. scire, C. ut in poss. legatorum, l. fina. cum ibi notatis, C. de pact. nec dubium est quin si spoliatores possent sibi jus dicere, nec ante omnia tenerentur, quae abstulerunt restituere, tunc invitarentur ad delinquendum & ad vim inferendam jus sibi

ción, por esa misma podrá adquirirlos en virtud de otro título o concesión (1), principalmente siendo así que la adquisición que tiene lugar en razón de prescripción, reviste sin duda alguna, cierto aspecto de dureza e injusticia, según lo nota Bartolo y otros al exponer la ley final del Código, en el título *de longi temp. prescriptione*, y, sin embargo, el título de prescripción se equipara a los restantes títulos legítimos, por los cuales los derechos y propiedades suelen pasar y repasar incesantemente de unos a otros (2). Luego así como por medio de la prescripción, según la común opinión arriba expuesta, consta que los diezmos pueden pasar de un laico a otro, y ser quitados a uno y trasferidos a otro, así también hemos de entender que en virtud de otro título cualquiera legítimo, pueden ser enajenados y pasar de un laico a otro.

4. Estaba un laico en posesión de la percepción de diezmos y fué de ella despojado; se ha disputado con gran ardor si ante todo debía ser restituido a su posesión. El capítulo *ad decimas* (3), parecía probar que no debía ser restituido; mas por el contrario, que se debía empezar por tal restitución, pruébase por la ley 1.ª, §. *dejicitur*, Digesto, *de vi et vi armata*, por la ley 1.ª del Código, título *si per vim vel alio modo*, y por el capítulo *redintegranda* y *licet episcopo, de praebendis.*, libro 6.°. Además, porque se ha de quitar la ocasión de delinquir (4) y no cabe la menor duda que si los expoliadores pudieran administrarse justicia por su mano y no estuvieran obligados a restituir ante todo lo que habían arrebatado al otro, entonces tendrían en ello un aliciente para delinquir y cometer violencias, administrándose ellos mismos justicia. Así pues, el que podamos rechazar la violencia y la injuria en defensa de nuestro cuerpo (5), y aun de nuestras cosas (6), ésto es lícito siempre que se haga en el acto, conforme en tal lugar y en otros muchos lo hacen

(1) Conforme a la ley *traditionibus*, Código, *de pactis* y a la ley 1.ª del Digesto, tít. *de usucapionibus*.

(2) Según la ley *alienationis verbum*, Digesto, tít. *de usucapione*.

(3) *De restitut. spoliatorum*.

(4) Como lo prueba lo que se hace notar en la ley 2.ª y *scire* del Código, tít. *ut in posses. legatorum* y en la ley final, Código, *de pactis* con lo que en ella se hace notar.

(5) Conforme a la ley *ut vim*, Digesto, *de just. et jure*.

(6) Según lo nota la glosa comúnmente aprobada en la ley *ut vim*.

dicentes. Unde quod vim atque injuriam possimus repellere pro defensione corporis nostri, juxta l. ut vim, ff. de justi. & jure, vel etiam rerum nostrarum, ut notatur ibi per Gloss. approb. communiter, id procedit dummodo id fiat incontinenti ut tradunt ibi doctorum plerique & alibi saepe, praesertim cum licet exceptio de jure vel dominio incontinenti probando, possit opponi contra agentem interdicto adipiscendae possessionis, ut est Glo. communiter approbata in l. 2. C. de edicto divi Adri. tollen. & etiam contra agentem interdicto retinendae, ut tradunt Decius & alii in l. fina. eod. ti. & est non solum communis, sed etiam receptissima omnium fere scribentium opinio, ut plene disseruimus supra, §. 85. ubi etiam tradidimus quid juris esset, si spoliator de jure suo vellet docere per sententiam latam super eadem re inter ipsummet & spoliatum, qui modo quaerelam movet, tamen non sic est in interdicto recuperandae, quod non impeditur per exceptionem de jure vel dominio incontinenti probando, ut est vera & communis opinio, quam tenuit eadem Glo. & innumeri fere auctores quos retulimus, ubi supra.

Quid dicendum? & sane longe favorabilior causa est illius qui habet fundatam suam intentionem de jure, suumque jus ex legis praesumptione, & dispositione probatum habet, quam illius qui nondum habet suam intentionem suumque jus de jure probatum, & fundatum, licet alleget se illud probaturum incontinenti, unde qui me spoliavit, requisitus ut restituar, non debet diferre restitutionem eo praetextu, quod de jure suo docebit incontinenti, nam forte id non probabit, unde sub hoc incerto restitutio spoliati differenda non est, non sic in eo spoliatore qui de jure suum jus suamque intentionem fundatam, & probatam habet, prout habet Ecclesia in decimis, quae proveniunt ex praediis infra se constitutis,

constar la mayor parte de los doctores; principalmente, porque aun cuando la excepción de derecho o propiedad puede oponerse contra quien invoca en la causa el interdicto sobre adquisición de posesión *(interd. adipisc. posses.)* (1), y aun contra quien invoca el interdicto *retinendae* (2), siendo ésta no sólo opinión común, sino sumamente admitida por casi todos los comentaristas, según extensamente lo dejamos tratado arriba en el §. 85, donde expusimos también lo que dispone el derecho cuando el expoliador quisiera demostrar su derecho por medio de la sentencia pronunciada ya sobre la misma cosa y entre él y el despojado que ahora se querella contra él; sin embargo, no sucede lo mismo cuando se invoca el interdicto *recuperandae* contra el cual no puede oponerse la excepción de derecho o dominio que se prueba en el acto, según verdadera y común opinión defendida por la glosa y por numerosísimos autores que anteriormente hemos citado.

¿Qué solución daremos? Ciertamente, es de mejor condición la causa de quien tiene su intención fundada en derecho, y probado ya éste en virtud de la presunción y disposición de la ley, que la de aquél que no tiene aun su intención y su derecho fundado o probado por la ley, aun cuando alegue que lo probaría en el acto. Por consiguiente, quien me despojó de algo, al ser requerido para que me lo restituya, no debe diferir la restitución so pretexto de que en el acto probará su derecho, porque tal vez no podrá probarlo, y por tanto, siendo esto incierto, no debe diferirse la restitución al despojado. No sucede lo mismo tratándose de un expoliador que *de jure* tiene ya su derecho e intención fundada y probada, como la tiene la iglesia sobre los diezmos que provienen de fincas de ella dependientes, pues entonces al decir el que ha sido despojado que

(1) Según consta por la glosa comúnmente admitida en la ley 2.ª del Código, tít. *de edicto divi Adriani tollendo.*

(2) Conforme lo enseña Decio y otros autores en la ley final del mismo título.

tunc enim spoliato dicenti se ante omnia restituendum, non injuria replicabit non expedire, ut ea restitutio fiat, quae omnino inutilis futura est, cum rursus statimque huic spoliatori eadem res reddenda esset, argumento, l. non cogendum, §. Sabinus, ff. de procuratorib. l. haec stipulatio §. Sabinus, ff. ut legatorum nomine caveatur, & is est verus sensus dict. capitu. ad decimas, ubi nihil aliud spoliatus allegavit nisi se aliquandiu possedisse, de titulo autem, & justa causa possessionis nullum verbum, unde Archidiacon. ibi opportune ait, quod fatua allegatio spoliati coegit Papam ibi ita judicare, sentiens, quod si ibi spoliatus allegasset, se justam causam, & titulum habere possidendi, puta quia titulum habuit a Papa juxta capit. dudum, & capitu. a nobis, de decimis, tunc sane restitueretur in suam possessionem.

Verum sane ille text. non tam se fundat in defectu allegationis tituli, quam in suspicione iniquae & illegitimae possessionis, patet dum ait, nisi evidenter docuerint quod earum possessionem legitime assecuti fuissent, & iterum dum ait, quia eas occupasse injuste verisimiliter praesumuntur, licet enim regulariter in rebus corporeis in quibus non magis fundatam habet suam intentionem, & probatam de jure unus, quam alius, cujusque possessio justa regulariter praesumatur, vel saltem non injusta aut vitiosa, §. commodum, institut. de interdictis, tamen non sic est in rebus vel juribus in quibus quis de jure habet suam intentionem, suumque jus fundatum, tunc enim si ea possessio reperiatur apud alterum praesumitur vitiosa, & clandestina, nec sufficeret allegare eam justam esse, nisi justum ejus initium ostendatur, & probetur, ut dict. capitu. ad decimas, unde ea possessio junior, quae adversatur alteri, quae est fundata de jure, praesumitur clandestina, ut ibi, & est communis opinio, ut resolvit

ante todo debe concedérsele la restitución, se le replicará justamente que no conviene ejecutar una restitución que será absolutamente inútil, ya que de nuevo y al momento debería ser devuelta aquella cosa al expoliador, según consta por algunas leyes (1), y éste es el sentido verdadero del citado capítulo *ad decimas*, en el que el despojado no alegó otra cosa, sino que había tenido la posesión durante algún tiempo, pero sin decir ni una palabra acerca del título o causa justa de su posesión, por lo que el Archidiácono *ibi*, manifestó oportunamente, que la alegación necia del despojado obligó en aquel caso al Papa, a dar tal fallo, juzgando dicho autor que si en dicho caso hubiera alegado el despojado estar asistido de justa causa y título de posesión, como por ejemplo, porque había recibido el título del propio Papa, conforme a los capítulos *dudum* y *a nobis*, *de decimis*, que entonces sería restituido a su posesión.

Mas en verdad, aquel texto no tanto se funda en la falta de alegación de título, cuanto en la sospecha de injusta e elegítima posesión, como es manifiesto al decir «a no ser que evidentemente hubieran demostrado que habían adquirido legítimamente la posesión de los mismos»; y de nuevo al decir, que «se presume con verosimilitud haberse apoderado de dichos diezmos injustamente». Porque aun cuando regularmente tratándose de cosas corporales, en las que *de jure* no tiene uno más fundada y probada su intención que otro, se presume regularmente justa la posesión de cada uno, o por lo menos no se presume injusta y viciosa (2), sin embargo, no sucede lo mismo tratándose de cosas o derechos sobre los que *de jure* tiene alguno fundada su intención o su derecho, pues entonces si se encuentra tal posesión en manos de otro se presume viciosa y clandestina, ni sería suficiente el alegar que era justa, si no se mostraba y probaba el comienzo justo de tal posesión, como aparece por el citado capítulo *ad decimas;* por lo que esta posesión

(1) Por la ley *non cogendum*, §. *Sabinus*, Digesto, *de procuratoribus* y por la ley *haec stipulatio*, §. *Sabinus*, Digesto, *ut legatorum nomine caveatur*.

(2) Conforme al §. *commodum*, Instituta, *de interdictis*.

Alexand. consi. 151, quem refert Socinus in l. rem quae nobis, in princip. ff. de acquiren. possession. nisi ea possessio esset diutina, puta decem vel viginti annorum, argumento. l. si filius, C. de petition. haeredita. nam diuturnitas possidendi induceret praesumptionem justi initii, argumen. dict. l. si filius, & eorum quae plene tradit Aymon Cravet, de antiquitate temporum in princip. Alexand. Jason. & alii in lege sciendum, ff. de verborum obligation. & hoc casu non haberet locum dictum capitu. ad decimas. Unde caute summus Pontifex dixit ibi, aliquandiu possedisse, non enim dixit longo tempore, sed aliquo tempore, ut plane significaret aliud respondendum esse, si ibi longi temporis quieta possessio foret, ergo ibi plura simul concurrebant, quae restitutionem petitam impedierunt; primum quod erat praesumptio juris pro spoliatore quoad jus proprietatis; secundum quod erat praesumptio juris contra reum quoad jus proprietatis; tertium quod possessio spoliati non erat diutina; quartum quod vis ibi non fuit ablativa, nec compulsiva, nec armis illata; unde infertur quod si laicus ab alio laico esset
5. † spoliatus a jure percipiendi decimas, in cujus possessione erat, tunc esset restituendus, etiamsi spoliator contenderet ad se illud jus pertinere ex concessione Romani Pontificis, argumento, dict. capitu. redintegranda, & d. §. dicitur dict. capitu. redintegranda, & d. §. dict. licet episcopus, cum aliis supra allegatis, quia in pari causa potior esse debet conditio spoliati quam spoliatoris, & hoc casu non procederet dict. capit. ad decimas, ita tenet Guido Papae quaestion. 288, & ita velle videntur Gloss. Joannes Andr. Joannes Monach. & Dominicus in dict. capitu. ad decimas. Jaso. num. 48. in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquiren. possessio. & ibi Ripa num. 77. Martinus Navarrus in repetition. capitu.

más reciente que se opone a otra fundada en derecho, se presume clandestina, como en dicho capítulo, siendo común opinión, según lo defendió Alejandro (1), a quien cita Socino (2), a no ser que esta posesión durara ya largo tiempo, diez años o veinte, por ejemplo (3); porque la larga duración de la posesión causaría presunción de haber empezado justamente, como lo prueba la ley *si filius* citada, la doctrina que con toda extensión expone Aymón Cravet en la introducción *de antiquit. temporis*, como también Alejandro, Jasón y otros al comentar la ley *sciendum* (4), en cuyo caso no tendría cumplimiento el citado capítulo *ad decimas*. Por eso con toda prudencia dijo en dicho lugar el Sumo Pontífice, «y había poseído por algún tiempo» *(aliquandiu)*, y no dijo por largo tiempo, sino sólo por algún tiempo, dando a entender abiertamente, que otra sería la decisión, si hubiera tenido tranquila posesión durante largo tiempo; así pues, en dicho caso concurrían a la vez muchas cosas que impedían la restitución reclamada: primera, que en favor del expoliador existía presunción de derecho en cuanto al derecho de propiedad; segunda, que existía presunción de derecho contra el demandado en cuanto al derecho de propiedad; tercera, que la posesión del despojado no era de larga duración; cuarta, que allí no existió violencia que le arrebatara los diezmos, ni causada por temor, ni inferida por las armas. De donde se infiere que si un laico hubiera sido despojado 5.
por otro laico del derecho de percibir diezmos en cuya posesión estaba, debería ser restituido a la posesión, aun cuando el expoliador pretendiera pertenecerle a él aquel derecho por concesión del Romano Pontífice (5), porque en igualdad de causa, debe ser de mejor condición el despojado que el expoliador, no teniendo aplicación en este caso el citado capítulo *ad decimas*, así lo defiende Guido Papa (6), y del mismo sentir parecen ser la glosa, Juan Andrés, Juan

(1) Dictamen 151.

(2) Al comentar la ley *rem quae nobis*, en la introducción, Digesto, tít. *de acquir. possessione.*

(3) Pruébalo la ley *si filius*, Código, *de petition. haereditatis.*

(4) Del Digesto, *de verbor. obligatione.*

(5) Según se prueba por el cap. *redintegranda*, por el citado §. *dicitur* del cap. *licet episcopus*, con otros arriba aducidos.

(6) Cuestión 288.

accepta, de restitution. spoliatorum qui hanc dicit communem sententiam, Episcopus Civita. Roderi. ubi supra, licet contrarium, & minus recte velint, dum generaliter loquuntur Joannes Andr. in addition. ad Speculatorem titulo, de restitutione spoliatorum, Antonius, & Abba. columna penultima. in capitu. si diligenti, de praescriptio. Felinus in capitu. ad petitionem, de accusationib. num. 17. Alexand. in dict. §. nihil commune, fallentia 7.

Sed verior est prior opinio, ut tales decimae uni laico ab alio per vim ablatae ei sint restituendae, argumento eorum quae supra diximus, & text. optimus in §. recuperandae, institu. de interdictis ibi, spoliato restitutio non denegatur, etiamsi ipse per prius spoliasset eum, qui postea eummet rursus spoliaverat, nam spolium prius non facit ut posterius impunitum sit, quia posteriorem spoliatorem invadere priori spoliato non licuit ex intervallo, licet incontinenti liceret, ut ibi not. per Gloss. & alios, sic ergo & in specie nostra etiamsi maxime laicus ille non jure eas decimas possidere videretur, adhuc tamen eum spoliare non licuit.

6. Illud non leviter controversum est, † an laicus possit decimas praescribere, movet quaestionem, quod sine possessione praescriptio non procedit, cap. sine possessione, de reg. jur. in 6, decimas autem sunt qui putent a laico possideri non posse, praesertim cum praescriptio in possessione civili, potius quam in corporali nitatur l. 1. §. per servum qui in fuga, ff. de acquirenda possessio. ubi per Docto. sed longe verius est posse decimas praescribi a laicis, non secus quam reliquae res, nam laici capaces sunt percipiendarum decimarum ex concessione Pontificis Romani, cap. a nobis, capit. dudum, de decimis, quod indubitatum est & de jure &

el Monje y Domingo en el capítulo *ad decimas*, Jasón (1), Martín Navarro (2), que la llama opinión común y el Obispo de Ciudad-Rodrigo (3). Aun cuando defienden lo contrario, menos acertadamente, al hablar en sentido general Juan Andrés (4), Antonio, el Abad (5), Felino (6) y Alejandro (7).

Pero más conforme a verdad es la opinión primera, ésto es, que dichos diezmos arrebatados a una persona laica por otro laico deben serle restituidos, como se prueba por lo que anteriormente hemos dicho, siendo para ésto un excelente texto el del capítulo *recuperandae* (8), donde vemos que al que ha sido despojado no se le deniega la restitución, aun cuando él mismo con anterioridad hubiera despojado a aquel que después le despojó a él de nuevo. Porque aquella primera expoliación no es razón para que la segunda quede impune, porque el primer despojado no pudo lícitamente arrojar por la fuerza a este segundo que le despojó, si había trascurrido tiempo, aun cuando en el acto le hubiera sido lícito, según en dicho lugar lo notan la glosa y comentaristas; lo mismo, pues, en nuestro caso, aun cuando con toda razón pareciese que aquel laico poseía dichos diezmos sin derecho, no le fué lícito con todo el despojarle de ellos.

No poco se ha discutido también sobre si un laico puede conseguir la prescripción de diezmos. Suscita esta cuestión el que la prescripción no tiene lugar sin posesión (9), y hay autores que opinan que los laicos no pueden poseer diezmos, principalmente teniendo presente que la prescripción más se funda en la posesión civil que en la posesión corporal (10). Pero es mucho más conforme a verdad que los laicos pueden conseguir la prescripción de diezmos al igual que de las restantes cosas. Porque los laicos son capaces de 6.

(1) Al comentar la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, Digesto *de acquir. possessione*, núm. 48, donde expone lo mismo Ripa, núm. 77.

(2) *In repetition*. del cap. *accepta, de restit. spoliatorum*.

(3) *Ubi supra*.

(4) En sus adiciones *ad Speculatorem*, tít. *de restit. spoliatorum*.

(5) En el cap. *si diligenti, de praescript.*, colum. penúlt.

(6) En el cap. *ad petitionem, de accusat.*, núm. 17.

(7) En el citado §. *nihil commune, fallent*. 7.ª

(8) De la Instituta *de interdictis*.

(9) Según el cap. *sine possessione, de regul. juris in 6.º*

(10) Conforme a la ley 1.ª, § *per servum qui in fuga*, Digesto, tít. *de acquir. possessione*, donde lo exponen así los doctores.

de consuetudine, & potentissimis regibus nostris Hispaniarum a summis Pontificibus eae partes decimarum in perpetuum concessae sunt, quae vulgo appellantur (tertias) eaeque partes decimarum in commercio apud nos Hispanos esse & possunt & saepissime solent, cum alienari a principibus nostris & soleant & possint, tam in duces, comites, & marchiones Hispanos, quam in alios viros inferioris conditionis, si ergo pater meus decimas possedit (quae vulgo appellantur tertias) & ego patri meo successi, apprehendique titulo haereditario illarum decimarum possessionem non secus ac aliarum rerum haereditariarum, quae res impedimento esse poterit, quin illas praescribere possim? adest enim hic titulus pro haerede sufficiens regulariter ad praescriptionem, ff. & C. pro haerede per totum: adest similiter bona fides praesumpta l. qui in jus. ff. de regu. jur. cap. is qui in jus, eodem titulo in sexto, adest possessio; ergo nihil deerit ad praescriptionem l. unica. de transfor. usucap. C. Rursus si ponas me qui bona fide eas decimas possidebam, easdem vendidisse, donasse, in dotem dedisse, aliave ex causa & titulo alicui concesisse, quid impedit quin ille eas possit praescribere tempore legibus definito? postquam enim legitime a Pontifice Romano fuerunt illae decimae exemptae & separatae a jure Ecclesiae, jam quasi jus profanum & in commercio humani generis esse coeperunt, & possunt migrare de persona in personam quoad jus tam dominii, quam possessionis, argumento. l. peregre, in princip. ff. de acquiren. possession. & in l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verborum obligation. §. 1. institut. de inutil. stipulat. humana enim res potest sacra fieri, aut religiosa, & per contrarium res sacra, aut religiosa potest ad usus humanos reverti, ut dd. juribus habetur. Pro nobis textus in capit. 1,

percibir diezmos por concesión del Romano Pontífice (1), cosa que está fuera de toda duda, tanto atendido el derecho como la costumbre, y así vemos que a nuestros poderosísimos reyes españoles les han concedido a perpetuidad los sumos pontífices aquellas partes de los diezmos que vulgarmente se llaman tercias y dichas partes de los diezmos pueden, y de hecho suelen ser con suma frecuencia objeto de comercio entre nosotros los españoles, puesto que nuestros príncipes suelen y lícitamente pueden enajenarlas, tanto a los duques, condes y marqueses españoles, cuanto a otras personas de inferior condición. Si pues, mi padre estuvo en posesión de algunos diezmos (que vulgarmente se llaman tercias) y yo le heredé y a título hereditario adquirí la posesión de dichos diezmos al igual que de los restantes bienes hereditarios, ¿qué impedimento podrá haber para que pueda conseguir su prescripción? Porque existe en este caso el título *pro haerede*, que regularmente es suficiente para la prescripción (2); existe igualmente presunción de buena fe (3) y existe también posesión, luego nada faltará para la prescripción (4). Por otra parte, si suponemos que poseyendo yo de buena fe dichos diezmos, los hubiera vendido, donado, dado como dote o por cualquiera otro título o causa concedido a otra persona, ¿qué impide el que ésta pueda conseguir su prescripción al trascurrir el tiempo fijado por las leyes? Porque después que el Romano Pontífice legítimamente eximió y separó aquellos diezmos del derecho de la iglesia, comenzaron ya a ser como derecho profano y materia de comercio entre los hombres, pudiendo ser traspasados de una persona a otra en cuanto al derecho, tanto de propiedad cuanto de posesión (5). Porque una cosa humana puede convertirse en sagrada y religiosa, como por el contrario, una cosa sagrada o religiosa puede ser destinada de nuevo a usos humanos, según consta por dichas leyes. Confirma nuestra opinión el

(1) Según el cap. *a nobis* y *dudum, de decimis*.

(2) Según consta por todo el tít. *pro haerede* del Código y Digesto.

(3) Según la ley *qui in jus*, Digesto *de regulis juris*, y el cap. *is qui in jus* del mismo tít. *in 6.°*

(4) Según la ley única *de transfor. usucap.* del Código.

(5) Como lo prueba la ley *peregre*, en la introducción, Digesto, tít. *de acquir. possessione;* la ley *inter stipulantem*, §. *sacram*, Digesto *de verbor. obligat.* y el §. 1.° de la Instituta *de inutil. stipulatione*.

de praescription. in sexto, ubi cum agitur de praescriptione decimarum in eo solum quaestio est, an possessor fuerit in mala fide praesumpta, ut si non fuerit, possit praescribere, & licet ibi episcopus non laicus esset, qui praescribebat, tamen ratio, quae ibi exprimitur, generalis est, militans in laico non secus quam in episcopo, unde ratio ipsa generalis habetur pro lege, & decisio loco exempli est, quod non arctat aut restringit legem, ut est communis opinio, quam tenent Gloss. in Clementina prima, de election. verb. eligatur, Gloss. in authenti. de haered. ab intesta. §. fina. verb. ordine, quam dicit unicam Bald. in l. fina. ff. de haeredib. instituen. Idem Bald. in l. fina C. de liberis praete. Jaso. in l. stipulatio hoc modo concepta, num. 12, ff. de verborum obligatio. Idem Jas. in authenti. quas actiones, num. 22, C. de sacrosanc. eccles. Idem Jas. in l. transigere, num. 15, C. de transactio. Ripa num. 50. & Annibal. num. 349. in l. nemo potest, ff. de lega. 1. Crotus in l. si constante, in 7. quaestione, Bartol. lectu. 2, ff. soluto matrimonio, Decius num. 15, Curtius Junior, num. 9. Purpuratus num. 23, in l. fina. C. de pact. Paulus, & Jaso. in l. quamvis, C. de fideicomm. Alexan. num. 5. Corneus num. 15, in l. humanitatis, C. de impuberum, Gregorius Nata. in capitu. fina. de pact. libro 6, pro nobis etiam text. in capitu. de quarta, de praescriptio. & textus in capit. in aliquibus, in fin. & in cap. dudum de decimis.

Per contrarium ut tales decimae praescribi non possint videtur expressum in dict. capitu. dudum, & in cap. causam quae, de praescriptionib. nam si laicus laico decimas dederit, vendiderit, aut donaverit, vel in dotem dederit, nullo tempore praescriptio videtur contingere posse, tum quia deficeret titulus, qui in tali praescriptione videbatur necessarius,

texto del capítulo 1.° *de praescript.*, libro 6.°, donde al tratar de la prescripción de los diezmos, el único punto que se tiene en cuenta es, si el poseedor estaba en presunción de mala fe, y si no lo estaba podía conseguir la prescripción; y aun cuando en aquel lugar la prescripción se refería a un obispo, no a un laico, sin embargo, la razón que allí se da es general, teniendo aplicación en el laico del mismo modo que en el obispo; por consiguiente, la razón misma general tiene valor de ley y la decisión hace las veces de ejemplo que no limita o restringe la ley, conforme a la común opinión que consta por varias glosas (1), y que defienden Baldo (2), Jasón (3), Aníbal (4), Croto (5), Bartolo (6), Decio (7), Curcio el Joven (8), Pablo (9), Alejandro (10), Gregorio Nata. (11), apoyando esta misma opinión el texto del capítulo *de quarta, de praescrit.* del capítulo *in aliquibus* al final, y del capítulo *dudum, de decimis.*

Mas, por el contrario, que dichos diezmos no puedan prescribirse, parece estar expreso en el citado capítulo *dudum* y en el capítulo *causam quae, de praescriptionibus*, porque si un laico hubiera dado, vendido o donado u otorgado a título de dote dichos diezmos a otro laico, no parece que pueda tener lugar la prescripción en tiempo alguno, ya por falta de título que en tal prescripción se considera necesario (12), ya porque faltaría buena fe, puesto que el laico debía saber no ser él capaz de poseer aquellos diezmos que

(1) La glosa de la Clementina 1.ª *de electione* en la palabra *eligatur*, la glosa en la Novel. *de haered. ab intest.* §. final, en la palabra *ordine.* que llama única Baldo en la ley final, Digesto, *de haered. instituen.*

(2) Al comentar la ley final del Código, tít. *de liberis praeteritis.*

(3) Al exponer la ley *stipulatio hoc modo concepta*, núm. 12, Digesto, *de verb. obligat.*; la Novel. *quas actiones*, núm. 22 inserta en el Código, tít. *de sacrosanctis ecclesiis* y la ley *transigere*, núm. 15, Código, *de transaction.*

(4) En la ley *nemo potest* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.°, núm. 549, que comenta también Ripa, núm. 50, en el mismo sentido.

