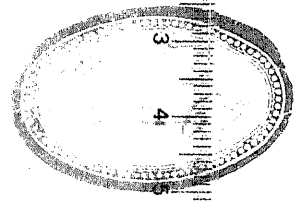


2. На урвани



10-1800



1008 40-10013 MADE IN SPAIN

2-2-8

Libriat  
1882



*Del fol. de la imp. 1804. Granada - 32*

CONSULTAS,  
Y RESOLUCIONES  
VARIAS,  
THEOLOGICAS,  
JVRIDICAS, REGVLARES,  
Y MORALES.



R E S V E L T A S

POR EL M. R. P. M. Fr. JUAN DE PAZ,  
de la Sagrada Religion de Predicadores, Regente que  
fue de los Estudios del Colegio, y Vniversidad  
de S. Thomás de la Ciudad de Manila, en la  
Provincia de Filipinas.

D E D I C A D A S

A LOS MVT REVERENDOS PADRES  
*del insigne Colegio Mayor de Santo Thomás de la Ciudad  
de Sevilla, donde fue Colegial dicho Autor.*

✻ Año ✻



✻ 1687. ✻



CON PRIVILEGIO.



En Sevilla por Thomàs Lopez de Haro  
y Mercader de Libros.



CARTA DEDICATORIA  
A LOS MVY REVERENDOS PADRES DEL  
Insigne Colegio Mayor de Santo Thomàs de Seuilla,  
a quien el M. R. P. Fr. Juan de Paz, hijo fuyo,  
dedica este su libro de Pareceres.

ESCRIVELA

EL P. Fr. FRANCISCO DE ACUÑA, DE LA  
Prouincia del Santissimo Rosario de Filipinas,  
discipulo del Autor.



L afecto de hijo, y obligacion de discipulo del M. R. P. Fr. Juan de Paz, me han empeñado (muy Reverendos Padres) a mirar este libro como ageno, y a tratarlo con el cariño possible como a proprio, siendo el origen de la propiedad el parentesco con el (hablo del libro) y del enagenamiento, ò estrañeza, la llana confesion de la verdad. Y porque á poca costa me declare, valgame de vna assercion bien comun, que los libros, y los discipulos son hijos de sus Autores, y Maestros. Dixolo de los libros el Diuino Platon, llamandolos hijos del alma, tanto mas estimados, que los del cuerpo, quanto Superiores en la alcuna, y mejorados en calidad: *Libri (dize) liberis chariores sunt parentibus, quanto mentis filij sunt prastantiores quam corporis.* Y de los discipulos San Clemente Alexandrino: *Filius est quis quis eruditur ex eo quod ei, qui cum erudit, obediat.* Bien es verdad, que ay mucha diferencia entre estos hijos, pues los libros, como engendrados por la razon, lo son del entendimiento: *Mentis filij*, y los discipulos, como formados por la obediencia, lo son de la voluntad, en que segun el Angelico Doctor se sujeta esta virtud: *Ex eo quod ei, qui cum erudit, obediat.* Mas esta diferencia, aunque notable, como solo es de medios, ò virtudes, que concurren en estas generaciones, no obsta a la vnidad del origen, como ni tampoco impide a la del alma la diversidad de sus potencias; con que siendo los libros, y los discipulos (como acontece al presente) hijos de vn mismo sujeto, seránlo de vn mismo padre, y estará en tal altura el parentesco, qual es el primero grado de la linea colateral. Hijo es este libro del M. R. P. Fr. Juan de Paz, y yo vno de sus menores discipulos (aunque se me luze muy poco la mucha, y buena Theologia, que me ha enseñado; mas no es bastante mi culpa, aliviada en parte de la cortedad del ingenio, a quitarme de las manos lo que me traxo a mi casa mi buena suerte de tenerle por Maestro) y por la razon, que es hijo fuyo, le miro, y desvio como ageno; y por la razon del parentesco por el discipulo contraido, le miro, y reconozco como a proprio, y el mas executivo de todo el caudal de mi cuydado. Considerò la atencion del Abulense aquella postura en pie, y de lexos, con que la hermana de Moytes le miraba en la rebalsa del Nilo: *Stante procul sorore eius*; y dize, que estava en pie, por la promptitud con que estava para emplear en su hermano todo el esfuerzo de su piedad; y de lexos, para evitar la sospecha de la asistencia. Son sus palabras: *Stabat quidem soror, ne aliqua pietatis cura, quanta impendi posset, puero deficeret. Stabat tamen procul, ne venientes*

Plat. Epist. lib. 7.

Stromat. lib. 1.

2. 2. q. 2. ar. 5. ad 3.

Exod. 2.



*suspiciarentur, Nam manere in custodiam eius.* De modo, que se puede dezir, que le miraba a su hermano de lexos, y de cerca: de cerca, para los officios de piedad: *Pietatis cura;* y de lexos, para evitar la sospecha: *Ne venientes suspiciarentur.* De lexos, y de cerca ( M. R. R. P. P. ) miro aqueste libro: de lexos, para evitar la sospecha de que me le quiero apropiari; por lo qual le desvio desde aora, y le miro, y confieso como ageno sudor, y assi se lo protesto a todos, en especial a los venideros: *Ne venientes suspiciarentur.* Y muy de cerca, y como a proprio, para poner en su logro quanto fuere possible a mi cuydado: *Ne aliqua pietatis cura, quanta impendi posset, puero defficeret.* Y porque se vea este desvelo, dire ingenuamente lo sucedido en su ajuste, y dedicacion.

Inclinado el M. R. P. Fr. Juan de Paz a los ruegos de muchos atentos al bien comun, y no pocas instancias mias, determinó dar a la estampa (si no todos por falta de possible) alguna parte de sus muchos, y doctos pareceres. Mas salióle luego al passo vna dificultad bien pequeña al parecer; mas por sus muchas, y graues ocupaciones, fuerte remora, que retardò la execucion, y fue el aver de registrarlos vno a vno, para entrefacar la materia, y entrefacada, y escogida, informarla con el orden. Llegò el tropezon a mi noticia, y porque no se abortase aqueste parto (mas llevado de mi afecto, que satisfecho de mi caudal) me ofreci a su P. M. R. apartarlo con el orden. Aceptó luego mi oferta, y en conformidad de lo aceptado, me hizo luego entrega de todos sus pareceres en quatro tomos de a folio, bien gruessos, y crecidos, sin otros muchos papeles sueltos. Y por ser la materia de restitucion tan importante, y necessaria, hize de ella eleccion, sin alguna dificultad; mas llegando a entrefacar, y ordenar los pareceres: *Hoc opus, hic labor est.* Aqui se me ofreció con viveza aquella monstruosidad, que soñó allà el Poëta de la naturaleza del orbe en su principio. Esta (dize) solo tenia vn parecer, que era el de vn caos de confusion, de vn monton mal digerido, y vna perpetua discordia de cosas no bien juntas, ni ordenadas, que como humores contrarios, y rebueltos, tenian de ordinario vna reñida contienda, hasta que los desparció la providencia Diuina, y dando a cada cosa su lugar, quedaron en paz concorde.

### EL PARECER.

Ovid.  
Aeth. 1.

*Vnus erat toto naturæ vultus in orbe  
Quem dixere chaos, rudis indigestaque molles,  
Non bene iunctarum discordia semina rerum.*

### LA DISCORDIA.

*Obstabatque alijs aliud: quia corpore in vno  
Frigida pugnabant calidis, humentia siccis,  
Mollia cum duris, & sine pondere habentia pondus.*

### LA CONCORDIA.

*Quæ postquam evolvit cæcoque exemit acervo,  
Dissociata locis concordia pace ligavit.*

Este

Este mismo parecer tenian los del M. R. P. Fr. Juan de Paz mi Maestro, el de la naturaleza soñada en su principio. No porque cada parecer de por si no tuviese, y contuviese toda la perfeccion, que pide la materia, sino porque careados los vnos con los otros, eran vn caos de confusion. Y porque se apure esta verdad, las menos veces se le consultava solo vn caso, lo ordinario eran muchos, y diversos: docientos y setenta y quatro le vinieron en vna temporada de la Mission de Tunquin, y fueron los que estampé el año de ochenta. Pocos menos le remitian, y aun remiten en el discurso del año los Missioneros, y Ministros de estas Islas, del dilatado Imperio de la China, y essa tan esparcida India Oriental. Y para dezirlo en breve, quanto se les ofrecia de dificultad en el año venia a parar a su pluma en la primera ocasion, sin mas orden, ni concierto, que el averse ocurrido antes, ó despues a la memoria, y assi le consultavan muchas vezes ( sea exemplo) vna duda de restitucion, otra de Sacramentos, otra de idolatria; y aun hasta de Reportorios, y Kalendarios Eclesiasticos entreveraron tal vez dificultades. Pues careense aora aquestos cabos, restitucion, Sacramentos, idolatrias, Reportorios, y diga el mas modesto el parecer que tienen entre si, y no acertará con otro, que el de vn caos de confusion, de vn monton mal digerido, de cosas no bien juntas, ni ordenadas.

*Quem dixere chaos, rudis, indigestaque molles,  
Non bene iunctarum discordia semina rerum.*

Y hasta aora durara esta discordia, a no averme puesto de por medio, dándole algun orden a este caos (aunque orden tan inferior) poniendo en proprio lugar, y componiendo entre si tan reñidos pareceres. Ruin es la composiciõ; pero mejor que vn buen pleyto: y esta es en mi sentir la falta, q notará qualquiera en esta obra, que a averla dispuesto, y ordenado el mismo que la dió el ser, fueran encadenadas sus partes con aquel oro fino de su liga, y no con la baxa escoria (como van) de mi ligazon: fuera cada parecer en su lugar en paz concorde: *Concordia pace ligaret,* y no con la discordia (aunque poca a mi parecer) que aun tienen todavia; mas sirvame de disculpa el buen deseo, y aver hecho quanto he podido, porque no se malogre aqueste parto: *Ne aliqua pietatis cura, quanta impendi posset, puero defficeret.*

La dedicacion la encaminó el Autor a VV. PP. M. R. R. porque como tan hijo de esse illustre Colegio, sabiendo lo mucho que le debe (pues no le debe menos, que lo mucho que sabe) le ha querido obsequiar con este libro. Fue el acierto como suyo; porque si en la dedicacion de los libros solicitan sus Autores poder para la defensa, y cariño para el empeño, en ninguno ( sea con venia de todos) mas bien defendido aqueste libro, ni mas bien librada su defensa; pues si defendian el lecho de Salomon sesenta guerreros, escogidos de los fortisimos de Iraël, practicos en las armas, que tenian en las manos, y doctisimos en el arte militar: *En lectulum Salomonis sexaginta fortes ambiunt, ex fortissimis Israël, omnes tenentes gladios, & ad bella doctissimi,* que es la mayor ponderacion, que se hallará en la Escritura; aqui en su defensa tendrá el libro, no sesenta, sino innumerables guerreros valentisimos, de los fortisimos de la Sagrada Religion de Predicadores, tan practicos en la Theologia Moral, que tienen en las manos, como doctisimos en la Especulativa, ò Escolastica, que tienen (por la comprehension) en los dedos ( corta ponderacion) en la vña. Y con la misma destreza en los dedos, y las manos, que allà David en lo militar: en los dedos, para escribir profundos las materias; y en las manos, para venir a ellas con acierto en las reñidas contiendas, y disputas: *Et ad bella doctissimi.* Mas adonde va a parar

Cant. 3.

aqueste aplauso? M. R. R. PP. solo a asentar vna verdad en orden a este libro , y en fin es, que si en VV. PP. M. R. R. ay cariño para el empeño, sobra poder para la defenfa. Y para empeñar el cariño, quiero traer al examen vna especial circunstancia, que intervino en aquella resurreccion tan prodigiosa de Lazaro , y fue mandar el Señor a los circunstantes, que levantasen la piedra del sepulcro:

*Iuan. 2.* *Tollite lapidem*, circunstancia al parecer no necesaria, pues con la misma voz, que avia de animar el cadaver, podía tambien remover la piedra. Pues para que la han de levantar los circunstantes? *Tollite lapidem*. Es el misterio, segun vn

*Silueir. to. 4. lib. 6. q. 9. an. 165.* docto escritor, que conoció el Señor, que no avia de faltar quien le tachasse el milagro, y previniendo el defensivo, ordena, y dispone su saber , que los que

estavan presentes pusiesen las manos en la piedra, sudassen, y trabajassen, quitandola del sepulcro, y assi en alguna manera concurriessen al prodigio , para que viendo la parte de su sudor, y trabajo, que en el milagro tenian, le mirassen con cariño, y deseardiesen con empeño; que es natural a qualquiera mirar su trabajo cariñoso, y defenderlo empeñado: *Poterat Deus* (dize este graue escritor) *eadem voce lapidem tollere, & mortuum à sepulchro extrahere: tamen sic ordinat, & disponit, ut Iudei manibus suis lapidem tollant, ad miraculique circumstantias quodam modo operentur; ut ex ipso opere impenso, sudore, ac labore suo multum afficiantur ad miraculum. pro ipsoque defendendo stent, & pugnent.* Solo el que ignora lo mucho, que el M. R. P. Fr. Juan de Paz debe a esse insigne Colegio, ignorará la mucha parte, que tiene el Colegio en este libro, no el que llegare a entender, que fue el Artifice sabio, que puso la mano en esta piedra, que la pulió, y hermoseó, y antes que ascendiera al Sacerdocio, la levantó a la altura de la Cathedra, para que ostentasse en ella aquellos visos, que le dió tan primorosos , y los fondos, que le facó a su ingenio (hablando a lo humano) tan divino, en especial en sus pareceres, que a averfe los notado aquel Gentil, dixera con mas razon, que de Marco Bruto: *Qua tibi tam tenui cura limantur, ut omnes---istius ingenij corporis esse negent.* Pero si a VV. PP. M. R. R. les es tan manifiesta aquesta parte, para que les refresco las memorias? Muy bien me dexo entender : para que a vista del influxo, sudor, y trabajo, que le ha costado a esse Colegio el Autor (que no se hazen con menos tales hombres) miren con mucho amor, y cariño aqueste libro, ó por mejor dezir este milagro: *Vt ex ipso opere impenso sudore ac labore suo, multum afficiantur ad miraculum.* Y pues segun S. Clemente Alexandrino, no ha avido doctrina tan dichosa, y bien afortunada en el mundo , que no aya sido expuesta a tacha, y contradiccion: *Nullam existimo scripturam adeo fortunatam precedere, cui nullus omnino contradicat,* acojan este libro, y su doctrina debaxo del amparo de sus alas, y armando las plumas en su defenfa, mirandole con cariño, le defiendan con empeño: *Pro ipsoque defendendo stent, & pugnent.*

*Ovid. de Pont. lib. 4. eleg. 4. ad Brutum.*

*Stram. lib. 1.*

Mas no solo la dedicacion del libro , sino tambien el libro para imprimirse va a parar a esse Colegio, como otro niño Moyfes a los brazos de la madre. Y aunque esta sola razon es suficiente motivo para mover su piedad a la acogida; sin embargo otro tengo de proponer, y el mas tierno, que puede mover a compasion, y piedad; y juntamente diré la causa, por que aviendo pasado a aquestas Islas tantos superiores ingenios de nuestro Abito, en especial de esse insigne Colegio, del nunca bien ponderado de Valladolid , y essa verdaderamente fecunda madre de tales, y tantos hombres, el Venerable Convento de S. Estevan de Salamanca, y otros Seminarios de letras, y virtudes, que nuestra Religion tiene en Europa, no se aya impresso en esta Provincia hasta aora, ni vn papel Escolastico, ó Moral, que aya llegado a mi noticia, sino es el referido Opusculo

de

de Tunquin, que estampé el año de ochenta, y vn librero de confesion bien pequeño, no siendo por falta de escritos, y doctísimos, que nos dexaron nuestros antiguos, y escriben los modernos, de que ay harta provision en nuestras celdas, y librerias, como lo atestiguan las muchas Resoluciones Morales del V. P. Fr. Domingo Gonçalez, y las Morales, y Escolasticas del asimismo V. P. Fr. Sebastian de Oquendo; los Cursos de Artes, y Theologia de los R. R. PP. Fr. Francisco de Paula, Fr. Pedro de Ledo, y otros muchos, que no refiero por escusar la molestia. Es, pues, el tierno motivo, que a VV. PP. M. R. R. pongo ante los ojos para la acogida, é impressio deste libro, y la causa del animo, y perdicion de los demás desta Provincia, la Estrella tan infeliz, con que nacen, pues nacen todos proscriptos, y condenados al rigor de la polilla, y voracidad del tiempo; no solo por falta de dineros (como se debe suponer, pues vivimos de limosnas) sino tambien de Religioso, que emprenda, ó asista a la impressio. Y porque se allane esta verdad, haré vna breve, y fiel descripción desta Prouincia.

A quatro ordenes, ó clases se reducen todos los Religiosos della. Vnos están ocupados en las Misiones, y estos bien escusados están de la impressio de los libros, pues en demanda de la predicacion del Euangelio les dá la bondad del Señor tanto que hazer, y al doble que padecer, como lo dizen sus cartas, que llegan de ordinario a nuestros ojos llenas de lagrimas, y lastimas, proponiendonos en ellas, ó necessiidades de todo lo temporal, ó carceles, ó opresiones (que es lo mas sensible) de quienes no las debian padecer, ó todo junto: *Argentes, angustiat, afflicti, &c.* como dezia el Apostol. Y aunque ay al presente alguna paz en el Imperio de China, será de tan poca dura, como apoyada en violencias: *Pax tamen interdum est, pacis fiducia numquam.* Mas damosle en fin por ella muchas gracias al Señor , como tambien por la guerra viua, que oy anda contra los nuestros en el Reyno de Tunquin, donde de solos quatro Religiosos, que en el teniamos, nos prendieron los dos, y despues de largas carceles, y tormentos, traídos, y llevados a diversos Tribunales, mal comidos, y peor dormidos, fueron entregados a vnos declarados enemigos de la Fé, para que los passassen a Batavia, y desde allí los despachassen a España, ó por mejor dezir al Cielo, que tenemos por mas probable. Estas son las ganancias, é intereses, que sacamos de la Mision de Tunquin, sobre la qual han maquinado nuestros emulos de escrito, y de palabra tantas pesadumbres, de que aunque estamos bien hartos, mas por la bondad de Dios no estomagados, ni ahitos.

*O passi graviora! dabit Deus his quoque finem,  
Durate, & vosmet rebus servate secundis.*

*Virgilio  
Aneyd. 1.*

Otros están ocupados en los Ministerios de Doctrina de los Indios: y quando no tuvieran aqui otra ocupacion en que entender, que en aver de lidiar continuamente con la intolerable ignorancia, y desenfrenada codicia de vn Alcalde mayor, y librar los míseros Indios de sus garras, tenian mucho negocio entre las manos. Ha avido, y ay al presente muchos buenos; mas no tantos, que sean necesarias las reglas de Moya para el ajuste de la cuenta. Arrimase a esta fatiga la ordinaria predicacion del Euangelio, la repetida instruccion en los Misterios de la Fé, la continua administracion de los Sacramentos, muchas vezes en partes bien distantes; la vigilante atencion a sus casas, y sembrados ( que aun hasta a viuir como humanos les hemos de enseñar) la quotidiana asistencia a sus recursos, pues apenas les sucede algun pefar, ó trabajo, por pequeño que sea, quando como los niños asustados a la madre, assi acuden al Religioso: y vltimamente el gran desvelo, y estudio de ajustarnos, no solo a su pesado, y tardo ingenio, y natural,

1. Cor. 9. tural, sino tambien a su barbara, y no poco difícil lengua, haziendonos en todo no ya Hebreos con los Hebreos, ni Griegos con los Griegos, como lo hazia el Apóstol, sino Indios con los Indios: *Vt omnes lucri faciamus*. Cosa muy cuesta arriba a la generosidad Española, y aun increíble a no pocos, que la miran desde Europa; mas por la bondad de Dios tan practicada en los nuestros, llevados del zelo de las almas, que cae muy bien en gracia suya lo que con no poca gracia cantó Nafon entre los Getas:

Ovid. de Pont. lib. 4. eleg. 4. ad uxorem.

*Si quis in hac ipsam terrâ possisset Homerum,  
Esset (crede mihi) factus, & ille Getes.*

Otros asisten en el Colegio, y Real Vniuersidad de N. P. S. Thomas de Manila, donde de Sol a Sol los vemos ocupados, enseñando a sus Colegiales, y discípulos en primer lugar el temor de Dios, y luego las buenas letras, Grammatica, Retorica, Artes, y Theologia, escriuiendo sus materias, leyendolas en las Cathedras, disputandolas en publico, resolviendo las consultas, que como a otros Oraculos les vienen de todas partes, sin estar por esto effemtos de la predicacion, y asistencia al Confessionario, y consuelo espirital desta Republica. Y todo junto es vn trabajo de tal cuerpo, que pedia vnos de hierro, y aun sentirian la meña; pero llevanlo con gusto, y suavidad a vista del buen logro de sus hijos, viendolos vnos con Sagradas Mitras, otros en las tenencias, ò gobiernos de los Obispados (que es honorifico puesto) otros en las Prebendas desta Cathedral, otros en los Curatos, y Beneficios, otros con singulares puestos en las Sagradas Religiones, y no pocos Ciudadanos, que con su ajustado viuir están acreditando la buena doctrina, que les dieron. Este es, pues, el alivio de sus fatigas, y el fruto tan copioso de sus sudores.

Ovid. de Pont. lib. 1. eleg. 6. ad Max.

*At puto fructus adest instissima causa laborum,  
Et sata cum multo fenore reddit ager.*

Otros viuen en el Conuento de N. P. S. Domingo de dicha Ciudad de Manila, donde son tantos los exercicios, como las tareas siguientes: Sermones, y Confesiones dentro, y fuera de casa, la asistencia a los enfermos, y moribundos, la intervencion en los entierros, y funerales de los vezinos de la Ciudad, a que sin faltar a la gratitud, es imposible negarse, pues a expensas de sus liberales limosnas, sin otra renta alguna mantiene el Señor este Conuento. El concurso a las festiuidades de las Religiones, que no son pocas en el discurso del año, aunque se esquivan muy bien, pues con Religiosa vrbánidad les pagan en la misma moneda. Y todo aquesto con el indispensable peso del Coro, y dos horas de oracion mental, la vna a la media noche, despues del ordinario quebranto de vnos bien pausados Maytines; otra en el mas recio punto del ardimiento del dia, desde la vna hasta las dos de la tarde, quando aun mas empeñado el Sol en su tarea, llevando el curso casi por el Zenit del emisferio, no parece, que le mira, sino que enciende, y abraza, abochornandolo todo con la colera de sus rayos: carga, que la ay tambien en nuestros Ministerios, y Misiones, mas es con la atencion a las muchas de su oficio, y no con la indispensabilidad, que en esta casa. Y poniendo agora los ojos en cada vno de los moradores della, me sirva de despedida lo de Tibulo.

In Polyth. v. 60. Lab.

*Nec te pœniteat duros subijisse labores,  
Aut operi in sœtas attenuasse manus.*

Esta es vna descripción en general de la Provincia, y en especial de sus muchas,

chas, y graues ocupaciones, para cuyo cumplimiento anda de ordinario tan alcanzada de Religiosos, que puede muy bien dezir con S. Basilio, que tiene de ellos mas necesidad, que vna mano de la otra: *Probè scientes, quod magis vnius cuiusque fratrum operam necessariam habemus, quam altera manus opus habeat ab altera*. Y es forzoso, que assi sea, por ser mucha su latitud, y tan pocos sus Religiosos, que no llegan jamás a ciento sus Sacerdotes, aun con los continuos refrescos de las barcadas, con que liberalmente la acude la piedad de nuestros Reyes Catolicos, que Dios guarde, y prospere. Con lo qual todos están ocupados, en lo preciso, y forzoso, y aun algunos con las cargas duplicadas, y triplicadas, segun aprieta a vezes la necesidad, y en conclusion no ay Religioso vacante para emprender impresiones, y estar atado al banco de la Imprenta, pues primero es lo obligatorio, que lo libre, y voluntario, y las obras necesarias, que las de supererogacion, en cuyo predicamento ponen los desta tierra los libros, diziendo ser *escusadas*, pues nos podemos passar con los que vienen de Europa, aunque miren las cosas desde lexos. Pues no se ha de quedar en el tintero el reparo de las dichas palabras, aunque miren las cosas desde lexos, porque es la razon total de solicitar la impresion de aqueste libro, que no mira las cosas desde lexos (en que ay las paralaxes del Astrologo) sino que las mira, y toca muy de cerca; y esto baste, pues que me doy a entender. A esta falta de Religioso, que pueda entender en sus impresiones, se le arrima otra plaga no pequeña contra los tristes papeles desta nuestra Prouincia, y es la impericia de nuestros Impressores, que comparados con los de Europa, tienen tanta diferencia entre si, como las Hebreas, y Egipcias: y en esto consistia la diferencia entre otras cosas, en que las Hebreas tenían pericia para partear, de là qual carecian las Egipcias, como lo dixeron las comadres de Egipto a Pharaon: *Non sunt Hebrae sicut Aegyptiae mulieres, ipsa enim obstetricandi habent scientiam*. Pues esta misma diferencia ay entre estos Impressores, y assi se puede dezir no son estos como aquellos, ni aquellos como aquestos: *Non sunt Hebrae sicut Aegyptiae*. Los Impressores de libros de la Europa, tienen pericia para partearlos: *Obstetricandi habent scientiam*, y assi facan a luz cada dia tantos bien logrados partos de los ingenios, y los de acá por su impericia (Indios en fin vozales) ò nos encaminan mal los partos, ò nos los hazen todos abortivos, conque si se ha de imprimir alguna obra, ha de asistirles vn Religioso, y no los ay de sobra en la Provincia. Por dichas faltas, pues, de dineros, que allanen la impresion, de Religioso, que la emprenda, ó asista, y de estos pessimos Impressores se han malogrado, y malogran cada dia tantos escritos nuestros, que, ò ya de puro vsados, como dezia Dauid del ceñidor, ò correa: *Sicut Zona, qua semper praecingitur*; ó ya de puro comidos de la polilla, como dezia Job de los vestidos: *Quasi vestimentum, quod comeditur à tineâ*, assi se han consumido, y se vãn consumiendo en nuestras celdas, y librerias; y a esta misma fortuna de los demás está condenado aqueste libro del M. R. P. Fr. Juan de Paz. Pues qué motivo mas tierno puedo poner ante los ojos de VV. PP. M. RR. para inclinar su piedad a la impresion? Buelvo a las niñezes de Moyfes. En la cestilla de mimbres, en que estava, por orden de la Infanta de Egipto fue llevado a su Real presencia; y viendo en ella vn tierno, y lloroso niño Hebreo, quanto toda se hizo a lastima, y ternuras: *Miserata eius*, y explicando el motivo desta lastima, dixo tierna, y compassiva: *De infantibus Hebræorum est hic*. De los niños Hebreos es aqueste (esto es) de los desahuzados de la vida, y condenados a muerte. Y fue este motivo tan eficaz, que no solo le hizo gracia de la vida, sino que emprendió su criança, poniendole (sin saberlo) en los mismos brazos de su madre, y diziendola: toma, y criame este niño, y yo te daré

Exod. 1.

Psal. 108.

Job 13.

Exod. 2.



ré la paga de contado: *Accipe, & nutri mihi, & dabo tibi mercedem tuam.* Tanto como aquesto la movió ver aquel niño desvalido, y destinado a la muerte: *De infantibus Hebraeorum est hic.* M. R. R. PP. todos los tristes escritos de esta nueſtra Provincia eſtán relaxados a la polilla, deſafuziados de la impreſſion, y conde- nados a muerte no menos, que del olvido, y eſte libro del M. R. P. Fr. Juan de Paz, es vno dellos: *De infantibus Hebraeorum est hic.* Qué motivo mas tierno ſe puede proponer a la piedad? Y ſi la de VV. PP. M. R. R. no le ampara, no ay ſi- no abrirle la ſepultura. Mas recurro, y apelo al amor de madre, conque le mira eſſe Noble Colegio por razon de ſu Autor, en cuyo nombre les pido, ſe ſirvan de acoger eſte niño, y ſacarle de los pañales de la Infancia, y mantenerle a ſus pechos hasta la edad adulta de la impreſſion: *Accipe, & nutri nobis.* No porque yo conſidere a alguno de VV. PP. M. R. R. ocioſo, ò divertido (antes ſi en muy ſuperiores empleos) ſino porque aviendo voluntad para emprenderla, les ſobra- rán los medios para el ajuſte, y execucion. Y pues (tegun tengo entendido) ha de ſer eſta obra en tanto vtil del bien comun, acudirà el Señor con la paga de con- tado: *Et dabit tibi Dominus mercedem tuam.* El qual guarde, y proſpère a VV. PP. M. R. R. y eſſe iluſtre Colegio para bien comun de la Chriſtiandad, luſtre de nueſtra Sagrada Religion, y bien deſta Provincia. En eſte Convento de N. P. S. Domingo de Manila, y 20. de Mayo de 1682.

De VV. PP. M. R. R. humilde hijo, y ſiervo.

Fr. Francisco de Acuña.

APRO-

APROBACION DEL INSIGNE COLEGIO MAYOR  
de Santo Thomàs de Sevilla.

**P**Or comiſſion, y mandato del M. R. P. M. Fr. Bernardo Latano, Reſtor deſte Co- legio Mayor de Santo Thomàs de Sevilla, hemos viſto, y examinado eſte libro intitulado: *Consultas, y resoluciones morales* del M. R. P. M. Fr. Juan de Paz, hijo na- tivo del Real Convento de S. Pablo de Cordova, y deſpues Colegial deſte Ma- yor Colegio, a quien el zelo de la ſalvacion de las almas, y propagacion de nueſ- tra Santa Fè Catolica ſacò (no ſin Divina inſpiracion) de ſus proprias conveniencias, bol- viendo las eſpaldas a toda ſu ſangre, y parentela, para llevarlo a ſer grande en aquel nuevo mundo, y nueva Chriſtiandad de las Islas Filipinas, qual otro Abrahan: *Egredere de terra tua, & de cognatione tua, & faciam te crescere in gentem magnam.* Gen. 12. donde lo ha hecho Dios grande, aſſi en virtud, como en letras en aquella Religioſiſſima Provincia, conſervando en ella el nativo candor de la Regular Obſervancia, ſin que ſe aya marchitado el freſco verdor con que fue plantada. Y grande ſe ha hecho con los continuos afanes en la tarea inſatiable de ſus eſtudios, de los quales es lengua eſte preſente libro, aun quando lo callaran quantas vienen de aquellas remotiſſimas partes, que a vna voz le aclaman el oraculo de las Filipinas.

Quiſieramos en eſta parte no ſer parte, por no contravenir al conſejo del Sabio, Prov. 27. *Laudet te alienus, & non os tuum.* Y es aſſi, que parece deſaliño de la alabança el gaſtarla en coſa tan propria, como es en vn hijo deſte Inſigne, y Mayor Colegio, en cuyos credits en- tra a la parte como intereſado. Pero que? dexarèmos por eſſo de dezir la verdad? Eſſo no, que no toda paſſiõ diſminuye el merito, ſino ſolo aquella, que antecede a la razon, no empe- ro la que la ſigue, como criada a ſu ſeñora. Aſſi lo enſeña nueſtro Ang. Doct. q. 3. de malo, art. 11. y ſin duda a eſte viſo lo mirava el meliſſuo Doctor S. Bernardo en la Epift. 35. quan- do dixo en ocaſion, que pudiera ſer tenido por apañionado: *Quid enim hoc amoris, imo fu- roris fuiſſet opus utile, & laudabile, ubi nihil, niſi quod ſana fidei, quod doctrina ſaluberrima, quod edificationis ſpiritualis eſt temerario damnare iudicio?* Como ſi dixera: Por ventura lo que en ſi contiene tan ſaludable, y vtil doctrina, perderà porque lo grite la paſſion? ò podràſe conde- nar de juizio temerario lo que por ſi miſmo eſtá calificado? Hable el libro en la ocaſion preſente: *Et ipſe de ſe loquatur.*

La ſolidez de las reſoluciones, y doctrinas deſte Autor, acompaña de tanta erudicion, aſſi en Theologia Moral, como en Derecho Canonico, Civil, y leyes de nueſtra Eſpaña, es digna de toda ponderacion; porque ſi le buſcamos Theologo, le hallarèmos a cada paſſo em- brazando el eſcudo de la doctrina del Angelico Doctor; ſi le miramos Canonista, ninguno con mas expedicion deſembuelve los textos del Derecho Canonico, y Bulas Pontificias; ſi le queremos Jurista, parece, que no ſe ha empleado en eſtudiar otra coſa, pues tan in promptu tiene las leyes Civiles, y de Eſpaña, con tan clara inteligencia dellas, que con muy juſta ra- zon ſe le remitian a menudo por orden de aquel ſupremo Senado pleytos bien intrincados, para que en ellos dieſſe ſu parecer; y tan bien fundado, que no parece ay mas que deſſear: de fuerte, que la doctrina deſte Autor parece vn Manà, que ſabe a todo: y lo que no es fa- til de reconocer, es, qual es lo que mas predomina, pues en todo ſe halla tan igual. Pregun- tado Mirandulano por ſus amigos, como ſe refiere in *Teatro vite humanae*, tom. 4. p. 2. fol. 25. que ſentia de Philipo Beroaldo? Reſpondió aquella cèlebre ſentencia: *Beroaldum ſibi vivam quandam, ac loquentem videri Bibliothecam.* Tanta era la vniverſalidad de noticias deſte Au- tor: y no parece menos la del nueſtro en el preſente libro, pues parece vna Biblioteca com- pueſta de varias facultades, a quien vienè a proposito el diſtico de Juan Audoeni, lib. 3. epig. 9.

*Nulla tua par Bibliotheca eſt altera nulla*

*Ingenio par eſt Bibliotheca tuo.*

Pues ſi miramos a la probabilidad de ſus conſclusiones, lo hallarèmos ſiempre tan de parte de la verdad, que no ſe puede negar, que es ingenio enamorado della, y que no ſe paga de ſoſi- terias, ò de opiniones, que no tengan muy ſolido fundamento. Y ſin duda es eſta la mayor alabança de vn entendimiento, abrazaſe con ſu objeto, que es la verdad; porque buſcar lo futil ſin lo ſolido, es lo miſmo que texer telas de araña. Aſſi lo eſcrivia Stroboe, ferm. 80. que Arifton: *Dialecticorum sermones araneorum telis: ut qui ſubtiles admodum, ſed inutiles eſſent.*

Deſta

Esta tela suelen vestir algunos ingenios, haziendo gala de la futil novedad; siendo assi que esta tan lexos de serlo, que assi como es culpa de la voluntad el pagarle del bien aparente, abandonando el verdadero; assi tambien es tacha del entendimiento seguir la verdad aparente, dexando la cierta, o por lo menos la que tiene mayores fundamentos para serlo: y para esto no es menester mucha habilidad, sino vn poco de intrepidez, y perderle el respeto a vn principio cierto, o a vna verdad asentada; assi lo ponderaba el doctissimo Maestro Fr. Pedro de Lorca en el Prologo de su primer tomo in 1.2. *Quod autem nec verum, nec solidum est, ingeniosum, aut eruditum esse, qui poterit? Vt mundum novis opinionibus repleas (crede mihi) non tam opus est ingenio, aut eruditione, quam ingenij audacia, & libertate, ab his ergo mentem avertito.* Muy bien cumple con este contejo la erudita modestia de nuestro Autor, declinando estremos perniciosos, y caminando a passo llano por la senda segura, y trillada de los mas claficos, y antiguos Autores; de fuerte, que aunque la aplicacion es nueva por la novedad de la materia, los principios generales en que ectriva son asentados, y comunes, o ya sea de Theologia, o ya de Canones, o Leyes, imitando en esto a la aveja, como nos enseñó aquel Principe de la Filosofia Moral Seneca, Epist. 84. *Apes debemus imitari, & adhibita ingenij nostri cura, & facultate in unum saporem. v. v. illa lib. mēta confundere: ut etiam si apparuerit unde sumptum sit; aliud tamen esse, quam unde sumptum est appareat.* De fuerte, que siendo las mas resoluciones de materias nuevas, son sacadas de principios antiguos.

Quede pues cierto, y explicado nuestro dictamen acerca de estos escritos, que son merecedores de ver la publica luz, por vtils, eruditos, solidos, y conformes a la pureza de la doctrina Catolica de nuestra Madre la Iglesia, y conformes a las buenas costumbres, y que seran muy en servicio del bien comun, para enseñanza de aquellos remotissimos pueblos en los tratos, y contratos, que alli se practican, y en muchos de nuestra España, que tambien le tocan: y cerremos la censura alentando al estudioso lector para que los lea, si quiere aprovechar a si, y a los demás pueblos de aquella Christianidad, aplicando en parte el elogio del gran Bernardo.

*Quod si forte pio iuvat indulgere labori,  
Et populos Christi iussa docere rudes,  
Hic documenta tibi varias spargenda per vrbes  
Collige, quas hic meliora dabit.*

Assi lo sentimos en este Colegio Mayor de S. Thomàs de Sevilla, 16. de Abril de 1687.

Fr. Pedro de Cueto,  
Maestro.

Fr. Domingo Linares,  
Maestro y Regente.

Fr. Bartolomè Bravo,  
Maestro y Cathedr. de Pri.

Fr. Juan Ponce, Maestro  
y Cathedr. de Moral.

Fr. Francisco Jimenez,  
Maestro y Cathedr. de Escrit.

#### LICENCIA DE LA RELIGION.

EL Maestro Fr. Manuel de Santo Thomàs, Prior Provincial desta Provincia de Andaluzia, Orden de Predicadores: por la presente, y por la autoridad de mi oficio, doy licencia al Padre Fr. Fernando Pineda, morador de nuestro Real Convento de San Pablo de la Ciudad de Sevilla, para que guardando las Pragmaticas de estos Reynos, pueda imprimir vn libro, cuyo titulo es: *Consultas, y resoluciones morales*, compuestas por el M. R. P. M. Fr. Juan de Paz, de la Provincia de Filipinas, Orden de Predicadores, precediendo el examen, y aprobacion de nuestro Colegio Mayor de Santo Thomàs de Sevilla, a quien por esta le doy comission para que examine dicho libro; en fe de lo qual lo firmé, y mandé sellar con el sello pequeño de nuestro oficio. Dada en nuestro Real Convento de San Pablo de Sevilla en primero de Junio de mil seiscientos y ochenta y siete años.

Fr. Manuel de Santo Thomàs,  
Prior Provincial.

Lugar X del sello.

Por mandado N. M. R. P. Provincial.

Fray Pedro Genestrosa,

Pres. y compañero.

Reg. fol. 7.

APRO-

#### APROBACION DEL M. R. P. M. Fr. JUAN DE CASTILLA, Calificador del Santo Oficio, Examinador Synodal, Castodio, y Vicario Provincial del Orden de nuestra Señora del Carmen de la Provincia de Andaluzia.

DE orden, y comission del señor Doctor Don Lorenzo Folch y Cardona, Provisor, y Vicario General deste Arçobispado de Sevilla, he visto el libro de Consultos, q̄ compuso el M. R. P. M. Fr. Juan de Paz, del Orden de S. Domingo, Colegial que fue del insigne Colegio Mayor de Santo Thomàs de Sevilla; y sujeto, que floreció en el noble Pais de Vniversidad tan illustre en letras, y virtud, por mas que corra defabrido el ayre de la censura, no podrá descomponer, ni ajur flor, ni hoja de sus doctos Consultos; porque en casa del Angel Doctor halla las flores, y las hojas, que se abren a la luz de su celestial doctrina, son firmes, y tazonados frutos de los mas seguros aciertos: *Neque enim fas erat, ut quem familia tanta produxit, sententia nostra in eo corrigendum aliquid inveniat.* Casiodor. lib. 9. var. Epist. 22.

Aftanga el Autor sus resoluciones en los polos de ambos Derechos contra la esperanza de Ferro Manrique, que afirma en sus questiones Vicariales, que los Theologos corren poco en sus resoluciones por tener debiles los pies; atribuyendolo a la ignorancia, que padecen del Derecho Civil, y Canonico: *In rebus moralibus, que ab illo iure dependent, minus tardice, & solide pedes ponunt Theologi.* q. 109. nu. 8. Pero yo digo, que será esto en los Consultos; que ni andan, ni corren con los pies de la doctrina del Angel Thomàs, porque sus pies no solo son pies derechos, sino que son los mismos derechos sus pies, como no contenta el mismo Manrique, sendo tan mal contentadizo. q. 91. n. 7. Al fin pies de misterioso Buey, simbolo de la rectitud, que a no ser assi, la Carroza Soberana del rectissimo Tribunal de Dios no caminara en pies semejantes: *Pedes eorum pedes recti, & planta pedis eorum quasi planta pedis vituli?* Ezechiel. cap. 1.

Sirve, pues, de pauta a estos Consultos la doctrina del Angel de las Escuelas, y assi resuelve el Autor con notable claridad puntos bien oscuros, y dificultosos, sin perder de vista el alto fin de su profession, que manda a los hijos de Santo Domingo espende el caudal de sus muchos estudios en vtilidad de las almas: *Studium nostrum* (dize el prologo de sus Constituciones) *ad hoc debet principaliter attendere, ut proximorum animarum possimus esse vtilis,* y assi escribe como vn Angel el M. R. P. M. pues atiende principalmente a assear, y limpiar las conciencias de los fieles, que es el oficio de los Angeles, y la ocupacion de los que se crian en casa del Angel Thomàs, como succession illustre del esclarecido Orden de Predicadores, semejante en todo al Orden Hierarchico de los Espiritus Angelicos, como refiere Laurencio Surio. 5. Aug. in vit. D. Dom. lib. 2. cap. 12. *Angelico orani similitudinem.* Siendo este el especialissimo cuydado, que assiste a vnos, y otros: *Purgat instar Angelorum immunditiam peccatorum, &c. illuminat infidelium, & insipientium ignorantiam, sententiam saluarem docens.*

Deste otro mundo viene corriendo este libro para enriquezer el nuestro con el oro precioso de sus Consultos, encerrando tan gran tesoro de doctrina, que bastara su riqueza para que la Religion grande del grande Domingo fuera la Flota Real de Salomon, que venia de las Indias para enriquezer su mas dilatado Imperio. *Clasis Salomonis est ordo Predicatorum;* dize Hugo Cardenal in cap. 20. 2. Paralipom.

Llega finalmente el tesoro deste libro a tomar puerto en casa del Angel de las Escuelas Thomàs, Salomon misterioso de la Iglesia, dedicandole su riqueza toda; q̄ aunque resuelve el docto Caramuel, que los libros se dedican a los hombres mas por vso, que por obligacion: *Libri dicuntur hominibus, quia sic solet fieri, non quia sic debet.* tom. 2. Theolog. rational. disp. 8. art. 2. Aun en este punto es effempcion de regla este libro, porque el pagar agradecido el Autor lo reconoce de deuda a su illustrissimo Colegio, que es cosa bien singular, como la celebró en su Trajano Plinio el mas mozo; *Debes ergo Casar, & soluis.* Con que todo se halla en estos doctos Consultos, menos cosa, que se oponga a la pureza de nuestro Santa Fe, o a la direccion de las buenas costumbres, y assi juzgo, que se debe dar la licencia, que pide para vtilidad comun, y para que Consultos tan vtils, y provechosos: *Non tantum nota-*

\*\*

smr

*sint nobis, sed etiam parata, non enim reposita esse oportet, sed in promptu: ex Seneca, Epist. 94.*  
Así lo siento, salvo, &c. En este Colegio de San Alberto de Sevilla en 26. de Mayo de 1686. años.

*El M. Fr. Juan de Castilla.*

### LICENCIA DEL ORDINARIO.

**N** Os el Doctor Don Blas de Torrejon y la Sala, Canonigo Doctoral de la Santa Iglesia Cathedral de la Ciudad de Barbaastro, Provisor, Juez Oficial, y Vicario General en esta de Sevilla, y su Arçobispado, por el Ilustrissimo, y Reverendissimo señor D. Jayme de Palafox, y Cardona mi señor, por la gracia de Dios, y de la Santa Sede Apostolica Arçobispo desta dicha Ciudad, y Arçobispado, del Consejo de su Magestad, &c. Damos licencia por lo que toca a este Tribunal, para que se pueda imprimir, è imprimir vn libro cuyo titulo es: *Pareceres morales*, cópuesto por el M. R. P. M Fr. Juan de Paz, de la Orden de S. Domingo, y Regente del Colegio de Santo Thomàs de Manila en las Philipinas de la dicha Orden, aento a que no contiene cosa, que se oponga a nuestra Santa Fè Catholica, y buenas cottumbres, sobre que ha dado su censura el M. R. P. M. Fr. Juan de Castilla, de la Orden de nuestra Señora del Carmen, Calificador del Santo Oficio, Examinador Synodal deste Arçobispado, Vicario, y Custodio Provincial de la dicha Orden de esta Provincia de Andaluzia, a quien lo cometimos; con tal, que esta nuestra licencia, y la dicha censura, se imprima al principio de cada libro. Dada en Sevilla a treinta y vn dias del mes de Agosto de mil seiscientos y ochenta y seis años.

*Doct. Torrejon.*

Por mandado del señor Provisor.

*Juan de Tapia,  
Not.*

APRO-

APROBACION DEL M. R. P. M. Fr. FRANCISCO  
Blanco, de la Sagrada Orden de Predicadores, Predicador  
de su Magestad; su Theologo; y Calificador  
del Consejo.

M. P. S<sup>R</sup>.

**E**N obediencia del Real Orden de V. A. he leído este tratado desde su argumento hasta su conclusion, y le hallo tan lleno de seguras, y varias noticias, tan seguro en sus resoluciones, tan discurredo, y profundo, que mas parece vino a mis manos para enseñanza, que para censura. Es papel en cuyas decisiones no faltando materia de quanto puede desear el mas sabio, ò el crupuloso, no se le puede añadir palabra, que no sobre a su seguridad. Muestra su Autor en quanto resuelve, ser Maestro de la direccion en dictámenes rectos, sin que la summa distancia donde reside, le aya ocultado aun los mas recientes decretos, que discerniendo entre licenciosas doctrinas dexan practicables las mas seguras, y condenadas las peligrosas. Siendo tan varias las consultas, es privilegio especial de sus resoluciones ser tan igualmente grandes, que si la primera no excede, es porque iguala la que se sigue, siendo igual el fin con el principio. De otro libro lo dixo Seneca: *Quocumque miseris oculum, id tibi occurrit, quod eminere posset, nisi inter paria legeretur.* Corresponde el libro a la gran fama, y credito del Autor en quantas partes, le han merecido venerole por oráculo Sevilla, y quanto prometia tanta estimacion, ha desempeñado, ò excedido en esta obra, que es lo que de otra ponderaba Ovidio. *Plus hic, invenio, quam quod promiserat ille.*

Esto he dicho por obediencia, no por necesidad, a que bastava el nombre sin mas examen para la licencia, que pide para imprimir este libro, en que no solo no ay cosa opuesta a la Fè; ni a la pureza de las cottumbres; antes bien cede a mayor credito, y seguridad en lo practico, y es bien necesario en regiones donde con tanta dificultad llegan los libros, y no sobran los Maestros, ò no bastan a tanta necesidad. Así lo siento, salvo, &c. Santo Thomàs, Madrid, y Junio 5. de 1687.

*M. Fr. Francisco Blanco.*

\*\* 2

EL



# EL REY.

**P**Or quanto por parte de vos el Maestro Fray Juan de Paz, de la Orden de Santo Domingo, te nos ha representado aviades escrito vn libro intitulado *Pareceres morales*, en que aviades tenido mucho trabajo, estudio, y ocupacion, è obtenido del Ordinario permission para darle a la estampa, tuplicandonos os cõcediẽtemos licencia, y privilegio para poderle imprimir, y vender, sin que otra ninguna persona lo pudieffe hazer: y visto por los del nuestro Consejo, y como por nuestro mandado se hizierõ las diligencias, que por la Pragmatica hecha sobre la impressiõ de libros se dispone, se acordò dar esta nuestra Cedula, por la qual os damos licencia, y facultad, para q̃ por diez años primeros siguientes, y no mas, podais imprimir, y vender vos, ò la persona, que vuestro poder tuviere, y no otra alguna, el dicho libro, que original en el nuestro Consejo se viò, que và rubricado, y firmado al fin de Diego Guerra de Noriega nuestro Secretario de Camara de los que en èl residen; con que antes que se venda se traiga ante ellos juntamente con el original, para que se vea si la dicha impressiõ està conforme a èl, ò traigais tẽ en publica forma, como por Corrector por Nos nombrado se viò, y corrigiò la dicha impressiõ por el dicho original, y se tassè el precio porque se ha de vender. Y mandamos al Impressor, que imprimiere el dicho libro, no imprima el principio, y primer pliego, ni entregue mas, que vno solo con tu original al Autor, ò persona a cuya costa se imprimiere para efecto de la dicha correccion, hasta que antes, y primero estè corregido, y tatlado por los del nuestro Consejo; y estando, y no de otra manera, puedan imprimir el dicho principio, y primer pliego, y segundo, a donde se ponga esta nuestra Cedula, y la aprobacion, que cerca dello se hizo por nuestro mandado, y la tasa, y erratas, pena de caer, è incurrir en las penas contenidas en las leyes, y Pragmaticas destos nuestros Reynos, que sobre ello disponen. Y mandamos, que ninguna persona sin nuestra licencia pueda imprimir el dicho libro; y si lo hiziere, aya perdido, y pierda todos, y qualesquier libros, moldes, y aparejos, que dellos tuviere, y mas incurrir en pena de cinquenta mil maravedis, la tercia parte para la nuestra Camara, y la otra tercia parte para el Juez, que lo sentenciare, y la otra tercia parte para el denunciador. Y mandamos a los del nuestro Consejo, Presidente, y Oydores de las nuestras Audiencias, Alcaldes, Alguaziles, de la nuestra Casa, y Corte, y Chancillerias, y a todos los Corregidores, Asistente, Governadores, Alcaldes Mayores, y Ordinarios, y Juezes, y Justicias qualesquier de todas las Ciudades, Villas, y Lugares destos nuestros Reynos, y Señorios, y a cada vno en su jurisdiccion, que os guarden, y cumplan esta nuestra Cedula, y lo contra en ella contenido no vayan, ni passen, ni consientan ir, ni passar en manera alguna pena de la nuestra merced, y de diez mil maravedis para la nuestra Camara. Fecha en Madrid a ocho dias del mes de Junio de mil seiscientos y ochenta y siete años. YO EL REY. Por mandado del Rey nuestro señor. Antonio de Zupide y Aponte

## T A S S A.

**D**iego Guerra de Noriega, Secretario de Camara del Rey nuestro señor de los que residen en el Consejo, certifico, que aviendose visto por los Señores del vn libro intitulado: *Pareceres morales*, escrito por el Maestro Fray Juan de Paz, de la Orden de Santo Domingo, que con licencia de los dichos Señores ha sido impresso, tassaron a seis maravedis cada pliego, y el dicho libro parece tiene ciento y ochenta y quatro pliegos sin principios, ni tablas, que al dicho respeto monta mil quatrocientos y setenta y dos maravedis, y al dicho precio, y no mas mandaron se venda el dicho libro, y que esta certificacion se ponga al principio de cada vno, para que se sepa al precio a que se ha de vender. Y para que conste doy la presente en Madrid a veinte y tres dias del mes de Junio de mil seiscientos y ochenta y siete años.

Diego Guerra de Noriega.

FE

## FE DE ERRATAS.

- |   |   |
|---|---|
| Pag. 32. col. 1. lin. 52. distinctione, <i>lee</i> distinctione.          | Pag. 256. col. 1. lin. 36. relegiosis, <i>lee</i> relegiosus.               |
| Pag. 43. col. 1. lin. 16. S. H., <i>lee</i> de S.H.                       | Pag. 256. col. 2. lin. 20. Romani Pontifices, <i>lee</i> Romani Pontificis. |
| Pag. 48. col. 2. lin. 13. que por, <i>lee</i> porque.                     | Pag. 259. col. 1. lin. 10. velceribus, <i>lee</i> vesceris.                 |
| Pag. 50. col. 2. lin. 30. 60. <i>lee</i> 69.                              | Pag. 261. col. 1. lin. 43. sufficiat, <i>lee</i> sufficiat.                 |
| Pag. 81. col. 1. lin. 31. hospis, <i>lee</i> hospes.                      | Pag. 16. col. 2. lin. 15. contutus, <i>lee</i> contutus.                    |
| Pag. 86. col. 1. lin. 24. prorata, <i>lee</i> prorata.                    | Pag. 279. col. 2. lin. 30. mala parte, <i>lee</i> mala nota.                |
| Pag. 124. col. 1. lin. 26. cum satisfacti, <i>lee</i> cum sint facti.     | Pag. 282. col. 2. materimo, <i>lee</i> matrimonio.                          |
| Ibidem non probabatur, <i>lee</i> non probatur.                           | Pag. 283. col. 1. lin. 20. faitasse, <i>lee</i> faitasse.                   |
| Pag. 127. col. 1. lin. 54. es tiempo, <i>lee</i> es en tiempo.            | Pag. 291. col. 1. lin. 32. intelegi, <i>lee</i> intellegit.                 |
| Pag. 131. col. 2. lin. 14. commiti, <i>lee</i> committit.                 | Pag. 293. col. 1. lin. 15. adeò, <i>lee</i> a Deo.                          |
| Pag. 171. col. 2. lin. 12. y dehabilidad, <i>lee</i> y de inhabilidad.    | Pag. 297. col. 1. lin. 8. culpem, <i>lee</i> culpa.                         |
| Pag. 173. col. 1. lin. 49. emplo, <i>lee</i> exemplo.                     | Pag. 318. col. 2. lin. 34. fit, <i>lee</i> si.                              |
| Pag. 187. col. 2. lin. 7. intuentur, <i>lee</i> intuetur.                 | Pag. 336. col. 2. vlt. maneat, <i>lee</i> maneat.                           |
| Pag. 193. col. 1. lin. 29. petencion, <i>lee</i> retencion.               | Pag. 340. col. 1. lin. 39. encargadole, <i>lee</i> encargadole.             |
| Pag. 199. col. 1. lin. 44. vn nombre, <i>lee</i> vn hombre.               | Pag. 343. col. 2. lin. 43. llenar, <i>lee</i> llevar.                       |
| Pag. 207. col. 2. lin. 28. sciente, <i>lee</i> scienti.                   | Pag. 478. col. 1. lin. 26. entriegue, <i>lee</i> entriegue.                 |
| Pag. 217. col. 2. penalt indeginti, <i>lee</i> indegenti.                 | Pag. 484. col. 1. lin. 24. moscabare, <i>lee</i> menoscabare.               |
| Pag. 222. col. 1. lin. 8. meræ, <i>lee</i> mera.                          | Pag. 496. col. 2. lin. 22. se la compara, <i>lee</i> se la compra.          |
| Pag. 224. col. 2. lin. 39. si plena, <i>lee</i> y plena.                  | Pag. 509. col. 2. lin. 26. ad nutandum, <i>lee</i> ad mutuandum.            |
| Pag. 238. col. 2. lin. 33. recipientes, <i>lee</i> recipientis.           | Pag. 518. col. 2. lin. 23. oblatum, <i>lee</i> ablatum.                     |
| Ibidem non esse, <i>lee</i> non esset.                                    | Pag. 521. col. 2. lin. 4. qui erant, <i>lee</i> qui errant.                 |
| Pag. 246. col. 2. lin. 10. necessitatis, <i>lee</i> necessitas.           | Pag. 11. col. 2. lin. 56. no fera vfura, <i>lee</i> fera vfura.             |
| Pag. 247. col. 1. lin. 22. adjurare, <i>lee</i> adjuvare.                 | Pag. 531. col. 1. lin. 38. mentire, <i>lee</i> mentiri.                     |
| Pag. 250. col. 1. lin. 41. Religion, <i>lee</i> Religiosa.                | Pag. 683. col. 2. lin. 28. quæ hærenda, <i>lee</i> quæ gerenda.             |
| Pag. 253. col. 2. lin. 7. constringia, <i>lee</i> constringet.            | Pag. 697. col. 1. lin. 52. dotales, <i>lee</i> dotadas.                     |
| Pag. 254. col. 2. lin. 19. non liceret aliuis, <i>lee</i> non licere.     | Pag. 295. col. 1. qeneret, <i>lee</i> genere.                               |
| Pag. 255. col. 2. lin. 5. aut conuenientis, <i>lee</i> aut conuencientes. |   |

Este libro intitulado: *Consultas, y Pareceres*, escrito por el M.R.P.M. Fr. Juan de Paz, de la Orden de Santo Domingo, advirtiendo estas erratas corresponde a su original. Madrid, y Junio 23. de 1687. años.

Don Martin de Ascarza,  
Correct. Gen. por su Mag.



PRO.

## PROTESTA DEL PADRE Fr. FRANCISCO de Acuña.

**P**rotesto a todos los que pasaren los ojos por los pareceres deste libro, que entera, y cumplidaméte los sujero a la correccion de nuestra Santa, y vniversal Madre la Iglesia, porque assi me lo mandò el M.R.P.M.Fr. Juan de Paz su Autor, que en su nombre los pusiera ( como los pongo con el rendimiento debido) debaxo de sus pies. Y protesto assimíto, que no les he añadido, ni quitado cosa alguna, sino solo las circunstancias, que podian manifestar la persona, que proponia la consulta, y en especial la de los nombres, poniendo todos los pareceres en cabeza de Pedro, Juan, ò Francisco, &c. no obstante, que la humildad del Autor me avia dado poder, y facultad muy cumplida para tajar, y cortar quanto fuesse mi agrado; y no obstante tambien las suplicas de algunos, que viendo lo dilatado de algunos pareceres, me hizieron instancias repetidas, rogan dome los ciñesse, y ahorrasse de algunos, que llamaban parrafilos, a quienes me fue imposible obedecer, no por falta de voluntad ( que ya esta estava de parte de su dictamen ) sino porque al llegar a tantear el paño, jamás le pude hallar por donde entrar la tijera, pues por qualquier giron que le queria quitar al parecer, me parecia al instante, que todo quedava deshecho, y destruido; y esta doy por mi respuesta, apoyada en aquel verso del Psalmo 21. *Diriserunt sibi vestimenta mea, & super vestem meam miserunt sortem.* Donde averiguan los Expositores Sagrados la causa de averse dividido los vestidos comunes del Salvador, pero no la tunica inconfutil. Mucho levantò aqui en el sentido mystico el pensamiento, y devocion de S. Atanasio: *Serm. de Pass. & Cruc. Domin. tom. 3.* Mas en el sentido literal diò sin duda en el blanco el Incognito: *Super hunc Psalm.* Y segun su sentir, y la verdad, es la causa, que los vestidos comunes del Salvador eran hechos de diversos pedazos, y no porque se apartava vno de otro quedava por esto todo destruido. Mas la tunica inconfutil era toda de vna pieza, texida de alto abaxo a manera de red: *Reticulata* ( idest ) *facta in modum retis*, y estavan entre si tan vnidos, y entreverados sus hilos, que era imposible meter el cuchillo por qualquiera parte della; sin que quedasse toda deshecha, y destruida, y por esto los otros vestidos se dividieron, y no le dividió, sino le torció la tunica inconfutil *Et idco* (dize el Incognito) *quia illa tunica reticulata erat, dividi non poterat, ut alia Christi vestimenta, quia zota destrueretur. Propter quod non diriserunt, sed sortes miserunt, cuius esse deberet.* No quifiera cortar a nadie de vestir, mas sin embargo ( y sin lastimar a alguno en particular ) al modo de los vestidos del Salvador ay dos maneras de escritos, que se dan a la estampa, vnos comunes, ò hechos de diversos pedazos, y no porque le quitamos alguno ( tal vez proprio, tal vez ageno ) pierden por esto alguna reputacion, ò queda por esto todo destruido. Mas qualquiera de los pareceres deste libro es vna obra de red ( que es la segunda manera de escritos: ) *Reticulata, facta in modum retis*, y por consiguiente están tan bien hilados, y vnidos sus parrafos entre si, ò tan ajustados al intento ( qui potest capare, capiat ) que me pareció no imposible, mas difícil echar la tijera a alguno dellos, sin quedar toda la pieza deshecha, y destruida, y por esto no les quité cosa alguna. *Et idco, quia reticulata erat, dividi non poterat, quin tota destrueretur.*

### DISTRIBUCION DE LOS PARECERES.

**L**A restitucion, que segun nuestro Angelico Doctor Sauto Thomàs en su 2.2. q. 62. art. 1. es vn acto de la justicia commutativa, por el qual ponemos de nuevo a cada vno en el dominio, ò possession de sus cosas, tiene dos raizes, ò principios de que nace, y sobre que apoya la maquina de su peso, y obligaciones; es a saber, la recepcion, ò la cosa, como lo dize el mismo S. en el lugar citado, art. 6. in corp. y Cayetano alli, y en su Summa. De fuerte, que toda restitucion, ò se debe hazer por la antecedente recepcion de la cosa, ò por razon de la cosa recibida, ò por ambas razones juntas, y toda otra causa, titulo, ò razon se reducen a estas dos, advirtiendo con Cayetano in summa, que debaxo del nombre de recepcion en-

tendemos aquel acto, con que, ò se recibe la cosa en realidad de verdad, como en las compras, y ventas, ò se haze algun daño a otro, como en la detraction, y homicidio; porque el que quita la vida, ò fama a alguno en el hecho, ò ( como dize el Theologo ) *in actu exercitio*, vtiurpa, y recibe aquellas cosas pues, vta dellas, como si tuviera su dominio, y señorio; donde se ve claramente, que ay dos maneras de recepcion; la vna justa, y regulada por el nivel de la justicia: pone el exemplo Cayetano in Sum. en los contratos, diziendo: *Sicut per mutuum, aut emptionem, &c.* La otra injusta, y opuesta a la justicia, y razon, como el hurto, ò homicidio. Es tambien de advertir, que debaxo del nombre de la cosa entendemos tambien su precio, ò valor, porque este sustituye, y entra en lugar de la cosa, y tambien sus frutos; pues en orden a la restitucion no ay diferencia entre los frutos, y arbol de la cosa, que los lleva: la qual, ò su valor, ora se possée con buena, ò con mala fé, siempre se deben restituir, y entregar a la persona a quien toca, si por algun titulo, ò camino no se escusa de deudor de aquesta carga, ya sea por permiso del dueño, ya por detrimento de bienes de orden superior, ya por prescripciones del Derecho, ya por impotencia, ò otras causas semejantes.

Con esta suposicion llegando aora a ordenar el caos de los pareceres, y ponerlos, y acomodarlos en algun lugar, los distribuyo, y ordeno en ocho Clases desta fuerte. Pongo en la primera los pareceres de restitucion por causa de la justa recepcion de la cosa, donde van todas las que tocan a contratos; no solo los que tienen la obligacion por ambas partes, y llaman los Doctores *utro, & citro* obligatorios, como empreritos commodatos, compras, ventas, y otros tales, si se hazen como se deben hazer; sino tambien los obligatorios por la vna parte solamente, como las donaciones, fideicommissos, y promessas.

En la segunda Clase pongo los pareceres tocantes a la injusta recepcion de la cosa, que como tengo ya apuntado, es toda accion contra justicia, por la qual hazemos al proximo algun daño en vida, honra, fama, &c. como hurto, detraction, &c.

En la tercera pongo los pareceres de restitucion por causa de la cosa recibida, y posseda con buena, ò con mala fé, y de su precio, ò valor.

Y porque estando liquidada vna deuda, puede aver dificultad sobre la persona a quien se debe hazer la restitucion, pongo en la quarta los pareceres tocantes a la persona a quien se debe hazer la restitucion, y los del modo de componerse por la Bula, quando es el dueño incierto.

En la quinta los de compensaciones, y commutaciones de deudas, pues constando la persona a quien se debe, y estando la deuda manifesta, se puede el deudor compensar con lo que le debiere el acreedor.

En la sexta, para entera noticia de lo dicho, y otras circunstancias que tiene esta materia de restitucion, pongo muchos pareceres, segun que tocan a diversos officios, para que viendo cada vno el titulo del suyo, vea tambien sus obligaciones, y si quiera estos lea, y mire con cuydado.

En la septima pongo los pareceres de testamentos, albaccazgos, herencias, partijas de bienes, mandas, y obras pias de los difuntos, como cosas en fin que se suelen dexar allà a los vltimos tercios de la vida.