(5) Al exponer la ley *si constante*, cuest. 7.ª, Digesto, *soluto matrimonio.*

(6) Comentando la misma ley *lectur. secunda.*

(7) En la ley final del Código, *de pactis*, núm. 15.

(8) En el núm. 9 sobre la misma ley y el Purpurado, núm. 25.

(9) En la ley *quamvis*, Código, *de fideicom.*, que expone también Jasón.

(10) En la ley *humanitatis*, Código, *de impuber.*, núm. 5 y Corneo en el núm. 15.

(11) En el cap. final *de pactis*, lib. 6.

(12) Según el cap. 1.° *de praescript.*, lib. 6.°

capitu. 1. de praescriptionib. in sexto, tum quia deficeret bona fides, cum laicus se noscere debeat incapacem tenendi tales decimas a Pontifice Romano non concessas, dic. capitu. dudum, dicto capitu. a nobis, capitu. tua, & infra de decimis, ergo & c. capitu. vigilanti, capitu. fina. de praescription. tunc etiam quod deficit possessio, quia in possessione civili non in corporali nititur usucapio, dict. l. 1. §. per servum qui in fuga, ff. de acquiren. possession. sed civiliter, & juridice decimas praescribere non potest laicus de concessione cujusquam praeterquam de concessione Romani Pontificis, dict. capit. causam quae, dict. capit. dudum, dicto capitulo tua & infra, ergo cessat praescriptio ut dicto capitulo. causam, & dict. capitu. dudum, unde veritas ea esse videtur ut decimae, quae a Romano Pontifice semel concessae fuerunt alicui principi vel privato laico, & per hoc quasi a clero & ecclesia vel divino jure fuerunt exemptae, & in humanum commertium translatae, possint per laicum praescribi, non aliter atque reliquae res humanae, & ita procedat opinio quam tenuerunt Cassaneus in consuetudi. Burg. & alii quos ipse refert, at vero decimae quae nunquam alicui laico a Romano Pontifice concessae fuerunt, eae minime possint per laicum praescribi praetextu concessionis vel tituli aliunde habiti, ita procedat dict. cap. dudum, & dict. cap. causam quae, nam & si dicat patri suo successisse se qui eas decimas possidebat, dicemus ei non obesse impedimentum malae fidei.

Caeterum † superest defectus possessionis, in qua potissimum nititur praescriptio dict. cap. sine possessione, de reg. jur. in sexto l. 3. ff. de usucap. dict. l. 1. §. per servum qui in fuga, ff. de acquirenda poss. ubi ad effectum praescribendi oportet adesse possessionem civilem & juridicam, hic

no le habían sido concedidos por el Romano Pontífice (1), ya, finalmente, por falta de posesión, puesto que la prescripción se funda en la posesión civil y no en la meramente corporal (2); pero el laico no puede poseer (3) civil y jurídicamente diezmos por concesión de nadie, sino sólo por concesión del Romano Pontífice (4), luego cesa la prescripción, como aparece por el citado capítulo *dudum* y *causam*. Por lo que se considera como verdadero el que aquellos diezmos, que una vez fueron concedidos por el Romano Pontífice a algún príncipe o a otro particular laico, y que por ésto quedaron exentos del clero, de la iglesia y del derecho divino y pasaron a ser materia de humano comercio, que pueden ser prescritos por el laico al igual que las restantes cosas humanas y en este sentido procede la opinión que Casaneo (5) y otros por él citados han defendido; mientras que aquellos diezmos que jamás concedió a ningún laico el Romano Pontífice, de ningún modo podrán ser prescritos por un laico a pretexto de concesión o de título dimanado de otra parte; y en este sentido procede el capítulo *dudum* y *causam quae;* porque aun cuando diga que ha heredado a su padre, que tenía la posesión de dichos diezmos, le diremos que desde luego no tiene en su contra el impedimento de mala fe.

Pero queda en pie la falta de posesión en la que principalmente se fundamenta la prescripción, según consta por varias leyes (6), donde vemos que para el efecto de la prescripción es preciso que exista posesión civil y jurídica, y en este caso no existe tal posesión, ya que la ley canónica ha hecho a las personas laicas incapaces de poseer tal derecho (7), fuera del caso en que el título y concesión se

(1) Conforme al citado cap. *dudum*, al cap. *a nobis*, y al cap. *tua et infra de decimis, ergo*, etc., como también el cap. *vigilanti* y final *de praescript.*

(2) Según la ley 1.ª, §. *per servum qui in fuga*, Digesto, *de acquir. posses.*

(3) Aunque ambas ediciones de Venecia y de Francfort dicen *praescribere*, el sentido parece ser *possidere* y así lo traducimos (T.).

(4) Conforme a los citados caps. *causam quae, dudum* y *tua et infra.*

(5) *In consuetud.* Burgund.

(6) En la ley 3.ª, Digesto, tít. *de usucapione;* en la ley cit. 1.ª, §. *per servum qui in fuga*, Digesto, *de acquirenda posses.* y en el cap. *sine possessione, de regul. juris in 6.°*

(7) Conforme al citado cap. *causam quae.*

autem talis possessio non adest, cum hujus juris possidendi lex canonica fecerit homines laicos incapaces dict. capit. causam quae, nisi ex titulo & concessione, quae revera a Rom. Pontifice habita etiam d. c. dudum. d. c. a nobis, & ita procedat opinio negativa eorum qui firmant laicum non posse decimas praescribere, quod tenuerunt Gloss. & Doctores in dict. capit. causam quae de praescript. Balbus de praescrip. 5. parte principali. quaestio. 7. Covarru. variarum resolutionum libr. 1. cap. 17. num. 6. qui plures allegat, quae omnia intelligenda sunt in praescriptione longi vel longissimi temporis, non etiam in praescriptione temporis immemorialis, ut infra dicam, nam licet sine possessione praescriptio non procedat, eaque possessio civilis esse debeat vel civilis & naturalis, ita ut sola naturalis non sufficeret, & longe minus nuda detentatio, unde incapaces alicujus rei & possidendi nullo tempore praescribant etiam longissimo, quasi nunquam videantur civiliter possedisse, sed tantum detentasse, tamen id verum in praescriptione longi vel longissimi temporis tantum, sed diversum esset in praescriptione temporis immemorialis, ad quam sola detentatio vel naturalis possessio sufficeret, argumento l. 3. §. ductus aquae. ff. de aqua quoti. cap. 1. §. fina. de praescriptio. lib. 6. cap. super quibusdam, §. praeterea de verborum signific. quae jura ad nudam facti detentationem respiciunt, sicque limitandus est & intelligendus d. §. per servum qui in fuga.

7. Amplia ut laicus eas decimas praescribere non possit, etiam per tantum temporis cujus initii memoria non existat, ita tenet idem Covarruv. ubi supra post Joannem Monachum in capitu. 2. de praebendis, in 6. Idem Covarru. in simili lib. 1.

hubiera obtenido realmente del Romano Pontífice (1), y en este sentido puede explicarse la opinión negativa de quienes sostienen que el laico no puede conseguir la prescripción de los diezmos; así lo defendieron la glosa y los doctores en el citado capítulo *causam quae, de praescript.* Balbo (2) y Covarrubias (3), quien cita a otros muchos. Todo lo dicho se ha de entender cuando se trata de prescripción de largo o larguísimo tiempo, pero no de tiempo inmemorial, conforme lo expondré más abajo; porque aun cuando es verdad que no tiene lugar la prescripción sin posesión, y esta posesión debe ser civil, o civil y natural a la vez, no siendo suficiente la sola posesión natural y mucho menos la mera detentación, por lo que quienes son incapaces de poseer alguna cosa, no consiguen la prescripción de la misma por el trascurso de tiempo alguno, ni aun de larguísimo tiempo, como si se considerara que nunca han poseído civilmente la cosa, sino que sólamente la han detentado; sin embargo, ésto es verdad en la prescripción de largo y larguísimo tiempo sólamente, pero cosa diversa sería en la prescripción de tiempo inmemorial, para la cual sería suficiente la mera detentación o la posesión natural, como lo prueban varias disposiciones legales (4), todas las cuales se refieren a una mera retención de hecho, y de este modo se ha de restringir y entender el §. *per servum qui in fuga.*

7. Extendiendo aún más esta cuestión, vemos que muchos autores defienden que el laico no puede conseguir la prescripción de tales diezmos ni aun por el trascurso de tiempo inmemorial; así, Covarrubias (5), Felipe Probo (6), siendo

(1) Según el cap. *dudum* y *a nobis*.
(2) *De praescript.*, 5.ª parte principal, cuest. 7.ª
(3) En el lib. 1.º de sus resoluciones varias, cap. 17, núm. 6.
(4) Tales son: la ley 3.ª, §. *ductus aquae*, Digesto, tít. *de aqua quotidiana*, el cap. 1.º, §. final *de praescript.*, lib. 6.º, y el cap. *super quibusdam*, §. *praeterea, de verbor. significatione.*
(5) *Ubi supra*, siguiendo el sentir de Juan el Monje en el cap. 2.º *de praebendis*, lib. 6; lo mismo defiende Covar. en el lib. 1.º de sus resoluciones varias, cap. 10, núm. 14.
(6) En el citado cap. 2.º *de praebendis*, núm. 7, lib. 6.º

variarum resolution. capitu. 10. num. 14. Philip. Probus num. 7. in dict. capitu. 2. de praebend. in 6. est communis opinio secundum Covarru. d. num. 14, Abb. Felinus, & alii in d. capitu. causam, de praescription. Idem Felinus in capitu. accedentes, de praescriptio. & in capitu. cum contingat, de foro compet. num. 4. Hippolytus singular. 80. Francisc. Balbus de praescription. 5. parte principali, quaestio. 7, & in 3. parte principal. in 2. parte illius 3. partis, quaestio. 6. Cardina. consilio 131. colum. 2. Jas. in l. is qui putat, col. 2. ff. de acquiren. haere.

Ratio hujus ampliationis ea est, quia licet regulariter id tempus, cujus initii memoria non existit, habeat vim tituli, l. 3. §. ductus aquae, ff. de aqua quotidia. & aestiva. capit. 1. §. fi. de praescriptio. in 6. capitu. super quibusdam §. praeterea, de verborum signification. tamen fallit in materia in qua per legem praescriptio vetita est, tunc enim ut vis juris inductiva tempori denegata est, ita quoque vis juris jam inducti declarativa denegata videtur, ne quod una via prohibetur alia via admitti videatur, contra regulam capitu. cum quid, de regu. juris in sexto. neve fraus legi fieret, lexque verbis non rebus imposita videretur, contra, l. 1. & 2, C. commun. de lega. quid enim juvat negare decimas posse ullo tempore praescribi a laico, d. capitu. cum causam, si laicus posset allegare concessionem a Romano Pontifice habitam, perque solam hanc allegationem, nihilo etiam probato per interventum solius temporis immemorialis, is titulus probatus videretur, sic enim fieret, ut solum tempus, praehabita tituli allegatione, illi laico praeberet jus firmum in illis decimis, quinimo firmius quam si ex praescriptione procederet, quod absurdum videretur, praesertim cum praescriptio nitatur possessione civili l. 1. §. per servum qui in fuga, ff. de

opinión común al decir del primero (1), lo mismo que defienden el Abad, Felino (2) y otros en el capítulo citado *ad causam, de praescription.* Hipólito (3), Francisco Balbo (4), el Cardenal (5) y Jasón (6).

La razón por la que extienden al tiempo inmemorial su afirmación es ésta: porque aun cuando regularmente el trascurso de tiempo inmemorial tiene fuerza de título (7), sin embargo no sucede ésto en materia en que la prescripción está prohibida por la ley, porque entonces, así como se denegó al tiempo el poder de causar un derecho, así también se le considera denegada la eficacia declarativa de un derecho ya causado, para que lo que por un lado se prohibe, no parezca admitirse por otro, contra lo que dispone el capítulo *cum quid, de regulis juris*, y para no cometer fraude con la ley, considerando a ésta impuesta a las palabras y no a las cosas (8). Porque ¿qué se conseguiría con negar que los diezmos pueden ser prescritos en tiempo alguno por un laico (9), si éste pudiera alegar la concesión obtenida del Romano Pontífice, y por sola esta alegación sin haber probado nada, en virtud de sólo el tiempo inmemorial ya se considerara probado tal título? Pues con ésto sucedería, que sólo el tiempo, precediendo la alegación de título, otorgaría a aquel laico derecho firme sobre aquellos diezmos, más aún, un derecho más firme que si procediera de prescripción,

(1) En el citado núm. 14.

(2) Felino defiende lo mismo en el cap. *accedentes, de praescript.* y al final del cap. *cum contingat, de foro competenti*, núm. 4.

(3) *Singular.* 80.

(4) *De praescript.*, 5.ª parte principal, cuest. 7.ª y en la 3.ª part. princ. en la 2.ª parte de la misma, cuest. 6.ª

(5) Dictamen 131, colum. 2.ª

(6) Al comentar la ley *is qui putat*, colum. 2.ª, Digesto, tít. *de acquir. haereditate.*

(7) Según la ley 3.ª, §. *ductus aquae*, Digesto *de aqua quot. et aestiva*, según el cap. 1.º, §. final *de praescriptione*, lib. 6.º y el cap. *super quibusdam*, §. *praeterea, de verb. significatione.*

(8) Contra la ley 1.ª y 2.ª del Código, tít. *communia de legatis.*

(9) Según el citado cap. *cum causam.*

acquirenda possession. laicus vero has decimas civiliter possidere nequeat cessante papali concessione, dict. capit. causam quae, ergo cum non possit videri possedisse civiliter, non quoque poterit videri praescripsisse capit. sine possessione, de regulis juris, in 6. l. 3. ff. de usucapion.

Quid dicendum? & sane magis placet ut adhuc per tale tempus cujus initii memoria non existat, laicus habeat & assequatur firmum jus in decimis, si sciat allegare titulum habitum a Romano Pontifice, licet revera ab illo non habuisset; moveor, quia tempus de sui natura videtur habere vim juris inducendi, ut in §. plane, institu. de literarum obligatio. ibi, sic fit ut hodie dum queri non potest scriptura obligetur, ubi per praeteritionem biennii inducitur obligatio literis formata sic, & in proposito per lapsum temporis cujus initii memoria non extat, inducitur a lege vel concessio decimarum, quasi a Romano Pontifice habita, vel efficax praesumptio & probatio illius concessions, quasi habitae a Papa dict. §. ductus aquae, cum concord. supra allegatis. Et ad dict. capit. causam quae, & dict. capitu. dudum, responde, quod intelligitur in praescriptione etiam longissimi temporis triginta, vel quadraginta annorum, non sic in praescriptione ejus temporis cujus initii non extat memoria, quia per tale tempus lex inducit jus vel praesumptionem & probationem illius juris vel tituli, qui in subjecta materia efficax esset legitimus & sufficiens.

Nec obest quod laicus non videatur legitime & civiliter possidere decimas propter sui incapacitatem, dict. capitu. causam, nam id negamus post tempus immemoriale, cujus interventus facit ut is laicus etiam civiliter retro eas decimas possedisse videatur, quasi retro concessionem a Romano Pontifice habuisset, sicque capax eas possidendi factus

lo que parece absurdo, principalmente basándose la prescripción en la posesión civil (1); ahora bien, dicho laico no puede poseer civilmente tales diezmos al no existir la concesión papal (2); luego no pudiendo considerarse que ha poseído civilmente, tampoco podrá considerarse que ha conseguido la prescripción (3).

¿Qué solución damos nosotros? A la verdad, más nos agrada, aun con todo, el que por el trascurso de tiempo inmemorial dicho laico tiene y consigue derecho firme sobre tales diezmos, si sabe alegar título obtenido del Romano Pontífice; muéveme el que el tiempo, atendida su naturaleza, parece tener poder para crear un derecho, como aparece en el §. *plane* de la Instituta *de liter. obligatione* en las palabras: «así sucede que hoy día, cuando no puede quejarse, se obliga por la escritura», donde vemos que por el trascurso de dos años se crea una obligación que consta por escrito, y en nuestro caso, en virtud del trascurso de tiempo inmemorial, admite la ley, o la concesión de los diezmos como obtenida del Romano Pontífice, o una eficaz presunción y prueba de dicha concesión como obtenida del Papa (4). Y en cuanto a los capítulos *causam quae* y *dudum* citados, responderás, que se refieren a la prescripción aun de larguísimo tiempo de treinta o cuarenta años, pero no a la prescripción de tiempo inmemorial, porque en virtud de este tiempo la ley induce derecho o presunción y prueba de dicho derecho o título, que en la materia de que se trata sería eficaz, legítimo y suficiente.

Ni ofrece dificultad el que el laico no parece poseer legítima y civilmente tales diezmos por ser de ello incapaz (5);

(1) Según la ley 1.ª, §. *per servum qui in fuga*, Digesto, tít. *de acquir. possession.*

(2) Según el cap. *causam quae*, citado.

(3) Conforme consta por el cap *sine possessione, de reg. juris in 6.°* y por la ley 5.ª, Digesto, *de usucapione.*

(4) Conforme al §. *ductus aquae* con las concord. arriba aducidas.

(5) Según el citado cap. *causam.*

fuisset, & hanc nostram opinio. tenuit Glo. mag. in d. capi. causam quae, quinimo ubi est tempus immemoriale, ibi non exigimus possessionem civilem nec etiam naturalem, sed nuda rerum detentatio sat est, ut diximus supra in quaestionibus praecedentibus.

Praeterea prohibitio d. capit. causam quae, videtur procedere solum in casu certo, nempe quando laicus non in concessione papali, sed in concessione aliunde habita suam fundabat intentionem & praescriptionem, sicque virtualiter de non jure suo per ipsiusmet confessionem seu allegationem constabat, nos loquimur quando sumus in casu dubio, scilicet quando concessio habita a Romano Pontifice asseveratur & allegatur & ad probationem adducitur quieta possessio tanti temporis cujus initii memoria non existit. Item quid, si revera laicus impetravit decimas a Papa sibi & successoribus suis deinde amissum fuit instrumentum hujus concessionis, nonne post tempus immemoriale periniquum esset illi non patrocinari & tueri hoc tempus. Idem ergo futurum est, etiamsi revera is titulus eave concessio non fuerit habita a Papa, si modo ab eo impetrata allegetur, quinimo etiamsi non allegetur adhuc idem esse videtur, quia vera & communis opinio est, quod tale tempus non solum habere intelligitur vim praesumptivam vel fictivam, sed etiam vim inductivam, ut sic post tale tempus ille possessor non solum praesumatur titulum & jus eas possidendi habuisse, si jam revera illud habere incipiat, ut nec in contrarium admittatur probatio, nec etiam ei sua aperta confessio noceret, non magis quam si quis postquam semel praescriptionem implevisset, palam fateretur sibi supervenisse scientiam rei alienae, quo casu secundum communem & veram opinionem tam tutus esset in utroque foro, tam

pero negamos ésto en el caso de haber trascurrido tiempo inmemorial, cuya intervención hace que dicho laico se considere haber poseído civilmente desde antes dichos diezmos, como si anteriormente hubiera obtenido del Romano Pontífice la concesión que le hubiera hecho capaz de poseerlos; esta nuestra opinión consta también por la glosa en el capítulo *causam quae;* más aún, cuando ha trascurrido tiempo inmemorial, no exigimos posesión civil, ni natural, sino que es suficiente la mera retención de las cosas, conforme lo hemos dicho arriba en las cuestiones precedentes.

Además, la prohibición del citado capítulo *causam quae* parece tener aplicación sólamente en los casos ciertos, a saber, cuando el laico fundaba su intención y prescripción no en la concesión del Papa, sino en la concesión obtenida de otra fuente, con lo que virtualmente constaba su falta de derecho por su misma confesión o alegación, y nosotros nos referimos al caso en que existe duda, a saber, cuando se afirma y alega concesión obtenida del Romano Pontífice, y para su prueba se aduce la posesión tranquila durante tiempo inmemorial. Además, ¿qué diríamos si efectivamente un laico obtuvo del Papa para sí y sus sucesores aquellos diezmos, y después se perdió el documento de dicha concesión?, ¿no sería injusto en sumo grado el que después de tiempo inmemorial no le sirviera éste de defensa y salvaguardia? Lo mismo sucederá, pues, aun cuando en realidad dicho título o concesión no se hubiera obtenido del Papa, con tal que se alegue haberse obtenido; más aún, parece ser lo mismo aun cuando ni se hubiera alegado, porque es opinión verdadera y común que el tiempo inmemorial no sólo se considera tener poder de presunción o ficción, sino también fuerza inductiva, de suerte que después de tal tiempo no sólo existe presunción de que aquel poseedor ha tenido título y derecho de poseer los diezmos, sino que realmente empieza a tener dicho derecho, de suerte que ni se admite prueba en contrario, ni aun su confesión expresa le causaría perjuicio, del mismo modo que si después de terminada la prescripción, manifestase uno claramente haberse enterado de que aquella cosa era ajena, en cuyo caso, según común y verdadera opinión, tan seguro estaría en ambos foros, así canónico como civil, como si no hubiera hecho tal confesión, y aun en el mismo foro de la conciencia,

canonico quam civili, quam si id fassus non esset, & etiam in foro conscientiae, ut tenent Gl. Innocentius & Hostiensis, columna 2. Imola, columna 15. firmans hanc esse communem opinionem in capitu. fina. de praescriptio. & ibi Abbas, columna 7. Cardi. Baldus, Abb. Felinus in capit. vigilanti, eodem titulo, Tiraquel. de cau. cessante limit. 12. num. 16. Jaso. in l. post divisionem, col. 2. C. de juris & facti ignoran. Decius in auth. praeterea, columna 6. C. unde vir & uxor. Idem Decius, columna 7. in capitu. 1. de consti. Aretinus, consi. 92. viso legato, colum. 2. Balbus de praescript. in 9. quaestio. 3. partis principalis, & quod tempus immemoriale inducat verum titulum, dico verum jus, adeo ut non sit necesse, quod titulus probetur, neque etiam quod allegetur, diximus esse veram & communem opinionem supra cap. posita possessione, num. 9. cum seq. ubi multa hac de re, quae hic jungenda sunt.

8. Illud autem dubium est, † an decima ex consuetudine possit tolli ex toto, an vero possit saltem aliqua ex parte minui? qua in re sunt plures opiniones. Prima enim fuit opinio existimantium decimas praediales, neque ex toto tolli posse, nec etiam ulla ex parte minui, personales vero & ex toto tolli posse & longe facilius minui, ita tenent Hostiensis & alii in cap. in aliquibus, per tex. ibi de decimis, Rochus Curti. in capitu. fin. & in rubric. de consuetud. Cardinal. Turrecrem. in cap. revertimini. 16. quaest, 1. articulo. 7. Petr. Paulus Parisius, consi. 25. libr. 4. columna 2. & est a plerisque recepta sententia secundum Episcop. Civit. Roderi. lib. 1. variarum resol. cap. 17. num. 8. Felinus in cap. causam de praescriptio. Balbus de praescriptio. 5. partis principalis, q. 7. Grego. Lupus in l. 1. Gloss. 2. titulo de los diezmos, parti.

conforme lo defienden la glosa, Inocencio, el Hostiense en la colum. 2.ª, Imola quien la llama opinión común en la colum. 15.ª y el Abad colum. 7.ª, todos ellos al comentar el capítulo final *de praescriptione;* el Cardenal, Baldo y Felino en el capítulo *vigilanti* del mismo título, como también Tiraqueau (1), Jasón (2), Decio (3), el Aretino (4) y Balbo (5). Y que el tiempo inmemorial produzca verdadero título, o mejor dicho verdadero derecho, de suerte que no sea preciso probar el título, pero ni aun siquiera el alegarlo, dijimos arriba (6) ser verdadera y común opinión, y allí expusimos copiosa doctrina que debe añadirse en este lugar.

8. Surge ahora la duda sobre si es posible que los diezmos en virtud de la costumbre se supriman por completo o si al menos es posible el que se disminuyan en algo. Sobre este punto existen muchas opiniones. Es la primera la de quienes juzgan que los diezmos sobre fincas ni pueden suprimirse en su totalidad ni aun disminuirse en parte, mientras que los personales pueden suprimirse por completo y con mucha mayor facilidad disminuirse; así lo defienden el Hostiense y otros autores en el capítulo *in aliquibus* (7), Roque Curcio (8), el Cardenal Torquemada (9), Pedro Pablo de París (10), siendo una opinión admitida por la mayor parte de los autores, según el Obispo de Ciudad Rodrigo (11); también la admite Felino (12), Balbo (13) y Gregorio Lobo (14).

(1) *De causa cessante,* límit. 12, núm. 16.
(2) Al comentar la ley *post divisionem,* col. 2.ª, Código, *de juris et facti ignorantia.*
(3) En la Novel. *praeterea,* col. 6.ª inserta en el Código, *unde vir et uxor* y en el cap. 1.º *de constit.,* colum. 7.ª
(4) Dictamen 92, *viso legato,* colum. 2.ª
(5) *De praescript.* en la cuest. 9.ª, de la 3.ª parte principal.
(6) En el cap. *posita possessione,* núm. 9 y siguientes.
(7) Sobre el texto de dicho cap. *de decimis.*
(8) En el cap. final y rubr. *de consuetudin.*
(9) En el cap. *revertimini* 16, cuest. 1.ª, art. 7.
(10) Dictamen 25, lib. 3.º, colum. 2.ª
(11) En el lib. 1.º de sus resoluciones varias, cap. 17, núm. 8.
(12) En el cap. *causam, de praescript.*
(13) *De praescript.,* 5.ª parte principal, cuest. 7.
(14) En la ley 1.ª, glosa 2.ª, tít. de los diezmos parti.

Altera fuit opinio existimantium inter praediales & personales decimas quoad vim consuetudinis nullam esse differentiam, quinimo utrasque per consuetudinem minui posse ex parte, ut loco decimae, vicesimae aut tricesimae forte praestentur, tolli autem ex toto decimam, ita ut nulla ex parte praestetur, non posse, & in hac opinione videtur residere Gregorius Lupus, ubi supra, post Sylvestrum, & divum Thomam & alios quos refert Vincentius & Abb. in dict. capitu. in aliquibus, Fulgosius, consilio 165. columna 2. Baldus in l. comperit C. de praescriptionib. triginta vel quadraginta annorum, Socinus, consi. 297. columna 3. libro 2. Parisius dict. consi. 25. num. 21. sentit divus Thomas secunda secundae quaestione. 87. articulo. 1. & quodlibet. secundo, articulo 8. & in hac opinione residere videtur Balbus ubi supra d. quaestione 7. eamque sequitur & receptiorem existimat Nicolaus Boërius in consuetudi. Bituricensi. titulo de consuetudi. praedi. §. 12.

Tertia fuit opinio existimantium neque praediales neque personales posse tolli ex toto neque ex parte, etiam per conconsuetudinem, nisi sit a Romano Pontifice approbata, ita tenuit Gloss. in d. capitul. in aliquibus, & ibi Innocentius, esse enim hanc decimarum praestationem de jure divino, quod nulla ex parte per consuetudinem immutari secundum eos posset.

Quarta opinio fuit existimantium tam praediales decimas quam personales posse non quidem tolli ex toto, nec similiter temere deminui, sed posse ad eam mensuram, aut quotam partem restringi, & arctari, quae decenter sufficiat ad congruam, & honestam sustentationem eorum, qui res sacras administrant, ita residet dictus episcopus, ubi supra, nam cum, inquit, necessaria sacerdotibus ministrari juris divini

La segunda opinión defendida sobre este punto es la de quienes juzgan que en cuanto a la fuerza de la costumbre ninguna diferencia existe entre diezmos prediales y personales; más aún, que ambas clases pueden por la costumbre disminuirse en parte, de suerte que en lugar de una décima se pague tal vez una vigésima o una trigésima parte, pero que el suprimir por completo los diezmos de suerte que no se pague ninguna parte de los mismos, no es lícito; en esta opinión parece descansar Gregorio Lobo, *ubi supra*, siguiendo el sentir de Silvestre, de Santo Tomás y de otros a quienes cita; lo mismo opinan Vicente y el Abad (1), Fulgosio (2), Baldo (3), Socino (4), Pablo de París (5); del mismo sentir es Santo Tomás (6), y esta opinión parece preferirla Balbo (7) y Nicolás Boërio (8) que la considera como más seguida.

La tercera opinión es la de quienes opinan que ni los diezmos prediales ni los personales pueden quitarse ni en todo ni en parte, aun en virtud de costumbre, si ésta no es aprobada por el Romano Pontífice, así la glosa e Inocencio en el citado capítulo *aliquibus*, pues siendo este pago de diezmos de origen divino, no puede, según ellos, ser cambiado por la costumbre ni aun en la más pequeña parte.

La cuarta opinión la han defendido quienes opinan que tanto los diezmos prediales cuanto los personales pueden no ciertamente suprimirse del todo, ni disminuirse caprichosamente, pero sí restringirse y reducirse hasta tal medida y en tal porción, que sean decorosamente suficientes para el congruo y honesto sostenimiento de quienes corren con la administración de las cosas sagradas, tal es la opinión que

(1) En el citado cap. *in aliquibus*.
(2) Dictamen 165, col. 2.ª
(3) Comentando la ley *competit*, Código, *de praescript. 30 annorum*.
(4) Dictamen 297, col. 3.ª, lib. 2.°
(5) Dictamen 25, núm. 20.
(6) *Secunda secundae*, cuest, 87, art. 1.° y *quodlibet*. 2.°, art. 8.
(7) *Ubi supra*, en la citada cuest. 7.ª
(8) *In consuetudin. Bituric.*, tít. *de consuet. praedi.*, §. 12.

esse noscatur (1), quod nulla ex parte minui per principes, leges, aut consuetudines potest, §. sed naturalia, institu. de jur. natu. l. ut vim, l. veluti, ff. de justi. & jure, superest ut usque ad mensuram necessariorum decima possit deminui non ultra.

Quid dicendum? & nos sumus in novissima opinione, ut tam praediales, quam personales decimae possint non solum minui, sed etiam ex toto tolli, per text. apertum, si non cavilletur & invertatur in dict. cap. in aliquibus, in princ. ubi ait, in quibusdam regionibus omni ex parte evanuisse decimarum praestationem. Secundo per dict. capitu. in aliquibus. §. fi. dum ait, hac in re consuetudini standum. Tertio per capitu. cum sint homines, de decimis ibi, ad consuetudinem recurrendum. Quarto per ca. ad apostolicae, eod. tit. ibi, quoniam a diversis diversa consuetudo tenetur. Quinto per cap. commissum, eodem. Sexto per pragm. Caroli Caesaris Hispaniarum regis Catholici, qua anno 1525. cap. 14. & c. 76. cautum fuit, ne a laicis decimae exigerentur, quae praestari non solerent, & Toleti ea lex lata fuit. Septimo idem cautum fuit lege expressa Matriti anno. 28. l. 19. Octavo idem cautum fuit Segoviae anno 32. l. 56. quod & Franciae cautum refert dictus episcopus, ubi supra.

Isthaec autem jura sustinentur aperta ratione, nam decimas jure tantum positivo non etiam naturali, aut divino deberi constitit, ex supra per me traditis, ergo jure quoque positivo evanescere & exulare possunt, §. sed naturalia, instit. de jure natur. c. omnis res, de reg. jur. l. nihil tam naturale, ff. de regu. jur. neque ad rem pertinuit quod sacerdotes qui pro fidelium animarum salute & incolumitate

(1) Así en ambas ediciones de Venecia y de Francfort; el sentido nos parece ser el de la traducción. (T.).

prefiere el citado obispo, *ubi supra*, porque dice, reconociéndose que lo que es necesario a los sacerdotes que administran el derecho divino no puede ser disminuido ni por príncipes, leyes o costumbres (1), síguese que los diezmos podrán ser disminuidos hasta el límite de lo necesario, pero más no.

¿Qué solución daremos? Nosotros defendemos una novísima opinión, que tanto los diezmos prediales cuanto los personales pueden no sólo disminuirse, sino suprimirse del todo, basados en el texto tan manifiesto (si no se acude a sofismas o se le desvirtúa), del capítulo citado *in aliquibus*, donde se dice en la introducción, que en algunas provincias ha desaparecido por completo el pago de diezmos. Nos fundamos, en segundo lugar, en el mismo capítulo *in aliquibus*, §. final, donde dice, que en este punto hemos de atenernos a la costumbre. Tercero, en el capítulo *cum sint homines, de decimis*, donde dice que hemos de atenernos a la costumbre. Cuarto, en el capítulo *ad apostolicae, de decimis*, en las palabras, puesto que diversos pueblos observan diversas costumbres. Consta en quinto lugar por el capítulo *commissum* del mismo título. Sexto, por la pragmática del Católico Rey de las Españas Carlos Emperador, por la que en el año 1525, capítulo 14 y capítulo 77, se dispuso que los laicos no exigieran aquellos diezmos que no fuera costumbre pagar, ley que fué dada en Toledo. Séptimo, lo mismo se ordenó por expresa ley en Madrid el año 28, ley 19. Octavo, lo mismo se volvió a ordenar en Segovia el año 32, ley 56, lo que, según refiere el citado Obispo, *ubi supra*, también fué prohibido en Francia.

Todas estas leyes se confirman por una razón manifiesta, porque está ya probado, por lo que arriba hemos expuesto, que la obligación de pagar diezmos es sólo de derecho positivo, no de derecho natural o divino, luego en virtud del mismo derecho positivo podrán desaparecer y ser desterrados (2); ni ofrece dificultad alguna el que los sacerdotes que trabajan por la salud e incolumidad espiritual de los fieles

(1) Conforme al §. *sed naturalia*, Instituta, *de jure natur.* y a la ley *ut vim* y *veluti*, Digesto, *de just. et jure*.

(2) Conforme al § *sed naturalia*, Instituta, *de jure naturae;* al cap. *omnis res de reg. juris* y a la ley *nihil tan naturale*, Digesto, tít. *de regulis juris*.

laborant ab eisdem sunt exhibendi, nam cessante etiam ex toto decimatione, possunt & debent ecclesiae congrua dote honestari in praediis & hortis aut vineis & similibus, unde sacerdotes honestum victum quaerere & moderatum possint, hoc enim non solum tolerari potest, sed etiam summopere expedire videtur, docet enim experientia rerum magistra ab agricolis & reliquis hominum decimas (ubi earum praestatio in usu est) minus fideliter praestari, inspecta tam quantitate quam bonitate fructuum praestandorum, idque quam in periculum animarum fiat nullus non videt, ergo conducibilius est agris, hortis, vineisque ecclesias dotari, unde earum ministri victum quaerant propria manu & auctoritate non spectata aliorum praestatione. Rursus ut nostrorum nonnulli referunt in prooemio. ff. cum Constantinus Imperator eam Romae memorabilem donationem fecit ecclesiae, audita vox e coelo fuisse ferunt, qua significabatur tunc infusum esse venenum ecclesiae quasi plus aequo ditesceret, unde similiter iidem referunt, ecclesiam orientalem paupertate nimia laborasse & evanuisse, occidentalem vero copia, luxu, rerumque nimia affluentia & abundantia periclitari, sic & in latissimis Indorum regionibus quas principes nostri potentissimi & subegerunt & prudenter sanctissimeque gubernant, cessant decimae, ecclesiae vero congrua dote illustrantur & aluntur earum ministri, id quod si nostra opinio vera non esset in interitum innumerabilium animarum cederet, nec a nostris principibus aut Romano Pontifice toleraretur.

Hinc apparet suspectum esse quod ipsemet episcopus
9. ubi supra versic. 11. attente & diligenter firmat † nempe irrationabilem & omnino iniquam esse eam consuetudinem, quae ab omnium decimarum tam praedialium quam personalium praestatione laicos eximeret, esset enim, inquit, nimia

deban ser por ellos sustentados, porque aun cesando por completo el pago de diezmos pueden y deben las iglesias ser favorecidas con conveniente dote en predios, huertos, viñas o cosas semejantes, de donde los sacerdotes puedan percibir honesto y moderado sostenimiento. Porque ésto no sólamente puede tolerarse, sino que parece conveniente en grado sumo. Porque la experiencia, maestra de las cosas, enseña que dichos diezmos se pagan con poca fidelidad por los labradores y por las demás personas (donde se halla en uso dicho pago), tanto atendida la cantidad como la buena calidad de los frutos que se pagan, lo que nadie dejará de ver con cuánto peligro de las almas se realice. Luego es mucho más conducente el dotar a las iglesias de campos, huertos y viñas, de donde sus ministros busquen su sustento por propia mano y autoridad, sin tener que esperar la prestación de los demás. Además, según refieren algunos de nuestros autores en la introducción del Digesto, cuando el Emperador Constantino hizo en Roma aquella célebre donación a la iglesia, dicen haberse oído una voz del cielo, por la que se daba a entender que entonces se infundió veneno a la iglesia por enriquecerla más de lo debido; y así, refieren los mismos autores, la iglesia oriental sumida en excesiva pobreza, se perdió, mientras que la iglesia occidental peligra también por el lujo superfluo y por la excesiva acumulación y abundancia de bienes. Por eso en las dilatadísimas regiones de las Indias, que nuestros poderosísimos príncipes sometieron y que ahora gobiernan con la mayor prudencia y justicia, no se pagan diezmos, pero se atiende al decoro de las iglesias con suficiente dote, como también al sustento de sus ministros; lo que, si nuestra opinión no fuera verdadera, sería causa de la muerte de innumerables almas, por lo que no lo tolerarían ni nuestros príncipes ni el Romano Pontífice.

9. Por lo dicho aparece ser sospechoso lo que el mismo Obispo (1) atenta y cuidadosamente expone, a saber, ser irracional e injusto en absoluto aquella costumbre, que librara a los laicos del pago de todos los diezmos tanto prediales como personales, porque sería, dice, una exención excesiva, puesto que desaparecería aquella reverencia que deben mos-

(1) *Ubi supra*, vers. 11.

haec exemptio siquidem evanesceret reverentia quae a laicis decet ut sacerdotibus ministrantibus exhibeatur, verum sane non cessaret, sed potius augeretur, dum enim sese a sacerdotibus expilari vident eos solent & ridere, exsibilare & odio habere, non sic se habent erga parentes a quibus non expilantur, sed subveniuntur, ergo honestius, sanctius & magis pium est, ut meritis & beneficiis a sacerdotibus acceptis laici invitentur ad obsequia eis praestanda, quam quod ab eis expil:ntur, cum sacerdotes doctrina, sanctitate & virtute, non opibus & divitiis reliquos anteire deceat, facit in simili l. si quando, §. illud. C. de inoff. testamento, dum ait, meritis magis filios & c. facit nam in consuetudinibus non illud exigimus ut sit rationabilis, sed sat est ut sit tolerabilis, non omnino adversa, pugnans, contraria juri divino aut naturali, ita Baldus in capitu. 1. in princ. columna 2. de feud. cogna. quem refert & sequitur And. Tiraquel. de retract. in praefa. num. 65, quinimo ut sit rationabilis consuetudo minime exigitur, cum ipsa ex auctoritate utentium sumat rationem, Baldus in l. de quibus columna 10. ff. de legi. vers. & primo, quoad primum, Joannes Faber in §. ex non scripto, insti. de jure natur. & alii plures relati per Tiraquel. ubi supra, quanto ergo facilius hujusmodi consuetudo tolerabitur, cum nec sit contra jus divinum, sed tantum contra jus positivum, ut jam docuimus, nec sit irrationabilis, cum clericis aliunde possit provideri de congrua sustentatione & alimentis, nec praebeat occasionem peccandi, sed eam potius removeat, ut proxime dicebamus, nec sit res nova sed in non paucis Christiani nominis regionibus usitata, ut & proxime etiam ostendimus.

10. Clerici † vel laici an immunitatem a decimis exolvendis & libertatem possint praescribere, non levi contentione

trar los laicos a los sacerdotes que administran los sacramentos. Mas ciertamente, no cesaría con ello, antes bien, se aumentaría tal reverencia, porque mientras se ven despojados por los sacerdotes, suelen burlarse de ellos con risas y silbidos, y les tienen odio, no procediendo de este modo con sus padres, por quienes no son robados, sino más bien ayudados. Luego es más decoroso, más santo y piadoso el que por los servicios y beneficios recibidos de los sacerdotes, se sientan los laicos atraídos a concederles voluntarias dádivas, que no el que sean por ellos despojados, ya que los sacerdotes deben aventajar a los demás no en bienes y riquezas, sino en doctrina, santidad y virtud. Confirma lo mismo en parecido caso la ley *si quando*, §. *illud* del Código, *de inoffic. testamento*, donde dice que «los hijos se han de atraer más bien con favores», etc. Pruébase también porque en la costumbre no exigimos el que sea razonable, sino que es suficiente el que sea tolerable, no del todo opuesta, hostil y contraria al derecho divino o natural, así lo enseña Baldo (1), a quien cita y sigue Andrés Tiraqueau (2); más aún, no se exige de ningún modo el que la costumbre sea racional, ya que la razón de la costumbre se funda en la autoridad de los que la practican; así lo expresa Baldo (3), Juan Faber (4) y otros muchos citados por Tiraqueau (5). Con cuánta mayor facilidad se tolerará, pues, esta costumbre, ya que ni es contraria al derecho divino, sino sólo al derecho positivo, conforme lo hemos ya demostrado, ni es contraria a razón ya que por otros medios puede atenderse al oportuno sustento y alimento de los clérigos, ni es ocasión de pecado, sino que más bien la quita, según hace poco declarábamos, ni es una novedad, sino práctica corriente en no pocas regiones de nombre cristiano, según también hemos demostrado hace poco.

10. Se ha disputado con gran ardimiento sobre si los clérigos y los laicos pueden conseguir la prescripción de inmunidad y exención del pago de diezmos. Que los clérigos

(1) En el cap. 1.º al principio, colum. 2.ª *de feud. cogna*.

(2) *De retract.* en la introducción, núm. 75.

(3) Al comentar la ley *de quibus*, colum. 10.ª, Digesto, *de legibus*, vers. *et primo, quoad primum*.

(4) En el §. *ex non scripto*, Instituta *de jure naturali*.

(5) *Ubi supra*.

tractatum est, & clericos posse hanc libertatem praescribere communiter receptum est, quia ipsi non sunt incapaces spiritualium, Gloss. in cap. in aliquibus, cum qua transeunt ibi doctores, Felinus in c. causam quae, de praescript. columna 1. Balbus de praescriptio. in 5. parte princi. quaestio. 7. Dominicus in capitu. 2. de decimis, in 6. §. pen. per capitu. de quarta de praescriptio. quod procedit etiam quoad omnem decimationem secundum eosdem. Non sic, inquiunt ipsi, admittendum est in laicis, qui secundum communem sententiam actorum supra relatam, talem libertatem a decimis nulla ex parte praestandis, non possent praescribere, quia sunt incapaces possidendi jus decimandi cap. causam quae, de praescription. quorum ratio nulla sane est, nam & servus qui nihil suum habere potest & ideo per praescriptionem sibi acquirere non potest, tamen libertatem potest praescribere, & domus serviens quae sibi acquirere nihil potest, libertatem tamen contra servitutem acquirere potest, & pro hac opinione contra communem facit text. in cap. in aliquibus, §. fina. & in cap. dudum, & in cap. cum sint homines, ibi ad consuetudinem, de decimis & in cap. ad apostolicae eodem ibi, quoniam a diversis diversa consuetudo tenetur, & in cap. commissum, eodem titulo & in cap. ex multiplici, in quibus statur consuetudini hac in re. Itaque & si jus decimandi laicus contra laicum vel contra Ecclesiam non satis certum sit, an praescribere possit, quod supra attigimus, libertatem tamen contra jus decimandi quin praescribere possit dubitari non debet, quia vetitum nullo jure reperitur, neque id juri naturae adversatur aut divino, cum decimae jure tantum positivo non etiam naturali aut divino debeantur, ut jam disseruimus. Denique favorabilior est liberatio quam acquisitio, argumento l. Arrianus, ff. de action. & obligatio. unde

puedan prescribir esta exención es doctrina comúnmente admitida, ya que no son incapaces de derechos espirituales, conforme a la glosa, a la que ningún reparo oponen los doctores en el capítulo *in aliquibus*, y según el sentir de Felino (1), Baldo (2) y Domingo (3), lo que, según estos autores, tiene lugar aun en toda clase de diezmos. Pero no se ha de admitir lo mismo, dicen ellos, tratándose de laicos, porque según la común opinión de los doctores arriba expuesta, no podrían prescribir la exención completa del pago de tales diezmos en todas sus partes, porque son incapaces de poseer el derecho de diezmos, según el capítulo *causam quae de praescript.* Pero el argumento de estos autores no tiene fuerza alguna, porque vemos que el siervo que no puede tener nada propio, y que no puede por tanto adquirir nada para sí por medio de la prescripción, puede sin embargo conseguir la prescripción de su libertad; y la casa sujeta a servidumbre que nada para sí puede adquirir, puede sin embargo conseguir la libertad contra tal servidumbre, y en apoyo de esta nuestra opinión contra la opinión común podemos aducir el texto de numerosas disposiciones (4), según las cuales en esta materia nos atenemos a la costumbre. Así pues, aunque no consta con bastante certeza si un laico puede prescribir contra otro laico o contra la iglesia el derecho de percibir diezmos, punto que arriba hemos tocado, no debe sin embargo dudarse de que puede conseguir la exención contra dicho derecho de pagar diezmos, puesto que no consta estar prohibido por derecho alguno, ni es opuesto al derecho natural o divino, ya que los diezmos, según antes lo hemos demostrado, sólamente se deben por derecho positivo, pero no por derecho natural o divino. Finalmente, mejor se admite la exención que la imposición, como consta por la ley *Arrianus* (5); por consiguiente,

(1) En el cap. *causam quae, de praescript.*, colum. 1.ª

(2) *De praescript.* en la 5.ª parte principal, cuest. 7.ª

(3) En el cap. 2.º *de decimis, in 6.º*, §. penúltimo y en el cap. *de quarta, de praescriptione.*

(4) Tales son: el cap. *in aliquibus*, § final; el cap. *dudum* y *cum sint homines*, en las palabras *ad consuetudinem, de decimis;* el cap. *ad apostolicae* del mismo tít. en las palabras «pues diversos pueblos practican diversas costumbres»; el cap. *commissum*, del mismo tít. y el cap. *ex multiplici.*

(5) Del Digesto, tít. *de action. et obligationibus.*

cum supra dixerimus laicos posse decimas praescribere per tempus immemoriale, sibique eas exigere, multo facilius poterunt ab earum praestatione libertatem acquirere, ut sic in eo tantum quaestio remaneat, quanto scilicet tempore talem libertatem possint acquirere, & magis est ut tempore longo vel longissimo non possint, sed eo tantum cujus initii memoria hominum non sit, argumento cap. 2. §. contrahentes, de rebus Ecclesiae non alien. libr. 7. & clarius in cap. 1. de praescrip. eod. lib. est enim contra tales laicos vehemens praesumptio juris, & praeterea Ecclesia contra eos habet de jure fundatam intentionem suam, quae res eos constituit in mala fide praesumpta, a qua praesumptione lex recedit post tempus immemoriale, non autem post brevius tempus quando nullum aderat privilegium, ut ibi. & cap. cum personae, §. quod si tales, de privileg. libro. 6. sed & breviore tempore interdum a tali praesumptione l. recedit, ut alibi dixi, scilicet in c. qui contra jura num. 2. supra.

11. Illud autem dubium est † qua ratione Papa exemerit quosdam monachorum a praestatione decimarum, cum hae jure naturae vel divino debeantur, secundum quosdam & Glo. in c. a nobis, ait jus naturale in communi vel in universo permanere fixum & immutabile, sed in quibusdam casibus vel capitulis seu individuis solet & potest immutari, tuncque ea innovatio sapit quandam dispensationem, & illam Glo. communiter Doctores sequuntur ibi, teste Episcopo Civit. Rod. ubi supra num. 9. Decius consi. 113. columna 2. Socinus consil. 297. lib. 2. Idem Decius in cap. cum ordinem, de rescrip. in princ. & ita intelligunt c. suggestum, & capitu. ex multiplici, cap. ex parte, capit. a nobis, de decimis

habiendo dicho arriba que los laicos pueden conseguir la prescripción de diezmos en virtud de tiempo inmemorial, y cobrarlos para sí, con mucha mayor facilidad podrán adquirir la exención del pago de los mismos, quedando únicamente por investigar este punto, cuánto tiempo ha de trascurrir para que puedan adquirir esta libertad, siendo más probable no ser suficiente el largo o larguísimo tiempo, sino que se precisa el trascurso de tiempo inmemorial, como se prueba por el capítulo 2.°, §. *contrahentes* (1) y más claramente por el capítulo 1.° *de praescript.* del mismo libro; porque existe contra tales laicos vehemente presunción de derecho y además la Iglesia tiene de derecho fundada su intención contra los mismos, lo que constituye a éstos en presunta mala fe, presunción que, en caso de no existir privilegio, sólo abandona la ley al trascurrir tiempo inmemorial, pero no otro tiempo más breve (2), si bien a veces la ley se aparta de tal presunción en tiempo más corto, conforme lo expusimos en otro lugar (3).

11. Es cosa dudosa, por qué razón el Papa ha eximido a ciertos monjes del pago de diezmos, cuando éstos son obligatorios, según algunos autores, de derecho natural o divino, y dice la glosa en el capítulo *a nobis*, que el derecho natural permanece firme e inmutable común y universalmente considerado, si bien en algunos casos o materias o individuos, puede y suele cambiarse, y tal innovación tiene apariencia de cierta dispensación, glosa que siguen comúnmente los doctores en tal lugar, según el testimonio del Obispo de Ciudad-Rodrigo (4); admítenla también Decio (5) y Socino (6), y de este modo explican varios capítulos del título *de deci-*

(1) *De rebus ecclesiae non alienandis*, lib. 7.°

(2) Según dicho cap. 1.° *de praescript.* y según el cap. *cum personae*, §. *quod si tales, de privileg.*, lib. 6.°

(3) En el cap. que empieza *qui contra jura*, núm. 2, *supra*.

(4) *Ubi supra*, núm. 9.

(5) Dictamen 115, colum. 2.ª y en el cap. *cum ordinem, de rescriptis*, en la introducción.

(6) Dictamen 297, lib. 2.°

& ca. pen. & fin. eodem titulo & cap. accedentibus, & capitu. si de terra, & capitu. dudum, de privil. l. 23. tit. 21. par. 1. verum hanc receptam rationem impugnat ipse Covarru. ubi supra, quod decimae non jure naturae, sed positivo debentur, quod verum esse ostendimus, nam si, inquit, jure naturae deberentur, tunc exprimi id non liceret Papae, quod dubium sane est & contra Gloss. communiter approbatam in l. jus civile est, ff. de just. & jure per text. ibi, etenim constat juris divini esse, ut duobus vel tribus testibus credatur, cap. in omni negotio, de testibus, cap. cum esses, de testam. l. ubi numerus, ff. de testibus, & tamen in casibus lege positiva longe plures testes requiruntur l. si unus l. hac consultissima. C. de testam. l. hac consultissima. C. qui testam. facere possunt, in prin. & §. sed cum paulatim, inst. de testam. & alibi saepe, nec per hoc jus divinum aut naturale desinit incolume servari, ut per d. Gl. ubi omnes.

12. Loca † publica & jure gentium communia praescribi non possunt l. fina. in princ. ff. de usucap. l. quod in litore, ff. de acquirendo rerum dominio ibi, rursus in pristinam causam recidunt l. si quisquam, ff. de divers. & temp. praescript. l. sane si maris, ff. de injuri. §. flumina, verb. omnibus, insti. de rerum divi. tradunt Barto. in l. quominus, ff. de fluminibus, quaestio. 15. ubi plene per Jaso. columna 27. Paulus Castren. in dict. l. fina. Franciscus Balbus de praescriptio. in 4. par. 5. par. princip. quaestione 6. Joannes de Platea & Angelus Aretinus in d. §. flumina. Caepolla de servit. rus. praediorum rubric. de piscati. charta pen. Jacob. in tract. feud. verb. fluminibus ad finem, Joannes Faber in dict. §. flumina.

mis (1) y *de privilegiis* (2). Pero esta razón tan admitida la impugna el propio Covarrubias (3), porque los diezmos no son obligatorios de derecho natural, sino de derecho positivo, lo que también nosotros hemos demostrado ser verdad, porque, dice este autor, si se debieran de derecho divino, no le sería lícito al Papa otorgar tal exención; pero ésto no deja de ser dudoso y contra la glosa comúnmente aprobada en la ley *jus civile est* (4); porque consta ser de derecho divino el que se dé crédito a dos o a tres testigos (5), y sin embargo, en algunos casos la ley positiva exige mucho mayor número de testigos (6), sin que por eso deje de mantenerse incólume el derecho divino o natural (7).

12. Los lugares públicos y comunes, según el derecho de gentes, no pueden prescribirse, según consta por numerosas leyes (8) y lo enseñan Bartolo (9), Pablo de Castro (10), Francisco Balbo (11), Juan de Platea (12), Cepolla (13), Jacobino (14) y Juan Faber (15).

(1) Tales son: los caps. *suggestum, ex multiplici, ex parte, a nobis*, penúltimo y final.