Y vltimamente en gracia de los señores Hermanos de la Mesa de la Santa Misericordia, a quienes desicamos servir, en la octava pongo todos los pareceres, que les ha dado el Autor, por dos causas. La primera, porque aunque no todos, casi todos son dependencias de testamentos de difuntos, que con Christiana liberalidad les franquearon sus haciendas para el noble empleo de su piedad. Y la segunda, porque no solo en estas partes, donde en tanto vtil del bien comun esta Santa Mesa, sino tambien en todas las del orbe, donde llegare este libro, conste a todos el generoso exercicio en que se ocupa la rectitud de su intencion, y lo escrupuloso, y limpio de su recto proceder.

TABLA

TABLA, Y EXPLICACION DE ALGUNOS VOCABLOS  
Indios, y Chinos Españolizados, que se hallarán esparcidos  
en muchos de los pareceres deste primer tomo, y  
vân puestos segun nuestra corrupta  
pronunciacion.

A.

Arraes, es el Piloto.

B.

Balsa, es vn haz grande de cañas, y balsa se llaman tambien la maquina, que dellas se haze, para traer por agua las maderas, y en este sentido se toma en el parecer.

Banca (de que se habla en el parecer diez y siete) es vna embarcacion de los Indios.

Bandala (que es la triste langosta de quatro siembran, y cogen los miserios Indios) es vna cõpra, que hazen los ministros del Rey, de los generos, que rinden las Provincias para el abasto de los Reales almacenes.

Bilangos, lo mismo que Alguaziles, ò corchetes.

C.

Caban, es la medida mayor de las cosas en granel, a manera de vna arca mediana, que por vn cabo tiene la boca mas dilatada, que el suelo, ò asiento, para que despida con mas facilidad lo que se mide. Ay caban de doze, ay de quinze, y ay de veinte y cinco gantas. Es la ganta la medida menor de las cosas en granel, al modo de vn caxon perfectamente quadrado, q haze tãto como medio celemin.

Carahayes son vnas vasijas grandes de azero, que traen de la China, y hazen el officio de los peroles, y calderos de España.

Caçes (de que se habla en el parecer diez y siete) son vnas cañas grandes, que de popa a proa ponen los Indios en los costados de sus embarcaciones por la parte de afuera, para que no se ladeen, y vayan seguras.

Cabeza de barangay, es el Indio noble, a cuyo cargo està el inmediato gobierno de algun barrio, ò vezindad.

Cavite, es el Puerto principal destas Islas, y el lugar en que se fabrican los Navios.

Champan, es vn barco Chino, y Champanero es el Piloto, ò Marinero, a cuyo cargo està el Champan.

Corte, es el lugar en que se cortan maderas para fabricas de Navios, y otras obras del Rey.

Chupa es la minima medida de las cosas en granel, y haze la octava parte de vna ganta, ò medio celemin.

G.

Ganta, es el medio celemin: vease la palabra caban.

M.

Metua, es el proprio juego de los Sangleyes, ò Chinos, que en sustancia es el de pares, y nones, que juegan con vnas chapas, que es cierta moneda de vellon de la China.

P.

Parian, es la Alcaizeria en que viven los Sangleyes.

Petate, es lo mismo que estera, y sirve de mesa de juego de los Chinos, que juegan su metua sobre vn petate con dos lineas cruzadas en él a manera de aspa, en que ponen el dinero, que se aventura.

Poles, son las tareas comunes a quien deben acudir los Indios.

Principal, es el Indio noble, ò el Cabeza de barangay.

S.

Salambao, es vna red grande, armada sobre vna balsa de cañas, y madera con que se haze la pesca menuda. Y porque al tiempo del juego de los Sangleyes (que es la meneguante de Março) se pone vn petate especial para la chuíma de los Indios negros, y otros, que juegan menudo, y no sean de embarazo en los otros petates en donde se juega grueso, por esta similitud llaman esse petate salambao.

Sangleyes, son los oriundos, ò naturales de la gran China, que vienen a comerciar a estas Islas.

Servicios personales las tareas a que debe assistir el Indio personalmente.

T.

Tae, es el peso comun del oro, plata, y sedas; con esta diferencia, que si el tae es de oro, ò plata, tiene de peso diez reales de Castilla, y si es de seda, onze.

Tambobo, es la troxe, ò granero; Tambobero, el que mira por él.

TA.

T A B L A  
EN QUE SE PONEN LAS CONSULTAS  
DE LOS PARECERES DESTE LIBRO.

CONSULTA PREAMBLA.

Sobre si en el fuero contencioso se deban admitir pareceres de hombres doctos. Pag. 1.

PRIMERA CLASSE, EN QUE SE PONEN LAS CONSULTAS DE RESTITUCION, TOCANTES A CONTRATOS.

CONSULTA I.

Sobre si los que viuen en estas tierras puedan llevar alguna ganancia por prestar dineros, no aviendo lucro cessante, ni daño emergente. Pag. 5.

CONS. II. Sobre quanto se pueda llevar de ganancia por prestar dinero a los Indios, y morenos. pag. 6.

CONS. III. Sobre quanto se pueda llevar de ganancia cada mes por prestar dineros a los Sangleyes. pag. 8.

CONS. IV. Sobre si el que presta por tiempo determinado a vn Sangley mil pesos en plata, y recibe en prendas dichos mil pesos empleados, pueda en algun caso recibir de ganancia a 24. pesos por ciento, y demás a mas las ganancias, que tuviere el dinero, segun el uso de la tierra, todo el tiempo, que se dilata se el plazo señalado, siendo aquesto pacto entre los dos. pag. 12.

CONS. V. sobre lo que se debe hazer en vn emprestito de docientos pesos, que se prestaron a vn Sangley sobre prendas seguras, y obligaciones de ganancias, y pacto de venderse las prendas pasado el tiempo, en lo qual están discordantes las partes en orden al pacto que huvo. pag. 14.

CONS. VI. Sobre quanto se pueda llevar de ganancia cada mes por prestar a vn mercader dineros en ocasion, que ay mucha mercaderia, y poca plata. pag. 16.

CONS. VII. Sobre quanto se pueda llevar de ganancia por prestar dineros al tiempo de partirse los Champanes de China. pag. 17.

CONS. VIII. Sobre si sea licito el trato muy usado por acá de prestar dinero a los que vãn a estas Provincias, para que lo paguen en oro a como vale en dichas Provincias, y de aumentar las ganancias por la demora, con intervencion de prenda fructifera. pag. 18.

CONS. IX. Sobre las ganancias, que se puedan llevar por prestar dineros a los la-

bradores en tiempo de la siembra. pag. 22.

CONS. X. Sobre si sea licito prestar dineros a vn labrador, para que al tiempo de la cosecha pague a tres cabanes de arroz por cada peto. Ibidem.

CONS. XI. Sobre si por prestar diez cabanes de arroz, se pueda en algun caso llevar 20. cabanes. pag. 23.

CONS. XII. Sobre si por prestar dineros en tiempo en que suele valer el arroz a tres cabanes al peto, se pueda recibir en la cosecha quatro cabanes por cada peto. pag. 24.

CONS. XIII. Sobre si el que compra vnos generos, para venderlos quando valiesse mas caros, pueda entonces quando valen mas caros darlos al fiado a esse precio, para que al tiempo de la cosecha se le paguen en dineros, ò en arroz. Ibidem.

CONS. XIV. Sobre si sea licito recibir onze taes de oro por prestar 120. pesos sobre prendas seguras. pag. 26.

PRENDAS DE TIERRAS.

CONS. XV. Sobre si el que presta cantidad de dineros, recibiendo en prendas vnas tierras, que las arrienda al mismo dueño, deba restituir los arrendamientos recibidos, que exceden a la cantidad prestada, no aviendo lucro cessante. Ibidem.

PRENDAS DE ESCLAUOS.

CONS. XVI. Sobre si sea licito prestar dineros a vn moreno, con pacto de que aya de servir, sin que se le rebaxe cosa alguna de la deuda, hasta tanto que tenga con que pagarla. pag. 27.

CONS. XVII. Sobre si aviendose empeñado vna esclava en menos del justo precio, con pacto de que si en tal tiempo no la sacase el dueño, se le diese lo que restava del precio, y quedasse vendida pasado dicho plazo, se aya de tener por consumada la venta, no aviendose entregado dicho precio; y configuientemente si por el servicio de la esclava se pueda, y deba descontar algo de la cantidad prestada. pag. 29.

CONS. XVIII. Sobre si el que da prestados cien pesos sobre la prenda de vn esclavo, pueda despues de diez y siete años repetir la deuda

\*\*\*

## T A B L A D E

deuda, y cobrar esse dinero. pag. 31.

### COMMODATO.

CONS. XIX. Sobre si la persona a quien se presta vna cosa, estè obligado a pagarla en caso que se pierda sin culpa suya. pag. 33.

### DEPOSITO.

CONS. XX. Sobre si sea licito dar a corresponder los dineros, que vno tiene en deposito. pag. 35.

### ALQUILER.

CONS. XXI. Acerca de vn pleyto entre dos hermanos, sobre la venta de vna casa, y su arrendamiento. pag. 37.

CONS. XXII. Sobre si ciertos Indios estèn obligados a pagar los reditos de vnas tierras, y si ay prescripcion entre ellos. pag. 39.

CONS. XXIII. Sobre si los arrendamientos passèn a los herederos del arrendatario. pag. 43.

### CENSO, Y CAPELLANIAS.

CONS. XXIV. Que hizo el Juez Eclesiastico al Autor, acerca de vn pleyto sobre vnos censos, y sus reditos. pag. 45.

CONS. XXV. Sobre si se deban rebaxar vnas Capellanias. pag. 55.

CONS. XXVI. Sobre la tasacion de vnas Misas, y disposicion de la finca de su censo. pag. 56.

CONS. XXVII. Sobre si la limosna de las Misas de vna Capellania se pueda tasar segun el arancel del Obispado, ò necessariamente aya de ser segun la disposicion de su fundador, y si la Misa aplicada por la intencion de vna Capellania, se pueda tambien aplicar por la intencion de otra, aviendo avido mucha rebaxa en su censo. pag. 61.

CONS. XXVIII. Sobre si cierto Sacerdote estè obligado a dezir las Misas de vna Capellania, que mandaron imponer, y de que fue Capellan, aviendo perecido la Capellania sin culpa suya. pag. 71.

CONS. XXIX. Sobre si los reditos de la Capellania vacante se deban entregar al Capellan sucesor. pag. 73.

CONS. XXX. Sobre si cierto Sacerdote deba suceder en vna Capellania. pag. 74.

CONS. XXXI. Si debe perder vna Capellania el nombrado en primer lugar por la fundadora, por aver sido omisso en recibir la

colacion, por cuya omision le pone pleyto el nombrado en segundò lugar. pag. 76.

CONS. XXXII. Sobre si por admitir vno vn Obispado, queden vacantes las Capellanias, que tenia, assi aquellas a cuyo titulo se ordenò, como otras, que adquiriò despues; y assi las que piden residencia personal en distinto Obispado, como las que no las piden, y si se pueda dispensar en esto, y quien pueda dar la dispensacion, y si el Cabildo en Sede vacante pueda inovar algo acerca de esto. pag. 78.

CONS. XXXIII. Sobre si los Clerigos, Curas, y Prebendados deban restituir, si omiten el Oficio Diuino. pag. 85.

### CENSO DE POR VIDA.

CONS. XXXIV. Sobre el valor del censo de por vida. pag. 94.

### COMPRAS, Y VENTAS.

CONS. XXXV. Sobre que causas sean bastantes para que vno pueda vender la cosa mas caro de lo que le costò. pag. 96.

CONS. XXXVI. Sobre si en algun caso sea licito comprar la cosa con medida mayor, que la que comunmente se vsa. Ibid.

CONS. XXXVII. Si puede el marido vender vna casa, que dexaron por dote a su muger, con obligacion de bolverla, si la muger muriere sin hijos, y a que Juez se ha de pedir licencia para venderla, siendo Eclesiasticos el testador, que mandò dicha casa, y el Albacea, que la entregò. pag. 98.

CONS. XXXVIII. Sobre si vn padre pueda vender a su proprio hijo por esclavo. pag. 100.

CONS. XXXIX. Sobre si sea licito la venta, que en el Reyno de China hazen los Sangleyes de sus propios hijos, y si los Ministros del Evangelio, que asisten en dicho Reyno, los puedan comprar. pag. 101.

CONS. XXXX. Sobre si los Sangleyes puedan ser comprados por esclavos perpetuos. pag. 102.

CONS. XXXXI. Sobre si las hijas de las esclavas por tiempo deban ser esclavas, aviendo nacido en el tiempo de la esclavitud temporal. pag. 103.

CONS. XXXXII. Sobre si el esclavo comprado con consentimiento de su amo, pueda ser vendido de dicho su amo, no cumpliendo como debe con las leyes de su servicio, y del matrimonio. pag. 105.

CONS. XXXXIII. Sobre si el Religioso Prelado pueda vender algun esclavo de la Comu-

## L A S C O N S U L T A S.

Comunidad, sin las solemnidades del Derecho, y en especial sin el consentimiento de dicha Comunidad. pag. 108.

CONS. XXXXIV. Sobre si para vender el dicho Prelado los esclavos de la Comunidad, que tienen vicios notables, tenga necesidad de dichas solemnidades del Derecho. Item, si tenga necesidad de dichas solemnidades para vender otra qualquiera cosa no necessaria a la Comunidad. pag. 111.

CONS. XXXXV. Sobre si la venta de vna finca, sobre que estàn impuestos diversos censos, y que segun escritura otorgada se debe efectuar con noticia de todos los censuuarios, sea nulla, haziendose sin dicha noticia, y callandose en ella alguno de los censos. pag. 115.

### CONTRATO DE RETROEMENDO; Es retrovendendo.

CONS. XXXXVI. Sobre si sea licito vn trato de retrovendendo con ciertas condiciones, que intervinieron en el. pag. 122.

CONS. XXXXVII. Sobre si avrà algun camino para vsar licitamente de las casas, que por tiempo determinado se empeñan en bajos precios, sin rebaxar el valor del vsò de ellas; y si sean licitos los remates de dichas casas en tales precios: es trato que se vsa mucho en China. pag. 124.

### S I M O N I A.

CONS. XXXXVIII. Sobre si el que sin pacto alguno dà vn regalo de valor à vna persona en agradecimiento de averle presentado a vn Beneficio Eclesiastico, y con mira de que le presenten a otro Beneficio, cometa Simonia. pag. 127.

### C O M P A Ñ I A S.

CONS. XXXXIX. Qué trato sea el que en estas Islas llaman de correspondencia, y si el que lleva dinero a corresponder, pueda hipotecar en favor de Thomàs todo el empleo, que ha hecho con el dinero, que Thomàs, y otros le dieron a corresponder. pag. 129.

CONS. L. Sobre vn confuso trato de com-

pañia, y del modo de partir las ganancias en dicho trato. pag. 136.

### F I A N Z A S.

CONS. LI. Sobre si el que fiò a vno, que está ausente, cumplido el plazo, deba pagar toda la cantidad en que fiò, sin esperar a que parezca el principal deudor, y juntamente las costas del litigio, por aver negado la fiança, constando averla hecho. pag. 140.

CONS. LII. Si el fiador ha de ser obligado a pagar, aviendo muerto el principal deudor dexando herederos. pag. 141.

### J U E G O.

CONS. LIII. Sobre si sea licito poner mesa de juego, para que a ella acudan a jugar quantos quisieren. Ibid.

CONS. LIV. Sobre si sea licito poner mesa de juego, no indiferentemente para todos, sino para personas honradas, y de temor de Dios, excluyendo todo peligro de blasfemias, juramentos, &c. y sobre quanto puede llevar de ganancia el que presta cien pesos para que se ponga dicha mesa. pag. 142.

CONS. LV. Sobre si los que ganan algo en juegos prohibidos adquieran dominio de ello, y si tenga el Juez obligacion de mandar se buelva lo assi ganado, y si el Juez pueda quedarle con lo que le dieron semejantes jugadores, porque no les eche la pena de la ley. pag. 143.

CONS. LVI. Sobre quanto pueda exponer vn Religioso al juego, de suerte, que ni el peque gravemente en jugarlo, ni el que le ganare estè obligado a restitucion. pag. 148.

### C O N T R A T O , Q U E L L A M A el Derecho innominato.

CONS. LVII. Acerca de la calidad del contrato innominato, y la obligacion, que tienen los Religiosos de la Prouincia del Santissimo Rosario, en orden a los sufragios de Misas, Platerios, y Rosarios por sus Religiosos difuntos. pag. 150.



CONTRATOS DE NEGOCIACION  
de los Eclesiasticos.

CONS. LVIII. Sobre si qualquier trato en que se pueda tener alguna ganancia, les sea prohibido a los Eclesiasticos por el Derecho, ó Bula de Clemente IX. pag. 154.

CONS. LIX. Sobre si segun los Sagrados Canones del Derecho comun, y del Concilio Limenté, ó Mexicano, y las Bulas de Urbano VIII. y Clemente IX. le sea licito a vn Cura Beneficiado la labrança de vna mina de oro, ó plata acá en Filipinas. Item, si en ellas obligue el Concilio Limenté, ó Mexicano. pag. 161.

CONS. LX. Si a los Eclesiasticos es licita la ganancia, que facan comprando, y mudando la materia, que mas parece artificio, que negociacion: y si a los que huvieren incurrido en la negociacion propia, se les podrá mitigar la pena, y qual se les impondrá: y si alguno alegare, que contratò por necesidad, si se le puede dar por no comprehendido en la Bula. Y de la misma suerte, si se puede excusar de castigar con todo rigor de derecho a los Beneficiados, que han hecho falta en la residencia de sus Beneficios. pag. 170.

CONS. LXI. Sobre si a vn Eclesiastico le sea licito llevar de ganancia cada mes quatro reales de cada diez pesos, que presta sin prendas, y dos reales con prendas seguras. pag. 174.

CONS. LXII. Sobre si a vn Eclesiastico le sea licito el trato de correspondencia muy vtil por acá, de dar a vno, que vá, ó emplea para Nueva-España mil pesos, para que a la buelta de la Nao le dé quinientos de ganancia, yendo en cabeza de dicho Eclesiastico el riesgo. pag. 175.

CONS. LXIII. Sobre si vn Religioso Prelado pueda licitamente comprar acá en Indias cantidad de oro a como vale acá, en Indias, para comprar con dicho oro en España libros, y otras cosas, que ha menester para sus subditos. pag. 178.

CONS. LXIV. Sobre si la compra del oro del parecer antecedente sea negociacion prohibida por la Bula de Clemente IX. en caso, que dicho Prelado pudiese la mira en la ganancia, y este fuese el motivo de dicha compra. pag. 180.

CONS. LXV. Si el oro, y plata sin el selló Real se puede llamar dinero, ó moneda, ó mercaderia. pag. 182.

CONS. LXVI. sobre si vn Religioso Prelado a quien pagaron cien pesos en veinte

gantas de cacao, sin recaudo, a razon de a cinco pesos la ganta, pueda comprar el recaudo para vender dicho cacao a dichos cinco pesos, aviendo de valer a tres sin el recaudo. pag. 184.

CONS. LXVII. Sobre si a vn Religioso Prelado le sea licito vender vnas cadenas de oro de vna Imagen de su Conuento, quando anda el oro a subidos precios, para hazer despues quando ande mas barato, otras para el adorno de dicha Imagen. Ibidem.

CONS. LXVIII. Si a vnos Religiosos Ministros de Doctrina sea licito el trueque del vino, que compran para su gasto por otras cosas, facendo notable ganancia del trueque, como si lo comprasen a razon de quarenta y ocho gantas al peso, y en el trueque lo vendiesen a real la ganta. pag. 187.

CONS. LXIX. Si es licito llevar a los negrillos infieles vino, arroz, y hierro, por trueque de cera, y azeyte. pag. 189.

CLASSE SEGUNDA, EN QUE  
se ponen las consultas tocantes a donaciones  
entre vivos, y causa mortis.

CONS. I. Sobre si la donacion con condicion mental, ó sin aceptacion, obligue no cumpliendo la condicion. pag. 190.

CONS. II. Sobre si la donacion condicional se deba estender a mas de lo que expresó la condicion, en caso que la entendiera el donador, si previniera algun futuro contingente. pag. 193.

CONS. III. Sobre si la donacion violenta transfiera el dominio de la cosa de fuerte, que el donatario no esté obligado a restituicion. pag. 195.

CONS. IV. Sobre si la donacion, que hizo vn hombre pobre a vn rico, porque de trecientos y cincuenta pesos, que le debia, pagasse ciento, sea violenta, y nula, teniendo el tal hijos, y no teniendo con que satisfacer la dote de la muger. Ibid.

CONS. V. Sobre si la donacion por causa illicita transfiera el dominio de la cosa, y no aya obligacion de restituirla. pag. 199.

CONS. VI. Sobre si la muger deba restituir lo que le dá vn hombre con fin torpe, y deshonesto, no teniendo ella intencion de pecar con él. Ibid.

CONS. VII. Sobre si la donacion absoluta se pueda revocar, y si el donatario esté obligado a declarar la donacion, obligandole el

Juez

Juez debaxo de juramento, y censuras a infamia del donador, que maliciosamente pide dicha declaracion. pag. 202.

DONACIONES DE CONGRUAS  
para las Ordenes Sacras.

CONS. VIII. Sobre si aviendo vno hecho donacion de vna congrua, y aviendose muerto sin declararla, se pueda, y deba de sus bienes fundar vna Capellania, para la sustentacion del que se ordenò a titulo della. pag. 206.

CONS. IX. Sobre si el contrato, que hizo vn Cura Beneficiado de dar cada año tanta cantidad de dinero a vn Clerigo, para que a esse titulo se ordenasse, y le ayudasse a administrar en su Beneficio ( como lo ha hecho) pàsse al Beneficiado successor, aunque sea interino. pag. 209.

DONACION DE LOS PADRES,  
que tienen hijos legitimos.

CONS. X. Sobre si vna persona de considerable caudal, adquirido con su trabajo, è industria, que tiene vn hijo legitimo, pueda antes de aver testado gastar, y distribuir lo que le pareciere de su hacienda, en qualquiera cosa, que se ofrezca, como en hazer donaciones, limoñas, y obras pias, y otros gastos. pag. 213.

CONS. XI. Sobre si vn hombre, que tiene hijos legitimos, pueda perdonar vna deuda, habiendo de lo que le deben donacion. pag. 223.

CONS. XII. Sobre si el que tiene vn hijo a quien no puede enterar la dote de su madre, pueda dar libertad a vnos esclavos. pag. 224.

CONS. XIII. Sobre si vna persona pueda dar libertad a vnos esclavos, sin consentimiento de su hijo, que es heredero forzoso, excediendo essa donacion el quinto de la hacienda. pag. 225.

DONACION DEL  
marido.

CONS. XIV. Si el marido pueda dar libertad a los esclavos de su muger, sin su poder, ó licencia. pag. 226.

DONACION DE LOS  
señores, en orden a sus esclavos.

CONS. XV. Sobre si a vno, que se amancebaba con su esclava, por razon del amancebamiento la haze libre a ella, y a sus hijos. pag. 227.

CONS. XVI. Sobre si la libertad dada por escritura autentica, deba ser preferida a la que se diò primero por codicilo; y si la libertad, que se dà a vn esclavo desde luego, con condicion, que esté sirviendo al amo mientras dicho amo viuiere, sea donacion causa mortis. pag. 228.

DONACION DE LOS  
Religiosos.

CONS. XVII. Si aviendo vno dado libertad a vna esclava, con condicion, que le sirva mientras él viviere, y despues de otorgada escritura de esto, tuviese dicha esclava vn hijo, este tal sea esclavo. pag. 230.

CONS. XVIII. Sobre quanto pueda dar vn Religioso, assi Prelado, como subdito, a qualquiera personas Eclesiasticas, ó Seculares, ó Religiosos de otra Religion, ó de la suya propia. pag. 231.

CONS. XIX. Quanto podrá dar vn Religioso para sustento de sus padres pobres cada mes, y si siendo Prelado podrá tomar del comun, que no ha recibido intuitu personæ, y qué cantidad cada mes, y si lo podrá dar a otro Religioso, que tenga dicha obligacion de sustentar a sus padres. pag. 246.

CONS. XX. Acerca de las licencias, que puede vn Prelado dar a sus subditos, para gastar dineros, y las limoñas que puede dar. pag. 248.

CONS. XXI. Sobre quanto pueda vn Prelado dar de limoña, hablando en comun. pag. 250.

CONS. XXII. Quantum possit dare Religiosus suo filio spurio. pag. 252.

CONS. XXIII. Sobre quanto pueda dar vn Prior, ó Vicario a sus criados, y quanto el Religioso compañero, con licencia de su Prior, ó Vicario. pag. 161.

CONS. XXIV. Sobre si vn Religioso pueda dar notable cantidad de dinero a otro Religioso. pag. 267.

CONS. XXV. Sobre si la muger deba restituir lo que ob turpem causam le dá vn Religioso.

T A B L A D E

ligioso, aviendo pedido licencia al Prelado, para hazer dello donacion. pag. 268.

MANDAS, O DONACIONES  
causa mortis.

CONS. XXVI. Si a vn esclauo, que dexan vn legado, y la libertad despues que aya feruido diez años, se aya de entregar el legado antes del tiempo de su libertad. pag. 270.

CONS. XXVII. Sobre si se deben ratear ciertas mandas, por estar obcuras las clausulas del testamento en que se hazen. pag. 272.

CONS. XXVIII. Sobre si aviendo vn difunto en su testamento dexado vna manda para pobres pordioseros (assi llama a los que piden limosna por las calles) se pueda dar parte de dicha manda a los pobres vergongantes. pag. 273.

CONS. XXIX. Si los pobres de la carcel se puedan tener por pordioseros en orden a poderles repartir de la limosna dexada a pobres pordioseros, de que se habló en el parecer antecedente. pag. 274.

CONS. XXX. Sobre si la manda, ò donacion, que hizo vno en su testamento, perezca aviendo muerto la persona a quien se hizo, antes que el testador, ò donador. Ibidem.

TERCERA CLASSE,  
en que se ponen los pareceres tocantes  
a simples promessas, mandatos, y fideicommissos.

P R O M E S S A S.

CONS. I. Sobre si el que haze vna simple promessa la deba cumplir sobreviniendo vn agravio, que si se previniera, no se huviera hecho la promessa. pag. 276.

CONS. II. Sobre si la promessa condicional se deba cumplir faltando la condicion, que puso el que la hizo. pag. 279.

CONS. III. Sobre si el que no cumple las esponsales, ó palabra de casamiento, deba pagar la pena pactada, y los gastos, que hizo la otra parte en la prevencion de las bodas. pag. 280.

CONS. IV. Acerca de la resolucion antecedente, si el pacto, que se haze en las esponsales, de que pague cierta pena el que se hiziere a fuera, sea licito, y valido. pag. 281.

CONS. V. Si el dote, que acostumbran dar los Indios para casarle sean arras. pag. 282.

M A N D A T O S, T  
fideicommissos.

CONS. VI. Sobre el numero, y calidad de tratos, que hubo en vn caso en que vno instituyè a otro por su heredero en confianza, con pacto de que empleara su hacienda, y la remitiesse a sus legitimos herederos. Item, que sea calidad del fideicomisso, albaceazgo, y mandato. y de lo que de dicha hacienda se pueda aprouechar dicho heredero, y de lo que deba restituir, aviendo empleado a su cuenta dicha hacienda, y retardado la restitucion. pag. 283.

CONS. VII. Sobre si el mandatario, ò confidente a quien entregaron cantidad de hacienda, para que la llevassè en registro a beneficiar a Nueva-España, estè obligado a restituir dicha hacienda en caso, que la embargassè el Rey, por averla lleuado fuera de registro. pag. 309.

CONS. VIII. Sobre si el que lieua la hacienda agena de Acapulco a Mexico, sin sciencia, ni consentimiento del dueño, y con peligro de no poderla pagar, si se perdiessè, se pueda quedar con las ganancias. pag. 314.

QUARTA CLASSE, EN QUE  
se ponen los pareceres de restitucion,  
por causa de la injusta accion, ò accion  
de la cosa.

G V E R R A I N J U S T A.

CONS. I. Sobre si hubo causa bastante para hazer cierta guerra sangrieta a vnos infieles, y despojarles de sus haciendas, y del modo,  
y or-

L A S C O N S U L T A S.

y orden de la restitucion de los despojos. pag. 316.

H U R T O.

CONS. II. Qué cantidad (hablando comunmente) será pecado mortal entre los Indios en materia de hurto, de fuerte, que debaxo del mismo pecado mortal aya obligacion de restituir. pag. 323.

CONS. III. Sobre que hará vno, que compró a sabiendas algo del ladron, para no perder su dinero. pag. 325.

CONS. IV. Acerca de la obligacion, que tiene el que recibe algo a sabiendas del ladron. pag. 326.

CONS. V. Sobre si aviendo vna muger casada quitado en secreto a vna mancha de su marido todo el oro, y alhajas, que dicho su marido la avia dado, y ella, y su marido avian buscado con su trabajo, se le ha de obligar a que a dicha lo buelva, ò a lo menos la mitad; y esto en caso que dichos casados tengan ya vn hijo al tiempo de la donacion. Ibidem.

CONS. VI. Sobre si el que hurtó, ò quitó a otro vna cosa, que no se ha de restituir en propria especie, deba no solo restituir su valor, sino tambien lo que avia el dueño de ganar con ella, siendo cierta la ganancia. pag. 330.

CONS. VII. Sobre si avrá camino para que salva la justicia, se le pueda commutar la pena de muerte, y cortar la mano a vn mozo de veinte y tres años, por aver hurtado las joyas de cierta Iglesia. pag. 331.

CONS. VIII. Qué pena deba dar el Juez por vn homicidio no hecho de pensado. pag. 332.

E S T R U P O.

CONS. IX. Sobre la obligacion, que tiene el que quita la virginidad a vna donzella India con violencia, y la que tiene el que la quita sin violencia. pag. 336.

CONS. X. Sobre la satisfacion, que (salva la justicia) podrá imponer el Juez a cierto Indio pobre, que quitó violentamente la virginidad a vna sobrina suya, no le siendo a ella conveniente casarse con él. Ibidem.

D E S H O N R A.

CONS. XI. Sobre lo que deba hazer vno, que agravió publicamente, dando con el sombrero en la cara a otro. pag. 338.

CONS. XII. Si el que dize a vn Indio, que es borracho, ò cosa semejante, por verle hazer algunos ademanes, y acciones, que lo

indican, peque gravemente, y estè obligado a alguna satisfacion. pag. 339.

Q U I T A R L A F A M A.

CONS. XIII. Sobre que deba hazer vno, que quitó la fama a vn Religioso, publicando defectos suyos graves, publicos en el lugar donde los cometió, mas no donde se divulgaron. Ibidem.

CONS. XIV. Sobre si el que reveló cierto defecto grave, oculto de otro, a vna sola persona, pecó en ello, y deba alguna restitucion. pag. 340.

R E V E L A R A L G U N S E C R E T O.

CONS. XV. Sobre si el que sabe vna cosa debaxo de secreto natural, que prometió, pueda, y deba manifestarla en caso, que de no hazerlo assi se siga a otro algun daño notable en su hacienda. pag. 341.

O C U L T A R A L G U N A C O S A.

CONS. XVI. Sobre si es licito ocultar la hacienda de alguno, que pide, que se la oculten, por no pagar algun portazgo, ò alcavala. pag. 343.

CONS. XVII. Sobre si aviendo vn Castellano de Cavito hecho a vn Convento gracia de vn galeote, para que sirva allí, y sucediendole otro en el puesto de Castellano, pueda dicho Convento ocultar esta gracia al sucesor. pag. 344.

CONS. XVIII. Sobre si puedan ocultar al Cura las Misas de testamentos, ò aya obligacion de entregarlas sin fraude alguno. Ibidem.

I M P E D I R A L G U N B I E N.

CONS. XIX. Sobre si el que impide, que se pague cierto terrazgo tocante a vna Iglesia, incurra en alguna censura, y deba restitucion. pag. 346.

CONS. XX. Sobre si el que entierra en su Iglesia a vn difunto, que se mandó enterrar en otra Iglesia desta Ciudad, incurra en alguna censura, y por razon de los emolumentos, que impide a dicha Iglesia, y Cura de la Ciudad, deba alguna restitucion, ó satisfacion. pag. 348.

CONS. XXI. Sobre si aviendo enterrado en vna Iglesia particular vn difunto, que murió sin testar, se deban pagar algunos derechos al Cura, y Parroquia. Item, donde deba ser enterrado el que muere sin hazer testamento. pag. 350.

CONS.

CONS. XXII. Sobre si los enfermos moribundos, que se van de proposito a morir a los Hospitales de S. Juan de Dios, se puedan enterrar en dichos Hospitales, sin hazer en esto agravio alguno a la Parroquia, y su Cura, ni se le deban derechos de entierro, y sepultura. pag. 354.

*QUINTA CLASSE, EN QUE se ponen las consultas de restitucion, por causa de la cosa recibida, y possida con buena, o con mala fé.*

CONS. I. Sobre si el dinero, que se recibe por hazer bruxerias, como dar yervas de bien querer, hazer tales ceremonias, porque parezca lo perdido, &c. se deba restituir. pag. 356.

CONS. II. Sobre si vna persona esté obligada a restituir ciertas alhajas de algun valor de vn hermano suyo difunto, que recibió con buena fé, y con la misma se las dió otra persona, que no tenia autoridad para dadas, siendo pobre la persona a quien se dieron. pag. 357.

CONS. III. Sobre vna circunstancia del caso antecedente pag. 359.

CONS. IV. A quien deban pertenecer vna esclava, y diversas joyas, que vn hombre dió en dote a dos mugeres, y otras cantidades de dinero, que intervinieron. pag. 362.

CONS. V. Sobre si vno se pueda quedar con la cosa agena, ignorando la deuda el acreedor. pag. 371.

CONS. VI. Si el que se sirve de vn esclavo, que despues por sentencia de Juez se halla ser libre, deba restituirle algo por el tiempo, que le ha servido. pag. 372.

CONS. VII. Sobre si la prueba, que dá vno con testigos de que vendió fingida, y aparentemente vna casa, y solar, pueda prevalecer contra la escritura de venta real, que tiene otorgada ante Escriuano; y consiguientemente, si se le deba restituir dicha casa, y solar, y vnas maderas della, que se han vendido sin orden suya, y las costas, que le ha ocasionado este pleyto. pag. 373.

CONS. VIII. Sobre si el que tiene en su poder cantidad de dineros de vno, que le sirve, y á quien ha hecho gracia de algunas cantidades, se deba entregar toda la cantidad, que le debe, y tiene en su poder (no obstante, que lo aya de desperdiciar) especificándole, que esta es la cantidad que le debe. pag. 378.

CONS. IX. Sobre si cierta persona deba pagar vna cantidad de dineros, que le mandan. pag. 381.

CONS. X. Si se deba pagar vna deuda antigua, y se pueda compensar con otra mas antigua. pag. 385.

CONS. XI. Sobre si se deben restituir las mismas cosas, o basta que se restituyan otras en su lugar, en especial quando ay excomunion para que se restituyan. pag. 389.

*SEXTA CLASSE, EN QUE SE ponen los pareceres tocantes a la persona a quien se debe hazer la restitucion.*

CONS. I. Sobre que se deba hazer de ocho mil pesos, que embió el Rey para los Indios Pampangos, a cuenta de las vandadas atrafadas, que les debia, siendo dificilimo en tantos puntos ajuitar a quienes individualmente se debe este dinero. pag. 390.

CONS. II. Si se podrá dezir de Missas lo que se debe a vn difunto, que tiene herederos. pag. 393.

CONS. III. Sobre si debiendo vno a diversas personas, vnas vivas, y otras difuntas, cantidad de dineros, mandasse dezir por ellas cantidad de Missas, y despues le dixessen, que a las viuas no satisfacía con las Missas, pueda aora aplicar por solas las difuntas las Missas, q mandó dezir por viuas, y difuntas. pag. 395.

CONS. IV. Sobre si el que se halla vna cosa, y no sabe cuya es, se pueda quedar con ella, y en caso, que la deba restituir, a quien se debe hazer la restitucion. pag. 397.

CONS. V. Sobre a quien se debe restituir vna cosa, que estava a cargo de vn difunto, y no se sabe cuya es. pag. 400.

CONS. VI. Sobre si lo que dán los fieles a la Iglesia de vn Convento, por devocion, que tienen a algunas santas Imagines, que ay en ella, se pueda gastar sin escrupulo alguno en el sustento de los Religiosos, en las obras del Conuento, y otras necessidades de la casa. pag. 401.

CONS. VII. Sobre a quien se deben restituir dos partidas de mil pesos cada vna, que vn Cauallero recibió por yerro de cuenta en el repartimiento de la plata, que el año N. vino de Nueva-España. pag. 402.

CONS. VIII. Si aviendose hecho las diligencias para saber a quien toca la cantidad de los dos mil pesos del parecer antecedente, y no pareciendo el dueño, se deba aplicar dicha cantidad a los vezinos, a quienes saltaron en los caxones, que les vinieron este año, a vnos 200. a otros 300. pesos, &c. o se deba a la caxa Real, y en caso, que se deba a dicha caxa, si se pueda aplicar a vna heredera de vn gran soldado, que sirvió en Flandes, y a quien no premió el Rey como merecia. pag. 406.

CONS.

CONS. IX. Si vn Religioso pueda restituir, o distribuir en obras pias cantidad de dinero, que para este fin le entregan, sin licencia del Prelado. pag. 411.

CONS. X. Sobre a quien, o como restituirá vn hombre pobre cantidad de dineros, que usupó en diversos pueblos; si por ventura se podrá componer con la Bula de composicion. pag. 412.

CONS. XI. Sobre la cantidad en que se puede vno componer de cosas mal avidas, y ganadas, con la Bula de composicion. Item, si se opangan dos instrucciones del Comissario general de la Santa Cruzada en orden a aquesta composicion. pag. 413.

*SEPTIMA CLASSE, EN QUE SE ponen los pareceres tocantes a compensaciones, y commutaciones de deudas.*

CONS. I. Sobre si el que compra vna cosa con vicio oculto, se pueda recompensar con otra cosa del vendedor, que tiene en su poder. pag. 416.

CONS. II. Sobre si vno, que debe a otro, se pueda recompensar con lo que el otro por algun camino le debe, de fuerte, que se vaya (como se suele dezir) vna deuda por otra. Ibidem.

CONS. III. Sobre si vn Oficial, que debe a su Comunidad, o Cabildo cantidad de dinero, pueda satisfacerles haciendoles diffinidamente donacion de otra tanta cantidad, que le deben al tal personas de quienes el no puede cobrar, mas a dicha Comunidad, o Cabildo le es muy facil, y admitirá la donacion, y cobrará la deuda infaliblemente. pag. 417.

CONS. IV. Si sea licita cierta oculta compensacion. pag. 418.

CONS. V. Sobre si estén prohibidas las Missas de San Gregorio, y que Missas sean estas, y quantas, y en caso que estén prohibidas, si se puedan commutar en otras sin darlo a entender a la persona, que las manda dezir. pag. 425.

CONS. VI. Sobre si vn Sacerdote, que debe a vn difunto cantidad de dineros, y está impossibilitado a pagarlos, satisfará commutando esta deuda en Missas por el alma del difunto. pag. 427.

*OCTAVA CLASSE, EN QUE SE ponen los pareceres de restitucion originada de las dos raizes arriba puestas, segun que toca a diversas personas, en especial constituidas en officios de Justicia.*

GOVERNADORES.

CONS. I. Sobre si los señores Governadores, Virreyes, o otros superiores semejantes puedan recibir algo por los officios, que proveen en los vassallos de su Magestad. pag. 428.

JUEGO DE LOS SANGLEYES.

CONS. II. Sobre si aviédo el Rey nuestro señor aplicado los baratos del juego de los Sangleyes, para las fortificaciones desta Ciudad, podrán los señores Governadores aplicar para sí dichos baratos; y si dado caso, que no puedan quedaré con ellos, los deban restituir. pag. 437.

CONS. III. Si se debe pagar la deuda, que se pide de los bienes de vn señor Governador difunto, por no averle peido en la reliquencia. pag. 441.

CAPITANES, ALFEREZES, Sargentos, Cabos de escuadra, y soldados.

CONS. IV. Sobre si estos Oficiales puedan recibir dineros, o otras cosas de valor, por reservar a los soldados de sus compañías de las guardias, o centinelas. pag. 442.

CONS. V. Sobre si le sea licito al soldado vender a menos precio su librança, y a los Oficiales, que la han de librar, el comprarla a esse precio. pag. 445.

ALCALDES MAYORES, y Corregidores de las Prouincias.

TRATOS DE NEGOCIACION.

CONS. VI. Si el juramento de no tratar, que haze el Alcalde mayor con equivocacion, le obliga, y si peca tratando, y si podrá tratar, o hurtar del aver Real por via de compensacion. pag. 447.

CONS. VII. Sobre si por razon del juramento, que tienen hecho los Alcaldes mayores, y Corregidores de las Prouincias (y lo mismo es de los Governadores, y otros Ministros de justicia) le sea ilicito el trato de negociacion. pag. 450.

CONS. VIII. Sobre lo que debe restituir vn Alcalde mayor, que en su Prouincia puso vna tienda, donde a muy subidos precios, y graves injusticias vendió sus cosas, y atravesó todo el trato de su Prouincia, y vltimamente prendió a los que compraban fuera de su tienda, y fue causa de que muchos por esto perdiessen sus haciendas. pag. 452.

CONS. IX. Sobre si podrá vn Alcalde

\*\*\* ma-

T A B L A D E

mayor, ò otro qualquier Ministro de justicia de los Indios comprar de ellos la cosa a menos precio del corriente , aviendo consentimiento en el Indio. pag. 453.

CONS. X. Si està obligado a restituir el Alcalde, que vende, ó compra a los Indios lo que ellos no quieren comprar, ò vender. pag. 454.

CONS. XI. Sobre si el Alcalde mayor, que reparte entre los Indios principales cantidad de dineros, para que se lo den en arroz a menos precio, deba restitucion, y lo mismo se pregunta acerca de los principales, que reparten este dinero entre los suyos, para redimir tu vejacion. pag. 455.

DADIVAS, QUE RECIBEN LOS Alcaldes mayores.

CONS. XII. Si los Alcaldes mayores deban restituir los dineros, que en tiempo de elecciones les fueren dar algunos Indios, para que los negocie el oficio de Governadorcillo, saliendo ellos electos sin diligencia suya. Ibidem.

CONS. XIII. Si vn Alcalde mayor queda seguro en conciencia, sin restituir lo que debe a los Indios, si ellos le perdonan la deuda. pag. 459.

CONS. XIV. Si los Alcaldes mayores, y guardas del Parian, están obligados a restituir lo que les dan los Sangleyes en vn combite. pag. 460.

CONS. XV. Si el Juez debe restituir lo que recibió por no castigar vn delito. Ibid.

CONS. XVI. Sobre la obligacion, que tienen los Alcaldes mayores de hazer la visita anual de los pueblos de su jurisdiccion, y si dichos Alcaldes mayores, ò las personas a quienes dichos Alcaldes cometen la visita, se puedan quedar con lo que les ofrecen los Indios porque dexen de hazer dicha visita. pag. 461.

VANDOS, QUE ECHAN LOS Alcaldes mayores, y juntamente dadivas que reciben.

CONS. XVII. Sobre si el Alcalde mayor, que echa vn vando de que no se faque arroz de la Prouincia, pueda quedar con los dineros, que le dieron algunos, porque les permita sacar arroz. pag. 463.

PERMISSIONES, Y MANDATOS de los Alcaldes mayores, en orden a Indios.

CONS. XVIII. Sobre si vn Alcalde mayor, que permitió, que los tamboberos del Rey llevasen vna ganta de mas en cada caban, que median, esté obligado a restitucion.

Item, si le aliviarán desta carga algunos bienes notables, que hizo por los Indios. Item, si por aver mandado, y obligado a trabajar a vnos Indios reservados de Polos, y servicios personales, deba tambien restitucion. pag. 465.

LLAMAMIENTOS DE LOS Alcaldes mayores.

CONS. XIX. Sobre la restitucion, que deben hazer los Alcaldes mayores a los Indios, que sin urgente necesidad los hazen llamar, y los tienen tiempo ausentes de sus calas, y pueblos, y los ocupan. pag. 469.

CONS. XX. Si podrán valerte de los Indios para buscar oro, ò para hazer champanes, ò fragatas. pag. 471.

REPARTIMIENTOS DEL sustento de los Alcaldes mayores.

CONS. XXI. Sobre si aviendo vn Alcalde mayor echado en la cosecha todo el repartimiento de arroz para su sustento anual, segun las ordenanças Reales, y sucediendole otro en el oficio en algunos meses antes de acabarse el año, pueda el sucesor bolver a echar nuevo repartimiento para sustentarse los meses restantes, ò deba el Alcalde antecesor entregar por el mismo precio de la cosecha lo que corresponde a dichos meses restantes. pag. 473.

SOCORRO, QUE DAN A LA Infanteria los Alcaldes mayores.

CONS. XXII. sobre si el Alcalde, que socorre a la Infanteria con generos, que no han menester los soldados, quedandole con el dinero con que los debia socorrer, deba restituir. pag. 475.

VEGO DE LOS SANGLEYES, llamado metua, en que intervienen los Alcaldes mayores.

CONS. XXIII. sobre la cantidad de dineros, que les toca a diferentes personas Superiores, por el permiso del juego de los Sangleyes. Ibidem.

CONS. XXIV. Si el dinero, que se recibe en el tiempo del juego de la metua, ay obligacion de restituirlo. pag. 483.

CONS. XXV. Si ay obligacion de restituir lo que dan los Sangleyes en retorno del chocolate, que les embia el Alcalde, ò guarda en tiempo del juego de la metua. Ibidem.

CONS. XXVI. Si el Alcalde mayor del Parian, que pone otro petate con su propia autoridad, està obligado a restituir. pag. 484.

CONS. XXVII. Qué personas estèn obligadas

L A S C O N S U L T A S.

gadas a la restitucion del petate, que se dixo en el parecer antecedente, y como se aya de hazer la restitucion. Ibidem.

CONS. XXVIII. Sobre lo que sienta el Autor de vn petate, que llaman zalambao. pag. 485.

CONS. XXIX. Sobre las súplicas, que hazen los Alcaldes mayores, y otros Ministros a los Sangleyes, para que sustenten el juego, ò vayan a jugar, y los conciertos de lo que les han de dar por permitirles el juego, y si pueden quedar con lo que les dieren, y pedirlo quando se descuydan de darlo, y lo que debe hazer el Confessor en orden a esto. pag. 486.

CONS. XXX. Sobre si con vna manda, que dexò cierto Alcalde mayor en su testamento a los Indios de su jurisdiccion, se pueda pagar lo que debe a diversos Indios de dicha jurisdiccion. pag. 488.

CONS. XXXI. Sobre la satisfacion, que deberá dar vn Alcalde mayor, por aver preso a vn Vicario foraneo, y otros escandalosos agravios, que hizo a vn señor Obispo. pag. 490.

CONS. XXXII. Sobre si al Corregidor de Marivelez le sea licito impedir, assi a los Sangleyes, como a los vezinos de Manila, que no saquen maderas de su distrito; y en caso, que lo impida, no siendole licito, que satisfacion deba dar. pag. 491.

CONS. XXXIII. Quanto estará obligado a restituir vn Alcalde mayor, que atraviesa toda la cera, que se halla en el distrito de su jurisdiccion. pag. 496.

CONS. XXXIV. Si los Alcaldes mayores, y otros Jueces están obligados a cumplir las Ordenanças Reales, que juran de guardar quando les cometen estos oficios, especialmente la ordenança de no tratar, ni contratar en el distrito de su jurisdiccion. pag. 498.

COBRADORES, Y CHAMPANEROS.

CONS. XXXV. Sobre si el cobrador, y champanero, que cobran la vandala del Rey con ganta, que tiene vna chupa de mas, deban restituir esta chupa, que va de mas en cada ganta. pag. 503.

CONS. XXXVI. Sobre si el cobrador, y champanero estèn obligados a restituir el arroz, trigo, azeyte, &c. que llevan de mas en la medida de la vandala, por aver hecho colmar demasadamente las medidas, segun se acostumbra por razon de las mermas, que han de tener forçosamente estas cosas, las quales han de entregar al almacenero del Rey sin merma alguna. pag. 505.

CONS. XXXVII. Sobre si cierto cobrador deba restituir vnos dineros, que sacò con fraude de vnos labradores, aviendose los perdonado, por averlo assi pedido dicho cobrador, haziendo ademàn a quererles pagar. pag. 506.

TRIBUTOS, QUE COBRAN LOS champaneros, y cobradores.

CONS. XXXVIII. Sobre si a las donzellas prohijadas, que aun no han cumplido 25 años, se les pueda licitamente cobrar tributo. pag. 507.

CONS. XXXIX. Sobre si sea licito recibir tributo de las donzellas, que antes de cumplir la edad señalada, le quieren pagar por librarse de la obligacion del rezo, y otras cargas, que tienen las muchachas. Ibidem.

ALCAVALAS, QUE DEBEN pagar los mercaderes.

CONS. XXXX. Sobre si los mercaderes, que se componen con los oficiales Reales, para no pagar alcavala, tengan obligacion de restituir. pag. 508.

GOVERNADORCILLOS DE LOS Pueblos, y Cabezas de Barangay.

CONS. XXXXI. Sobre si por la grande dificultad, que ay en cobrar la vandala de los Indios ausentes de sus pueblos, les sea licito a los Governadorcillos, y Cabezas de Barangay repartirla entre solos los Indios, que están presentes en los pueblos, echando a solos estos la carga, que se avia de repartir entre todos. pag. 510.

CONS. XXXXII. Sobre si el Governadorcillo, ó Cabeza de Barangay, que permite, que no pague tributo vn Indio pobre, estèn obligados a restitucion. 512.

CONS. XXXXIII. Sobre si los Governadorcillos puedan licitamente llevar el arroz, que les fueren dar los Indios de su jurisdiccion, por razon de sus oficios. Y lo mismo se consulta de lo que por esta causa puedan llevar los otros oficios del pueblo, como Alguazil Teniente. pag. 513.

CABOS DE INDIOS, QUE VAN al corte, y a llenar balsas a Cavite.

CONS. XXXXIV. Sobre si el oficial, que por cohechos dexa de llevar algunos Indios, que le han entregado para el corte, ò balsas, estè obligado a restituir dichos cohechos, y si se escusarán de restituir por tener obligaciones que sustentan, y de lo que debe hazer el Confessor con los tales. Ibidem.

CONS. XXXXV. Sobre si el oficial de dichas tropas de Indios del corte, y balsas, que comen de lo que ellos han hurtado, estè obligado a restituir todo el hurto, no avien-



do sido causa del, sino participante solamente. pag. 517.

VISITADORES DE LOS PUEBLOS.

CONS. XXXXVI. Sobre si el Visitador de los pueblos, a quien comete el Alcalde mayor la visita (que ya se ha reducido a pura ceremonia, y sacalifia) esté obligado a restituir los dineros, que acostumbra dar a los Indios, para que dexen de hazer la visita, y los dexen en paz. pag. 518.

ESCRIVANOS.

CONS. XXXXVII. Sobre si el Escriuano pueda llevar alguna paga por una visita extraordinaria, que a petición de los Indios le manda hazer el Alcalde mayor. pag. 519.

RELATORES.

CONS. XXXXVIII. Sobre si el Relator, que de sola la una parte, que solicita, cobra por entero los derechos de la relacion, porque, y deba restituir. pag. 521.

ALGUAZILES.

CONS. XXXXIX. Sobre si los Alguaziles, y otros semejantes Ministros de justicia deban restituir los cohechos, que reciben por no denunciar a las personas cogidas en fraguante delito. pag. 521.

CONS. L. Sobre si obró licitamente un Juez, que a unos Alguaziles suyos quitó un cohecho, y lo bolvió al que se lo avia dado, porque no lo prendiesen, y denunciassen un grave delito, que avia cometido. pag. 523.

REOS, Y PRESOS.

CONS. LI. Sobre si al que está preso por delitos graues le sea licito por evadirse de la justicia fingirse loco, aunque se disfame a si, y a sus hijos con la locura. pag. 524.

CONS. LII. Sobre si el que está preso por delitos graues, pueda huirse de la carcel, aunque de su fuga aya de venir daño al carcelero. pag. 525.

CONS. LIII. Sobre si unos hombres, que fueron condenados por delitos graves a esclavitud perpetua, y están huidos de sus amos, puedan licitamente estar ausentes, o estén obligados a bolver a servirles. Ibidem.

CONS. LIV. Sobre si aviendo su Magestad despachado en Madrid una Cedula, en que privaba a cierto Ministro suyo, que estava en estas Islas, del sueldo que le tenia señalado, la privacion de dicho sueldo se deba entender desde el dia que llegó la Cedula a estas Islas, o desde el dia de su fecha en Madrid. pag. 526.

TESTIGOS.

CONS. LV. Sobre si ciertos testigos falsos, por cuyos dichos fue libre uno a quien

acumulaban, y probaban una muerte, estén obligados a restituir algo a los herederos forcosos del difunto. pag. 530.

CONS. LVI. Sobre que deba hazer el Confessor con un testigo falso, por cuyo dicho en una residencia quedaron algunos defraudados de sus haciendas. Lo mismo se pregunta del Juez de dicha residencia, en la qual se hubo con el residenciado con mucha remission, y amnistia. pag. 531.

VEZES.

CONS. LVII. Sobre si a pedimento de los vezinos desta Ciudad puede un Juez competente embargar las haciendas, que los Estrangeros contra las Cedula Reales, y en detrimento del comercio destas Islas, embian empleada a Nueva España. pag. 532.

CONS. LVIII. Sobre si a cierto Juez le fue licito confiscar las haciendas, y Navios de unos Holandeses, que sobre el seguro, que les dieron, vinieron en cierta ocasion a comerciar a estas Islas. pag. 536.

CONS. LIX. Que sentencia deba dar un Juez en una causa en que el actor aviendo llevado vsuras pide, que se le pague por entero la deuda. pag. 537.

VEZES CONTADORES.

CONS. LX. Sobre si cierto Juez Contador deba poner en la matricula, o padron a ciertos Indios, que sirven en una hacienda. p. 538.

CONS. LXI. Sobre si los hijos de las Indias casadas con mestizos, y los hijos de las Indias casadas con Sangleyes, y las mestizas hijas de India, y Español casadas con Indio, y los hijos de estos tales deban entrar en la matricula, que haze un Juez Contador. pag. 540.

VEZES DE TESTAMENTOS.

CONS. LXII. Sobre que potestad tenga el Juez de testamentos para compeler a los Albaceas, assi Seculares, como Religiosos, a que cumplan los legados, y ultimas voluntades, y para abocar a si la execucion de los albaceazgos, y cumplimiento de los testamentos. p. 541.

CONS. LXIII. Sobre si un Religioso Albacea de Francisco, a quien dicho Francisco dió poder para testar, pueda hazer el testamento de un difunto, que dió a dicho Francisco poder en primer lugar para testar por él, no avendolo hecho Francisco. pag. 543.

CONS. LXIV. Si en el caso de la questió antecedente, supuesto, que no pertenece al P. N. como Albacea de Francisco, hazer el testamento de Pedro, si pertenecerá al Juez de testamentos puesto por el Cabildo disponer los legados, y hazer las mandas, que le parecieron justificadas de los bienes de dicho Pedro. pag. 544.

CONS. LXV. En que casos puede el Juez de

de testamentos compeler a los Albaceas a cumplir los legados, y castigarlos, y privarles del albaceazgo. pag. 547.

CONS. LXVI. Si el Juez de testamentos pueda impedir al Religioso, a quien dieron poder para testar, el que haga mandas, y legados a las Iglesias, y casas de su Religion. pag. 550.

CONS. LXVII. Sobre si aviendo perdido el testamento de un difunto, hecho por él sin asistencia de Escriuano, mas ante testigos suficientes, pueda su Albacea hazer de nuevo dicho testamento, y los mismos testigos, que le vieron otorgar firmarlo. Ibidem.

CONS. LXVIII. Sobre si el Juez de testamentos, por noticias extrajudiciales, que tiene de que un Albacea ha ocultado bienes de un difunto, pueda a instancia de partes conocer de una sentencia, que a favor de dicho Albacea, y contra los herederos del dicho difunto dió la Real Audiencia. Item, si estando aun en litispendencia, si un quidam era de los herederos, que nombrava dicho difunto, hizo bien dicho Albacea en entregar a los otros herederos la parte de herencia, que le tocara, protestando ellos entregar dicha parte en caso que constase, que era de los herederos nombrados. pag. 552.

CONS. LXIX. Sobre la clausula de un testamento, como se pueda cumplir. pag. 559.

PARROCOS, Y MINISTROS DE Doctrina.

CONS. LXX. Si un Ministro de Doctrina, que haze, que los Indios hagan alguna cosa superflua en la casa, o Iglesia, estará obligado a restitucion. La razon de dudar que tengo es, que los Indios no parece, que están obligados a hazer mas de lo que fuere suficiente para la viuienda del Padre, e Iglesia suya. pag. 562.

CONS. LXXI. Sobre si los Curas, y Ministros de Doctrina puedan castigar con azotes a los Indios, y Sangleyes, que dexan de oír Missa. pag. 563.

CONS. LXXII. Sobre si los Ministros de Doctrina puedan castigar a los Indios de sus ministerios, imponiendoles penas pecuniarias, o quasi pecuniarias. Ibidem.

CONS. LXXIII. Sobre si el Ministro de Doctrina pueda dexar de confesar a los Indios, que no pagan tributo, vsurpandolo a sus encomenderos. pag. 564.

CONS. LXXIV. Sobre si el Ministro de Doctrina pueda cobrar los tributos, que se ocultaron al encomendero, para aplicarlos a la fabrica de la Iglesia. pag. 566.

CONS. LXXV. Sobre si el Ministro de

Doctrina de un Pueblo pequeño, a quien dan un estipendio muy corto, que apenas basta para su comer, y vestir, se pueda aprovechar de otra cosa del Rey, o de los Indios, para cumplimiento de su congrua sustentacion, y vestuario. pag. 567.

CONS. LXXVI. Sobre quanto pueda llevar el Ministro de Doctrina de limosna por las Missas de los Indios, que mueren sin hazer testamento. Ibidem.

CONS. LXXVII. Sobre si los Ministros de Doctrina del Reyno de China estén obligados a sustentar con el socorro, que les embia su Prouincia, a los niños, que echan por las calles. pag. 569.

CONS. LXXVIII. Sobre lo que deba hazer uno, que quitó a un metizo una negrilla del monte, por sospechar, que la queria hazer esclava. Item, si diciendo algunos indios, que avian comprado un negrillo del monte, pueda el Religioso Ministro del pueblo impedir el que les sirva. pag. 572.

SACRISTANES.

CONS. LXXIX. Sobre si el Sacristan (y lo mismo es de los Curas, &c.) que por estar justamente preso, y consiguientemente impedido a servir la Sacristia, deba perder, no solo lo que se le está señalado para su congrua sustentacion, sino tambien los derechos de los entierros, casamientos, &c. pag. 576.

NONA CLASSE, EN QUE SE ponen los pareceres tocantes a testamentos, albaceazgos, herencias, y partijas de los bienes.

TESTAMENTOS, Y ALBACEAZGOS.

CONS. I. Sobre si un papel juridico, en que declara uno su ultima voluntad, se pueda revocar por otro papel simple, sin testigos, ni solemnidad alguna. pag. 579.

CONS. II. Si la competencia de dos papeles, el uno simple, como en el parecer antecedente se expresa, y el otro juridico, si aquel puede derogar a este, o no, sea articulo merelego, y toca al Juez Secular, segun regalia de las leyes del Rey nuestro señor, y si es de jurisdiccion Real dicho conocimiento, y si el Juez Eclesiastico puede conocer de dicho articulo, y en que penas incurrirá. p. 583.

CONS. III. Si dicho papel simple, o memoria sin forma alguna juridica, y sin palabras expressivas de su ultima voluntad del dicho enfermo, ni revocativas del instrumento juridico, que tenia fecho, estando en papel comun, contra la Pragmatica del papel sellado, haze fe, y si se debe admitir en juicio. p. 586.

CONS. IV. Si dicho enfermo, teniendo a

T A B L A D E

la villa tres Juezes Receptores, debió hazer con vno dellos papel en forma, para revocar el primer instrumento, que avia fecho, pues no estava en extrema necesidad, y tuvo sobradissimo tiempo, y juicio para hazerlo, y si es malicioso dicho papel simple. pag. 587.

CONS. V. Si solo en partes en donde ay indigencia de Escriuano, y Juezes Receptores, se haze semejante papel simple, por obligar entonces el precepto natural. Ibidem.

CONS. VI. Sobre si el testamento, que hizo vn Indio, sin asistencia de Escriuano (aviendolo en la Prouincia) mas con asistencia de testigos, cuyos nombres no se escriuieron en dicho testamento, sea valido. Item, se consulta si por vna clausula de dicho testamento quedaron libres vnos esclavos. pag. 581.

CONS. VII. Si el albaceazgo, ó fideicomiso, que solamente de palabra comete a otro vno que se está muriendo, tiene valor; y si vale encomendandole sub sigillo al Confessor. pag. 592.

CONS. VIII. Sobre si el Albacea esté obligado a cumplir los juramentos del testador. Item, se consulta si aviendose cometido el Albacea al Tribunal del Juez Eclesiastico, pidiendo relaxacion de los juramentos del testador, pueda retroceder, y no estar a la determinacion, ó sentendia de dicho Juez, aunque le compela con censuras. pag. 593.

CONS. IX. Sobre si aviendo vn difunto dexado su hacienda para sufragios de su alma, y declarado, que queria se dixesse por su alma vn gran numero de Misias, que no puso en el testamento por justa causa, de dicha hacienda se puedan dotar huérfanas, y hazer otras obras pias. Y finalmente, si tengan obligacion el Albacea de mandar dezir aquel numero de Misias. pag. 596.

CONS. X. Sobre si el Albacea esté obligado a dar cuentas de vnos testamentos, que estavan a cargo del testador. Item, si el Juez de testamentos le pueda obligar a ello. pag. 598.

CONS. XI. Quanto tiempo concede el Derecho al Albacea para no poder ser compelido, ni apremiado del Juez Eclesiastico, ó Secular a dar las cuentas del albaceazgo. pag. 600.

CONS. XII. Sobre si constando, que en poder de cierta persona para el testamento de vn difunto, por aver dado vn traslado del de letra suya, se deba tener dicha persona, ó su padre por Albacea de dicho difunto, y consiguientemente pueda ser compelida con prision, y embargo de sus bienes a manifestar el testamento de dicho difunto, a dar cuentas de su hacienda, y entregar todo aquello

en que fuere alcanzado en ella, y tambien vnos dineros, que recibió por el traslado del testamento. pag. 602.

CONS. XIII. Sobre si al Albacea le sea licito pagar a los depositarios de la hacienda del testador los alcances, que le hazen a dicho testador. pag. 605.

CONS. XIV. Sobre si pueda ser compelido vn Albacea a entregar al marido de vna su menor la dote, y demás hacienda suya, que para en su poder, no queriendo el marido otorgar dello carta de dote hasta que esta se le entregue, y entere toda sin costas, ni litigios, y con finiquito de cuentas. pag. 608.

TUTORIAS.

CONS. XV. Sobre si siendo vn abuelo tutor nombrado por la justicia de sus nietos, y casandose su hija, madre de dichos nietos, con persona capaz de administrar qualquiera hacienda, se le pueda encomendar a este tal la tutela de los nietos. pag. 615.

CONS. XVI. Sobre si quedando la muger por Albacea de su marido, y tutora de sus hijos, deba hazer inventario de la hacienda del marido. Item, si le toca la mitad de los bienes gananciales. Item, si casandose otra vez pierda la tutela de los hijos. pag. 618.

TENEDOR, Y ADMINISTRADOR de bienes.

CONS. XVII. Sobre si el administrador, y tenedor de los bienes de vn difunto, que fue Albacea de vno, que debia dar cuentas del aver Real, que paró en su poder, deba dar dichas cuentas, y asimismo pagar las deudas de dicho Albacea al aver Real, no teniendo apenas con que ajustar la dote de su muger. pag. 619.

HERENCIAS.

CONS. XVIII. Sobre quanta sea la parte de hacienda, que deben heredar los padres de sus hijos, en especial Eclesiasticos, y si los padres puedan reclamar contra el testamento de sus hijos, no dexandoles la parte de hacienda, que por Derecho les toca. pag. 621.

CONS. XIX. Sobre si la hija ilegítima sea heredera forçosa de su madre, viuiendo aun la abuela materna. pag. 622.