(2) Los caps. *accedentibus, si de terra* y *dudum*, como también la ley 23, tít. 21, part. 1.ª

(3) *Ubi supra.*

(4) Del Digesto, tít. *de just. et jure.*

(5) Según el cap. *in omni negotio, de testibus*, el cap. *cum esses, de testamento* y la ley *ubi numerus*, Digesto, *de testibus.*

(6) Conforme a la ley *si unus* y a la ley *hac consultissima*, Código, *de testamentis;* a la ley *hac consultissimus*, Código, tít. *qui testam. facere possunt*, y a la introducción del §. *sed cum paulatim*, Instituta, *de testamentis* y a otras muchas disposiciones.

(7) Conforme a dicha glosa donde así lo admiten todos los autores.

(8) Tales son: la ley final en la introducción, Digesto, *de usucapione;* la ley *quod in litore*, Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*, en las palabras «y vuelven a su primitivo estado»; la ley *si quisquam*, Digesto, *de divers. et temporal. praescript.;* la ley *sane si maris*, Digesto, *de injuriis;* el §. *flumina*, en la palabra *omnibus*, Instituta, *de rerum divis.*

(9) En la ley *quo minus*, Digesto, *de fluminibus*, art. 15, donde lo expone extensamente Jasón, colum. 27.

(10) En la citada ley final.

(11) *De praescript.* en la 4.ª parte de la 5.ª parte principal, cuest. 6.ª

(12) En el citado §. *flumina*, donde expone lo mismo Angel Aretino.

(13) *De servit. rustic. praedior*, rubr. *de piscati. charta penult.*

(14) En el tratado sobre los feudos, en la palabra *fluminibus*, al final.

(15) En el citado §. *flumina.*

13. Limitatur † primo haec regula ut procedat ratione praescriptionis, sed non ratione consuetudinis, per quam ea, quae sunt juris gentium, possunt acquiri, ita tenent Joannes Faber & Angelus Aretinus in d. §. flumina, & Franciscus Balbus ubi supra num. 2. versicu. stat ergo, unde inferunt ipse Balbus & Faber & Angelus, quod si quis multis annis piscatus fuit in flumine publico, & alios piscari volentes jugiter sciente & patiente populo prohibuit, per hoc consuetudine magis quam praescriptione in eo flumine jus piscandi, & caeteros de populo prohibendi quaesivit, sequitur Baldus in rubric. ff. de rerum divisio. Idem vult Gloss. 1. & ibi Barto. in d. l. sane si maris. ff. de injur. dum ajunt, quod in terminis illius textus jus quaesitum fuerat consuetudine vel privilegio, facit secundum Balbum cap. super quibusdam, §. praeterea, de verb. significa. tenet idem Balbus de praescripti. in ultima quaestio. 2. quaestionis prin. & Balbus in d. quaestio. 6. & Baldus in rubri. ff. de rerum divi. ajunt inter consuetudinem & praescriptionem eam esse differentiam, quod praescriptione transfertur jus de uno in alterum, sed per consuetudinem, de qua egimus, non tam transferri, quam quod nullius in bonis antea erat denuo acquiri videtur: de quorum omnium veritate postea dicemus.

14. Limitatur secundo † ut tempore immemoriali possint, quae sunt juris gentium praescribi, ita Angelus in dict. l. fin. ff. de usucapionib. Balbus in dict. quaestio. 6. versicu. 2. limita. num. 5. Joannes de Platea, & Angelus Aretin. in d. §. flumina, unde idem Ange. & Platea & Aretinus, & Balbus
15. inferunt † quod sic tempore immemoriali Veneti praescripserunt Gulfum maris. Idemque in Genuensibus & idem vult Barto. in l. injuriarum, in magna §. fina, ff. de injuriis per

Limítase en primer lugar la anterior regla a que deba entenderse por prescripción, pero no en razón de costumbre, ya que por ésta pueden adquirirse cosas que son de derecho de gentes, así lo defienden Juan Faber, Angel el Aretino (1) y Francisco Balbo (2); de donde infieren estos tres autores que si uno durante muchos años pescó en el río público y a cuantos querían pescar en él se lo impidió continuamente, sabiéndolo y tolerándolo el pueblo, que por ésto, más en virtud de costumbre que por prescripción ha adquirido el derecho de pescar en aquel río y de prohibírselo a los restantes del pueblo, así lo admite también Baldo en la rubr. *de rerum divisione* y la glosa 1.ª en la ley *sane si maris*, Digesto, *de injuriis*, donde opina lo mismo Bartolo, cuando dicen que en el caso a que se refiere aquel texto se había adquirido el derecho por costumbre o por privilegio; hace también al caso según Balbo el capítulo *super quibusdam* (3); y la diferencia que existe, según afirman Balbo (4) y Baldo (5), entre la costumbre y la prescripción es ésta, que por la prescripción se traspasa el derecho de una persona a otra, pero por la costumbre, de la que hemos tratado, no tanto parece trasferirse cuanto adquirirse por primera vez lo que antes no se hallaba entre los bienes de nadie; lo que haya de verdad en todas estas afirmaciones lo diremos más adelante. 13.

La segunda restricción de aquella regla es, que por el trascurso de tiempo inmemorial puede prescribirse lo que es común por derecho de gentes, así lo expresa Angel (6), Balbo (7), Juan de Platea y el Aretino (8), de donde infieren estos cuatro autores, que de este modo por el trascurso de tiempo inmemorial consiguieron los venecianos la prescripción de su golfo, lo mismo que los genoveses la del suyo. De la misma opinión es Bartolo (9), quien dice que los venecia- 14. 15.

(1) Comentando el mismo §. *flumina*.
(2) *Ubi supra*, núm. 2, vers. *stat ergo*.
(3) En el §. *praeterea, de verbor. significat.*; lo mismo defiende Balbo, *de praescript.* en la última cuestión, de la 2.ª cuest. principal.
(4) En la citada cuestión 6.ª
(5) En la rúbr. del Digesto, tít. *de rerum divisione*.
(6) En la citada ley final, Digesto, *de usucapion*.
(7) En la citada cuest. 6.ª, vers. 2.º, limit. núm. 5.
(8) Ambos sobre el citado §. *flumina*, donde manifiesta lo mismo Angel.
(9) Al comentar la citada ley *injuriarum, in magna*, §. final, Digesto, *de injuriis*, y en la ley *sane maris*.

d. l. sane maris ait, quod jurisdictionem maris per tempus immemoriale quaesierunt Veneti. Idem Angelus consilio. 289. thema tale est, & Jas. in l. ex hoc jure. colum. 5, ff. de just. & jure, & Balb. ubi supra. De quorum veritate infra dicemus.

16. Quinimo † quod plus est, tam Veneti in suo Gulfu, quam Genuenses in suo quoque Gulfu hoc est palago maris, per hoc tempus immemoriale quaesierunt jus interdicendi & vetandi reliquis mortalibus potentiam navigandi, ita tenent Bartol. & Angelus ubi supra, & Jason. columna 5. in dict. l. ex hoc jure. Idem Jaso. in dict. l. quo minus, columna 11, & Franciscus Balbus, ubi supra, per tex. dict. l. sane maris, ubi idem vult Raynerius de Forlivio, & Joannes de Anania in capitu. 1. & iterum in capitulo 2. de cler. ven. & Cardinalis consilio 40. dominus comes, Felinus in capitu. de quarta,
17. columna fina. de praescriptio. † Jus enim navigandi secundum eos regale est, l. quo minus, ff. de fluminib. l. 2. §. viarum. & ibi Glo. ff. ne quid in loco public. sicque
18. acquiri potest vel privilegio, vel tanto tempore cujus initii memoria non sit, secundum eos. Paulus tamen Castren. in d. l. fina. reprehendit Angelum, ubi supra, qui movebatur per l. usum aquae, C. de aquae ductu libro 11, quam non bene intelligebat secundum Paulum, qui ait, ibi loqui de aqua privata non de publica, nam quoad publicam, nec consuetudine, nec praescriptione opus est, sed sufficit occupatio per dictam legem final. non secus, quam in rebus quae coelo marique capiuntur, aut terra, l. 1. ff. de acquirend. rerum domi. §. ferae, instit. de rerum divisio. de quorum veritate infra dicemus.

19. Unde Paulus infert † quod si Venetiarum civitas funditus diruta esset, pelagus illud maris juris gentium maneret non

nos adquirieron jurisdicción sobre el mar por el trascurso de tiempo inmemorial, lo mismo que sostienen Angel (1) Jasón (2) y Balbo (3). Sobre la verdad de estas afirmaciones trataremos más adelante.

Y lo que es aún más, que tanto los venecianos en el golfo 16.
de su nombre cuanto los genoveses en el suyo, ésto es, en pleno y abierto mar, en virtud de este tiempo inmemorial, adquirieron el derecho de prohibir y vedar a los restantes mortales el poder navegar por dichos golfos, así lo defienden Bartolo y Angel en los lugares arriba dichos, Jasón (4), Francisco Balbo (5), Juan de Anania (6), el Cardenal (7) y Felino (8). Porque según estos autores el derecho de 17.
navegar es derecho regio (9) y por tanto puede adquirirse, según ellos, o por privilegio o por el trascurso de tiempo inmemorial. Sin embargo, Pablo de Castro, al comentar 18.
la ley final dicha, censura a Angel (10) por basar éste su afirmación en la ley *usum aquae* (11), que según Pablo, no entendió aquél rectamente, porque en dicha ley se trata de agua particular, no pública, ya que en cuanto a las aguas públicas no se requiere ni costumbre ni prescripción, sino que basta la ocupación, según la citada ley final, al igual que en las restantes cosas que cogemos en el aire, en el mar o en tierra. Qué haya en ésto de verdad lo examinaremos después.

De donde infiere Pablo de Castro que si la ciudad de 19.
Venecia quedara destruida por completo, aquel golfo veneciano quedaría de derecho de gentes al igual que lo había sido antes que aquella ciudad hubiera sido en él edificada

(1) Dictamen 289, *thema tale est.*

(2) En la ley *ex hoc jure*, colum. 5.ª, Digesto, *de just. et jure.*

(3) *Ubi supra.*

(4) Al exponer la citada ley *ex hoc jure*, colum. 5.ª y la ley *quo minus*, colum. 11.

(5) *Ubi supra*, fundado en la citada ley *sane maris*, donde siente lo mismo Rainerio de Forlivio.

(6) En el cap. 1.º y 2.º *de cler. ven.*

(7) Dictamen 40, que empieza *dominus comes.*

(8) En el cap. *de quarta*, colum. final, *de praescriptione.*

(9) Véanse la ley *quo nimus*, Digesto, *de fluminibus*, la ley 2.ª, §. *viarum*, Digesto, *ne quid in loco publico* y la glosa de la misma ley.

(10) *Ubi supra.*

(11) Del Código, tít. *de aquae ductu*, lib. 11.

secus quam antea, quam ea civitas ibi aedificata & extructa esset, dict. l. fina. verbo funditus diruto aedificio, & dict.

20. l. quod in litore, & Balbus ubi supra, num. 8. ait, hanc esse communem opinionem veriorem, licet agnoscat contrariam esse communem, quam tenent Angelus uterque tam Perusinus quam Aretinus & Joannes de Platea & Caepolla & Jacob. & alii supra relati. Facit quod ait Felinus in cap. accedentes, columna 5. de praescription. dum negat, id quod praescriptibile non est, fieri praescriptibile etiam tempore immemoriali, quamvis eo tempore, si allegetur titulus legitimus, praesumatur (sequitur Balbus, ubi supra, num. 9. reprobantes Panormitanum qui contrarium tenuit consilio 26. in quaestione quae ad praesens, libro 2) quae praesumptio cessaret quando contrarium esset notorium, ut est in hoc exemplo:

21. Tertio limita † ut quae sunt publica, aut jure gentium communia licet non praescribantur, tamen tempore acquiri potest jus excipiendi, ut de tali possessione non expellamur, eritque duplex effectus, primus ut si turbemur in possessione, contra turbantem agere possimus, alter ut antequam turbemur, possimus prohibere volentem nobis invitis talem locum ingredi, per dict. l. sane si maris, secundum Angelum in dict. consi. & Balb. ubi supra num. 10.

22. Quarto limita † quando princeps vendidisset jus piscandi in flumine publico, secundum Balbum, ubi supra, num. 4. versi. alios casus, Caepolla de servi. rusticorum praediorum sub titul. de piscatio. ad finem, Jaco. de feudis verb. fluminibus ad finem, & per quanto tempore, vel per quantam intermissionem locus occupatus ab occupatore desertus

y levantada (1), y Balbo (2) dice que esta opinión común es más conforme a verdad, aun cuando reconoce que la contraria es también opinión común, defendida por Angel de Perusa y por el Aretino, por Juan de Platea, Cepolla, Jacobino y otros arriba citados. Es también del caso lo que dice Felino (3), cuando niega que pueda hacerse prescriptible por el trascurso de tiempo inmemorial lo que es de naturaleza imprescriptible, aunque después de dicho tiempo, si se alega título legítimo, éste se presume (sigue esta opinión Balbo (4), impugnando los dos al Panormitano que sostenía lo contrario) (5), si bien, dicen, la anterior presunción cesaría cuando lo contrario fuera notorio como lo es en este caso.

Tercera restricción: que las cosas que son públicas o comunes por derecho de gentes, aunque no se pueden prescribir, sin embargo con el trascurso de tiempo puede adquirirse el derecho de excepción para no ser arrojados de tal posesión, siendo doble el efecto: primero, que si somos turbados en la posesión podamos entablar acción contra quien en ella nos turba, y segundo, que antes de que nos turben en la posesión podamos prohibir la entrada en tal lugar a quien quiere hacerlo contra nuestra voluntad, conforme a la ley *sane si maris*, y a lo que dicen Angel (6) y Balbo (7). 21.

Cuarta restricción: cuando el príncipe hubiera vendido el derecho de pescar en el río público, según lo defienden Balbo (8), Cepolla (9), Jacobino (10); y qué tiempo haya de 22.

(1) Conforme a la ley final dicha, en las palabras «destruido el edificio desde sus cimientos» y a la citada ley *quod in litore*.
(2) *Ubi supra*, en el núm. 8.
(3) En el cap. *accedentes*, colum. 5.ª *de praescript*.
(4) *Ubi supra*, núm. 9.
(5) En el dictamen 26, *in quaestione quae ad praesens*, lib. 2.º
(6) En el dictamen citado.
(7) *Ubi supra*, núm. 10.
(8) *Ubi supra*, núm. 4, vers. *alios casus*.
(9) *De servit. rustic. praedior.* en el tít. *de piscation.*, al fin.
(10) *De feudis*, en la palabra *fluminibus*, al final.

videatur, docent Bartol. in d. l. quo minus, quaestione 15. ubi Jason. colum. 27, ubi post Angel. & Paul. in dict. leg. final. ff. de usucapionib. tradunt cautelam ut per talem intermissionem non videatur quis locum deseruisse.

23. Istarum † rerum veritas pendet a vera juris tam naturae, quam gentium cognitione, jura enim naturalia divina quadam providentia immutabilia sunt, non aliter atque jus divinum, nam utrumque fere idem est, sed divinum appellatur, quod ab ipso Deo optimo maximo datum nobis est, naturale eo quod simul cum ipso humano genere proditum fuit, & eo quod id jus natura edocti sumus sine ullo praeceptore, ut isthaec omnia probantur, in §. sed naturalia, institu. de jure natur. l. jura sanguinis, ff. de regulis juris, l. eas causas, ff. de cap. diminutio. l. 2, ff. de usufruct. earum rerum, l. omnes populi, ff. de justit. & jure, §. minus ergo, institu. de haereditati. quae ab intestato. juncto, §. singulorum, institu. de rerum division. & Doctores communiter in dictis locis, quibus adde Theologorum nostrae tempestatis dissertissimum, idem edocentem fratrem Alphonsum Castrensem de potestate legis poenalis, libro 2. capitulo 14. pag. 561.

24. Istud † jus gentium naturale appellatur jus naturale simpliciter, & etiam appellatur jus gentium primaevum, hoc est, cum ipso humano genere simul proditum, d. §. singulorum, & hoc jus gentium naturale, vel primaevum a jure naturali simpliciter prolato differt, ut genus a sua specie. Nam naturale jus dicitur, quod omnibus animantibus tam brutis, quam ratione utentibus commune est, jus vero gentium naturale, vel primaevum dicitur, quod solis hominibus non

trascurrir, o cuánto haya de durar la cesación para que aquel lugar ocupado se considere abandonado por quien lo ocupó, lo enseñan Bartolo en la citada ley *quo minus*, cuestión 15.ª, y Jasón *ibidem*, columna 27, en donde siguiendo el sentir de Angel y Pablo previenen que por tal cesación no se considera que el ocupante haya abandonado el lugar ocupado.

23. La verdad de todas estas cuestiones depende del conocimiento verdadero del derecho, tanto natural, cuanto de gentes; porque el derecho natural por especial providencia divina es tan inmutable cuanto el mismo derecho divino, ya que ambos son casi una misma cosa, sólo que se llama divino porque nos ha sido dado por el mismo Dios supremo Señor, y natural porque fué instituido juntamente con el humano linaje y porque la propia naturaleza sin otro maestro alguno nos enseña este derecho, todo lo cual consta por numerosas disposiciones legales (1) y por el común testimonio de los doctores al comentarlas, a todos los cuales puede añadirse el más consumado teólogo de nuestros tiempos Alfonso de Castro que enseña lo mismo (2).

24. Este derecho de gentes natural, se llama simplemente derecho natural o también derecho de gentes primitivo, ésto es, creado juntamente con el mismo linaje humano (3). Y este derecho de gentes natural o primitivo, se diferencia del derecho natural, entendido en su mayor extensión, como el género de su especie, porque derecho natural se dice en este sentido el que es común a todos los animales, tanto irracionales como racionales, mientras que derecho de gentes natural o primitivo se dice el que compete sólamente a los hombres, pero

(1) Por el §. *sed naturalia*, Instituta, *de jure natur.*; por la ley *jura sanguinis*, Digesto, *de reg. juris;* por la ley *eas causas*, Digesto, *de capit. diminutione;* por la ley 2.ª, Digesto, tít. *de usufructu earum rerum;* por la ley *omnes populi*, Digesto, *de just. et jure;* por el §. *minus ergo*, Instituta, *de haered. quae ab intestato*, junto con el § *singulorum*, Instituta, *de rerum divisione*.

(2) *De potestate legis poenalis*, lib. 2.º, cap. 14, pág. 561.

(3) Según el §. *singulorum*.

etiam reliquis brutis animantibus competit, ut dictis juribus habetur per Doctores & disseruimus supra.

25. Jus † autem gentium secundarium est, quod non simul cum ipso genere humano proditum fuit, sed labentibus temporibus a plerisque earum gentium, quae moribus & legibus reguntur, nec ritu aut more ferarum silvestrem vitam agunt, receptum reperitur, dict. l. omnes populi, ff. de justitia & jure §. jus gentium, & §. jus autem gentium, & §. sed naturalia, insti. de rerum divisione, idque jus initio, ut jus tantum civile non etiam gentium esset, necessaria & coacta ratione fatendum est, quamvis postea ab omnibus vel plerisque gentium paulatim aut successive admissum quoque fuisset, ut sic tale jus inventione civele tantum esse intelligatur, sed approbatione & veluti hospitio gentium earum jus esse coeperit, etenim cum initio generis humani nec essent captivitates, nec servitutes hominum, nec rerum soli dominia distincta, sed communia, nec bella, nec emptiones, venditiones, locationes, conductiones, nec societates, mandatum, & caetera id genus, necesse est fateri, hasce res non pariter in omnibus orbis regionibus inventas aut admissas, sed ut verosimillimum est, primum in una aut altera provincia admissum inventum, inque usu esse inchoatum, deinde vero a reliquis quoque regionibus & gentibus paulatim receptum, sicque cum primum id jus in una tantum vel in altera provincia in usu esse coeperat, tunc illius tantum regionis vel gentis jus civile erat, cum vero postea a reliquis quoque gentibus receptum fuisset, jam de jure civili in jus
26. gentium conversum fuisse apparuisset, † sicque id jus gentium secundarium non tam naturale, quam positivum dicitur esse, sicque non fixum, & immobile, sed commutabile esse

no a los restantes brutos animales, según lo exponen los doctores en las citadas leyes y lo dejamos tratado arriba.

Derecho de gentes secundario es, el que no fué dado 25.
juntamente con la creación del humano linaje, sino que en el trascurso de los tiempos se halla admitido por la mayor parte de aquellos pueblos que se rigen por costumbres y leyes y que no llevan vida salvaje a modo y semejanza de fieras (1); este derecho, como por manifiesta razón nos vemos obligados a confesar, fué en un principio sólo derecho civil y no de gentes, si bien después fué también admitido por todos o la mayor parte de los pueblos poco a poco o sucesivamente, de suerte que dicho derecho se considera en un principio sólamente derecho civil, pero después comenzó a ser derecho de gentes por la aprobación y como hospitalidad que éstas le dieron. Porque no existiendo en los comienzos del humano linaje ni cautivos, ni siervos, ni dominios distintos de las cosas del suelo, siendo todo común, ni guerras, ni compras, ni ventas, ni arriendos, ni alquileres, ni sociedades, ni mandato, ni otras cosas de esta naturaleza, es necesario confesar que ni se crearon ni se admitieron a la vez en todas las regiones del orbe, sino que es mucho más probable que primeramente sólo se admitió y comenzó a practicarse la invención en una o dos provincias, y que después fueron admitiéndolo paulatinamente las restantes regiones y pueblos, de suerte que cuando en un principio este derecho comenzó a estar en uso sólamente en una u otra provincia, entonces era derecho civil de sola aquella región o pueblo; mas después, al ser admitido también por las restantes gentes, apareció ya convertido este derecho civil en derecho de gentes. Por lo que este derecho de gentes secundario se 26.
dice ser no tanto derecho natural, cuanto positivo, y por lo mismo no se considera fijo e inmutable, sino mudable al igual que el derecho civil y con poca mayor dificultad que

(1) Conforme a la ley *omnes populi*, Digesto, *de just. et jure;* y a los §§. *jus gentium, jus autem gentium*, y *sed naturalia*, Instituta, *de rerum divisione.*

dicitur non secus, quam jus civile, & fere non difficilius, quam jus civile, ut de successionum progressu in praefation. libro 1. ostendimus num. ... tradit eleganter Theologorum nostrae tempestatis doctissimus frater Dominicus Sotus de justi. & jure lib. ... q. ... ar. ...

27. Etenim si qua in provincia introductum legibus, aut moribus esset, ne dominia essent privatorum in rebus soli, sed quod essent communia, sine dubio ea lex vel consuetudo valeret, id quod apud Lacedaemonas factum Lycurgo auctore fuisse Plutarchus apoph. libro 1. in vita Lycurgi testatur. Proinde si receptum fuisset, ne capti servi fierent capientium, ea quoque lex vel consuetudo valeret, id quod apud Gallos observari fertur, & sic de similibus.

28. Jus † autem divinum & naturale, aut gentium primaevum mutari non posse constat, ut multis legibus jam ostendimus, unde quod apud Lacedaemonas furari liceret, quod apud Persas adulterare liberum esset, quod apud Mahumetanos cum matribus, aut filiis, aut etiam pecudibus commercium habere fas esset, quodve apud eosdem Lacedaemonas uxores ad tempus commodare liceret, aut quod apud Augilas gentes Africanas omnes quotquot erant ad nuptias invitati commertium cum nupta haberent, aut quod apud Aethiopes omnes feminae sint omnibus viris communes, id & similia utcunque a gentium nonnullis in usu fuerint, nunquam in jus transire potuerunt, quia juri naturali, & divino & gentium etiam primaevo adversari videntur, sed semper tales ritus, & mores ferini non humani, corruptelae & abusus, non mores, leges, aut usus justius dicerentur, nulloque tempore potuerunt praescribi, nulla lege lata justificari, nullo multarum etiam

éste, según lo hemos demostrado en la obra *de succes. progressu*, en la introducción al libro 1.°, y según lo enseña elegantemente el más docto de los teólogos de nuestro tiempo, Fray Domingo Soto, en su obra *de justitia et jure*.

Porque si en alguna provincia se hubiera introducido 27.
por las leyes o costumbres que no existieran dominios particulares sobre las cosas del suelo, sino que todas permanecieran comunes, sin duda alguna dicha ley o costumbre sería válida, como aconteció entre los lacedemonios por institución de Licurgo, según en la vida de este legislador lo atestigua Plutarco en su obra *Apophoreta*, libro 1.°; del mismo modo si se hubiera admitido el que los cautivos no quedaran hechos siervos de sus cautivadores, sería también válida dicha ley o costumbre, lo que según dicen se observa en Francia, y lo mismo diríamos de otras cosas semejantes.

Mas en cuanto al derecho divino y natural o de gentes 28.
primitivo, consta que no pueden mudarse, como lo hemos demostrado ya con numerosas leyes. Por consiguiente, el que entre los lacedemonios fuera lícito el hurto, el que entre los persas fuera libre el cometer adulterio, el que entre los mahometanos fuera lícito tener carnal comercio con madres, hijas y aun con animales, el que entre los mismos lacedemonios fuera lícito el prestar por algún tiempo las mujeres, o el que entre los pueblos Augiles de África (1), cuantos eran invitados a una boda tuvieran carnal comercio con la desposada, o el que entre los etíopes todas las mujeres sean comunes para todos los varones; éstas y semejantes prácticas, por más que hayan estado en uso entre algunos pueblos, jamás pudieron convertirse en derecho, porque se consideran opuestas al derecho natural y divino y de gentes primitivo, sino que siempre tales ritos o costumbres con más justicia se dirían propias de fieras, que de hombres; corruptelas y abusos, no costumbres, leyes o

(1) La edic. de Venecia dice Augilas y la edic. de Francfort dice Anglias.

gentium consensu, hospitio, & exercitatione stabiliri, ut praeter nostros edocet hujus tempestatis disertissimus Theologorum Alphonsus de Castro, de potestate legis poenalis libro 2. capitulo 14. pagina 562.

29. † Et historias supra relatas referunt Solinus capitu. 43, Pomponius Mela libro 1. capitu. 8, & Plutarchus de viris illustribus in vita Lycurgi, & Alphon. Castren. ubi supra & Joannes Bohemus, de moribus & ritibus variarum gentium capitu. 10. libro 1.

30. Ex † quibus apparet quam suspecta sit sententia eorum quos supra num. 4, retulimus, existimantium Genuenses, aut etiam Venetos posse non injuria prohibere alios navigare per gulfum aut pelagus sui maris, quasi aequora ipsa praescripserint, id quod non solum est contra dict. l. quod in littore, ff. de acquirend. rerum domini. leg. fina. in princip. ff. de usucapionib. §. flumina, verb. omnibus, institu. de rerum division. l. si quisquam, ff. de divers. & temporalibus praescription. leg. sane si maris, ff. de injuriis, sed etiam est contra ipsum jus naturae, aut gentium primaevum, quod mutari non posse diximus. Quod sit contra illud jus constat, quia non solum maria, aut aequora eo jure communia erant,

31. sed etiam reliquae omnes res immobiles, † & licet ab eo jure postea recessum fuerit ex parte, puta quoad dominium & proprietatem terrarum, quarum dominium jure naturae commune, distinctum & divisum, sicque ab illa communione segregatum fuit, l. ex hoc jure, ff. de justit. & jure, §. jus gentium, & §. jus autem gentium, institu. de jure naturali, tamen diversum fuit, & est in dominio maris, quod ab origine mundi ad hodiernum usque diem est, fuitque semper in

usos, por lo que no pudieron prescribirse por tiempo alguno, ni justificarse con ley alguna promulgada, ni recibir firmeza por ningún consentimiento, hospitalidad o práctica de numerosos pueblos, conforme lo enseña, además de los jurisconsultos, el más elocuente de los teólogos de estos tiempos, Alfonso de Castro, en su obra *de potestate legis poenalis*, libro 2.°, capítulo 14, página 562. En cuanto a los hechos 29.
arriba referidos, cuéntanlos Solino, capítulo 43, Pomponio Mela, en el libro 1.°, capítulo 8, Plutarco (1), Alfonso de Castro (2) y Juan de Bohemia (3).

Por lo expuesto aparece ya claro, cuán sospechosa sea 30.
la opinión de aquellos autores que en el número 4 citamos, que juzgaban que tanto los genoveses, como los venecianos, podían sin injuria prohibir a los demás la navegación por el golfo o piélago de su mar, como si hubieran conseguido la prescripción de dichos mares, lo que no sólo es contrario a varias leyes (4), sino también al mismo derecho natural y de gentes primitivo que hemos dicho no poder mudarse. Que sea contrario a tal derecho es manifiesto, porque no sólo los mares y su inmensidad, sino también las restantes cosas
inmuebles eran comunes en aquel derecho; y aunque después 31.
en parte se han apartado los hombres de tal derecho, por ejemplo, en cuanto al dominio y propiedad de las tierras, ya que siendo el dominio de éstas común en el derecho natural, se distinguió y dividió después, con lo que se le separó de aquel dominio común (5), sin embargo cosa diversa fué y es, en cuanto al dominio sobre el mar, que desde el origen del mundo hasta el día presente es, y ha sido siempre del domi-

(1) *De viris illustribus*, en la vida de Licurgo.

(2) *Ubi supra*.

(3) *De moribus et ritibus variarum gentium*, lib. 1.°, cap. 10.

(4) Como son: la ley *quod in littore*, Digesto, tít. *de acquir. rerum dominio*, la ley final en la introducción, Digesto, *de usucapionibus;* el §. *flumina*, en la palabra *omnibus*, Instituta, *de rerum divisione;* la ley *si quisquam*, Digesto, tít. *de divers. et tempor. praescript.* y la ley *sane si maris*, Digesto, *de injuriis*.

(5) Conforme a la ley *ex hoc jure*, Digesto, tít. *de just. et jure* y a los §§. *jus gentium, jus autem gentium*, Instituta, *de jure naturali*.

32. communi, nulla ex parte immutatum, ut est notum, † & quamvis ex Lusitanis magnam turbam saepe audiverim, in hac esse opinione, ut eorum rex ita praescripserit navigationem Indici occidentalis ejusdemque vastissimi maris, ita ut reliquis gentibus aequora illa transfretare non liceat, & ex nostrismet Hispanis vulgus in eadem opinione fere esse videatur, ut per vastissimum immensumque pontum ad Indorum regiones, quas potentissimi reges nostri Hispaniorum subegerunt, reliquis mortalium navigare, praeterquam Hispanis jus minime sit, quasi ab eis id jus praescriptum fuerit, tamen istorum omnium non minus insanae sunt opiniones, quam eorum qui quoad Genuenses & Venetos in eodem fere somnio esse adsolent, quas sententias ineptiri, vel ex eo dilucidius apparet, quod istarum nationum singulae contra se ipsas nequeunt prascribere, hoc est, non respublica Venetiarum contra semetipsam, non respublica Genuensium contra semetipsam, non regnum Hispanorum contra semetipsum, non regnum Lusitanorum contra semetipsum, leg. sequitur, §. si viam, ff. de usucapion. §. sic itaque. institut. de action. esse enim debet differentia inter agentem, & patientem, ut dictis juribus, & l. cum filio ubi multa per
33. Barto. & Jasonem, ff. de legatis 1. † Contra reliquas vero nationes longe minus praescribere possunt, quia jus praescriptionum est mere civile, ut fuse ostendimus supra part. 1. principali, quaestio. 3. & 4. ergo tale jus cessat, cum res agitur inter principes, vel populos superiorem non recognoscentes in temporalibus. Jura enim mere civilia cujuscumque regionis, quoad exteros populos, nationes vel etiam homines singulos, non magis est in consideratione, quam si revera non esset tale jus, aut unquam fuisset, & ad jus commune gentium primaevum vel secundarium recurrendum est, eoque

nio común, sin que ésto ni en lo más mínimo se haya cambiado, como es bien notorio. Y aun cuando con frecuencia 32.
he oído que gran número de portugueses defienden la opinión de que su rey de tal modo ha prescrito la navegación del vastísimo mar de las Indias Occidentales, que no les es lícito a los restantes pueblos el cruzar aquellos inmensos mares, y aunque entre nosotros mismos los españoles se defiende generalmente casi la misma opinión, de que fuera de los españoles no tienen en absoluto derecho los restantes mortales para navegar por el vastísimo e inmenso ponto hacia las regiones de las Indias, que sometieron a su dominio los poderosísimos reyes de las Españas, señores nuestros, como si ellos hubieran prescrito este derecho, sin embargo, las opiniones de todos éstos son tan faltas de razón, como lo son las de aquellos que suelen abrigar parecidos sueños con respecto a genoveses y venecianos. La necedad de estas opiniones aparece aun más clara por esta razón, porque cada una de estas naciones no puede conseguir la prescripción contra sí misma, es decir, no puede la república de Venecia, ni la república de Génova, como tampoco los reinos de España o Portugal pueden conseguir la prescripción cada uno contra sí mismo (1), porque es preciso que exista diferencia entre agente y paciente, conforme a dichas leyes y
a la ley *cum filio* (2). Y contra las otras naciones mucho 33.
menos aún pueden adquirir tal prescripción, porque el derecho de las diversas prescripciones es meramente civil, según antes lo hemos demostrado extensamente (3), luego tal derecho civil cesa cuando el asunto se ventila entre príncipes o entre pueblos que en lo temporal no reconocen superior. Porque las leyes meramente civiles de cualquier región no se tienen más en cuenta entre los restantes

(1) Según la ley *sequitur*, §. *si viam*, Digesto, *de usucap.* y el §. *sic itaque*, Instituta, *de actione*.

(2) Del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.°

(3) En la parte 1.ª principal, cuest. 3.ª y 4.ª

utendum, quo jure talem maris praescriptionem & usurpationem admissam non fuisse unquam constat, ergo &c.

34. Facit, † nam etiam hodie usus aquarum communis est, non secus quam erat ab origine mundi. Unde Ovidius lib. 6. Metamor. sic modulatur:

Quid prohibetis aquas, communis usus aquarum.

Idem Ovidius lib. 1. Fastorum ait:

Omne solum forti patria est ut piscibus aequor.

35. Ergo † in aequoribus & aquis nullum jus est aut esse potest humano generi, praeterquam quoad usum communem.

Praeterea de jure naturali & divino est illud praeceptum ut, quod tibi non vis, alteri non facias, unde cum navigatio nemini possit esse nociva, nisi ipsi naviganti, par est ut a nemine possit aut debeat impediri, ne in re sui natura libera, & permissa sibique minime noxia, navigantium libertatem impediat, & laedat, contra dictum praeceptum, & contra regulam, l. libertas, ff. de statu hominum, §. libertas, institut. de jure personarum. l. 1, & 2, ff. de homine libero exhibendo, l. 1, §. quae onerandae, ff. quarum rerum actio non datur, l. si quando, §. illud, verb. adstringendos, C. de inofficioso testamen. praesertim cum omnia intelligantur esse permissa, quae non reperiuntur expressim prohibita, l. necnon §. quod eis, ff. ex quib. caus. majores, l. super statuas, C. de religiosis.

Quinimo non solum contra jus naturale esset, velle

pueblos, naciones y aun hombres particulares extranjeros, que si en realidad ni existiera ni hubiera jamás existido tal derecho y hay que recurrir al derecho común de gentes primitivo o secundario y atenerse a él; y según este derecho consta no haberse admitido jamás tal prescripción o usurpación del mar, luego, etc.

Prueba lo dicho el que aun hoy día es tan común el uso de las aguas como lo era desde el principio del mundo. Por lo que Ovidio canta así en el libro 6.° de sus Metam:

«¿Por qué me prohibís beber de estas aguas, si la natu- 34.
raleza ha hecho su uso común a todos?».

Y de nuevo en el libro 1.° de los Fastos, dice:

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

Luego ni tiene ni puede tener el humano linaje otro dere- 35.
cho sobre los mares y las aguas, que el que se refiere al uso común.

Además, de derecho natural y divino es aquel precepto, no hagas a otro lo que para ti no quieras. Luego como la navegación a nadie pueda ser perjudicial, sino al mismo que la practica, es justo que nadie pueda o deba impedir el que en una cosa libre y permitida por su naturaleza y que a él no le perjudica, ponga trabas y menoscabe la libertad de los navegantes contra el anterior precepto y contra la regla que señalan diversas leyes (1), principalmente cuanto se consideran permitidas todas aquellas cosas que no aparecen expresamente prohibidas (2).

Más aún, no sólo sería contra el derecho natural el querer impedir tal navegación bajo pretexto de prescripción,

---

(1) Tales son: la ley *libertas*, Digesto, tít. *de statu hominum;* el §. *libertas*, Instituta, *de jure personarum;* la ley 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *de homine libero exhibendo;* la ley 1.ª, §. *quae onerandae*, Digesto, *quarum rerum actio non datur* y la ley *si quando*, §. *illud* en la palabra *adstringendos*, Código, tít. de *inoffic. testamento.*

(2) Según la ley *necnon*, §. *quod eis*, Digesto, *ex quibus causis majores*, y la ley *super statuas*, Código, tít. *de religiosis.*

impedire talem navigationem praetextu praescriptionis, cum impedienti id minime prosit, & impedito noceat, sed etiam tenemur contrarium facere, hoc est prodesse iis quibus possumus, cum id sine damno nostro fieri potest, & ita edocemur a domino nostro Jesu Christo in Evangelio, dum calumniantibus Judaeis curavit die sabbati aegrotum.

Haec est illa charitas, de qua per divum Joannem Evangelistam, Epistola quarta ad finem, dum ait, mendacem esse qui dixerit, se diligere Deum, quem non videt, siquidem nec juvat nec diligit fratrem suum, hoc est proximum, quem videt, hoc est quod docemur a Jureconsulto in l. in illa stipulatione per te non fieri, ff. de verborum obligatio. ubi not. Barto. & reliqui, non sufficere abstinere a malo, nisi fiat quod bonum est, hoc eleganter disseruit Cicero, Officiorum 1. & 2. & depinxit comicus Terentius in Andria dum introduxit Cremetem senem alteri seni praediviti objurgantem, quod se ipsum summis noxiisque ac assiduis curis, & laboribus maceraret, nam illi excipienti sic, tantum inquit, otium est tibi rerum tuarum, aliena ut cures, eaque nihil quae ad te attinent, replicavit Cremes sic: «Homo sum, humani a me nihil alienum puto», non obscure significans propter illam naturalem cognationem, quam inter nos natura constituit, teste Jureconsulto in l. ut vim, ff. de justi. & jure hominem homini non auxiliari, nefas esse, praesertim cum id sine ullo incommodo suo, jactura, aut impensa fieri potest, quale est ei, qui inops consilii est, consilium praebere, comiter erranti monstrare viam, ex suo lumine alterius lumen accendere, & similia, ut plenius per Ciceronem ubi supra, & hoc est illud divinum praeceptum, quod tibi non vis, alteri non facias, ergo quanto magis tenebimur non obesse, praesertim quando nostra nihil interest.

siendo así que ésto no aprovecha a quien lo impide y perjudica a quien se impide, sino que estamos obligados a hacer lo contrario, ésto es, a ser útiles a cuantos podamos, cuando sin perjuicio nuestro podemos hacerlo y así nos lo enseña nuestro Señor Jesucristo en el Evangelio cuando en día de sábado curó a un enfermo entre las murmuraciones de los judíos.

Y éste es aquel amor a que se refiere San Juan Evangelista cuando dice al final de su carta 4.ª, ser mendaz el que dijere que profesa amor a Dios, a quien no ve, cuando ni ayuda ni ama a su hermano, ésto es, a su prójimo, a quien ve. Esto mismo es lo que nos enseña el Jurisconsulto en la ley *in illa stipulatione* (1), etc., en donde hace notar Bartolo y otros no ser suficiente abstenerse del mal, si no se hace el bien. Esto lo explanó elegantemente Cicerón en el libro 1.° y 2.°, *officiorum* y lo pintó a lo vivo el cómico Terencio cuando representó al anciano Cremes, reprochando a otro anciano más rico, el que se atormentara con tan grandes, asiduos y perjudiciales cuidados y trabajos; porque al replicarle el otro de este modo: ¿tan ocioso te dejan tus propias cosas que te preocupas de las ajenas y nada de lo que a ti se refiere? Le replicó Cremes de este modo: soy hombre y nada de lo que a los hombres se refiera lo considero ajeno. Indicando claramente que además de aquel común parentesco que entre nosotros estableció la misma naturaleza, según atestigua el Jurisconsulto (2), era una maldad el que el hombre no auxiliara a su semejante, principalmente cuando ésto pueda hacerse sin perjuicio alguno, sin quebranto ni dispendios propios, como es el aconsejar a quien de consejo está necesitado; el señalar cortésmente el camino al extraviado, el encender con la luz propia la luz de los otros, y cosas parecidas, según lo trata con toda extensión Cicerón en el lugar citado; y éste es aquel divino precepto, lo que no quieras para ti no lo hagas a otro; luego cuánto más estaremos obligados a no poner obstáculo, sobre todo cuando ningún interés nuestro está en ello comprometido.

(1) Del Digesto, tít. *de verborum obligatione.*
(2) En la ley *ut vim*, Digesto, tít. *de justitia et jure.*

36. Ex † superioribus etiam apparet suspectam esse sententiam Joannis Fabri, Angeli, Baldi, & Francisci Balbi, quos supra retulimus, existimantium loca juris gentium communia, & si acquiri non possint praescriptione, posse tamen acquiri consuetudine, quod omnino falsum est, eaque traditio caeca, & nubila est, omnique rationis lumine carens, legemque verbis non rebus imponens, contra l. 2. cum vulgatis, C. commun. de lega. in exemplis enim de mari Hispanorum, Lusitanorum, Venetorum, Genuensium & reliquorum constat consuetudine jus tale navigandi, & alios navigare prohibendi non magis acquiri, quam praescriptione, utroque enim casu ut patet par ratio est, ergo, & c. l. illud, ff. ad legem Aquiliam, & quia per jura & rationes supra relatas id esset contra naturalem aequitatem, nec ullam induceret utilitatem, sed solam laesionem, sicque ut lege expressa introduci non posset capitu. erit autem lex, quarta distinctione l. 1. & 2. ff. de legib. ita etiam nec lege tacita, qualis est consuetudo, l. de quibus, cum sequen. ff. de legib. & tempore id non justificaretur, sed potius deterius & injurius in dies fieret, capitu. fina. de praescr. & in exemplis supra relatis, de furtis & adulteriis, & similibus facinoribus supra relatis, num. 15, loca vero publica etiam praescriptione quaeruntur, ut infra dicam, contra Bald. Angel. Fabrum, Francis. Balbum.

37. Denique † ad perspicuam istorum cognitionem agendum est de iis quae in terra, quae in mari, quae in coelo reperiuntur, etenim licet jure naturali & gentium primaevo omnis terra erat omnibus gentibus communis quoad usum, & quoad proprietatem, vel dominium nullius omnino erat, tamen jure gentium secundario coepit ab illa omnium gentium communione segregari ac separari, ut exempli gratia,

Por lo arriba expuesto, aparece también ser sospechosa 36.
la opinión de Juan Faber, Angel, Baldo, Francisco Balbo, arriba citados, cuando juzgan que los lugares que por derecho de gentes son comunes, aun cuando no pueden adquirirse por prescripción, pueden, sin embargo, adquirirse en virtud de costumbre, lo que es absolutamente falso y dicha tradición es ciega, oscura y falta de toda luz de razón y que da la ley por las palabras y no por las cosas, contra lo que dispone la ley 2.ª, *cum vulgatis*, Código, *communia de legatis;* porque en los ejemplos citados del mar de los españoles, de los portugueses, de los venecianos, de los genoveses o de otros tales, consta que semejante derecho de navegación y de excluir de ella a los demás, no hay motivo para que se adquiera más por costumbre que por prescripción, puesto que en ambos casos existe la misma razón, según es manifiesto, luego, etc. (1). Además, por las leyes y razones arriba expuestas, ésto sería contra la natural equidad, ni produciría utilidad alguna, sino sólo perjuicio, y por tanto, como no podría introducirse tal derecho por ley expresa (2), así tampoco por ley tácita cual es la costumbre (3); ni con el tiempo se justificaría tal práctica, sino que de día en día sería más funesta e injuriosa, como consta por el capítulo final *de praescript.* y por los ejemplos arriba aducidos de hurtos, adulterios y otras parecidas maldades citadas antes en el número 15. En cuanto a los lugares públicos, pueden también prescribirse, como lo diré más adelante, contra Baldo, Angel, Faber y Francisco Balbo.

Finalmente, para perfecto conocimiento de esta materia, 37.
vamos a tratar de las cosas que encontramos en la tierra, en el aire, o en el mar; porque aun cuando en el derecho natural y de gentes primitivo, toda la tierra era común para todos los pueblos en cuanto al uso, y no era absolutamente de ninguno en cuanto a la propiedad o dominio, sin embargo, en el derecho de gentes secundario, comenzó a dividirse y separarse de aquel uso común a todos los

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

(2) Según el cap. *erit autem lex*, disc. 4.ª y según la ley 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *de legibus.*

(3) Según la ley *de quibus* y siguientes del Digesto, tít. *de legibus.*

Hispania esset Hispanorum, Gallia Gallorum, & sic de reliquis gentibus & regionibus, & c. d. l. ex hoc jure, cum similibus supra allegatis, & qua ratione una provincia a reliquis gentibus & provinciis potuit segregari, & distingui, eadem ratione, in una eademque provincia potuit pars quaedam a reliquis ejusdem provinciae partibus, & gentibus separari, unique, vel quibusdam applicari, argumen. de toto ad partem, l. 1. & 2. l. an pars, ff. pro derelict. l. quae de tota, ff. de rei vindicatio. l. haeredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebellian. & ut cum una provincia a reliquis separatur intra ipsum provinciae, & ejus terrae ambitum sunt flumina, quae a reliquis quoque gentibus etiam quoad communem usum separata videntur, non secus quam humus ipsa, ita quoquae cum unius provinciae pars a reliquis provinciae ipsius partibus separata, uni vel quibusdam hominibus applicatur, flumina etiam quae intra illam particulam erant, a reliquis provinciae partibus & gentibus separata videntur, non secus quam ipsamet terra, & utrumque tam terra, quam aqua fluens fit proprium illius domini, & intra illam particulam volatilia quoque nidificantia ad eundem in habitu pertinebunt, non secus quam terrestria, aut etiam aquatilia, quae in fluminibus reperientur, verum quia nimis difficilia impossibilibus annumerantur l. apud Julianum. §. constat, ibi notant Barto. Paulus Castren. Alexan. Jaso. & alii communiter, ff. de legat. 1. & ferarum appraehensio nimis (ut constat) difficilis est, sive illae sint terrestres, sive coelestes, sive aquatiles, consequens fit, ut qui est dominus illius particulae terrae & aquarum profluentium, fluminumve, adhuc tamen is ferarum quae ibi sese continent sive illae coelestes sint, sive terrestres, sive etiam squameae dominium habere non intelligatur, poterit tamen sibi soli competere jus

pueblos, de suerte que, por ejemplo, España fuera de los españoles, Francia de los franceses y lo mismo las demás regiones respecto a los pueblos que las habitaban (1), etc., y por la misma razón que una provincia pudo separarse y distinguirse de los restantes pueblos y provincias, por la misma se pudo en una misma provincia separar unas partes de las restantes partes y pueblos de dicha provincia, y aplicarse a un individuo o a varios, como se prueba por el argumento del todo a la parte (2); y así como cuando se separa una provincia de las restantes, dentro de los límites de dicha provincia o tierra, existen ríos que se consideran también separados de los restantes pueblos aun en cuanto al uso común, al igual que la misma tierra, así también cuando alguna parte de una provincia, separada de las restantes partes de la misma provincia, se adjudica a uno o a varios individuos, también se consideran separados de las restantes partes y pueblos de la misma provincia, al igual que la misma tierra, los ríos que existían dentro de aquella pequeña parte separada y ambas cosas, tanto la tierra cuanto el agua corriente, pasan a ser propiedad de aquel señor, como también le pertenecerán *in habitu*, las aves que crían dentro de aquella partecita, como también los animales terrestres y los peces que vivan en las aguas de sus ríos. Pero como las cosas en extremo difíciles se cuentan entre las imposibles, conforme a la ley *apud Julianum*, §. *constat* (3), donde así lo hacen constar Bartolo, Pablo de Castro, Alejandro, Jasón y otros, y como la aprehensión de los animales salvajes es (según nos consta) en extremo difícil, tanto si son aves como animales terrestres o de las aguas, síguese que quien es dueño de aquella porción de tierra, y de las aguas o ríos que por ella corren, no se considera, sin embargo, que tenga el dominio sobre los animales que dentro de ella moran, tanto volátiles, como terrestres o de las aguas, si bien podrá corresponderle a él solo el derecho de pescar en su río o ríos, y de cazar en sus bosques animales terrestres o aves en sus selvas, de tal modo, que a cuantos se dispon-

(1) Conforme a la ley *ex hoc jure* y a otras semejantes arriba citadas.

(2) Según las leyes 1.ª, 2.ª y *an pars*, Digesto, *pro derelicto;* según la ley *quae de tota*, Digesto, *de rei vindicatione* y la ley *haeredes mei, cum ita*, Digesto, *ad Trebellianum*.

(3) Del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º

piscandi in suo, suisve fluminibus, vel venandi in nemoribus suis, vel aucupandi in silvis suis, ita ut alios venari, aucupari, piscarive festinantes prohibere jure possit. Cum ergo jure gentium secundario admissum generaliter sit, ut haec terrarum aquarumque fluentium ab antiqua communione separatio & particularis applicatio fieri jure possit, in eo tantum quaestio erit, quibus quotve modis id fieri possit, & sane fieri poterit, primum ex populi expressa concessione, argum. cap. super quibusdam, §. praeterea, ff. de verborum signific. Idem ergo in concessione tacita l. cum quid. ff. si certum petatur, Gloss. not. in simili in l. 2. §. sed quia veremur, C. de juram. cal. l. cum ex filio, in princip. ubi multa per Jas. ff. de vulga. l. 1. ubi etiam multa per Jas. C. qui admitti. tempore quoque cujus initii memoria non sit acquiri poterit, l. 1. 2. & 3. ff. de aqua pluviae arcenda l. 1. §. ductus aquae, ff. de aqua quoti. quo casu Joannes Faber, Angelus, Franciscus Balbus & alii relati in princ. hujus cap.
38. contendunt † non tam praescriptione quam consuetudine id jus acquisitum videri, per d. l. sane si maris, ff. de injuri. & movetur etiam Baldus in rubr. ff. de rerum divi. & Franciscus Balbus de praescrip. 4. par. 5. part. princ. q. 6. quia, inquiunt, consuetudine acquiritur jus in specie nostra, quod antea nullius in bonis erat vel ad nullum pertinebat, praescriptione vero jus, quod in bonis unius erat, transfertur ad alterum, quod nihil est si recte inspexeris, nam in specie nostra qui tempore immemoriali jus quaesivit, is id reipublicae ademit, sicque quod ad rempublicam, quodque ad omnes vel etiam ad singulos de populo pertinebat, ad praescribentem vel acquirentem translatum fuit, nec enim verum est ad nullum antea pertinuisse propterea quod ad omnes pertineret, id enim non minuit sed auget, argumento

gan a hacerlo pueda en justicia prohibirles la caza de animales terrestres o volátiles, así como la pesca en sus ríos. Habiéndose, pues, admitido generalmente por derecho de gente secundario el que pueda hacerse en justicia esta separación de tierras y aguas corrientes de aquel primitivo uso común, y su adjudicación particular, sólamente nos quedará por investigar, de qué modos y de cuántos, pueda ésto hacerse. Y en verdad, podrá hacerse, en primer lugar, por expresa concesión del pueblo, como lo prueba el capítulo *super quibusdam* (1), y lo mismo por concesión tácita, según consta por numerosas leyes (2). Podrá también adquirirse por el trascurso de tiempo inmemorial (3), en cuyo caso defienden Juan Faber, Angel, Francisco Balbo y otros arriba citados, que este derecho no tanto parece adquirido por 38.
prescripción cuanto por costumbre, fundados en la ley *sane, si maris* (4), basándose también Baldo (5) y Francisco Balbo (6) en que, según dicen, por la costumbre se adquiere en esta materia de que tratamos un derecho, que no figuraba entre los bienes de nadie o que a nadie pertenecía, mientras que por la prescripción el derecho que ya pertenecía a uno es traspasado a otro. Pero si rectamente lo examinas, esta razón nada vale. Porque en esta materia quien por el trascurso de tiempo inmemorial adquirió un derecho, lo quitó a la república, y de este modo lo que antes pertenecía a la república o bien al conjunto de los ciudadanos y aun a cada uno de ellos, se traspasó al que prescribe o adquiere; ni es verdad no haber pertenecido antes a nadie, por pertenecer a la totalidad, pues lo que pertenece a ésta, se considera más propio que lo que es particular (7). Desechada, pues, la razón en que se basan, la misma definición principal es

(1) En el §. *praeterea*, Digesto, *de verbor. significatione.*

(2) Tales son: la ley *cum quid*, Digesto, *si certum petatur;* la notable glosa en la ley 2.ª, §. *sed quia veremur*, Código, *de juram. calum.*, la ley *cum ex filio* al principio, Digesto, *de vulgari*, donde lo expone copiosamente Jasón, como también en la ley 1.ª del Código, *qui admitti.*

(3) Conforme a la ley 1.ª, 2.ª y 3.ª del Digesto, *de aqua pluv. arcenda* y a la ley 1.ª, §. *ductus aquae*, Digesto, *de aqua quotidiana.*

(4) Digesto, *de injuriis.*

(5) *In rubr.*, Digesto, tít. *de rerum divis.*

(6) *De praescript.*, 4.ª parte de la 5.ª parte princip., cuest. 6.ª

(7) Según lo afirma la Novel. *res quae*, inserta en el Código, tít. *commun. de legatis.*

d. authen. res quae. C. commu. de legat. Rejecta ergo eorum ratione definitio quoque principalis suspecta est, nam tale jus praescriptione potius quam consuetudine acquisitum videri debet, nam consuetudo est lex tacita l. de quibus, cum multis legibus sequen. ff. de legib. lex autem omnibus debet esse aequalis, capitu. erit autem lex. 4. dist. l. 1. & 2. ff. de legib. sed hic cessat aequalitas, quia solius acquirentis conditio melior fit, reliquorum vero deterior, ergo, & c. Item lex debet esse utilis, sed hic esset nociva omnibus praeter acquirentem, ergo & c. ut d. c. erit autem lex. cum simil.