CONS. XX. Sobre si aviendo vno muerto sin testar, no solo sus hermanos viuos, sino tambien los sobrinos, hijos de sus hermanos ya difuntos, sean herederos abintestato. Y sobre si el quinto de la hacienda del tal intestato se deba gastar en el funeral, y obras pias por su alma, y a quien toca esta disposicion. pag. 631.

CONS. XXI. Sobre si aviendo muerto vn hombre casado sin hazer testamento, le de-

ban heredar sus sobrinos a su legitima muger, de quien huvo vn hijo durante el matrimonio, y a los siete meses murió antes q el padre. pag. 634.

CONS. XXII. Sobre si muriendo vno, que tiene herederos forçosos, sin hazer testamento, se deba gastar en Misias, y obras pias todo el quinto de la hacienda, y a quien le toca de derecho hazer esta distribucion. pag. 635.

CONS. XXIII. Si los bienes de vno, que aviendo su primera muger, se casó con otra, los ayan de heredar los hijos de ambos igualmente, y como entre las dos mugeres se repartirán los gananciales. pag. 639.

CONS. XXIV. Sobre si entre los Indios los tios sean herederos forçosos de tal suerte, que si vn Indio dexasse por heredero de su hacienda a vn extraño, deba este tal partir la herencia con los tios del difunto. pag. 641.

CONS. XXV. Sobre si el hijo adoptivo, que adoptó los Indios a su modo, sea heredero abintestato, teniéndolo el adoptante hermanos; y en caso, q sea heredero abintestato, si lo es de toda la hacienda, ó de alguna parte della no mas. pag. 643.

CONS. XXVI. Si vn hijo adoptivo puede heredar, aviendo hijo legitimo. pag. 644.

CONS. XXVII. Sobre si aviendo Pedro, y Maria su primera muger comprado vna sepultura en cierta Iglesia, y aviendose buuelto a casar dicho Pedro por muger de su primera muger, y tenido de la segunda muchos hijos, y descendientes, todos estos hereden dicha sepultura, y deban gozar della, como propria. Item, si deban pagar tambien sepultura en la Parroquia. pag. 646.

CONS. XXVIII. Sobre si a los menores de 25 años les pueda entregar el Albacea en algun caso la herencia, que les toca, y a la justicia obligarle a ello. pag. 649.

CONS. XXIX. Si el heredero está obligado a cumplir los juramentos Reales, y votos del q le dexó la herencia. Y si en ordē a dar cumplimiento a dichos juramentos del testador, es mayor la obligacion del heredero extraño, que la del heredero proprio, ó forçoso. pag. 650.

CONS. XXX. Sobre si el hijo heredero forçoso, y juntamente Albacea de sus padres, puede revocar el testamento de dichos sus padres, conteniendose en el mandas, que exceden el quinto de la hacienda. pag. 656.

CONS. XXXI. Si aviendose comēçado vn litigio sobre cierta herencia, y desamparadole los herederos por desvalidos, despues de pasado vn buen numero de años, le puedan proseguir. Ibidem.

PARTIDAS.

CONS. XXXII. Acerca de como se deban partir los bienes entre marido, y muger, y a falta dellos entre sus herederos. Y si los castrenses, ó ganados en la milicia, se deban tambien partir. pag. 659.

CONS. XXXIII. Si el segundo marido debe gozar los frutos de vnas tierras, que eran de su muger, y del primer marido. pag. 660.

CONS. XXXIV. Sobre la particion de los esclavos, y demás bienes intervinientes al segundo matrimonio, y sobre si los herederos de la segunda muger deba pagar al heredero de la primera muger el valor de los bienes, que pertenecen a la primera muger, en caso que se ayan consumido durante el segundo matrimonio. Ibidem.

CONS. XXXV. Sobre si el quinto de que puede disponer vno, que tiene herederos forçosos, se aya de sacar (despues de separadas la dote, y arras) de los bienes gananciales, y capitales, ó de sola aquella mitad, que queda para la legitima de dichos herederos. pag. 662.

CONS. XXXVI. Sobre si en caso que a la muger le toque la quarta parte de la hacienda del marido, que tiene herederos forçosos, hijos de dicha muger, esta quarta parte se pueda sacar antes de pagarse las deudas, y sacar los gastos necesarios, como inventarios, pagamentos del Albacea, &c. y ultimamente antes de sacarle el quinto. pag. 664.

CONS. XXXVII. Sobre si la particion, que hizo vn Indio de su hacienda, dividiendola en quatro partes, y mandando, que las tres heredē tres hijos suyos legitimos, y la quarta parte su segunda muger, con quien estuvo casado vnos seis años, juntamente con la ropa traída della, sea justificada, y obligue en conciencia. pag. 667.

CONS. XXXVIII. Sobre si lo que los parientes de vna muger casada dan a su marido, se ayan de tener en las partijas por bienes del marido, ó de la muger. pag. 669.

CONS. XXXIX. Sobre si esté obligado el marido a entregarla la dote, y la mitad de los gananciales a la muger adultera, no estando juridicamente probado el adulterio. pag. 671.

CONS. XXXX. Si aviendo el testador dispuesto, que la herencia que toca a sus nietos, no se entregue al padre dellos, sino que la retenga el Albacea hasta que los nietos tengan edad para administrarla, pueda, y deba el Albacea entregarla al padre, que la pide. pag. 677.

CONS. XXXXI. Acerca de la consulta antecedente, si averte casado segunda vez Pedro puede ser causa para no entregarle lo que sus hijos heredan a su abuelo. Y si se le deben entregar las tierras, y demás cosas, que dió en dote, segun la vñanga de los naturales, quando se casó, y los frutos. pag. 681.

CONS. XXXXII. Sobre si teniendo vn difunto la mayor parte de su hacienda vltra mar, el repartimiento de la hacienda en bienes gananciales, quinto, legitima, &c. se deba hazer solamente de lo que está asegurado, ó debe tambien entregar lo que está vltra mar. pag. 682.

CONS. XXXXIII. Sobre si el repartimiento

to de vna herencia se deba hazer fin dar plazo a los herederos deudores. pag. 683.

CONS. XXXIV. Qué deberá hazer el heredero, que tiene en su poder cantidad de hacienda que hereda, quando ay suficiente duda de si aquel a quien heredò dexò deudas en otro Reyno. pag. 684.

DEZIMA CLASSE, EN QUE SE PONEN LOS PARECERES TOCANTES A LA MESA DE LA SANTA MISERICORDIA.

CONS. I. Sobre si aviendo quedado la Santa Mesa por Albacea de vn difunto, que en su testamento dexò los reditos de vn censo para cierta obra pia, y dicha Santa Mesa huviere encomendado la cobrança de estos reditos a vn ministro fuyo, que las cobró, y gastó, y ultimamente murió sin dexar bienes algunos de que echar mano, dicha Santa Mesa deba pagar de su bolsa dichos reditos, ò se ayan de dexar por perdidos. pag. 688.

CONS. II. Sobre si aviendo vn difunto dexado vna estancia con sus pertenecientes para las obras pias de la Santa Mesa, y por su administrador al Mayordomo de la bolsa, que ella elige cada año, a quien señala vn tanto por la administracion, pueda dicha Santa Mesa, sin contravenir a la voluntad del testador por el bien, y aumento que se le sigue a dicha estancia, nombrar a otra persona, que le administre por el tiempo que se hallare ser conveniente. Item, se consulta, si en suposicion que puede la Santa Mesa señalar otro administrador, tenga el dicho Mayordomo de la bolsa algun derecho para pedir lo que señala el testador en el testamento. pag. 692.

CONS. III. Sobre si se deban ratear, ò reducir a menos vnas dotes, que mandò vn difunto para las hijas del Colegio de la Santa Mesa, por no alcanzar la hacienda a ajustarlas todas. p. 696.

CONS. IV. Sobre si se deban ratear, ò reducir a menos otras cinco dotes dexadas tambien a las hijas de la Santa Mesa. pag. 698.

CONS. V. Sobre si en el Colegio de la Santa Mesa se puedan recibir por hijas a las donzellas hijas de madres libres, aviendo sido sus abuelas, ò visabuelas esclavas. Item, si siendo las tales recibidas por hijas de dicho Colegio, y ofreciendose el casarse algunas dellas, se les pueda, y deba dar la dote, que acostumbra dar la Santa Mesa a las hijas de su Colegio, ò si les pueda en cõciencia negar, para dar esta dote a otra hija de dicho Colegio, de mejor sangre, y calidad. p. 699.

CONS. VI. Sobre si aviendo vn difunto dexado vnas dotes para donzellas Españolas liquidas, y sin mezcla alguna, hijas del Colegio de la Santa Mesa se pueda dar vna de dichas dotes a vna donzella de dicho Colegio, cuya visabuella fue mestiza, y su abuela hija de Es-

pañol liquido, y mestiza. pag. 701.

CONS. VII. Sobre si los reditos de vn censo, que dexó vn difunto para las pobres hijas de la Santa Mesa, se puedan aplicar (por no aver ya tales pobres) para el sustento de las niñas hijas de su Colegio, a quienes años ha sustentada de haciendas ajenas. pag. 704.

CONS. VIII. Sobre si la Santa Mesa, que es Albacea de vn difunto, que debe diversas cantidades a personas, q̄ están en partes muy distantes destas Islas, pueda remitir dichas cantidades, sin esperar poder de los acreedores. p. 706.

CONS. IX. Sobre si aviendo la Santa Mesa hecho diligencia para averiguar las personas a quienes debia entregar vnas mandas, que dexaron ciertos difuntos, y no teniendo dellas noticia, pueda aplicar las cantidades de dichas mandas al Colegio de las niñas, que está a su cargo; y si sea necesaria la autoridad del Ordinario para dicha aplicacion. Ibidem.

CONS. X. Si la distribucion de cierta obra pia, cometida en primer lugar al señor Arzobispo desta Ciudad, y a falta de Arzobispo a la Santa Mesa, la pueda hazer dicha Santa Mesa aviendo Arzobispo electo; mas no aviendo aun tomado possession del gobierno, aunque en breve la aya de tomar. pag. 719.

CONS. XI. Sobre que medio, ò remedio avrá para desempeñarse la Santa Mesa, que al presente está muy empeñada, por mantener, y vestir las niñas hijas de su Colegio, y sustentar los gastos forçosos del Culto Divino de su Capilla, ò Iglesia. pag. 723.

CONS. XII. Sobre si la Santa Mesa pueda entregar cierta cantidad, que mandò vn difunto a la persona a quien se hizo la manda con cierta condicion. pag. 724.

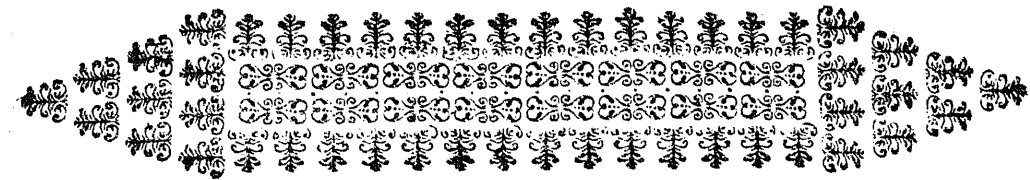
CONS. XIII. Sobre si la Santa Mesa pueda embiar a vna parte muy distante la manda de vn difunto de quien es Albacea, sin esperar poder del mandatario. pag. 726.

CONS. XIV. Sobre si la Santa Mesa pueda asimismo embiar otra manda, sin esperar poder del mandatario. pag. 727.

CONS. XV. Sobre si la Santa Mesa, que es Albacea de vn difunto, que debe diversas cantidades a personas, q̄ están en partes muy distantes destas Islas, pueda remitir dichas cantidades, sin esperar poder de los acreedores. p. 728.

CONS. XVI. Sobre si la Santa Mesa esté obligada a hazer los sufragios de Missas por los hermanos, que salen desta Ciudad a vivir a otras tierras, ò Prouincias. Item, se pregunta lo mismo de los Sacerdotes, que van a sus Beneficios Curatos fuera de la Ciudad en partes muy distantes. pag. 729.

CONS. XVII. Qué deba hazer la Mesa de la Santa Misericordia, en caso que el Proveedor admita vna Alcaldia. pag. 733.



# CONSULTA VNICA PROEMIAL.

*Si en el fuero contencioso se deban admitir pareceres, que al parecer solo sirven para el fuero de la conciencia.*

## PARECER I.



La consulta se responde, que los pareceres no solamente sirven para el fuero de la conciencia, sino que tambien se deben admitir en ocasiones en el fuero contencioso. Y para que con mas claridad se vea quando se pueden, ò deben admitir en el fuero externo estos pareceres, se advierte, que quando el Juez no es hombre de letras, como acontece ordinariamente en los Alcaldes Mayores de los Partidos de los Indios, y Alcaldes Ordinarios de Manila; y en los señores Gobernadores, Virreyes, y Corregidores en España, tiene obligacion de gobernarse en las causas, y pleytos, que piden ciencia, por Aseffor. Assi consta del Derecho. l. omne. ff. de offic. Asefforum, donde determina, que el oficio de los Aseffores, es asistir al Juez en las causas: *Partibus suis funguntur in his fere causis, in cognitionibus, postulationibus, libellis, edictis, epistolis.* Y alli la Glossa, dando razon porquè puso aquella palabra *fere*, dize: *Quia alias praesidis occupationes adimplent praeter infra scriptas.* Y despues vá explicando como el Aseffor ha de aconsejar al Juez lo que debe hazer segun Derecho en las causas civiles, y criminales, y como ha de recibir los dichos de los testigos, y de que fuerte ha de inquirir la verdad, y con mas claridad. Auth. de iudicib. §. Azenone. coll. 6. *Nostris administratoribus ad sunt modis omnibus Aseffores, & ea que legum sunt explicantes, & occupationes ad implentes eorum: quoniam multis detenti curis, merito Asefforum.* Aqui pone el Derecho dos causas, por las quales vn Juez debe tomar conse-

jo de Aseffor. La vna, quando no tiene noticia de las leyes, ni sciencia para saber como ha de juzgar las causas. La otra, quando las muchas ocupaciones de su oficio no le dan lugar a ver, y estudiar por si mismo todas las causas; y alli dize la Glossa, que llama el Derecho Administradores a los Gobernadores de las Prouincias: *Nostris Administratoribus, scilicet, Praesidibus Prouinciarum.* Y dize, que pueden hazer este oficio los que no tienen noticia del Derecho, con tal condicion, que tengan Aseffores, que suplan su defecto: *Qui etiam imperiti iuris possunt esse, eo quod habent Aseffores, qui suplent eorum defectum.* Y a estos Aseffores les llama alli la Glossa Consejeros: *Aseffores, scilicet Consiliarios*, que es lo mismo, que los que dan parecer de lo que se debe hazer. Y de la misma suerte los nombra el Derecho Auth. vt defuncti, seu funera. coll. 5. §. Illud. Donde determina, que los Aseffores no tomen la confesion de los reos; sino que todo esto se haga ante el Juez, porque el Aseffor no tiene autoridad alguna, ni jurisdiccion. Vease alli el Derecho, y su Glossa. Por lo qual dizen comunmente los Doctores, que vn mero secular layco, puede ser Aseffor del Juez Eclesiastico en causas espirituales; porque el Aseffor no exerce jurisdiccion alguna, sino solamente dá consejo, y dize su parecer. Veanse el Archidiacono. in cap. plures. 16. q. 1. Dominico. in cap. statutum. de rescriptis. in 6. §. Asefforem. num. 5. Baldo. in cap. de cernimus de Iudicij. nu. 10. decis. Ibid. num. 131. Felino ibid. num. 6. El Abad ibid. Ya tenemos averiguado, que por Derecho deben, y están obligados a admitir pareceres, y a pedirlos los Juezes, que no tienen suficientes letras, para determinar las causas por si mismos; y assi lo vemos puesto en vfo, que los Alcaldes Ordinarios, y los Alcaldes Mayores remiten las causas graues, que piden pericia de las leyes, a Aseffores, y tam-



tambien los Virreyes, y Governadores: y yo tengo noticia de que en causas no muy graves, que al parecer no pedia Asessor, han embiado diferentes vezes algunos Juezes, no por modo de assessoria, sino por ruego, y suplicas, à personas de sciencia, y conciencia, que les digan su parecer, para juzgar por él sin peligro de errar. Tambien tenemos ya del Derecho, que Juezes doctos, que tienen bastantes letras para determinar las causas, tienen obligacion à admitir, y pedir pareceres, quando se hallan embarazados con diuersas causas, y negocios, de fuerte, que no les alcanza el tiempo, ni les dán lugar las ocupaciones à ver, estudiar, y determinar todas las causas por si mismos: que en estas ocasiones, aunque los Juezes sean doctos, tienen necesidad de valerse de las letras ajenas, como de las proprias, y cada dia vemos, que lo hazen assi muchos Juezes doctissimos, como Obispos, y Arçobispos, que han leído Cathedras con mucho credito en Vniuersidades.

2. Demàs de esto, quando la determinacion de la causa depende de la noticia de algunos puntos pertenecientes à algun Arte, aunque sea mecanico, tiene el Juez obligacion de admitir, y pedir parecer de los peritos en aquel Arte. Consta del dicho cap. *Quia indicante, de prescrip. Exortam de finibus questionem agrimensoris diffinitione illam prospiciamus finiendam.* Y cap. *causam, de probat. Mandamus, ut adhuc honestas matronas prouidas, ac prudentes deputare curetis ad inquirendum, utrum dicta puella virginitatis privilegio sit munita.* Y cap. *fraternitatis de frigid. Licet autem per Archipresbyterum tuum saper hoc fuisse edoctus, tu tamen volens habere certitudinem pleniorum, quasdam matronas sua Parrochia prouidas, & honestas ad tuam presentiam euocasti, illis iniungens sub periculo animarum, ut mulierem ipsam prudenter inspicerent, utrum idonea esset ad viriles amplexus.* En este capitulo aprueba la Santidad de Innocencio III. la diligencia, que el Obispo Altisiodorense puso para acertar à determinar vna causa: el qual despues de aver recibido el parecer de su Archipresbytero, recibió el de mugeres capaces, y entendidas en aquel Arte. Y lo mismo consta del cap. *literæ vestræ* del mismo titulo, y del Derecho Ciuil. l. si duobus. ff. si mensor. *Si propter iudicium exhibitus mensor.* Y mas abaxo. *Si à iudice adhibitus.* Donde claramente dize, como los Juezes en los litigios de los terminos de tierras, se valen de los que saben medirlas, y reciben su parecer. Y lo mismo consta l. Magistro. C. de professorib. & Medicis. lib. 10. Donde determina, que los Maestros, y Medicos sean aprobados

por el Juez, para que puedan exercer sus officios, y para esta aprobacion se pida el conçejo de los mas sabios en el Arte, y facultad: *Iudicio ordinis probatus decretum curialium mereatur optimorum conspirante consensu.* Y lo mismo se determina. l. *Certi iuris. C. de Iudicij. s.* Y advierten graues Autores, que quando los Juezes llaman personas capaces en algun Arte, para que informen, ò les den sus pareceres; estas personas no hazen officio de testigos, sino de Juezes, porque suplen la pericia, que falta al Juez en aquel Arte: y la declaracion de dichas personas, no es testificacion, sino vn juicio, que hazen de la calidad del negocio, que se les consulta: y assi su officio no pertenece al de testigos, sino se reduce al Juez, el qual aunque sea muy docto en el Derecho, no es posible que lo sea en todas las Artes. Y à vezes el litigio es de calidad, que pide en el Juez noticia de Artes mecanicas, y esta se la dá el parecer del experimentado en aquel Arte; y assi lo dizen graues Autores. Felino in cap. *causam de probat. num. 2. notab. 7.* & in cap. *proposuisti. de probat. num. 9.* Decio, *ibid. num. 53.* Bartolo. l. *Theopompus. ff. de dote prelegata. num. 11.* & in tract. *testimonium. num. 12.* Baldo. l. *eadem ratione. ff. de ferijs, & l. data opera. C. de his qui accusare. num. 23.* Couarr. lib. 2. *variar. cap. 13. num. 5.* Mascardo de *probat. concl. 1038. num. 19.* Ya tenemos averiguado, que en caso de ocupaciones muchas del Juez, y en caso de falta de sciencia en el Derecho de que es el litigio, puede, y debe admitir pareceres en el fuero contencioso.

3. Aora se ha de averiguar, que muchas vezes aunque el Juez tenga lugar, y tiempo, y sciencia del Derecho en el negocio que se litiga, para determinar algunas cosas, tiene obligacion de admitir pareceres. Dizelo expresamente el Derecho, cap. *Ne pro defectu de electione.* Se determina, que si aquellos à quien pertenece elegir Prelado de alguna Iglesia Regular, ò Parroquial, no eligen dentro de tres meses, pierden la accion, y potestad de elegir por aquella vez, y se debuelve esta potestad de elegir al Superior inmediato, al qual manda, que elija con conçejo del Capitulo, y de otros hombres prudentes. *Non differat ultra tres menses cum consilio Capituli sui, & aliorum virorum prudentium viduatam Ecclesiam de persona idonea Canonice ordinare, si canonicam voluerit effugere ultionem.* Y cap. *cum in veteri de elect. se refiere, que vna eleccion se debia hazer con conçejo, y parecer de tres hombres doctos; pero sin darles tiempo suficiente para responder, y determinarse en su parecer, eligieron, y dió*

por

por nula la eleccion el Papa Gregorio V. por que avia sido sin parecer de los hombres doctos, à quienes debian consultar. *Cum autem conscriptum non fuerit competentem tempore requisitum consilium, & quando extitit requisitum, non fuit expectatum responsum, nisi modico tempore, electionem Abbatis ipsius, non persona sed electionis vitio duximus irritandam.* Y cap. *Nouit. de his quæ fiunt.* Alexandro III. reprehende al Patriarca de Gerusalem, porque sin pedir conçejo institua Abades, y Abadesas; y de la misma fuerte sin conçejo les quitaba los officios: *Sine consilio fratrum tuorum Abbatis, & alias Ecclesiasticas personas instituis, & destituis.* Y alli dize, que esto es contra el instituto de los Santos Padres; y las instituciones que assi hiziere las dá por nulas: *Nos enim tales institutiones, & destitutiones cætere decernimus robore firmitatis.* Y cap. *quãto, del mismo titulo, manda, que el Prelado tome conçejo, y parecer en todos los negocios de su Iglesia: Mandamus quatenus in concessionibus, & confirmationibus, & alijs Ecclesiæ tuæ negotijs fratres tuos requiras, & cum eorum consilio eadem peragas, & pertractes, & que statucenda sunt, statuas, & errata corrigas, & euellenda dissipas, & euellas.* Lo mismo se determina cap. *obeuntibus. dist. 93.* y cap. *Episcopus nullius. 15. q. 7.* En este capitulo, y en el siguiente se determina, que el Obispo no puede dar sentencia contra Clerigo alguno, sin tomar conçejo, y parecer. Y el Concilio de Trento, Sess. 25. de invocatione, venerat. & Reliq. Sanct. determina, que no se admitan nuevos milagros, ni Reliquias nueuas, sin aprobacion del Obispo: y manda, que el Obispo para esta aprobacion reciba conçejo, y parecer de Theologos, y de otras personas pias: *Non admitenda esse noua miracula, nec nouas Reliquias, nisi eodem aprobante Episcopo adhibitis in consilium Theologis, & alijs pijs viris.* Y el Ilustrissimo señor Doct. D. Miguel de Poblete, dignissimo Arçobispo que fue de estas Islas, recibió de su Santidad treinta facultades, para que pudiesse conceder diuersas dispensaciones en ambos fueros, con potestad de poderlas subdelegar, especialmente para despues de sus dias, y las subdelegò en personas de mucha sciencia, y conciencia: lo qual no obstante, mandò, y puso por condicion, que para vsarlas recibiesen parecer de algun hombre docto, de fuerte, que quiso el dicho señor Arçobispo, que las dispensaciones que se hiziesen en virtud de las facultades, que subdelegaba, fuesen justificadissimas, y passassen por lo menos por el registro de dos hombres doctos, que son aquel à quien las subdelegò, y el que avia de consultar; y fu

Ilustrissima siendo tan docto, y Cathedratico que avia sido en la Vniuersidad de Mexico, siempre que vió de dichas facultades in foro externo, vel interno, pidió parecer à algun hombre docto: y assi lo hazia siempre en todos los negocios graues, que determinaba. Y assi lo hazen mas de ordinario los Arçobispos, y Obispos, y demás Prelados, aunque seã muy doctos, para negocios de ambos fueros. Panorm. in cap. *ad nostram, de consuet. dize, que en las causas dudosas es conveniente pedir parecer à muchos, assi sabios, como no sabios; porque algunas vezes los que no saben mucho, aciertan mas, y discurren mejor, que los sabios en alguna materia, ò en algunos casos.* Y Juan Andres, y Silvestro, in sum verbo *consilium, num. 3.* refieren, que vn mesonero contendia con vn pobre, sobre que le pagasse dinero, por aver comido el pobre su proprio pan al olor de las aves, que asaba el melonero; y en esta contienda pidieron parecer à vn hombre rustico, el qual respondió, que aviendo el pobre aprouechado del olor de las aves asadas del melonero, lo debia pagar; pero que no aviendo comido de las aves, sino solamente aprouechado del olor, con que comió con algun gusto el pan, que satisfacía bastantemente al melonero con el sonido del dinero, que se alegrasse oyendole, sin darle dinero alguno. El qual parecer aprobaron quantos doctos despues lo oyero. Silvest. en el lugar citado dize, que Bartolo siendo tan docto, siempre que avia de determinar algun negocio, pedia parecer, y conçejo, aun à los mercaderes en las materias que ellos tratan. De aqui consta, que muchas vezes (aun quando el Prelado es docto) tiene obligacion à admitir pareceres en el fuero contencioso; esto es, quando assi lo dispone el Derecho, ò lo manda otro Superior suyo. Y desto que determina el Derecho en algunos negocios, se colige, que aun quando el Derecho no lo manda, es loable en qualquiera Prelados admitir pareceres en los negocios dificultosos. Tambien se colige ser loable, y conveniente, que quando las mismas partes litigantes presentan al Juez algun informe en derecho, ò parecer de algun Theologo en semejantes negocios, los admita, y reciba el Juez. Yo he visto aqui en Manila pareceres presentados por las partes por peticion, y mandados poner en los autos por el Juez, aunque lo ordinario no se haze assi, sino que las partes dán al Juez el informe, ò parecer, que haze à su fauor, y los Juezes lo admiten. Y assi es verdad indubitable, que en el fuero contencioso se admiten pareceres, y es loable, que los Juezes los admitan, y

4. vean, especialmente en materias graues, y dificultades.

4. La dificultad está solamente en quando tienen obligacion à admitirlos, y conformarse con ellos en las sentencias, y determinaciones. Acerca desto digo lo primero, que quando el Derecho dispone, que el Superior haga alguna cosa con consejo, y assentido de otro, ò de otros, entonces está obligado el Superior, ò Juez à admitir, y seguir el parecer ageno, como dizen Silv. verb. consilium. num. 4. y Juan Andres, in regula nullus. Los quales añaden, que de la misma fuerte está el Juez obligado à seguir el parecer ageno, quando dispone el Derecho, ò su Superior, que haga tal cosa, iuxta vel secundum consilium alterius. De la misma fuerte está obligado à seguir el parecer ageno el Juez, ò Superior, à quien han señalado coadutor, cap. venerabili de off. Iud. de leg. Y generalmente siempre que el Juez ha menester Assessor, por falta de pericia en el Derecho, ò en algùn Arte, de que depende el pleno conocimiento del hecho, tiene obligacion à seguir el parecer ageno, como consta de los lugares del Derecho citados arriba, y la razon natural lo dicta, para que no proceda à ciegas en la determinacion de las causas.

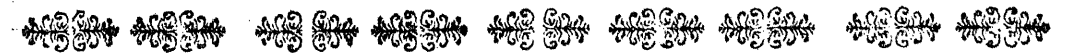
5. Lo segundo digo, que quando el Derecho dispone, ò el Superior manda, que el Juez, ò Prelado proceda en alguna causa, ò la haga con consejo, ò parecer de otros, está el Juez obligado à pedir consejo, y parecer, y aguardar tiempo suficiente en que se lo puedan dar, y à oirlo, ò leerlo; pero no está obligado à seguir el parecer ageno. Esto consta expresamente del Derecho en los lugares citados arriba, especialmente cap. Nouit. de his que sunt, donde se declaran por nulas las instituciones, y destituciones de Abades, y Abadesas, que avia hecho el Patriarca de Gerusalem, porque para hazerlas no avia pedido consejo. Y cap. cum in veteri. de elect. le dá por nula vna eleccion; porque estando obligados à pedir consejo los electores, lo pidieron à tiempo, que ya se les acababa el que renian para elegir, y por esto no dieron tiempo suficiente à los que avian de dar su parecer, para que lo diesen; y assi procedieron à la eleccion, que por esta causa se dió por nula. Quando extitit requisitum consilium, non fuit expectatum responsum, nisi modico tempore, nec debeat alijs imputari; quod in tantum illi sibi tempus arctarant. Y cap. cum olim. de arbitris Dom. se refiere, que al Prior de San Bartolomé de Luca pertenece elegir Rector del Hospital de Luca, con consejo de los hermanos del dicho Hospital; y se determina

alli, que si el Prior sin pedir consejo eligiere, será nula la eleccion; pero si pide, y oye el consejo de los hermanos, vale la eleccion, aunque no haga al que le aconsejaron, porque no está obligado à seguir el consejo, sino à oirlo. Nisi Prior super inueniendo Rectore tractauerit cum familia Hospitalis, & ipsius consilium requisierit, non habet potestatem eligendi Rectorem, & si alio modo eum elegerit. Eius electio haberi debet irrita, & inanis, verum habito cum familia super hoc consilio, & tractatu Prior libere potest Rectorem eligere, siue concordet, siue discordet familia cum ipso super inuentione Rectoris. Y alli la Glossa mucue dificultad, sobre si es cosa superflua, è inutil pedir consejo, si no lo ha de seguir; y responde: Non est superfluum, quia ut ait Seneca in libro de quatuor virtutibus, prudentis est proprium examinare consilium. Y dize mas: Certe potest esse quoddam tale consilium sit utile, quia potest mouere Priorem ad aliquid faciendum, quod forsitan per se non fecisset. Y cap. de quibus, dist. 20. dize el Derecho: Facilius inuenitur quod à pluribus queritur. Y assi es comun sentir de los Doctores, como se puede ver en Silveit. y otros, que cita verb. consilium. num. 3. y 4.

6. Digo lo tercero, quando el Derecho, ò otro Superior no obliga al Juez à pedir consejo, ò parecer ageno, y tiene el Juez suficiencia para determinar por si la causa, que se le ofrece, no tiene obligacion à pedir, ni à admitir, ni à seguir parecer ageno. Y aunque lo pida el Juez, y se lo dén, no está obligado à seguirle: y no obstante el parecer, que pidió, puede juzgar, y determinar lo contrario, y hazer lo que pareciere mas acertado. Porque si quando el Derecho le obliga al Juez à pedir consejo, no está el Juez obligado à mas que à pedirlo, y esperar à que se lo dén, y à oir, y no tiene obligacion à seguirlo; luego menos estará obligado à seguir el parecer, y consejo ageno, quando ni el Derecho, ni otro Superior le obliga à pedir consejo, sino que de su voluntad libremente lo pidió. En este caso es puro consilio, y no ay mandato alguno de Superior, y assi no ay obligacion alguna à seguirlo. Consilium neminem obligat. Glossa in cap. Mihi autem. 2.2. q.2. y J. mandatum. ff. mandati. Nemo ex consilio obligatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium. Es verdad, que ay alguna diferencia quando el Juez pide el parecer, y quando las partes lo ofrecen, y presentan; que quando el Juez lo pide, es con mas propiedad consejo, y se tiene de parte del Juez como medio, que el mismo Juez buscò para enterarse mejor del derecho, que tiene cada vno de los litigantes, y está el parecer mas

mas sin sospecha, y parece que ex honestate debe el Juez conformarse con él, si no consta, que tenga error, ni injusticia. Pero quando alguna de las partes presenta parecer de algùn hombre docto en su fauor, no es propriamente consejo, sino abogacia, y patrocinio en fauor de la parte que le presenta, y el Juez debe no seguirse por el tal parecer, mas de en aquello que probare suficientemente, porque es presentado por la vna parte litigante, que segun razon se debe entender, que procura alegar, y traer todo lo que haze en su fauor, y no lo que haze en fauor de la parte contraria. Lo qual no haze el hombre docto, que dá su parecer por orden del Juez, que mira, y debe mirar con igualdad lo que haze, en fauor de ambas partes. Mas en quanto admitir, y ver los pareceres, aunque sean presentados por las partes litigantes, será siempre loable en el Juez, para penetrar mejor la verdad

en casos dificiles; porque el Juez tiene obligacion de procurar descubrir la verdad por todos los medios proporcionados, que se ofrecieren, cap. Iudicantem. 30. q. 5. Iudicantem oportet cuncta rimari, & ordinem rerum plena Inquisitione discutere, interrogandi, respondendi, obijciendique, prout patientia ab eo, et ibi actio ambarum partium illuminata sit pleniter, nec litigantibus Iudex prius velit sua sententia obviare, nisi quando iam peractis omnibus nihil habeant in questione, quod proponant, & tandem actio ventiletur, quo usque ad rei veritatem perueniatur frequenter interrogari oportet, ne aliquid pratermissum forte remaneat, quod aucti conveniat. El Juez ha de ver todo quanto puede hazer en fauor de la vna, y otra parte, assi en el hecho, como en el Derecho, y no ha de omitir cosa alguna de las que conducen al conocimiento de la verdad, en el negocio que se litiga.



## CLASSE PRIMERA, EN QUE SE PONEN LOS PARECERES de restitucion tocantes à contratos.

### DEL MUTVO.

#### CONSULTA I.

Sobre si los que viven en estas tierras puedan llevar alguna ganancia por prestar dineros, no aviendo lucro cesante, ni daño emergente?

#### PROPUESTA.



Si la gente destas tierras, Indios, ò Españoles, sin tener el dinero para emplear, ni padecer, ò temer algun daño en la hacienda por prestar, podrán recibir ultra fortem alguna cosa por minima que sea ( porque aqui corre vna hablilla por opinion de V. R. que pueden llevar diez por ciento, y aun se alargan) sin riesgo, ni otro titulo?

#### PARECER II.

Responde, que por prestar no se puede recibir cosa alguna; porque assi está expresso en la Sagrada Escritura.

Luc. 6. Mutuum date nihil inde sperantes. Lo que se puede hazer en opinion de muchos, y muy graues Autores, es dar el dinero (aunque no lo tuviera para emplear, ni rezele daño emergente por causa de entregarlo) al que lo quiere para emplear, haciendo con el tratante trato de compañia, en que vno pone la industria, y trabajo, y el otro el dinero, para partir despues las ganancias; y à este trato se le pueden juntar otros dos: el vno, de assiguracion del capital; el otro, de señalarle, y determinarle al que puso el dinero vna cantidad cierta; y segura, menor de la que esperaba ganar incierta, y arriesgada: y estos tres tratos no es necesario, que se hagan formal, y explicitamente, sino basta hazerlos virtualmente, diciendo: Tomad tanto dinero para vuestros empleos, y me aveis de assigurar el capital con tanta ganancia; en la forma que dizen los Theologos, que se puede hazer. Este trato es muy licito, con tal que la ganancia que se lleuare, sea mucho menor de la que le huiera de pertenecer, si fuera expuesto al riesgo de capital, y ganancias; por que con las dos partes de la ganancia, que le podia

podia tocar, compra la seguridad, y certeza de el capital, y ganancia moderada. Y tambien ha de ser cierto, que el que recibe el dinero, lo pide para emplear en el trato, que sin trato no ay compañia, sino puro emprestito, y consiguientemente no se puede llevar ganancia.

2. A la hablilla, que V.R. refiere, respondiendo lo que el Señor al examen, que Anás hazia de su doctrina. Ioan. 18. *Ego palam loquutus sum mundo, & in occulto loquutus sum nihil.* Mis pareceses salen en publico, firmados de mi nombre; en ellos se puede ver lo que digo, y creo, que no avrá hombre, que quiera tan claramente mentir, que diga, que me ha vido otra cosa en esta materia.

## CONSULTA II.

*Sobre quanto se puede llevar de ganancia por prestar dinero a los Indios, y Morenos.*

### PROPUESTA.

**P**resta vn Indio à otro diez pesos con prendas equivalentes: preguntase quanto se puede llevar de ganancia al mes, quando ay prendas; y quanto sin prendas, por el riesgo, que ay de por medio, por ser vísita entre los Indios llevar à toston de ganancia en cada diez pesos, que sale à sesenta pesos por ciento al año? Si se mira al lucro cessante, dize luego la parte, que el dinero que prestò, lo tenia para emplear, y ganar con él, y que por lo menos avia de ganar dos pesos cada mes. V.P. se sirva de responderme, porque en esta mi jurisdiccion los mas pleytos son desta calidad, y quisiera tener vn derrotero, ò regla cierta por donde determinarlos, con seguridad de conciencia.

### PARECER III.

3. **R**espondese, que qualquiera cosa, por poca que sea, que alguno llevara mas de lo que prestò, por causa del emprestito, es usura, y pecado; lo qual es certissimo, y de sé, porque está expreso en la Sagrada Escritura. Pál. 14. que no descansará en la gloria el que diere su dinero para recibir usuras. Pero algunas vezes en el emprestito se mezcla otro titulo, y causa, por la qual se puede llevar algo mas sin usura; y otras vezes aunque parece emprestito, no lo es, sino otro genero de contrato, y entonces tambien se puede llevar alguna cosa de mas, quando el que pide el dinero prestado lo quiere para tratar con él, y emplear, y el que lo dá faca por con-

cierto, que le ha de dar tanto de ganancia cada mes. La intencion del que dá su dinero de este modo, no es de prestar en realidad de verdad, sino de hazer trato de compañia con el otro, que lo recibe, para ir con él à las ganancias, poniendo vno el dinero, y el otro el trabajo, è industria. Y este trato de compañia deste modo, es licito en todo el mundo; y que la intencion del que assi dá su dinero, no sea prestarlo propriamente, consta lo primero, porque suelen dezir los que assi prestan: Supuesto que gana con mi dinero, he de ser yo participante de las ganancias. Aqui se conoce, que es la intencion darlo à este trato de compañia, aunque ordinariamente no lo saben explicar. Lo segundo, porque aunque la gente vulgar no conoce, ni repara si es emprestito, ò trato de compañia; con todo esto es la intencion virtual, darlo del modo con que mas justificadamente puedan llevar las ganancias, que tacan por concierto. Y assi tengo por cosa cierta, y sin escrupulo de conciencia, que el que dá diez pesos à otro, que los pide para empleo, y grangeria, le puede llevar algo mas.

Para saber quanto se puede llevar, se ha de notar, que este trato de compañia pide, que siendo igual el trabajo, que pone el vno, y el dinero, que pone el otro, deben partir igualmente las ganancias: de suerte, que el que fue con los diez pesos del otro al empleo, si ganó quatro, debe bolver al otro los diez pesos que puso, y otros dos por la mitad de las ganancias; y si no ganó nada, el que puso los diez pesos no ha de llevar nada de mas; y si se perdieron los diez pesos por caso fortuito, se pierden por cuenta del dueño, que los entregò al contrato; como el otro tambien pierde su trabajo. Este trato de compañia pide esta igualdad para ser justificado; y el que hizo el empleo debe dezir al otro todo lo que ganó, sin encubrir cosa alguna, y lo contrario será hurto.

4. Pero para quitar dissenciones, y escusar averiguaciones de quanta fue la ganancia, y de si se perdió, ò no, el principal, se puede hazer otro contrato con el que recibe el dinero, de que asegure al otro el principal, y alguna ganancia poca, mucho menor de lo que ordinariamente le avia de tocar, si partieran igualmente, porque compra la seguridad: y el otro, que va al riesgo de que algunas vezes quizá no ganará nada, ò se le perderá todo, se quede con lo mas de las ganancias con buena conciencia, aunque ganasse muchissimo mas. Dizen, que en estas magabalias se compran, y venden cosas, y hazer viages, suelen ganar con diez pesos dos, ò tres pesos,

ò mas en vn mes. Y assi digo, que sin prendas, aunque lo asegure con papel firmado de su nombre, y testigos, puede el que puso el dinero llevarle al otro vn toston cada mes por diez pesos, por dicho trato, aunque expresamente no lo hagan, ni lo entiendan, sino virtualmente, como queda dicho: que viene à llevar cinco por ciento al mes, que salen à sesenta por ciento al año. Si recibe prendas equivalentes, es mucha la seguridad, y assi la ha de comprar por mas precio, y el que recibió el dinero lleva todo el riesgo; porque aunque se pierda todo, y él se muera en el camino, tiene ya pagado principal, y ganancias con las prendas, y assi no podrá llevar tanto, sino la mitad, que son dos reales cada mes por los diez pesos, que hazen dos y medio por ciento al mes, y treinta por ciento al año. Quando no ay prendas, aunque aya testigos, y papel firmado del que recibe los diez pesos, es poca la seguridad entre los Negros, è Indios; que perdiendo vna vez el principal, ò hurtandose, suelen quedar destruidos para toda la vida, sin tener con que pagar.

Si el que pide el dinero prestado, no lo quiere para empleo, sino para su sustento, ò para remediar otra qualquiera necesidad, es propriamente emprestito, y no se puede llevar cosa alguna de mas, si no es por vno de tres titulos, que son lucro cessante, daño emergente, ò por el peligro à que se expone de perder, ò no poder cobrar su dinero, ò de tener mucho gasto, ò trabajo en la cobrança.

5. Por el lucro cessante se puede llevar algo, quando en realidad de verdad tenia el dinero para emplearlo, y de hecho dexò el trato, y empleo solamente por causa de aver prestado el dinero: y en tal caso no ha de llevar todo lo que avia de ganar en el empleo con dichos diez pesos, sino que de ài se ha de baxar alguna parte por el riesgo, que suelen tener los empleos en el principal, y ganancias; que mas vale vn peso seguro, que dos pendientes de vn empleo, en que no están seguras las ganancias, y se suele perder el principal. Mas se ha de baxar de ài todo lo que equivale al trabajo, que avia de tener el dueño del dinero en el empleo, si no lo prestara; porque no ha de ganar tanto estando ocioso sin trabajar, como si lo trabajara, y cuydara en el empleo. Por lo qual si de hecho algùn por prestar dexò por algun tiempo su trato, en que solia tener ganancia, se ha de ver quanto solia ganar con los diez pesos, y no se ha de atender à lo summo, que algunas vezes ganaba, ni à lo menos, sino à lo que mas de ordinario se suele ganar en semejantes tra-

tos: y si à vezes ganó dos pesos, y otras vezes tres, se ha de juzgar, que la ganancia ordinaria son cinco tostones.

Nosotros en el fuero de la conciencia creemos lo que dize el que nos consulta: lo primero, porque viene de su voluntad para asegurar su conciencia, se presume, que dize la verdad, porque de otra fuerte no la asegurara. Lo otro, porque al Theologo à quien piden parecer, no le toca, ni le conviene, ni puede hazer informacion de la verdad: y fuera cosa odiosa ponerse à hazerla v.m.d. en caso que quisiese saber la cosa de raiz, lo avia de inquirir, y saber por lo que suelen ganar otros en semejantes contratos, por esse fuero externo, que le permite. Yo por las noticias, que he adquirido algunos años, tengo por seguro en conciencia, que vna persona que tiene razonable habilidad para magabalias, si por causa de emprestar su dinero dexa su trato, y empleo, puede llevar vn toston de ganancia cada mes por diez pesos de emprestito, si no recibe prendas; y si recibe prendas, podrá llevar dos reales, de la fuerte que dixè arriba de el que lleva el dinero al magaballero. Si el que dexa el empleo por dar el dinero prestado, es poco abil para el empleo, no puede llevar tanto, sino mucho menos; v.g. si el que dá los diez pesos prestados, solia ganar con ellos vn toston en vn mes, no puede pedir prestandolos vn toston por el lucro cessante: porque sin riesgo, ni trabajo del empleo, no ha de ganar tanto, como ganaria con el riesgo, y trabajo.

6. Por razon del daño emergente puede pedir el que diò prestado su dinero, todo aquello que perdió, ò se menoscabò de su hacienda por causa del emprestito; v.g. si pudo comprar el arroz à la cosecha à quatro reales el cabán, y por prestar su dinero no lo comprò, y se vido despues obligado à comprarlo à peso; debe pagarle el que recibió el emprestito no solamente los diez pesos que le prestò, sino tambien los otros diez pesos, que le costaron mas los veinte cabanes de arroz que comprò: y esto aunque tuviese prendas seguras, porque estas no minoran el daño originado del emprestito; pero se requiere, que antes de prestar el dinero se avise al que le recibe, para que sepa el riesgo à que se pone, y vea si le quiere recibir con essa calidad.

7. Por razon del peligro à que se expone el que presta, de perder, ò no poder cobrar su dinero, ò de gastar, ò trabajar mucho en la cobrança, raras vezes podrá llevar algo; porque si el riesgo, y trabajo de cobrar es cosa sabida, por ser mal pagador, ò mala dita el que



que pide prestado, no avrá quien le preste sin prendas equivalentes, aunque prometa mucha ganancia; porque si es tan mal pagador de lo que recibió prestado, mucho peor lo será de las ganancias: y si le presta con prendas equivalentes, no puede llevar cosa alguna por dicho peligro, porque las puede vender, si el dueño no las saca à su tiempo, con que cessa el dicho riesgo. Pero si alguno conociendo este riesgo prestasse sin prendas, podrá llevar de mas la cantidad en que se apreciar este riesgo: de fuerte, que si la dita fuese tan mala, que se presume por la experiencia, que para cobrar será menester pleyto, ò muchas molestias, y gastos; en tal caso el que presta diez pesos, podrá hazer concierto de que le aya de pagar dos pesos de mas cada mes, que culpablemente le fuere detenida la paga con pleytos, y molestias; y aun será raro el que quiera prestar con estos riesgos conocidos, aunque le prometan ciento por ciento. Si el peligro de no poder cobrar, ò de gastar en la cobrança, no fuere muy graue, y muy fundado con suficientes fundamentos, no podrá llevar tanto, sino mucho menos, por que esta ganancia se concede por recompensa del peligro, y assi se ha de conmensurar con la mayor, ò menor grauedad, y certeza del peligro. Assi lo enseñan grauíssimos Autores. Bonacide contract. disp. 38. q. 2. punct. 4. Maldero in 2.2. tract. 5. cap. 3. dub. 14. Salas tract. de vsuris, dub. 22. Hurtado disp. 3. dif. 10. Filiucio tom. 2. tract. 5. num. 112. Villal. tom. 2. tract. 22. dif. 11. el qual cita à otros muchos.

## CONSULTA III.

Sobre quanto se pueda llevar de ganancia cada mes, por prestar dineros à los Sangleyes.

## PROPUESTA.

Pedro daua dineros à los Sangleyes mercaderes, y otras personas, para que le pagassen à razon de tres por ciento cada mes, que le tuviessen allá su dinero, y en interin recibia prendas de mayor valor, con que asseguraba el capital, y ganancia. Consultase, pues, si dicho trato sea licito, y se pueda llevar dicha ganancia?

## PARECER IV.

8. **A** La consulta se responde suponiendo, que de vno de tres modos se puede aver la persona, que dá el dinero, para recibir tres por ciento. El primero, quando

el que pide el dinero es mercader, y lo pide para emplear con él, y para esse fin se lo dá el dicho Pedro. El segundo modo es, quando el que pide el dinero lo ha menester para su sustento, ò para remediar otra qualquiera necesidad, y no para empleos. El tercer modo es, quando el que dá el dinero no atiende à lo vno, ni à lo otro, ni à otras circunstancias, sino que à todos los que piden, dándole prendas suficientes, y ofreciendole los tres por ciento, les dá la cantidad que han menester. Cada modo de estos varia notabísimamente el trato, por lo qual piden diferentes resoluciones.

9. Suponiendo aora, que el dicho trato fue del primer modo, y que Pedro daua el dinero solamente à Sangleyes mercaderes, que lo pedian para su trato, y ganancias, y que esto contaba à dicho Pedro quando lo daua; en este caso, y presupuelo à la pregunta, se responde, que la intencion del que dá su dinero deste modo, no es de prestar en realidad de verdad, sino de hazer trato de compañía con el otro que lo recibe, para ir con él à las ganancias, poniendo el vno el dinero, y el otro el trabajo, è industria; y este trato de compañía deste modo, es licito en todo el mundo. Y que la intencion del que dá assi su dinero, no sea prestarlo, consta lo primero, por que suelen dezir los que assi prestan: *Supuesto que gana con mi dinero, hagame participante de las ganancias*. Aqui se conoce, que es la intencion darlo à este trato de compañía, aunque ordinariamente no lo saben explicar. Lo segundo, porque aunque la gente vulgar no conoce, ni repara, si es emprestito, ò trato de compañía; con todo esso es la intencion virtual darlo del modo con que mas justificadamente puedan llevar las ganancias, que facan por concierto. Y assi tengo por cosa cierta, y sin escrupulo de conciencia, que el que dá su dinero de essa manera, puede llevar algo mas. Para saber quanto se pueda llevar se ha de notar, que el trato de compañía por si solo pide, que siendo igual el trabajo, que pone el vno, y el dinero, que pone el otro, deben partir igualmente las ganancias: de fuerte, que el que lleuò el dinero al empleo, si ganò quatro, debe boluer el capital, y otros dos mas por la mitad de las ganancias; y si no ganò nada, debe boluer solamente el capital; y si se pierde el capital por caso fortuito, se pierde por cuenta del dueño, que lo entregò al trato; porque *quidquid perit domino perit*. Como el otro compañero pierde tambien su trabajo. El trato de compañía pide igualdad para ser justificado; y el que hizo el empleo, debe dezir al otro todo lo que ganò, sin encubrir cosa

cosa alguna, y lo contrario será hurto. Pero para quitar dilaciones, y escusar averiguaciones de quanta fue la ganancia, y de si se perdió, ò no el principal, se pueden hazer otros dos contratos explicitos, ò implicitos, y subintelectos con el que recibe el dinero. El primero es de compra, y venta, vendiendole al mismo, que lleva el dinero para el trato, la ganancia incierta, y dudosa, è indeterminada, que espera aver, por otra cantidad menor, cierta, determinada, y asegurada. El segundo contrato, que aqui se mezcla, es aseguracion total del capital, ofreciendo el que entriega el dinero al mercader, que lo recibe para el trato de compañía, parte de aquella ganancia cierta, y asegurada, para que el mercader, que pone la industria, allegue el capital. A este llaman los Doctores trato de tres contratos, porque se mezclan aqui tres contratos, *per modum vnius*. El primero de compañía, el segundo de compra, y venta, el tercero de aseguracion; que estos tres contratos juntos entre vnas mismas personas sean licitos, lo defienden muchos, y graues Autores. El Padre Fr. Juan Martinez de Prado, to. 2. Theol. mor. cap. 29. q. 2. refiere treinta y dos Doctores que lo dizen, aunque él có otros muchos dice, que en la practica siempre es contrato vsurario, y lo prueba con vn Decreto de la Santidad de Sixto V. y con otras muchas razones. Pero no se puede negar la probabilidad de la opinion, que dize ser licito el contrato de tres contratos, por ser de tantos Doctores, y tener fundamentos graues. El principal parece ser, porque estos tres contratos, quando se hazen con diuersas personas, son licitos en toda sententia; porque ninguno niega, que el trato de compañía, en que vno pone el dinero, y el otro el trabajo, è industria, sea licito, siendo solo, sin mezcla de otros contratos, que el capital, y ganancias expuestos al riesgo. De la misma fuerte ninguno niega, que sea licito el trato de compra y venta, en que vna cantidad, que esperò ganar en vn trato (que está todavía arriesgada, è incierta) la venda yo por menor cantidad, que me ofrecen, segura, cierta, y sin riesgo. De el mismo modo ninguno niega, que el capital, que tengo arriesgado al trato, lo puedo asegurar comprando la seguridad con dinero, por mayor, ò menor cantidad, conforme los riesgos. De aqui se infiere, que supuesto que estos tres contratos son de su naturaleza licitos, si cada vno se haze con diferentes personas; que tambien serán licitos hechos con la misma persona: porque hazer se con vna misma persona todos tres contratos, ò con tres personas diferentes, no varia la naturaleza

de dichos contratos, ni destruye su igualdad.

10. Supuesto ya, que este trato es licito, para determinar quanto se podrá llevar en esta tierra à dichos Sangleyes por este trato de compañía, recibiendo prendas suficientes, que aseguran totalmente el capital, y ganancias, pende de circunstancias, que constan mas bien à los mercaderes, que à los Theologos; pero de las noticias que tengo diré lo que siento. Tres circunstancias se han de atender principalmente; la primera, que aya igualdad entre el dinero, que pone el vno, y el trabajo, è industria del otro: porque si no se reputa prudencialmente por igual, no podria partir igualmente las ganancias, sino proporcionablemente: de fuerte, que si vale mas la industria, que pone el vno, que el dinero que pone el otro, lleue de las ganancias mas el que puso la industria; ò al contrario, si se estima mas el dinero, lleue de las ganancias proporcionablemente mas el que puso el dinero. La segunda circunstancia es, que se atienda à qué tanto suelen ganar mas ordinariamente los que exercen seme; antes tratos, ò empleos, al modo de los que quiere exercer el que recibe el dinero, porque de essa fuerte se podrá comprar, y vender essa ganancia incierta, considerado quanto suelen ganar los que emplean en la misma tierra, y generos mismos con dinero proprio. La tercera circunstancia es, que se atienda à qué tan grande es el riesgo de perder el capital, ò de no tener ganancias el que manexa el dinero, y por quanto dinero se atreueria otro tercero, entendido en el arte de la mercancia, à asegurar el capital puesto al trato, y por quanto compraria las ganancias, quando están inciertas en esperança. Quanto à la primera circunstancia, que es la igualdad entre el dinero del vno, y trabajo, è industria del otro, juzgo que la ay, y comunmete se reputa por igual; porque el dinero es parte principalissima del trato, y total instrumento dél; y por otra parte la industria del Sangley para el trato, es muy grande, y el trabajo que ponen, no es menor, porque ponen todos sus sentidos, y potencias en esso, comprando, y vendiendo, sin perder ocasion: y de ordinario, quando es mucho el dinero del trato, le cuesta al Sangley mucho mas trabajo, y cuydado el emplearlo todo, beneficiarlo, y despenderlo; y quando el dinero del empleo es poco, menos trabajo, y cuydado ha menester.

11. Quanto à la segunda circunstancia, de quanto se puede esperar prudencialmente, que ganará el Sangley por ciento en vn año: en estos tiempos, que ay tan poco comer-

mercio, quando mucho podrán ganar cincuenta por ciento en vn año; y assi lo afirmá hombres prácticos en la mercancía, y que han conauicado mucho con Sangleyes en diferentes tratos. De estos cincuenta tocan veinte y cinco al que puso el dinero; pero arriesgados, è inciertos, y arriesgado tambien el principal, ò capital.

12. Quanto á la tercera circunstancia de la calidad de los riesgos de dichas ganancias, y principal, digo, que en estos tiempos está muy dudoso, è incierto, que se puedan ganar los cincuenta por ciento: y assi para comprar la ganancia incierta de los veinte y cinco, que pertenecen al que puso el dinero, se ha de considerar quanto daría otro tercero por dicha ganancia de veinte y cinco pesos arriesgados en el trato. Pareceme, que si dicha ganancia incierta se vendiese por las dos partes, perdiendo la tercera parte el que la vendiese, sería en el mas subido precio, que se podía vender, porque como dicho es, el riesgo parece grande, porque es muy dudoso, que pueda el Sangley en estos tiempos, y como agora acontece, pillar desta ganancia dudosa de veinte y cinco: por ocho menos, que son la tercera parte, le quedan al que puso el dinero diez y siete ciertos, y seguros, y le falta que asegurar el capital, en el qual ay muy poco riesgo, porque no embarcan por la mar las mercaderías, ni se ponen en caminos peligrosos, sino que en tierra de vna mano á otra passa el dinero, y mercaderías; y assi parece, que se podrán asegurar los ciento con cinco. *Quedan a este modo al que puso el dinero, doze pesos por ciento al año, vn peso por ciento cada mes: y no me atreueré á asegurar la conciencia del que en estos tiempos lleuare mayor ganancia, asegurada con prendas juntamente con el capital, en este trato de tres contratos. En tiempos de mas trato, y mercancía, y que avia mas generos en que emplear, me parece, que se podía llevar lo summo á veinte y quatro por ciento al año, dos cada mes, asegurados con prendas capital, y ganancia, y desto di parecer en tiempos passados, porque entonces con los muchos empleos, y generos de mercaderías, dezian hombres prácticos en la materia, que ganaba el Sangley ochenta por ciento en vn año, poco mas, ò menos, y aun á ciento por ciento dezian algunos: conque tocaban *in spe*, con riesgo, è incertidumbre al que dió el dinero, quarenta, y más: quitando de á la tercera parte por venta de esta cantidad arriesgada por otra menor, y asegurando el capital por cinco, ò seis pesos, venian á quedar asegurados veinte y quatro al año, poco mas, ò me-*

nos. Y agora en estos tiempos, si se ofreciese vna temporada, en que huviere mucho en que emplear, de que se esperasse crecida ganancia, admitiré de buena gana, que se puedan llevar tres tostones por cien pesos cada mes, y aun dos pesos, si fuere muy grande la esperanza de mucha ganancia: y esto solamente por aquellos meses, que durasse aquella oportunidad. Y juzgo, que por muchas mercaderías que aya, y mucha oportunidad, nunca se podrán llevar licitamente tres pesos cada mes por ciento, con seguridad de capital, y ganancias con prendas; porque para llevar los tres por ciento al mes, que propone la pregunta, era menester, que prudencialmente se creyese, que el mercader ganara en vn año ciento y veinte pesos por ciento, para que arriesgados, y en esperanza, perteneciesen al que puso el dinero sesenta pesos al año de su parte, que vendidos al mismo mercader compañero por vn tercio menos, le quedassen quarenta; y asegurado el capital por quatro, le quedassen treinta y seis. Suponer, que el Sangley (regularmente hablando) podrá ganar ciento y veinte pesos con ciento en vn año en estos tiempos, ni aun en otros mas abundantes, me parece imposible. Y para que mas claramente se vea la desigualdad de este trato, supongamos que el Sangley tiene prudencial esperanza de ganar setenta y dos por ciento al año (que los expertos en la mercancía lo tienen por imposible en estos tiempos). partan á medias, salen á treinta y seis á cada compañero: queda luego la desigualdad manifesta, de que el que puso el dinero lleue desde el principio del trato treinta y seis de ganancias seguros, y su capital, y el que pone el trabajo, y la industria lleue todo el riesgo: no solamente el riesgo de sus treinta y seis de ganancia, y de su trabajo, è industria, que todo tiene riesgo; sino que tambien carga sobre él el riesgo de capital, y ganancias del otro compañero, pues á su seguridad se obliga, sin serle recompensados riesgos tan considerables, y carga tan graue. Los Doctores, que hablan deste genero de trato de tres contratos en España, dicen vnos, que se pueden llevar quatro por ciento al año. Assi lo afirman Nauar. cap. 17. an. 254. y Fr. Luis Lopez, lib. 1. de contractib. cap. 65. y dicen, que este es el vfo antiguo. Otros dicen, que se pueden llevar á cinco por ciento al año; assi lo dize Cayetano, tom. 2. Opusc. tract. 31. resp. 11. y Maior. in 4. dist. 15. q. 27. 28. y 29. Otros dicen, que ocho por ciento al año; assi lo dize Serra. 22. q. 77. art. 4. dub. 2. concl. 2. in fine. Otros no señalan cantidad determinada, sino dicen, que se ha de atender á quanto se

se espera ganar en aquel genero de trato, que ha de vsar el mercader, y luego considerar á quanto toca á cada vno desta ganancia incierta, y en esperanças, y por quanto dinero asegurado la daría, y por quanto aseguraria el principal; y este es el mas comun modo de hablar de los Doctores, que sin señalar cantidad determinada, ponen estas reglas generales: como se puede ver en el Maestro Martinez de Prado, tom. 2. Theol. mor. cap. 29. q. 2. el qual añade, que la ganancia cierta, y asegurada, ha de ser tan moderada, que quede esperanza probable, y prudencial de que el mercader, que recibió el dinero para el trato, hará todo lo que merece su trabajo, industria, y cuidado despues de aver pagado el capital, y ganancias, costos, y riesgos del trato. Atendiendo á todas estas circunstancias, digo, que llevar tres por ciento al mes, me parece vsura paliada; porque toda la cantidad, que excede á la igualdad, y justicia del trato de tres contratos, se lleva por razon del vfo del dinero. Y en realidad de verdad es emprestito, aunque se le dá otro nombre; y el mercader aunque vé la demasia, promete la dicha ganancia violentado, porque no cesse su trato, teniendo por más graue daño dexar su trato, y oficio de mercader, que pagar dicha demasia, tolerando vn daño por evitar otro, que juzgan mayor; que es lo mismo, que sucede á todos los que toman dinero á vsuras, como dize Lay. to. 2. Opusc. tract. 31. resp. 11. y Martinez de Prado, to. 2. Theol. mor. cap. 29. q. 2. num. 23.

13. Contra la doctrina de arriba se podía oponer lo primero, que se ha visto en estas Islas ganar el Sangley en vn empleo dentro de dos, ò tres meses ciento por ciento, y aun docientos. Lo segundo, que los Sangleyes son muy entédidos en los tratos de mercancía, y no se dexarán engañar, y pues ellos dan tres por ciento cada mes, se debe presumir, que tienen esperanças probables, y bien fundadas, que harán para pagar estas ganancias, y el valor de su trabajo, y costos, y riesgos. Lo tercero, que vn mismo dinero lo emplea el Sangley quatro, y cinco veces en vn año, y todas las vezes sale con ganancia.

14. Responde á lo primero, que dicha ganancia es vn caso rarissimo, de que no se puede hazer regla general para los contratos ordinarios. Y tambien acontece algunas vezes (aunque rarissimas) perder el Sangley todo el capital, y assi se recompensa lo vno con lo otro, el peligro de perder todo el capital en casos raros, con la esperanza de vna ganancia muy gruesa en otros casos tambien raros.

15. A lo segundo se responde; que muchas vezes el Sangley por no hallar quien le dé dinero con mas comodidad, carga sobre si estos riesgos exorbitantes por no perder el trato; y muchos quedan perdidos, no valiendoles siquiera para pagar lo que les piden de ganancias; y otras vezes encarecen los generos á costa de la Republica (que es otro daño, que haze al comun este trato.) Y aunque algunas vezes ganen algo, siempre el trato es desigual, y la esperanza de la ganancia no iguala al riesgo. A lo tercero se responde, que quando el Sangley expende tan en breue los generos que compra, suele ganar en el empleo muy poco; v.g. á cinco por ciento, y quando mucho á diez: de fuerte, que en vn año quando mucho gana cincuenta por ciento, y esto con mucha duda, è incertidumbre; porque de ordinario en comprar el genero, y bolverlo á vender, se pasan mas de tres, ò quatro meses.

16. Si del segundo modo dicho se pidió el dinero, no para empleo, sino para otra cosa qualquiera que sea, es propriamente emprestito, y no se puede llevar cosa alguna de ganancia, sino por vno de tres titulos, que son lucro cessante, daño emergente, ò por el peligro á que se expone de no poder cobrar el capital, ò de tener mucho gasto, ò trabajo en la cobrança. Al presente por razon del lucro cessante, puede llevar doze por ciento al año, concurriendo estas condiciones. La primera, que de hecho avia de poner el dinero al trato, que dexamos dicho ser licito con los mercaderes. La razon desta condicion es clara, porque con el dicho trato tenia doze por ciento asegurados con prendas, assi las ganancias, como el capital; luego si por prestarlos pierde esta ganancia tan segura, puede pedir al que recibe el emprestito, que de la misma fuerte le dé la misma ganancia segura con iguales prendas; porque aqui ay conocidamente este lucro cessante. La segunda condicion es, que de hecho dexa de dar dinero al mercader, que lo pide; por causa de emprestarlo: porque si no obstante la cantidad, que prestó, tuvo caudal bastante para dar á los mercaderes todo lo que les avia de dar, aunque no prestasse; en tal caso no puede llevar ganancia alguna, ni vn real al que recibió el dinero, y no lo queria para empleo. La razon es manifesta, porque ya aqui no huvo lucro cessante, pues el emprestito no fue causa de omitir el trato, y assi será la ganancia *ratione mutui*, y conseqüentemente no será vsura. Por razon del daño emergente puede llevar mas del capital todo aquello que perdió, ò se le menoscabó por causa del



empresito; v.g. si pudo comprar el arroz de la cosecha á quatro reales el cabán, y por prestar su dinero no lo comprò entonces, y se vido despues obligado á comprarlo á mas precio; debe pagarle el que recibió el empresito, no solamente el capital, que le prestò, sino tambien todo el costo que hizo mas, por no averlo comprado á la cosecha; y esto aunque tuviesse prendas seguras, porque estas no minoran el daño originado del empresito. Pero se requiere, que antes de prestar el dinero se avise al que le recibe, para que sepa el riesgo á que se pone, y vea si quiere recibir el empresito con esta calidad: de fuerte, que por el daño emergente no puede aver cosa cierta, de que le han de dar ganancia determinada, sino que le ha de pagar todo lo que lastare por causa de tenerle prestado su caudal. Y adviértese, que no puede juntamente llevar el lucro cessante, y el daño emergente; porque llevando el lucro cessante supone, que avia de dar al trato el dinero, y no lo avia de tener para comprar en aquel mismo tiempo el arroz.

17. La tercera causa que dixe, que por ella se puede llevar mas del capital, no la puede aver aqui, porque no ay riesgo de perder el dinero, ni de tener mucha costa, ò traba o en cobrarlo, por la seguridad de las prendas, que valen mucho mas, de donde puede siempre que quisiere sacar la cantidad que prestò, y el costo si lo hiziere.

18. Si del tercero modo se huviera avido, dando dinero á todos los que ofreciesen de ganancia tres por ciento con seguridad de prendas, sin atender, ni inquirir para qué lo piden, ni si son mercaderes en este caso; se responde á la primera pregunta, que el que assi lo hiziese seria propriissimamente vfure-ro, que tiene dinero expuesto á las vfuras, como se vfa en China; porque no atendiendo á que el que recibe el dinero sea mercader, y lo quiera determinadamente para emplear, no es trato de compania; y no aviendo intencion de trato de compania, no ay titulo para llevar lucro cessante. Ni se atiende al riesgo de perder la cantidad prestada, porque no lo ay, por la seguridad de las prendas; ni al daño emergente, porque ò no le ay, ò no se atiende á esto, sino que generalmente en aviendo ganancias de tres por ciento con seguridad de prendas, se dá á todos, sin atender, ni inquirir mas circunstancias; lo qual es sacar ganancias ex mutuo, que es en lo que esencialmente consiste la vfura.

## CONSULTA IV.

*Sobre si el que presta por tiempo determinado á un Sangley mil pesos en plata, y recibe en prendas dichos mil pesos empleados, pueda en algun caso recibir de ganancia á veinte y quatro pesos por ciento, y de mas á mas las ganancias, que tuviere el dinero segun el uso de la tierra, todo el tiempo que se dilataste el plazo señalado, siendo aquesto pacto entre los dos.*

## PROPUESTA.

19. Pedro Sangley pidió á Juan mil pesos prestados, que los lleuò en 23. de Abril del año pasado de 1677. prometiendole daria á razon de veinte y quatro por ciento de ganancias, á los quinze dias despues de la Pasqua de Sangleyes deste año de 1678. en que se cumplió el plazo á cinco de Febrero, y le dexaria por preda los dichos mil pesos empleados en lienço, que los comprò en la barata, y el dicho Sangley se fue á China. Aora vino en el vltimo Champán, vendió dicho lienço, y ha tenido de ganancia vn ochenta por ciento, porque fue la barata grande, y tenia el Sangley evidencia de de la ganancia. Preguntase si es licito llevar los 240. pesos, que importa el veinte y quatro por ciento en el tiempo referido? Y affimismo assentò por trato el dicho Sangley, pagaria las ganancias del tiempo, que corriesse de mas del plazo, á lo corriente de la tierra, que passaron dos meses, y onze dias, que corrió desde seis de dicho Febrero, y satisfizo el principal en diez y seis deste presente mes de Abril. Preguntase si se puede llevar, y á qué tanto por ciento en cada mes?

## PARECER V.

20. Responde, que Juan pudo llevar con segura conciencia los docientos y quarenta pesos, que se proponen: y que de los dos meses, y onze dias, que se detuvo la paga del principal, y ganancias, no le es licito llevar cosa alguna. La primera parte de esta resolucion se prueba, porque la entrega de los mil pesos, que hizo Juan á Pedro, no fue realmente empresito: para lo qual se ha de notar, que por el empresito del dinero, y otras cosas cuyo uso es gastarlas, ò consumir-las, no se puede llevar cosa alguna; y esto es cosa certissima, que la ensena la Fé Catolica: y assi al que para remediar alguna necesidad lleva prestado dinero, no se le puede lle-

var de ganancia cosa alguna, por poco que sea, si no es que por aver prestado dexa de tener alguna ganancia, que por otra parte tenia segura el que prestò su dinero, ò se le siga algun daño, ò pérdida por causa del empresito; que solamente en estos casos puede llevar el que prestò, de mas de la cantidad prestada, aquello que dexò de ganar, ò lo perdió, y otra cosa no. Assi consta de la Sangrada Escritura. Luc.6. *Mutuum dato, nihil inde sperantes.*

21. Que en el caso propuesto no fue empresito, aunque assi le llama, consta; por que el trato, que se propone, que hizo Juan con el Sangley, fue vn trato de compania: diòle mil pesos con pacto de que los avia de emplear en lienço, y el lienço que comprasse avia de quedar en poder de Juan, como por prenda de sus mil pesos; y al cabo de tanto tiempo, que era quando esperava que se podia vender el lienço á mas precio, y quedar con ganancia, le pagaria el principal, y veinte y quatro pesos de ganancia por cada ciento. Esto en realidad de verdad no es empresito, pues no passò el dinero al dominio del Sangley, para hazer con ello lo que quisiere absolutamente, sino vn trato de compania en que Juan pone el dinero, y el Sangley la industria, cuidado, y trabajo de la compra, y venta, ordenado todo á la ganancia de ambos. cap. intelligentia de verb. signif. *Non sermoni res, sed rei est sermo subiectus.* No nos hemos de seguir por el sonido de las palabras, quando consta de la intencion, y fin, que ambos tuvieron en el pacto hecho de empleo, y ganancia de ambos, sacada del mismo empleo. Por esta razon, si Juan huviera hecho pacto de que avian de ir á partir las ganancias por igual, muchas, ò pocas, pudiera llevar Juan aora con segura conciencia quarenta pesos por cada ciento, que seria la ganancia de toda la cantidad quatrocientos pesos. Pero en tal caso huviera Juan ido al riesgo, de que si por algun accidente se ganasse muy poco, llevaria la mitad solamente de aquello poco; y si ganasse nada, no llevaria cosa alguna, y si se perdiessse el principal, lo perderia Juan. Pero con el trato, que hizo de que se le diessen en todo caso veinte y quatro por ciento, cedió á toda la demás ganancia, por asegurar los dichos veinte y quatro pesos por ciento con su capital, y hizo vna compra de la seguridad de dicha cantidad por toda la demás, que se esperava ganar. Y es cosa indubitabile, que el Sangley tenia esperança bien fundada en la mucha barata de aquel genero en aquella ocasion, y en la experiencia de muchos años, que avia de tener

ganancia grande; aunque es forçoso, que no tuviesse el Sangley toda evidencia de tanta ganancia, sino temor de riesgo, y peligros, que ay en todas las cosas humanas. Sap.9. *Cogitationes mortalium timide, & incerta providentie nostre.* Y especialmente en tratos de mercancia, en que por varios contingentes muchas vezes se fuele impedir la ganancia. Por esta razon juzgo al trato propuesto por justo, è igual, y que puede llevar Juan los dichos docientos y quarenta pesos de ganancia con segura conciencia.

22. La segunda parte desta resolucion, de que no puede llevar Juan tanto por ciento por la dilacion mayor de la paga, se prueba; porque en este caso no ay nueva compra, ni nuevo trato de compania, ni el Sangley se valiò de dichos mil pesos en estos dos meses, y onze dias para hazer otro empleo, y tener otras ganancias, sino solamente ha vendido el lienço, y se ha desembarazado, y recogido la ganancia del empleo del lienço; y assi se deben computar dichos dos meses, y onze dias por termino del trato hecho, como tienpo necesario para su complemento, y no se puede llevar por dicho tiempo otra ganancia, como si huviera sido termino de otro trato diferente: y esto es cosa necesaria, si el Sangley no tuvo ocasion para desembarazarse del lienço, y venderlo para el termino señalado, de quinze dias despues de la Pasqua de los Sangleyes; porque en tal caso se han de reputar todos los demás dias necesarios para despachar dicho lienço, por termino intrinseco, y necesario á dicho trato: y seria trato desigual, è injusto obligarle á que pagasse las ganancias antes de llegar el tiempo de la venta, ò se le obligasse á venderlo fuera de la ocasion, que esperava para tener razonable ganancia. En lo que podia aver dificultad, es, si el Sangley pudo venderlo, ò lo vendió al termino señalado, y dilatò la venta, ò se descuydò en hazer la paga estos dos meses, y onze dias. En caso que aya sucedido assi, de la misma fuerte no està el Sangley obligado á pagar cosa alguna por la dilacion de la paga en dichos dos meses, y onze dias; porque seria vfura llevar dinero precissimamente por la dilacion de la paga, como determina el Derecho. cap. consultit. de vfuris. *Qui merces suas longe maiori pretio distrahit, si ad solutionem faciendam prolixioris temporis dilatio prorogetur, quam si ei incontinenti pretium per solvatur; huiusmodi homines iudicandi sunt male agere, & ad ea qua taliter sunt accepta restituenda in animarum iudicio efficaciter inducendi.*

23. Segunda prueba de esto es, porque

en este trato no se pactò de que el Sangley pagasse tanto por cada mes de los mil pesos, que recibia, y que él empleasse en lo que quisiese, y lo vendiese siempre que pudiese, y quisiese, como suelen algunos hazer en esta tierra: y quando se haze en dicha forma, lo mas que se ha arbitrado, que se puede llevar, es à razon de veinte reales por cien pesos, aviendo seguridad con prendas de principal, y ganancia: y estos veinte reales por cien pesos cada mes, se pueden llevar solamente quando el capital no es mucho, sino vna càtidad tan moderada, que el que la recibe pueda emplearla, y venderla en poco tiempo, de fuerte, que pueda pagar las ganancias, y quedar con ganancia en cada mes: como vna pobre de estas, que venden cosas de comer, se le pueden dar con dicha ganancia respectivamente de diez à veinte pesos; y à los morenos, que hazen viages à la Laguna, y à otras Prouincias, hasta cien pesos; y à los Sangleyes, mas lo que se uszatiè, que pueden emplear, y dispensar buenamente en corto tiempo, y tener ganancia: porque si la cantidad es muy gruesa, es imposible, que en poco tiempo se emplee, y se salga del empleo en esta tierra tan corta; y mas imposible es, que en empleos gruesos se gane respectivamente lo que se gana en cosas menudas en tan breue tiempo. En el trato, que el caso propone, si se huviera de ajustar à tanta cantidad determinada de ganancia por ciento cada mes, sale à mas de veinte reales por cien pesos cada mes, ajustando el tiempo desde el dia, que se entregaron los mil pesos, que fue à 23. de Abril del año pasado de 1677. hasta el dia, que se determinò se entregasse con sus ganancias, que fue à 5. de Febrero deste año de 1678. Esta ganancia tan grande de mas de veinte reales por cien pesos al mes con prendas seguras, està tenuta comunmente entre las personas doctas, y de buena conciencia por illicita, aunque fuesse en pequeña cantidad; y mucho mas illicita por ser cantidad tan grande de mil pesos. Por esta razon no se puede dar por licito, que pague la cantidad de 240. pesos, por aver tenido embarazado el dicho dinero hasta 5. de Febrero de este año, y que luego pague de mas de esto alguna cantidad cada mes por los dias que le auvo embarazado desde 5. de Febrero; sino que los 240. pesos de ganancia se han de llevar por todo el empleo, y por todo el tiempo que durò hasta desembarazarse dél, y entregarlo: y esto se lleva con segura conciencia, no lo otro, porque desde el principio no se pactò, ni se pudo pactar tanta ganancia por mes à razon de tanto cada mes, sino por todo el empleo.

## CONSULTA V.

*Sobre lo que se debe hazer en un emprèstido de docientos pesos, que se prestaron a un Sangley sobre prendas seguras, y obligaciones de ganancia, y pacto de venderse las prendas pasado el tiempo, en lo qual estan discordantes las partes en orden al pacto que buvo.*

## PROPUESTA.

**E**L año pasado de 1662. à principios de Mayo recibì vn Sangley 200. pesos de vna persona principal de Manila, y dexòle en prendas el Sangley cantidad de lienço, que llaman Infon: y es cosa constante, que esta persona principal tenia dichos 200. pesos para empleos. Desde el dia del levantamento de los Sangleyes, no pareció mas dicho Sangley hasta este año de 1663. que bolviò de China con el P. Embaxador; y dize, que recibì el dinero con condicion, y pacto de bolverlo dentro de quatro meses, y de pagar en el interin à tres por ciento cada mes: y pretende, que pagando los 200. pesos que recibì, y las dichas ganancias, se le buelva todo su lienço. La persona, que entregò al Sangley los 200. pesos, dize, que no fue de esta manera, sino que el Sangley recibì el dinero con expreso concierto de que lo avia de bolver dentro de dos meses, sacando su prenda, y pagando los tres por ciento; mas si en este tiempo no la sacaba, tomasse la dicha persona principal todo el lienço para si à razon de como valiesse entonces, haziendose pago del dinero con dicho lienço, y pagando al Sangley el exceso, que hiziesse el precio del lienço à los 200. pesos. Preguntase, si esta persona està obligada à bolver el lienço, y quanto le debe pagar?

## PARECER VI.

**24.** **E**N este caso ambas partes no acuerdan en la verdad del hecho, por lo qual se responderà lo que se debe hazer en ambos modos, que se refieren, para que conforme constare despues, que fue la verdad, se pueda obrar; ò por lo menos en el fuero de la conciencia vean aqui las partes lo que segun mi sentir pueden, y deben hazer en este caso.

**25.** Primeramente se responde, que desde el dia que se cumplieron los dos, ò los quatro meses, se rematò el lienço en la persona, que lo tenia en empeño, y quedò vendido

dado por el precio, que corria en aquel tiempo, que se cumplieron los dos, ò los quatro meses, y la dicha persona debe bolver al Sangley el exceso, que hiziesse el valor del lienço à los 200. pesos. Esto està determinado en las leyes del Reyno. part. 5. tit. 13. l. 12. donde se ponen dos pactos para sacar las prendas, ò rematarlas, y vno se dà por injusto, y nulo, y el otro por justo, y valido. Dize expressamente, que no vale el pacto siguiente: Si yo no sacare esta prenda para tal dia, sea vuestra por esto que me prestatis. Este trato dize la ley, que no vale, porque aconteceria, que algunos no pudiesen sacar las prendas al tiempo señalado, ò por pobreza, ò por ausencia, ò por otro qualquiera impedimento, y las perderian por menos de lo que valen; y luego añade la misma ley, que vale el pacto siguiente: Si para tal dia no huvieredes sacado la prenda, ha de quedar por mia vendida por tanto precio, quanto la apreciaren hombres buenos. Y esto mismo està expreso l. 1. & final. C. de pact. pign. y assi lo definden comunmente los Doctores: S. Ant. 2. p. tit. 1. cap. 1. Silvest. in Rosa aurea. casu. 28. Panorm. super cap. significasti, de Pign. Man. Rodr. in sum. to. 2. cap. 25. num. 2. Villal. to. 2. tract. 29. dif. 4. num. 8. Y es muy conforme à la ley Natural, que à ninguno se obligue à vender la prenda por menos de lo que vale, si no puede pagar à su tiempo, que esto seria tirania, y notable grauamè, que sin justa causa se pondria al deudor, aunque huviesse hecho esse pacto; que bien se echa de ver, que seria el dicho pacto violento, y à mas no poder de parte del que entrega su prenda, que en ningun caso la quisiera vender por menos de lo que vale. Y para que el señor de la prenda no estè en notable tardança de pagar el dinero, con graue daño, y grauamen del que se lo prestò, es licito el contrato, de que si no paga para tal dia se tenga la prenda por vendida por el precio justo, y corriente, que entonces tuviere. Este pacto en ley Natural es justo en fauor del que presta su dinero, y sin notable grauamen del dueño de la prenda, porque la vende por su justo precio, para pagar lo que en aquel tiempo està obligado à pagar, y à no dilatar mas la paga. Demàs de los docientos pesos debe pagar el Sangley las ganancias, tres por ciento por los meses que fue el pacto: si fueron dos meses, como dize el Español, debe pagar doze pesos mas; y si fuerò quatro, como dize el Sangley, debe pagar veinte y quatro pesos. Estas ganancias de tres por ciento al mes parecen demasiadas, por intervenir seguridad de prendas: puede llevar dos pesos y medio cada mes

por razon del lucro cessante; porque la dicha persona tenia los docientos pesos para tratar con ellos, y por el peligro à que se expone vn mercader, que no tiene mucho dinero, quando lo presta, que se suelen aqui ofrecer ocasiones de grandes ganancias, y las pierde. Pudo tambien llevar las dichas ganancias por otra segunda causa, que es aver dado su dinero à vn mercader, que lo pedia para tratar, y ganar con él, entendiendose aqui el trato de tres contratos, que assientan ya por justo comunmente los Summistas modernos. El demàs tiempo, que resta despues de los dos meses, ò quatro, debe el Sangley pagar el lucro cessante de todo lo que verisimilmente se cree, que huviera ganado el Español cò los docientos pesos en empleos, pues tenia los docientos pesos para emplear, y dexò de emplearlos con efecto por causa de no averlos buelto el Sangley. Esto es comùn sentir de los Doctores, que dizen, que aunq no aya pacto de que se pague el lucro cessante, si el q recibì el dinero no lo paga dentro del termino señalado, està obligado à pagar el daño emergente, y lucro cessante. Assi lo dizen Cayet. in sum. verb. Vtura. y Pedro de Navarra, lib. 3. cap. 2. dub. 7. Molina, lib. 2. de intt. disp. 315. Villal. to. 2. tract. 22. dif. 17. num. 6. y dif. 8. num. 3. dize, que esto es comun de todos los Doctores. Segun esta doctrina tan cierta, y assentada de todos los Doctores, y supuesto que el Sangley se obligò à pagar los docientos pesos dentro de dos, ò quatro meses, y no los pagò hasta pasado vn año entero, debe pagar de mas lo que el Español huviera ganado en los diez, ò ocho meses, menos alguna cosa por el trabajo, y cuidado que huviera tenido en los empleos, y tambiè porque: *Id quod est in spe non aequipollet ei, quod est in re*, como dize el Prouerbio. Por lo qual si el pacto fue, que el Sangley bolviessse el dinero dentro de dos meses (como dize el Español) debia bolverlo à principios de Julio, quando valian las sayalayas (que es cierta especie de sedas texidas, segun me han referido) à veinte reales, y despues de menos de vn mes valieron à seis pesos, y el lienço valiò por Junio, y Julio à doze, y à treze varas al peso, y despues valiò las seis varas al peso, y à cinco y medio, y à cinco, conque el Español huviera duplicado el dinero, y aun mas, y fuera desto lo pudiera ya tener empleado otra vez en los generos, que traxeron aora estos Champànes, quando vino el Embaxador; y dize el Español, que esto fuera infalible, porque no tiene otro modo de passar su vida, sino atendiendo à estos empleos: conque ya tendria otra ganancia empezada, con lo

lo qual tendria ya los docientos pesos quasi triplicados. Segun esto debe pagar el Sangley, de mas de los docientos pesos que recibió, otro tanto mas por el lucro cessante, no pagando por entero todo lo que podia, ò esperarua ganar el Español por las razones dichas. Mas si la cosa fuese del modo, que la cuenta el Sangley, de suerte, que en todo se le diese credito, se responde, que el lucro cessante, que ha de pagar, se debe contar desde que se cumplieron los quatro meses despues de entregado el dinero, el qual se entregó al Sangley à principios de Mayo, y assi deberá pagar el lucro cessante desde principios de Setiembre del año pasado de 1662. lo qual será mucho menos, porque avia ya pasado aquella ocasion, y baratura de la ropa, que hubo por Junio, y Julio del año pasado, quando se leuataron los Sangleyes.

26. Prometen las partes de estar à lo que yo dixere. Despues de dado este parecer, de cosa ninguna tienen prueba, porque el pacto pasó solamente entre los dos, y fue de palabra, sin escrivir cosa alguna, que es factible se ayan olvidado: y assi me parece, que no se debe estar à todo lo que el Sangley dizze, segun el qual tocara al Español de mas de los docientos pesos suyos los veinte y quatro por los tres por ciento al mes, y quando mucho otros sesenta, que pudiera aver ganado, empleando en la tierra desde el mes de Setiembre hasta el de Junio. Si se creyese en todo al dicho del Español, era todo el lienço fuyo por precio muy barato, que valió entóces à treze varas al peso; conque tomaba sus docientos pesos en lienço, y tambien los doze, que se le debian de los tres por ciento, y todo lo restante tambien lo tomaba à este precio, quedando obligado à pagar al Sangley en dinero à razon de à treze varas al peso, y despues vendiendolo quando valia el lienço à cinco varas al peso, huviera ganado mas de trecientos y cinquenta pesos. Tampoco se siga este medio, por ser muy extremo; y assi tengo por medio conveniente, que se haga como si el pacto huviesse sido, que dentro de dos meses bolviessse el dinero el Sangley, y desde entonces pague el lucro cessante; y descontando alguna cosa por la incertidumbre, que tienen estos tratos, y ganancias, pague el Sangley los docientos pesos que recibió, y otros docientos por el lucro cessante de los diez meses, y otros diez pesos por los dos pesos y medio por ciento en cada mes en los dos meses; y pagando el Sangley esta cantidad, se le vuelva todo su lienço, del qual puede hazer muchissimo dinero, que dizze, que vale à cinco varas al peso.

## CONSULTA VI.

*Sobre quanto se puede llevar de ganancia cada mes por prestar à un mercader dineros en ocasion, que ay mucha mercaderia, y poca plata.*

## PROPUESTA.

EN estos tiempos, que ay mucha ropa, y no se halla plata, me pide vna persona mil pesos para emplearlos, y ganar en ellos: ofreceme buenos fiadores para la seguridad del capital, y ganancias; estas no se han ajustado: suplico à V.P. se sirva de dezirme quanto puedo llevar, si à razon de tres por ciento cada mes, que salen à treinta por todos mil en vn mes? Si se atiende à los tratillos vñados en la tierra, aun parece se pudiera llevar mas aun en tiempos, que no se espera tanta ganancia.

## PARECER VII.

27. Responde, que llevar tres por ciento cada mes en vna cantidad tan gruesa, como son mil pesos, y con tanta seguridad, no puede ser licito; porque ajustado por el trato de tres contratos, no es verisimil, que el que recibe el dinero, despues de averlo empleado à su gusto, y vendido las mercaderias al tiempo que tengan mas precio, saque tanta ganancia, que toquen de ella treinta pesos en cada mes al que dá el dinero, y al que lo recibe; y que demás desto aya otra cantidad razonable para el que manexò el dinero, por la aseguracion de capital, y ganancias ciertas, y determinadas.

Al exemplo, que se trae de los tratillos de la tierra, respondo, que es cosa muy diferente: Recibe vna buyera, ò tendera diez pesos, estos los emplea en diuersas cosillas tres, y quatro, y mas vezes al mes, y gana con ellos dos, y tres pesos en vn mes: y lo mismo es de los que reciben veinte pesos para hazer viages à la Laguna, que hazen en vn mes tres viages; y en esto lo mas que se han estendido los Theologos, es, que puedan llevar à quatro reales cada mes por el capital de veinte pesos, si tienen totalmente asegurado el capital, y ganancias con prendas suficientes: y si no tienen esta seguridad, que puedan llevar de veinte, vno; y llevar mas desto en dichos tratillos, es logro desigual, injusto, y vsurario: Mil pesos es imposible, que se empleen en mercaderias, y se vuelvan à vender en tan breve tiempo con tanta ganancia respectivamente.

vamente; porque para emplear tanto dinero se requiere esperar tiempo, y coyuntura, quando lleguen de fuera estos generos baratos, y para venderlos es necesario esperar à que no aya mucho de aquel genero, y à que venga la Nao de Castilla, para que aya mucha plata, y se venda à buen precio; y con todas estas esperas muchas vezes no se gana lo que se esperaba. Si en los tratillos de la tierra en que se gana mucho mas respectivamente, quando mucho se puede llevar vno por quarenta en vn mes, que salen à dos y medio por ciento; como se han de poder llevar tres por ciento en trato quantioso de mil pesos, quando se asegura bien el capital, y ganancia? Como ha de ser trato justo llevar tres por ciento en trato quantioso de mil pesos? Ni haze contra esto lo vltimo, que se añade en la pregunta; porque en los tratillos menudos no se varia notablemente la ganancia por diferentes tiempos, porque como emplean en buyo, arroz, plantanos (es cierta especie de fruta) azeyte, y otras cosas de la tierra, y en cosas, que cada dia se gastan, sin esperar que venga cosa de fuera, ni tiempos en que se gasten; y si dichos generos se encarecè por carestia, los revendedores, que los compran mas caros, los venden por precios notablemente mas caros: de aqui se figue, que de ordinario es la misma la ganancia, ò poco mas, ò menos en todos tiempos. Lo qual no es assi en empleos de cantidades gruesas, que se esperan de fuera mercaderias, y no en todos tiempos ay ocasion de venderlas con ganancia.

28. Para averiguar quanto puede llevar en esta ocasion de ganancia, se ha de advertir, que aunque aora ay muchas mercaderias en que emplear, y valen muy baratas, y los Sangleyes, que las traxeron, ya están para bolverse, lleuandose muchas, que por no aver mas plata en la tierra no las han vendido, y se espera, que idos los Sangleyes, y venida la Nao de Nueva-España ayra plata, y se venderán à mucho mayor precio; con todo esto no está muy segura toda la ganancia, que se imagina: porque ni la Nao de Nueva-España ha llegado, ni se sabe quando llegará, ò si se avrá quedado este año en Nueva-España. Demás desto ay muchas mercaderias en la tierra del mismo genero, y es possible, que antes que las dispendan venga mas ropa de fuera, y abarate mas: por lo qual la mucha ganancia, que se espera, que sacarán de los mil pesos, no es muy segura, y ya que se sabe, que no será en muy breve tiempo: y assi lo mas à que se puede estender, es à llevar dos pesos por ciento cada mes; y esto se entiende en este tiempo, que se espera mucha ganancia.

cia, por las circunstancias referidas, y lleuando los mil pesos persona muy capaz, è inteligente en el trato.

## CONSULTA VII.

*Sobre quanto se puede llevar de ganancia por prestar dineros al tiempo de partirse los Champines de China.*

## PROPUESTA.

ESTando para hazerfe à la vela los Champines de China, quando se esperaba ya la Nao, que traxo el socorro de Nueva-España, vn hombre de caudal desta Ciudad me pidió mil pesos, que yo tenia de vn menor. Dixo, que los queria para emplear en mercaderias, que le dauan baratas en aquel tiempo, por estar ya para irse los Sangleyes mercaderes, y no aver quien comprasse por falta de plata: ofreció de darme cinquenta pesos de ganancia: díselos sin prendas, ni escritura, sino con vn papel simple, que me dió firmado de su nombre, en que afirmaba aver recibido de mi mil pesos, y que se obligaba à bolvermelos con cinquenta mas de ganancia, luego que se repartiessse la plata, que se esperaba de Nueva-España. Llegò la Nao, y al segundo dia que se entregò la plata à los vezinos, me embió el dicho capital, y ganancias. He tenido algunas dudas, si en tan corto tiempo se puede llevar tanta ganancia, porque desde el dia que le entreguè el dinero, hasta que me lo bolviò, no passarò cinquenta dias? O si estoy obligado à restituírle alguna cosa? aunque personas doctas me han dicho, que pudiera llevar mucho mas, porque la persona, que lleuò el dinero, ha de ganar mucho mas con las mercaderias, que comprò con los mil pesos.

## PARECER VIII.

29. Respondo, que fue justificado el trato, y pudo v. md. llevar cinquenta pesos de ganancia con segura conciencia, y no está obligado à restituír cosa alguna. La razon es, porque de aquella ocasion en que se entregaron dichos mil pesos con aquellas circunstancias, dependia toda la ganancia, que se podia sacar en todo el año de aquellos mil pesos, pues llegada la plata de Nueva-España, ya no avia ocasion de emplear, y la persona que dió los cinquenta pesos de ganancia, avia de tener ociosos en vna caxa los dineros, que le traxeron de Nueva-España, hasta que huviera otra buena ocasion de



emplearlos, y no se esperaba en muchos tiempos igual à la que logró por los dichos cincuenta pesos. *In rebus bellicis; plurimum occasio valet*, dixo Iouinia. lib. 1. hist. Ponti. En las cosas de la guerra vale muchissimo la ocasion, y no vale menos en las compras, y ventas entre mercaderes. Y Procopio, lib. 2. de Bello Vandalico: *Rerum humanarum momenta in occasionis perceptione consistunt*. Y no tengo por licito, que lleuasse mucho mas; por que el que tomó los mil pesos hizo vna compra en que esperaba ganar mas de seiscientos pesos: assi corria, que passandose aquella ocasion, y yendose los Champanes de China, y viniendo la plata, y empezando los vezinos à emplear con ella, se puede sacar esta ganancia; toda la qual no es de presente, ni con toda certeza, y seguridad. Podia llevar el dueño del dinero la mitad de la ganancia, aguardando à que se bendiese la mercaderia, y yendo al riesgo si huviere alguno; pero por que el dueño del dinero no carga los riesgos, sino que desde luego que llegue la plata de Nueva-España, antes de bolverse à vender las mercaderias, recibe su capital, y ganancias, se debe contentar con los cincuenta pesos de ganancia, para que el que queda expuesto à los trabajos, y cuydados del trato, y riesgos, lleue todo lo demás que se ganare.

## CONSULTA VIII.

*Sobre si sea licito el trato muy usado por acá de prestar dinero à los que van à essas Provincias, para que lo paguen en oro à como vale en dichas Provincias, y de aumentar las ganancias por la demora, con intervencion de prenda fructifera.*

## PROPOSTA.

Por el mes de Octubre del año passado de 676. Juan, v. g. vezino de la Prouincia de Ylocos, hallandose en esta Ciudad necesitado de dineros, pidió à Pedro, residente de ella, 75. pesos para bolverlos en seis taes de oro (de ley de 22. quilates, que à razon de à 12. pesos, y 4. reales el tae, hazen dichos 75. pesos, que es el precio corriente en dicha Prouincia.) Dióselos dicho Pedro por hazerle buena obra, con tal que le otorgasse escritura de que le remitiria de dicha Prouincia dicho oro, antes que hiziesse viage vn barco de la Costa, que à la fazon se hallaba acá, y que de no alcanzarle, le satisfaria dicho oro à razon de à 16. pesos, y 4. reales cada tae, que haça 99. pesos, que es el precio à como lo compraban los de dicho barco,

Otorgò lo dicho Juan assi, por redimir su necesidad presente: y por no averles remitido (hallandose dicho Juan llano à dicho concierto) le diò vn esclauo Cafre, de edad de 16. años, para que le sirviesse, y tuviesse en prendas hasta que le pagasse 99. pesos, que son los que montan. Preguntate si dicho Pedro aora de nueuo en conciencia podrá pedirle à dicho Juan (además de los 24. pesos, que tuvo de ganancia en los 75. que le prestò) quatro pesos de ganancias por cada mes, todo el tiempo que tuviere en prendas, y en su servicio à dicho esclauo, por razon de dezir dicho Pedro, que podria aver tenido muchas mas ganancias con dichos 75. pesos? Y si in foro contencioso se le podrá obligar à dicho Juan à que dé dichos quatro pesos de ganancias por cada mes?

## PARECER IX.

30. **R**espondo, que si el dinero, que Pedro dió prestado à Juan, no lo tenia destinado para emplearlo de proximo en oro, ò en otra cosa, de suerte, que no tuviesse ya camino, ò modo para seme ante empleo, en que probablemente esperasse ganancia, sino que se determinò à tener dicha ganancia quando vido la commodidad, que se le ofrecia de tenerla por pedirle Juan prestado el dinero; en este caso no puede Pedro llevar, ni pedir licitamente à Juan otra cosa mas de los 75. pesos, que le dió prestados; y el pacto, que hizo con Juan, fue desde sus principios usurario, è injusto.

31. Pero si Pedro tenia dichos 75. pesos destinados para comprar oro en Ylocos, ò Pangasinan, donde suele valer à doze pesos y medio, y tenia commodidad por otra via para traerlo à Manila, antes que se fuesse el barco de la Costa; ò si tenia por otra qualquiera via destinado dicho dinero de proximo, y por pedirselo prestado Juan dexò de hazer su empleo: en tal caso el concierto, que hizieron, fue licito, y puede Pedro llevar à Juan los 24. pesos mas de los 75. que le prestò.

Pero ni en el vno, ni en el otro caso le es licito à Pedro servirse del esclauo de Juan por la detencion de la paga, ni llevarle quatro pesos cada mes, porque es cosa injustissima, y usura conocida. Tres partes contiene esta resolucion, y cada vna dellas se irá explicando, y probando.

32. La primera se explica, y prueba, por que Juan no pidió dicho dinero para emplear con él, ni para trato, sino por necesidad, y consiguientemente no hubo trato de com-

pañia, sino puro emprestito: por lo qual si Pedro no tenia dicho dinero para emplearlo luego con efecto, de tal suerte, que por averlo prestado à Juan dexasse de emplearlo, no tuvo lucro cessante, ni daño emergente por causa de dicho emprestito: y assi toda la ganancia, que en tal caso lleuasse, seria puramente por razon del emprestito, y consiguientemente seria usura clara, y manifesta; porque usura no es otra cosa, sino ganancia, que se lleva por causa del emprestito, como dize S. Thomas 2. 2. q. 78. art. 1. y todos los Doctores. La qual ganancia es ilicita, è injusta, prohibida por Derecho Diuino, como consta del cap. 22. del Ezech. y del Psalm. 14. y Ezech. 18. Para mayor claridad desto se advierta vna doctrina de Cayetano, recibida comunmente de todos: el qual explicando à S. Thom. 2. 2. q. 78. art. 2. dize, que para llevar licitamente alguna cosa por el lucro cessante, no basta la potencia passiva, que tiene en si el dinero para ser empleado, y ganarse con él; que si esto bastara, se pudiera llevar ganancia en todos los emprestitos de dinero: porque el dinero en qualquier ocasion que se preste, tiene en si esta potencia, y capacidad para emplearse, y ser instrumento de la mercancia; sino que es necesario para poder llevar algo por el lucro cessante, que el dinero esté con verdad destinado para el empleo independientemente del emprestito, de tal suerte, que si no huviera prestado, lo huviera eficazmente empleado en cosa en que probablemente entendia, que avia de tener ganancia. Por lo qual si Pedro no trataba de emplear los dichos 75. pesos en oro, ni en otra cosa, quando Juan se los pidió prestados, sino que desde que vió la commodidad, que se le ofrecia con Juan, determinò de ganar en el emprestito, no le es licito llevar cosa alguna precio estimable, sino solamente los 75. pesos, que dió prestados sin ganancia alguna; y si el caso passò desta forma, en cinco cosas comete Pedro injusticia en las cosas que pide à Juan. Primeramente fue cosa injusta ponerle por el emprestito aquel grauamen, de que le avia de bolver los 75. pesos en oro de à 22. quilates, al precio que vale en la Prouincia de Ylocos, que es à doze pesos y medio el tae; porque esta obligacion es precio estimable, y es contra justicia pedir cosa precio estimable por razon del emprestito. *Munus datum, nihil inde sperantes*. Luc. 6. Lo segundo hubo injusticia en el pacto, que parece aver intervenido en el caso propuesto, de que Juan à su costa, y riesgo pudiesse el oro en Manila desde la Prouincia de Ylocos, que ay mas de cinquenta leguas de distancia.

33. Lo tercero hubo injusticia en el otro grauamen, de que si el oro, que le remitiesse de Ylocos, no llegasse à Manila antes que se hiziesse à la vela vn barco de la Costa, que compraba el oro à 16. pesos, y quatro reales el tae, le avia de pagar Juan el oro à dicho precio: que es lo mismo que dezir, que si no llegasse à tiempo, que pudiesse vender el oro à la gente de la Costa, le pagasse Juan por razon del emprestito los 24. pesos, que esperaba ganar en dicho oro. Lo quarto, es injusticia servirse Pedro del esclauo de Juan por la dilacion de la paga; porque el servicio del esclauo tambien es precio estimable. Lo quinto, es usura, è injusticia mas exorbitante pedirle aora quatro pesos de ganancia en cada mes.

34. La segunda parte desta resolucion, de que si Pedro tenia dichos 75. pesos destinados para hazer algun empleo en este tiempo, que Juan los ha tenido, y por causa de averles prestado no los empleò, puede llevar los 24. pesos de ganancia, se explica, y prueba; porque en tal caso Pedro saltò à su empleo, y perdió la ganancia, que esperaba sacar dél, por averlo prestado à Juan; y assi no lleva los dichos 24. pesos por razon del emprestito, sino por razon del lucro cessante, que dexò de tener: lo qual es licito, y justo; porque aunque Pedro no puede llevar cosa alguna por el emprestito, pero tambien es cierto, que no debe perder cosa alguna por el mismo emprestito, y seria perder si dexasse de tener su ganancia por causa de prestar à Juan, y este no se satisfaciesse. Hallase aqui tambien aquella condicion, que segun Cayet. 2. 2. q. 78. art. 2. Bañez, y Medina, ibid. y Cruz indirect. præcepto. 7. q. 5. de usura. dub. 3. concl. 2. Villal. 2. par. tract. 22. dif. 8. num. 10. y otros graues Autores, es necesaria para llevar algo por el lucro cessante, y es, que se advierta al que recibe el emprestito, de que aquel dinero estaua destinado para emplearlo, y que si lo lleva prestado ha de pagar al dueño lo que dexa de ganar en el trato; porque proponiendo Pedro, que esperaba el oro en que se avian de commutar los 75. pesos, para antes que se fuesse el barco de la Costa, y que si llegava despues de ido dicho barco, le avia de pagar los 24. pesos, que avia de importar la ganancia, le explicò con bastante claridad la calidad, y riesgo de pagar lucro cessante con que Juan recibia aquel dinero prestado: y assi hubo en el caso dicha advertencia. Por lo qual si juntamente se verifica, que independientemente del emprestito Pedro avia de embiar à comprar oro, ò hazer otro razonable empleo con dichos 75. pesos,



consta con mucha claridad del lucro cesante, ó daño emergente, cierran la puerta à toda ganancia.

## CONSULTA IX.

*Sobre las ganancias, que se puedan llevar por prestar dineros à los labradores en tiempo de la siembra.*

## PROPUESTA.

**S**i podrá vno dar prestado à vn labrador en tiempo de la siembra cinco pesos, para que cultiue la tierra, y al tiempo de la cosecha le vuelva tres tostones de ganancia sin prenda?

## PARECER X.

41. **R**espondese con distincion: si el que dá los cinco pesos al labrador, no tiene daño emergente, ni lucro cesante, no puede llevar de ganancia cosa alguna. La razon es, porque el que recibe estos cinco pesos, no los quiere para tratar con ellos, ni como instrumento de mercancia, ó trato, sino para remediar su necesidad, y cultiuar la tierra: y assi aqui no puede aver trato de compañía, ni de tres contratos, sino puro empréstito, y consiguientemente llevar qualquiera ganancia, será usura, que consiste en llevar ganancia *ratione mutui*.

42. Si el que dá los cinco pesos los querria dar à alguno, que los pedia para tratar con ellos, dandole de ganancia dos reales cada mes (que esto es lo que en estos tratillos menudos se puede llevar, no aviendo prendas, por cinco pesos, por razon del trato de tres contratos) y los dexò de dar por prestarlos al labrador, en tal caso puede llevar de ganancia los tres tostones: porque (segun me parece) desde que se cultiua la tierra, hasta la cosecha, passan seis meses, que à razon de à dos reales cada mes hazen tres tostones. Y adviértase, que para que en este caso pueda llevar estos tres tostones, han de concurrir las cosas siguientes. Que aya persona, que le pidiese los cinco pesos para tratar con ellos, ofreciendole con efecto los dos reales de ganancia cada mes; y que se los querria con efecto, y verdad entregar; y que dexò de entregarlos al tratante solamente, por darlos al labrador, de suerte, que con efecto aya perdido los dos reales cada mes, por causa de aver dado los cinco pesos al labrador: en tal caso puede llevar al labrador los tres tostones de ganancia, porque realmente huvo lucro cesante de esta cantidad.

## CONSULTA X.

*Sobre si sea licito prestar dineros à vn labrador, para que al tiempo de la cosecha pague à tres cabánes de arroz por cada peso.*

## PROPUESTA.

**V**N Indio prestò diez pesos à otro en la Pampanga con pacto, que al tiempo de la cosecha le dén à tres cabánes de arroz por cada peso; y que si valiesse barato, como à dos reales el cabán, como los años passados, perderia el que prestò; y si valiesse caro, como de hecho valiò à quatro reales, ganaria. Haze aora despues de aver cobrado escrupulo, si fue licito. Preguntèle yo, si huvo lucro cesante? dixo, que si, porque pudo aver empleado en arroz al tiempo de la cosecha, y averlo vendido aora à peso.

## PARECER XI.

43. **R**espondese, que fue trato usurario, porque el que presta se pone à ganar, y no à perder: porque ha muchos años, que vale el arroz en la cosecha à quatro, y à cinco reales, y no à menos (si no es quando algun Alcalde Mayor con violencia lo pide à este precio) y bien saben los Indios, assi los que lo venden, como los que lo compran con el dinero adelantado, que segun corren los tiempos de aora, no es possible, que valga mas barato, que à tres cabánes al peso, ni aun tanto, ni à tres reales el cabán es possible que valga; y assi no se expuso à perder, à ganar mucho, si. A lo que dize, que podia el comprar empleando en la cosecha, y venderlo despues à peso, se responde, que es verdad; pero que en la cosecha lo compraria à quatro reales, ó à cinco, ó à como valia: y assi recibalo del deudor à como vale en la cosecha, y despues vendalo à peso; y no, que quiera tomarlo en la cosecha à tres cabánes al peso, porque diò dinero adelantado, y luego despues venderlo. Para que sea licito este concierto en el que presta, es necesario, que pongan vn precio igual, en que igualmente se expongan ambos à perder, ó ganar; que es aquel, que en estos tiempos suele mas ordinariamente valer el arroz en la cosecha, sin tener respeto, ni atencion à que el dinero es prestado.

## CONSULTA XI.

*Sobre si por prestar diez cabánes de arroz, se pueda en algun caso llevar veinte cabánes.*

## PROPUESTA.

**P**resta Pedro à Juan diez cabánes de arroz, en tiempo que vale el cabán à toston, con cargo, y concierto de que se lo pague al tiempo de la cosecha, en que vale, v.g. à dos reales. Consultase, si podrá Pedro con buena conciencia llevar entonces veinte cabánes?

## PARECER XII.

44. **R**espondese, que de dos modos se puede hazer el empréstito de arroz. El primero modo es, si presta el mismo arroz; y en tal caso Pedro, que prestò diez cabánes, no puede pedir con buena conciencia veinte despues en la cosecha, sino que precisamente ha de recibir solamente los diez, que prestò; y si lleva mas, será usura, porque pide otros diez cabánes mas de lo que prestò *ratione mutui*. Y no haze en contra desto, que los diez cabánes quando los prestò valian lo mismo, que los veinte en la ocasion que se los pagan; porque aviendo prestado arroz, y no dinero, debe recibir otro tanto arroz como prestò, y no mas: de tal suerte, que si en la cosecha valiesse por algun accidente à peso el cabán de arroz, de la misma suerte el que lo recibì avia de pagar los diez cabánes; y por consiguiente, si vale à dos reales, cumple con pagar los diez cabánes: porque la justificacion de los mutuos está, en que se pague otro tanto de lo que se recibì prestado del mismo genero. Si recibì prestados tantos cabánes de arroz, vuelva otros tantos, aunque varien en la ocasion, que los pague, mucho mas, mucho menos. Si recibì prestado tanto dinero, pague otro tanto: si recibì tanta S, pague otra tanta.

45. El segundo modo de hazer este empréstito es, quando no se presta el arroz por sí, sino se vende à lo que entonces vale, serando la paga para el tiempo de la cosecha. En tal caso, puede en la cosecha llevar el precio, que valia su arroz quando lo entregò; porque en realidad de verdad no se creó el precio del arroz. Por lo qual, si en la ocasion, que Pedro entregò los diez cabánes de arroz à Juan desta manera, valia el ca-

bán à toston, puede Pedro pedir en la cosecha diez tostones, aunque entonces valga el arroz à dos reales. La razon porque puede Pedro hazerlo assi, es, porque no está obligado à prestarle à Juan su arroz, quando puede tener ganancia con él vendiendolo, y le haze harta merced en darlo fiado, aguardando la paga hasta la cosecha. Pero adviértase, que en este caso, si à la cosecha por algun accidente valiesse el arroz mas caro, v.g. à peso, Juan no está obligado à pagarle mas de los diez tostones, y no le debe los diez cabánes de arroz, ni el valor, que tienen à la cosecha, por que no le prestò arroz, sino diez tostones, que valia el arroz. Y por la misma razon Pedro no puede obligar à Juan à que le pague en arroz; porque en tal caso Juá no debe arroz, sino dinero: y no es licito obligar à Juan por razon del mutuo, à que por fuerza ha de pagar la deuda en arroz; porque por razon del mutuo no se puede poner obligacion alguna mas de que pague la cantidad, que recibì en el mismo genero; y obligarle à que le pague en arroz, es ponerle por razon del mutuo obligacion de que le venda arroz al tiempo de la cosecha, quando vale barato, que es obligarle à cosa precio estimable: porque Juá tiene derecho à guardar su arroz, para venderlo quando valga mas caro, y buscar por otra parte dinero con que pagar à Pedro.

46. Lo que se puede hazer, y será trato muy justo, es, que Pedro quando dá à Juan los diez cabánes de arroz le diga: *Este arroz vale aora à tanto (v.g. à toston) pues à la cosecha me aveis de pagar cinco pesos en dinero, ó en arroz, à como valiere en la cosecha*, dexandolo à la voluntad de Juan, que pague en lo que le estuviere mas à cuento; que en esto no puede aver injusticia, antes se le haze à Juan mucha equidad, dexandole esta libertad de poder satisfacer en arroz, ó en dinero. Por lo qual si no tiene otra cosa sino arroz, no se verá obligado à ir à venderlo à otra parte, rogando con él, vendiendolo à menor precio, como suelen venderse todas las cosas, que se ruega con ellas.

47. Supuesto esta doctrina, en el caso propuesto no comete Pedro injusticia en querer, que se le pague el arroz que prestò, no en diez cabánes de arroz, sino al respecto de como valia quando lo prestò; porque en el concierto que hizieron, de que por valer el arroz à quatro reales el cabán al tiempo que Pedro lo entregò à Juan, y aver de valer à la cosecha à dos reales el cabán, le pague veinte cabánes por los diez, se incluye, y dá à entender bastantemente, que la intencion de ambos no fue, que se empréstitase arroz por



por arroz, sino de venta: y siempre que se reparare, o tratarse del precio de lo que se presta, para el concierto, o pacto de la paga, es indicio de que es venta de la especie, y no empréstito; porque para emprestar arroz por arroz, no viene a propósito el trato, y a usura de lo que entonces vale. Pero comete Pedro injusticia por otras dos partes. La vna es, por que obliga a Juan a que le pague en arroz, lo qual no es licito, como queda dicho, aunque esta, rara vez, o nunca será injusticia entre los Indios, porque en la cosecha, nunca tienen otra cosa en que pagar, sino arroz. La otra es, poner el arroz al precio mas baxo, que puede tener en la cosecha; conque Juan queda a riesgo de perder mucho en este trato, y concierto, porque puede ser que en la cosecha valga el arroz a dos reales y medio, y a tres reales, y a quatro algunos años en la cosecha, y nunca vale a menos de a dos reales: por lo qual el concierto es desigual, porque se expone Pedro a ganar, sin riesgo de perder, y Juan queda expuesto a la pérdida de dar su arroz a menos de lo que vale, y no se expone a venderlo a mas: y Juan se obliga a pasar por esta desigualdad, por razon del empréstito, que le haze Pedro, y en esto consiste la usura. Para que no aya estas desigualdades, ha de ser el trato, que Juan pague los cinco pesos, que valia el arroz, en dinero, o en arroz, al tiempo de la cosecha, sin mas dilación; y entonces si Juan no tiene dinero, que lo pague en arroz antes que lo dispenda, por que no está Pedro obligado a esperarle mas: y que en caso que le pague en arroz, se lo ha de dar a como valiere en la cosecha, y aun al precio mas baxo, que entonces corriere en el mismo puerto, porque a esse precio lo pudiera Pedro hallar, si tuviera presente el dinero, que le debe Juan. Y de la misma suerte, que Pedro no puede recibir mas por razon del empréstito; assi no es justo, que por el empréstito reciba daño, sino que debe Juan conservar le indemne en todo.

## CONSULTA XII.

*Sobre si por prestar dineros en tiempo en que suele valer el arroz a tres cabanes al peso, se pueda recibir en la cosecha quatro cabanes por cada peso.*

## PROPUESTA.

EN tiempo en que suele valer el arroz a tres cabanes al peso, dá Pedro a Juan dineros, para que al tiempo de la cosecha le venda a quatro cabanes al peso. Consultase, pues, si es licito este contrato?

## PARECER XIII.

48. **R**espondese, que no es licito aquel contrato, porque queda Juan obligado a dar su arroz a quatro cabanes por vn peso, siendo muy contingente, que valga el arroz mas caro, y se le carga a Juan este riesgo por razon del mutuo, por aver recibido adelantado el dinero; lo qual es formalissimamente usura. Será licito sin genero de duda, ni escrupulo, si queda obligado Juan a dar a Pedro en arroz la cantidad recibida, a como valiere en la cosecha, y aun al precio mas baxo, que corriere en el pueblo al tiempo de la cosecha, como se dixo en la resolución del caso antecedente.

## CONSULTA XIII.

*Sobre si el que compró unos generos para venderlos quando valiesen mas caros, pueda entonces quando valen mas caros darlos al fiado a esse precio, para que al tiempo de la cosecha se le paguen en dineros, o en arroz.*

## PROPUESTA.

Vna persona trata, y viue de comprar arroz, tabaco, y otras cosas, y las guarda para venderlas quando valen caras, por tener alguna ganancia; y si no ay quien se las compre con dinero de presente, dálas al precio, que andan entonces, para que a la cosecha le paguen quel precio en que se las dió, en especie, o en dinero; v. g. Pedro compró arroz para vender, y al tiempo que vale a seis reales, o siete el cabán, aviendolo comprado él a quatro, lo dá para que a la cosecha le paguen los dichos seis, o siete reales de vn cabán, en arroz, o en dinero. Vna persona que se tiene por Theologo le aconsejó al este trato, que no podia llevar los dichos reales, que valia el cabán a la cosecha, sino que evasé vn real menos de lo que valia quando lo prestó, porque lo prestó en especie. A i me pregunta la tal persona, ya la verdad parece no tiene fundamento este dicho Theologo, porque no hallo razon para que por darlo en especie aya de perder, pues quando lo prestó tenia aquel cabán de arroz valor intrínseco de siete reales: además que se pone a gran peligro de no cobrarlo, pues no recibe prenda alguna, y si le cobra, le cuesta tantos passos, y trabajo, que tambien es precio estimable. V. R. por amor de Dios me diga lo que le parece de esto?

P. A.

## PARECER XIV.

49. **A**La consulta se responde, que esse hombre puede con segura conciencia llevar los seis, o siete reales en dinero, o arroz en la cosecha, aunque tenga segurissima la cobrança, y espere cobrar facilissimamente sin trabajo alguno. Y si se presume prudencialmente, que corre peligro la cobrança, o que le costará notable trabajo, o molestia, puede llevar algo mas. Para que có claridad se entienda esta resolución, digo, que esse hombre, que tiene arroz comprado a 4. reales en la cosecha, y vale a siete en la ocasión que se lo piden, puede hazer el empréstito de dos modos, y ambos varian grandemente el caso. El primero es, quando dá el arroz al precio que entonces corre, para que le pague el dicho precio en tiempo de la cosecha. En este caso no presta arroz, sino lo vende a justo precio, y espera la paga para la cosecha, que es lo mismo que prestarle el dinero, o precio del arroz. Este trato es seguro, porque no está el dicho hombre obligado a prestar el arroz, que compró para venderlo: harto haze de venderse al fiado, esperando le la paga hasta la cosecha. Consiguientemente si le vendió del modo dicho vn cabán de arroz, el que lo recibió no debe vn cabán de arroz, sino siete reales, que es el precio del. Esta es doctrina clara, y en tal caso no le puede pedir, ni obligar a que le dé el dicho precio en arroz, porque no le prestó arroz, sino dinero; y es usura prestar siete reales, obligado a que se los pague en tal mercaderia, que es ponerle obligacion precio estimable *ratione mutui*. Puedele obligar a que le pague en dinero; y si lo dexa a la voluntad, y eleccion del deudor, que pague en dineros, o en arroz, vá segurissimo; y si en la cosecha valiesse el cabán de arroz a 8. reales, no debe pagar mas de los 7. reales por lo dicho. Para asegurar estos 7. reales puede pedir prenda, y si no se la dan, y ay peligro de que no podrá cobrar, o que tendrá notable trabajo en la cobrança, es titulo bastante para llevar algo mas de los 7. reales dichos *ratione periculi, & laboris, & molestie*, mas, o menos, segun fuere el peligro, y trabajo. Pero juzgo, que no es conveniente dezir, ni entablar entre los Indios el llevar esto *ratione periculi, & laboris*, por tres razones. La primera, porque seria abrirles camino para usuras, y trampas, porque fingirán luego peligros, y dificultades donde no los ay. La segunda, porque el Indio quando presta a otro Indio, siempre tiene seguridad de cobrar, si el deudor tuviere, y si tiene, o no

tiene, no se les encubre a vnos Indios respecto de otros: y si el deudor no tiene, es inhumanidad, è impossibilidad querer cobrar del mas de lo que se le prestó, no pudiendo pagar, ni aun lo que recibió precissimamente. La tercera, porque el Indio por tener salida de su arroz, y otras baratijas, con esta ganancia tolera gratis esse peligro, y trabajo en la cobrança, q no debe de ser mucho: y supuesto que ellos se toleran vnos a otros gratis, sin atender a essa ganancia *ratione periculi, vel laboris*, no es bien que nosotros les abramos los ojos, para que sean nimios exactores de esso, que justamente pudieran llevar, y a rebueltas de lo que sin titulo justo pedirian.

50. El segundo modo es, quando presta el arroz, y entonces si prestó vn cabán, no puede recibir en la cosecha mas de vn cabán, valga mas, o valga menos, excepto *ratione lucri cessantis*; v. g. si lo tenia para vender a 7. reales, porque valia a esse precio, puede llevar de mas del arroz que prestó, todo lo que dexó de ganar por averlo prestado: con esta advertencia, que si está en duda si avrà efectivamente quien se lo compre a 7. reales, o si por falta de compradores se le quedará el arroz en casa sin vender; en tal caso si prestó el arroz quando valia a 7. a pagar en la cosecha, que se presume que valdrá a quatro (por ser assi lo ordinario) no podrá llevar los tres reales, que valian mas quando le prestó, por que estava en duda la ganancia de dichos tres reales. Podrá llevar real y medio mas por cada cabán, si la duda era igual de ambas partes, poco mas, o menos; pero si de hecho avia comprador seguro, que lo comprasse a 7. reales de presente, o al fiado, y dexa de venderlo a esse precio por prestarlo, puede con segura conciencia llevar tantos cabanes como prestó, y vltra desto los 3. reales de mas de cada cabán. Coligese que se prestó el arroz en especie, y no el precio, quando al tiempo del prestarlo no se tassó, ni se atendió al precio que valia, ni se trató de lo que vale al tiempo del empréstito, es señal evidente de que no fue la intencion prestar en arroz, sino venderle a pagar el precio en la cosecha. Lo que dixo el Theologo, de que ha de llevar vn real menos de lo que valia quando lo prestó, por averlo prestado en arroz, no sé qué fundamento puede tener; porque 7. reales en arroz valen 7. reales en plata, y 7. reales en plata valen 7. reales en arroz. Solamente puede llevar algo el que recibe el dinero, obligandose a pagarlo en arroz, o en otra mercaderia; pero el que tiene arroz para vender, si lo vende, no se le debe mas, ni menos

D de

de lo que vale el arroz: y si lo presta, no se debe mas, ni menos de lo que prestó, excepto si interviene lucro cesante, ó daño emergente. *ratione mutui*, que tambien se debe satisfacer: y al daño emergente se reduce el peligro de no cobrar, y el trabajo, y molestia en la cobrança. Escríuó en este papel, para que interrogario, & responso cohæreant, y parezca la firma del respondiente junto a la del interrogante.

## CONSULTA XIV.

Sobre si sea licito recibir onze taes de oro por prestar ciento y veinte pesos sobre prendas seguras.

## PROVISTA.

Pedro pidió a Juan 120. pesos prestados sobre prendas de oro, y plata, prometiéndole, que le satisfaría con onze taes de oro. En esta conformidad Juan se los prestó: aora la muger de Pedro ofrece los 120. pesos, y pide las prendas, Juan no las quiere dar, por que dize le deben dar los onze taes de oro de que se concertaron. Preguntase qué se debe hazer en este caso?

## PARECER XV.

51. R Espondese, que no aviendo en el caso mas circunstancias que las propuestas, no puede Juan pedir, ni llevar en conciencia los onze taes de oro, por aver prestado 120. pesos, porque es usura manifiesta llevarlos, pues es logro, y ganancia por razon de emprestito, y assi está Juan obligado a entregar las prendas, pagandole los 120. pesos; y esto es comun sentir de los Doctores, en que no puede aver duda. Y consta expressamente de lugares de la Sagrada Escritura, que la usura es pecado mortal de injusticia, con obligacion de restituir. Y la usura no es otra cosa, sino llevar ganancias por aver prestado; y llevar onze taes de oro por el emprestito de 120. pesos, es muchissima ganancia: porque aunque valiesse el taes a razon de quinze pesos, montan los onze taes ciento y sesenta y cinco pesos, que son quarenta y cinco pesos mas de ganancia por el emprestito, asegurado con las prendas.

## PRENDAS de tierras.

## CONSULTA XV.

Sobre si el que presta cantidad de dineros recibiendo en prendas unas tierras, que las arrienda al mismo dueño, deba restituir los arrendamientos recibidos, que exceden a la cantidad prestada, no aviendo lucro cesante.

## PROVISTA.

VN mestizo teniendo necesidad llegó a vna persona, que asiste en el termino deste pueblo, y le dixo le diess 55. pesos, para lo qual le dió en prenda quatro cabalitas de tierra (vna cabalita son cien brazas de largo, y otras tantas de fondo.) Admitidas, se las arrendó al mismo mestizo, cuyas son, en ocho pesos cada año. Esto ha ya diez años, y la deuda se está en pie. No hubo mas contrato, que empeñar dichas tierras. Yo le he dicho, que está obligado a bolver todo lo que ha recibido vltra del principal, y que de llevarlo es usura. Y advierta V. R. que la persona que dió dicha cantidad, no trata, ni contrata, por lo qual no ay lucro cesante.

## PARECER XVI.

52. EN el caso que V. R. propone, es cosa certissima, que la persona que prestó los 55. pesos, y recibió en prendas las quatro cabalitas de tierra, de cuyo arrendamiento ha recibido por espacio de diez años 80. pesos, a razon de 8. pesos cada año, debe bolver al mestizo sus tierras, y pagarle 25. pesos, que ha recibido mas de los 55. que le prestó. Esta es doctrina cierta, y se prueba cõ toda claridad, porque la usura es pecado mortal. Assi consta de la Sagrada Escritura, Psál. 14. donde pregunta el Profeta a Dios, quien ha de ser el dichoso, que entrará a viuir en sus Palacios de la gloria: *Domine, quis habitabit in tabernaculo tuo, aut quis requiescet in monte sancto tuo?* Y responde poniendo las condiciones, y calidades, que ha de tener el que ha de entrar en la gloria, y entre ellas pone esta, que no ha de prestar con usura: *Qui pecuniam suam non dedit ad usuram.* No puede entrar en el Cielo el que lleva usuras por el dinero que presta. Explicó esto mas Christo N. Señor en el Euangelio. Luc. 6. *Mutuum date, nihil inde sperantes.* En los em-

prestos no se ha de llevar, ni esperar cosa alguna de ganancia, sino solamente aquello que se prestó, y qualquiera cosa que se lleue de mas es usura, y pecado, con obligacion a restituir. Y en el Derecho Canonico, cap. *Quia in omnibus de usuris*, se determina, que a los que reciben usuras no les den la Sagrada Comunión, ni los entierren en Sagrado, si antes de morir no se enmiendan, y restituyen; y que si dieren alguna ofrenda a la Iglesia, no se les reciba; y si algun Sacerdote les diere la Comunión, ó los enterrare en Sagrado, ó recibiere su ofrenda, le pone pena de suspension de su oficio: *Usurarij manifesti nec ad Communionem admittantur Altaris, nec Christianam (si in hoc peccato decesserint) accipiant sepulturam, sed nec oblationes eorum quicquam accipiat; qui autem acceperit, vel Christiana tradiderit sepultura, ab officij sui maneat executione suspensus.*

53. Para que con mas claridad conozca esta persona la obligacion, que tiene de bolver al mestizo sus quatro cabalitas de tierra, y los 25. pesos, que ha recibido mas de los 55. que prestó, ha de advertir, que este caso está expreso en sus propios terminos en el Derecho Canonico, cap. *Plures de usuris*, donde dize, que si alguno por el dinero, que entregó a otro, recibió en prendas alguna posesion; si de los frutos de la posesion ha ido recibiendo todo el dinero que le debian, debe bolver la posesion libre, sin pedir mas paga: *Siquis alicuius possessionem data pecunia in pignus acceperit. Si sortem suam (deductis expensis) de fructibus iam perceperit, absolute possessionem restituat debitori.* Lo mismo se determina en el cap. *Sig. Mas parecido al caso que se pregunta, es el que se propone cap. Conquestus de usuris.* Proponese alli, que yno tenia unas tierras por prenda de cantidad de dinero, que le debian, y se determina, que si ya avia recibido de los reditos de las tierras toda la cantidad, que se le debia, restituya las tierras a su dueño: *Si terram ipsam titulo pignoris detinetis, & de fructibus eius sortem recepistis, predictam terram Clerico memorato reddatis.* Por lo qual es cosa certissima, fuera de toda duda, que esta persona debe restituir las tierras, y todo lo que huviere recibido mas de la cantidad que prestó, porque en el emprestito la prenda no se da para que tenga ganancia con ella la persona que presta el dinero, sino para que tenga seguridad de que le pagarán, y para que en caso que el que recibió el dinero prestado se tardare en pagar, lo puede el que tiene la prenda avisarle, que la faque, ó venderá la prenda: y si avisado no paga la deuda, la puede vender, y ha-

zerle pago, bolviendo al dueño de la prenda lo que valia mas de la cantidad que debia; porque assi está determinado en las leyes del Reyno, part. 5. tit. 13. l. 41. y 42.

## PRENDAS de esclavos.

## CONSULTA XVI.

Sobre si sea licito prestar dineros a un moreno, con pacto de que aya de servir, sin que se le rebaxe cosa alguna de la deuda, hasta tanto que tenga con que pagarla.

## PROVISTA.

Nicolás para desempeñar vna hija suya recibió 28. pesos prestados de Juan, con obligacion de que el dicho Nicolás ha de servir a dicho Juan, viuiendo dentro de su casa, y haziendo todo lo que en dicha casa se le mandare, hasta tanto que pague, y satisfaga dicha cantidad, y que por dicho servicio no ha de descontar cosa alguna de dicha cantidad, sino que la ha de pagar enteramente: y dicho Juan solamente ha de darle de comer, y vestir. Y si el dicho Nicolás muriere, ó se ausentare, ó por qualquiera accidente no pudiese asistir en casa de Juan; en tal caso su muger Cecilia le ha de estar sirviendo dentro de su casa en lugar de dicho su marido. Esto se pactó entre dicho Juan, y Nicolás, y su muger Cecilia, y hizo escritura publica, y obligacion ante Escriuano, el qual dió fé de la entrega del dinero, y de como se obligó a lo referido marido, y muger. Por dicho concierto ha estado sirviendo dicho Nicolás, con algunas faltas algunos años, y pregunta si tiene obligacion a pagar enteramente los dichos 28. pesos, no obstante lo que ha servido? ó si puede descontar alguna cosa?