Praeterea ad consuetudinem inducendam longum tantum tempus desideratur, dict. l. de quibus, cum seq. ubi fuse per Bart. & Jas. & noviores, sed hic desideratur immemoriale tempus, ergo & c.

Denique quod id jus tempore acquiratur, cum in confesso sit, sciendum est ad talem acquisitionem tria concurrere oportuisse. Primum quod iste fuerit piscatus per tempus cujus initii non sit memoria. Alterum, quod per id tempus nullus alius de populo piscatus fuerit, nisi forte de concessione istius, vel clandestine. Ultimum, quod alios piscare volentes ipse sciente & patiente populo prohibuerit, nam & si ipse piscatus semper fuisset & quosdam de populo piscari volentes prohibuisset semper, sed tamen non omnes, quia alii fuerunt prohibiti ab eo, alii vero libere piscati fuerunt, id quidem non sufficeret ex mente doctorum communiter, ubi supra.

39. Hactenus quoad terram vel flumina † quid autem quoad mare? & in eo magis est, quod etiam concursus istorum non sufficeret ad acquirendum jus. Ratio differentiae inter mare ex una parte & terram vel flumina ex altera, quia illo

sospechosa, ya que dicho derecho debe considerarse adquirido más por prescripción que por costumbre. Porque la costumbre es una ley tácita (1), y la ley para todos debe ser igual (2), pero en este caso cesa la igualdad porque sólo mejora la condición del que adquiere el derecho, mientras se empeora la de los restantes, luego..., etc. Además la ley debe ser útil, pero aquí sería perjudicial a todos menos al que adquiere, luego, etc. (3).

Además, para constituir costumbre se requiere sólamente el trascurso de largo tiempo (4), pero aquí se exige tiempo inmemorial, luego..., etc.

Finalmente, reconociendo todos que este derecho se adquiere con el tiempo, se ha de tener presente que para tal adquisición han debido concurrir tres cosas: primera, que durante tiempo inmemorial este individuo hubiera pescado en tal lugar; segunda, que durante ese tiempo ningún otro del pueblo hubiera pescado sino tal vez por concesión del primero o clandestinamente, y por fin, que a cuantos hubieran querido pescar allí, él se lo hubiera prohibido con el conocimiento y tolerancia del pueblo. Porque aun cuando él hubiera pescado siempre allí, y aun cuando siempre les hubiera prohibido la pesca a algunos del pueblo que querían pescar en aquel lugar, pero no a todos, ya que a unos se lo prohibió, pero otros pescaron allí libremente, entonces no sería ésto suficiente, conforme al común sentir de los doctores arriba aducidos.

39. Hasta aquí hemos tratado de lo que se refiere a la tierra y a los ríos, ¿qué diremos con respecto al mar? Y en este punto, es más fundado que aun cuando concurran los tres requisitos dichos arriba, no serían suficientes para adquirir derecho. La razón de la diferencia entre el caso del mar por una parte, y de la tierra y ríos por otra, es la siguiente: porque en el caso del mar, lo mismo antiguamente, que hoy y siempre, ha permanecido intacto el derecho de gentes primi-

(1) Conforme consta por la ley *de quibus* y por otras muchas posteriores, Digesto, tít. *de legibus*.

(2) Conforme al cap. *erit autem lex*, dist. 4.ª y a las leyes 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *de legibus*.

(3) Conforme al cap. *erit autem lex*, con otros semejantes.

(4) Según la citada ley *de quibus* y siguientes, donde extensamente lo exponen Bartolo, Jasón y otros autores modernos.

casu, ut olim, ita & hodie & semper, tam quoad piscandum quam quoad navigandum, mansit integrum jus gentium primaevum, neque unquam fuit a communione hominum separatum, & alicui vel aliquibus applicatum, posteriore autem casu, nempe in terra vel fluminibus, aliud fuit, ut jam disseruimus. Sed quare jus gentium secundarium ut eam separationem quoad terras & flumina fecit, eandem quoad mare facere desiit? Responde, quia illo casu expediebat ita fieri, hoc autem casu non expediebat, constat enim quod si multi venentur aut piscentur in terra vel flumine, facile nemus feris, & flumen piscibus evacuatum redditur, id quod in mari non est ita. Item fluminum navigatio facile deterior fit & impeditur per aedificia, quod in mari non est, per totum, ff. ne quid in flumine pub. Item per aquae ductus facile evacuatur flumen, non ita in mari, ergo in utroque non est par
40. ratio. Nec ad rem pertinet quod supra diximus † communem esse usum aquarum, fontium etiam & fluminum, nam intelligitur quoad bibendum, & similia, quae fluminis dominium aut jus habenti vel minime vel levissime nocent, minima enim in consideratione non sunt, l. scio, ff. de minor. dixi multa libr. 1. de succ. resol. c. 7. pro nostris sententiis facit, quia
41. iniqua nullo tempore praescribuntur, † & ideo lex iniqua nullo tempore praescribitur aut justificatur, ita Balbus de praescr. 5. q. prin. in q. 11. illius 5. quaestionis prin. Gl. in c. inter caetera. 16. q. 3. Alphonsus de Castro Theologorum doctissimus de potestate legis poenalis lib. 2. c. 14.

Quae possunt quaeri privilegio, an possint acquiri consuetudine vel praescriptione, vide per Panor. & plene Felinum in c. accedentes, de praescr. Balb. de praescr. 5. q. prin. in prin. Glo. in c. catholica. 11. dist. ubi Dominicus & Praepo. Anto. in d. c. accedente, & praescriptionem posse causari

tivo, tanto en lo que se refiere a pesca como a navegación, ni jamás se separó ésto del uso común de los hombres ni se adjudicó a alguno o a varios, mientras que en el otro caso, a saber, en el de la tierra y los ríos sucedió cosa diversa, según ya lo dejamos tratado. Pero, ¿por qué el derecho de gentes secundario, así como estableció aquella separación en cuanto a tierras y ríos, dejó de establecerla en cuanto a los mares? A lo que responderás, que en el primer caso era conveniente que así se hiciera y no en el segundo. Porque es manifiesto que si muchos individuos cazan en un mismo bosque o pescan en un mismo río, fácilmente se termina con la caza del bosque o con la pesca del río, cosa que no sucede con el mar. Además, la navegación de los ríos fácilmente se dificulta o impide por medio de diversas construcciones, lo que no sucede tratándose del mar (1). Además, por medio de canales fácilmente se agota el caudal de un río, lo que no sucede con el mar; luego no existe en ambos casos idéntica razón. Ni ofrece dificultad alguna lo que arriba 40.
dijimos, que el agua de las fuentes y aun de los ríos es de uso común, porque ésto se entiende en cuanto a beber de ella o cosas parecidas, que en nada perjudican o muy poco a quien tiene el dominio o derecho sobre tal río, porque las cosas insignificantes no se tienen en consideración, conforme a la ley *scio* del Digesto, tít. *de minor.*, sobre lo que he tratado extensamente en el libro 1.° *de succes. resolutione*, capí- 41.
tulo 7.°; en apoyo de estas nuestras opiniones podemos aducir el que las cosas injustas no prescriben en tiempo alguno, y por eso una ley inicua ni prescribe ni se justifica por trascurso alguno de tiempo; así lo expone Balbo (2), y el más docto de los teólogos Alfonso de Castro (3).

---

(1) Como consta por todo el tít. *ne quid in flumine publico*.

(2) *De praescript.* en la 5.ª cuest. principal, y en la cuest. 11 de dicha cuestión 5.ª princ., lo mismo que consta por la glosa en el cap. *inter caetera*, 16, cuest. 3.ª

(3) *De potestate legis poenalis*, lib. 2.°, cap. 14.

42. a privilegio insufficienti, & posse cum eo concurrere, tradunt Bal. in l. 1. col. penul. C. de servis fugitivis, cap. cum personae, de privileg. lib. 6. ubi Joannes Andreae, & Geminia. c. veniens, cum Glo. ubi Panor. de praescrip. Balbus in 5. q. princip. post prin. Imola in repetitio. capi. fin. colum. 9. de praescrip. ubi tradunt, an contra tenorem privilegii possit privilegiatus praescribere, & an videatur renuntiare praescriptioni per impetrationem privilegii.

43. Et † actioni nondum ortae, sed quae speratur competere an praescribi possit, praesertim contra eum, qui poterat efficere, ut ipsa oriretur, tradit Balbus ubi supra 5. q. princip. in versic. 3. quaero, Bal. consi. 292. super eo, lib. 3. Gloss. in l. empti. C. de evictio. Anch. in c. sine possessione, de reg. juris.

44. Et † quae sunt impraescriptibilia ex legis dispositione, ut via publica, homo liber, res sacra, nec per annos mille praescribentur, Bal. in fi. & ibi Ang. in leg. omnes, C. de praescrip. triginta annorum, Joannes de Platea in l. si quis decurio, 3. C. de decur. lib. 10, Gloss. in l. 2. C. de ingenui. manumis. Gloss. in l. fin. C. de praescrip. longi tempor. quae pro lib. Felinus in rubric. de praescription. Idem Felinus in cap. accedentes, colum. 4. eodem titu. Balbus ubi supra par. 5. quaestion. 9. contra Panormi. consil. 26. lib. 2. Et legem injustam nullo tempore posse praescribi, tenet Balb. ubi supra, quaestio. 11. per capitu. erit autem lex. 4. distinctio, post Gloss. in capitu. inter caetera, 16. quaestio. 3. & Balbus ubi supra, quaestione 14. ait incolatum seu domicilium decennio praescribi, vel acquiri, & privilegia civilitatis, Bald. in rubric. de praescription. ad fin. l. 2, & ibi Gloss. & Bartol. C. de incolis libro 10.

Las cosas que pueden adquirirse por privilegio, ¿pueden adquirirse por costumbre o por prescripción? Puedes ver esta cuestión expuesta por el Panormitano y extensamente por Felino (1) y Balbo (2); que la prescripción pueda ser producida por un privilegio insuficiente, y que pueda concurrir con éste, lo enseñan Baldo, en la ley 1.ª, columna penúltima, Código, *de servis fugitivis*, y en el capítulo *cum personae, de privilegiis*, libro 6.°, donde expone lo mismo Juan Andrés, Geminiano (3), Balbo en la 5.ª cuestión principal, Imola en la repetición del capítulo final, columna 9.ª, *de praescript.*, donde tratan sobre si la persona privilegiada puede conseguir la prescripción contra el tenor del privilegio y sobre si se considera renunciar a la prescripción por la adquisición del privilegio. 42.

¿Una acción no entablada aún, pero que se espera se entable, puede prescribirse principalmente contra aquel que podía hacer el que tal acción tuviera comienzo? Tratan esta cuestión Balbo (4), Baldo (5) y Ancarano (6). 43.

En cuanto a las cosas que son imprescriptibles por disposición de la ley, como la vía pública, los hombres libres, las cosas sagradas, no se prescribirán ni por el trascurso de mil años, así lo enseñan Baldo (7), Juan de Platea (8), Felino (9) y Balbo (10). Que una ley injusta no pueda prescribirse en tiempo alguno, lo defiende Baldo (11), y este mismo 44.

---

(1) En el cap. *accedente, de praescript.*

(2) *De praescript.* en la introducción de la cuest. 5.ª principal, donde exponen esta cuestión Domingo y el Prepos. Antonio en el cap. *accedente.*

(3) En el cap. *veniens*, con la glosa, donde el Panormitano expone lo mismo *de praescript.*

(4) *Ubi supra*, 5.ª cuest. princ., vers. 5, *quaero.*

(5) Dictamen 292, *super eo*, lib. 5.°, y la glosa en la ley *empti*, Código, *de evictione.*

(6) En el cap. *sine possessione, de reg. juris.*

(7) En la ley *omnes* al final, Código, *de praescript. 30 annorum*, donde expone lo mismo Angel.

(8) Comentando la ley *si quis decurio*, 5, Código, *de decurion.* lib. 10; lo mismo consta por la glosa en la ley 2.ª, Código, *de ingenui. manum.*, por la glos. en la ley final del Código, *de praescript. long. temporis quae pro lib.*

(9) *In rubr. de praescript.* y en el cap. *accedentes*, col. 4.ª del mismo título.

(10) *Ubi supra*, part. 5.ª, cuest. 9, contra el Panormitano en el dict. 26, lib. 2.°

(11) *Ubi supra*, cuest. 11, fundado en el cap. *erit autem lex*, 4.ª dist. y siguiendo el sentir de la glosa en el cap. *inter caetera.* 16, cuest. 5.ª

45. Denique † praescriptionum materia locum non habet in sequentibus casibus. Primus quando res ageretur inter duos populos liberos, vel inter plures.

Secundus quando ageretur inter principes non recognoscentes superiorem.

Tertius quando ageretur inter extraneos respectu jurisdictionis, etiamsi illi essent privati homines, & consequenter idem est respectu ambasciatorum seu legatorum, & reliquorum peregrinorum, ut plene disseruimus supra part. 1. istius praescriptionum tractatus in 1. capitu. illius part. 1.

46. Praeterea † actionum personalium praescriptio active (hoc est quoad inducendam obligationem personalem) etiam hodie locum non habet, ut edocemur supra par. 1. in quaest. 10. illius partis. 1.

Et alios casus, in quibus cessat praescriptio, colliges supra par. 2. in cap. incip. quoad materiam praescriptionum, & Balbus enumerat quamplures in 6. par. prin. ad fin. in tract. de praescr.

47. Alios † quamplures casus, in quibus cessat praescriptio, enumeravimus, & tradidimus variis in locis in tract. de succ. crea. quos casus, ut ex integro repetere non expedit, cum ibi inveniri possint, ita eos summatim refere oportuit, estque utile referendo ea loca, quibus plenius peraguntur, quae sunt sequentia.

Praescriptio triginta annorum jure, ff. incognita, cum communi §. 21. num. 234. in tractat. de succes. creatio.

Praescriptio an impediatur alienatione vetita, §. 26. num. 127.

Praescriptio longi temporis non rescinditur per restitutionem, contra communen, §. 26. num. 132.

autor dice (1), que la habitación o domicilio se prescribe o adquiere en diez años, como también los privilegios de ciudadanía; lo mismo enseñan Baldo (2) y Bartolo (3).

Finalmente, no existe materia de prescripción en los siguientes casos: primero, cuando el asunto se ventila entre dos o más pueblos independientes entre sí. 45.

Segundo, cuando se ventilara entre dos príncipes no sometidos a otro superior.

Tercero, cuando el asunto se tratara entre personas sometidas a diversa jurisdicción, aun cuando fueran personas particulares; y por consiguiente ésto mismo decimos respecto a los embajadores, o legados, y a los demás extranjeros, según extensamente lo hemos expuesto anteriormente (4).

Además, la prescripción de acciones personales, activamente considerada (ésto es, en cuanto causa una obligación personal) ni aun hoy día tiene lugar, conforme lo sabemos por lo arriba expuesto (5). 46.

Otros casos, en los que cesa la prescripción, los hallarás arriba en la 2.ª parte, en el capítulo que empieza «en cuanto a la materia de las prescripciones, etc.», y Balbo enumera también otros muchos en el tratado sobre las prescripciones (6).

Otros numerosos casos en los que no tiene lugar la prescripción los hemos enumerado y expuesto en diversos lugares, en el tratado *de successionum creatione;* casos que si bien no juzgo oportuno repetirlos aquí íntegramente, ya que pueden hallarse en dichos lugares, con todo considero conveniente y de utilidad su enumeración, citando los lugares en los que se tratan con mayor extensión y que son los siguientes: 47.

La prescripción de treinta años era desconocida en el derecho antiguo romano, con la común opinión. Vid. §. 21, núm. 234, del tratado *De succes. creat.*

¿Se impide la prescripción de una cosa cuando está prohibida su enajenación? Vid. §. 26, núm. 127.

---

(1) *Ubi supra*, cuest. 14.ª

(2) *In rubr. de praescript.*, al final.

(3) En la ley 2.ª del Código, tít. *de incolis*, lib. 10, donde consta lo mismo por la glosa.

(4) En el presente tratado sobre las prescripciones, en el cap. 1.º de la 1.ª parte.

(5) En la 1.ª parte, cuestión 10.ª

(6) Al final de la 6.ª parte principal de dicho tratado.

Praescriptio immemorialis an detur inter dominum, & vasallum, §. 22. num. 24.

Praescribi an possit jus facultatis, §. 22. num. 26.

Praescriptio immemorialis non procedit, ubi non est possessio, vel quasi, §. 22. num. 25.

Praescribi an possint alienari vetita, §. 26. num. 112.

Praescrip. nunquam rescindi restitutione, contra communem, §. 26. num. 111.

Praescriptio impeditur, quando jurisdictio aliqua in parte exercetur, §. 26. num. 123.

Praescrip. mala fide non contingit, etiam in actionibus, cum communi contra alteram communem, §. 21. num. 119.

Praesc. favorabilis non facilius pacto impeditur, quam odiosa, cum Alcia. contra Feli. & alios §. 10. num. 19.

Praescriptio juris personalis refert, fundetur in negligentia non petentis, an vero in praesumptione solutionis, nova decla. contra Fel. Roma. Gratum, & alios, §. 10. num. 19.

Praescriptio virtualiter impeditur, si convenitur, ut ea impleta iterum actio renasceretur, cum communi, §. 10. num. 23.

Praescriptio cum peccato non inchoatur cum communi, §. 10. num. 33.

Praescriptio pacto potest renuntiari ex permissione legis, vel statuti, cum communi. §. 10. num. 21.

Praescriptio non impeditur per pactum, de non praescribendo, etiam ante inchoatam praescriptionem, contra Fel. §. 10. num. 14.

Praescriptio 30. ann. procedit etiam de jure canoni. in casibus, cum communi, §. 10. num. 150.

Praescribi non potest personalis actio cum mala fide, cum communi contra Bar. & sequaces, §. 10. num. 14.

No se rescinde la prescripción de largo tiempo por medio de la restitución, contra la opinión común. Vid. §. 26, núm. 132.

¿Se da la prescripción inmemorial entre señor y vasallo? Vid. §. 22, núm. 24.

¿Puede prescribirse el derecho de facultad? Vid. §. 22, núm. 26.

Cuando no existe posesión o cuasi-posesión no tiene lugar la prescripción. Vid. §. 22, núm. 25.

¿Pueden prescribirse las cosas cuya enajenación está prohibida? Vid. §. 26, núm. 112.

La prescripción de una cosa no se rescinde jamás por la restitución, contra la opinión común. Vid. §. 26, núm. 111.

Se impide la prescripción de una cosa cuando se ejerce jurisdicción en alguna parte. Vid. §. 26, núm. 123.

La prescripción no tiene lugar con mala fe, aun tratándose de acciones; con la común opinión contra la opinión defendida también por numerosos autores. Vid. §. 25, núm. 119.

El pacto no impide con mayor facilidad la prescripción favorable que la odiosa, con Alciato contra Felino y otros. Vid. §. 10, núm. 19.

Se ha de tener en cuenta si la prescripción de un derecho personal se funda en la negligencia de quien no reclama, o más bien en la presunción de pago ya realizado; nueva exposición, contra Felino, Romano, Croto y otros. Vid. §. 10, núm. 19.

La prescripción queda virtualmente impedida, si se conviene en que una vez terminada renazca la acción de nuevo, con la común opinión. Vid. §. 10, núm. 23.

No puede dar comienzo la prescripción si interviene pecado, con la opinión común. Vid. §. 10, núm. 33.

Por permisión de la ley o estatuto puede renunciarse mediante pacto a la prescripción, con la común opinión. Vid. §. 10, núm. 25.

No se impide la prescripción mediante pacto sobre no prescribir, aun celebrado antes de empezada la prescripción, contra Felino. Vid. §. 10, núm. 14.

La prescripción de treinta años tiene lugar, aun conforme al derecho canónico en ciertos casos, con la opinión común. Vid. §. 10, núm. 150.

Con mala fe no puede prescribirse una acción personal,

Praescriptio per pactum prorogari non potest, cum Croto contra communem, §. 10. num. 24.

Praescriptio jure fforum incognita, cum communi §. 10. num. 16.

Praescriptio etiam sumens originem ab ipso contractu renuntiari non potest, contra Bald. Feli. Ripam. §. 10. num. 18.

Praescriptio contingit cum bona fide orta etiam ex injusta causa, cum communi. §. 10. num. 13.

Praescriptio actionum, & servitutum non fit cum mala fide de jure canonico, cun communi contra Bar. §. 10. num. 12.

Praescripta actione personali, debitor est tutus in foro contentioso, cum Felino, & aliis contra Covar. §. 10. núm. 35.

Praescribitur, vel finitur. 30. annis jus offerendi, cum communi. §. 10. num. 17.

Praescriptioni etiam in merum favorem praescribentis inductae renuntiari non potest, contra commu. §. 10. num 16.

Praescriptionem an testator vetare possit, nova declaratio. §. 10. num. 38.

Praescriptio cum mala fide non procedit, etiam in actionibus temporalibus, contra commu. §. 10. num. 36.

Praescriptio coepta contra privatum, cui successit Ecclesia, non variatur. §. 10. num. 41.

Praescriptio longi temporis non impeditur per pactum de non praescribendo, contra Feli. Bar. & Ripam. §. 10. num. 11.

Praescriptio non impetitur per pactum etiam juratum, cum quibusdam contra communem. §. 10. num. 9.

Praescriptio praeterita pacto renuntiari potest, cum Feli. & aliis, quod fallit in rebus corporeis. §. 10. num. 10.

Praescriptio non potest per pactum impediri, cum communi contra quamplures. §. 10, num. 6.

con la opinión común contra Bartolo y sus seguidores. Vid. §. 10, núm. 14.

No puede prorrogarse la prescripción en virtud de pacto, con Croto contra la común opinión. Vid. §. 10, núm. 24.

La prescripción era desconocida en el primitivo derecho romano, con la opinión común. Vid. §. 10, núm. 16.

No puede renunciarse a la prescripción, ni aun a la que tiene su origen en el contrato mismo, contra Baldo y Felipe Ripa. Vid. §. 10, núm. 18.

La prescripción tiene lugar con buena fe, aun cuando ésta proceda de causa injusta, con la opinión común. Vid. §. 10, núm. 13.

Atendido el derecho canónico no tiene lugar la prescripción de acciones y servidumbres con mala fe; con la opinión común contra Bartolo. Vid. §. 10, núm. 12.

Una vez prescrita la acción personal, el deudor está seguro en el foro contencioso, con Felino y otros autores contra Covarrubias. Vid. §. 10, núm. 35.

En treinta años se prescribe o termina el derecho *offerendi*, con la opinión común. Vid. §. 10, núm. 17.

No puede renunciarse a la prescripción aun establecida en mero favor de quien prescribe, contra la opinión común. Vid. §. 10, núm. 16.

¿Puede el testador prohibir la prescripción? Nueva exposición. Vid. §. 10, núm. 38.

Con mala fe no tiene lugar la prescripción aun tratándose de acciones temporales, contra la opinión común. Vid. §. 10, núm. 36.

La prescripción empezada contra un particular a quien heredó la iglesia, no varia. Vid. §. 10, núm. 41.

La prescripción de largo tiempo no se impide en virtud de pacto sobre que no tenga lugar la prescripción, contra Felino, Bartolo y Ripa. Vid., §. 10, núm. 11.

La prescripción no se impide ni aun en virtud de pacto jurado, con algunos autores contra la opinión común. Vid. §. 10, núm. 9.

La prescripción anterior al pacto puede renunciarse en virtud de éste, con Felino y otros autores, pero se exceptúa cuando se trata de cosas materiales. Vid. §. 10, núm. 10.

No puede impedirse la prescripción por medio de pacto, con la común opinión contra numerosos autores. Vid. §. 10, núm. 6.

SEXTA ET VLTIMA PARS

QVAE AD RESOLVTIONEM SEV RESCISSIONEM PRAESCRIPTIONVM VERGIT

48.  RAESCRIPTIO † semel completa ex multorum sententiis rescinditur malae fidei adventu, post finitam seu expletam praescriptionem contingente, quam rem vehementer controversam peregimus supra c. 74. dic ut ibi.

49. Secundus casus † quo ex multorum sententiis rescinditur usucapio, est per restitutionis interventum, quae conceditur ei contra quem absentem, aut ignorantem, aut absentem simul & ignorantem, praescriptio contigerat, juxta l. fi. C. de temp. longi praescr. quam rem a nostris inter sese dissidentibus vehementer controversam similiter disseruimus supra c. 75. dicito ut ibi.

50. Tertius casus est † ratione pacti, quod efficit ut praescriptio semel completa infirmetur, ita tenent Ang. in l. 1. C. ne rei domi. vel temp. Dyn. & Jo. Imolen. in l. nemo potest, ff. de legat. 1. Andr. Alciat. in rub. de praescr. num. 58. Joan. And. ad Spec. in rub. de praescript. col. 2. & haec opinio erat communis ante tempora Bar. secundum Alciatum, ubi supra, Bart. & Bal. in l. 1. ff. de usucap. estque communis opi. secundum Bald. in d. l. nemo potest, ubi eam tenet etiam Florianus, & Bal. in l. 1. C. de senten. quae pro eo quod interest, col. 4. Anto. Butr. in c. cum non liceat, de

SEXTA Y ÚLTIMA PARTE

QUE TRATA DE LA CESACIÓN O RESCISIÓN DE LAS PRESCRIPCIONES

48. Una vez completa la prescripción puede rescindirse, según la opinión de muchos autores, al sobrevenir mala fe después de terminada o realizada por completo la prescripción; cuestión muy debatida que dejamos ya tratada a fondo en el capítulo 74. Contestarás según lo allí expuesto.

49. El segundo caso en que, según el sentir de muchos, se rescinde la prescripción, es cuando interviene restitución que se concede a aquel contra quien había tenido lugar la prescripción estando él ausente o ignorándolo, o bien estando ausente y a la vez ignorante de ello, conforme a la ley final del Código *de longi temporis praescriptione;* materia que ardorosamente debatida entre nuestros autores, divididos en este punto, la dejamos ya expuesta arriba en el capítulo 75. Sostendrás lo allí resuelto.