## PARECER XVII.

54. R Espondese, que el trato es usurario, è injusto, porque por razon del emprestito quiere llevar cosa de precio estimable, que lo es el servicio de dicho Nicolás. En esto no puede aver duda, porque lo mismo es, que si llevara dinero por emprestar, quando pide que le sirva el que recibe el emprestito. Consta expressamente del Derecho, cap. *Usura. 14. q. 2. Usura est ubi amplius requiritur, quam quod datur.* Presta 28. pesos para despues recibirlos, y de mas a mas recibe el servicio de vn hombre; luego es



28. *usura manifesta? Y cap. Putant, q. cadem. Putant quidam usuras tantum esse in pecunia, quod providens Divina Scriptura, omnis rei auferit sepe abundantiam, ut plus non recipias quam dedisti.* Y consta de la Sagrada Escritura. Luc. 6. *Mutuum date, nihil inde sperantes.*

55. Resta aora averiguar quanto se deberá descontar de la deuda por lo que ha servido. Cierto es, que no se debe tallar esto segun lo que lleua vn hombre jornalero cada dia; porque el jornalero, que va a trabajar por el salario de aquel dia, passa todo aquel dia de Sol a Sol trabajando, y tolo aquel dia, que gasta trabajando, le dan de comer, y assi es fuerza, que el salario sea mayor respectivamente por cada dia, que del que se alquila por vn mes, o vn año, al qual dan de comer todos los dias, fiestas, y no fiestas, y no todos los dias trabaja, que aun en los dias de trabajo, no siempre ay lo mismo que hazer. Y quando está vn hombre alquilado para servir largo tiempo en vna casa, no se procura, ni se tiene cuydado, que trabaje puntualmente todo el dia, que es de trabajo, como el que se alquila para cada dia: y assi se ha de descontar como se suele pagar en Manila a vn hombre, que se alquila por meses. En este Colegio de Santo Thomas, a los hombres libres, que se alquilan para bogar en la barca, que va, y viene a Buñan, se les paga a peso cada mes, y de comer, y no se les da de vestir: y de la misma fuerte se le paga al lauandero, que laua toda la ropa de los Religiosos: Y en otras partes de Manila suele pagarse menos, como seis reales, y aun cinco cada mes; o ya por no ser el trabajo muy grande, ni muy penoso lo que ay que hazer; o ya porque estos hombres, que ellos mismos ruegan, que los reciban para trabajar, merecen menos por su trabajo: como todas las mercaderias, que quando ruega con ellas el vendedor, valen menos. En el caso presente, el que recibió el dinero obligandose a servir, llegó a rogar con su servicio aun de valde, solamente porque le prestasen la cantidad de 28. pesos; y assi se debe tallar por el precio mas baxo, que suelen recibirse los que assi se ofrecen a servir por salario, y de ai se debe descontar algo por el valor del vestuario, que se obligó a darle Juan. Debe tambien descontar algo por el peligro, y riesgo, que tomó sobre sí el dicho Juan de no cobrar su dinero, ni tener el servicio, que pretendia en el contenido. Acontece muy ordinariamente en Manila, que los Negros, e Indios ladinos, viendose en necesidad, y aprieto, piden dinero con obligacion de trabajar, y servir, y a pocos dias se

canfan, y se huyen; y como no son esclavos herrados, no es fácil buscarlos, ni hallarlos, ni traerlos. Demás dello el criado, que ya tiene recibido el salario para todo el tiempo, que ha de servir, ordinariamente sirve mal, y mucho menos, que el que espera recibir su salario al cabo de cada mes; porque estos que ya tienen recibido su salario, bien conocen, que lo mismo les han de dar, que trabajen mal, o que trabajen bien. Experiencia ay en las haciendas de los que tienen estancias, que trabajan mas quatro hombres alquilados por poco tiempo, que esperan acabado su trabajo recibir la paga, que diez que ya la tienen recibida. Y de la pregunta se colige, que el contenido Nicolás hazia faltas en el servicio de dicho Juan. La verdad es, que si él señor se aconsejara conmigo, le dixera, que no comprara esse genero de servicio, ni por dos reales al mes; porque viene a ser vn servicio precario, que es menester, que el amo ruegue al criado, que trabaje, quando lo ha menester: y al fin cuesta mas molestia hazerlos trabajar, que lo que hazen. Añadese otro riesgo intrínseco, que tiene el que paga por largo tiempo vn salario a vn criado, para que le sirva; que si se muere, o enferma, o tiene otro impedimento, pierde el dinero, y el servicio del criado: y aunque a esto se puso resguardo de que en tal caso sirviese su muger, no por esto se evitó todo el riesgo; porque tambien pudo morir, o impedirle la muger, y huirse ambos juntos, o servir mal, y a disgusto. Yo vide aqui a vn hombre, que lo echauan a servir con vn ramal por cantidad de 90. pesos que debia; y persona que le quiso hazer bien, se los prestó con obligacion, que con su servicio los fuese esquitando, y algunos meses agradecido sirvió bien, y despues muy mal, y se huia, de fuerte, que mas costaua el cogerlo, que lo que podia valer su trabajo. Por estas causas juzgo, que el trabajo de esse hombre vale muy poco, pagado assi adelantado, y arriesgando su dinero el que se los prestó, que tambien es precio estimable este riesgo, como lo es el trabajo del que recibió el dinero. Por lo qual digo, que ajustando todos los meses, que Nicolás trabajó en casa de Juan, se los descuenten de la deuda a razon de 30. reales por cada vn año, que sale a dos reales y medio cada mes.

CON

## CONSULTA XVII.

*Sobre si aviendose empeñado vna esclava en menos del justo precio, con pacto de que si en tal tiempo no la sacasse el dueño, se le diese lo que restaba del precio, y quedasse vendida; pasado dicho plazo se aya de tener por consumada la venta, no aviendose entregado dicho precio? Y consiguientemente, si por el servicio de la esclava se pueda, y deba descontar algo de la cantidad prestada?*

## PROPUESTA.

Pedro empeñó vna esclava de edad de hasta 25. años a Juan, avrá tiempo de onze años, en 35. pesos en reales: y en el conocimiento, que dió de dicho empeño, contiene, que si no la sacasse por el mes de Junio en aquel año del empeño, a ustaria dicho Juan hasta 70. pesos, q era el precio en que se avian quedado del valor de dicha esclava; y aviendose pasado algunos años, murió dicho Pedro sin averla sacado en la cantidad en que la avia empeñado, ni menos el dicho Juan averla ajustado, ni a sus herederos hasta aora la cantidad, que valia dicha esclava, que eran otros 35. pesos. Y al presente, queriendola sacar el heredero de dicho Pedro, no quiere el dicho Juan, sino entrar a particion en dos hijos, que ha tenido la dicha esclava durante dicho tiempo: siendo assi, que no hubo concierto dello, ni menos aver arriesgado, que si se muriese dicha esclava perdia su dinero, sino que siempre se avia de pagar sin riesgo alguno. Se suplica la resolucion de lo referido, y de si se puede descontar los onze años en que ha estado sirviendose dicho Juan de dicha esclava, lo que se hallare ser justicia, y conforme a derecho?

## PARECER XVIII.

56. Responde, que el pacto, que intervino entre Pedro, y Juan, de que si por el mes de Junio de aquel mismo año no desempañasse Pedro su esclava, la avia de vender a Juan, no se efectuó, ni la venta, y compra de la esclava tuvo efecto alguno. Lo primero, porque la compra, y venta de la esclava, no dependia solamente de que se cumpliesse el tiempo, y plazo hasta el mes de Junio, sin que Pedro huviese desempañado la esclava; sino tambien dependia de que Juan pagasse a Pedro el precio de la esclava, y ajustasse el dinero hasta 70. pesos, entrando en esta cantidad los 35. que ya tenia

recibidos, porque assi se expresó en el concierto que hizieron: y no aviendose cumplido Juan la condicion a que estava obligado de ajustar dicho precio, no tuvo efecto la venta, y compra. Y tambien consta esto del Derecho, que dize, que para que se efectue, y se haga de hecho la compra, es necesario que se pague el precio, o se asegure con prenda de pagarlo, o por lo menos quede el comprador constituido deudor del vendedor, obligandose a pagar el precio. l. quod vendidi. ff. de contrahenda empt. *Quod vendidi, et tradidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori.* Y alli Bart. y Bald. fuman esta ley assi: *Ex venditione in emptorem dominium non transit, nisi pretio soluto, vel habita fide de pretio; y §. Venditæ inst. de rer. diuis. Vendita vero res, et tradita non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium soluerit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissione, aut pignore dato.* Para que la venta, y compra de la esclava se efectuasse despues del concierto hecho en el empeño, era necesario que cumplido el plazo por el mes de Junio, Juan pagasse los 35. pesos, que faltauan para el cumplimiento del precio, que entre los dos estava tratando: o por lo menos, que Juan ya que no entregasse entonces el dinero, asegurasse la paga con alguna prenda; que pues Juan no prestó a Pedro los 35. pesos sin la prenda de la esclava, es cosa justa, que Pedro no fie a Juan los otros 35. pesos sin prenda con que los asegurasse: o ya que Pedro quisiera hazer todo esse fauor a Juan de esperarle por la paga, era necesario que huviera llegado a efectuar la venta, constituyendose deudor de Pedro, y obligandose a pagar en tal plazo, o sin plazo; pero Juan no hizo accion alguna destas, por lo qual la esclava quedó como se entregó al principio, empeñada, y no vendida, y consiguientemente el dominio de la dicha esclava permaneció en Pedro hasta aora, y los riesgos de si se muriera corrian por cuenta del dicho Pedro, y consiguientemente los hijos que ha tenido son de Pedro, y su trabajo, y servicio es tambien de Pedro hasta aora. Todo esto está expresado en el Derecho, primeramente, que los hijos de dicha esclava sean de Pedro, se determina. l. partum. C. de rei vendic. *Partum ancilla matris sequi conditionem explorati iuris est.* Y alli la Glossa: *Vt illius sit filius cuius est mater.* Y alli Baldo suma esta ley: *Partus sequitur matrem, quantum ad status conditionem, et dominium.* Y Saliceto: *Cuius est mater, et partus.* Y l. idem Pomponius. ff. de rei vendic. *Partus cedit ei cuius*

*caius est mater.* Es derecho claro, e indubitable, que el amo de la esclava, que tiene el dominio della, es tambien amo de todos sus hijos, y tiene dominio en todos ellos. En el caso presente Pedro es amo de la esclava, y tiene el dominio en ella, porque no está hecha la venta, y así es evidente consecuencia, que son de Pedro ambos hijos. La razon que puede tener Juan para dezir, que le pertenece el vno de los hijos de la esclava, no puede ser otra sino esta. La dicha esclava valia 70. pesos en que estava apreciada: Juan avia dado ya los 35. para comprarla, que es la mitad del precio, y así es fuya la mitad de la esclava, y la mitad de los hijos. Respondo, que esta razon en que Juan se puede fundar, no vá derecha, ni conforme a derecho, ni a la verdad del hecho, porque quando Juan entregó a Pedro los 35. pesos, no hizo trato de compra, ni se ajustó, ni pactó, que con dichos 35. pesos comprava la mitad de la esclava: no fue este el trato, y concierto hecho entre los dos, sino trato de empréstito, y empeño. Juan prestó a Pedro 35. pesos, y Pedro los quedó debiendo, y Pedro empeñó su esclava en Juá por prenda de sus 35. pesos; y así todo el dominio de la esclava quedó en poder, y por prenda de Pedro. Estava el riesgo, que si se muriera, Pedro la perderia, y debería pagar los 35. pesos; y así de Pedro son los hijos, que parió la esclava, y de Pedro es el trabajo de la misma esclava. Si huviera avido concierto de compra de la mitad de la esclava, no quedara Pedro debiendo a Juan cosa alguna, antes Juan quedava debiendo a Pedro la mitad de el valor del servicio de la esclava todo el tiempo que se sirviese della; y en tal caso, si ella muriese, cada vno perdía su mitad, y el vn hijo sería de Pedro, y el otro de Juan: pero como el concierto no fue de compra, y venta de la mitad de la esclava, sino de empeño, y empréstito, y la venta que se avia tratado nunca se efectuó, por esta causa son ambos hijos de Pedro cuya es la esclava. Pruebase lo mismo con textos del Derecho aun mas claros, que hablan con mas especificacion del caso presente, en que se verá claramente el derecho que tiene Pedro, y el que tiene Juan a los hijos de dicha esclava. l. partus. C. de partu pignoris. *Partus pignorate ancilla in eadem causa esse, qua mater est.* Y Baldo suma esta ley así: *Partus ancille pignorate pignoratius intelligitur.* Dispone esta ley, que quando está vna esclava empeñada, y pare, los hijos que así pariere quedan en el mismo empeño que la madre; y así en el caso presente Pedro tiene el dominio, y propiedad en ambos hijos de la esclava, como lo tiene en la madre;

pero Juan, que tiene a la madre en empeño por prenda del dinero que prestó, no está obligado a entregar los hijos, hasta que Pedro le aya satisfecho enteramente todo su dinero, porque tan empeñados están los hijos como la madre.

57. Que el trabajo, y servicio de dicha esclava es tambien de Pedro, y que Juan le debe pagar a Pedro el valor de lo que la esclava le ha servido, es expreso en ambos Derechos, cap. *Conquacitus de viuris*, con su Glossa: *Fructus pignoris computari debent in sortem.* Los frutos, o utilidad, que el acreedor faciere de la prenda, los debe descontar de la deuda: conguientemente todo lo que vale el servicio de la esclava empeñada, se ha de descontar de la deuda. Lo mismo se determina cap. *Plures. del mismo titulo*, y el siguiente, y l. *cum pignoris. C. de partu pign.* *Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse promittunt, quam accepistis, pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit, vel quas percipere potuit, computatis in sortem extenuato debito, residuum offerentibus mancipia vobis preces Provincia restitui iubebit.* Y esta ley se suma allí: *Opera ultra sumptum excedens extenuat debitum.* Quando se empeña vn esclavo, se vá descontando de la deuda el valor del trabajo del esclavo; y es doctrina expresia de Christo N. Señor en el Sagrado Euangelio. Luc. 6. *Mutuum date, nihil inde sperantes.* Por razon del empréstito no se puede llevar cosa alguna precio estimable, sino solamente la paga del principal que se prestó: y como el servicio de la esclava vale dinero, por esso debe descontar de la deuda principal lo que vale dicho servicio; y si no lo descuenta, recibe esto mas de lo que prestó, y es usura, y pecado mortal con obligacion de restituir.

58. Resta averiguar quanto se avrá de descontar de la deuda de los 35. pesos por el servicio de la esclava en onze años. Para liquidar esto se ha de advertir, que en esta tierra vn mozo de fuerzas, que entra a servir en vna casa, sin saber oficio especial, lleva de salario vn peso cada mes, y de comer, y los reciben con este salario quando ay trabajo en que ocuparlos bien; y este acabado, los despiden. Pero a vna esclava, que está empeñada onze años, y se le ha de señalar salario, que aya, o no aya en que trabajar, y aunque en ocasiones esté enferma, y demás desto se le ha de dar de vestir, se le pueden tassar quatro reales cada mes. Y atendiendo mas, que la dicha esclava en estos dos años ha parido dos veces, y ha criado los hijos, que no es poco embarazo al servicio del amo, el qual tambien ha sustentado a dichos dos hijos, sin

ser

ser esclavos suyos, ni ser ellos capaces de servir; por el sustento juzgo, que se puede tassar el salario de dicha esclava a dos reales cada mes, tres pesos cada año: conque en onze años ha baxado de la deuda 33. pesos, y solamente debe Pedro, y sus herederos a Juan dos pesos, los quales pagados, debe Juan en conciencia, y segun justicia bolver a los herederos de Pedro la esclava, y sus dichos hijos, sino es que Juan quiera comprar la esclava, y los hijos; porque desde que pasó el mes de Junio proximo despues del empeño, y Pedro no sacó la esclava, le quedó accion a Juan de pagar lo restante del precio, y quedarle con la esclava: y como los hijos que parió en tiempo del empeño están en la misma obligacion, y fortuna que su madre, como se dixo arriba, tiene tambien Juan accion a comprarlos si quisiere, pagando a los herederos de Pedro todo lo que valiere, segun se tassaren, o se confetaren. Por la madre debe pagar Juan, si quiere comprarla, sesenta y ocho pesos, que con los dos pesos, que todavia le deben los herederos de Pedro del empréstito, hazen los setenta pesos en que la tassaron al principio.

#### CONSULTA XVIII.

*Sobre si el que dá prestados diez pesos recibiendo por prenda vn esclavo, pueda despues de diez y siete años repetir la deuda, y cobrar esse dinero.*

#### PROTESTA.

FRancisco Principal del pueblo de Tondo, en vna necesidad pidió prestados 45. pesos a Pedro Principal del pueblo de Malolos, y dexóle en prendas vn esclavo. Despues de dos años pagó los 35. pesos, y por que todavia debía diez pesos, no retiró al esclavo, y le hizo nueuo reconocimiento desta cantidad. Despues de algunos dias se huyó el esclavo, por vna pesadumbre que tuvo en casa de Pedro, y fue a parar a casa de Juan en Tondo, rogandole, que fuese fiador de su amo, que él trabajaria, y ganaria cada mes dos pesos, con que acabasse de ajustar la deuda. Acetó Juan, y avisó a Pedro, el qual lo tuvo por bien. Estuvo el esclavo desde entonces mas de vn año fuera de casa de su amo, y Juá antes de su fallecimiento, dixo, que se avia devengado la dicha cantidad. Pero como el pueblo de Tondo está distante vn dia de camino de Malolos, y son ambos parientes, no facó, ni pidió el reconocimiento de los diez pesos Francisco. Murieron Pedro, y su mu-

ger Maria, y al cabo de mucho tiempo (por que ha veinte años poco mas, o menos, que se hizo el empréstito de los 45. pesos) viene el heredero de los sobredichos, llamado Miguel, con el conocimiento pidiendo a Francisco, que le pague los dichos diez pesos, que por aquel conocimiento consta deber. Responde Francisco, que no los debe, por las razones referidas, y añade, que se vea el testamento de Pedro, y de su muger: y vistos ambos testamentos, no hablan palabra de esta deuda. Hallanse en esta duda, y comprometen ambos de estar a lo que V.P. dixere.

#### PARECER XIX.

59. Respondecse, que si huviera vn testigo fidedigno, que supiese, y diese razon como Juan entrego los diez pesos a Pedro, no huviera dificultad en el caso, y se avia de tener por satisfecha la deuda; por que aunque vn testigo de ordinario no prueba, porque *vox unus, vox nullius*, como consta de ambos Derechos. cap. *Licet ex quadam de testibus.* y l. *Iuris iurandi. C. de testib.* Pero el dicho de vn testigo de credito, juntamente con aver pasado tanto tiempo sin pedir la paga Pedro, ni averla declarado en su testamento, y aver salido la prenda de su poder, y aver estado en poder de Juan con contentimiento del acreedor, para que se hiziese la paga: todas estas cosas juntas, si constan al heredero no solamente por dicho de la parte, hazen presuncion gravissima de que ya está la deuda satisfecha, y no le será licito quererla cobrar otra vez; porque *singula, quae non possunt, simul collecta iuvant.* cap. *Cum causam de probat. con su Glossa.* Y l. *instrumenta. C. de probat. Instrumenta domestica, siue privata testatio, si non alijs quoque administris adiumentur, ad probationem sola non sufficiunt.* De la misma fuerte si constasse con testigos, que Juan dixo antes de su muerte, que estava ya pagada esta deuda, se debía estar a su dicho, junto con las demás circunstancias: porque de ninguno se presume, que contra la salvacion de su alma quiesciese escusar la deuda agena.

60. Pero si no ay testigo alguno de que se pagaron dichos diez pesos, ni consta con certeza, que Juan aya dicho antes de su muerte, que los satisfizó, tiene mucha dificultad el caso; porque constando con certeza, que se debe alguna cosa, ni se tiene, ni debe tener por satisfecha la deuda, hasta que conste con certeza de la paga. Porque deuda cierta no se satisfaze igualmente con paga dudosa, e incierta; y estando cierta la deuda, y

en

en duda la paga, está el acreedor en posesión de su derecho, y así se le debe pagar. Así lo afirman Medina. C. de oratione. q. de horis. iterandis. y Sanchez in opere morali. lib. 1. cap. 10. num. 12. Suarez de Relig. to. 2. lib. 2. cap. 33. num. 7. Salas 1. 2. tract. 8. disp. 3. sect. 23. y es comun. Por lo qual hallando Miguel, heredero de Pedro, toda certeza en la deuda, que consta por el conocimiento, y no hallando certeza en la paga, por no aver testigo della, tiene derecho a pedir que se le pague. Esta razon es tan fuerte, y eficaz, que por ella qualquier Juez obligaria a Francisco a pagar dichos diez pesos, si no probasse con testigos fidedignos, o con algun instrumento, que los avia pagado.

61. No obstante esto, Francisco no tiene obligacion a pagar dichos diez pesos, ni Miguel los puede pedir, ni recibir con buena conciencia por dos razones. La primera, por que Pedro tuvo en su poder por prenda un esclavo de Francisco, sirviendose dél por tiempo de dos años, y mas, y el esclavo es prenda fructifera, que su trabajo, y servicio vale dineros: por lo qual se debe baxar de la deuda todo lo que vale el trabajo del esclavo en todo el tiempo, que estuvo sirviendo a Pedro. Así consta del Derecho, cap. Cum contra. de pignoribus, donde se refiere de un hombre, que en prendas de una grande cantidad de dinero entregó a los acreedores unas posesiones, y despues de algunos años el hijo del que debía las pidió, sin aver pagado cosa alguna de la deuda, y mandó el Summo Pontífice, que se las bolviessen, y de hecho le hizo poner en posesion dellas, por causa de que en los años que las avian tenido se avia equitativo, y pagado la deuda con el valor de los frutos de la prenda. *Nos igitur attendentes, quod in talibus perceptio fructuum in solutione sortis accedat, cum secundum canonicas sanctiones fructus restitui, & in sortem debeant computari; considerantes etiam, quod possessiones ipsam extenuassent penitus totum onus, & debitum annullassent, ipsas tibi restituendas esse decernimus, & te per nuntium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.* Lo mismo se determina cap. Quoniam de usuris. *Eos, qui de possessionibus, vel arboribus quas tenere in pignore noscuntur, sortem (deductis expensis) receperunt ad eadem pignora restituenda sine usurarum exactione Ecclesiastica distinctione compellas.* Y allí la Glosa: *Fructus pignoris computari debent in sortem prius inde deductis expensis.* Y l. ex pignore. C. de pignoratitia acción. *Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum, qui si sufficiant ad totum debitum, soluitur actio, & redditur pignus, si debi-*

*tum excedunt, qui superarunt redduntur.* Y mas a proposito l. quod ex operis, del mismo titulo, donde se determina, que uno que tenía a una esclava en prendas de una cantidad de dinero que le debian, baxe de la deuda lo que vale el trabajo, y servicio de la esclava: *Quod ex operis ancille, quam pignori detineri dicis perceptum est, debiti quantumstent relevabit.* Y en la l. creditor, del mismo titulo se determina, que aunque no se aproueche de la prenda, como si no se sirviessse del esclavo, sino que lo tuviesse sin ocuparlo en cosa alguna, debe baxar de la deuda lo que vale el servicio del esclavo: porque de su naturaleza es precio estimable el trabajo, y servicio del esclavo, del qual se debió aprouechar; y si no se aprouecharo dél, se lo debe imputar así: *Fructus quos percepit, vel percipere debuit in ratione exoneranda debiti computare necesse est.* Y la razon lo convence, porque es vñura manifiesta llevar por el emprestito de dinero mas de la cantidad que se prestó, y si no se descontara de la deuda lo que vale el servicio del esclavo, llevara de mas de la cantidad prestada el dicho servicio, y el que recibió el emprestito pagaria de mas de la cantidad que recibió, el dicho servicio de su esclavo: y así sería vñura, que cometeria el que cobrasse la cantidad debida por entero, sin descontar el valor del servicio del esclavo. En el caso presente el servicio del esclavo por mas tiempo de dos años, lo menos que puede valer son los diez pesos: y así Francisco aunque no huviesse pagado los dichos diez pesos en dinero, ya no los debe, porque se deben descontar de la deuda por el servicio del esclavo. Antes se colige de aqui, que si constasse con claridad, y certidumbre, que Juan en cuyo poder estuvo el esclavo otro año, entregó de hecho los diez pesos a Pedro, tendrá Miguel su heredero obligacion de pagar, y restituir a Francisco el valor del servicio del esclavo.

62. La segunda razon es por la vñucapcion; porque estas cosas, que no son bienes raizes, ni posesiones, sino bienes muebles, en pasando tres años, que alguno las posee con buena fé, y con titulo suficiente al parecer, y no se las piden, adquiere dominio dellas, y no se las debe ya restituir. Así consta del Derecho inst. de vñucap. al principio: *Cantum est ut res mobiles per triennium: immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter presentes decennio, inter absentes viginti annis) usu capiantur, & his modis dominia rerum iusta causa possessionis precedente adquirantur.* Y l. bono. ff. de vñu cap. explica como es conveniente al bien publico, que se transfiera el dominio de las cosas por la vñucapcion, para que no estén

in-

inciertos los dominios de las cosas, y cuyde cada uno de lo que es suyo: *Bono publico introducta est vñucapio, ne scilicet quarundam rerum diu, & forte semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.* Y l. vñucapio. ff. pro tuo. *Vñucapio rerum propter ea, qua nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset, sed id quod quis cum suum esse existimaret, possederit. Vñucapiet, etiam si falsa fuerit eius existimatio, quod ita tamen interpretandum est, ut probabilis error possidentis vñucapioni non obstet.* Lo mismo se determina en las leyes del Reyno, part. 3. tit. 29. l. 9. y l. 12. y l. 14. donde se determina, que el que comienza a poseer alguna cosa de los que no son bienes raizes con buena fé, pensando que le pertenece; si persevera tres años continuos en esta buena fé, haze la cosa suya, y aunque despues sepa que era agena, no está obligado a restituirla. Y en la nueva Recopilacion, lib. 4. tit. 15. l. 9. se determina, que los salarios de los criados, y lo que se debiere a los Boticarios, tenderos, y oficiales mecanicos se prescriba en tres años, si con buena fé pensaban, que no les debian cosa alguna, y ellos no la pidieron en tres años, que pasado este tiempo no ay obligacion de pagarles. Esto mismo aprueba el Derecho Canonico, cap. Quoniam de prescrip. *Nulla valeat absque bona fide prescriptio, tam Canonica, quam Civilis. Unde oportet, ut qui prescribit, in nulla temporis parte rei, habeat conscientiam aliena.* Y cap. Episcopum de prescrip. in 6. se determina, que para el valor de la prescripcion basta la buena fé del que gana la cosa por *prescriptione*, si no es que la presuncion esté contra él, o el Derecho resista a la tal presuncion: porque en caso que esté la presuncion en contra, o resista el Derecho, no basta la buena fé, sino que juntamente se requiere titulo, que honeste la causa de poseer, y de prescribir.

63. En el caso presente ha no solamente tres años, sino diez y siete, que Francisco está en posesion de que no debe dichos diez pesos, y tiene buena fé, creyendo, que ya están pagados; y tiene tambien justo titulo para averlo entendido así, que es el aver estado su esclavo en poder de Juan mas de un año para esse fin de ir ganando con que se pagasse dicha deuda. Por lo qual bolviendo su esclavo a su casa despues de tanto tiempo, justamente, y con bastante titulo pudo presumir, que quedaba satisfecha la deuda, y así Francisco no debe pagar dichos diez pesos, ni Miguel los puede pedir, ni recibir con buena conciencia, aunque de hecho no se le

huviesse pagado a Pedro, ni él se huviesse aprouechado del servicio del esclavo de Francisco.

## COMMODATO.

## CONSULTA XIX.

*Sobre si la persona a quien se presta una cosa está obligada a pagarla en caso que se pierda sin culpa suya.*

## PROPUESTA.

Para la fiesta desta Iglesia pedi prestado al Pueblo, y Convento de Tual, que está de la otra parte desta laguna, y unas colgaduras, candeleros de plata, Custodia, frontal, y Casulla. Todo lo referido, el P. Prior de dicho Convento se obligó a traer, porque avia de venir a la fiesta. Al tiempo señalado se embarcó con todo lo que le pedi, y navegando sin tiempo, sucedió el perderse, o trastornarse la barca, por causa de no estar lastreada la dicha barca, y los catos no estar bien atados, con que todo se perdió en la laguna. Monta todo lo que se perdió mil pesos, según dizen: dizenme, que yo debo pagar toda la dicha cantidad, por ser la causa de traer el dicho Padre Prior, y sacar de la Iglesia lo que tengo referido.

## PARECER XX.

64. Responde, que todo lo que se perdió en el caso que se refiere, lo debe perder el dueño cuyo era, y que lo llevaba, o embiaba, por muchas razones. La primera es, por estar expresio en el Derecho cap. *Cum gratia de commodato*, donde se determina, que quando alguno dá en emprestito alguna cosa de las que se han de bolver en su propria especie, como las que en el caso se refieren (al qual emprestito llama el Derecho *Commodatum*) que si la cosa se pierde, está obligado a pagarla el que la recibió en emprestito, si por su culpa se perdió, aunque la culpa fuese leuissima por qualquier descuido; pero si el que recibió la cosa en emprestito no tuvo culpa alguna en la pérdida, no se la debe restituir, sino que la pierda el dueño cuya era. Esto consta del dicho cap. y de su Glosa, y es comun de los Doctores, especialmente Silvestro in summa. verb. *Commodatum*, q. 3. y 8. de tal fuerte, que si se pierde por caso fortuito, aunque se pierda en poder del que lo avia recibido prestado, y se

E estaua



estava firviendo dello, no lo debe pagar, si no tuvo culpa en la pérdida. En el caso presente el Padre Prior de Taal lleuaba las dichas cosas, ò las embiaba prestadas al Padre Prior de Lipa para su fiesta, y antes de llegar a manos del Padre Prior de Lipa se perdieron, y assi el Padre Prior de Lipa no tuvo culpa leue, ni leuissima en dicha pérdida, sino que fue caso puramente fortuito; y si huvo algun descuydo, fue del Padre Prior de Taal, ò de su gente, en no embiar la barca bien compuesta, ò exponerse a riesgo en mal tiempo: y assi el Padre Prior de Lipa no tiene obligacion a pagar cosa alguna, aunque en su casa, y en su poder se huvieran perdido, y mucho menos la tiene aviendose perdido antes de llegar a su poder.

65. La segunda razon es de vna doctrina comun de los Doctores, acerca de quando vna cosa de vno se entrega a otro para algun fin, ò para algun uso, y se pierde en poder del que la recibió, y no era suya; y comunmente los Doctores responden con esta distincion: Si yo entregué, v.g. estas colgaduras, y plata a Pedro por commodidad, y prouecho mio, como para que me las guardasse, y se pierden en poder de Pedro, no está Pedro obligado a pagarmelas, aunque en la pérdida aya tenido alguna culpa leue, ò leuissima, como no sea culpa graue, ò lata; pero si es en prouecho de ambos el embiarfelas a Pedro, estará obligado Pedro, si se perdió por culpa suya leue, pero no está obligado si la culpa fue leuissima; pero si le embia las colgaduras, y plata a Pedro por prouecho suyo, y para que honrassé con ellas su fiesta, estará obligado, si tuvo en la pérdida alguna culpa, aunque fuese leuissima. Esta es doctrina común, y se funda en el Derecho Canonico, cap. Cum gratia, cit. y en el Ciuil, l. in rebus. ff. de commodato, y assi lo dicen comunmente los Doctores Theologos, y Juristas. Silv. verb. Commodatum. Nauarro in sum. cap. 17. num. 197. Molina tract. 2. disp. 295. Gomez tom. 2. de commodato. cap. 7. el Abad in cap. Bona fide de deposito, è in cap. Vnic. de comm. y es comun. En el caso presente el Padre Prior de Taal facò las colgaduras, y plata de su Convento, para hazer fauor con ellas al Padre Prior de Lipa, y para que hiziesse su fiesta: por lo qual si el Padre Prior de Lipa huviessé tenido en la pérdida alguna culpa, aunque fuese leuissima, ò algun descuydo, es cierto, que estaria obligado a pagar todo lo que se perdió; pero como no tuvo culpa alguna, sino que no hizo mas de pedirlo, y el Padre Prior de Taal lo acomodò en su barca a su satisfacion, de aqui se sigue;

que el Padre Prior de Lipa no está obligado a pagar cosa alguna de las que se perdieron.

66. La tercera razon se forma de aquella regla general, que suelen traer los Doctores para todos los contratos: *Quidquid perit, domino perit*. Traenla Mr. Luis Lopez in 2. part. instruct. cap. 47. al fin, y Silvestro verb. Commodatum. q. 3. y Bonac. y otros. En todos los contratos todo quanto se pierde, ò perece, su dueño lo pierde, y a su dueño le perece. Tiene fundamento en aquellas palabras del Apostol S. Pablo en el cap. 14. ad Rom. *Domino suo stat, aut cadit*. De lo qual se sigue, que las cosas que entregandolas Pedro a Pablo, se queda Pedro con el dominio de ellas; si se pierden entregadas a Pablo, se pierden por cuenta de Pedro; y g. las prendas, que Pedro dá a Pablo, si se pierden en poder de Pablo. Lo mismo es del deposito, que Pedro puso en poder de Pablo, y la casa que arrendò, y el cauallito que le prestò: de todo esto no passa el dominio a Pablo, sino que queda el dominio en Pedro; y assi si se pierden las prendas, y se muere el cauallito prestado, y se quema la casa alquilada, y hurtan el deposito, todo lo pierde Pedro, y no Pablo, que usaba de ello, porque el dominio era de Pedro: si no es que Pablo tuviesse alguna culpa, que en tal caso, por razon de la culpa cometida en detrimento de la hacienda agena, lo debiera restituir. Lo contrario es en las cosas en que passa el dominio a Pablo, como si le prestasse dinero, pan, vino, ò azeyte, ò otras qualesquier cosas, cuyo uso consiste en consumirlas; que en estas, prestandolas, passa el dominio a Pablo, y assi si se le perdiessén, aunque fuese sin culpa de Pablo, las debia Pablo pagar. En el caso presente el dominio de las colgaduras no passò a Pablo, ni Pablo tuvo culpa en la pérdida, y assi no las debe pagar, sino la persona, ò Convento cuyas eran las debe perder. Todo lo dicho en esta razon lo dixo S. Thom. 2. 2. q. 64. art. 8. y Cayet. alli, y Covarrub. in Clem. si furiosus, cap. 1. donde prueban, que ninguno está obligado a pagar el daño, que por casos fortuitos sucedió a otro, porque no huvo culpa; y assi la pérdida deste caso fue fortuita, sin culpa de nadie, y assi la pierde el dueño, sin estar persona alguna obligada a pagarla.

67. La quarta razon es, porque dize S. Thomas 2. 2. q. 62. art. 6. y Cayetano alli, y en la summa, verb. Restitutio. Covarrub. reg. Peccatum. 2. part. num. 1. Soto lib. 4. de iust. q. 7. art. 2. Villalob. 2. part. tract. 1. 1. dif. 3. y es comun, que de dos raizes nace qualquiera obligacion a restituir, ò pagar alguna cosa, que son: *Ratione rei accepta*, ò *Ratione iniuste accep-*

*ceptionis*; y no aviendo alguna de estas dos causas, ò ambas juntas, no ay obligacion de pagar cosa alguna. La primera raiz, ò causa, que es *ratione rei accepta*, entonces la ay quando alguno tiene en su poder alguna cosa, que pertenece a otro, ò es de otro, que en tal caso la debe entregar a cuya es. Al presente no ay esta raiz, ò causa, porque en poder del Padre Prior de Lipa no para cosa alguna de las que se perdieron, y assi no está por este camino *ratione rei accepta*, obligado a pagar cosa alguna. La segunda raiz, que obliga a restitucion, es *ratione iniuste acceptiois*, quando alguno hizo alguna accion injusta, por la qual otro perdió lo que era suyo, que en tal caso debe restituir. En el caso propuesto el Padre Prior de Lipa no hizo accion mala, que fuese la causa del daño, pues no hizo mas de pedir las, è instar que se las prestasen. Todo lo qual, ni es culpa, ni accion, que sea de su naturaleza dañosa al Padre Prior de Taal; y assi por ningun camino, ni causa, ni raiz está obligado el Padre Prior de Lipa a pagar dicha pérdida, ni parte della al Padre Prior de Taal.

## DEPOSITO.

### CONSULTA XX.

*Sobre si sea licito dar a corresponder los dineros, que uno tiene en deposito.*

#### PROPOSTA.

EL caso que V.R. pregunta, es, si es licito dar el dinero de deposito (como para cañamientos, ò dotes) a corresponder, sin sabiduria de las partes, ò con ella? La razon de dudar, que V.R. pone, es, porque aunque es en su beneficio, pero como vá expuesto a que se pierda, quedarán en tal caso las personas sin dote, y los otros sin deposito, que es contingente; lo qual no corre estando guardado en la caja, donde moralmente hablando no ay peligro de pérdida alguna.

#### PARECER XXI.

68. R Espondese lo primero, que no es licito dar a corresponder el dinero depositado, sin sabiduria, y consentimiento del dueño, que lo depositò, porque es usar de la cosa agena, y arriesgarla contra la voluntad de su dueño; lo qual no es licito, y el Derecho lo condena por hurto. l. qui furtum. ff. de conditione furtiua. *Qui furtum admittit, vel recommodata, vel deposita utendo, conditio-*

*ne quoque ex furtiua causa obstringitur*. Exceptuase dos casos en que será licito. El primero, quando se presume del dueño, que lo tendrá por bien; que en tal caso se puede dar a corresponder, ò a riesgo, y prouecho de: el dueño, ò a riesgo, y prouecho del depositario: porque siempre ha de ir expuesto a los riesgos el que ha de llevar los prouechos, si los huviere, como consta de reglas de ambos Derechos. *Qui sentit onus, sentire debet commodum*, è contra. de reg. iur. in 6. reg. 55. Y del Derecho Ciuil: *Secundum naturam est commoda cuiusque rei enim sequi, que sequuntur in commoda*. l. secundum. ff. de reg. iuris, que puedan en este caso usar del dinero depositado, lo dize expresamente el Derecho. l. qui re. ff. de furtis. *Qui re sibi commodata, vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimauit, se non invito domino id facere, furti non tenebitur; sed non depositi ullo modo tenebitur*. Y para poder usar desta suerte del deposito licitamente, basta que presume con alguna probabilidad, que el dueño lo tendrá por bien, num. 10. y cita al Hostien. que lo dize tambien; pero esto está lleno de peligros, como lo notò el Derecho. l. qui re. cit. *In culpa existimatio erit, id est ammon debuerit existimare id dominum permitturum*. Si el depositario embia a corresponder el dinero a riesgo, y ganancia del dueño, con el consentimiento suyo presumpto: si ay ganancia, facilmente se persuadirá el dueño, que fue verdadera la presuncion, y lo agradecerá con vn Dios te lo pague (y no de S. Antonino) Pero si se pierde, siempre dirá, que presumió mal, que él no queria arriesgar su dinero; que es muy ordinario en los hombres calificar las acciones agenas de imprudentes por los efectos, aunque se ayan intentado por motivos muy prudentes, y quizá pedirá que le pague su dinero, y pondrá al depositario en trabajo de probar su presuncion, que a veces no es facil. Y si el depositario lo dá a corresponder a su propia cuenta, riesgo, y prouecho, y acótece en este tiempo pedirlo el dueño, tiene sus quejas; y aun si sucede bien dirá, que a su riesgo se dió, y pedirá las ganancias como suyas; y si sucede mal, cobrará por entero su capital, y le quedará titulo para quejar se, de que sin consentimiento suyo se aprouecharò de su dinero: y assi aunque esto es licito con dicha licencia presumpta, no es conveniente hazerlo, por los muchos inconvenientes, que pueden resultar. *Omnia mihi licent, sed non omnia expediunt*. 1. Cor. 6.

69. Otro camino ay (que es el segundo caso, que se exceptua) licito, y sin inconvenientes, y es, quando el depositario está cier-



to de que no le pedirán el dinero depositado en todo el tiempo, que dura la correspondencia, ò si se lo pidieren tendrá otro dinero con que suplirlo, ò pagarlo si se perdiere, de fuerte que no hará falta al dueño. La razón es, porque en este caso el dueño no recibe detrimento alguno, ni se le arriesga su dinero; antes se le asegura de algun peligro, que podía tener en la casa, de fuego, ò de ladrones, que en este mundo no ay cosa sin peligro, y mientras está dado a corresponder de este modo, no corre el riesgo por cuenta del dueño, y en la casa si corria, y no se le haze agrauio al dueño en no guardarle el mismo dinero, que tenia allí; porque el dinero, y las demás cosas, que consisten en peso, numero, ò medida, como trigo, y azeite, no ay obligación de bolver lo mismo en su misma especie; y así lo afirma Silv. verb. Depositum. q. 9. num. 20. Por lo qual el que tuviere depositos de muchas personas, presumiendose de algunas, que no han de pedir aquel año su dinero, puede dar a corresponder el dinero de algunos; porque es moralmente cierto, que si en algunas de aquellas personas falta la prefuncion probable, y piden aquel año su dinero, otras no lo pedirán, y con el dinero de unas se suplirá por entonces el de otras; pero siempre ha de aver seguridad de que al fin ha de aver dinero para pagar a sus dueños, aunque se pierda. Y en este caso segundo exceptuado, es el prouecho de la correspondencia del depositario, porque fue suyo el riesgo.

70. A lo segundo, que se contiene en la misma pregunta, si con sabiduria del dueño puede el depositario dar a corresponder el dinero, respondese, que sabiendolo, y confiniendolo el dueño, es certissimo, que puede; que en tal caso, es como si el dueño lo diera.

71. Todo lo dicho corre, quando alguna persona puso el dinero en deposito para pedirlo despues: veamos aora quando el depósito es de dinero de algun difunto, que dexò, que se cobrasen reditos cada año para obras pias, como Misas, limosnas a pobres, y dotes; si el que tiene este dinero para dispenderlo en estas cosas, lo puede dar a corresponder por cuenta de la obra pia, de fuerte, que si se gana, se aumente el dinero para la obra pia? Respondese, que si la obra pia, segun la voluntad del difunto, se debe hazer luego, no es licito dilatarla para aumentarla, dando el dinero a corresponder; porque la voluntad del difunto, que dexò la obra pia, se ha de cumplir con todo rigor, que así lo disponen ambos Derechos, y la razón natural, cap. Tua

nobis de testam. *Secundum defuncti voluntatem uniuersa procedant, y l. habeat. C. de Sacrosanct. Eccles. Nihil est quod magis hominibus debeatur, quam ut supreme voluntatis, post quam iam aliud velle non possunt, liber sit stitiss.* Y no hazerlo así, seria vlar de la hacienda agena contra la voluntad de su dueño, que consta ser ilícito: por lo qual si esse dinero le dexaron para Misas, no se puede dar a corresponder, porque es voluntad del difunto, que no se dilaten, sino que luego gozen el fruto las Animas por quien las mandò dezir. Lo mismo es si lo dexò para pobres, porque nunca faltan pobres a quien darlo: *Semper pauperes habetis vobiscum. Math. 26.* y su pobreza siempre está clamando, y pidiendo lo que les dexaron; y así dilatar esto dando el dinero a corresponder, es hazer agrauio a la obra pia, y a la voluntad del testador, que la dexò. Si es para dotes de huerfanas, y ay dinero ya junto para vn razonable dote, como 300. pesos, no es licito darlo a corresponder, por las mismas razones; porque la que se huiera de casar con esse dinero, perderá la ocasion por essa causa, y se dilatará la obra pia contra la voluntad del testador. Pero si ay poca cantidad, insuficiente para vn razonable dote, podrá el que tiene a su cargo la execucion de esta obra pia, darlo a corresponder a cuenta de la obra pia; porque en tal caso no se dilata la obra pia, porque aquel dinero segun la voluntad del testador, y la recta razón, avia de estar allí de vacio, hasta juntarse vn dote suficiente: y en la correspondencia no es muy grande el peligro de perderse, y mas de ordinario acontece aumentarse la mitad mas, para que mas presto llegue a ser dote suficiente, con que tenga efecto la obra pia, y voluntad del testador. Y a aquel a quien se comete la administracion, y disposicion de la obra pia sin limitacion, ni dependencia de otro, se presume, que se le dá potestad para arbitrar todo lo que conduce a la mejor disposicion de la obra pia. Y se colige del Derecho. l. quintus: ff. de positi. donde se aprueba el hecho de vno, que tenia en deposito dinero de otro, y lo dió a ganancias, y le avisò despues con

estas palabras: *Ne vacui tibi sint, id est, ut usuras eorum accipias, cura habeo.*

AL-

## ALQVILER.

## CONSULTA XXI.

Acerca de un pleyto entre dos hermanos, sobre la venta de una casa, y su arrendamiento.

## PROPUESTA.

MI Padre Prior Fr. Juan de Paz: Por obiar pleytos, y dilaciones entre dos hermanos que somos, pido, y suplico a V.P. me haga fauor de declarar la, ufticia, que él, y yo tenemos, dando en esto su parecer; por que pretende tener derecho, y accion a vna casa, que era de mi marido, que por su fin, y muerte quedò por bienes suyos, con vn toiar donde está edificada; y los puntos son los que referiré. Del dicho mi marido me quedaron dos hijos, el vno de 15. años, y el otro menor de 12. a quienes pertenece dicha casa, y toiar. Recien yo viuda se vino a viuir conmigo el dicho mi hermano, por conueniencia suya, focolor de que era bien (por estar sola) estuviésemos juntos, y estubo en mi compañía dos años. Si es justo pagassié de la mitad de la casa lo que podía valer de arrendamiento, a como pagò el dicho mi marido antes de comprarla, que fue a dos pesos cada mes, pues al dicho mi hermano no le llamé yo para que viniese conmigo a viuir? Despues deste tiempo por causas que hubo, no pude proseguir mas tiempo en que viuiésemos juntos, y se quedò solo en dicha casa, viuiendo con su muger, y familia, aviendola ocupado tres años: y aunque me vido andava yo con algunas incommodidades, oy en vna casa, mañana en otra, y otros dias con nuestra madre, y luego por verme aburrida, me huve de empeñar para hazer vna casa en Santiago, todo por ver si se movia a desembarazarme la casa; no lo hizo, sino no dandose por entendido, siempre la habitò. Y aunque vn compadre mio le pidió la desembarazara, focolor de que queria cobrar de mi 50. pesos, que le debía mi marido, y q por no tener yo de que pagarle la queria vender; por no querer dexar dicha casa, y quedarle con ella, para pagar dicha cantidad dicho mi hermano, empeñò vna esclaua, y pagò los dichos 50. pesos sin mi sabiduria, diziendo la queria comprar: y viendo avia quien daua 120. pesos por ella, por los alborotos que hizo, se salió a fuera el comprador; y dicho mi hermano por serlo, dixò, que a él se la diessi en solos 100. pesos, y que ya tenia dados los 50. que para los otros 50. que mi marido le debía cantidades

de pesos. Y en este estado se quedò solo, aviendole dicho yo, que si la queria en los 100. pesos, que me diessi los 50. restantes. Si por esta causa, sin aver avido otro trato, ni concierto, quedò hecha venta della? Y si aviendo viuido solo en dicha casa tres años, me debe pagar el arrendamiento della a razón de dos pesos cada mes, como antes la avia tenido mi marido alquilada, y aora lo está a dicho precio? Y si el daño que me hizo en no tenerla vendida por los dichos 120. pesos, debiera en conciencia satisfacermelo, pues despues acá le obligò a él, para poderla habitar, gastar en su aderezo algunos reales, de que le tengo abonado por esto 20. pesos en la cuenta, que he ajustado con él: fuera de que si entonces huiera vendido yo la dicha casa, no huiera yo lastado, y pagado los dichos 50. pesos al dicho mi compadre, que dicho mi hermano por su particular interés le pagò, y yo le estoy a él debiendo? Si por razón de aver pagado el dicho mi hermano los dichos 50. pesos adquiriò derecho, y señorío en propiedad de dicha casa, como lo alega, y dize, y que por esta causa debo partir con él de lo que dan de arrendamiento della?

Y aviendo ajustado nuestras cuentas, cargandole yo a dicho mi hermano 72. pesos, que importan los dichos tres años al precio arriba referido: si debe pagarme el alcance que le hago, particularmente aviendo a su fauor abonadole por el aderezo, que en ella hizo, 20. pesos? Y si pagandole yo lo que el dicho mi marido le debía en vida, y aora los dichos 50. pesos que pagò, le debo perdonar el dicho alcance, que le hago, aviendo procedido de lo que me debe pagar del dicho tiempo, en que viuidò solo en dicha casa?

Estos son los puntos, que se ofrecen en este caso, que al dicho mi hermano le parece no tengo razón, ni justicia en pedirlos, ni que tenga yo accion ya a dicha casa, por razón de aver pagado (como lleuo dicho) los dichos 50. pesos, y él aver dicho, que la queria comprar en 100. pesos, sin aver avido mas otra cosa, ni paga hasta oy, sobre que es nuestro litigio, a que V.P. se sirva, como lo suplico, satisfacer, y dar su parecer segun hallare en conciencia, que a aqueño estaré aunque sea contra mi.

## PARECER XXII.

72. A La primera pregunta se responde, que aunque fue conueniencia de su hermano viuir en dicha casa, y escusò pagar arrendamiento de otra, no debe pagar la mitad del valor del arrendamiento de dicha

dicha casa; porque siendo la casa de su propia hermana, y viniéndose a vivir a ella con título, y color de que venia por hazerle compañía, y porque su hermana no estuviese sola, a que ella no replicó, ni pidió que le pagase cosa alguna por el arrendamiento, se debe presumir, que le admitió hermanablemente sin carga alguna, y que le quiso hazer esta gracia, y conveniencia, por serlo para ambos vivir juntos. Otra razon es, porque dicha hermana no tuvo daño emergente, ni lucro cesante, por razon de estar allí su hermano aquellos dos años ocupando parte de la casa; porque aunque su hermano no viviese allí, no tenia intento la hermana de arrendar a otra persona parte de la casa.

73. A la segunda se responde, que por aver el dicho su hermano pagado los 50. pesos, que debia su cuñado difunto, y por otras qualesquiera cantidades, que le debiese, no se entiende, que aya comprado la casa, ni que sea suya, ni que tenga parte, ni derecho en ella, hasta que se convengan ambos, y hagan concierto entre si, o traspasso de la casa. Por lo qual con 50. pesos, que pagó por su hermana, sin darle noticia de que los pagaba por ella (y aunque le diera noticia, y le avisara antes) son deuda, que debe satisfacer a su hermano juntamente con lo demás, que le debiere, y no por esto puede alegar, que es suya la casa, ni parte della, ni otra posesion de su hermana. Lo que puede hazer, es, pedir que le pague, o le venda la casa, o le haga traspasso della por esta deuda, y las demás, o ponga demanda ante la justicia para que le apremie, y obligue a pagar; y si la justicia le obligare a poner en venta la casa, le podrá sacar por la deuda: pero solamente porque le debe dichos 50. pesos, y otras cosas, algarise con la casa, y decir, esta casa es mia, sin mas concierto, ni traspasso, no es justicia, ni razon, ni puede ser licito, sino violencia, y rapiña.

74. Al segundo punto desta segunda pregunta, si debe pagarle el arrendamiento de los tres años, que dicho su hermano vivió en casa, aviendose ya salido della su hermana, digo, que tiene mas duda, y dificultad: porque su hermana antes de salirse de la casa se debia advertir, y avisar a su hermano, que no podia vivir con él, que le dexasse la casa desembarazada; y si con este aviso no la quisiese desembarazar, y ella saliese a buscar otra casa, en tal caso seria cosa cierta, y muy clara, que está obligado a pagarle el arrendamiento de la casa, y aun mas, si le huviese costado a su hermana mas el arrendar otra casa, y deberia restituírle qualquiera gasto, o daño, que huviese recibido en su hacienda por causa

de no querer desembarazarle la casa. Pero por averle ido de casa sin decir palabra a su hermano, tiene dificultad, y ambigüedad el caso. No obstante esto juzgò, que en conciencia debe pagarle el arrendamiento de la casa por los tres años, que la habitò con su familia, despues de aver salido della su hermana con sus hijos, cuya era la casa, por dos razones. La primera, porque viendo a su hermana, dueño de la casa, irse con sus hijos, y andar con incomodidad buscando donde vivir, debió advertir, que él la echaba de casa, y que por su causa la dexaba, y que como muger, y hermana menor, no se atrevia a decirle claramente; o por lo menos debió dudar, y preguntarle, por qué avia dexado su casa, y no estarle tres años en casa agena, sin procurar saber por qué título se la dexaba el dueño, quedandose con tanta incomodidad, aunque claramente se echava de ver, que se iba por no verse sujeta a su hermano en su propia casa, el qual como hermano mayor dominaba la casa, y se portaba como señor absoluto della. La segunda razon es, porque al dicho su hermano le era fuerza arrendar casa en que vivir, y pagar el arrendamiento, pues no tenia casa propia desocupada en que vivir: por lo qual aviendole dexado su hermana la casa in totum, viviendo él con su familia en ella, como si fuera propia, o como si la tuviera arrendada, gozando de la casa in totum, no ya en compañía de su hermana, debe pagar el arrendamiento, como lo haria si arrendasse otra casa de vn extraño; porque dicho hermano en dichos tres años avia de aver gastado en arrendamiento de otra qualquiera casa, y no aviendolo gastado, por aver ocupado casa agena, que es de su hermana, ziene esta cantidad mas de lo que debia tener, de que su hermana no le ha hecho gracia, ni donacion, y assi lo debe restituír a su hermana. En quanto a los 20. pesos, que ha gastado en aderezos, lo qual no huviera gastado, si su hermano se la huviera dexado vender quando le dauan por ella 120. pesos, digo, que dichos 20. pesos debe pagarlos el dueño de la casa, que es Doña N. y no su hermano; porque los aderezos de la casa, y los detrimentos, son por cuenta del dueño verdadero, y no del que la tiene arrendada. Ni haze al caso decir, que si se la huviera dexado vender antes, no huviera sido menester el aderezo, y gasto; porque si la huviera vendido entonces, no huviera tenido el provecho del arrendamiento: y supuesto que se le debe pagar (como queda dicho) el arrendamiento, debe pagar la dicha Doña N. los 20. pesos del aderezo.

A la

## CONSULTA XXII.

*Sobre si ciertos Indios esten obligados a pagar los rēditos de unas tierras, y si ay prescripcion entre ellos?*

## PROPOSTA.

75. A la tercera pregunta se responde, que no adquirió dominio alguno, ni derecho a la casa, por aver pagado dichos 50. pesos, que su hermana debia, por no aver auido entre los dos pacto de compra, y venta, o de traspasso de la casa por las deudas. Por lo qual estando aora la casa arrendada, no se debe partir el precio del arrendamiento, porque todo pertenece a la dicha su hermana.

76. A la quarta pregunta se responde, que debe en conciencia pagar los 72. pesos de arrendamiento por los tres años, a razon de a dos pesos cada mes: y supuesto que antes se arrendava en dichos dos pesos cada mes, y aora despues se arrienda en lo mismo, se debe tener por justo precio de dicho arrendamiento dos pesos al mes en el tiempo intermedio en que la tuvo su hermano, pues en los dos tiempos extremos, que son antes que su hermano la tuviese, y despues que la dexò, dan estos dos pesos por el arrendamiento cada mes; mas será conforme a razon baxar los dos pesos del arrendamiento del primer mes, que estuvo su hermana fuera de casa, en que pudo ignorar si avia salido de casa in totum, por no averle avisado; o pudo no echar de ver, que se avia ido, para obligar con esto a que le desembarazasse la casa, o para darle a entender, que no podia vivir con él.

77. A la quinta pregunta se responde, que lo justo, y conforme a buena conciencia, es, que los 50. pesos que pagò por su hermana, y los 20. que gastò en aderezos de la casa, vayan por el arrendamiento de aver vivido en la casa tres años, y quede la casa por cuenta de su hermana. Y el beneficio que hizo a su hermana de pagar por ella los 50. pesos, fue vn empréstito, que no se satisface con dineros, porque seria usura, y logro querer paga, ni parte de la casa por averle prestado los 50. pesos; y dicho empréstito se puede atribuir a recompensa de averle tenido su hermana en su casa dos años sin pedirle arrendamiento, escusandole el gasto, que avia de tener forçosamente arrendando otra casa.

Esto me parece lo justo, y en que deben convenir ambas partes para seguridad de sus conciencias.

Desde el año de 1603. cesó vn pleyto en la Pampanga, por aver sido dicho año el primer alcámito de los Sangleyes. Despues se proseguió, hasta que la vna parte no quiso proseguir, ni responder; dize se, que por ver la poca justicia que tenia. Los herederos que las posscian, por aver quedado pobres, no pudieron costear, que se repartiessen, y amojonassen, con lo qual quedaron desiertas, y sin repartir hasta aora. Veinte años ha, que entraron en ellas Nicolás, y Juan, que las cultivan, y ponen en ellas a otros mestizos de Sangley, para que las cultiuen: alegan, que son herederos, de lo qual no consta. Preguntase, si Juan, y Nicolás deban pagar arrendamiento segun la tassacion de aquella Prouincia, desde el dia que comengaron a cultiuar, para que lo procedido se reparta entre los herederos legitimos? O si los dichos Nicolás, y Juan mostraren ser coherederos, deban pagar a los otros herederos, que consta serlo, la parte que a cada vno le toca de dicho arrendamiento, escalfando ellos la parte, que como a coherederos les tocasse?

## PARECER XXIII.

78. Responde se, que en estos 20. años, que Nicolás, y Juan han asistido en dichas tierras, cultiandolas, o poniendo a otros, que las cultiuen, las pueden aver poseído de vno de tres modos, y cada vno es diferente caso, y pide diferente resolucion. El primer modo es, si las han poseído con buena fé, juzgando ser proprias por algun título, que les aya parecido justificado; conviene a saber, o por creer con algun fundamento razonable, que ellos eran los legitimos herederos, y no otros; o por juzgar, que los herederos legitimos las tenian ya por de relictas: lo qual con bastante fundamento lo pudieron presumir, si los herederos legitimos en mas de 40. años, que passaron desde que cesó el pleyto, hasta que Nicolás, y Juan entraron en dichas tierras, no hizieron accion alguna de dominio, o posesion en ellas, ni en los primeros años, que Nicolás, y Juan las posscian, se las demandaron, sino que los dexaron en

en pacífica posesión. Si la dicha tenencia, y posesión de las tierras huviese sido de esta manera, yazgo que Nicolás, y Juan no deben cosa alguna, y las tierras en conciencia son ya fuyas por la prescripción de mas de 20. años, que ha que las poseen pacíficamente, que battaban diez, pues los herederos legítimos asistían en la misma Prouincia de la Pampangá. Las razones, y derechos desta resolución se traerán despues de la resolución de todos tres modos, ó casos. El segundo modo es, si los dichos Nicolás, y Juan han tenido dichas tierras sin título alguno, ó entraron en ellas con mala fé, sabiendo, ó dudando, que eran ajenas, y que de ninguna fuerte les tocaba a ellos el dinero dellas en todo, ni en parte; ó si entraron en dichas tierras có buena fé, antes de cumplir los diez años, les mandaron, y pidieron los herederos, que las dexasen, mostrandoles como no les pertenecian, que esto basta para que no ayan tenido buena fé durante el tiempo de la prescripción. Si deste modo han poseído las tierras Nicolás, y Juan, deben restituir, y pagar el arrendamiento desde el dia que empezaron a cultivarlas, baxandoles del precio que se fuele tasar en aquella Prouincia vna buena parte por el trabajo, y costas, que Nicolás, y Juan harían en desmontar las tierras, que por mas de 40. años avian estado desiertas: y atendiendo que los herederos legítimos, con la omisión de tantos años las iban dexando perder, y hazer monte inaccesible, por lo qual el entrar en ellas a labrarlas, fue en vtil de dichas tierras, y en vtil del bien comun, contra el qual es tan grande omisión, y descuydo. Tambien se ha de atender, que los herederos legítimos no han tenido trabajo alguno, ni cuydado de arrendar, ni de cosa alguna, y que esto tambien se descuenta del valor, y no avian de aver sacado fruto alguno de dichas tierras. Por todas estas causas me parece, que si sucedió la posesión con mala fé, ó sin algun título presunto *rationabiliter*, se les debe rebaxar de la comun tasación del arrendamiento la tercera parte por lo menos; y esto deberán pagar de las tierras, que constare, que efectiuamente cultivaron, ó arrendaron, no de las que se huvieren dexado de arrendar, ó cultivar por qualquiera causa, aunque fuese por descuydo: pues los legítimos herederos no estauan impedidos de la injusta retención de estos, sino por su propia omisión, y descuydo.

79. Exceptuase aqui, si los herederos legítimos, antes de cumplirse los diez años, las llegaron a pedir, y demandar, para cultivarlas desde entonces efectiuamente, que desde en-

tonces deberán pagar todo el arrendamiento de todas las tierras, aunque no las huviesen cultivado algun año, y solamente se avrá de descontar de la tasación, que se vía en la Prouincia, el averlas desmontado, como dicho es; porque desde entonces con mala fé, y sin fundamento razonable, que les escusé, impidieron a sus legítimos dueños el cultivarlas.

80. El tercero modo es, si los dichos Nicolás, y Juan han poseído las dichas tierras creyendo con algun razonable fundamento, que ellos son coherederos, sentando, y creyendo tambien, que los otros son coherederos; y esto parece que dá a entender la propuesta. Si las han poseído desta manera, sin que en los diez primeros años aya avido quíes les saque de su buena fé de coherederos, avrán prescripto en la parte que (si fueran verdaderos coherederos) les avia de tocar, aunque de hecho no lo sean, y se ayan engañado, por las leyes de la prescripción, porque con buena fé, y título han poseído tantos años aquella parte como propia, y en nombre propio dellos, como si fuesen legítimos coherederos. Mas la otra parte, que han poseído como agena, creyendo pertenecer a otros herederos, deben restituir la con su arrendamiento, segun la tasación de aquella Prouincia, baxandoles del dicho precio lo que se dixo en el segundo modo; porque en esto, que poseyeron como ageno, y en nombre de otro, no pudieron prescribir: y assi en este vltimo caso, y modo se deben repartir las tierras entre los herederos legítimos, entrando a la parte Nicolás, y Juan, como si verdaderamente lo fueran. Todo lo dicho se funda en las leyes del Reyno; porque en la ley 18. tit. 29. part. 3. dize, que el tenedor de vna cosa inmueble, que llaman bienes raizes, por diez años, estando el señor en la tierra, ó por veinte estando el señor legitimo ausente de la tierra, la gana por prescripción, y de allí adelante no es obligado a responder por ella a ningun hombre, aunque diga, que quiere probar, que él es el verdadero señor della, y que no ha sido sabidor, que otro la ganasse por prescripción de tiempo. Y ai fin de la ley dize, que esto ha lugar quando ha avido buena fé, y ha tenido la cosa inmueble en paz, de manera, que en todo el tiempo de diez años no se la ayan demandado. Y en la ley 19. siguiente dize, que quando el señor de la cosa inmueble está fuera de toda la Prouincia donde está la cosa inmueble, se dize ausente de la tierra; y quando está en alguna parte de la tal Prouincia (aunque no esté en el mismo puesto) se dize presente, y bastan diez

diez años para prescribir. Esto mismo consta del Derecho Canonico, que en esta parte corrige el Civil, cap. Si diligenti. de prescripción, se determina expresamente, que para prescribir se requiere necesariamente posesión de la cosa como propia, y en nombre propio, y dá esta razon: *Cum is possidere dicatur, cuius nomine possidetur*. Y cap. Quoniam omne. del mismo tit. se determina, que no aviendo buena fé en la posesión de la cosa, no se prescribe, aunque pasen muchos años de posesión. Dize assi: *Nulla valeat absque bona fide prescriptio, tam Canonica, quam Civilis, cum generaliter sit omni constitutioni, atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari: unde oportet, ut qui prescribit, in nulla temporis parte habeat conscientiam aliena*. Esto mismo se determina regula possessor, y reg. sine possessione. de reg. iur. l. 6. La vna dize: *Possessor mala fidei ullo tempore non prescribit*. Y la otra: *Sine possessione prescriptio non procedit*. De lo qual se colige claramente, que si todo el tiempo que se requiere para la prescripción, que son diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, como consta de la ley del Reyno referida arriba, han tenido las tierras con buena fé Nicolás, y Juan, juzgando, que eran fuyas propias, para lo qual se requiere aver entrado en ellas con algun título, que les pareciese entonces justo; no deben restituir cosa alguna de arrendamiento, y las tierras son ya fuyas por la prescripción. Y si antes de cumplir dichos diez años les ha faltado la buena fé, ó pacífica posesión, no les vale, ni ayuda la prescripción en aquello en que huviere faltado la buena fé, ó posesión pacífica de las tierras como propias, y en nombre propio. Y en esto conviene comunmente los Doctores; veanse a Villalobos to. 2. tract. 10. dif. 27. Lessio de iust. lib. 2. cap. 6. dub. 8. Couarrub. in reg. possessor. y Azor. to. 3. lib. 1. cap. 16. & sequentib. Cayet. in summa, verb. Prescriptio Silvest. eodem verb. 1. q. 13. Angelo, eodem verb. num. 47. Felino in rubrica prescript. y otros muchos, que cita Silvest. loc. cit.

81. Despues de dado este parecer, que parece lo mas ajustado en conciencia, aconsejé a los Ministros del Santo Euangelio, que hizieron esta pregunta, que si no pudiese constar de la buena, ó mala fé, ó título con que Nicolás, y Juan entraron a poseer dichas tierras, lo qual es de ordinario moralmente imposible entre Indios, y aun entre Españoles; no se moviese pleyto en la Audiencia, porque serían mas las costas, que el valor de las tierras: porque esta materia de prescripción es muy intrincada, y ay mucho

que alegar, y probar de ambas partes, que es lo que dilata los pleytos, y aumenta las costas; sino que señalasen cada vna de las partes vn Juez arbitro, y en él comprometiesen. Dos argumentos se me ofrecieron quando hice la resolución de arriba, que militan contra la prescripción de las haciendas de los Indios: pongolos aqui con las soluciones, que aora se ofrecen, por si fueren menester despues.

## ARGUMENTOS.

82. EL primero, que ay Cédulas Reales, que ordenan, que los Indios sean juzgados en sus pleytos por sus leyes, y costumbres, que no fueren contra la ley Natural, y Diuina. Hasta aora entre los Indios no ha avido, ni se ha vido perder las haciendas por prescripción; y assi no se les ha de introducir aora, por razon de ser ley del Reyno.

83. El segundo, porque los Indios tienen priuilegio de menores, segun Cédulas Reales, y dize vna ley de las partidas. l. 8. tit. 29. part. 5. que los menores de 25. no pueden perder sus cosas por prescripción de tiempo, hasta que ayan cumplido la edad.

## RESPUESTAS.

84. Responde al primero de dos maneras. Lo primero, que quando los Indios en alguna materia tienen ley propia, ó costumbre, que no sea contra ley Natural, ó Diuina, se les ha de guardar: mas en esto de la prescripción no tienen ley alguna, ni costumbre, por lo qual han de gobernarse en este particular por las leyes del Reyno.

85. Responde lo segundo, que como dize Solorz. de iur. Ind. to. 1. lib. 3. cap. 2. & 3. la prescripción es de Derecho de las gentes, introducida por el bien comun, para que los dominios de las cosas sean ciertos, y se escusen pleytos, que acarrear grauíssimos daños a las Republicas; y porque el Derecho de las gentes no determina tiempo para prescribir, sino solamente dize, que la larga posesión dá dominio de la cosa al poseedor: deben passar los Indios por el tiempo, que señala, y determina el Derecho del Reyno.

86. Al segundo se responde. Lo primero, que no ay Cédula Real, que les conceda el priuilegio de menores a los Indios; pero Solorz. in Polit. Ind. lib. 2. cap. 28. infiere, que deben gozar los priuilegios de los menores, de que son personas miserables, y con este nombre les llama su Magestad en algunas



Cedulas, que en el mismo lugar cita Solorz. y allí les convienen todos los privilegios de las personas miserables, pobres, y rústicos, por que todo esto tienen; mas no se prueba, que gozen de los privilegios, que solamente tocan a menores de 25. años meramente por falta de edad. Y la ley que dize, que no se prescriba contra los menores de 25. años, no comprehende a las personas miserables, pobres, y rústicos, que contra estos se prescribe; y de la doctrina, que en dicho capitulo trae Solorz. se infiere, que contra los Indios se prescribe en el tiempo, que dize la ley del Reyno: porque contando los privilegios de los Indios, que gozan por ser personas miserables, y menores, no refiere este, de que la prescripcion de tiempo no hable con ellos. Y poner los privilegios, que los Indios gozan por estas causas, y entre ellos no poner este, es dezir, que no lo tienen; porque *inclusio unius casus est exclusio alterius*. l. cum prætor. ff. de iudicis. incluye, y refiere las materias, y casos en que los Indios gozan de privilegio por miserables, pobres, rústicos, y menores, y no refiere, ni incluye este, es excluirlo.

87. Lo segundo se responde, que aunque los Indios gozassen de los privilegios de los menores, no se debia entender, que gozassen deste en particular: porque le excluye la razon de la ley, donde se concede a los menores, que no se prescriba contra ellos antes de cumplir los 25. años, que es la ley 8. del tit. 29. de la part. 3. donde dize, que no pierden sus bienes por prescripcion de tiempo los menores, hasta que ayan cumplido los 25. años: y los hijos, que están sub potestate patris, y las mugeres durante el matrimonio; porque los referidos no tienen la administracion de sus bienes, ni pueden mouer pleyto por ellos: y así en este estado no les puede perjudicar la posesion pacífica, que otros tengan de sus bienes. Esta razon no corre en los Indios, porque tienen la administracion de sus bienes, y los pueden demandar, y pedir especialmente a otros Indios. Por esta razon la Glossa de dicha ley dize, que se debe limitar en caso, que el usufructo lo adquiriera el hijo de familias, y no su padre, que en tal caso se prescribe contra el hijo de familias; y dá la razon: *Cum filius possit agere sine patre, & cogi facere patrem ad consentiendum*. Esta misma doctrina, de que el hijo de familias está sujeto a la prescripcion de sus bienes, segun el tiempo determinado por las leyes en los casos, que puede demandar por si sus bienes, la tienen Baldo, y Nicolao de Neapoli, citados en la Glossa de la dicha ley de las partidas, y Azabedo lib. 4. Recop. tit. 17. l. 10. don-

de dize estas palabras: *Filio familias currit prescriptio in rebus, in quibus patri usus fructus non competit, eo quod potuit tunc filius agere, & nolluit cum posset absque patris consensu, tunc agere ex iudicis licentia. Si pater in usus a iudice nolluit consensum præbere*. Y deste sentir son comunmente los Doctores, que limitan la dicha ley por su razon, que es, que no corra la prescripcion a los menores, ni hijos de familias, ni mugeres durante el matrimonio, porque no pueden demandar por si sus bienes: y el hijo de familias en los casos, que puede demandar sus bienes, y obligar a su padre a que le dé su consentimiento para demandarlos, o si el padre no quiere dar su licencia, puede demandarlos con licencia del Juez; está exceptuado desta ley, que no habla en este caso, y así la limitan. Luego de la misma fuerte, aunque el Indio tenga todos los privilegios de los menores, no le incumbe este, porque puede demandar, y pedir sus bienes *solutem* con licencia del Juez.

88. Lo tercero se responde, que dado que los Indios gozen de todos los privilegios de los menores, sin exceptuar alguno, por ser miserables, y desvalidos, esto no se debe entender respecto de otros Indios. Lo primero, porque vnos Indios pueden enagenar sus haciendas, vendiendolas a otros Indios, y celebrando otros contratos en que se transfere el dominio sin intervencion de Juez, ni de protector, y así lo vían comunmente; por lo qual en esto de transferir el dominio de sus cosas vnos Indios en otros, no están sujetos a las leyes de los menores: y el sujetarlos a estas molestias en sus compras, y ventas, y tratos de vnos Indios con otros, les será carga pesadísima, intolerable, è insoportable; y consiguientemente pueden los Indios traspassar el dominio de vnos Indios a otros, por la prescripcion del tiempo determinado por las leyes. Lo segundo, que en la prescripcion de vnos Indios a otros sus iguales, no se presume violencia de parte del que adquiere el dominio, ni temor, y pusilanimidad de parte del que lo pierde, sino igualdad. Lo tercero, por que la prescripcion se introduxo para bien de las Republicas, para obiar inquietudes, y daños, que se originan de los pleytos, y de la incertidumbre de los dominios, como dize el proemio del título 29. de la 3.ª part. en las leyes del Reyno; los quales daños, entre los Indios son mas pesados, è intolerables, que qualquiera pleytecillo les cuesta más dinero, mas molestias, y fatigas, y mas dilaciones, que a otros vn pleyto de mucha monta; porque como son gente tan misera, no hazen caso de ellos los Procuradores, Relatores, &c. y así todo

todo lo han de negociar, y mouer a peso de oro, y de regalos. Para excusar pleytos, es en los Indios mas fauorable, y necesaria la prescripcion de vnos Indios respecto de otros, para excusar dichos daños: y así soy de parecer, que vnos Indios adquieran por prescripcion las haciendas de otros, en el tiempo que determinan las leyes del Reyno, respecto de los Españoles no, porque se presume en el Indio pusilanimidad, y temor, con que no se atreuió a demandar sus bienes.

## CONSULTA XXIII.

Sobre si los arrendamientos pasen a los herederos del arrendatario.

## PROVESTA.

VN Procurador de la Orden S.N. quitó vnas tierras, que eran de la misma Orden, a Bartolomé de S. Diego, que las tenia arrendadas por mas años, y diólas en arrendamiento al Capitan Tuafon por seis años. A los dos años y medio murió Tuafon, y otro Procurador de la misma Orden se las quitó a la viuda su muger, y las dió en arrendamiento al dicho Bartolomé de S. Diego. La viuda metió peticion al Prelado de dicha Religion, querellandose del agrauio, que le hazian en quitarle dichas tierras hasta que se cumpliesse el plazo de los seis años, y pidiendo que se las bolviessen. El Prelado mandó al Procurador, que diese razon por qué avia quitado dichas tierras a la dicha viuda, el qual dió cinco razones, que aprobaron personas doctas, que son las siguientes.

La primera, porque el arrendamiento fue contrato mero personal, que muerto el Capitan Tuafon, con quien se celebró, feneció.

La segunda, en qualquier contrato donde se mudan las circunstancias de tal fuerte, que puestas ellas no se huviera hecho, es libre en el contrayente no estar al contrato: como el que contrae esponsales con vna muger por ser hermosa, o rica; si sobreviene enfermedad, que la haze fea, o otro accidente, que la dexa pobre, puede el varon apartarse del contrato, sin que en esto aya opiniones. En esta ocasion de aver muerto el Capitan Tuafon, y quedar su muger viuda, sin hijos grandes, y capaces para administrar las tierras, se mudan de fuerte las circunstancias, que es cierto, que el Procurador no huviera dado en arrendamiento tanta cantidad de tierras a vna muger viuda; y consiguientemente puede licitamente el Procurador apartarse del arrendamiento.

La tercera razon, que preguntó a vn Letrado el mas docto, que en materia de leyes ay por acá, si tenia obligacion a proseguir en el arrendamiento; el qual despues de leído el papel del concierto, dixo, que podia hazer lo que quisiese por las razones dichas.

La quarta, que estas tierras se le deben de justicia a Bartolomé de S. Diego, que las rópió, y las tenia arrendadas; y para quitarle las tierras a vn arrendador es necesario, que no aya pagado en dos años, y dicho Bartolomé solamente debia veinte pesos.

La quinta, no ay razon por donde se prueba la obligacion de bolver las tierras a la viuda de Tuafon. La resolución deste caso la remitió dicho Prelado al Autor, con su mucha modestia, rectitud, y justificacion, para no ser Juez en causa propria.

## PARECER XXIV.

89. POr orden del M. R. P. N. he visto este caso, y con rendida obediencia diré mi sentir, sujetandolo a la correccion de su Paternidad M.R. Respondo, pues, que a la viuda no se le pueden quitar las tierras, que tenia arrendadas su marido, hasta cumplirse el plazo, y tiempo del arrendamiento, porque así está determinado expresamente en el Derecho. l. Viam. C. de locato. *Viam veritatis ignoras in conductionibus non succedere heredibus conductoris existimans, cum sine perpetua conductione est, etiam ad heredem transmittatur, sine temporalis, intra tempora locationis heredi quoque onus contractus incumbat*. Y inst. de locatione. §. final. *Mortuo conductore intra tempora conductionis heres eius eodem iure in conductione succedit*. Y en las leyes del Reyno se determina lo mismo. part. 5. tit. 8. l. 2. cõ estas palabras: *Si por ventura logasse vno a otro casa, o otra cosa a tiempo cierto, e se muriese el que la avia alogado, en ante que el tiempo se cumpliesse, su heredero debe servirse, e aprovecharse de la casa logada fasta que se cumpla el tiempo, e es tenudo de pagar por ella lo que debia dar el finado, que la avia alogado. Otro si dezimos, que si se muriese el señor de la cosa logada, que el heredero es tenudo de guardar el pleyto segun que lo puso el finado, e debelo aver por firme*. Y es comun sentir de los Doctores, que todos assientan, que estos contratos de arrendamientos obligan a ambas partes, y a sus herederos, para que no puedan hazerse a fuera hasta cumplido el termino, y plazo en que se convinieron. Veanse Silvest. in summa. verb. Locatio. q. 4. y Azor. to. 3. inst. mor. lib. 8. cap. 6. q. 1. Y las leyes referidas arriba, que explican, y determinan esta obligacion de los he-



rederos de los arrendatarios, no menos obligan a los Indios, y Mestizos, que a los Españoles; porque en todo aquello, que no consta tener los Indios leyes propias, o costumbres introducidas conformes al Derecho Natural, que tengan fuerza de ley; deben estar a las leyes comunes por donde se gobiernan los Españoles, como dize Solorz. to. 1. de iure Indiar. lib. 3. cap. 1. num. 47. y en la Polit. Indian. lib. 2. cap. 29. fol. 242. y lib. 5. cap. 16. fol. 904. al fin. Y la razon lo convence; porque las Prouincias, que de nuevo se adquieren, y agregan a algun Reyno, se reputan por vn mismo Reyno, y configuientemente se debe gobernar por las mismas leyes: y sería gravísimo inconveniente, que viuiendo entre los Españoles; y teniendo tratos, y comercios con ellos, se gouernassen por diferentes fueros. Con esto se compadece, que si en algunas cosas tienen ellos alguna ley, o costumbre ya asentada, y fixa, se les guarde como privilegio especial de la nacion; pero en esta materia de arrendamientos no consta, que los naturales tengan especial costumbre, ni ley, y assi deben seguirse, y gouernarse por las leyes comunes de los Españoles.

90. Y las razones alegadas en contrario no convencen. No la primera, porque el contrato de arrendamiento no es mero personal, sino real, como dan a entender las leyes citadas, y Autores referidos. Ni la segunda, porque aquella regla, que dize, que después de hecho el contrato, si sobreviene nueva causa, que si antes de celebrarse se huviera sabido no se celebrara el contrato, es suficiente para disolverlo, y deshazerlo: quando sobre viene después de ya hecho, solamente es verdadera en los esponsales, porque piden de su naturaleza mayor libertad, porque se ordenan a amor mutuo, y a vinculo perpetuo del matrimonio: y en las promessas simples, que no inducen obligacion *ex utraque parte*, sino solamente de parte del que promete; porque como es promessa puramente liberal, que nace de la voluntad solamente del que promete, es conforme a razon, que no le obligue a mas de aquello, que consideradas todas las circunstancias quisiera obligarse el que prometió. Pero en los demás contratos no vale dicha regla, antes comunmente la reprueban todos los Doctores; como dize doctísimamente el P. Thomas Sanchez, de Matrim. lib. 1. disp. 62. num. 3.

91. La tercera razon solamente prueba, que el Procurador en quitar las tierras a la viuda, no procedió arrojadamente, sino con consejo de Letrado; pero sabida mejor la verdad, se debe obrar conforme a ella. Ni la

cuarta razon convence, porque quando se le quitaron las tierras a Bartolomé de S. Diego antes de cumplirse el plazo del arrendamiento, se ha de presumir, que entonces hubo causa suficiente para quitarlas: o por lo menos pues no las ha perdido en tantos años, viendo arrendarlas a otro, se ha de presumir, que le estubo bien por entonces el dexarlas, o lo confintió: y ya puesto otro legitimamente en posesion, o quasi posesion del arrendamiento, y reclamando contra el despojo, se le deben bolver, no obstante qualquiera derecho, que huviesse tenido en los años pasados el dicho Bartolomé de S. Diego; porque no aviendo pedido, que se le mantuviesse en el arrendamiento, quando se podia sin agrauio de tercero, perdió su derecho para no poder pedirlo aora con agrauio de otro: porque nunca es licito agrauar a alguno, y quitarle su derecho, aunque sea para deshazer el agrauio hecho a otro. Ni la quinta razon convence, porque el contrato hecho obliga a ambas partes, y a los herederos, a no salir del arrendamiento hasta que se cumpla el plazo, como dizen las leyes, y Autores citados arriba.

92. Solamente se pudieran quitar las tierras al que las tomó arrendadas, o a sus herederos, en caso que constase, que de no quitarlas se seguiria grave daño a las tierras, o posesiones arrendadas, o al señor dellas, que no pudo prevenir antes, como dize Silvest. verb. Locatio. q. 9. y Villalob. to. 2. tract. 25. dif. 9. Azor, to. 3. lib. 8. cap. 8. q. 2. y se colige de ambos Derechos, cap. Propter sterilitatem de locato. y l. e. de C. de locato. y de las leyes del Reyno, part. 5. tit. 8. l. 6. Y tambien quando en dos años no huviesse pagado el arrendamiento, como consta del Derecho. l. Quero. §. inter locatoré. y l. Cum domini. ff. locati. En el caso presente no ay causa alguna para quitarlas a la viuda, porque hasta aora está pagado todo el arrendamiento del tiempo, que ha tenido las tierras, y tiene bastante caudal para hazerlas labrar, o pagar el arrendamiento, si en algun año no las labrare.

## CENSOS, y Capellanias.

### CONSULTA XXIV.

*Que hizo el Juez. Eclesiastico al Autor, acerca de un pleyto sobre unos censos, y sus rentos.*

#### PROPOSTA.

**S**obre vn solar de Francisco, y vna casa grande suya edificada en él, se impusieron dos Capellanias, vna antes que otras, y vn censo para vna obra pia antes que entrambas Capellanias; la vna es de Miguel, y la otra de Nicolás, y el censo de la obra pia pertenece al Convento de S. N. Arruinose la casa en unos temblores, y no obstante que quedò tan empeorada la finca, fundò de nuevo sobre ella dicho Francisco otra Capellania, que pertenece a Andres, recibiendo mil pesos de principal, e hipotecando todos sus bienes por hipoteca general, y dicho solar por hipoteca especial. Consultase, pues, lo primero, si dicho Francisco en este caso pudo hazer la hipoteca de dicho solar, y cargar sobre él el nuevo censo de la Capellania de Andres? Lo segundo se consulta acerca del derecho, que alegan tener los otros tres censuuarios primeros a dicho solar. Lo tercero, si estando tan empeorada la finca como se ha dicho, el censo que primero se impuso, que es el del Convento, deba ser preferido a los demás, de fuerte, que se le paguen por entero sus rentos, aunque falte para enterar los de los otros? O si se deban ratear dicho solar, y sus rentos, y que les toque a los censuuarios a rata por cantidad? Esta es en summa la consulta, que averse de poner como se la propusieron al Autor, era necesario imprimir aqui vn dilatado pleyto de mas de docientas hojas; mas por ser conveniente la brevedad, se ha resumido la substancia. De las demás circunstancias del litigio dará cuenta la resolucion.

#### PARECER XXV.

93. **H**e visto todo este litigio, y lo que probado lo que le convenia probar; y las demás partes han probado contra él lo que les competia probar. Por lo qual se debe declarar, que el solar sobre que está este litigio, está libre de la carga, e hipoteca de los mil pesos, que consta por escritura a fojas 5. que recibió el dicho Francisco, hipotecando todos

sus bienes, que al presente tiene, y en adelante tuviere, por hipoteca general, y por especial hipoteca al sobredicho solar. Demás de esto se le debe obligar al dicho Francisco a que pague a Andres los corridos arrastrados de la Capellania de mil pesos, a razon de 50. pesos en cada vn año, de todos los años pasados, que no le ha pagado, que viene a ser desde el día que se le hizo la colacion de dicha Capellania al dicho Andres. Item, se le debe obligar al dicho Francisco a que exhiba, y pague de mas de los corridos, el capital de dichos mil pesos, que recibió; o si no los exhibe, que obligue de nuevo alguna finca especial, que los valga, de fuerte, que de aqui adelante se asegure dicho capital con los corridos, que fuere rentando.

Acerca de las demás cantidades, que se alega estar impuestas sobre dicho solar, se debe mandar por vn auto, que todos los acreedores presenten los instrumentos, o aleguen los titulos, que tuvieren para pretender tener parte en dicho solar, señalandoles vn termino breue de nueue, o diez dias, porque pasado esse termino, serán excluidos los que no huvieren presentado instrumentos bastantes, por donde conste tener parte en dicho solar. El auto sobredicho se ha de notificar al Padre Procurador del Convento de S. N. y a Miguel, y a quien fuere parte por Nicolás difunto, que será su Albacea, al qual juntamente se le ha de notificar, que no disponga de los bienes del dicho difunto, hasta que se dé fin a este litigio; y a Francisco por la parte que pretende tener en dicho solar, al qual juntamente se le ha de notificar, que dé si tiene alguna probanza que dar, o instrumento que presentar, de que los materiales de la casa arruinada con el terremoto del día de S. Andres del año de 1645. sobre que es este litigio, se dañificaron tanto, que a quererlos sacar, sería mas el costo, que el provecho.

94. Y para que se vea con claridad la justificacion desta resolucion, y todo lo que se puede obrar, y actuar hasta la final conclusion de esta causa, la reduzgo toda a seis puntos. En el primero se probará, como se debe declarar, que el solar sobre que está este litigio está libre de la carga, e hipoteca de los mil pesos, que recibió Francisco. En el segundo se probará, como el dicho Francisco está obligado a pagar los dichos mil pesos con sus corridos, para que se impongan sobre finca segura; o debe hipotecar alguna finca segura especial de nuevo, para asegurar el capital, y rentos de dichos mil pesos. En el tercero se probará, como no se debe, ni se puede admitir la probanza, que en sus peticiones ofrece Fran-

Francisco para probar, que la escritura de dichos mil pesos la otorgò en confianza de que la avian de cancelar dentro de vn breve termino, y que de hecho no recibió ni vn real, que todo fue supuesto. En el quarto se declarará, como no está en estado de sentencia esta causa, quanto a los que pretenden tener accion al dicho solar. En el quinto se tratará declarar, y probará la justicia de cada vna de las partes en el capital del dicho solar. En el sexto se tratará de los reditos, ò corridos, assi de los atrañados como se han de aplicar a cada vna de las partes, como de los futuros como se há de disponer, para que quede la cobrança de lo que le tocàre a cada vna de las partes quieta, y pacifica.

95. El punto primero, de que dicho solar se debe declarar por libre de la carga, è hipoteca de dichos mil pesos, se prueba con tres razones. La primera, porque dicho solar no podia ser hipoteca, ò finca de dichos mil pesos; porque quando se impusieron dichos mil pesos estauan ya caídas las casas, que en dicho solar estauan edificadas, y no valia dicho solar mas de 650. pesos, como consta de la tasación jurídica, que está a fojas 86. y de estos 650. pesos en que estaua tasado, se le rebaxaron 40. pesos para limpiarlo, y derribar las medias paredes demolidas que tenia, conque quedó el dicho solar tasado en 610. pesos, y tenia ya sobre si mucha mas cantidad; y assi no pudo Francisco recibir dichos mil pesos sobre posesion ya cargada en todo lo que alcançaba su valor, y en mucho mas. Para mayor claridad desta razon se note, que el que recibe dinero a censo sobre alguna finca, vende realmente con venta real el tal censo, y el que dá la cantidad del principal lo compra en la finca: de fuerte, que el vno vende, y el otro compra en el valor de aquella finca la accion de cobrar tanta cantidad por reditos en cada vn año. Por lo qual en la finca en que no tenia Francisco mil pesos de mas de los censos, que tenia cargados, no podia vender valor de mil pesos, ni accion de cobrar 50. cada año: por lo qual no cargò, ni pudo cargar dichos mil pesos sobre dicho solar, pues no pudo vender en el solar lo que no tenia, ni era suyo del dicho Francisco.

96. La segunda razon desto es, porque Francisco en sus peticiones a fojas 76. y 89. dize, que realmente no se puso dicho censo de mil pesos sobre el dicho solar, y lo prueba con la costumbre desta tierra, que nunca se impone censo sobre finca, que vale menos, que el principal que se dá; sino que siempre se buscan fincas, que tengan mas valor, que

el capital, que se impone a censo. De aqui se sigue, que el dicho Francisco de ninguna fuerte puede pedir, que los reditos de dichos mil pesos se cobren del dicho solar, ni que los dichos mil pesos se entiendan impuestos en él, para de esta fuerte escusarle de pagarlos, por la regla 38. del Derecho, de reg. iur. Ind. 6. *Ex eo non debet quis fructum consequi, quod nihil extitit impugnare.* Procura impugnar en sus peticiones, y contradecir a que el censo se impusiese, ni pudiese imponerle en dicho solar. Y luego para eximirle de la paga, dize en las fojas ante penultima, que dichos mil pesos están impuestos en dicho solar, y que se cobren dél. Es contra Derecho esta petición, y por esto no se le puede admitir lo que pide. Consta lo mismo del cap. Cum olim. de censibus. donde se determina, que vn Abad no configa las utilidades, que le competian de cierta composicion, que avia hecho, por que avia procurado impugnar, y contradecir la dicha composicion. *Quia compositionem idem Abbas nullatenus approbavit, sed studuit multipliciter impugnare, ex ea non debuit beneficium consequi, cui renuncia se tacite videbatur.* Lo mismo consta del Derecho Civil. l. Papinianus. ff. de in offic. testam. donde se determina, que si vn testador deshereda a su hijo por causas, que dize tener, y en el mismo testamento le dexa vna manda, ò legado gracioso; si el hijo desheredado alega contra el testamento de su padre, procurando probar, que es inoficioso, y configuientemente nulo, y no sale con el pleyto, porque se probaron las causas de averle su padre desheredado, y se dá el testamento por valido: en tal caso pierde el hijo la manda, que graciosamente le dexaba su padre; porque no ha de sacar prouecho del testamento, que procurò impugnar, y contradecir. *Memnisse autem oportet eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit, & non obtinuit, id, quod in testamento, accepit, perdere.* Y lo mismo se determina mas generalmente l. Alia causa C. de ijs, quibus vt indign. donde se determina, que qualquiera que se opuso, y contradixò a algun testamento, pierde el legado, que en el tal testamento le dexaban. Y assi segun ambos Derechos, no puede Francisco pedir, que el dicho censo de los mil pesos se entienda estar cargado sobre el dicho solar, y se cobre de él la parte que se pudiere; porque el mismo Francisco ha contradicho a esto, y ha dicho siempre en este litigio, que dichos mil pesos no se impusieron, ni pudieron imponerse sobre dicho solar, y lo ha procurado probar.

97. La razon tercera es, porque el mismo Francisco, que es la parte interesada, en

cuya

cuya utilidad cedia, que dichos mil pesos estuviesen impuestos en dicho solar, para de esta fuerte salir de la obligacion de satisfacerlos, confiesla ingenuamente en la peticion a fojas 89. que realmente no se impusieron los dichos mil pesos sobre dicho solar, y prueba, que ni se pudieron imponer, por estar cargado ya el solar en mucha mayor cantidad de lo que podia valer; y assi confiesla, que dicha cantidad no pudo caer en el valor del solar, y configuientemente no se pudo imponer, y realmente no se impuso: y assi la misma parte confiesla esta resolucion, que es prueba efficacissima, como dize Malcardo de probat. concl. 674. num. 1. *Partis confessio est maior, & principua probatio inter ceteras probationum formas.* La confesion de la parte no solamente haze plena probança, sino que es la mas eficaz, y mas fuerte probança entre todas las demás especies de probanças.

98. El segundo punto es, que Francisco está obligado a pagar a Andres los corridos de la Capellania de mil pesos, a razon de a 50 pesos en cada vn año, y obligarse sobre finca especial, que los valga a dicho censo, ò exhibir luego los mil pesos, que recibió con los dichos corridos. La razon desto es, por que consta por escritura, que está a fojas 5. que recibió dichos mil pesos, y el Escriuano dá fe de que en su presencia, y de los testigos le fueron entregados, y los recibió obligando al dicho solar por hipoteca especial, y por hipoteca general obligò a todos sus bienes muebles, y raizes, que al presente tenia, y en adelante tuviese. Por lo qual siendo el dicho solar incapaz de recibir la carga de los mil pesos, ni parte dellos, como queda probado, cargaron dichos mil pesos en la hipoteca general de todos los bienes del dicho Francisco, assi de los que en qualquiera tiempo tuviere.

99. Y no desvanece esta resolucion lo que alega en diuersas peticiones, especialmente en las que están a fojas 76. y 89. de que la escritura se hizo en confianza, y que los mil pesos se pusieron alli propter formam, y luego se los bolvió a llevar el Tesorero D. Pedro de tal, que era Juez de testamentos, y Capellanias, el qual tenia ya gastados los mil pesos, y para colorear el cumplimiento de la vltima voluntad de Antonio de tal, a quien pertenecian, rogò a Francisco, que otorgasse dicha escritura, prometiendole, que en breve tiempo la cancelaria, y Francisco por la estrecha amistad, que tenia con dicho Tesorero, la otorgò.

100. Todo esto no haze al caso, ni le releua de la satisfacion de dichos mil pesos, y

sus corridos, por muchas razones. La primera, porque de la escritura consta, que los recibió, de que dá fe el Escriuano, que los recibió en su presencia, y de testigos: lo qual no se desvanece con dezir, que fue en confianza, y supuesto; porque esta falida pudieran dar todos los que reciben dinero con la firmeza de escrituras, dezir que fue supuesto, y se diera lugar a testigos falsos, y no huviera cosa firme. La segunda, porque consta, que recibió Francisco los dichos mil pesos: si despues se los bolvió al que los traxo, por la estrecha amistad, que con él tenia, *sibi imputet*, fue como vn emprestito, ò confianza, que hizo de D. Pedro, entregandole el dinero, que ya tenia recibido con obligacion del censo: por lo qual debe pagar el censo, y estar a la obligacion que hizo, y pagar a lo que se obligò, y le queda accion a cobrar de D. Pedro, ò de sus bienes, si huviere algunos.

101. La tercera, porque concediendole a Francisco todo quanto pretende en sus peticiones, de que la escritura hizo en confianza, y no recibió ni vn real de los mil pesos, porque D. Pedro, Juez que era de testamentos, y Capellanias, avia gastado dichos mil pesos, y se hallaba obligado a imponerlos, y assi para dar color al cumplimiento de la voluntad del difunto, se hizo dicha escritura de imposicion de censo de dichos mil pesos, otorgandola dicho Francisco por estrecha amistad, que tenia con dicho D. Pedro: admitido todo esto, no haze cosa alguna en favor de Francisco, ni le releua de pagar dichos mil pesos con sus corridos; antes por lo que assi refiere, y assienta por verdad, está obligado a pagarlos: porque con el otorgamiento, que hizo de dicha escritura, fue causa de que Don Pedro no impusiese real, y verdaderamente dichos mil pesos, y de que no le obligassen con efecto a imponerlos, porque otorgando dicha escritura de censo, diò suficiente color a la imposicion del censo; conque el Prelado, que entonces gouernaba la Iglesia, fue engañado, y no pudo obligar a dicho D. Pedro a exhibir dichos mil pesos, è imponerlos a censo, porque por dicha escritura constaua estar ya impuestos. Y assi Francisco con esta ficcion fue causa deste daño, de que no se impusiesen a censo dichos mil pesos, y que se defraudassen a su dueño, y de que se quedassen las Animas del Purgatorio sin estos sufragios, y no se impusiese dicha Capellania: que es cierto, que si Francisco no otorgasse esta escritura de censo, buscara D. Pedro otro medio para cumplimiento de la voluntad del difunto, ò le huvieran obligado a ello, y por causa de averle otorgado dicha escritura de censo

censo, ni buscò medio, ò camino para cumplimiento de la voluntad del difunto, ni le pudieron obligar a ello. Y es cosa certissima, que el que fue causa del daño, y de que no se satisfaga lo que se debía, està obligado a la satisfaccion, como dize S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 2. y Silv. in fum. verb. Restitutio. 3. q. 12. y consta expresamente de ambos Derechos. cap. Si res aliena. 14. q. 6. *Em qui pro homine ad hoc interuenit, ne male ablata restituat, & qui ad se confugiens ad reddendum non compellit, socium esse fraudis, & criminis.* Cooperò, y ayudò Francisco con dicho otorgamiento, para que D. Pedro no pagasse los mil pesos, que tenia usurpados, y gastados; y así fue compañero en el fraude, y crimen, y los debe pagar con sus reditos, para que así se satisfaga todo el daño, que con su ayuda se hizo. Y l. Nemo de re iudic. y l. Quoties. ff. de exact. trib. confirmase mas esta razon. Sabiendo Francisco, que por su otorgamiento de dicha escritura se avia paliado la imposicion del censo de dichos mil pesos, y que por esta causa realmente no se imponia, ni reclamò, ni hizo diligencia alguna quando murió el dicho D. Pedro, que entonces por lo menos debía hablar, y probar dicha ficcion, para que de los bienes, que quedaron por su muerte, se impusiese dicha Capellania; y no consta, que dicho Francisco hablase sino que dexò pasar adelante el engaño, con daño, y detrimento de dicha Capellania, y así por su causa quedò paliada, y perdida dicha obra pia, y así la debe pagar por entero con sus reditos. Y descubrió aora la ficcion, quando no se puede remediar el daño; obligando al dicho D. Pedro a que imponga realmente el censo, ni ay ya memoria de bienes suyos para imponerlos con ellos, ha sido vna tardança muy culpable en detrimento de dicha Capellania, por la qual la debe imponer de sus bienes, y pagar los reditos. *Vnicuique sua mora nocet. l. In condemnatione. ff. de reg. iur. Et mora sua cuiuslibet est nociva. de reg. iur. In. 6. reg. 25. y dize allí la Glosa. Impuret sibi, qui alterius obligationem in se suscepit.* Francisco echò sobre si la obligacion de dichos mil pesos a censo por la amistad estrecha, que tenia con D. Pedro, con la palabra, que dize le diò de cancelar la escritura en breue tiempo: no la cancelò, ni Francisco reclamò en tiempo, que podia tener remedio, sino aora lo alega, quando por su causa se dexò de imponer el censo, y està ya difunto el dicho D. Pedro; y así su detencion, y tardança en pedir en tiempo la daña, porque echò sobre si la obligacion agena, y no acudiò a tiempo para salir della, y así quedò agrauado con dicha obligacion de

pagar todos los corridos del dicho censo, y a asegurar el principal en finca suficiente, ò exhibir los mil pesos.

102. Otras dos razones se ofrecen con que se convence, que debe Francisco pagar dicho censo con principal, y corridos; pero la raiz, y fundamento dellas no consta de estos autos, sino que Andres en la peticion a fojas 82. dize ser notorio. Pondrélas aqui, porque si constare despues de la notoriedad de dicho fundamento, son razones convenientes; y si el fundamento no fuere tan notorio, como expresa la parte, no importa mucho, que por las razones puestas arriba son suficientes para obligar al dicho Francisco a pagar los dichos mil pesos, y sus corridos.

103. La primera, que es la quarta razon deste punto, es, porque D. Pedro viuiò ocho años despues de dicha escritura: verificandole bien este punto, se halla ser contra Francisco lo que alega en sus peticiones. En vna dize, que fue en confianza, con promesa, que le hizo de otorgarle en breue termino cancelacion de dicha escritura. Y en vna declaracion, que hizo a fojas 81. dize, que fue el trato, que durase dicha escritura hasta que llegasen las Naos de Nueva-España. Y añade en dicha peticion; que por aver fallecido el dicho D. Pedro quedò la obligacion en pie. Si viuiò el dicho D. Pedro ocho años, y el termino para otorgar la cancelacion era tan corto; luego no se dexò por esto la cancelacion de la escritura, sino por otras causas, que rehusa dezirlas: de lo qual se haze verisimil, ò que realmente recibió los mil pesos, como dize el Escriuano, que en presencia suya, y de los testigos lo recibió: ò que por la amistad estrecha, que tenia con el dicho Don Pedro, quiso hazerle este bien de dexar en pie esta obligacion sobre si: ò por lo menos fue demora, y negligencia grande de Francisco, en no instar en ocho años a que se cancelase la escritura, que para tan corto plazo se hizo; lo qual tambien le daña. *Mora sua cuiuslibet est nociva. de reg. iur. In. 6. reg. 25. & l. In condemnatione. ff. de reg. iur. que no es conforme a razon, y justicia, que por su demora se pierda en daño de otros la Capellania.* Y aunque D. Pedro no hubiera viuido los ocho años referidos despues de otorgada dicha escritura, sino que hubiera muerto pocos dias despues, corre esta razon; porque quando estuvo enfermo pudo recurrir a él para que la cancelase: si no es que despues diga, que murió de repente; y en tal caso avia de aver reclamado, y presentado los testigos de toda excepcion, que dize tener en las peticiones a fojas 76. y 89. y en la declaracion a fojas 87.

Cosa

Cosa ninguna destas hizo, conque la escritura del censo quedò en pie, y firme, como el mismo Francisco confiesa en dichas peticiones, y por dicha escritura obligò a todos sus bienes, que entonces tenia, y en adelante tuviere, y así todos sus bienes están cargados, y obligados a satisfacer dichos mil pesos, y sus corridos.

104. La quinta razon deste punto se funda, en que dicho Andres en la peticion referida alega por publico, y notorio, que dicho D. Pedro hizo diligencias cò el Ilustrissimo señor Doct. D. Miguel de Poblete, Arzobispo que fue destas Islas, para que Francisco le pagasse los corridos de dichos mil pesos, y que de hecho los pagò; y que despues pagò tambien dichos corridos a D. Joseph de tal, los años que fue Capellan de dicha Capellania. Deste fundamento, despues de averle verificado, se figuen muchas cosas contra dicho Francisco. La primera, que D. Pedro no murió luego tan en breue despues de otorgada dicha escritura, porque se otorgò el año de 1646. a 17. de Abril, y el Ilustrissimo señor Doct. D. Miguel de Poblete llegó a estas Islas el año de 1653. por Julio, y así viuiò mas de siete años despues de otorgada la escritura: conque se fortifica la razon de arriba, y se debilita, y enflaquece la razon, que trae para su fauor Francisco, de que se otorgò la escritura para cancelarse en breue termino luego a venida de Naos, y que por aver fallecido D. Pedro quedò la escritura en pie.

105. La segunda, que la escritura no fue en confianza, sino que realmente recibió los mil pesos Francisco; porque no es verisimil, que aviendo hecho Francisco dicha escritura en confianza, supliendole con su riesgo la falta de los mil pesos, llegase el que avia recibido el beneficio a cobrarle. Ni es verisimil, que Francisco pagasse reditos del dinero, que no avia recibido, y que no reclamase contra D. Pedro, como contra ingrato al beneficio, y presentase entonces los testigos, que dize tener, de que la escritura se otorgò en confianza, para que se cancelase entonces. Todo esto haze fortissimo indicio de que Francisco recibió realmente el dinero, y no en confianza; que junto con la escritura, y se, que dá el Escriuano, de que en presencia suya, y de los testigos recibió el dinero, no queda creible, ni tiene rastro de apariencia dezir, que la escritura se otorgò en confianza. La tercera, que el censo, y Capellania està en posesion de cobrarse del dicho Francisco; porque si el primer Capellan, que fue D. Joseph de tal, cobrò los corridos de dicha Capellania, y Francisco los pagò, ya se diò por

obligado, y tomò posesion el Capellan de su Capellania, y como Capellan cobrò los corridos de Francisco. Y no haze al caso, que aora el Capellan sea diferente persona, que esta diferencia es material, y que no haze al proposito; porque D. Joseph no cobrò los dichos reditos, ni le pertenecieron por lo personal de su misma persona, ni por otros officios, que tuviere entonces, sino formalmente como Capellan de dicha Capellania, a que sucedió Andres. Por lo qual el Capellan de dicha Capellania, sea quien se fuere, es el que tomò, y tiene la posesion de dicha Capellania, y de cobrar sus reditos del dicho Francisco: al qual, despues de aver pagado ya dichos reditos al dicho D. Joseph, no se le puede admitir la excusa, que dá de que otorgò dicha escritura debaxo de confianza; porque si esta fuere suficiente causa para no estar obligado a pagar dichos reditos, tambien la huviere sido para no pagarlos al dicho Don Joseph. No lo fue entonces, y no obstante està causa verdadera, ò no verdadera, se reconociò obligado a pagar los reditos entonces; luego de la misma fuerte està obligado a pagarlos aora, y en todo tiempo, hasta que redima el censo, y configuientemente està obligado al principal, sacandolo, y asegurandolo, ò exhibiendo los mil pesos, para que se impongan en finca segura. Ni puede oponer, que sin deberlos los pagò por violencia, que le hizierò; porque esto no es verisimil, ni creible, como dize el Derecho. l. Non est verisimile. ff. de eo quod metus. *Non est verisimile compulsum in urbe inique in debitum soluisse, cum potuerit ius publicum invocare, & adire aliquem potestate praeclatum, qui utique eum pati prohibuisset.*

106. El punto tercero es, que a Francisco no se le debe admitir la probança de testigos, que ofrece en las peticiones, y declaracion a fojas 76. 81. y 89. para probar, que otorgò la dicha escritura en confianza, sin aver recibido vn tan solo real; lo qual se prueba con tres razones. La primera, porque de todas las razones dadas se facan tan fuertes, y violentas presunciones de que recibió los mil pesos, y se obligò a los reditos con todos sus bienes, que tenia entonces, y adelante tuviere; y quando no los huviere recibido, consta con tanta claridad, que se obligò, y quiso obligarse, así por la escritura, como por aver empezado ya a pagar los reditos, y demás razones dichas, que excluyen toda probança en contrario, como se colige del Derecho, cap. Is qui de spons. & matr. *Contra praesumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda.* Y del Derecho Civil. l. Non est verisimile. ff. de eo, quod metus causa,

G

donde



donde en vn caso; que avia vna sola de las muchas presunciones, que ay en el caso presente, dize: *Huiusmodi presumptioni debet aper-tissimas probationes violentie opponere.* Habla de aquel que pagó, y dize, que no debe, sino que pagó por violencia, que le hizieron. En nuestro caso Francisco otorgó escritura de que recibió el dinero: el Escriptano dá fe de que en presencia suya, y de los testigos le fueron entregados los mil pesos; demás desto pagó los recibos, y no conita, que aya avido violencia para accion alguna destas; luego no se le debe admitir probança alguna contra tan violentas presunciones. La segunda, por que la detencion de tan largo tiempo, sin alegar cosa en contra del censo, ni aver hecho diligencia en tiempo, que vivia D. Pedro, para que realmente impusiese el censo, o chanciasse la escritura; ni quando estaua cercano a la muerte, para que lo declarasse; ni despues de muerto, quando se podia echar mano de los bienes suyos, que quedaron: toda esta detencion hasta que el daño es irremediable de otra manera, sino con la hazienda de Francisco, excluye toda prueba, como se colige del Derecho, cap. Acid, de sponsal. *Nec de castro recipiendi sunt testes, si quos nominaverit producidos cum mora tanti temporis huiusmodi probationem excludat.* Lo tercero, por que dado caso, que probasse plenamente, que no recibió vn real, y que otorgó la escritura de censo en confiança, seria la probança inutil, y de ningun efecto; porque no obstante semejante probança, estaria obligado Francisco a pagar dichos mil pesos con sus corridos por restitucion, por aver sido causa con la escritura, que otorgo, de que D. Pedro no impusiese los mil pesos a censo, y de que no le pudiesse obligar juez alguno a imponerlos, y assi está obligado a restituir los dichos mil pesos con sus recibos; y pedir lo que está obligado a restituir, es dolo, y por dolo lo dá el Derecho. *Dolo facit qui petit, quod restitueri oportet eundem.* de reg. iur. In. 6. reg. 59. Y lo mismo consta del Derecho Civil. *Dolo ff. de doli, mali, & met. except. y l. in condemnatione ff. de reg. iur. Dolo facit qui petit, quod redditurus est.* Y assi no se le debe admitir la probança, que ofrece, porque es dolo, solamente para evadirse de la paga, o retardarla.

107. Otra excepcion alega Francisco, para no ser obligado a pagar dichos mil pesos con sus corridos, porque se impusieron propter formam en dicho solar, de que ya tiene hecha dexacion; y assi no admitiendosele la primera excepcion, de que no recibió dichos mil pesos, y que la escritura fue en con-

fiança, para evadirse de la paga, pide se le admira esta segunda, de que se entienda el censo cargado en dicho solar, y que de alli cobré rata por cantidad todos los acreedores. Esta segunda excepcion ya queda excluida en el punto primero, y assi se le debe obligar al dicho Francisco, que pague enteramente los corridos de todos los años, que ha dexado de pagar, y que asegure el principal, o hipotecándolo finca segura en que quepa dicho censo, o exhibiendo luego los mil pesos, para que se impongan en parte segura.

108. El punto quarto deste litigio es para determinar, y declarar, que no está en estado de sentencia esta causa, en quanto a determinar que partes, y en quanta cantidad deben tener parte en dicho solar, y accion de cobrar recibos dél; para lo qual se debe notar, que quatro personas pretenden tener accion sobre dicho solar. Primeramente el Padre Procurador del Conuento de S. N. dize tener mil pesos impuestos sobre dicho solar, y dellos ay en estos autos escritura en forma, que fue el primer censo, que se cargó sobre dicha posesion. La escritura de venta, por la qual consta, que se vendió dicha casa por dos mil pesos, los mil a pagar en reales por tres plazos, y los otros mil, que quedassen impuestos a censo, y se pagassen sus corridos al Conuento de S. N. en cada vn año, está a fojas 60. y despues a fojas 73. está otra escritura en que D. Diego de tal, que compró despues dicha casa, reconoció este censo. En los instrumentos, que están en estos autos no consta, que tenga otra cosa el Conuento de S. N. sobre dicho solar, sino solamente los mil pesos referidos; ni los Procuradores de dicho Conuento, que han presentado peticiones en este litigio, piden otra cosa mas. Pero en la escritura de imposicion del censo perteneciente a la Capellania, que oy posee Miguel, se haze mencion de otros quinientos pesos, que tiene en dicho solar el Conuento de S. N. Esta escritura no parece en estos autos, tengo noticia della solamente por vn escrito, que acerca deste litigio ha hecho Andres, el qual afirma, que dicha escritura está en el libro grande de Capellanias; y el mismo afirma, que en la escritura de venta en que Francisco compró la casa, y solar referido, confiesan, que tiene alli el Conuento de S. N. mil y quinientos y cincuenta pesos de principal; por lo qual es necesario notificar al Procurador de dicho Conuento, que presente, si tiene que presentar, más instrumentos para probança de lo que le pertenece de dicho solar.

109. El segundo censo, que se impuso sobre

sobre esta posesion, es de quinientos pesos de vna Capellania, que gozaba Nicolás: está su escritura a fojas 17. de los autos, y la clausula de testamento, en que se mandó imponer dicha Capellania, está a fojas 12. Y por que alegan las demás partes, que Nicolás cobró quasi todos los recibos, que rendian las casas edificadas sobre dicho solar, es necesario notificarle, que si tiene otro instrumento, por donde le pertenezcan mas de los quinientos pesos, lo presente, y que el Albacea no dispenda los bienes de dicho difunto hasta que se acabe este litigio, por si acaso fuere alcanzado, y deba restituir lo que recibió de mas.

110. Demás desto ay sobre dicha posesion otro censo de mil y quatrocientos pesos de vna Capellania, que oy goza Miguel; segun refiere en vna peticion a fojas 80. de los autos; pero adviértete, que la imposicion de dicha Capellania consta, por instrumento autentico, que está en estos autos a fojas 30. y se impuso sobre vnas casas, solar, y huerta, que están en Bagumbaya, y despues se redimió este censo, como consta del dicho instrumento, que está en estos autos, en los quales no se halla otra escritura, ni instrumento por donde conste, que el censo de dicha Capellania se aya impuesto, o traspasado, sobre las casas, y solar en que está este litigio; y assi es forzoso notificarle, que presente instrumento por donde tenga accion a cobrar los mil y quatrocientos pesos de su Capellania, de dicho solar.

111. El quarto, que pretende tener cantidad de dinero sobre dicho solar, es Francisco, que en vna declaracion, que hizo por mandado del Ilustrissimo señor Doct. D. Miguel de Poblete, Arçobispo que era destas Islas, que está a fojas 81. dize, que tiene en dicho solar docientos y tres pesos, y tomines, que le pertenecen; y de la escritura de venta en que Francisco compró dicha casa consta, que la compró en quatro mil y veinte pesos, de los quales quitando tres mil quatrocientos y cincuenta, que la misma escritura dize, que tenia sobre si de censo la dicha casa, vino a pagar en reales el dicho Francisco quinientos y setenta pesos. Desta escritura no consta en estos autos, tengo noticia della solamente por vn escrito, que Andres hizo acerca deste litigio. Aqui ay vna contradicion muy grande, porque segun la declaracion de Francisco; tiene solamente en el solar docientos y tres pesos, y tomines, y segun la escritura de la compra de la casa, tiene quinientos y setenta pesos. Demás desto no ha dado cuenta de los materiales, que quedaron quando se

arruinó dicha casa con el terremoto del día de S. Andres; y no es verisimil lo que dize en dicha declaracion, que todos se maltrataron con la caída de otra casa sobre ellos, tanto que sería mas el costo de sacarlos, que el provecho. Por lo qual se le debe notificar, que presente instrumento por donde conste la parte, que debe tener en dicho solar, y juntamente presente instrumento, o probança, de que no quedaron materiales de dicha casa, que pudiesen valer alguna cosa mas del costo de sacarlos. Por todo lo qual consta, que en quanto a la determinacion de lo que debe pertenecer de dicho solar a cada vna de las partes, no está en estado de sentencia, y se les debe notificar lo referido, y darles nuevo termino.

112. En el quinto punto se prometió determinar, declarar, y probar la justicia de cada vna de las partes sobre el capital de dicho solar; y aunque parece, que este punto no está en estado de poderse determinar, por que depende su determinacion de los instrumentos, que presentaren las partes interesadas: no obstante esto se puede dar luz de lo que se ha de actuar despues de presentados los instrumentos. Demás desto se echa de ver los instrumentos, que pueden presentar; y assi digo, que por los instrumentos, que hasta oy ay presentados solamente, tienen en dicho solar el Conuento de S. N. mil pesos, y la Capellania, que goza Nicolás, quinientos pesos; y los otros quinientos y cincuenta pesos, que se dize pertenecer al Conuento de S. N. no se le abonarán, si no muestra instrumento por donde conste autenticamente; y los mil y quatrocientos pesos de la Capellania, que goza Miguel, no se le pueden abonar, si no presenta instrumento autentico, por donde conste averle impuesto en dicha casa, y solar. Los quinientos y setenta pesos de Francisco tienen mas dificultad, porque primeramente ha menester presentar instrumento autentico por donde conste, que efectivamente entregó por la casa referida los dichos quinientos y setenta pesos, demás de la obligacion de pagar los censos de tres mil quatrocientos y cincuenta pesos, que parece increíble, que la comprasse en tan subido precio; y assi es menester, que la dificultad de credibilidad, que tiene esta venta, la venga con instrumento muy autentico por donde conste, que efectivamente pagó la dicha cantidad. Suele hazerse muy de ordinario en Manila, que vna posesion cargada de censos se vende meramente por los censos, sin recibir vn real el vendedor, y se haze la escritura de que se vende en vna grande cantidad de pesos, mas de los



Quales se dá el vendedor por pagado, y entregado; y esta escritura de la compra de dicha casa, parece averse hecho desta fuerte. Lo vno, por lo subido del precio con tanta demasia: porque dicha casa se vendió primero por dos mil pesos, los mil a censo, y los otros mil a pagar en tres plazos, como consta de escritura autentica, que está a fojas 69. Y parece increíble, que Francisco aya comprado la misma casa en quatro mil y veinte pesos, sin constar, que tuviese me oras; y aunque las tuviese, no pudieron ser tan grandes, que excediesen al valor de la casa en mas de otro tanto. Lo otro, porque consta de peticiones del mismo Francisco en estos autos, que ha otorgado escritura de imposición de censo sobre el mismo solar, en confianza, sin recibir vn real, sino pasando todo en ficción: por lo qual queda sospechoso, que de la misma fuerte haria la escritura de compra, y venta de dicha casa, que es presunción del Derecho, cap. Parvuli. 22. q. 5. y cap. Mandata. y cap. Scribam de presump. y reg. Semel. 8. de reg. iur. In. 6. Lo tercero, por lo mucho, que discordan la escritura de venta, y la declaración de Francisco. Segun la escritura, tiene en dicho solar quinientos y setenta pesos; y por su declaración tiene solamente docientos y tres pesos, y tomines: quizá será esta cantidad que exhibió, y lo demás se supuso por ficción en la escritura.

113. Despues de dar el dicho Francisco instrumento autentico de que exhibió dicha cantidad, le resta a usar los materiales, que quedaron quando se arruinó dicha casa; porque ni se debe, ni puede estar a lo que dize en la declaración, que está a fojas 81. de que no se pudo aprouechar de los materiales, por que tenia vn monte de piedra encima, y avia de costar mas facarlos, que lo que valian. No se puede pasar por esta declaración, porque en vna casa, que valia tanto dinero, no podia dexar de aver materiales, que valiesen mucho dinero: y en todas las casas, que se arruinaron con dicho terremoto del año de 1645. se tassaron los materiales por los Juezes arbitros, y se les dió su valor, descontando del el trabajo de facarlos; y el dicho Francisco debió manifestar dichas casas arruinadas a los Juezes arbitros, dandoles noticia de los censos que tenían, para que tassasen el valor de los materiales, y solar, descontando del el costo, que podía tener en limpiar el solar, y facar los dichos materiales: pues en la tassación, que pidió se hiziesse ya fuera de tiempo, quando no avian quedado materiales algunos, sino solamente el solar, se tassó en 650. pesos, y se le rebaxaron los 40. que avia de costar lim-

piar el solar, para que pudiesse servir. Por esta causa juzgo, que aun presentando Francisco instrumento suficiente por donde conste, que le costó la dicha casa los 570. pesos referidos, aun se le haze bastante equidad en que se vaya lo vno por lo otro, que no se obligue a pagar lo que podian valer los materiales, y que se le excluya de la parte, que dize tener en dicho solar.

114. Otra razon aun mas eficaz ay, por la qual debe el dicho Francisco ser excluido de la cantidad, que dize tener en dicho solar, y es; que tiene hecha dexación del dicho solar, y de la parte, que en él le podia tocar, como consta de tres peticiones suyas a fojas 76. y 89. y penultima, que está sin numero. Y aunque en la declaración a fojas 81. dize, que reserva su derecho a salvo de la cantidad de 203. pesos, que tiene en dicho solar, para pedirlos, no le aprouecha por la regla 33. *Mutare consilium, quis non potest in alterius detrimentum.* de reg. iur. In. 6. La misma regla está en el Derecho Ciuil. l. Nemo. ff. de reg. iur. *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam.* Ya hecha dexación por dos veces en juicio contradictorio, no puede mudar de parecer, y pedir la cantidad, que en dicho solar le toca; y despues de aver pedido, que esté su derecho a salvo de dicha cantidad, buelve otra vez en la última petición a dezir, que tiene hecha dexación del dicho solar. Haze tambien a este proposito la regla 21. *Quod semel placuit amplius displicere non potest.* Y en el Derecho Ciuil ay vn texto elegante de esto. l. Si quis ius iurandum. C. de reb. cred. *Satis absurdum est redire ad hoc, cui renunciam dum puenit.*

115. Juzgo, que Francisco no podrá presentar cosa de importancia acerca del valor de los materiales de dicha casa: y siendo tan confuso, y dudoso, y aora imposible de averiguar lo que pudieran valer dichos materiales, y también es bien dudosa la cantidad, que el dicho Francisco exhibiria, quando compró la casa; por lo que queda dicho arriba, se le puede hazer equidad, de que no pague por los materiales cosa alguna, sino solamente darle por excluido de tener parte en dicho solar: porque en vna pérdida tan general, como del terremoto del día de S. Andres del año de 1645. donde huvo tanta confusión de cosas, y aviendo sobrevenido la confusión, y dudas del valor de los materiales que quedaron, y de la cantidad que efectivamente avia pagado por precio de la casa Francisco; quando todo se averiguasse, seria poco lo que le podia tocar mas a cada vna de las partes. Y segun ambos Derechos, de cosa

poca

poca no se haze caso en juicio, especialmente siendo esto poco obscuro, y dudoso, y difícil de averiguar. El Derecho Canonico, cap. Re vera. dist. 21. y allí su Glosa de modico: *Non est curandum.* Y cap. Et si quaestiones de Simonia; y el Ciuil. l. Scio. ff. de reit. in integ. *Ne propter satis minimam rem, vel summam audiatur is, qui in integrum restitui postulat.* y allí la Glosa: *Nota propter parvam rem non debere aliquid mutari.* Y l. Quamvis. ff. de condit. & demonst. y l. Coram dilecto. C. de offic. de leg. *Parum pro nihilo reputatur.* Por lo qual, ni las demás partes interesadas deben llevar a mal, que no se obligue Francisco a pagar cosa alguna de los materiales de dicha casa; ni Francisco debe llevar mal, que no se le aplique parte alguna de dicho solar, pues dexó perder vna buena parte de la posesión, que son los materiales, sin dar cuenta dellos; y de los 203. pesos, que dize tener en el solar despues de rateados, le podia caer muy poca parte. Excluido de la parte, que pretendia en este solar Francisco, juzgo que se debe ratear lo que vale a las demás partes, sin preferir al Convento de S. N. por razon de aver sido su censo impuesto primero; que los demás; y de la misma fuerte sin preferir el censo de la Capellania, que gozaba Nicolás, a la de Miguel, por la razon del terremoto, y pérdida vniuersal; por la qual se arbitró, y siguió generalmete en todas las posesiones arruinadas desta Ciudad, que rata por cantidad perdiesen todos los que tenían censos, y el dueño de la posesión segun lo que en ella tenia, sin dar antelación a ninguno de los censualitas; y así se debe hazer en este censo, sin apartarse de lo que en todas las demás posesiones arruinadas en dicho terremoto se obró.

117. Por lo qual si ninguno presentare mas instrumento de los que están en los autos, se avrán de hazer tres partes del valor de dicho solar, y las dos se adjudicarán a la obra pia del Convento de S. N. por los mil pesos de principal, de que ay instrumento autentico en estos autos, y la vna parte se adjudicará a la Capellania, que gozaba Nicolás por los 500. pesos de principal, de que tambien ay instrumento autentico en estos autos. Pero si Miguel presentare instrumento autentico de averse impuesto los 1400. pesos de principal de su Capellania en dicha casa, entra a la parte por su rata de dicha cantidad. Y si por parte del Convento de S. N. se presentare instrumento de los 550. pesos mas de los mil, se le hará su rata por razon de 1550. y de otra fuerte no.

118. Resta aora el último punto desta causa, que es acerca de los reditos de dicha posesión desde el día que se arruinó, acerca del qual es cierto, que se debe hazer la partición de los reditos conforme queda ya dicho de la partición del capital; y así Francisco es cierto, que se le debe excluir de recibir reditos de dicho solar, por las razones del punto antecedente, con que se probó no tener parte en él. Lo mismo digo de Miguel, en caso que no presentare a tiempo instrumento por donde conste estar impuestos en dicho solar los 1400. pesos de la Capellania, que en sus peticiones refiere. Y lo mismo digo del Convento de S. N. en quanto a los 550. pesos, de que no ha presentado suficiente instrumento por donde conste estar impuestos en el solar. Y así segun los instrumentos presentados hasta aora, solamente pueden pertenecer los reditos de dicho solar al Convento de S. N. y a la Capellania, que gozaba Nicolás, haziendolos tres partes; las dos para el dicho Convento, por los mil pesos de capital, de que tiene presentado instrumento; y la otra tercera parte para la Capellania, por los 500. pesos; de que tiene presentado instrumento en estos autos. Pero si Miguel, y el Convento presentaren instrumento suficiente, deben entrar a la parte de los reditos, segun la rata de su capital. Esto se ha dicho acerca de los reditos en general, aora se ha de explicar lo especial; que ay acerca de los reditos, atrasados: porque alegan las partes, que Nicolás ha cobrado casi todo lo que han pagado del terrazgo los que han hecho casa en dicho solar. Lo que en esto se debe hazer, es, que se averigüe lo que han pagado los moradores de dichas casillas, y se ayulte la rata a el capital que le pertenece a la Capellania del dicho Nicolás: suponiendo, que todo el capital es de 610. pesos segun la tassación, que está autentica en estos autos, y se le dé por buena la cobranza en quanto a todos los reditos, que le pertenecian segun la rata de su capital, aunque a las demás partes no se les enteren los reditos; que segun la rata de su capital les pertenecian. Pongo exemplo: los 610. pesos en que está tassado el solar, se han de ratear: demos caso que a la parte de la Capellania, que gozaba Nicolás, pertenezcan los 150. pesos de dicho capital; los reditos, que deben corresponder a esta rata, son siete y medio; pues estos siete pesos y medio se le deben abonar; y dar por bien cobrados del dicho solar en cada vn año, aunque las demás partes no ayarracado los reditos, que corresponden a la rata de su capital; y lo que huviera cobrado el dicho Nicolás mas de los dichos siete

siete

54.