50. El tercer caso es en razón de pacto, que hace que la prescripción, una vez completa, se invalide; así lo defienden Angel (1), Dino, Imola (2), Andrés Alciato (3), Juan Andrés (4); opinión que era común entre los autores antes del tiempo de Bartolo, según lo afirma Alciato (5), llamándola opinión común Baldo (6) y Antonio Butrigario (7); pero debes tener presente que todos estos doctores no dicen que una vez completa ya la prescripción se invalide por el pacto,

(1) Comentando la ley 1.ª del Código, tít. *ne rei dominicae vel templor.*

(2) En la ley *nemo potest.*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.º; donde expone lo mismo Dino.

(3) *In rubr. de praescript.*, núm. 38.

(4) *Ad Speculatorem, in rubr. de praescript.*, col. 2.ª

(5) *Ubi supra.*

(6) Al comentar la ley *nemo potest*, donde también la defiende Floriano; Baldo expone lo mismo en la ley 1.ª, Digesto, *de usucapione* y en la ley 1.ª del Código, tít. *de sentent. quae pro eo quod interest*, colum. 4.ª

(7) En el cap. *cum non liceat. de praescript.*

praescr. sed adverte quod omnes hi patres minime dicunt praescriptionem impletam pacto infirmari, sed tantum impediri antequam inchoetur.

Contrariam partem quae hodie receptior est, secundum Andr. Alcia. ubi supra, tenent Bart. col. pe. in d. l. nemo potest, quam & sequuntur & receptiorem appellant Francis. de Rip. num. 104. ibi, & Andr. Alcia. ubi supra, Raphael Cuma. Areti. & Alex. num. 25. & Joan. Crotus, num. 45. in d. l. nemo potest, sequitur & affirmat esse receptiorem sententiam Joan. Annibal in d. l. nemo potest, num. 685. & est communis opi. secundum Praepositum, qui eam sequitur in c. 1. §. praeterea, de cap. Cor. tenet Franc. Balb. de praescrip. in 5. par. 5. part. prin. q. 6. qui alios allegat, Bal. in l. si postquam, ff. de fidejus. Panor. in rub. de praescr. col. fi. Ludovicus Roma. in rubr. ff. de arbi. col. 20. &. Idem Roma. consi. 201. pro decis. praesentis, quem refert & sequitur Jas. hanc partem secutus in d. l. nemo potest, nu. 111. lect. 2. & idem Jas. ibi num. 80. in lect. 1. sed adverte quod hi doctores nihil aliud dicunt, nisi quod pacto impediri non potest praescriptio.

Quid dicendum? & praemitte longam esse differentiam utrum agatur de praescriptione jurium realium, an vero de praescriptione jurium personalium, priore enim casu ob bonum publicum fuerunt introductae usucapiones l. 1. ff. de usucap. posteriore autem casu non ita, sed magis, vel saltem potissimum, propter utilitatem privatam † ideo tunc jurium personalium praescriptio videbatur posse renuntiari, arg. l. si quod nolit. §. pe. ff. de aedil. edit.

51. Sed cur magis ob bonum publicum videtur inducta jurium realium praescriptio, quam jurium personalium?

sino sólamente que por el pacto se impide el que empiece a correr la prescripción.

La opinión contraria que, al decir de Andrés Alciato (1), es mucho más seguida, la defiende Bartolo (2), siguiéndola también y teniéndola por más admitida Francisco de Ripa, núm. 104, Andrés Alciato (3), Rafael Cumano, el Aretino, Alejandro, núm. 25, y Juan Croto, núm. 45, sobre la ley *nemo potest;* también la defiende y como más seguida Juan Aníbal (4), y el Prepósito que la llama opinión común (5), Francisco Balbo (6), quien cita a otros autores, el Panormitano (7), Luis Romano (8), a quien cita, y sigue Jasón, partidario también de esta opinión (9), pero debes advertir que todos estos doctores no dicen otra cosa sino que la prescripción no puede impedirse en virtud de un pacto.

¿Qué solución daremos? Digamos de antemano existir marcada diferencia, según se trate, de la prescripción de derechos reales, o bien de la prescripción de derechos personales. Porque en el primer caso las usucapiones se instituyeron por el bien público (10), cosa que no sucede en el segundo, en que más bien, o al menos principalmente se establecieron por utilidad particular, por eso se juzgaba entonces poder renunciarse a la prescripción de derechos personales (11).

Pero, ¿por qué razón la prescripción de derechos reales 51.

(1) *Ubi supra.*

(2) En la ley *nemo potest.*, col. penúlt.

(3) *Ubi supra.*

(4) En la misma ley *nemo potest.*, núm. 685.

(5) En el cap. 1.°, §, *praeterea, de cap. Cor.*

(6) *De praescriptione,* en la 5.ª parte de la 5.ª part. principal, cuest. 6.ª

(7) *In rubr. de praescript.*, colum. final.

(8) *In rubr.* del Digesto, *de arbitr.*, colum. 20 y en el dictamen 221 *pro decis. praesentis.*

(9) En la citada ley *nemo potest.*, núm. 111, lect. 2.ª y en el núm. 80 en la 1.ª lect.

(10) Conforme a la ley 1.ª del Digesto, tít. *de usucapione.*

(11) Como lo prueba la ley *si quod nolit.*, §. penúlt., Digesto, *de aedilic. edicto.*

respondeo ea ratione, quod possessioni naturali & apparenti magis favendum erat, quam ubi vel nulla possessio omnino erat, vel erat improprissima & latens, sicque si contra me habebam aliquam actionem praesertim dativam, & brevissime vitae, mirum non est, si conveniri possit, ut ejus vita brevietur, vel prorogetur ut d. l. quod si nolit, §. pen. non sic in removendo tempore rebus corporalibus praescribendis definito, quia ex rebus corporalibus nascuntur fructus ex quibus sustinetur vita hominum sicque ut earum rerum dominia non sint in incerto longe magis interest reipublicae,

52. quam respectu dictarum actionum personalium, † & sic usucapionem rerum corporalium ob bonum publicum etiam principaliter introductam esse tenendum est per d. l. 1. ff. de usucapio. si non violetur, ut est ex mente omnium eorum, quos supra retulimus tenere hanc opinionem negativam, ut nequeat pacto renuntiari praescriptioni, licet contrarium teneant ii qui partem contrariam tuentur, & potissimum Franciscus Balbus, ubi supra, post Angelum, Imolam, & Alexan. col. pen. in d. l. nemo potest, id quod nos tenuimus (sed minus recte) in §. 10. num. 6. versi. pro priore, in tracta. de succes. crea. & ad confirmationem istius differentiae, quam inter praescriptionem rerum corporalium, & actionum personalium constituimus, conducunt quae non minus utiliter quam nove disseruimus supra par. 2. q. 1. cum seq.

53. His praemissis † finge me redemisse servum ab hostibus, quem tibi hac lege donavi, ne eum posses praescribere, certe post tempus ad talis rei praescriptionem a lege definitum, tali pacto minime obstante, juxta superiorem conclusionem eum te praescripsisse credo. Addo optimum tex. hanc

se considera instituida por el bien público más que la prescripción de derechos personales? A lo que respondemos que por esta razón, porque había que apoyar más a la posesión natural y manifiesta, que a la que era nula en absoluto o bien sumamente impropia y oculta; por lo que si existía contra mí una acción, principalmente dativa y de brevísima vida, nada tiene de extraño si podía por medio de un convenio abreviarse o prolongarse su duración (1), lo que no podía hacerse para remover el plazo señalado para la prescripción de las cosas corporales, porque de éstas proceden los frutos con los que se sustenta la vida de los hombres, y por consiguiente importa mucho más a la república el que la propiedad de dichas cosas no sea incierta, que no lo que se refiere a dichas acciones personales; por lo que hemos de sostener que la usucapión de las cosas materiales se introdujo también principalmente por el bien público, conforme lo prueba la ley 1.ª del Digesto, *de usucapione*, si no se interpreta mal; lo que es conforme a la mente de todos aquellos que citamos arriba como defensores de esta opinión negativa, de que por un pacto no puede renunciarse a la prescripción, aun cuando afirmen lo contrario los defensores de la opuesta opinión, principalmente Francisco Balbo (2), siguiendo el sentir de Angel, Imola y Alejandro (3), lo que nosotros hemos defendido también (aunque no acertadamente (4). Y para confirmar la diferencia que entre la prescripción de las cosas corporales y de las acciones personales hemos señalado, conduce también la doctrina que con no menor utilidad que novedad, dejamos expuesta arriba en la 1.ª parte, cuestión 1.ª y siguientes.

53. Expuesta la anterior doctrina, supongamos ahora que yo hubiera redimido un siervo de manos enemigas, del que te hice donación bajo este pacto, que no pudieras conseguir la prescripción sobre él; ciertamente, trascurrido el tiempo fijado por la ley para esta clase de prescripción, creo que sin que sea el menor obstáculo dicho pacto has conseguido su prescripción conforme a la conclusión anterior. Añado

(1) Conforme a la ley *quod si nolit*, §. penúlt.
(2) *Ubi supra*.
(3) En la colum. penúlt. sobre la dicha ley *nemo potest*.
(4) En el tratado *de sucess. creatione*, §. 10, núm. 6, vers. *pro priore*.

ad rem a nemine unquam allegatum in l. si id quod, ff. pro derelict. ubi uxor marito rem donavit alienam, quam maritus accepit cum uxoris esse putaret, sicque nec possidebat cogitatione dominii, nec putabat se posse praescribere, quia ille titulus, utpote a lege improbatus, pro non titulo habebatur, l. 2. C. pro empto. l. 1. C. de bon. mater l. 2. §. si a pupillo, ff. pro empt. adhuc tamen is maritus eam rem praescripsit, quia ut praescriptio contingat, sufficit possessionem vitio carere, prout ibi contigerat, quae ut vitio careat, sufficit possessorem putare, sese domini ex voluntate possidere, ut ibi, dum ait, quasi volente, & concedente domina. Sic & in proposito ego sciebam, te habere dominium istius servi revocabiliter eo ipso quaesitum quod eum ab hostibus redemisti. l. in bello, §. si quis servum, ff. de capt. sicque legitime eum te donante possidebam, sciebamque me eum posse praescribere (si nullum pactum interpositum fuisset) post transactum tempus, quod priori domino lex ad eum servum redimendum concedebat, juxta. d. §. si quis servum, certe non obstante pacto eum praescribam, quia tale pactum non constituit me in mala fide, ut d. l. si id quod, licet contrarium & male tenuerit Ripa in l. nemo potest, ff. de leg. 1. num. 105. quem improbavimus de succes. cre. §. 10. num. 12. vide. supra, 71. c.

54. Cum † ergo dominium irrevocabile illius servi praescriptione illa quaesierim, in eo duntaxat quaestio manebit, an qui mihi eum donavit ad interesse vel forte ad ipsius servi dominium restituendum ex vi pacti agere contra me possit, prout dominium semel quaesitum in mille juris speciebus restitutioni subjectum esse apparet in l. videamus. 2. ff. de usuris, & quidem contra me agere non poterit, si ejus non

para confirmación de ésto un texto excelente que nadie ha aducido jamás en esta cuestión y es el texto de la ley *si id quod*, Digesto, *pro derelicto*, donde vemos que una esposa hizo donación a su marido de una cosa que era ajena, y que el marido recibió juzgando ser de su esposa, con lo que ni la poseía con idea de propiedad, ni juzgaba serle posible la prescripción, puesto que aquel título, como reprobado por la ley, se consideraba como título nulo (1), y sin embargo dicho marido consiguió la prescripción de aquella cosa, porque para que tenga lugar la prescripción es suficiente la posesión exenta de vicio, como sucedía en dicho caso, ya que para que la posesión carezca de vicio es suficiente que el poseedor creyera que tenía la posesión con el consentimiento del dueño, como en el caso de dicha ley donde dice, «como queriéndolo y concediéndolo la dueña». Del mismo modo, pues, en nuestro caso, sabía yo que tenías sobre dicho siervo dominio revocable, adquirido por el hecho de haberle redimido de manos del enemigo (2), y por consiguiente, al hacerme donación de él, le poseía legítimamente, y sabía además que podía conseguir su prescripción (de no haberse interpuesto pacto alguno) una vez trascurrido el tiempo que la ley concedía al anterior dueño para redimir tal siervo (3). Pues bien; sin que sea obstáculo dicho pacto conseguiré la prescripción del siervo, porque el pacto no me constituye en mala fe (4), aun cuando Ripa haya defendido lo contrario poco acertadamente (5), habiéndole ya refutado en la obra *de succes. creatione* (6). Puedes también leer lo dicho en el capítulo 71.

Habiendo, pues, adquirido por medio de aquella pres- 54.
cripción dominio irrevocable sobre tal siervo, sólo quedará por investigar esta cuestión, si quien me hizo aquella donación podrá en virtud del pacto entablar acción contra mí sobre la restitución del valor del siervo o tal vez sobre la misma propiedad del siervo, como vemos que en numerosos

(1) Conforme a la ley 2.ª, Código, *pro emptore;* a la ley 1.ª, Código, *de bon. maternis* y a la ley 2.ª, §. *si a pupillo*, Digesto, *pro emptore*.
(2) Según la ley *in bello*, §. *si quis servum*, Digesto, *de captivis*.
(3) Conforme al citado §. *si quis servum*.
(4) Conforme a la ley *si id quod*, citada.
(5) En la ley *nemo potest*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.º, núm. 105.
(6) En el §. 10, núm. 12.

intersit l. ex conventione. C. de pact. l. 1. sine censu vel reliquis l. stipulatio ista, §. alteri, & §. si stipuler, & utrobique per Bart. Alexan. & Jas. ff. de verbo. obliga. sin autem ejus intersit, agere poterit, unde si eidem donatori verus dominus eum servum (hoc est facultatem & jus ejus redimendi) donasset, legasset, aut alias concesisset, jam ejus interesse inciperet, & sic agere posset, ut dd. ll. sicque illa usucapio forte rescinderetur, quod obtinet, si ea donatio vel legatum fieret ante perfectam servi praescriptionem.

55. Quartus casus in quo rescinditur usucapio est, quando post eam completam tali praescriptioni renuntiatum fuit, ita tradunt communiter Doctores ut per Franc. Balbum de praescript. in 5. par. 5. partis prin. q. 6. Felin. in rub. de praescrip. num. 10. Franciscus de Ripa in d. l. nemo potest, ff. de lega. 1. num. 106. per l. si postquam, ff. de fidejusso. quae conclusio & si in praescriptione actionum forte vera sit, non sic in praescriptione rerum corporalium, ut diximus de succ. crea. §. 10. num. 10.

Quintus casus, est quando renuntiatio fit juramento, ut per Balbum ubi supra, num. 3. quod impugnavi in d. §. 10. num. 9.

56. Sextus casus est, † quando convenit ut si actionem, quam contra te habebam, praescriberes, iterum eadem quantitas vel res deberi inciperet ita Bar. in d. l. nemo potest, col. pen. per l. sicut in annos, ff. quib. mod. ususfr. ami. sicque impleta semel praescriptio virtualiter & in effectu rescinditur, per modum alterius obligationis renascentis, sequitur Balb. ubi supra, num. 3. Angelus in princ. insti. de usucap. col. 4. de quo per Felinum in d. rubr. de praescr. col. pen. dixi in d. §. 10. num. 23.

casos jurídicos está el dominio, una vez adquirido, sujeto a restitución (1). Desde luego no podría proceder contra mí, en el caso de no irle en ello interés propio (2). Pero si en ello va su propio interés podrá entablar acción. Por lo que si el verdadero dueño hubiera hecho donación a este nuevo donante de aquel siervo (ésto es, de la facultad y derecho de redimirle), y lo mismo si se lo hubiera legado o concedido de otro modo cualquiera, ya empezaría a existir interés propio, y, por lo tanto, podría presentar acción (3), con lo que aquella usucapión se rescindiría tal vez; desde luego así sucedería si la donación o el legado se lo hubieran hecho antes que la prescripción se terminase.

55. El cuarto caso en el que se rescinde la usucapión es, aquel en que después de estar ya completa la prescripción se renunció a ella, así lo enseñan comúnmente los doctores al decir de Francisco Balbo (4); así lo exponen Felino (5) y Francisco de Ripa (6). Pero esta conclusión, aun cuando tal vez sea verdadera tratándose de la prescripción de acciones, pero no en la prescripción de cosas corporales, según lo hemos expuesto en la obra *de succes. creat.*, §. 10, número 10.

Quinto caso, cuando se renuncia a la prescripción con juramento, según lo expone Balbo (7); lo que he refutado ya en el §. 10, núm. 9, *de suc. creat.*

56. Sexto caso, cuando se convino de que si prescribías la acción que contra ti tenía, empezaras de nuevo a deberme la misma cantidad o cosa, así opina Bartolo (8); de este modo, una vez terminada la prescripción, queda virtualmente y en cuanto al efecto rescindida, en virtud de la nueva

(1) Según la ley *videamus*, 2, Digesto, *de usuris*.

(2) Conforme a la ley *ex conventione*, Código, *de pactis;* a la ley 1.ª del Código, tít. *sive censu vel reliquis;* a la ley *stipulatio ista*, §. *alteri y* §. *si stipuler*, Digesto, *de verborum obligat*, lugares ambos que exponen en este sentido Bartolo, Alejandro y Jasón.

(3) Conforme a dichas leyes.

(4) *De praescript.* en la 5.ª parte de la 5.ª part. principal.

(5) *In rubr. de praescript.*, núm. 10.

(6) En la ley *nemo potest*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.º, núm. 106, fundado en la ley *si postquam*, Digesto, tít. *de fidejus.*

(7) *Ubi supra*, núm. 5.

(8) En la citada ley *nemo potest*, colum. penúlt., basado en la ley *sicut in annos*, Digesto, tít. *quibus modis usufr. amittatur.*

57. Septimus casus est, † quando per legem liceret pacisci super praescriptionibus breviandis, prorrogandis, vel perimendis, tunc enim post impletam praescriptionem posset agi ut rescinderetur inter partes, ita in simili tenet Franciscus Ripa, num. 107. in d. l. nemo potest, confirma quia praescriptiones sunt meri juris positivi, ut plene diximus supra par. 1. q. 2. ergo per jus positivum poterit eis addi, detrahi vel commutari l. nihil tam naturale, ff. de reg. jur. c. omnis res, eod. ti. §. sed naturalia, insti. de jure nat. & in specie ita tenet Felinus in d. rubr. de praesc. Bal. in l. 2. per illum tex. C. de const. pecu.

58. Octavus casus est †, si actum fuit inter partes ut actio, quae forte per annum vel biennium praescriptibilis erat, non praescriberetur, nisi tempore longiore, vel ut res quae triennio vel decennio praescriptibilis erat, non praescriberetur, nisi longiore tempore, in his enim speciebus & similibus in effectu videtur per pactum rescindi praescriptio, eo quod ea praescriptio, quae tali pacto cessante contingeret, nunc per talis pacti interventum contingere desiit, ita videntur tenere communiter Doctores ut per Accursium, & Bald. & alios in authen. quas actiones, C. de sacrosanc. Eccles. Angel. in auth. ut Ecclesia Romana, in prin. & alii quos retulimus de succes. creatio. §. 10. num. 24. ubi ab hac opinione recessimus post Crotum num. 45. in d. l. nemo potest, & supra num. 37.

Nonus casus est, quando testator, qui rem bona fide emit, postea dubitare coepit, an forte esset aliena, & jussit ne eandem haeres possit praescribere, si forte aliena appareret, quo casu adhuc puto perfici praescriptionem mero jure, verum in effectu rescinditur, quia quasi ex causa

obligación que renace. Sigue esta opinión Balbo (1) y Angel (2), y de ella trata Felino (3), y nosotros lo hemos expuesto en el §. 10, núm. 23.

Séptimo caso, cuando la misma ley permitiera los pactos sobre abreviar, prorrogar o extinguir las prescripciones, pues entonces una vez terminada la prescripción podría tratarse entre las partes la rescisión de aquélla, así lo expresa en parecido caso Francisco Ripa (4). Confirma lo mismo el que las prescripciones son de mero derecho positivo, conforme lo hemos expuesto con toda extensión arriba (5), luego por el mismo derecho positivo podrán ser añadidas, disminuidas, cambiadas (6); así lo defiende en especial Felino (7) y Baldo (8). 57.

Octavo caso, si se pactó entre las partes, que una acción que podía prescribirse en uno o dos años por ejemplo, no se prescribiese sino en más largo plazo, o el que una cosa que podía prescribirse en tres o diez años, no se prescribiese sino en más largo tiempo, pues en éstos y parecidos casos parece que en efecto se rescinde la prescripción en virtud de dicho pacto, puesto que aquella prescripción que tendría lugar de no existir el pacto, ahora por la existencia del mismo deja de realizarse; tal parece ser la común opinión de los doctores, según consta por Acursio, Baldo y otros autores en la Novel. *quas actiones* (9); así lo defienden Angel (10) y otros que citamos en la obra *de succes. creat.*, §. 10, núm. 24, en donde nos separamos de esta común opinión, siguiendo a Croto (11), y arriba en el núm. 37. 58.

Noveno caso, cuando el testador que había comprado de buena fe una cosa, empezó después a dudar si tal vez no sería del vendedor, y dispuso que el heredero no pudiera

(1) *Ubi supra*, núm. 3.
(2) En la introducción de la Instituta, *de usucap.*, colum. 4.ª
(3) *In rubr. de praescript.*, col. penúlt.
(4) En la citada ley *nemo potest*, núm. 107.
(5) En la parte 1.ª, cuest. 2.ª
(6) Conforme a la ley *nihil tan naturale*, Digesto, *de regulis juris*, al cap. *omnis res* del mismo título y al §. *sed naturalia*, Instituta, *de jure natur.*
(7) *In dict. rubr. de praescript.*
(8) Basado en el texto de la citada ley 2.ª del Código, tít. *de const. pecun.*
(9) Inserta en el Código, tít. *de sacrosanctis ecclesiis.*
(10) En la *Authen. ut ecclesia Romana* en la introducción.
(11) En el núm. 45, en la citada ley *nemo potest.*

fideicommissi eam haeres sic praescriptam tenebitur restituere, argu. l. cum pater, §. filius matrem, ff. de leg. 2. l. unum ex familia, §. si rem, ff. eodem titu.

Decimus casus traditus fuit per nos de suc. crea. §. 10. num. 40. versi. denique ex dictis.

Undecimus casus quando ex forma statuti debitum decennio praescribi poterat, praescriptum fuit decennio, mox partes convenerunt, ut per aliud biennium actio duraret, sicque in effectu rescissa fuit usucapio, quod dic ut d. §. 10. num. 26. versi. in summa.

Duodecimus casus est in praescriptione inducta in merum partis favorem, argu. eorum quae diximus d. §. 10. num. 16. versi. 5. limi.

Tertiusdecimus casus est, quando rescinditur usucapio per interventum restitutionis concessae minoribus, vel militibus, vel ecclesiis, & is casus alios multos continet sub se, ut diximus plenissime de succes. crea. §. 10. num. 40. cum multis seq. per l. fina. C. in quib. ca. in integ. restitu. non est necesar. l. 1. C. si adver. usuc.

Quartusdecimus casus favore paupertatis rescinditur praescriptio, ut diximus, supra primo., capitu. 136.

59. Quintusdecimus casus lex jussit ut mercedes famulorum praescriberentur triennio, ea ratione mota, quia qui post triennium mercedem ab hero suo petit, praesumitur retro suam mercedem recepisse & iterum eam exigere velle, contra capitu. bona fides, de regu. jur. libr. 6. certe hoc casu, si post triennium is famulus probat sibi mercedem nunquam fuisse solutam, rescindetur ea praescriptio, ipseque obtinebit, ut dixi de succes. creation. §. 10. num. 36. quod nota ad intelle. prag. anni 1528. ca. 157, quod tamen non affirmo

prescribirla, por si se descubriera que era ajena, en cuyo caso juzgo aún que en mero derecho se realiza la prescripción, aun cuando se rescinde en cuanto al efecto, porque prescrita de este modo estará el heredero obligado a restituirla como a título de fideicomiso; pruébanlo la ley *cum pater* (1) y la ley *unum ex familia* (2).

Décimo caso, es el que hemos expuesto nosotros en la obra *de succes. creat.*, §. 10, núm. 40, vers. *denique ex dictis*.

Undécimo caso, cuando por la forma del estatuto podía una deuda prescribirse en diez años, y en efecto se prescribió en dichos diez años, pero después convinieron entre sí las partes que la acción se prolongase por otros dos años, con lo que en efecto se rescindió la usucapión. A lo que podrás contestar lo expuesto en el §. 10, núm. 26, vers. *in summa*.

Duodécimo caso, cuando la prescripción se hubiera instituido en mero favor de la parte; pruébalo lo que dijimos en el §. 10, núm. 16, vers. *quinto limito*.

Décimotercero caso, cuando se rescinde la usucapión en virtud de la restitución concedida a los menores o a los militares o a las iglesias; y este caso comprende dentro de sí otros muchos, según lo expusimos con toda extensión en la obra *de succes. creatione* (3).

Décimocuarto caso, se rescinde la prescripción en favor de la pobreza, según lo hemos ya expuesto (4).

Décimoquinto caso, la ley ha dispuesto que los salarios 59.
de los sirvientes se prescribieran en tres años, movida por esta razón, porque quien después de tres años pide a su amo el salario, se presume haberle ya cobrado y que quiere reclamarlo de nuevo, contra lo que dispone la ley *bona fides* (5). Pues bien, si después de trascurridos tres años prueba dicho criado no habérsele jamás pagado aquel salario, se rescindirá la prescripción y conseguirá su propósito, según lo hemos expuesto en la obra *de succes. creat.*, §. 10, núm. 36, lo

(1) En el §. *filius matrem* del Digesto, *de leg.* 2.°

(2) En el §. *si rem*, Digesto del mismo título.

(3) En el §. 10, núm. 40 y en otros posteriores, fundados en la ley final del Código, tít. *in quibus casibus in integ. restit. non est necessaria* y en la ley 1.ª del Código, tít. *si adv. usucap.*

(4) *Supra primo. capitu.* 136.

(5) *De regulis juris*, lib. 6.°

sed dicito, ut disseruimus de succes. crea. §. 10. num. 33. dic ut in sequenti. tribus versiculis.

Decimus sextus casus est, ut omnis praescriptio, quae nititur in praesumptione solutionis vel numerationis, rescindatur quoties probatur contrarium, exempli gratia, lex concedit exceptionem non numeratae pecu. contra hanc exceptionem debitori competentem praescribitur biennio. l. in contractibus. C. de non nu. pec. in prin. inst. de literarum oblig. Ratio est, quia post biennium lex praesumit veram pecuniae numerationem a creditore factam fuisse, ut dd. juribus, ergo contra hanc praescriptionem admittitur probatio in contrarium, sicque si debitor etiam post biennium probat sibi pecuniam non fuisse numeratam, ea biennii praescriptio quasi rescissa sibi nihil oberit, ita (multis tamen repugnantibus) plene tradit Philipp. Dec. in l. jure naturae, ff. de regu. juris, Emanuel de Acosta in l. 3. C. de non nu. pecu. ult. fall. dixi plene, multisque ornavi, de succ. crea. §. 9. num. 22.