## CONSULTAS, Y PARECERES.

fiere pesos y medio cada año, se deben bol-  
ver, y restituir a las demás partes, a quienes  
pertenece dicho solar. Esta resolución tiene  
dos partes. La primera, que de lo que ha co-  
brado, se le abone; y de por bien cobrado  
aquello, que según la rata de su capital le  
pertenece de reditos cada año. Se prueba, por  
que en el derecho a estos reditos, todos los  
cenfualistas referidos son iguales: a Nicolás  
su mayor diligencia, y cuydado lo hizo de  
mejor condición, como se colige de aquella  
regla del Derecho Canonico: *Qui prior est  
tempore, potior est iure*. In 6. reg. 54.  
El que primero acudió a cobrar sus reditos,  
y los recibió realmente, tiene mejor derecho.  
Consta mas claramente del Derecho Civil.  
1. Quotiens. C. de rei vindicat. donde se deter-  
mina, que si vno vende a otro alguna cosa, y  
recibe el precio sin entregar la cosa, y des-  
pués vende la misma cosa a otro, y se le en-  
triega realmente; este segundo comprador  
tiene mejor derecho, porque fue primero en  
la possession. *Manifesti iuris est, eum cui prio-  
ri traditum est, indeterminado dominio esse potiorē.*  
Y mas abaxo: *Eum, cui priori possessio solē tra-  
dita est haberi priorē conueniat.* Y dize allí  
la Glossa: *Nam remansit venditor dominus  
etiam post venditionem, et ideo exit dominus;  
vni prius tradit.* Mas expreso está el caso. l.  
Pupillus. ff. Quæ in fraudem creditorum. do-  
de se pone la deuda presentē, de quando se pa-  
ga a vno de muchos creditores, no alcanzan-  
do la hacienda a pagar a todos. l. y dize allí el  
Derecho: *Si vigilauit, meam conditionem melio-  
rem feci, quia ius civile vigilanti scriptum  
est, ideoque non renouatur, id quod percepit.* Y de  
este sentir son graues Doctores. Sylu. verb.  
Restitutio. 6. q. 18. Nauarro, cap. 17. num. 52.  
Man. Rodr. in sum. to. 2. cap. 122. num. 6.  
Lefsió, lib. 2. cap. 17. dub. 5. num. 39. Azor. lib.  
7. cap. 13. q. 6. Reginaldo, lib. 19. num. 246.  
Bañez, 2. 2. q. 62. art. 8. dub. 3. Aragon. en el  
mismo lugar; y Bonac. to. 2. tract. de restit.  
disp. 1. q. 8. punct. 2. num. 20.   
119. La segunda parte desta resolución,  
de que se debe pagar a los demás acreedores  
de la hacienda de Nicolás, todo lo que reci-  
bió mas de aquello; que pueden montar los  
reditos de la rata, que le perteneciere del ca-  
pital, es constante, porque no tiene título pa-  
ra auer recibido dicha demasia; y assi como  
hacienda agena, que de ninguna fuerte le per-  
tenece; no la puede retener; y se debe resti-  
tuir de sus bienes, como consta de ambos  
Derechos, del Canonico, reg. 48. de reg. iur.  
In 6. *Locupletari non debet, aliquis cum alterius  
iactura;* y del Civil, l. iure natura. ff. de reg.  
iur. *Iure natura equum est, neminem cum alie-*

*rius detrimento fieri locupletiorē.* Por esta  
causa se debe despachar auto al Albacea de  
Nicolás, que no distribuya los bienes de di-  
cho difunto, hasta la conclusion deste litigio.  
Lo mismo digo si ha recibido algo Miguel  
de los reditos; porque presentando instru-  
mento, de que están impuestos los 1400. pe-  
sos de la Capellania, que goza, sobre dicho so-  
lar, se avrá de ver quanto ha recibido: y si en  
vno año no ha recibido mas de lo que a la  
rata de su capital correspondē de recitos, se le  
debe abonar lo que allí huviere recibido; pe-  
ro si en algun año recibió mas de lo que a la  
rata de su capital pertenecia, lo ha de restituir  
a los demás acreedores. Y si no presentare  
instrumento por donde conste estar su Ca-  
pellania impuesta sobre dicho solar, se le avrá  
de obligar a bolver todo lo que ha recibido  
de reditos de dicho solar; y lo que allí exhi-  
bieren los que avian recibido mas de lo que  
les pertenecia, se debe a los que no han co-  
brado sus reditos rata por cantidad, según el  
capital, que les perteneciere, como queda di-  
cho en el punto antecedente.

120. Resta tratar de los reditos futuros,  
estos han de pertenecer desde luego a cada  
vno, según la rata de su capital; y g. monta el  
capital 610. pesos, los reditos son 30. pesos, y  
4. reales: a cada parte le toca según la rata de  
su capital. Pero es de advertir, que en esta co-  
braçã avrá siempre mucha confusión, y pley-  
tos, si se dexa el solar como se está; porque  
ninguno está hecho dueño del, ni tiene obli-  
gacion de pagar censo cierto, sino que ay en  
dicho solar edificada vna casa razonable, y  
otras dos casillas. A los poseedores destas ca-  
sas no puede constar determinadamente a  
quien deban acudir con los reditos, sino que  
cada vno de los que tienen parte en dicho  
solar acudirá a pedir, en lo qual es forzoso  
que aya confusión: para quitarla; y que que-  
den corrientes los censos, es conveniente,  
que se ponga el dicho solar en venta, y se le  
remate al que diere mas por él, aunque sea  
menos de los 610. pesos en que está tasado,  
que será muy factible, que aya quien lo tome  
en los 610. pesos, y aun en mas, no pidiendo-  
se la cantidad, que dieren, en reales de conta-  
do, sino que se obligue el comprador a pagar  
cada año los corridos de la cantidad en que  
lo comprare, y de esta cantidad se ha de hazer  
la rata, obligandose el comprador a pagar tá-  
ta cantidad a tal Capellania, y tanta a la otra  
Capellania, y tanta al Conuento de S. N.  
Esto es conueniencia de todas las partes, que  
la tienen en dicho solar, y juzgo que su Ilus-  
trissima les puede obligar a ello, para que se  
eviten disensiones, y se dé fin a este litigio, y  
se

se distingan los dominios, y sepa cada parte  
quanto ha de cobrar cada año, y de quien.  
Coligese del Derecho, l. Bono publico. ff. de  
usu capt. donde dize, que conduce grandemē-  
te al bien publico, que los dominios de las  
cosas estén ciertos, y sepa cada vno lo que le  
pertenece, y que para evitar la confusión,  
que en esto podia aver, se introduxo la pres-  
cripcion. *Ne quarundam rerum diu, et forte  
semper incerta dominia essent.* Y l. V. ff. captio.  
ff. pro suo, dize, que se introduxo la prescrip-  
cion para que se pudiesse fin a los litigios. *Ut  
aliquis litium finis esset.* Y lo mismo consta  
del Canonico, cap. Vigilanti de prescript. De  
fuerte, que para dar fin a los litigios, y que los  
dominios de las cosas sean ciertos, dispuso el  
Derecho la prescripcion, y que pierda el do-  
minio de la cosa el legitimo señor, y pase co-  
tra la voluntad de su dueño a otro. Luego  
por los mismos fines, y causas del bien publi-  
co, para poner fin a disensiones, y pleytos, y  
que aya distincion en los dominios, y sepa  
cada vno lo que le pertenece, y de donde, y  
de quien ha de cobrar, puede vn Prelado, y  
Juez disponer, y mandar, que se venda a vno  
dicho solar, el qual cobre de los dueños de  
las casillas el terrazgo, y esté obligado a satis-  
facer los corridos de los censos, y Capellanias,  
que están en dicho solar, conforme a la can-  
tidad en que lo comprare, y conforme a la  
pro rata que se hiziere; y puede comprarlo  
alguno de los que tienen parte en dicho so-  
lar, obligandose a pagar a los demás cenfua-  
listas, rateando la cantidad en que lo com-  
prare entre todos; y puede ser, que cobre mas  
de las casas, que están edificadas en dicho solar.

## CONSULTA XXV.

*Sobre si se deban rebaxar unas Capellanias.*

## PROPUESTA.

Pedro traia pleyto con los Capellanes de  
tres Capellanias, que están fundadas  
sobre sus casas. La vna la goza el Conuento  
de S. N. la otra Miguel, la otra Andres. Pide  
el dicho Pedro rebaxa de los censos, y los di-  
chos Capellanes la contradicen. Empezó el  
pleyto en vida del Ilustrissimo señor D. Mi-  
guel de Poblete ha dos años. Consultase,  
pues, lo que se debe hazer?

## PARECER XXVI.

121. Responde, que no se deben reba-  
xar. La primera razon desto es,  
porque la rebaxa, que se le hizo por el terre-

moto de S. Andres del año de 1645. fue su-  
poniendo, que toda la casa estava inhabita-  
ble, y todas las paredes demolidas, que se de-  
bian derribar, dexando solamente desde los  
cimientos hasta el primer suelo, y assi tassa-  
ron solamente el solar, y materiales, y de ahi  
baxaron mas treientos pesos, que dixeron  
ser necesarios gastar se en derribar las pare-  
des, y baxar las maderas, y texas. Después baxaron otra cantidad mas gruesa, para que  
fabricasse; y lo demás que quedaba, lo partie-  
ron rata por cantidad entre los cenfuararios,  
y el dicho Pedro: de fuerte, que los censos  
quedaron tan baxos, y moderados, que no  
exceden al valor del solar, y materiales, ni lle-  
gan a él. De aqui se infiere, que aunque aya  
tenido dicha casa otros detrimentos despues  
acã en el terremoto de S. Bernardo el año de  
1658. y en el terremoto de 19. de Julio del  
año de 1665. no se le debe hazer rebaxa, por  
que siempre queda solar, y materiales en que  
caue el censo, y otra parte para el señor de la  
casa. Solamente podia aver alguna disminu-  
cion en los materiales, que pueden quedar  
mas deteriorados: por esta causa se le puede  
conceder, o confirmar la rebaxa moderada,  
que le hizieron los mismos Capellanes por  
el terremoto de S. Bernardo; que aunque los  
dichos Capellanes no pudieron hazerla por  
su voluntad, sin consentimiento del señor  
Ilustrissimo, y del Patron: con todo esto se  
puede admitir, y confirmar aora por la razon  
dicha, y por ser poca la cantidad; pero de  
ninguna fuerte se podrá conceder otra reba-  
xa de nuevo. La segunda razon, que confir-  
ma mas la primera, es, porque en los terre-  
motos, que ha auido desde S. Andres del año  
de 1645. no se le ha caido a las casas de dicho  
Pedro pared alguna, ni quarto, que él hu-  
viessē hecho desde que pasó el terremoto de  
S. Andres: de fuerte, que lo que se ha caido en  
dichos terremotos, y lo que el dicho Pedro  
se ha visto obligado a derribar por demoli-  
do, ha sido solamente lo que se dió por de-  
molido por el terremoto de S. Andres. Lue-  
go para todo esto basta la dicha rebaxa: y por  
los gastos, que entonces tuvo de aderezar al-  
go, que despues le fue fuerza derribarlo, se le  
pasará la segunda rebaxa, que se le hizo por  
los Capellanes en el terremoto de S. Bernar-  
do; y lo contrario seria rebaxarle dos vezes,  
por estar demolidas vnas mismas paredes, y  
vn mismo quarto.

122. La tercera razon contra lo que  
alega el dicho Pedro, de que ha gastado tan-  
tos mil pesos en reedificar por estos vltimos  
terremotos, y que esto ha sido en beneficio, y  
seguridad de los censos; digo, que por lo mu-  
cho

cho, que ha gastado, no se le debe rebaxar cosa alguna, ni por aver mejorado la finca; porque el censo quedò tan infimo, que para su seguridad no necesitaba de grandes mejoras: y quando la mejora mucho, es toda la mejora en favor del dueño, que la haze, y no en favor, y provecho de los censos; porque el censo no crece por dicha mejora, y gastos, que se hazen en la finca, sino solamente crece el valor, y parte que tiene el dueño de la finca: por lo qual el que tiene el provecho debe sentir el costo, y no se ha de hazer a costa de los censos. La quarta, porque aviendo hecho la diligencia, no he hallado, que a posesion alguna se le ayan hecho tres rebaxas por dichos tres terremotos, sino que a algunas sola vna rebaxa por el terremoto de S. Andres, y a otras dos rebaxas por el de S. Andres, y S. Bernardo, y a las que les han rebaxado aora ha sido, porque no se les rebaxò por el terremoto de S. Bernardo.

## CONSULTA XXVI.

*Sobre la tasacion de unas Misas, y disposicion de la finca de su censo.*

## PROPUESTA.

Muriò Francisco, y dexò en su testamento la clausula siguiente. La casa, y solar de mi vivienda se valùe, y por lo que se tasare se entregue al P. Vicario de Binòdoc, para que lo que importare su valor se digan por mi alma Misas de Capellania los dias, que el P. Vicario señalare en el Altar de N. Señora, y nombro por Patron, y Capellan al dicho P. Vicario, que es, ò fuere. En virtud de esta clausula, el Albacea hizo tasare la casa, y dixo al P. Vicario, que las Misas que avia de dezir, eran 34. cada año, a razon de a 20. reales la limosna de cada Misla, y le entregò la casa, para que la diese en arrendamiento a quien pagasse los reditos para dichas Misas. La casa estaua nueva, y aunque se han procurado sus reparos, nunca pueden ser tan a tiempo, como los hiziera su dueño si viviera en ella. Esta casa se ha de alquilar, ò a vezinos de la tierra, ò a mercader: si a vezino, el vno se va debiendo 20. pesos, y el otro 50. el otro le parece, que no debe pagar por ser bienhechor de la Orden; y no pagandò, no se dirán las Misas, aviendo hecho las diligencias de cobrar. Si se da a mercader, estará tres, ò quatro meses en ella, y esto no todos los años, sino quando huviere mercaderes en abundancia, como lo ha enseñado la experiencia: sean vnos, ò otros los que viven en ella,

como no les duele, no cuydan de la casa, pierden las llaves, rompen las puertas, y finalmente la maltratan. Todo esto supueito, y que se ha buscado la tasacion que se hizo, y no se halla, y que no puede el P. Vicario cuydar de dicha casa, y que ha de ir a menos cada dia mas; se pregunta: Si el P. Provincial, ò el P. Procurador general, ò el P. Presidente de Binondoc (por estar ausente el P. Vicario, que es Patron de esta Capellania) se se podrá mandar tasare esta casa, y por lo que se apreciare darla a una persona de toda satisfacion, que se obliga a perfeccionarla, y ponerla muy mejorada, para que sobre toda ella se ponga a censo lo que aora vale? Y se por ser tal la persona, y que parece es para mayor seguridad de la Capellania, y ofrecerse aora esta ocasion de aver quien la quiera tomar a censo, se le podrá hazer alguna gracia, ò equidad, quitando algo de aquello en que se tasare? Se advierte, que no se ha impuesto la Capellania, sino solo dixo el P. Albacea: Talòte ya, las Misas son a 20. reales cada vna, que montan 34. cada año: vaya V. R. diciendo las Misas, que yo bolveré, y la impondrémos. Replicò el P. Vicario, y dixo, que no podia substituir aquella Capellania, que dentro de pocos años estaua muy deteriorada la casa, y no rendiria la mitad que aora. Y respondió dicho P. Albacea: Por esto le rebaxè yo aora lo que puede tener de quiebra despues. A que replicò dicho P. Vicario: Qué Capellan ha de aver despues, que quiera dezir las Misas sin limosna? Esto era porque ganaba entonces la casa 14. pesos cada mes, y esto fue dos, ò tres meses, y despues no ha avido quien dé arriba de 8. pesos cada mes, y dentro de pocos años no han de dar ni 4. pesos cada mes.

## PARECER XXVII.

123. Tres puntos tiene esta pregunta. El primero, si no obstante que el Albacea aya determinado el numero de las Misas de dicha Capellania, que son 34. se pueda licitamente rebaxar dicho numero a lo que alcançaren los reditos de la casa? El segundo, si no obstante que dicha casa fue tasada por orden del Albacea, y entregada (como dispuso el testador) al P. Vicario de Binondoc, el qual (segun parece) la recibió, y se hizo cargo de su valor, segun constaua de dicha tasacion; se podrá aora tasare nuevamente en el estado, y disminucion que oy se halla, y venderse, quedando puesta a censo sobre la misma casa la cantidad en que se rematare, para que de los reditos se digan todos los años las Misas de dicha Capellania?

El

125. El punto tercero es, si de la cantidad en que dicha casa se tasare, se podrá licitamente baxar alguna parte, haziendo alguna gracia, ò equidad al que la comprare, siendo persona de quien se tenga entero credito de que labrará en ella, y la mejorará, con que se asegure la finca, y Capellania?

126. Responde al punto primero, que no ay obligacion de dezir las 34. Misas, que determinò el Albacea, si los frutos, ò reditos de dicha posesion no alcançan en estos tiempos a la limosna de dichas 34. Misas, a razon de a 20. reales la limosna de cada vna, que era menester que fuesen 85. pesos cada año; sino solamente ay obligacion de dezir el numero de Misas, que correspondiere a los reditos, a razon de a 20. reales la limosna de cada Misla. La razon desto es, porque el testador en la clausula de la fundacion de dicha Capellania, no determina, ni tasla el numero de Misas a que quiso obligar al Capellan, sino solamente dize, que lo que importare el valor de la casa se le diga de Misas de Capellania por su alma. El sentido de dicha clausula no es, que todo el valor de la casa se le diga de Misas, que esto no fuera dexar Capellania perpetua; sino que el valor de los reditos se le diga de Misas de Capellania perpetua, quedando siempre salvo el capital, ò finca. Y adviertase, que el testador de dicha clausula señala Altar en que manda dezir las Misas: dize, que en el Altar de N. Señora del Rosario, y dispone, que el P. Vicario determine los dias en que se han de dezir; pero acerca del numero de las Misas, que se han de dezir, ni lo determinò el testador, ni se halla palabra en que mande, que el Albacea, ò el P. Vicario lo determine, sino que lo dexa indeterminado, para que segun el valor de los reditos sea el numero de las Misas.

127. Lo que parece, que haze aqui dificultad, es, que dize la clausula, que se valùe la casa, y por lo que se tasare se entregue al P. Vicario, para que su valor se diga de Misas de Capellania. Aqui se dá a entender, que la voluntad del testador fue, que hecha la tasacion de la casa, se determinasse quanto le correspondiera de reditos, y segun estos se tasasse el numero de las Misas; y diciendo, que el P. Vicario señalasse los dias en que se han de dezir, supone numero determinado de ellas. Y esto mismo diò a entender el Albacea, pues aviendo hecho la tasacion de la casa, determinò el numero de 34. Misas; y aun dixo, que rebaxaba el numero de las Misas, poniendo menos de las que correspondian a los reditos, por lo que podia tener de disminucion el valor de la casa. Y siendo

esto assi, parece que no se puede rebaxar dicho numero de 34. Misas, ni reducirse a menos, como està determinado por la Sacra Congregacion de Cardenales Interpretes de el Sacro Concilio de Trento, en el Decreto de celebracione Missarum, hecho, y publicadò con autoridad de la Santidad de Urbano VIII. Determinase alli, que el numero de Misas señalado en la fundacion de las Capellanias, no se puede reducir a menos; ni por autoridad del Obispo en el Synodo, ni por los Generales de las Religiones en sus Capítulos, ni de otra manera alguna, sino que se recurra a la Sede Apostolica, para que el numero de Misas se modere, quando los reditos fueren tan cortos, que merezcan moderacion. Las palabras del Decreto son las siguientes: *Districte prohibet atque interdicat ne Episcopi India cesana Synodo, aut Generales in Capitulis Generalibus, vel alias quoquo modo reducant onera Missarum celebrandarum, aut post idem Concilium imposta, aut in limine fundationis. Sed pro his omnibus reducendis, aut moderandis, vel commutandis ad Apostolicam Sedem recurratur alioquin reductiones moderaciones, et commutationes huiusmodi si quas contra huius prohibitionis formam fieri contigerit omnino nullas, atque inanes decerni.* Y consultada despues la misma Sacra Congregacion, quando los reditos son tan tenues, que no aya quien quiera dezir tantas Misas por limosna tan corta, y si se huviesse de recurrir a la Sede Apostolica, se gastaria toda la dicha limosna, ò reditos en este recurso: respondió, que aunque sean muy tenues se recurra a la Sede Apostolica, que sin costas graciosamente dispondrá lo que conuiniere. *Etsi legatum sit adeò tenue nihilominus pro reductione oneris impositi ab ijs ad quos pertinet, Sedem Apostolicam esse adeundam, quã absque ulla impensa id statuet, quod magis in domino expedire iudicaverit.* Añade rigor el segundo parraga de dicho Decreto, donde se determina, que se deben dezir tantas Misas, como estipendios se reciben de vna misma persona, ò de muchas, aunque los estipendios sean muy cortos, è incompetentes. *Vbi pro pluribus Missis celebrandis plura stipendia quantumcumque in congrua, et exigua sine ab una, sine a pluribus personis collata fuerint, aut conferuntur Sacra Congregatio sub obestacione Divini iudicij precipit, absolute tot Missa celebrentur, quot ad rationem tributa elemosina prescripta fuerint; ita ut alioquin ij ad quos pertinet sua obligationi non satisfaciant, quinimo graviter peccent, et ad restitutionem teneantur.* Y preguntada despues la Sacra Congregacion, si estas limosnas, ò estipendios a que se ha de conformar el numero



de las Misas, se ha de entender segun la tasfacion puesta por el Ordinario, o del que manda dezir las Misas: responde, que no segun la tasfacion puesta por el Ordinario, sino del que dió la limosna, y pidió por ella tantas Misas, que se le ha de dezir causalmente el numero de Misas, que mandó dezir, aunque a cada vna corresponda menor estipendio de el que está tasfado por el Ordinario. Las palabras del Decreto son muy claras, y su rigor muy grande, por lo qual parece, que no ay potestad, ni autoridad en estas Islas para rebaxar el numero de las 34. Misas, que el Albacea, en cumplimiento de la voluntad del testador, mandó que se dixessen, especialmente aviendo señalado desde el principio a cada Misa, mayor estipendio del que está dispuesto por el Ordinario para las Misas de Capellania, para con este titulo obligar a dezir el dicho numero, aunque en tiempos futuros no alcancen los reditos al estipendio señalado por el Ordinario.

128. Responde, que no obstante la dificultad propuesta, solamente se deben dezir las Misas a que alcancen los reditos de la casa, a razon de a 20. reales la limosna de cada vna; porque el testador (como consta de la clausula del testamento inserta en la propuesta) no determina numero de Misas, sino dize, que se tasse, y valie la casa, y segun su valor se le diga el numero de Misas. Esta determinacion puede tener dos sentidos. El primero, que valuada la casa vna vez, y ajustados los reditos, que le corresponden segun dicha valuacion, se tasse el numero segun dichos reditos, y quede fixo, y permanente, sin aumentarse, ni baxarse el numero de las Misas, aunque creciesen, o se disminuyessen los dichos reditos. Y si en este sentido se huviera de entender la dicha clausula, tuviera mucha fuerza la dificultad propuesta, y mucho mayor si asentamos, que para refarcir el riesgo en que quedava el Capellan de disminuirse los reditos, se le aumentó el estipendio, señalándole menor numero de Misas de el que correspondia a los reditos.

129. El segundo sentido, que puede hazer dicha clausula, es, que se valie la casa, para tasfacion de las Misas segun los reditos, que le corresponden, para conformarse con el arancel del Arcebispado, que tasfa el estipendio de las Misas de Capellania a razón de a 20. reales, y ajustarse a dicha tasfacion, sin querer que le digan mas Misas, ni menos de las que corresponden a los reditos, segun dicho arancel. Entendida la clausula en esta forma, no haze fuerza alguna la dificultad propuesta; porque asentando en que el tes-

tador solamente pretendió en la clausula de la fundacion desta Capellania, ajustarse al arancel, y por esto mandó valuar la casa, para colegir de su valor los reditos, y de los reditos el numero de Misas. Y supuesto que el testador en la fundacion de la Capellania se quiso ajustar al arancel, ajustando por él las Misas a los reditos, se ha de presumir, que quiso, y fue su voluntad, que siempre se observasse este ajuste, y que al passo que se aumentassen, o disminuyessen los reditos, se aumentasse, o disminuyesse el numero de las Misas. Segun esta inteligencia de la clausula, el Capellan que dixere las Misas segun los reditos, no vá en cosa alguna contra el Decreto de *celebratione Missarum*, ni se aparta vn punto dél; porque diziendo las Misas segun corresponden a los reditos, se dizen todas las que dispuso el testador en la clausula de la fundacion, y de ninguna fuerte se reducen a menor numero.

130. Resta averiguar qual sea el sentido legitimo de dicha clausula: a lo qual se responde, que tengo por cierto, que lo es este segundo, y este fue de su voluntad, e intencion. Regla es de ambos Derechos, que en casos oscuros se ha de atender, y tener por verdad lo que es mas verisimil, y fuele mas de ordinario hazerse; de reg. iur. In. 6. reg. 45. *Inspicimus in obscuris, quod verisimilius est, vel quod plerumque fieri consuevit.* Y l. Obscuris. ff. del mismo tit. *In obscuris inspicitur solet, quod verisimilius est, vel quod plerumque fieri solet.* Mas verisimil es, que el testador quiso lo que es mas conforme a razon, y a justicia: y sin duda es cosa mas razonable, y ajustada, que siempre mientras durare la Capellania, se conforme el numero de las Misas con los reditos de fuerte, que a cada Misa correspondiera el estipendio, que está designado, y dado por justo por el Superior. Mas verisimil es, que el testador quiso, que se guardasse siempre igualdad, correspondiendo a mas amplios reditos mayor numero de Misas, y que disminuidos los reditos, se disminuyese el trabajo de dezir tantas Misas. Y no es creible, ni verisimil, que el testador quisiese tanta desigualdad, como sería si quisiese obligar a los Capellanes, que por reditos cortos, y tenues le dixessen el mismo numero de Misas, que por reditos quantiosos. Pruebase mas del estilo comun, y costumbre asentada de esta tierra, donde avia fundadas muchas Capellanias pingues, cuyos reditos se han ido rebaxando por el detrimento, que han tenido las fincas con los terremotos: y al passo que se han ido baxando los reditos, se ha ido minorando el numero de las Misas, sin recurrir por la rebaxa

rebaxa a la Sede Apostolica; sino asentando por cierto, que esta fue la voluntad razonable de los que fundaron dichas Capellanias. Luego esto, que generalmente se haze en todas las Capellanias, se ha de presumir, que quiso el testador, que se hiziese en la suya, l. *Semper in stipulationibus. ff. de reg. iur. Id sequamur quod in regione in qua actum est, frequentatur.* l. De quibus. ff. de legib. *Id custodiri oportet quod moribus, et consuetudine indictum est.* l. Si de interpretatione, del mismo tit. *Inspiciendum est quo iure Civitas retro in huiusmodi casibus visa fuit.*

131. Contra esta resolucion ay todavia vn escrúpulo, y es, que el Albacea con poder pleno del testador tasfó el numero de Misas para que quedasse fixo, aunque se rebaxassen los reditos, y dixo, que por esta causa señalaba numero de Misas mas corto del que correspondia a los reditos. Respondo lo primero, que conocida ya, y averiguada la voluntad del testador, explicada en la clausula del testamento, a ella se ha de estar, y no a la disposicion del Albacea, si consta oponerse a la voluntad ultima del testador. Y es cierto; que no ay fundamento en la voluntad del testador explicada en la clausula, para poner menor numero de Misas del que demandaban los reditos, ni para señalar numero fixo, que se cumpliesse, aunque se disminuyessen los reditos. Lo segundo respondo, que el Albacea no impuso la Capellania: antes diziendo, que bolveria a Manila para imponerla, afirmó, que no la dexó impuesta, y consiguiéteme no pudo señalar numero fixo, y perpetuo de Misas, pues no hizo escritura de esto, sino como en interim entre tanto que se fundava la Capellania, dispuso de palabra, que se dixessen 34. Misas; el qual numero despues quando la fundasse (sino huviera muerto antes de fundarla) lo miraria mejor, y moderaria, si hallasse convenia, o lo aumentaria si los reditos lo pidiesen, y lo fixaria en lo firme de vna escritura. Lo tercero respondo, que el Albacea nunca dixo, ni insinuó, que el numero de 34. Misas avia de ser tan fixo, que aunque los reditos no alcancassen, quisiese obligar a cumplir dicho numero; antes dió a entender lo contrario, diziendo, que el numero de Misas, que imponia, era menor del que correspondia a los reditos, para que si dichos reditos fuesen a menos, quedasse todavia el estipendio de cada Misa a veinte reales.

132. Por lo qual tengo por cosa cierta, que solamente tiene obligacion el P. Vicario de Binondoc de dezir las Misas, que correspondieren a los reditos, que se cobraren; y

siempre que estos se disminuyeren; se ha de minorar en la misma forma el numero de las Misas, y para esto no es necesario recurrir al Ordinario, ni a otro Prelado alguno, sino el mismo Capellan, que es el P. Vicario de Binondoc, o el Presidente, que estuviere en su lugar, las puede rebaxar conforme a los reditos: porque en esto no ay dispensacion alguna, ni comutacion, sino plena observancia de la voluntad del testador, y se dize enteramente el numero de Misas, que él dispuso; ni tiene potestad el Ordinario para rebaxar el numero de Misas puesto en la fundacion de la Capellania, como consta expresamente del dicho Decreto de *celebr. Miss.* El recurrió a su Ilustrissima, solamente se requiere para constituir la dicha casa en razon de bienes Eclesiasticos en forma de Beneficio simple; pero esto no es necesario para esta obra, ni para dar cumplimiento a la voluntad del testador, que solamente quiso dexar a la Iglesia de Binondoc este legado pio, con carga de las Misas, que correspondieren a sus reditos. Y no es nuevo instituir Capellanias sin intervencion alguna del Ordinario, como dize Machado, tom. 1. lib. 3. part. 3. tr. 1. doc. 3. Y aun el señor Obispo Monte-Negro en su Itinerario, lib. tract. 8. sess. 2. dize, que en las Indias se fundan las Capellanias sin autoridad del Obispo ordinariamente. Esto será verdad en las Prouincias de Nueva-Espana, donde asistió el señor Monte-Negro; que en estas Islas Filipinas, lo mas ordinario es fundarse con autoridad del Ordinario las Capellanias, que gozan los Clerigos: pero las que instituyen los fundadores para los Conuentos, y casas Religiosas, de ordinario no se recurre al Obispo, sino que se instituyen solamente por la voluntad, y potestad del fundador, y desta fuerte se escusa la dificultad, de si dichas Capellanias son verdaderos Beneficios simples, y si las pueden tener los Religiosos.

133. El tiempo, que los reditos de dicha casa han excedido a la cantidad de 85. pesos, se debian dezir mas de 34. Misas, y el Albacea no tuvo potestad para disponer, que solamente se dixessen 34. porque el testador dispone, que el numero de Misas sea conforme al valor de los reditos. Y consiguiéteme ay obligacion de suplir las Misas en estos años, hasta igualar al dicho exceso de los reditos; si no es que el exceso ha sido tan poco, que se juzgue, que esto se avrá gastado en los aderezos, y reparos de la casa.

134. Al segundo punto arriba propuesto respondo, que es licito, y mas conveniente a la Capellania el vender la dicha casa a persona, que cuyde de conservarla, y repararla



como cosa propia; y aviendose de vender, es forzoso tasarla de nuevo, para que conste su justo precio. Esta resolución consta de las congruencias, que se traen en la propuesta, y demas dello se prueba con tres razones.

135. La primera, porque es cosa certísima, que mas se asegura la posesión, y mas bien tratada estará teniendo comprada, y por suya el que viviere en ella, que estando en poder de los que la recibieren alquilada por meses, o por algunos años. Esto consta por la experiencia, y por razon natural; porque cada uno naturalmente se inclina a cuidar mas de su propia casa, y hacienda, que de la agena: y segun derecho se ha de presumir, que el testador quiso, que su casa, y finca de su Capellania se asegurase, y se dispusiese de ella en la mejor forma, para que fuese mas bien tratada, y mejorada. l. Quoties. ff. de verb. oblig. *Commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur, in tuto sit.* Y l. Vbi est. ff. de rebus dubijs. *Semper in dubijs id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta.* Y l. Quoties in action. ff. del mismo tit. y su Glosa, que dize: *Semper debemus taliter intelligere, ut res de qua agitur potius valeat quam pareat.* Vendiendo la dicha casa, se mira mejor por su seguridad, conservacion, valor, y mejoría, y assi se debe hazer.

136. La segunda razon es mas conforme a la mente del testador, que se venda la casa, y de sus rentas se digan las Misas, que el tenerla el P. Vicario de Binondoc, y alquilarla. Assi consta de la clausula del testamento, que dize, que la casa se valde, y por lo que importar su valor se entregue al Conuento de Binondoc, para que de sus rentas se digan las Misas. (Este es el sentido de la clausula, aunque lo puso el Escriuano confusamente.) Donde se debe notar, que no dize, ni indica, que se alquile la casa, ni que de los alquileres se le digan las Misas, sino segun la tasacion de la casa, que es lo mismo que dezir, que de los rentas, que corresponden al valor de la casa, se digan las Misas; que es lo mismo que dezir, que la casa se venda, y su valor quede puesto a censo, o en la misma casa, o en otra finca mejor, si diesen efectivamente el precio, o en algun tiempo redimiere el censo el que la tomare. Por esta razon juzgo, que huviera sido mejor disposicion, y mas conforme a la mente del testador, que desde principio, que se dexò a Binondoc dicha Capellania, se huviera procurado vender, y solamente por falta de comprador se pudiera dar a alquilar: y agora ofreciendose persona a proposito, que la compre, será mala disposicion dexarla de vender. El que la puede vender es el Padre

Vicario de Binondoc, porque es Capellan, y Patron juntamente por clausula del testamento: y en ausencia del P. Vicario puede venderla el P. Presidente, porque tiene plenariamente las veces del Vicario, porque el testador no cometió el Patronazgo al Vicario con intuitu a la persona, sino al oficio, para que nunca faltase alli quien cuidase de la Capellania, y de cobrar los rentas, y dezir las Misas; y estas cosas, que se cometen al oficio con esta atencion, que no falte quien las cuide, pasan al que tiene sus veces en el mismo oficio, como se vé en los negocios, que pertenecen a la potestad del Obispo, que puede despacharlos su Vicario general, o Prouisor, si no le estan especialmente reservados, o piden especial mandato, como consta del Derecho, cap. Licet in officialem de off. Vicar. l. 6. y cap. Qui generaliter de Procur. l. 6.

137. Tercera razon. El numero de Misas, que se huviere de dezir por el alma del fundador, se cumplirá mas bien, sin faltas, quebras, o interrupciones, vendiendo la casa del modo referido, que teniendo la el Conuento, y alquilandola; porque si el Conuento la tiene sin venderla, alquilandola, los reparos, y remiendos, que es fuerza tenga una casa, han de correr por cuenta del Conuento a costa de la misma Capellania, en que es forzoso, que se gaste mucha parte de lo que dieren de alquiler, y avrá año en que se gasten todos los alquileres, o casi todos, en reedificar lo que con el tiempo se menguaba: y assi no estarán tan aseguradas las Misas de esta Capellania; pero vendiendose, corren por cuenta del que la comprare los aderezos, y reparos, desde el dia que se efectua la venta, y quedan los rentas estables, aplicados precisamente a las Misas, y libres de la contingencia de gastarse en reparos de la casa semejante a esta razon es otra, de que vendiendose de el modo referido; siempre están corriendo dos censos sin interrupcion, y cada dia continuamente se gana algo para el estipendio de las Misas: y si no se vendiese, sino se alquilase, aconteceria veces, que no huviese quien la alquilase, como acontece en muchas casas, que se alquilan en Manila, que suelen estar muchos meses vacias sin aver quien las quiera, y cesarian los rentas, y Misas por entonces.

138. Al punto tercero respondo lo primero, que no se le puede baxar cosa alguna del valor en que se tasare graciosamente, a modo de donacion. La razon desto es, porque el Patron no es señor de la Capellania, ni tiene el dominio de la finca, ni de los rentas, sino solamente es como un Procurador, que

que tiene las veces del que la impuso, para cuidar della; y el Procurador, que tiene plena administracion de hacienda agena, no puede hazer donacion graciosa. Assi consta del Derecho, cap. Cum in generali de offic. Vicar. l. 6. *Nec regulariter donare valeat is cui bonorum administratio etiam libera est concessa.* Y alli la Glosa: *Procurator cum libera administratione, & generali potestate non potest dare bona spectantia ad dominium, quia in generali commissione est intelligenda ista clausula, excepta alienatione bonorum nostrorum gratuita.* Y el remitir algo de lo que debia pagar, es donacion, como si de hecho recibiese aquello que se le remite, como dize el Derecho. l. Siquis. ff. de reg. iur. *Siquis obligatione liberatus sit, potest videri capisse.* Y alli la Glosa marginal: *Quia remissio est donatio.*

139. Respondo lo segundo, que por razon del anay, o otras faltas, o incomodidades, que tenga la casa, se le puede baxar de la tasacion todo aquello en que se deteriora la habitacion por dichas calidades, si la tasacion se hizo sin atender a ellas. La razon es, porque la casa por estas causas naturalmente tiene menos valor, y se estima en menos: y assi esto no es baxarle cosa alguna de su valor, sino ajustarle al justo precio, que la posesion con sus calidades merece. Pero si en la tasacion se atendió a dichas calidades, o consta que se advirtieron a los tasadores, no se debe rebaxar cosa alguna de la tasa por esta causa, porque en la misma tasacion se supone ya rebaxado lo que desmerece del precio por dicha causa.

140. Respondo lo tercero, que aviendo persona, que quiera comprar la dicha casa, de quien se tiene entero credito de que la tratara bien, y no la dexará perder, y sin dificultad, o dilaciones acudirá con los rentas, y le pareciere la tasacion subida, y no la quiere comprar si no se le baxa alguna cosa, se le puede baxar. La razon es, porque las cosas no valen mas de aquello en que ay quien las compre. Assi consta del Derecho. l. Siquis vxori. ff. de furtis. *Tanti astimandus est, quanti emptorem potest inuenire.* Y la Glosa in l. Si feryus. ff. de condit. furt. *Res tantum valet, quantum vendi potest.* Y assi lo afirma S. Ant. 2. part. tit. 2. cap. 16. §. 2. Silvest. verb. Emptio. num. 10. Nauarro in man. cap. 23. num. 8. Los cuales asientan, que no aviendo engaño, ni violencia, ni monopolio, sabiendo el comprador, y el vendedor la substancia, y calidades de la cosa, es precio justo aquel en que se convienen ambos. Por todo lo qual juzgo, que al comprador se le debe pedir toda la cantidad en que se tasare la casa, para

que de toda ella se obligue a pagar rentas anuales, sin rebaxarle cosa alguna por causa de que quiere labrar en ella, y mejorarla; porque en las mejoras mejorara su hacienda, y atenderá a su utilidad, pues será ya suya la casa, y por mucho que la mejore, no se han de aumentar los rentas de la Capellania, aunque es verdad, que cederá en alguna manera en bien de la Capellania, porque assi se asegura mas su duracion. Pero si se hallare, que no la quiere comprar por la tasacion, y no se espera en breue otra persona de credito, que la compre, se le pueden baxar, aunque sean ciento, o docientos pesos de la tasacion: porque en tal caso esse es su justo precio por la razon dicha, y por falta de mas compradores; porque tambien la falta de compradores disminuye el precio de las cosas, como dize Cayetano. 2. 2. q. 77. art. 1. §. simpliciter. y Serra. ibid. y es comun. Y aunque aya otros compradores de quien se presume, que no tratarán tan bien la finca, o no la mejorarán, o no pagarán puntualmente sus rentas, se ha de hazer cuenta; que no ay más de aquel, o aquellos de quien ay el entero credito, y satisfacion dicha; porque compradores incompetentes se reputan por no avidos.

## CONSULTA XXVII.

*Sobre si la limosna de las Misas de una Capellania se pueda tasar segun el arancel del Obispado, o necesariamente aya de ser segun la disposicion del fundador? Y si la Misa aplicada por la intencion de una Capellania, se pueda tambien aplicar por la intencion de otra, aviendole auido mucha rebaxa en su censo?*

## PROPOSTA.

VN Beneficiado mandò en su testamento, que su casa se entrégasse al sucesor de su Beneficio, con obligacion de que de todos los bienes dixese una Misa al Santo Christo de aquella Iglesia, cantada, o rezada, con numero razonable de candelas, aplicada por el alma de dicho testador. Y en caso que el Beneficiado no diga dichas Misas, haze donacion de la casa al Conuento de N. para que la reciban con la misma obligacion de una Misa cada Viernes. El Beneficiado, que le sucedió, no quiso la casa con tanta carga de Misas, y recibióla el Conuento de N. Duda se, si dicho Conuento tiene obligacion de dezir tantas Misas con tan poca limosna, o podrá dezirlas aplicando a cada Misa la limosna segun el arancel deste Arzobispado? La casa se

se vendió en 700. pesos, que montan sus reditos 35. pesos cada año. Dudase tambien, si por quanto la Capellania de vna Missa cantada cada Viernes, que se ha celebrado, y celebra indefectiblemente todos los Viernes, segun lo dispusieron los fundadores, además de no ser la limosna segun el arancel, sino mucho menos, tiene oy en dia de rebaxa 750. pesos de principal, que son de reditos cada año 37. pesos, y quatro reales: si podrá el Ordinario aplicar estos 700. pesos del Beneficiado a esta Missa, que se canta los Viernes, en satisfacion de los 750. pesos, que tiene de rebaxa dicha Missa, y que con ella se cumpla con los fundadores, y con el Beneficiado, que manda se digan los Viernes? Y si no tiene hechura esto, si podrá el Ordinario mandar, que las Missas del Beneficiado se digan en otro dia, porque de ordinario es vno solo el que assiste en dicho Conuento, y ha de cantar la Missa, como siempre, de la Capellania de la Esclautud del Santo Christo?

## PARECER XXVIII.

141. **P**ara responder con claridad a la primera pregunta, que se propone, se ha de advertir, que el Sacro Concilio de Trento, Ses. 25. de reform. cap. 4. decretò, que en las Iglesias donde huviesse obligaciones de dezir mucho numero de Missas, que no se pudiesen cumplir; ò quando la limosna fuesse tan corta, que no se hallasse facilmente quien se quisiera encargar de dezirlas: que en casos semejantes, el Obispo en el Synodo, y los Generales de las Religiones en sus Capítulos Generales, reduxessen las Missas a menor numero, atendiendo a lo que mas conduxere al honor de Dios, y culto Diuino, y utilidad, y necesidad de la Iglesia, y disponiendolo de fuerte, que siempre se haga memoria de los difuntos, que dexaron por sus almas algun legado. Acerca de este Decreto avia opiniones entre los Doctores, si esta potestad, y licencia, que el Sacro Concilio concedió a los Obispos, y Generales de las Ordenes, se entendia solamente para arbitrar, y reducir a menor numero las Missas, que estuviesen impuestas antes del Concilio; ò si siempre tenian dicha facultad para reducirse a menor numero las Missas impuestas antes, ò despues del Concilio, aviendo las mismas causas para dicha reduccion. Y era sentencia de graues Doctores, que siempre perseveraba dicha facultad, para reducir a menor numero las Missas impuestas antes, ò despues de el Concilio, y en qualquiera tiempo que se impusiesen, como aya necesidad, y causa pa-

ra dicha reduccion; porque el Sagrado Concilio no distingue de tiempos en que huviesen impuesto las Capellanias, ò dexado los legados con carga, y obligacion de Missas, sino absolutamente concede la dicha facultad, sin limitacion, ni restricción, ni distincion de tiempos. I. De pretio. ff. de publiciana, con su Glosa: *Vbi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* Pero considerando la Sacra Congregacion de Cardenales Interpretes de el Sacro Concilio de Trento, y la Santidad de Urbano VIII. que de dicho Decreto toman ocasion alguna para obligarse a mas Missas de las que pueden celebrar, recibiendo los estipendios, y legados contra justicia, ò para recibir estipendios muy cortos, y desiguales a la carga de Missas a que por ellos se obligaban, viendose despues necesitados a recibir otras cargas de Missas, y todo esto lo hazian con la esperança de que por el dicho Decreto del Concilio les reducirian los Superiores a numero menor dichas Missas: para obviar este inconveniente decretò la Sacra Congregacion, que no tienen autoridad los Obispos, ni los Generales de las Religiones para reducir las Missas impuestas despues del Concilio, ni las impuestas en la fundacion. *Districte prohibet atque interdicit, ne Episcopi in Dioecesana Synodo, aut Generales in Capitulis Generalibus, vel alias quoquo modo reducant onera Missarum celebrandarum, aut post idem Concilium imposta, aut in limine fundationis.* Luego manda, que para reducir, moderar, ò commutar dichas Missas se recurra a la Sede Apostolica, y que qualquiera reduccion, ò moderacion hecha en otra forma, sea de ningun valor. Consultada despues la misma Sacra Congregación, que si el legado es tan corto respecto del numero de Missas, que no aya quien quiera estar sujeto a tanta carga por tan corto estipendio, y si se quisiera recurrir por la reduccion a la Sede Apostolica, el costo deste recurso avia de salir del legado, y en esto se consumiria todo: y responde la Sacra Congregacion, que no obstante se ha de recurrir para esta reduccion a la Sede Apostolica, que graciosamente, y sin costas determinará lo que conviniere. Parece, que aviendo esta determinacion con tanto rigor, no puede reducirse a menos el numero de Missas, que el Beneficiado dexò determinado en la fundacion de dicha Capellania: ni en esta tierra ay potestad para hazer dicha reduccion, sino que es necesario recurrir a la Sede Apostolica; y entre tanto que no se recurre allá, ay obligacion precisa de dezir todas las Missas, que determinò el fundador, que se le dixessen.

De

142. Determina tambien alli la misma Sacra Congregacion, que los que reciben limosnas, ò estipendios para Missas, están obligados a dezir todo el numero de Missas, que fue determinado, y assignado por las limosnas que les dieron, y que no satisfacen diciendo menos, y están obligados a restitucion. Y consultada la Sacra Congregacion, si el numero de Missas se ha de determinar segun la tassacion del Ordinario, ò segun la voluntad de los que dán la limosna: respondió, que por pequeña que sea la limosna, se ha de dezir el numero de Missas, que piden, y señalan los que dán la limosna. Está tan riguroso en esta parte el dicho Decreto, y sus declaraciones, que parece no aver lugar de rebaxar Missa alguna del numero, que mandò dezir el que fundò la Capellania, y dexò el legado, ò estipendio para tantas Missas; sino que es forzoso dezirle todas las que pidió, aunque el estipendio sea cortissimo, è improporcionado.

143. Aunque la Sacra Congregacion con tanto rigor prohibe la reduccion de las Missas a menor numero, y reserva la facultad de reducirlas a la Sede Apostolica, y manda, que por corta que sea la limosna, ò estipendio, que se diere por cada Missa, no se pueda recibir mas estipendio por la misma Missa: con todo esto no han faltado Autores, que hallan camino para sin contravenir a dicho Decreto reducir las Missas a menor numero, quando no se dexa la limosna conforme al arancel comun designado por el Ordinario, ò recibido por costumbre en la Diocesi. La razon en que se fundan, es, porque aquel es justo estipendio de la Missa, que en cada Obispado, ò Ciudad está establecido por el Obispo, ò por costumbre legitima: de tal fuerte, que estando determinado por autoridad del Superior legitimo, ò por costumbre legitima, tanto estipendio para cada Missa, no tienen los Sacerdotes justo titulo para pedir mayor estipendio por la Missa; ni los que piden que se les aplique la Missa, tienen justo titulo para dar menor estipendio. Assi lo afirman Soto, de iust. lib. 9. q. 6. art. 1. Suarez, de Sacram. disp. 86. sect. 2. Gutierr. qq. Can. lib. 1. cap. 29. Y es comun de todos los Doctores, que han escrito desta materia, como dize Machado, to. 2. lib. 4. part. 1. tra. 12. doc. 8. Y la razon lo convence; porque de la misma fuerte, que quando por la justicia legal está puesto, y tassado precio a las cosas, no ay titulo justo para pedir mas, ni dar menos por ellas, y lo que se lleva mas, ò dá menos sin consentimiento libre, y espontaneo de la parte, se debe restituir, porque en ello se excede, ò falta al justo precio, aunque las personas que com-

pran, ò venden sean exemptas de la jurisdiccion laycal: porque en tal caso la obligacion que tiene el Eclesiastico, y exempto, de ajustarle, y conformarse al precio puesto por la potestad laycal, no nace inmediatamente de sujecion a la potestad laycal, ni de que el Magistrado lego tenga jurisdiccion sobre el Eclesiastico; sino de que en la Republica aquel es precio justo de cada cosa, que está tassado por la potestad publica. Y como no le es licito al Eclesiastico comprar por menos del justo precio, ni vender por precio mas excessiuo, que el justo, porque seria faltar a la justicia commutativa, y a la razon natural, y a las leyes de la misma naturaleza, que piden que aya igualdad en las compras, y ventas, y commutaciones entre los miembros de la misma Republica: de la misma forma quando el estipendio de las Missas está puesto por el Ordinario, no es licito llevar, ni dar menos sin consentimiento de la parte, aunque los Sacerdotes sean Religiosos exceptos de la jurisdiccion del Ordinario; porque el estipendio tassado por el Ordinario, es el que se debe reputar comunmente por justo en toda su Diocesi: y llevar mas, ò dar menos, será contra justicia commutativa, porque será exceder, ò faltar al justo estipendio.

144. Por lo qual el Capellan a quien dán el estipendio de las Missas, mas corto de lo que está tassado en aquella Prouincia, no haze injusticia en aplicar por cada Missa el estipendio tassado por legitima autoridad, pues no excede del justo estipendio: antes guarda puntualmente la igualdad, que pide su justicia commutativa. Y de la misma fuerte, si recurrieren a la autoridad publica de el Ordinario a pedir, que se imponga alguna Capellania en forma, como bienes Eclesiasticos, no hará el Ordinario agraviado en mandar, que se ajuste el estipendio de las Missas al arancel comun: antes lo debe hazer assi, para que se guarde igualdad, y justicia entre el Capellan, y el que impone la Capellania, assignando el estipendio, que comunmente se tiene por justo. Y sin duda alguna, que seria inutil la tassacion del Ordinario en los estipendios de las Missas, si cada particular pudiera poner el estipendio que le pareciere, y no tuviera autoridad el Prelado de la Diocesi para mandar, que se ajuste al arancel, y ajustarlo, reduciendo el numero de Missas a las que corresponden a los reditos de la Capellania, segun la tassacion, y arancel comun.

145. Confirmase esta razon: A los Sacerdotes no es licito obligar a que les den por cada Missa mayor estipendio del tassado por el Ordinario, porque seria injusticia que-

rer

ter exceder del justo estipendio, y consiguié-  
temente pudiera el que mandó dezir la Mis-  
sa, hazerle pago de lo que le llevaron más del  
justo estipendio contra su voluntad. Luego  
por la misma razón no es lícito al que manda  
dezir la Misa querer obligar, que se la apli-  
quen por menor estipendio, que el justo, y  
podrá el Capellan conservarse indemne; di-  
ziendo solamente el numero de Misas, que  
corresponde al estipendio justo.

146. A la determinacion de la Sacra  
Congregacion responden estos Autores de  
dos modos. El primero, que en dicho De-  
creto se prohibe reducir a menor numero  
las Misas, por dispensacion, ó por commuta-  
cion, para lo qual se requiere autoridad de  
Superior, y esta se reserva a la Sede Apostoli-  
ca, de tal suerte, que ningun otro Superior  
tiene autoridad, ó potestad para hazer esta  
reduccion autoritativa, como dispensando, ó  
commutando; pero no prohibe la reduccion  
de las Misas a menor numero, por atencion  
a la justicia commutativa, è igualdad: porque  
para la reduccion por esta via, no se requiere  
autoridad de Superior alguno, que cada par-  
ticular se puede conservar indemne en los  
contratos, y obligaciones, que contrae con  
otro, llevando el estipendio que merece su  
obra, y que està tassado por la publica potes-  
tad; porque no es commutar la voluntad del  
testador, ó del que impuso la Capellania, ni  
es dispensar, sino guardar el medio, è igual-  
dad, que pide la justicia commutativa: y que  
esta sea la mente, è intencion del dicho De-  
creto, consta, porque el Sacro Concilio de  
Trento concedió a los Obispos, y Generales  
de las Religiones, potestad para reducir las  
Misas a menor numero, no solamente quan-  
do la limosna fuere tan corta, que no huvie-  
se quien se quisiese encargar dellas por tan  
poca utilidad; sino tambien quando la limos-  
na fuere suficiente, si el numero fuere tan  
grande, que la Iglesia, ó Comunidad no pu-  
diere dezir cada dia tantas Misas. Y dispuso  
tambien el Concilio, que en la reduccion de  
las Misas a menor numero se dispusiese, que  
siempre se hiziese commemoracion de los  
difuntos, que dexaron legados pios para di-  
chas Misas. Para todo esto se requiere po-  
testad de dispensar, y commutar ultimas vo-  
luntades, que solamente reside en el summo  
Pontifice. Y esto concedió el Sacro Conci-  
lio a los Obispos, y Generales de las Religio-  
nes: y la Sacra Congregacion de Cardenales  
Interpretes del Concilio declaró, que la con-  
cessión del Concilio solamente se entiende  
de las Misas, que ya estauan impuestas antes  
del Concilio de Trento; y que de las que se

han impuesto despues de dicho Concilio, so-  
lo el summo Pontifice puede reducir las a  
menor numero, y ninguno otro tiene tal po-  
testad. Por lo qual se presume, que el intento  
de la Sacra Congregacion no fue quitar el  
derecho, que la misma naturaleza concede a  
todos de conservarse indemnes en sus pac-  
tos, y que se les guarde igualdad, y se les dé  
enteramente el estipendio, que justamente  
està tassado por la justicia a su obra; sino el  
intento fue declarar, que potestad autoritati-  
va de reducir las Misas a menor numero, ya  
solamente reside en la Sede Apostolica, y  
prohibe, que otro alguno use tal potestad.

147. El modo segun do de responder a  
dicho Decreto, es, que quando la Sacra Con-  
gregacion determina, que el Sacerdote diga  
tantas Misas como estipendios recibió, aun-  
que fueren muy cortos, y desproporciona-  
dos, como si le dan 20. reales para que diga, y  
aplique 20. Misas, tiene obligacion precisa-  
mente de dezir 20. Misas, y no cumple su  
obligacion diciendo menos, y està obligado  
a restituir: se entiende quando el Sacerdote  
expresamente se obligó de su voluntad, sin  
obligarle la necesidad, ni otra causa a dezir  
tantas Misas por estipendio mas corto, que  
el tassado por el Ordinario; que en tal caso  
cedió de su derecho, y fue vna donacion es-  
pontanea, que hizo de la parte, que faltava al  
justo estipendio, y quedó obligado a todo el  
numero de Misas, como si huviera recibido  
el estipendio justo de todas: porque el inten-  
to de la Sacra Congregacion, no fue quitar la  
tassacion de los estipendios, que pone el Or-  
dinario, ni querer que los tassén a su volun-  
tad todos los particulares, que mandan dezir  
las Misas, ni que a los Sacerdotes les quiten,  
ò defrauden parte del justo estipendio, que  
les està señalado; sino que los Sacerdotes  
guarden los pactos, diciendo enteramente  
las Misas a que se obligaron. Cap. Antigonus  
de pactis: *Pacta custodiantur.* Y cap. Quali-  
teter: *Ea quæ promittuntur opere compleantur.*  
Esta sentència, que antes del Decreto de la  
Sacra Congregacion de Cardenales era la  
mas comun, como afirman Miranda, tom. 1.  
q. 41. art. 22. concl. 22. y Nuño, q. 82. art. 1.  
dub. 9. y Prado de Euchar. q. 81. dub. 13.  
num. 14. Despues de dicho Decreto la de-  
fenden Peirines, tom. 1. in addit. ad caput 1.  
num. 26. Dicastello, disp. 4. dub. 19. num. 35.  
Batini, q. 12. Lugo, lib. 5. de Sacram. cap. 12.  
q. 9. num. 97. Vidal, in Area. Theolog. Mor-  
tit. de iust. Inquisit. 2. Bordonus, tom. 1. Var.  
ref. 25. q. 26. Raphaël de Aversa, q. 1. sect. 17.  
Donde dize, que si a vn Sacerdote le piden,  
que diga diez Misas, y le dan la limosna sin

con-

contar, y el Sacerdote dize, que las dirá, y des-  
pues halla, que no corresponde a cada Misa  
el estipendio justo segun la tassacion del Or-  
dinario: puede usarandole a la dicha tassacion,  
dezir menos Misas. Lo mismo dize Alfonso  
de Leon, q. 8. sect. 4. y Fraxineio, sect. 4.  
concl. 1. §. 2. y Hurtado, to. 1. ref. mor. tract. 2.  
num. 81. Donde dize, que el Capellan està  
obligado a dezir todas las Misas, que mandò  
el fundador de la Capellania, y no las puede  
reducir a menor numero, si dexò suficiente  
estipendio, y este persevera, y no se ha varia-  
do con el tiempo: de donde claramente dá  
a entender, que si el estipendio, que dexò el  
fundador, no equiuaile a tanto numero de  
Misas, puede el Capellan reducir las a me-  
nor numero.

148. No obstante la autoridad de tantos  
Doctores, y los fundamentos referidos, tengo  
por cierto, que aviendo expresado el funda-  
dor de la Capellania el numero de Misas,  
que manda se le digan, constandole de la  
cortedad del estipendio, que corresponde a  
cada vna, no puede el Capellan reducir las a  
numero menor. La razon desto es, porque  
el dicho Decreto de la Sacra Congregacion  
de Cardenales, que por estar decretado, con-  
sultada la Santidad de Urbano VIII. y man-  
dado publicar con su autoridad, tiene vigor  
de Bula Pontificia, està clarissimo en esta  
parte: dize expresamente, que aunque los es-  
tipendios sean muy cortos, è insuficientes, es-  
tà el Sacerdote, que los recibe, obligado a dezir  
tantas Misas como estipendios; y si dize  
menos, no cumple con su obligacion, y està  
obligado a restituir. Y despues consultada la  
misma Sacra Congregacion, de si el numero  
de Misas avia de corresponder a la tassacion  
de los estipendios, que haze el Ordinario, ò  
segun los tassá el que pide las Misas: respon-  
de, que el numero de Misas ha de ser el que  
pide el que dá la limosna, y el estipendio de  
cada Misa, el que señala el que lo dá, aunque  
sea muy corto, è insuficiente, y no el señalado  
por el Ordinario. Y añade, que solamente  
quando el que pide las Misas no señala el  
numero, que le han de dezir, se han de dezir  
las que corresponden a los estipendios tassados  
por el Ordinario. Está tan clara esta de-  
terminacion, que evidentemente le haze vio-  
lencia dezir, que por ser cortos los estipen-  
dios, puede el Capellan reducir a menor nu-  
mero las Misas; ò sea por via de igualdad al  
estipendio justo, porque la Sede Apostolica,  
que es sobre todos los Ordinarios, pone en  
esta materia la igualdad en que se digan tan-  
tas Misas como estipendio dá el que las pi-  
de, aunque sean muy tenues, y si al Sacerdo-

te le parecieren tenues, escusese de dezir las  
Misas, y no los reciba; ò sea por no averle  
expresamente obligado a dezir tantas Misas,  
porque si entendiò el numero de Misas,  
que le pedian, y los cortos estipendios, que le  
dauan, y no obstante los recibió, con bastan-  
te expresion, y claridad aceptó la obligacion  
del numero de Misas, que le pedian, porque  
quien recibe la utilidad, y commodo, que ex-  
presamente se dá por alguna carga, por el  
mismo caso acepta la carga, y obligacion ane-  
xa. I. Secundum ff. de reg. iur. *Secundum natu-  
ram est commoda cuiusque rei eum sequi quem  
sequuntur in commoda.* Y quando recibir los  
estipendios del que pide tantas Misas, no  
fuele obligarle expresamente a ellas, no se  
puede negar, que tacitamente aceptó la obli-  
gacion, que le encargan, recibiendo la limos-  
na; y de la misma fuerte obliga el pacto taci-  
to, que el expreso. I. Cum quid. ff. de rebus  
creditis. *Quod agitur tacite pro expreso habe-  
tur.* Y alli la Glossa: *Vbi aliquid venit ex na-  
tura contractus presumi illud tacite agi, & non  
sit opus expressione.* Y en dicho Decreto està  
determinado por la Sede Apostolica, que pa-  
ra quedar obligado a todo el numero de  
Misas, que se pide, basta aver recibido el es-  
tipendio, aunque sea corto, è insuficiente. Y al-  
gunos de los Autores citados en favor de di-  
cha opinion, no hablan en caso que el funda-  
dor de la Capellania manda dezir expresa-  
mente tantas Misas por estipendio mas cor-  
to, que el señalado por el Ordinario; sino en  
caso, que señaló por cada Misa el estipendio  
puesto por el Ordinario, y despues se dismi-  
nuyeron los reditos sin culpa del Capellan; ò  
el Ordinario subió los estipendios de las Misas,  
al passo que se vayan subiendo los precios  
de todas las cosas. En tal caso dicen estos Au-  
tores, que puede el Capellan rebaxar el nu-  
mero de Misas, para que a cada vna le cor-  
responda enteramente el estipendio tassado  
por el Ordinario. Y en estos casos tengo a  
esta opinion por verdadera, y mucho mas  
probable, que la contraria; porque el que en  
la fundacion de la Capellania señaló por es-  
tipendio de cada Misa el que està tassado por  
el Ordinario, bastantemente dió a entender,  
que su intencion fue ajustarse al arancel, y  
que si se disminuyeren, ò se aumentaren los  
frutos de la Capellania, se disminuya, ò au-  
mente el numero de Misas, de suerte, que a  
cada vna corresponda el estipendio tassado  
por el arancel; y assi puede el mismo Cape-  
llan, sin recurrir a la Sede Apostolica, ni al  
Ordinario, rebaxar en la forma dicha el nu-  
mero de Misas, porque esta es voluntad del  
testador, y no es contra lo dispuesto en el



Decreto referido arriba de *celebratione Missarum*: antes es muy conforme a él; porque dicho Decreto vá atendiendo a que se cumpla en todo la voluntad de los que dexaron Capellanias, ó legados para Missas. De la misma fuerte quando dexa el testador los estipendios mas cortos de lo tassado; pero señala numero determinado de Missas, por tal limosna determinada: como si dexa 100. pesos de renta para 100. Missas en cada año, si se disminuyen los reditos, al mismo passo puede el mismo Capellan rebaxar las Missas, como si los reditos se baxan a 60. pesos, no debe dezir más de 60. Missas; porque se presume, que la voluntad del testador fue señalar vn peso por limosna de cada Missa. Pero si determina numero de Missas, y corresponde a cada vna mas pingue estipendio, que el tassado por el Ordinario, si despues se disminuyen los reditos, no se ha de baxar el numero de Missas de tal fuerte, que les corresponda tan pingue estipendio como al principio, si no lo explicó assi el testador; sino basta, que se disminuya el numero de las Missas de modo, que a cada vna corresponda el estipendio tassado por el Ordinario: porque se presume, que el testador dexó tan pingue estipendio, para que en caso que se disminuyan los reditos, quede todavía integro su numero de Missas con la limosna tassada por el Ordinario.

149. En el caso que se pregunta, consta, que el testador que dexó este legado, pidió que cada Viernes se le diga Missa: conociendo, que el estipendio que dexaba era muy corto para tantas Missas, no obstante mandó, que se le dixessen; y que si por ser corto el estipendio, no quisiese el Cura de Quiapo obligarse a tantas Missas, passasse la Capellania a S. Juan del Monte, con la misma carga, y obligacion. No puede el Capellan rebaxar las dichas Missas, porque con toda claridad, y expressión prohibe el dicho Decreto la rebaxa en semejantes casos, y reserva la potestad de hazerla a la Sede Apostolica. *Pro his omnibus reducendis, aut moderandis ad Apostolicam Sedem recurratur alioquin reductiones, & moderaciones huiusmodi siquis contra huius prohibitionis formam fieri contigerit omnino nullas, atque inanes decernit.* Y despues consultada la misma Sacra Congregacion, si quando el legado es tan corto, que en las costas de el recurso a la Sede Apostolica se gastaria todo, se podrá reducir a menor numero sin dicho recurso: respondió, que siempre se ha de recurrir a la Sede Apostolica, por tenue que sea el legado. *Et si legatum sit adeo tenue, nihilominus pro reductione oneris impositi, ab ijs, ad*

*quos pertinet, Sedem Apostolicam esse adendum.*

150. Por estas razones juzgo, que en el caso propuesto no puede el Capellan por su autoridad rebaxar el numero de Missas, que mandó dezir el testador, pues no están disminuidos los estipendios que les señaló, y consta claramente, que fue su voluntad, que por aquel corto estipendio se le dixessen las Missas: y en caso desta calidad está reservada la reduccion de las Missas a la Sede Apostolica. en dicho Decreto, con tanta claridad, que no se puede dudar de dicha reduccion. La qual no obstante, puede el señor Arçobispo rebaxar el dicho numero de Missas, y reducirlo a las que corresponde el estipendio segun la tassacion, y costumbre desta tierra, que es a razon de 20. reales la limosna de cada Missa de Capellania perpetua. La primera razon desto es, porque el estipendio señalado por el testador es muy corto, pues no llega a la tercera parte del estipendio justo señalado por el Ordinario a las Missas de Capellanias perpetuas; y assi es cosa cierta, que segun esta razon, y justicia se debe rebaxar el numero de las Missas: y esto prueba clarissimamente la razon, que se traxo arriba por la opinion, que alli se refirió, y no se aprobó, y esto afirman comunmente los Doctores: y el Decreto referido no prohibe, ni resiste a la reduccion de las Missas en estos casos, antes dá a entender con claridad, que se debe hazer; pero reserva la autoridad de hazerla a la Sede Apostolica. *Pro his reducendis, aut moderandis ad Sedem Apostolicam recurratur, que re diligenter perspecta id statuet, quod magis in domino expedire arbitrabitur.* Supuesta, pues, la desigualdad de dicho estipendio, que está pidiendo reduccion, y el recurso a la Sede Apostolica, es difficilissimo por la distancia de mas de cinco mil leguas, puede el señor Arçobispo rebaxar dichas Missas segun la sentencia comun de los Doctores, que afirman, que en los casos que necessitan de recurso a la Sede Apostolica, siendo este de grande dificultad, que es como moralmente imposible, puede el Obispo en tal caso hazer lo que haria el summo Pontifice, dispensando, ó moderando, ó absolviendo. Assi lo afirman Nauarro in summa, cap. 22. num. 85. y 86. Silvest. verb. Dispensatio. q. 9. §. 15. Man. Rodr. in expos. Bullae Cruc. §. 13. num. 6. Vega, lib. 1. casu 232. & lib. 6. casu 143. Spino de testam. Glos. 15. num. 86. Henriq. lib. 6. cap. 9. & 10. & 16. & lib. 11. de matr. cap. 3. y otros muchos. Y está en comun practica aun en los casos, que con tanto rigor reservó Sixto V. expressando, que si no es en artículo de muerte, no pudiesse absol-

absolver otro, que el Romano Pontifice, ni por la Bula, ni por la facultad, que el Concilio Tridentino dá a los Obispos para los casos ocultos. *Ses. 24. cap. 6.* Es comun sentencia, que siendo la distancia mucha, ó aviendo otro legitimo impedimento, puede absolver el Obispo, y en los impedimentos del matrimonio dispensa, quando la necesidad es urgente, y se figuen inevitables inconvenientes de aguardar la dispensacion de Roma. En el caso propuesto, el recurso a la Sede Apostolica es difficilissimo, por la mucha distancia, y por no aver parte, que se encargue de diligenciarlo, y vencer las dificultades, que en esta distancia se ofrecen. y es forçoso, que en estas diligencias aya gastos, los quales no quiere que se hagan la Sacra Congregacion, que reservó esta reduccion a la Sede Apostolica, como consta de su respuesta a la duda primera, que se le propuso; por lo qual se ha de entender, que no pretende, que se haga este recurso, quando la mucha distancia pide necessariamente gastos.