Decimus septimus casus est, ut omnis praescriptio quae nititur in praesumptione obligationis, si probetur, eam obligationem revera non interfuisse, cessare aut rescindi dicatur, unde in terminis l. cum de in rem verso, ff. de usu. ubi is qui certum quid annuum per continuum decennium recepit, dicitur illam annuam praestationem in posterum praescripsisse, ut in aeternum tantundem singulis annis sibi praestandum sit, quia causa & titulus obligatarius, eo ipso praesumitur quod talem titulum & causam allegavit, quo casu ea praescriptio (si modo eam praescriptionem appellare fas est) si reus probaverit, nullam causam obligatoriam praecessisse, rescindetur, illeque in posterum liber manebit, ut est vera & communis sententia de qua plenissime egimus & pluribus quam quinquaginta similibus ornavimus supra

que tendrás presente para entender la pragm. del año 1528, capítulo 157, si bien yo no lo afirmo, sino que contestarás conforme a lo que expusimos, *de succes. creat.*, §. 10, núm. 33, lo mismo que dirás también en los tres párrafos siguientes.

Décimosexto caso, que toda prescripción que se basa en presunción de pago o de dinero contado, se rescinde siempre que se pruebe lo contrario. Por ejemplo, concede la ley la excepción de dinero no contado, y contra esta excepción que compete al deudor se consigue la prescripción en dos años (1). La razón es porque presume la ley que después de dos años ya ha efectuado el acreedor la cuenta exacta del dinero (2), luego contra esta prescripción se admite prueba en contrario, por lo cual si el deudor, aun después de dos años, prueba no haber aún contado el dinero, entonces aquella prescripción bienal como rescindida en nada le perjudicaría; así lo defiende extensamente (aunque otros muchos opinan lo contrario) Felipe Decio (3), Manuel de Acosta (4), y nosotros lo hemos tratado largamente e ilustrado con copiosa doctrina en la obra *de succes. creat.*, §. 9, núm. 22.

Décimoséptimo caso, que toda prescripción que se basa en presunción de obligación, si se prueba no haber existido realmente aquella obligación, se dirá que cesa o se rescinde. Por consiguiente, en el caso a que se refiere la ley *cum de in rem verso* del Digesto, *de usuris*, donde quien por diez años continuos recibió cierta cantidad anual, se considera haber prescrito para adelante aquella anual tributación, de suerte que ya para siempre deba pagársele la misma cantidad todos los años, porque se presume causa y título obligatorio por la mera razón de haber sido así alegados, en dicho caso aquella prescripción (si es que nos es permitido llamarla así) se rescindiría, si el adversario llegara a probar que no había precedido causa alguna obligatoria, y en lo sucesivo quedaría libre, según verdadera y común opinión, de la que hemos tratado con la mayor extensión y hemos ilustrado con más de cincuenta casos semejantes en la 3.ª parte prin-

(1) Conforme a la ley *in contractibus* del Código, tít *de non numer. pecunia* y a la introducción de la Instituta *de litter. obligatione*.

(2) Conforme a dichas leyes.

(3) En la ley *jure natur.* del Digesto, tít. *de regulis juris*.

(4) En la ley 3.ª del Código, *de non numer. pecunia, ult. fall.*

part. 3. princip. & supra cap. 84. cum praeceden. & sequen. dum disseruimus materiam dict. l. cum de in rem.

Qua ratione in omnibus illis quinquaginta juris speciebus, de quibus mentionem habuimus, in quibus inducitur praesumptio & quasi quaedam probatio post longum tempus, responderem, facta sufficiente in contrarium probatione, a tali legis praesumptione recedendum esse, & consequenter eam praescriptionis imaginem rescissam videri, ut dictis in locis attigimus.

60. Decimus octavus casus est, † quando praescribitur jurisdictio, nam talis praescriptio resolvitur aut rescinditur voluntate seu poenitentia ipsorum civium in quibus exercetur; moveor, nam omnis jurisdictio est ad meram subditorum tantum, non etiam ad regentium utilitatem, ut tradunt Plato, Cicero, Sanctus Thomas, Sanctus Ireneus & denique est communis opinio tam sanctorum doctorum quam philosophorum & omnium scribentium, ut plene disseruimus supra libr. 1. capitu. 1. Quidquid autem ad nostram utilitatem receptum est, tandiu durare debet, quandiu nobis placuerit & non ultra, idque libere repudiare, prodigere, & abjicere possumus l. penul. C. de pactis l. si quis in conscribendo. C. de episcop. & clericis, l. egregius, in l. stipulatio ista, §. inter certam, ff. de verborum obligatio. l. filiusfamilias, §. divi. ff. de legatis primo l. cum pater, §. rogo, & §. mando, ff. de legatis secundo l. 1. ff. mand. in princ. instit. eodem titulo. l. sub hac, ff. de action. & obligatio. l. sed & si lege, §. consuluit ibi, dum re sua se abuti putant, ff. de petition. haeredita. l. non usque, ff. si a parente quis fuerit manu. l. 1. §. & magis, verbo. prodegit, ff. si quid in frau. patroni, l. invito, ff. de regu. juris. §. praeterea, cum ibi no.

cipal, y también arriba en el capítulo 84, con otros anteriores y posteriores al explicar el contenido de la citada ley *cum de in rem*.

Por esta razón, en todos aquellos cincuenta casos jurídicos, de los que arriba hicimos mención, en los que después de largo tiempo se produce presunción o como una cierta prueba, responderíamos también que, presentada suficiente prueba en contrario, se debería abandonar tal presunción legal, y por consiguiente, que se consideraría rescindida aquella especie de prescripción, según lo tratamos brevemente en dichos lugares.

Décimooctavo caso, cuando se prescribe la jurisdicción, 60.
porque dicha prescripción cesa y se rescinde por voluntad o arrepentimiento de los mismos ciudadanos sobre quienes se ejerce. Muéveme esta razón, que toda jurisdicción se encamina a la sola y exclusiva utilidad de los súbditos y no a la de los gobernantes, según lo enseñan Platón, Cicerón, Santo Tomás, San Ireneo, y finalmente, es opinión común tanto de los santos doctores, cuanto de filósofos y de todos los comentaristas, según con toda extensión lo hemos tratado arriba en el libro 1.°, capítulo 1.° Ahora bien, cuanto se ha establecido para nuestra utilidad, deberá durar todo el tiempo que agrade a nuestra voluntad y nada más y con toda libertad podemos rechazarlo, derrocharlo y abandonarlo, según consta por numerosas leyes (1). Porque todos los hombres son igualmente libres (2), y sólo por su propia utilidad se someten a la jurisdicción de otros, no para gozar de menor, sino de mayor libertad, amparándose en las armas, poder y prudencia de los príncipes, contra con-

(1) Tales son: la ley penúlt. del Código, tít. *de pactis;* la ley *si quis in conscribendo*, Código, *de episcop. et clericis;* la ley *egregius* y *stipulatio ista*, §. *inter certam*, Digesto, *de verbor. obligationes;* la ley *filiusfamilias*, §. *divi*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.°; la ley *cum pater*, §. *rogo* y §. *mando*, Digesto, *de legatis*, lib. 2.°; la ley 1.ª, Digesto, *de mandato;* la introducción de la Instituta, *de mandato;* la ley *sub hac*, Digesto, *de action. et obligatione;* la ley *sed etsi lege*, §. *consuluit* en las palabras *dum re sua se abuti putant*, Digesto, tít. *de petit. haereditatis;* la ley *non husque*, Digesto, *si a parente quis fuerit manumissus;* la ley 1.ª, §. *et magis* en la palabra *prodegit*, Digesto, tít. *si quid in fraud. patroni;* la ley *invito*, Digesto, *de reg. juris;* el §. *praeterea* con lo que en él se nota, Instituta, *de action.* donde dice la glosa que la carga, que se lleva con gusto, es ligera.

(2) Conforme a la ley *quod attinet*, Digesto, *de regulis juris*.

inst. de actio. ubi Gloss. ait, id portat leviter quod portat quisque libenter, omnes enim homines aequae liberi sunt l. quod attinet, ff. de regu. juris, & ad suam duntaxat utilitatem sese aliorum submittunt jurisdictioni, non quo minus sed quo magis libertate sua potiantur, dum principum armis, potentia & consilio adversus facinorosos concives vel exteros tuentur, ut dixi supra cap. 1. & 20. 21. 22. ergo si, quoties libitum esset, non liceret ab ea subjectione sic sponte facta discedere, jam ea, ad suam utilitatem duntaxat facta, in laesionem & perniciem suam contra omne jus omnemque rationem converteretur l. legata inutiliter, ff. de legatis primo l. legata inutiliter, ff. de adim. lega. l. non ideo minus, C. de procurat. l. quod contra, ff. de legibus, id quod innumeris auctoritatibus, legibus, & rationibus ornavimus in l. si quando, in principio. C. de inofficioso testamento, cujus tituli interpretationem collocavimus in lib. ult. de success. resolutione. Nec immemoriale etiam tempus huic rei impedimento est, quia omnes praescriptiones etiam immemorialis temporis (ut notum est), sunt juris civilis Romanorum merum inventum, ut diximus supra, parte 1. quaestione 2. cum sequent. sicque populum Romanum duntaxat non etiam reliquas gentes tenent, sicque reliquae gentes, jure tantum naturali & gentium non etiam hoc jure civili Romanorum utuntur, porro jus naturale & gentium praescriptiones non novit ut d. quaestio. 2. con sequen. disseruimus, quinimo nec ipsi populo Romano aut alteri populo qui similibus praescriptionibus uteretur, id impedimento esset, quia ut saepe diximus tantum praescriptum quantum possessum d. capitu. sine possessione, de regulis juris libro 6. ubi per omnes, nec dubium est quin & si quis dux, comes, marchio, aut baro & similes ejusque praedecessores jurisdictionem in

ciudadanos criminales o contra extranjeros, según lo expusimos arriba en los capítulos 1, 20, 21 y 22. Luego si no les fuera lícito a los súbditos cuantas veces fuera su voluntad, el separarse de aquella sujeción espontáneamente por ellos establecida, entonces creada para su exclusiva utilidad, se convertiría ya en lesiva y perniciosa para ellos contra todo derecho y razón (1), lo que ilustramos con innumerables autoridades, leyes y razones al exponer la ley *si quando*, Digesto, *de inoffic. testamento*, dejando expuesta la explicación de este título en la obra *de succes. resolutione*, libro último. Sin que sea obstáculo para ésto ni aun el trascurso de tiempo inmemorial; porque todas las prescripciones, aun las de tiempo inmemorial, son (según es notorio) mera invención del derecho civil de los romanos, según lo dejamos expuesto arriba en la 1.ª parte, cuestión 2.ª y siguientes, y por lo tanto sólamente obligan al pueblo romano y no a los restantes pueblos, por lo que los restantes pueblos se rigen por solo el derecho natural y de gentes, pero no por este derecho civil romano; ahora bien, ni el derecho natural ni el de gentes tuvieron noticia de las prescripciones, según lo tratamos en la citada cuestión segunda y siguientes. Más aún, ni al mismo pueblo romano, ni a otro pueblo alguno que tuviera en uso tales prescripciones, le supondría ésto el menor obstáculo, porque según hemos dicho con frecuencia, los límites de la prescripción son los mismos que los de la posesión (2). Ni cabe la menor duda de que si algún duque, conde, marqués, barón u otros nobles semejantes o los antepasados de éstos, hubieran ejercido jurisdicción por tiempo inmemorial sobre algún pueblo, se consideran no obstante estar ahora y haber estado siempre desde un principio en posesión o cuasi-posesión de dicha jurisdicción con la

(1) Como consta por la ley *legata inutiliter*, Digesto, *de adimendis legatis;* por la ley *legata inutiliter*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.º; por la ley *non ideo minus*, Código, *de procurat.;* por la ley *quod contra*, Digesto, *de legibus.*

(2) Conforme al cap. *sine possessione*, *de reg. juris in 6.º*, donde así lo exponen todos los autores.

quodam populo per immemoriale tempus exercuissent, adhuc in illius jurisdictionis possessione vel quasi & modo esse & retro semper fuisse sub hac limitatione, moderamine, modo aut conditione videntur, ut ea meram civium duntaxat utilitatem intueri videatur, & consequenter ut ad libitum ipsorum resolubilis sit, unde civibus domicilium & jurisdictionem mutare liberrimum est, ut diximus de success. creat. libro 3. §. 30. num. 298. cum praecedentibus & sequentibus, veritas tamen istorum pendet ab triplici illa principatus specie, de qua supra lib. 1. cap. 1. disseruimus sicque isthaec interea non affirmamus.

61. Decimusnonus casus est, † quando rem alienam, quam meam esse putabam, tibi bona fide accipienti, donavi, qui eam praescripsisti, deinde erga me ingratus extitisti, tunc enim rescissa tali praescriptione eam rem (ut quibusdam placuit) revocare potero, argumento l. fina. C. de revocan. dona. quod forte non est tutum, quasi donatarius postquam rem praescripsit, jam non tam a me quam jure suo habere videatur, argumento l. si id quod, ff. pro derelicto, & quia beneficium dict. l. fina. ad res proprias non ad alienas donatas videtur pertinere, nisi forte verus dominus eam rem postea huic donatori donasset aut legasset.

62. Vigesimus casus, quando in terminis l. si unquam. C. de revocan. don. postquam donatarius res alienas bona fide donatas & acceptas praescripsisset, liberi donatori nascerentur, tunc enim per talem liberorum supervenientiam quasi rescissa illa praescriptione res donatae ad donatorem (ut quibusdam placuit) reverterentur, praesertim si verus dominus eas res mihi ante impletam a donatario praescriptionem

siguiente limitación, medida, modo y condición, que tal jurisdicción debe reputarse tener siempre por blanco la exclusiva utilidad de los ciudadanos, y por consiguiente que puede cesar a voluntad de éstos, por lo que los ciudadanos tienen absoluta libertad de cambiar de domicilio y de jurisdicción, según lo dejamos expuesto en la obra *de successionum creatione*, libro 3.°, §. 30, núm. 298 con otros anteriores y posteriores. Pero la verdad de estas afirmaciones depende de aquella triple clase de principados de que tratamos antes en el libro 1.°, capítulo 1.°, y por consiguiente no lo afirmamos aquí de un modo absoluto.

Décimonoveno caso, cuando te hice donación de una cosa ajena que yo creía mía y que tú recibiste de buena fe, y cuya prescripción conseguiste, mostrándote después injusto conmigo; porque entonces rescindida tal prescripción podré reclamar aquella cosa (según el sentir de algunos autores); pruébalo la ley final del Código, título *de revocanda donatione*. Pero esta afirmación tal vez es poco segura, ya que el donatario después que consiguió la prescripción de la cosa, no tanto parece tenerla como recibida de mí, cuanto por propio derecho (1), y porque el beneficio a que se refiere la citada ley final, parece referirse a la donación de cosas propias y no a la de cosas ajenas, a no ser que el verdadero dueño hubiera donado o legado después dicha cosa a este nuevo donante. 61.

Vigésimo caso, cuando conforme a la doctrina de la ley *si unquam*, del Código, título *de revocanda donatione*, después que el donatario hubiera conseguido la prescripción de cosas ajenas, pero donadas y recibidas de buena fe, le nacieran hijos al donante, porque entonces por el nacimiento de tales hijos como rescindida la prescripción, volverían (según la opinión de algunos) las cosas donadas al donante, principalmente si el verdadero dueño me hubiera hecho donación 62.

(1) Según la ley *si id quod*, Digesto, *pro derelicto*.

donasset, aut legasset, tunc enim duplex jus mihi competeret & dominii & juris seu beneficii d. l. si unquam, sed jus dominii mihi superveniens nihil prodesset, quia per hoc transiret illico dominium in legatarium, beneficium vero d. l. fina. an prodesset, pendet ab illa. q. intra quantum tempus d. l. si unquam, beneficium possit intentari.

Vigesimus primus casus quando quod mihi debebas praescripsisti, deinde errore solvisti, & vis repetere, sed tibi objicienti praescriptionem replico, quod naturaliter obligatus mihi permanebas etiam post praescriptionem, quae obligatio naturalis etiam hoc casu secundum quosdam parit exceptionem, sicque in effectu rescindit aut elidit praescriptionem, id quod tutum non est, unde dicito ut supra 1. par. princip. quaestione.

63. Vigesimus secundus casus, nam si fundus vel alia res corporea revertitur postquam praescripta fuit ad primum dominum, ipsi datur retentio contra ipsum praescribentem in praescriptione longi temporis secundum Accursium & Dynum et Doctores communiter, id quod nos impugnamus supra par. 1. prin. q. 7. num. antep. ergo illo casu secundum eos rescinderetur praescriptio, non sic secundum nos.

Vigesimus tertius casus, nam si fundus, longo tempore praescriptus, perveniat etiam ad tertium, domino priori datur rei vendicatio contra illum tertium, secundum Docto. quales sunt Dynus, Balbus & alii, sicque in effectu ea praescriptio rescinditur, nos contra, ut diximus supra part. 1. prin q. 7. num. pe.

FINIS

de ellas o me las hubiera legado antes que el donatario terminase por completo la prescripción, porque entonces me competería doble derecho, el de propiedad, y el de la ley o de beneficio (1); pero el derecho de propiedad al sobrevenirme nada me aprovecharía, porque al punto pasaría al legatario y en cuanto al beneficio al que se refiere la citada ley final, si me aprovecharía o no, depende de aquella otra cuestión, dentro de qué plazo de tiempo puede hacerse valer el beneficio de la citada ley *si unquam*.

Caso vigésimoprimero, cuando conseguiste la prescripción de algo que me debías y que después por error me pagaste, por lo que quieres reclamarlo. Pero al alegarme tú la prescripción, te replico yo que aun después de conseguida la prescripción, me estabas obligado con obligación natural, la que en este caso, según algunos autores, produce derecho de excepción, y por lo tanto rescinde y destruye en efecto la prescripción. Esta doctrina, sin embargo, no es segura, por lo que sostendrás lo expuesto arriba en la 1.ª parte principal, cuestión 7.ª

Vigésimosegundo caso, si un fundo u otra cosa corporal 63.
vuelve, después de haber sido prescrita, al primitivo dueño, se le concede a éste el derecho de retención contra quien la había prescrito, si se trata de prescripción de largo tiempo, según lo defienden Acursio, Dino y generalmente los doctores, doctrina que dejamos arriba refutada (2); así pues, según dichos autores se rescindirá la prescripción, pero no según nuestra opinión.

Caso último, si un fundo prescrito por el trascurso de largo tiempo, pasara después a un tercero, se concede al primitivo dueño la reivindicación contra aquel tercer poseedor, según la opinión de los doctores, como Dino, Balbo y otros, con lo que tal prescripción se rescinde en efecto, si bien nosotros opinamos lo contrario, conforme lo expusimos arriba en la 1.ª parte principal, cuestión 7.ª, núm. penúltimo.

FIN DEL LIBRO II

(1) Según la citada ley *si unquam*.
(2) En la 1.ª parte principal, cuest. 7.ª, núm. antepenúltimo.

ÍNDICE DEL VOLUMEN CUARTO

Págs.

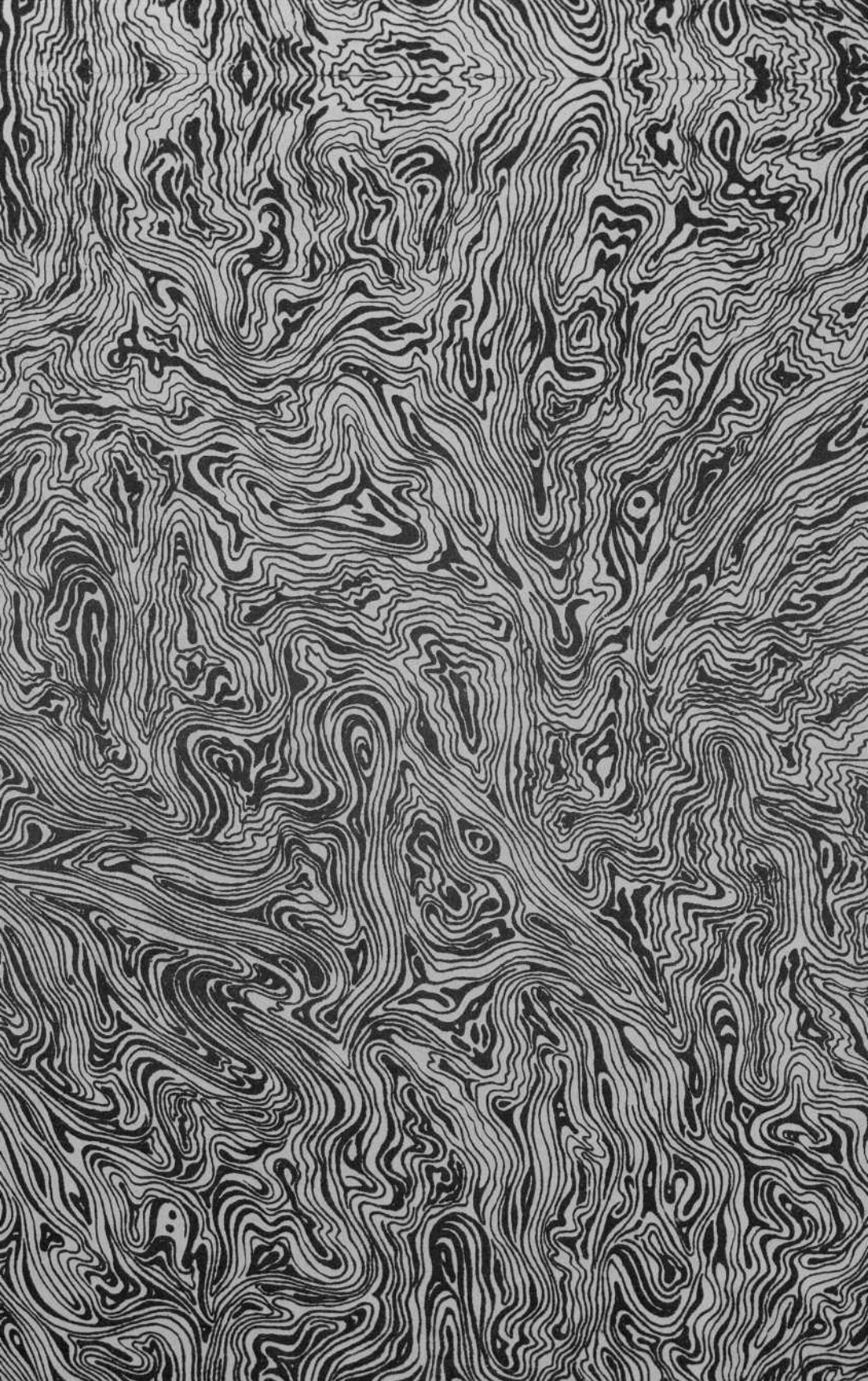
Capítulo LXX.—Trata de la buena fe necesaria para la prescripción . . . 7
Capítulo LXXI.—De la mala fe en las prescripciones. 22
Capítulo LXXII.—De la prescripción de las cosas que consta ser ajenas. . 27
Capítulo LXXIII.—De la prescripción por el heredero de las cosas poseídas de mala fe por el difunto. 45
Capítulo LXXIV.—De la mala fe que sobreviene después de terminada la prescripción. 59
Capítulo LXXV.—Trata sobre si se ha de conceder la restitución *in integrum* una vez terminada la prescripción, en razón de ignorancia o ausencia del perjudicado. 72
Capítulo LXXVI.—Trata de la prescripción de acciones personales. . . 84
Capítulo LXXVII.—De la duda, credulidad y error en materia de prescripciones 101
Capítulo LXXVIII.—De la prescripción de servidumbres, réditos y regalías. 135
Capítulo LXXIX.—Sobre la buena y mala fe del poseedor. 141
Capítulo LXXX.—Trata del comprador de mala fe en cuanto a la prescripción 170
Capítulo LXXXI.—De la mala fe en las prescripciones de treinta, cuarenta años, e inmemorial según el Derecho Canónico. 180
Capítulo LXXXII.—Cosas que pueden prescribirse. 208
Capítulo LXXXIII.—Sobre la prescripción de tributaciones anuales. . . 226
Capítulo LXXXIV.—De la alegación de título. 264
Capítulo LXXXV.—Sobre la intención fundada en derecho. 314
Capítulo LXXXVI.—¿Cuándo se ha de amparar al poseedor contra el que tiene su intención fundada en derecho? 337
Capítulo LXXXVII.—¿Cuándo se requiere título en la prescripción de largo tiempo según el Derecho Canónico? 354
Capítulo LXXXVIII.—Trata de las excepciones que pueden oponerse contra la posesión. 385
Capítulo LXXXIX.—Trata de la prescripción de los diezmos, lugares públicos (tierras, ríos, mares. etc.). 391

ÍNDICE DEL VOLUMEN CUARTO

Página

Capítulo LXX.—Trata de la buena fe necesaria para la prescripción. . . . 7
Capítulo LXXI.—De la mala fe en las prescripciones. 22
Capítulo LXXII.—De la prescripción de las cosas que suelen ser ajenas. . 27
Capítulo LXXIII.—De la prescripción por el heredero de las cosas poseídas de mala fe por el difunto. 45
Capítulo LXXIV.—De la mala fe que sobreviene después de terminada la prescripción. 89
Capítulo LXXV.—Trata sobre si se ha de conceder la restitución in integrum una vez terminada la prescripción, en razón de ignorancia o ausencia del perjudicado. 72
Capítulo LXXVI.—Trata de la prescripción de acciones personales. . . . 84
Capítulo LXXVII.—De la duda, credulidad y error en materia de prescripciones 101
Capítulo LXXVIII.—De la prescripción de servidumbres, rústicas y regulas. 105
Capítulo LXXIX.—Sobre la buena y mala fe del poseedor. 141
Capítulo LXXX.—Trata del comprador de mala fe en cuanto a la prescripción. 170
Capítulo LXXXI.—De la mala fe en las prescripciones de treinta, cuarenta años, e inmemorial según el Derecho Canónico. 180
Capítulo LXXXII.—Cosas que pueden prescribirse. 208
Capítulo LXXXIII.—Sobre la prescripción de tributaciones anuales. . . 229
Capítulo LXXXIV.—De la alegación de título. 264
Capítulo LXXXV.—Sobre la intención fundada en derecho 314
Capítulo LXXXVI.—¿Cuándo se ha de amparar al poseedor contra el que tiene su intención fundada en derecho? 337
Capítulo LXXXVII.—¿Cuándo se requiere título en la prescripción de largo tiempo según el Derecho Canónico? 384
Capítulo LXXXVIII.—Trata de las excepciones que pueden oponerse contra la posesión 385
Capítulo LXXXIX.—Trata de la prescripción de los diezmos, lugares públicos (tierras, ríos, mares, etc.). 391







VAZQUEZ
DE
MENCHACA

CONTROVERSIAS
FUNDAMENTALES



IV

G 22209