151. Segunda razon: Qualquiera respuesta, que en estas Islas se espera de Roma, se tarda cinco, ó seis años de ordinario, y a vezes mas, aunque aya Procurador que las solicite; como se vé en las confirmaciones de elecciones de Prouinciales, y aprobacion de las Actas, que hazen en sus Capítulos, que se piden al Reuerendissimo Padre General. Por lo qual si la reduccion de las Missas desta Capellania se remitiera a la Sede Apostolica, se avia de suspender en interim el dezir las Missas, con detrimento grande del alma del difunto, que careceria por tantos años destes sufragios, y contra Derecho, que no permite dilacion en el cumplimiento de la vltima voluntad del testador. *Cap. Religiosus de testam. In. 6. Ne voluntatem testatoris impediri, vel nimium defferri contingat.* Y cap. Nos quidem. del mismo tit. se manda, que dentro de vn año los Albazeas cumplan todo lo que dexó dispuesto el testador; y si no, sean priuados del oficio. *Eam commoneas quatenus infra annum Monasterium, quod in sum est debeat ordinare, & cuncta secundum voluntatem defuncti, sine altercatione construere, qua si infra predictum tempus implere neglexerit tunc perire adificetur.* A la dilacion del recurso a la Sede Apostolica resiste en este caso el Derecho Canonico; y assi se debe recurrir por la reduccion de las Missas al señor Arçobispo, y está mejor al difunto, que dexó este legado, que su Ilustrissima modere el numero de las Missas, y las ponga en el justo estipendio, y se imponga la Capellania desde luego, y se digan las Missas, y no esperar muchos años,

con peligro de que en el interim se destruya la finca, y despues de tanta dilacion es infalible, que vendrá el numero de Missas reducido al justo estipendio, que corre en esta tierra.

152. Tercera razon: El recurso a la Sede Apostolica para la reduccion de las Missas, y reservacion para que ningun otro Prelado la pueda hazer, se estableció en favor de las Capellanias, y legados pios, que se dexan para Missas, para que se dé entero cumplimiento a la justa voluntad de los testadores, y se hagan los sufragios, que piden los fieles, como consta de la narratiua del dicho Decreto en el caso presente. Si se huviera de recurrir a la Sede Apostolica, teria el dicho recurso en daño de la Capellania, y legado: y assi lo que se estableció en favor, se retorceria en detrimento del mismo legado; porque demás de la dilacion de muchos años en que el difunto no gozaria los sufragios de su legado, seria contingente, que quando viniesse la resolucion de Roma, ya se huviesse destruido la Capellania, por los terremotos ordinarios en esta tierra, y por estar fundada en vna casa no muy fuerte: y será mas verisimil, que por no aver quien solicite esta reduccion en Roma (pues ni ay ya parientes, ni Albazea del testador, y el Capellan por tan poca utilidad no quiere ponerse en este cuydado, trabajo, y costo) se irá quedando assi, sin imponerse la Capellania, hasta echarse en olvido, y perderse. Y está expreso en el Derecho, que lo establecido en favor de alguna obra, si por algun camino en alguna ocasion fuessse dañoso a la misma obra, no se debe poner en execucion *Reg. 61. de reg. iur. In. 6. Quod ob gratiam alicuius conceditur non est in eius dispendium retorquendum.* Y l. Nulla. ff. de legib. *Nulla inuis ratio patitur, ut qua salubriter pro hominum utilitate introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus.* Y alli se suma esta ley: *Illud quod est in fauorem, non retorquetur in odium.* En este caso la reduccion a menor numero de Missas se debe hazer, porque el estipendio es muy desigual, y lexos del tassado por autoridad publica: el recurso a la Sede Apostolica cede en detrimento de la obra, por la demasiada distancia; y assi en este caso se debe pedir la rebaxa a su Ilustrissima.

153. Cuarta razon: En las obligaciones que pone el Derecho, y Decretos Pontificios, siempre se entienda esta excepcion: que en ocurriendo causa, que haga peligrosa la execucion, ó se halle en algun caso algun especial inconveniente, ó impedimento para la execucion, escusa de ella el Derecho. Assi

confita cap De cætero, de sent. excom. donde se determina, que el que por aver puesto manos violentas en persona Eclesiastica está excomulgado, cuya absolucion está reservada al summo Pontifice; si tiene enemidades capitales, ò otras justas causas, que razonablemente le escusen del camino, lo absuelva el Obispo. No se puede negar, que la grandissima distancia de Filipinas a Roma, y las demás causas ya referidas, escusan razonabilissimamente el dicho recurso a Roma; y consiguientemente su Ilustrissima es a quien toca la dicha reduccion.

154. Quinta razon: Por Derecho, y diversos Decretos Pontificios está prohibida la enagenacion de bienes raizes, ò muebles preciosos de las Iglesias, Monasterios, y Lugares pios, sin ciertas solemnidades. Especialmente Urbano VIII. dispone entre otras cosas, que preceda licencia del Prelado superior del que haze la enagenacion, y de la Sacra Congregacion de Cardenales Interpretes del Concilio de Trêto: y en la *extr. in ambitiose de rebus Ecclæs.* se prohibe la dicha enagenacion, sin consultarla primero con el summo Pontifice; y no obstante esto, en España se hazen las enagenaciones de dichos bienes sin consulta del summo Pontifice, y sin licencia de la Sacra Congregacion, y sin licencia del Reverendissimo General, por la distancia que ay de España a Roma, como afirma Martinez de Prado de Euchar. in q. 83. dub. 14. num. 19. y Geronimo Garcia in Polit. Ecclæs. tract. 12. dif. 1. dub. 3. y otros. Mucho menos se requiere en las Prouincias de Indias dicho recurso: y assi vemos puesto en practica en todas las Iglesias, Religiones, y Lugares pios, que constando, que la enagenacion conduce a la vtilidad de la Iglesia, y concurriendo las demás solemnidades, el assenso de la mayor parte de la Comunidad, y licencia del Provincial, se haze la enagenacion, sin aguardar consentimiento del Papa, ni del General, ni de la Sacra Congregacion; porque si la distancia de España a Roma basta para excusar el pedir dichas licencias, por mayor razon la distancia incomparablemente mayor de Filipinas a Roma: y por la misma razon no obliga el recurso a Roma, para la reduccion de las Missas. Añade a esta razon muchissima fuerza la practica introducida en España, de que dá fe Prado de Euchar. in q. 83. dub. 13. num. 28. Dize, que vido a grauissimos Obispos reducir a menor numero las Missas por si mismos, sin recurrir a la Sede Apostolica, sin hazer de esto escrupulo alguno.

155. Por dichas razones tengo por co-

la segurissima en conciencia, que el Ilustrissimo señor Arçobispo rebaxe las Missas de dicha Capellania, de fuerte, que queden conforme al estipendio, que señala el arancel de esta Metropoli. Y todas las demás Capellanias, que se impusieron con estipendio menor del que dispone el arancel, será convenientissimo, que su Ilustrissima las reduzga a menor numero, y que se entienda, que determinar qual sea el justo estipendio de las Missas, toca a su Ilustrissima, y no a cada particular: y que la desigualdad, que huviere en las imposiciones de Capellanias, se ha de reducir a lo que está reputado por justo estipendio; excepto si en las letras de la fundacion se ponga alguna causa razonable, por la qual se obligaron los Capellanes a dezirlas por estipendio menor, que entonces se debe dexar assi, como si en algun caso el fundador dexasse por cada Missa mayor estipendio, que el tassado; porque *scienti, & consentienti non fit iniuria.* de reg. iur. in. 6. reg. 27. Y en tales casos especiales suele aver recompensa, ò igualdad por otros beneficios, y conveniencias de las partes. Y de la misma fuerte puede su Ilustrissima rebaxar a menor numero las Missas, que se mandan dezir, y no dexan la limosna consueta, y tassada por el Ordinario: como si las Missas, que en todo rigor son de testamento, mandasse el testador, que se dé la limosna a menos de seis reales; ò si por las Missas ordinarias dieseln de limosna menos de quatro reales, que es lo tassado: exceptuando siempre quando hubo pacto libre entre el que dió la limosna, y el que la recibió; y puede su Ilustrissima determinar, que dicha rebaxa corra desde el dia, que el Conuento empezó a llevar los redditos de dicha Capellania: de fuerte, que por todos los que ha llevado hasta aora, y recibiere en adelante, tenga obligacion de aplicar las Missas, que corresponden, a razon de a 20. reales la limosna de cada vna; porque la misma razon corre de las Missas debidas, ò dichas, por los redditos ya percibidos, que de los que han de ir percibiendo en adelante. Afirma Martinez de Prado, de Sacrific. Miss. q. 83. dub. 14. num. 32. por cosa cierta, que si vn Capellan sin recurrir a la Sede Apostolica, ni al Ordinario, por su autoridad propria huviere rebaxado las Missas a menor numero, tassandolas conforme al arancel; aunque pecaria, porque hazer esta rebaxa está reservado a potestad superior, pero que no estaria obligado a restituir, ni a suplir las Missas, que huviere assi dexado de dezir, porque no pecó contra justicia, pues se ajustó al estipendio justo, sino por aver usurpado la potestad del Superior. Pero si el Capellan

pellan esperando la rebaxa de quien tiene potestad legitima, huviere dicho solamente las Missas, que corresponden a los redditos segun la tassacion del arancel, no será pecado alguno; mas si algun Capellan huviere dicho algunos años todo el numero de Missas, aunque excessiuo, que dexó dispuesto el fundador, no se le han de rebaxar, para que en los años siguientes las descuente: porque se presume, que quando las dixo cedió de su derecho, y hizo al fundador aquella como donacion; y solamente se le rebaxará el numero de Missas, que estuvieren por dezir, para que no quede obligado a dezir mas de las que corresponden al estipendio justo, assi por los redditos recibidos en otros años, como por los que ha de recibir en los años siguientes. Resta aora la dificultad, si el señor Arçobispo puede por si solo hazer dicha reduccion, y si es necesario, que la haga en Synodo, como lo dispone el Sacro Concilio de Trento?

156. Respondo, que puede por si solo, porque el Concilio determinó, que cada año huviere Synodo. *Set. 24. de reform. cap. 2.* Si cada año huviere Synodo, fuera cosa facil aguardar al Synodo, para reducir a menor numero las Missas, que no tienen suficiente estipendio; pero como los Synodos suelen no hazerte en muchos años, es casi el mismo inconveniente esperar al Synodo para estas reducciones, que embiar a que se hagan en Roma: y assi está en practica, que los Obispos por si solos, fuera de Synodo las hagan, como afirma Prado de Euchar. in q. 83. dub. 14. §. 2. y otros muchos, que alli cita.

157. A la segunda dificultad respondo, que no se pueden aplicar los 700. pesos de principal de la Capellania del dicho Beneficiado, a la Capellania, ò Missa, que se canta los Viernes en la Iglesia de S. Juan del Monte, porque el que dexó esta Capellania resiste a semejante disposició. Dize, que se le diga todos los Viernes vna Missa cantada, ò rezada, por la corta limosna que dexa: donde claramente se vé, que no quiso obligar a que se le diga Missa cantada, para que no le pidiesen mayor estipendio; sino que dexó a la voluntad del Capellan el cantarla, ò rezarla, con presupuesto, que la limosna ha de ser la misma, que se cante, ò que se reze. Y aunque (como queda dicho) se puede subir el estipendio mas de lo que dispuso el testador, y rebaxar el numero de Missas, hasta ponerlas segun el estipendio justo de Missas de Capellania, por que está lo pide assi la igualdad de la justicia, y equidad; pero no se le puede subir mas el estipendio, ni rebaxar mas el numero de Missas a titulo de ser cantadas; porque consta

de la clautula de la fundacion, que el testador no pidió, que las Missas fuesen cantadas, ni por esta calidad quiso, que se aumentasse la limosna: como si alguno pide, que se le diga vna Missa, y dá la limosna, que se acostumbra por vna Missa rezada, que ion quatro reales; pero el Sacerdote, porque aquel dia se acostumbra en su Iglesia cantar la Missa, le aplicó la Missa cantada, no puede por esta causa pedirle mayor estipendio, porque dicha solemnidad no la pidió el que dió la limosna, ni fue de su intencion añadir cosa alguna al estipendio ordinario de vna Missa priuada. Ni por autoridad del Ordinario se puede arbitrar, que se rebaxe el numero de Missas por dicha calidad; porque el Ordinario no puede mudar, ni commutar en otra cosa lo que dispuso el difunto, si no es en caso, que no sea factible, ò decente, ò conforme a la igualdad, que pide la justicia, lo dispuesto en el testamento. Como dize Couarrub. in cap. Tua nobis. de testam. y Panorm. ibid. y consta del Derecho, cap. Quia cotingit. Clem. de Relig. domib. *Cum ea que ad certum usum largitione sunt destinata fidelium, ad illum debeant, non ad alium (salua Sedis Apostolica autoritate) conuerti.* La voluntad vltima del testador fue, que cosa ninguna de los redditos de esta Capellania se gatafse mas por la solemnidad de Missa cantada, y en cumplirlo assi, no ay inconveniente alguno; y consiguientemente los redditos de la Capellania, que dexó el dicho Beneficiado, no se pueden aplicar, ni con autoridad de su Ilustrissima, por la Missa, que se canta los Viernes, a razon de quatro pesos la limosna de cada Missa. Vease a Hurtado, tom. 1. resol. mor. tract. 2. num. 81. donde dize, que siendo suficientes los redditos de la Capellania al numero de Missas, que mandó el testador, no puede el Capellan reducir las a menor numero, ni con consentimiento del Patron, ni del heredero del fundador, y que solamente quando los redditos no equivalen al numero de Missas, lo puede reducir el Obispo a menor numero.

158. A la segunda parte desta dificultad respondo, que puede el Ilustrissimo señor Arçobispo, con consentimiento de los Patronos de dicha Capellania, determinar, que las Missas, que se huvieren de dezir por dicha Capellania, se digan en otro dia, que no sea Viernes. Para que con claridad conste esta resolucion se advierte, que lo principal, que pretendió el testador en este legado, es, que se diga tanto numero de Missas por su alma, en honor de la Passion de N. Señor Jesu Christo. En orden a esto pone tres circunstancias. La primera, que se digan estas Missas

70.  
 en la Iglesia del Convento N. que es Santuario especialmente deputado para la veneracion del Santo Christo. La segunda, que se digan en la misma Capilla, y Altar del Santo Christo. La tercera, que se digan en los Viernes, que es dia en que la Iglesia con mas especialidad haze memoria de la Passion del Señor, por aver padecido en Viernes; y no ay duda, sino que esta tercera circunstancia fue muy de la intencion del testador, que quiso con dicha Missa autorizar aquel dia, y hazerlo mas solemne, y que acudiesse la gente a venerar la Passion del Señor; pero como en dicha Iglesia estan ya todos los Viernes autorizados suficientemente con toda la solemnidad, y concurso, que es posible en aquel monte, por la Missa, que en dicha Iglesia, y Altar del Santo Christo se canta con toda solemnidad todos los Viernes del año: de aqui se colige, que dicha Missa rezada, que dispone el dicho Beneficiado, poco, o nada añade de concurso, y solemnidad a dicha Iglesia en dichos dias de Viernes; por lo qual cederia en mayor reuerencia, y veneracion del Santo Christo, que se dedicassen otros dias para dicha Missa, como los Miercoles, por averse decretado aquel dia la muerte del Señor en el Concilio de los Principes de los Judios, y por averse aquel dia pactado la venta, y traycion de Judas. Y porque rebaxandose las Missas, aviendose de dezir solamente 14. que a razon de a 20. reales la limosna de cada vna, corresponden a los reditos de dicha Capellania, se puede determinar, que se digan dichas Missas en los siete Miercoles de Quaresma, y los otros siete siguientes, que ay hasta la Pasqua de Espiritu Santo, y será conveniente, que el Padre dé a entender a la gente, que fuele acudir alli, que dichos dias se haze en dicha Iglesia especial memoria de la Passion del Señor, para que con esto aya mas concurso, y se cumpla en la substancia la voluntad del testador. Tengo esta disposicion por tan conforme a razon, que aunque huviera en el Convento N. Sacerdotes suficientes para dezir los Viernes ambas Missas, se pudiera mudar en la forma dicha esta circunstancia; y llegando a esto el no aver en dicho Convento de ordinario mas de vn Sacerdote, es necesario el mudarla.

159. Que su Ilustrissima con assento de los Patronos pueda mudar dicha circunstancia, se colige de la doctrina comun, que traen Hurtado, tom. 1. resol. mor. tract. 2. num. 97. Leand. de Sacram. tom. 2. tract. 8. disp. 4. q. 24. Machado, to. 2. lib. 4. part. 1. tract. 12. docum. 15. y otros muchos, que estos citan, que unanimemente afirman, que aviendo causa razonable

pueden el Obispo, y Patron de la Capellania mudar algunas circunstancias, que dispuso el fundador: como si dispuso, que se diga en tal Altar, o en tal Iglesia, pueden determinar, que se diga en otro Altar, o en otra Iglesia. Y añaden estos Doctores, que si la causa es manifiestamente justa, o el impedimento legitimo, puede el Ordinario solo, sin intervencion del Patron, mudar dicha circunstancia. Por cosa mas graue tengo mudar la circunstancia de Iglesia, y Altar, que dispuso el fundador, que mudar solamente el dia. Segun la doctrina de estos Doctores juzgo, que si para mudar dicha circunstancia solamente huviera aquella primera razon de estar ya el Viernes solemnizado con bastante concurso, sería necesario consentimiento del Ordinario, y del Patron para dicha mudanga. Y desta Capellania son Patronos el P. Prouincial de la Orden de Santo Domingo en estas Islas, y el Prior del Conuento de Santo Domingo, pues el fundador les comete el cuydado de imponer, y conseruar la dicha Capellania, pero aviendo la segunda causa de no aver en dicho Conuento de ordinario mas de vn Religioso, y esse ocupado los Viernes en la dicha Missa cantada, es causa urgente, e impedimento legitimo; y assi puede solo su Ilustrissima dispensar en dicha circunstancia, sin intervencion de dichos Patronos.

160. De otro modo se pueden cumplir las Missas de dicha Capellania, en caso que no se dispense en dicha circunstancia de dezirse los Viernes: para cuya inteligencia se ha de advertir, que aunque la limosna, que corresponde a la Missa, que se canta todos los Viernes al Santo Christo, es mucho menos de la que está tasada a las Missas cantadas perpetuas por arancel desta Metropoli, no se puede llevar mas limosna por cada Missa de la que se tasó en la fundacion; porque entonces se obligaron los Religiosos por si, y sus sucesores, a dezir las dichas Missas cantadas todos los Viernes, y el dia de la fiesta de la Cruz, añadiendo en este dia Diacono, y Subdiacono, y Sermon, y trayendo los Religiosos por su cuenta los músicos para oficiar dichas Missas: y los fundadores se obligaron a imponer a censo 4500. pesos, cuyos reditos son 225. pesos, que aplicaron por estipendio de dichas Missas, que sale la limosna de cada Missa a quatro pesos poco mas. Entonces los Religiosos cedieron del derecho que tenían a pedir, que se les enterasse la limosna, o estipendio, que dispone el arancel del Arzobispado, y se obligaron a dezir dichas Missas por dicho corto estipendio. y a esta cession, y obligacion assintió el Cabildo Eclesiastico en

Sede-

Sedevacante, y la autorizó; y en virtud de dicha obligacion se obligaron los fundadores a dar de sus haziendas el dicho capital, y de hecho lo dieron. Deste pacto resultó obligacion natural de cantar dicha Missa, en que no puede aver dispensacion, ni rebaxa mientras duraren los reditos, en cuya virtud se hizo de parte de los Religiosos dicha obligacion. Por lo qual permaneciendo dichos reditos, no pueden los Religiosos recibir otra limosna por dichas Missas; pero aviendose disminuido de dichos reditos 37. pesos y medio, que corresponden a nueue Missas, puede el Padre aplicar las dichas nueue Missas por el dicho Beneficiado. Lo qual no impide, que las pueda tambien aplicar por los hermanos; por que el Decreto de Urbano VIII. no prohibe, que el Sacrificio infinito de la Missa se aplique por muchos, sino que se reciban por él muchos estipendios. Pero no se puede recibir por cada vna destas Missas mas limosna, que 20. reales, aviendolas rebaxado su Ilustrissima, como se dixo respondiendo a la primera dificultad. Y las cinco Missas, que faltan para cumplimiento de las catorze, que corresponden a los reditos, se pueden dezir en cinco Viernes del año, que avrá en dicho Conuento otros Sacerdotes huéspedes. Y si aconteciere, que algunas Missas no se puedan dezir en Viernes, se pueden dezir en otros dias; porque faltar en dicha circunstancia en dos, o tres Missas en vn año, es materia leue, que por la causa razonable, que ay para dezirla en otro dia, excusa totalmente de culpa, y no se presume, que el fundador quiso obligar a su Capellan con tanto rigor. Assi lo afirman Leand. tom. 2. de Sacram. tract. 8. disp. 4. q. 24. Hurtado, tom. 1. resol. mor. tract. 2. num. 95. Fr. Martin de S. Joseph, tract. 17. de Euchar. num. 15. y Diana, 2. part. tract. 14. ref. 29. y otros citados por estos.

## CONSULTA XXVIII.

Sobre si cierto Sacerdote esté obligado a dezir las Missas de vna Capellania, que mandaron imponer, y de que fue Capellan, aviendo perecido la Capellania sin culpa suya?

## PROVESTA.

AVn Religioso entregaron los Principales de vn Pueblo mil pesos, para que impusiese vna Capellania, y fuese su Patrón. El Religioso la impuso en su Conuento de Manila. Despues vn Prelado, zeloso del bien comun, redimió el censo, y lo impuso en

vnas casas, las cuales en el terremoto de San Andres se arruinaron, y en la rebaxa, que se hizo de los reditos, quedó la Capellania en 600. pesos, los cuales impuso el Religioso sobre vna estancia. El que la poseia pagó algunos años los reditos: despues pareció, que la estancia no debia de ser suya, porque vnos menores le pusieron pleyto sobre ella, y fallieron con el pleyto; lo qual visto por el poseedor, fue a la estancia, destruyó el apero, y amontó todo el ganado, de fuerte, que la estancia está totalmente perdida. El que la poseia no tiene con que pleytear contra los menores, mucho menos el Religioso, el qual pregunta, si está obligado a dezir las Missas desta Capellania, que ha algunos años, que las dize, sin poder cobrar vn real?

## PARECER XXIX.

161. R Espondese, que el Religioso, que se refiere en el caso propuesto, no tiene obligacion de dezir las Missas de dicha Capellania. La razon desta resolucion, es, por que dos causas, o razones ay de que puede nacer la obligacion de restituir. La vna es, *res accepta*. La otra, *iniusta acceptio*. Assi lo dize Cayetano in summa, verb. Restitutio, a quien comunmente siguen en esto los Doctores; y aunque algunos añaden otra, que es *iniusta actio* que es quando alguno no recibe cosa alguna, sino solamente con su accion injusta damnificó la cosa agena; pero en la injusta accpcion, que dixo Cayetano, se comprehende esta injusta accion: porque damnificar, quemar, o destruir la cosa agena, como si fuera suya propria, y tuviera el dominio de ella, para hazer della lo que quisiera, es como recibirla injustamente para consumirla, y gastarla, y moralmente se puede llamar esta accpcion injusta de la cosa agena, no para retenerla, sino para destruirla. Por lo qual se verifica muy bien accpcion injusta, sin aver *res accepta* en poder del injusto destructor de lo ageno. Supuesto ya, que solas estas dos razones ay, de donde puede originarse la obligacion de restituir, primeramente en el caso presente no ay en el Religioso obligacion a restituir *ratione rei accepta*, porque no se quedó con cantidad alguna del dinero, que le dieron para imponer la Capellania. Todo el principal lo impuso en el Convento: de alli lo trasladaron a vnas casas: en la ruina dellas se menoscabó: el resto se impuso en vna estancia, y assi no quedó cosa alguna de dicho dinero en poder del Religioso; por lo qual por razon desta raiz, que es *res accepta*, no está obligado a restituir, ni a dezir las dichas Missas.



fas. Ahora queda que averiguar, si está obligada *ratione iniuste acceptiois*, si fue culpable en que se destruyese el capital de dicha Capellania. Tres acciones ha tenido el dicho Religioso en dicho capital. La primera, quando lo impuso en el Convento: desta accion no pudo nacer obligacion de restituir, por que no fue injusta, ni contra el capital de la Capellania, antes fue muy en su favor, pues cargada en el Convento la obligacion de las Misas, estaua mas asegurada, que en qualquiera otra finca. La segunda accion es, quando el Prelado del dicho Convento redimió el censo, y lo impuso en casas de Manila: en esta imposicion vendria, y consentiria el Religioso, que al principio la avia impuesto en el Convento, pues era Patron, o como Patron de dicha Capellania. Esta accion no es injusta; porque queriendo el Prelado quitar aquella obligacion de su Convento, debió el Religioso imponerla en otra finca segura: y antes del terremoto de S. Andres se juzgaban por fincas seguras las casas, y a ningun administrador de hacienda agena, que impuso censos en casas, se ha obligado a restituir, ni se ha imputado por injusto imponente: por que estando la obligacion de imponer el censo, no se hallan en esta Republica (donde casi todos tratan en mercancia) fincas mas seguras; y aun ahora despues del terremoto de S. Andres se imponen cada dia censos sobre casas. Es verdad, que se atiende a que sean de madera, por averse experimentado, que tienen mas seguridad; pero allí las casas de madera, como las de piedra, y estancias, tienen su peligro, por ser haciendas de este mundo, y mas en estas Islas, donde las haciendas, y rentas tienen menos seguridad. Y assi esta accion de imponer el censo en las casas, no fue injusta, sino licita, y buena, y consiguientemente por ella no está obligado a restituir los 400. pesos, que se menoscabaron, ni a dezir las Misas, que les corresponden, porque se menoscabaron por caso fortuito, è inopinado, en que no pudo tener culpa el Religioso.

162. Acerca de la tercera accion ay mayor dificultad, por aver impuesto los 600. pesos en vna estancia, que era hacienda de menores, y el que cuidaba della no tenia potestad de grauarla con esta carga, ni podia recibir los 600. pesos sobre finca, que no era suya. Por esta razon ay duda, si el dicho Religioso por aver impuesto, o consentido, que se impusiese dicha cantidad sobre la dicha estancia, está obligado a la dicha cantidad de 600. pesos, y a satisfacer las Misas, que les corresponden en cada vn año, que son doze, a razon de 20. reales la limosna de cada Misas,

segun el arancel, y tassacion de las Misas de Capellanias, que ay en esta Metropoli. Digo, que no está obligado a pagar dicha cantidad, ni a dezir las doze Misas: porque el Religioso ignoró, y tuvo causas suficientes para ignorar el peligro a que se exponia la dicha cantidad, y la impuso en la estancia, juzgandola por finca mejor, y mas segura, huyendo del peligro, y menoscabo, que se avia experimentado quando estaua la Capellania impuesta en casas. Primeramente el que tenia a su cargo la dicha estancia, la estaua poseyendo como cosa propia, y despues de ya impuesta la Capellania (como dize la pregunta) constó, que era de menores por el pleyto, que se le puso despues por parte dellos. Esta es causa justa, y probable, para que el Religioso ignorase, que la estancia era de menores, y que el que al parecer la poseia, no podia recibir sobre ella la cantidad, que recibió. Haze en favor del Religioso aquella regla del Derecho, reg. presuntur. de reg. iur. l. 6. *Presumitur ignorantia ubi scientia non probatur.* Lo segundo, porque no ser la estancia propia del que la poseia, sino de los menores, es cosa que pertenece al hecho, y no al Derecho: è ignorancia del hecho se admite, y excusa, especialmente siendo ignorancia de hecho ageno, reg. ignorantia. de reg. iur. l. 6. *Ignorantia facti, non iuris excusat.* Finalmente ninguno se presume malo, si no se prueba; y assi se debe presumir, y entender, que dicho Religioso juzgó, y entendió, y tuvo causas para juzgar, y entender, que aseguraba esta Capellania imponiendola en dicha estancia, mejor, que dexandola impuesta en casas: y assi no fue injusta la accion de imponerla en dicha estancia, sino licita, prudente, y buena, y consiguientemente por ella no puede estar obligado a satisfacer dichas Misas. Añadese, que para que estuviese el Religioso obligado a satisfacer dichas Misas, no bastaua que huviese tenido algun descuydillo en averiguar bien, y exactamente cuya era, y a quien pertenecia dicha estancia, no haciendo las diligencias, que suelen hazer los mas diligentes: porque esta administracion de la Capellania, no era en orden al bien, comodidad, o utilidad del Religioso, sino de los fundadores de la Capellania; y assi segun el comun sentir de los Doctores, no basta culpa leuissima, ni leue, que consiste en no aver hecho las diligencias, que hazen los muy diligentes, y prácticos en estos negocios, para que le obligue la satisfacion; sino que era menester culpa graue, que llaman los Doctores lata, la qual no puede presumirse en el caso presente, como queda probado: por lo qual el Religioso no

no tiene obligacion a dezir Misas alguna por dicha Capellania.

163. Quien está obligado a pagar cada año los reditos de dicha Capellania, es el que poseia la estancia, y recibió el dinero; porque si la estancia no era suya, ni podia recibir cosa alguna sobre ella, está obligado a pagar los 600. pesos *ratione rei accepta*, porque los recibió, y se aprouechó dellos: y tambien está obligado a pagar los reditos de cada año, por el fraude con que impidió, que se impusiesen realmente en finca donde se arraigasen; y assi fue causa deste daño, y lo debe reparar cada año, y asegurar el capital. Si el que poseia la estancia juzga, que realmente es suya, y le toca a él, y no a los menores, aunque fue vencido en el pleyto; está obligado a pagar la dicha cantidad, y sus reditos cada año *ratione iniuste acceptiois*, porque destruyó el apero, y amontó el ganado, y echó a perder injustamente la estancia: y assi por ambas partes está obligado el que poseia dicha estancia, a pagar cada año los reditos de dicha Capellania, y asegurar el capital, y seria bueno advertirle esta obligacion; y el Capellan señalado para dezir las Misas, tiene obligacion de advertirselo, si tiene alguna esperanza, que có la advertencia aprouechará, y pagará algo de los corridos, para que assi no se impute a descuydo del Capellan el no cobrar los reditos de dicha Capellania.

## CONSULTA XXIX.

*Sobre si los reditos de la Capellania vacante se deban entregar al Capellan successor.*

## PROPUESTA.

Cierto Sacerdote fue nombrado por Capellan de cierta Capellania, por nombramiento del Patron; y aunque procuró, que con toda breuedad le diesen la colacion, se le dilató tres meses, no por culpa, ni omision suya, sino por embarazos, que se ofrecieron a quien estaua cometido darle la colacion. Despues de dichos tres meses, yendo a cobrar los reditos de dicha Capellania, las personas, que tienen las posesiones sobre que está impuesta, se excusaron de pagarle los reditos de dichos tres meses, diciendo, que no se le deben. Vea, pues, V.P. mi P. Rector, lo que se debe hazer en este caso.

## PARECER XXX.

164. Para la resolución desta consulta se ha de suponer por cosa cierta, en que no puede aver duda, que las personas,

que tienen las posesiones sobre que está impuesta la Capellania, siempre están obligadas a pagar los reditos por entero; y aunque no huviese Capellan en muchos dias, o meses, y años, no se podian excusar de pagar los reditos por entero, sin que les falte lo que corresponde a vn solo dia. Lo vno, porque a las animas de los difuntos, en cuyo favor se fundó esta Capellania, no se les puede defraudar las Misas, que corresponden a los tres meses, pues siempre vá corriendo la renta, y reditos sin cesar: y assi estas Misas es obligacion forzosa, que se digan, y que se pague su limosna. Lo otro, porque el que goza actualmente la posesion sobre que está impuesta la Capellania, tiene obligacion en conciencia a pagar los reditos del censo de todo el año, pues todo el año goza, y vfa de la posesion; y assi no ha de atender si ay, o no ay Capellan, ni si se dicen, o no, las Misas; sino a que la posesion, que goza, no es toda suya, sino que parte de ella es del que tiene impuesto censo sobre ella, y debe en conciencia pagar los reditos todos los años; y qualquiera cosa, que dexare de pagar, la deberá restituir en conciencia. Esto es cosa certissima, en que ninguno puede dudar.

165. Esto supuesto, toda la dificultad está a quien le pertenecen estos reditos; por que estando cierto, que el que goza la posesion está obligado a pagar enteramente los reditos, y el que los recibiere está obligado a dezir, o mandar dezir las Misas, queda solamente duda a quien se deben dar estos reditos.

166. Responde lo primero, que si el fundador de la Capellania dexó determinado en la escritura de la fundacion, que si estuviere algun tiempo vacante, se gasten los reditos del tal tiempo en tal efecto, o en tal obra pia, o los lleue tal persona, se debe cumplir assi: porque esta disposicion es piadosa, y prudente, y pudo el fundador ponerla, y disponer desta suerte, y con esta calidad de su hacienda; por lo qual se ha de ver el tenor de la escritura, y si se hallare allí esto determinado, se debe estar a su determinacion.

167. Lo segundo se responde, que si no está esto determinado en la escritura de la fundacion: mirando precisamente al derecho, que tiene el Capellan nombrado por el Patron, antes que se le haga la colacion no se le deben estos reditos; porque todo el tiempo, que no se le hizo la colacion, no tuvo *ius in re* en dicha Capellania, sino solamente *ius ad rem*, que no es derecho actual, por el qual se le deban actualmente los frutos. Por lo qual, si puramente se atiende al rigor del

Derecho, el Ordinario puede disponer de dichos redditos, señalando Capellan, que diga las Mifas, y cobre los redditos, de la fuerte, que en los Beneficios Curados el Ordinario señala Beneficiado interino, que sirva el Beneficio, y goze los frutos, hasta que el propietario recibe la colacion.

168. Lo tercero se responde, que atendiendo a la costumbre, que juzgo ser vniuersal en estas Capellanias, en que el fundador no determina de la renta quien la ha de gozar en el tiempo, que la Capellania estuviere vacante, se le deben estos redditos al Capellan nombrado por el Patron, que despues configuio la colacion de la Capellania; porque estas Capellanias, que no tienen Cura de almas, sino solamente vna obligacion de tanto numero de Mifas cada año, no están mucho tiempo vacantes, que suele ordinariamente nombrar el Patron, y darle la colacion el Ordinario en ocho dias todo, porque se haze sin concurso de opositores, y sin edictos, ni se requieren otras diligencias antes, ni piden dichas Capellanias mas suficiencia, que la que se requiere para ser Sacerdote, y assi no ay necesidad de examen, y se concluye todo en breue tiempo: y como no tienen Cura de almas, no es necesario Capellan interino para esse breue tiempo, y por esto no vñan los Ordinarios poner Capellanes interinos en dichas Capellanias, sino dán la colacion al Capellan nombrado por el Patron: el qual luego, que recibe la colacion, procura cobrar los redditos corridos desde la muerte de su antecesor, y desde entonces dize las Mifas. Esta me parece la costumbre, que corre, y es muy razonable por la razon dicha, y porque aunque el Capellan en los dias, que estuvo nombrado sin la colacion, no tenia *ius in re*, pero ya tenia *ius ad rem*, y ninguno otro tenia mejor derecho a dichos redditos. Por lo qual aviendosele de aplicar a alguno, juntamente con la carga de las Mifas, cosa mas decente, y conforme a razon es, que se le apliquen al que en aquel poco tiempo tenia ya *ius ad rem*, y ya quando los pide tiene *ius in re* a toda la Capellania. Es verdad, que si el nombramiento del Patron no fuese confirmado por el Ordinario con la colacion por alguna justa causa, no podrá llevar frutos algunos el que fue assi nombrado; porque aquel derecho incepto *ad rem*, se desvaneció, como si no fiera, no siguiendose la confirmacion, que se haze mediante la colacion del Ordinario; pero siguiendose al nombramiento la colacion, se confirma, y fortifica para llevar los frutos del breue tiempo, que estuvo el nombramiento sin la colacion.

169. La segunda razon es, que el fundador de la Capellania, que no señaló a quien se avian de entregar los redditos, en caso que estuviere sin proueer algun tiempo, parece que supuso esto, de que no estaria vacante tiempo notable; y del breue tiempo, que es forçolò lo esté entre tanto, que se nombra, y se le dá la colacion, no hizo caso, dexando estos frutos, juntamente con la obligacion de las Mifas, al Capellan, que fuere nombrado despues, y configuiere la colacion.

170. La tercera razon desto es, porque en el caso presente el dicho Capellan no fue causa de la detencion, que hubo en la colacion despues que fue nombrado por el Patron; porque luego sin detencion llegó a pedirla, y la persona a quien por el Cabildo fue cometida esta accion, tuvo algunos embarazos, con que no se la diò: por lo qual no parece conforme a razon, que pierda dichos redditos, sin aver tenido de su parte omision; antes si por costumbre tocasse al Ordinario señalar Capellan interino en estas Capellanias, seria cosa mas ajustada aplicarlos al dicho Capellan por esta razon.

### CONSULTA XXX.

*Sobre si cierto Sacerdote deba suceder en vna Capellania.*

#### PROTESTA.

Agustina difunta, mandò fundar de sus bienes vna Capellania de diez mil pesos de principal, y sus Albazeas en cumplimiento de la voluntad de ella, pusieron la siguiente clausula. Nombramos por primer Capellan a Pedro, sobrino legitimo de dicha difunta, y por su falta a los demás descendientes legitimos. Sirviendo la Capellania Pedro, por su muerte entrò a gozarla su hermano, el qual ha fallecido: y Francisco, Cura de la Cathedral de Cebù, pretende entrar a gozar dicha Capellania, por ser sobrino de la difunta en segundo grado, y no aver en la parentela otro Sacerdote sino es el dicho Francisco. Y aunque parece, que los hijos de Juan tienen tambien su derecho, son pequeños: por lo que suplica a V.P. se sirva de dar su parecer; para que conforme a el se determine.

#### PARECER XXXI.

171. Para responder con mas acierto a esta dificultad, he visto en el testamento de Agustina la clausula de la institucion de la Capellania de que trata la pregunta,

ta, y las clausulas del codicilo, que en virtud de poder, q diò la dicha testadora, se hizo despues de su fallecimiento, y de todas se colige con toda claridad, q debe gozar la dicha Capellania Francisco, Cura de la Iglesia Cathedral de Cebù. La primera razon desto es, porque en casos desta calidad no ay mas ley, que la voluntad del testador, que dispuso de su hacienda, y no ay poder para disponerla en otra forma, sino en la que el mismo testador (como señor absoluto de su hacienda) quiso disponer della. I. In re. C. mandati. *Sue quisque rei est moderator, & arbiter.* Y Auth. de nuptijs. §. disponat. coll. 4. *Disponat unusquisque in suis, & sit lex eius voluntas.* Y mas abaxo: *Vti legasset quisque de sua re ita ius est.* Y cap. vlt. 13. q. 2. *Vltima voluntas defuncti modis omnibus conseruari debet.* Y cap. Tua nobis de testament. *Secundum defuncti voluntatem vniuersa procedant.* En estas dificultades, que se ofrecen acerca de cosas dispuestas por testamentos, y vltimas voluntades, toda la resolucion, y acierto pende de averiguar bien qual fue la voluntad vltima del testador.

172. En el caso presente consta, que fue la voluntad de la testadora, que fuese Capellan desta Capellania quien con efecto la pudiese desde luego servir por su propia persona. Esto se vé claramente en tres parrafos de la clausula del testamento, en que dispone, y trata desta Capellania. El primero es, que aviendo dicho, que por falta del Canonigo Luis Fernandez su sobrino, entre por Capellan de dicha Capellania D. Pedro su sobrino; pone luego esta condicion, y limitacion: Teniendo edad competente para poderla servir. Notese, que a su sobrino, a quien por su nombre señaló la testadora por segúdo Capellan, no quiso que entrasse a serlo, si no tuviere edad competente para servirla. Por mas fuerte razon se ha de entender la misma condicion de todos los demás parientes, que huvieren de entrar en dicha Capellania, que no son capaces de entrar en ella, y los excluye la testadora hasta tener edad competente para poderla servir. En otro parrafo siguiente, tratando como han de suceder en dicha Capellania los hijos de su hermano el Capitan Pedro, dize assi: Prefiriendo siempre los mayores a los menores, que fueren Sacerdotes, y a estos sucederá otro qualquiera pariente mio Sacerdote, prefiriendo siempre el mas cercano. Bastantemente se dá a entender aqui (aunque las palabras están algo obscuras) que prefiera el Sacerdote al que no lo es, y que aviendo dos, o mas parientes Sacerdotes, entonces prefiera el Sacerdote mas cercano en parentesco a la testadora. En el par-

rafo tercero está mas claro esto, dize: Es mi voluntad, que no goze ninguno de la renta de la tal Capellania, mientras no la sirvieren efectiuamente por sus personas, sino que entre tanto, que ellos no la puedan servir, la goze, y sirva el Conuento de señor S. Agustín desta Ciudad de Manila. De aqui consta, que la testadora excluye a los parientes, que no tienen edad para servir por sus personas esta Capellania; y dize, que en tal caso, entre tanto que se hazen capaces de poderla servir, la goze el Conuento de S. Agustín. Si dixese alguno, que por ser los hijos del Capitan Juan de Quintanilla parientes mas cercanos, la goze el Conuento de S. Agustín mientras se hazen aptos de servirla, y no entre D. Francisco, porque entrando este en ella por colacion, no podrán despues entrar en ella los hijos de el Capitan Quintanilla, quando sean ya aptos: responde, que esto sería contra la voluntad de la testadora, que manda, que entonces entre el Conuento de S. Agustín a servir dicha Capellania, quando no aya entre los parientes quien la pueda gozar, y servir. Assi consta de la clausula del codicilo, que se hizo con poder de la difunta, que está a fojas 17. que dize assi: De fuerte, que para que el dicho Conuento aya de suceder en ella, han de faltar todos los hijos, y descendientes de los dichos Capitanes Pedro Nauarro, y Pedro Mendez de Sotomayor, y Francisco Lopez Monte-Negro, arriba nombrados.

173. Por lo qual sería contra la voluntad de la testadora, si aviendo descendiente de dichos Capitanes Sacerdote, capaz de servir dicha Capellania, entrasse en ella el Conuento de S. Agustín, para tenerla guardada a los parientes mas cercanos, que al presente no son aptos de servir dicha Capellania por falta de edad; sino que debe dar por colacion perpetuamente la dicha Capellania al pariente mas cercano, que al presente se halla apto para servirla, y despues por su falta entrarán los hijos del dicho Capitan Quintanilla, si estuvieren entonces aptos para servirla. Y esto se confirma mas, por otro parrafo del mismo codicilo, que dize assi: Siempre que faltare Capellan efectiuo se ha de servir la dicha Capellania en la forma referida, gozando en este interim de la renta el dicho Conuento. De todo lo referido consta ser expresa voluntad de la testadora, y de los que con su poder otorgaron el dicho codicilo, que aviendo entre los parientes de la testadora Capellan efectiuo, que quiere dezir, persona que por si mismo pueda servir dicha Capellania, no puede el Conuento gozar su renta, ni otro pariente, aunque sea mas cercano, si no es apto para

servirla con efecto por su propia persona.

174. Segunda razon desto es, porque en la fundacion desta Capellania explica la fundadora, que lleva dos fines. Vno de ellos es, el amparo del pariente mas cercano, para que goze la renta desta Capellania; y el otro es, que con puntualidad se le digan tantas Misas por su alma, y que estas se las diga el mismo Capellan pariente, que goze la renta por su persona, si no estuviere legitimamente impedido. Ahora se ha de averiguar por las clausulas del testamento, y codicilo, qual de estos fines, o intentos de la fundadora fue mas principal; porque si fuere amparar al pariente mas cercano, parece que se le deberia la Capellania, aunque por ahora no la pudiera servir por su persona, sino por vn sustituto; pero si el principal intento fuere la puntualidad de las Misas, y que las dixese el mismo Capellan obligado con la renta, y parentesco: en tal caso se le debe dar la Capellania al pariente apto para servir la Capellania, aunque aya otro mas cercano, no apto para servirla. Esta doctrina es clara, y cierta, y se colige de los textos de ambos Derechos, que se traxeron arriba; porque en estas disposiciones de ultimas voluntades se atiende a cumplir la voluntad del testador, y a que no se frustre su intencion; y consiguientemente el fin, y mas principal intento del fundador, explicado en su testamento, que prevaleciese contra el otro, y tuviese prelación, se ha de cumplir mas principalmente, prefiriendolo al otro. Esto supuesto, atendiendo a los dichos dos fines de la fundadora, es cierto, que quiso que este fin, o intencion de que el Capellan sirviese por si mismo la Capellania, prevaleciese contra el otro fin de que la gozase el pariente mas cercano. Asii consta de las palabras formales de la clausula de su testamento, en que dispone esta Capellania, que está a fojas 14. donde aviendo dicho, que sucedan en esta Capellania los hijos del Capitan Pedro Nauarro, añade: *A estos sucedera otro qualquiera pariente mio Sacerdote, prefiriendo siempre el mas cercano.* En estas palabras explica el fin sobredicho de amparar al pariente mas cercano, y luego inmediatamente prosigue: *Y quiero, y es mi voluntad, que no goze ninguno de la renta de la tal Capellania, mientras no la sirvieren efectivamente por sus personas, sino que entre tanto, que ellos no la pueden servir, la goze, y sirva el Convento de señor San Agustín.* Aqui consta indubitablemente, que esta calidad, o intencion, de que por las mismas personas de los Capellanes se sirva la Capellania, y se le digan las Misas, quiso que prevaleciese contra el mas cercano paren-

tesco, y tuviese prelación, y mejor lugar, que la mayor cercanía. Y lo mismo consta del codicilo a fojas 17. donde repetidas veces dize, que no pudiendo servir la dicha Capellania los parientes por falta de edad, o por no estar ordenados, la sirva el Convento de San Agustín. Y asii consta, que segun la voluntad de la testadora, tiene prelación, y debe preferir el pariente, que actualmente se halla apto para servir dicha Capellania, al pariente mas cercano, que aun no se halla con aptitud de presente para poderla servir; y consiguientemente debe preferir para la presentación, y colación de dicha Capellania D. Francisco de Herrera, que es Sacerdote, a los hijos del Capitan Juan de Quintanilla, aunque sean parientes mas cercanos de la fundadora, por ser estos muy niños, que en muchos años no pueden ser aptos para servir dicha Capellania.

### CONSULTA XXXI.

*Si debe perder una Capellania el nombrado en primer lugar por la fundadora, por aver sido omiso en recibir la colacion, por cuya omision se pone pleyto el nombrado en segundo lugar?*

### PROPUESTA.

LA fundadora de vna Capellania señaló el que avia de ser Capellan primero, y otro que avia de suceder. El primero se tuvo muchos dias sin recibir la colacion, aunque fue citado muchas vezes para que fuese a recibirla, con terminos señalados por el Prelado, a instancias del nombrado en segundo lugar. Remitióse la causa al Autor, para que determine a quien se debe dar.

### PARECER XXXII.

175. HE visto estos autos, y juzgo, que su Ilustrissima, no obstante lo alegado por el Bachiller Teodoro, debe mandar despachar auto de que se le notifique a Manuel, que comparezca a recibir la institucion, y colacion de la Capellania, que fundó, y dotó Doña Leonor, en que está nombrado por la dicha fundadora por primer Capellan; y demás desto le tiene nombrado su Ilustrissima, como Patron que es de dicha Capellania, desde 17. de Abril del año pasado de 1681. años, y que tenga entendido, que pasado el tiempo, que dispone el Derecho, sin aver recibido la colacion de dicha Capellania, sin otra notificacion se dará el nombramiento, insti-

institucion, y colacion al nombrado en segundo lugar por la fundadora.

176. La justificacion desta resolucion se prueba, y explica, porque de muchos textos del Derecho se colige, que a los Beneficiados de Beneficios simples, o Capellanias, nombrados por el Patron, hasta seis meses se les puede, y debe esperar, y no mas. Cap. Eam te. de iure Patron determina el Derecho, que si acerca del Patronato de vna Iglesia ay litigio; si este no se concluyere dentro de seis meses, debe el Obispo nombrar Capellan, o Beneficiado: *Si infra sex menses postquam vacauerint, non fuerit controuersia terminata, licitum tibi sit de persona idonea ordinare.* Notense las ultimas palabras, donde dize, que si dentro de seis meses no se concluye el litigio de los Patronos, es licito al Obispo nombrar Beneficiado. De aqui se colige, que si dentro de los seis meses se concluye el litigio, no es licito al Obispo nombrar Beneficiado, sino aguardar a que lo nombre el Patron, pues fenecido el litigio ya, sin la tardanza de mas de seis meses, puede nombrarle. Tambien se colige, que aviendo la que fundó, y dotó esta Capellania, que es la primera, y principal Patrona, nombrado a Manuel por Capellan primero de dicha Capellania; si citado dilata el recibir la institucion, y colacion mas de seis meses, es licito a su Ilustrissima nombrar al otro, que nombró en segundo lugar la fundadora, no obstante el nombramiento, que hizo en primer lugar del sobredicho Manuel; pero si no se ha dilatado la colacion seis meses, no es licito remouer el nombramiento, que en primer lugar hizo la fundadora, pues el Derecho dispone, que se aguarden seis meses, para que no se prouea el Beneficio sin el nombramiento del Patron: de la misma suerte, y por mayor razon se han de aguardar seis meses, para que no se prouea contra el nombramiento de la fundadora. Coligese tambien esto del cap. Nulla. de concess. Prebende. donde dize: *Cum vero Prebendas Ecclesiasticas, seu qualibet officia in aliqua Ecclesia vacare contigerit, non diu maneant in suspensio, sed infra sex menses personis, qua digne administrare valeant, conferantur.* Aqui el Derecho no reputa por vacancia de largo tiempo quando se proueen las Prebendas, y otros officios de la Iglesia dentro de seis meses, y asii determina, que para que no estén las Prebendas, y otros qualquiera officios vacantes por largo tiempo, se prouean dentro de seis meses. Por lo qual quando el nombrado por la fundadora en primer lugar por Capellan, no se ha detenido seis meses, viene todavia en tiempo apto en que se le puede esperar segun Derecho con

la Capellania vacante, y no se puede decir, que se ha detenido el tiempo, que el Derecho reputa por largo, en el qual no puede esperarse la Capellania vacante.

177. Resta averiguar, si Manuel se ha detenido mas de seis meses, para que por esta causa se pueda declarar aver perdido la dicha Capellania. Esta Capellania fue admitida por bienes Ecclesiasticos, y fundada por su Ilustrissima en 17. de Abril de 1681. y consiguientemente hasta dicho dia no hubo Capellania, ni vacancia; porque *non entis, non sunt qualitates.* 1. Si hæreditas ff. de hæredit. vendita: *Quod nullo modo vere est, nullo modo de feri potest.* de Pœnit. dist. 2. inf. *Non dicitur mortuum, quod nondum vixit.* cap. Quod vero. 32. q. 2. Antes de estar fundada no pudo ser Capellania vacante, pues aun no era Capellania; y asii empezó a ser vacante desde el dia que se fundó a 17. de Abril de 1681. Este mismo dia el nombramiento de Capellan fue hecho en dicho Manuel por su Ilustrissima; pero no consta, que se le notificase, ni se le hiziese saber hasta 12 de Agosto del mismo año; y estos seis meses de la vacancia para este efecto de que le pare perjuizio al que debe entrar en el officio, o Beneficio vacante, no se cuenta desde que vacó, sino desde que tuvo noticia de la vacancia. Asii consta del Derecho, cap. Quia diuersitatem. de concess. Præbend. *Semestre autem tempus non a tempore vacationis Præbendarum, sed notitia ipsius potius volumus computari.* Y cap. Licet. de supplenda negli. Præl. *Tempore semestri non a vacatione, sed a notitia computato.* Y en 19. de Enero deste presente año de 1682. llegó a pedir la colacion de dicha Capellania con peticion, que está en estos autos, de que se mandó dar traslado a la parte: y asii desde entonces, hasta ahora, no ha sido la detención por causa de dicho Manuel, sino por el litigio, que entre los dos nombrados por la fundadora se avia empezado; por lo qual ha tenido impedimento legitimo, y consiguientemente no le corre el tiempo de los seis meses, hasta que quitado este embarazo del litigio se le dé potestad para recibir la colacion de dicha Capellania. Asii consta de ambos Derechos, que en muchos lugares afirma, que *impedito non currit tempus.* Cap. Quia diuersitatem. de concess. Præbend. *Tempus quo ad Apostolicam Sedem accessit, est apud illam permansit, et recessit ab illa, infra sex menses nullatenus computetur.* Y cap. Ne pro defectu. de elect. aviendo puesto termino de tres meses de que no ha de passar la vacante de Iglesias Cathedrales, y Regulares, y pasado este tiempo, quita a los electores la potestad de elegir, añade esta excepcion: *Iusto impedia*



*pedimento cessante*; que esto se entiende no aviendo impedimento justo, que en aviendolo, no les corre el tiempo. Lo mismo se determina, cap. *Quam sit, de elect. In. 6. in fine*; y cap. *Commis. dize: Tibi non currit, si promoveri isto impedimento detentus infra tempus huiusmodi nequiuisti*. Y Auth. *nisi tricennale. C. de bonis mater. y Auth. super. C. de annali except.* y dá allí la razon: *Quis enim in causare eos poterit? Si hoc non fecerint, quod et si maluerint minime adimplere, lege obuiante valebunt*. Este tiempo en que aunque quiera recibir la colacion, no le puede conseguir por el impedimento del litigio, no le corre, ni le puede ser de perjuizio; y como desde 12. de Agosto del año pasado, que se le notificó el nombramiento, hasta 19. de Enero deste presente año, que empezó el litigio, ay solamente cinco meses, y siete dias, de aqui se colige, que por esta causa no debe perder la Capellania dicho Manuel, ni se le ha pasado el termino, pues le quedan todavia 23. dias, que se empezarán a contar desde que su Ilustrissima le diere facultad para comparecer a recibir la colacion. Las demás causas, que alega el Bachiller Teodoro, nombrado por la fundadora por Capellan en segundo lugar, no son suficientes para que dicha Capellania no se dé en primer lugar, como a Capellan primero, al que quiso la que fundó, y dotó dicha Capellania a su costa con su propia hacienda.

## CONSULTA XXXII.

*Sobre si por admitir vno vn Obispado queden vacantes las Capellanas, que tenia, assi aquellas a cuyo titulo se ordenó, como otras, que adquirió despues: y assi las que piden residencia personal en distinto Obispado, como las que no la piden? Y si se pueda dispensar en esto? Y quien pueda dar la dispensacion? Y si el Cabildo en Sede-vacante pueda innovar algo acerca desto?*

## PROVISTA.

**E**L Maestro Don N. Dean que ha sido desta Iglesia de Manila, tiene vnas Capellanas, a titulo de que se ordenó, de que es Patron el señor Arçobispo, y como tal se las dió su Ilustrissima, con titulo, y colacion en forma, en cuya virtud las ha servido, y sirve las mas dellas, sin grauamen de Iglesia señalada donde dezir las Missas. Otras tiene de algunos particulares con el mismo titulo, y colacion. Hale hecho su Magestad merced del Obispado de la Nueva Segouia; y por averlo de ir a servir, quiere el venerable Dean, y

Cabildo, como Governador en Sedevacante que vacó dichas Capellanas, para proueerlas en otros sujetos, sin atender a los exemplares, que ha avido, y ay, de que el Reuerendissimo señor Doct. D. Juan de Vcles, Obispo electo de la Ciudad del Santissimo Nombre de Jesus, gozó todas las que aqui tenia, que no eran anexas al Deanato. Y quatro señores Governadores de los Obispos de Cebù, y Camarines, gozaron las Capellanas, que tenian en este Obispado de Manila, el tiempo que gobernaron dichos Obispos de Cebù, y Camarines; y assi preguntan tres cosas.

La primera, si por aver admitido dicho Obispado deben vacar las dichas Capellanas, que son Beneficios simples, aviendose ordenado a titulo de las mas dellas, por algun Decreto del Santo Concilio, hasta que se Confagre, de las quales es Patron el señor Arçobispo, y puede proueerlas el Cabildo, como Governador en Sedevacante?

La segunda, si no vacando dichas Capellanas, que no tienen grauamen, las que lo tienen de dezir las Missas en Iglesia señalada de las desta Ciudad, deberán vacar? Y si bastará el que las manden dezir a vn Clerigo pobre, por la limosna de seis reales en la Iglesia, que señalar esta Ciudad, teniendo los demás por su congrua sustentacion en Obispado tan corto, y en que de ordinario los focorros de la Real Caja son tan tenues, que no puede sustentarse ningun señor Obispo con ellos, y no ha de ir a perecer, dexando las dichas Capellanas, la Comisaria de Cruzada, y otras conveniencias, que son patentes en esta Ciudad: y si por estas razones deberán dispensarle en dicho grauamen?

La tercera, si en caso que alguna deba vacar por pedir residencia personal, está sea dispensable? Y quien deba dispensar en ella? Y si pueda el Cabildo innovar en ello hasta que aya nuevo Prelado.

## PARECER XXXIII.

178. **A** La primera pregunta de las Capellanas, que no tienen grauamen alguno de asistencia en esta Ciudad, ni de celebrar en alguna Iglesia determinada de Manila, ni están anexas al Deanato, ni a otra Prebenda, o oficio: se responde, que por aver aceptado el Ilustrissimo señor Maestro Don N. la eleccion de Obispo de la Nueva Segouia, hecha por su Magestad en su persona, no vacan, ni deben vacar las Capellanas, que actualmente goza; assi aquellas a cuyo titulo recibió las Ordenes, como las demás, que des-

pues

pues de ordenado huviere obtenido. De las Capellanas a cuyo titulo recibió los Ordenes Sacros, consta del Sagrado Concilio de Trento, *Ses. 21. de refor. cap. 2.* que no vacan, ni pueden vacar, ni las puede dexar, ni renunciarlas el dicho Ilustrissimo señor, ni Prelado alguno le puede admitir la renunciacion de ellas, hasta tener pacifica posesion del Obispado; la qual nunca se verifica hasta tener las Bulas de su Santidad, como consta de la extrau. inuncta. de elect. inter comunes. y cap. *Qualiter.* y cap. *Nofti. de electione.* y cap. *Inter corporalia, de translat. Episc.* donde dize: *Cum non debeat indubium renouari quin post electionem, & confirmationem Canonicam coniugium sit spirituale contractum, cui profecto Episcopalis dignitas nihil addit.* y dize allí la Glosa: *Consummatur tamen in consecratione illud matrimonium.* Lo qual con mas claridad se explica, cap. *Licet.* del mismo titulo, donde dize assi el texto: *Fadus coniugij, quod est inter Episcopum, & Ecclesiam, in electione initiatum, ratum in confirmatione, & in consecratione intelligitur consummatum.* De fuerte, que entre el Obispo, y su Iglesia ay vn matrimonio espiritual, que por la eleccion se empieza a contraer, al modo que el matrimonio carnal está incepto por las esponsales, por las quales no tiene el Esposo potestad sobre la Esposa, ni *ius in re* en ella, porque no le está entregada, sino solamente prometida: porque la entrega actual se haze por el matrimonio, y las esponsales se llaman matrimonio incepto, por que dán *ius ad rem* solamente, no *ius in re*, ni posesion, ni potestad en la Esposa, sino derecho para contraer matrimonio con ella despues. Assi la eleccion del Obispo no le dá potestad alguna, ni jurisdiccion, ni posesion en su Iglesia, sino algun derecho a ella: despues por la confirmacion se contrae este matrimonio espiritual actualmente, y se haze rato, y por él adquiere el Obispo potestad en su Iglesia, y todo lo que pertenece a jurisdiccion, como dize Rebufo de pacificis possessionibus, a num. 143. hasta el num. 252. y Nauarr. in Man. cap. 27. nu. 5. y es comun; y S. Thom. in 4. dist. 25. art. 2. y dist. 20. q. 1. art. 4. dize, que los Obispos confirmados, antes de la Confagracion pueden conceder Indulgencias. Por esso dize el Derecho en el lugar citado, que la Confagracion del Obispo no le añade cosa alguna; porque no le dá, ni le añade jurisdiccion alguna sobre su Iglesia, como la confirmacion del matrimonio no dá, ni añade al Esposo mayor potestad sobre su Esposa, de la que tenia por el matrimonio rato. De todo lo qual se sigue, que el Ilustrissimo señor Obispo electo de la Nueva Segouia, por la

elección no tiene posesion pacifica del dicho Obispado, ni se verifica, que ya le posee, ni obtiene jurisdiccion en él por la eleccion, y presentacion de su Magestad, ni *ius in re*: y assi por dicha eleccion no vacan, ni pueden vacar las Capellanas, a cuyo titulo se ordenó; y aunque su Ilustrissima quisiera renunciarlas, no se le podia admitir la renunciacion hasta que hiziesse demostracion de que tiene otra renta fija, y perpetua, suficiente para su congrua sustentacion, como dispone el Sacro Concilio de Trento en el lugar citado.

179. Quanto a las demás Capellanas, que no fueron titulo para ordenarse, sino que despues las ha ido adquiriendo su Ilustrissima, tambien es cierto, que no vacan, ni deben vacar por dicha eleccion; porque assi consta del Derecho, cap. *Cum in cunctis.* de elect. donde dize el texto: *Cum vero electus fuerit, & confirmationem electionis acceperit, & Ecclesiasticorum bonorum administrationem habuerit, de curso tempore de consecrandis Episcopis a Canonibus de finito; is, ad quem spectant beneficia, que habebat, de illis disponendi liberam habeat facultatem.* De donde se sigue manifestamente, que ni el Ilustrissimo señor Arçobispo (si viuiesse) como Patron de dichas Capellanas, y Prelado desta Iglesia, tuviera libre facultad para disponer de las dichas Capellanas, que actualmente posee el Ilustrissimo señor Obispo de la Nueva Segouia; ni el Cabildo la tiene, hasta que se verifiquen aquellas condiciones, que pide el Derecho, de que aya recibido la confirmacion del Summo Pontifice, y tenga la administracion de los bienes Ecclesiasticos de su Iglesia; porque el Derecho Canonico concede esta libre facultad de disponer de los Beneficios, o Capellanas, que gozaua el que es promovido a algú Obispado, despues de verificadas dichas dos condiciones de la confirmacion, y administracion de los bienes de la Iglesia. Y aun pide mas, que se ayan pasado los tres meses, que el Derecho concede al Obispo para Confagrarse, cap. *Quoniam.* dist. 100. y cap. *Ordinationes.* y el siguiente, dist. 75. Y la Glosa in cap. *Cum in cunctis.* dize, que si recibida la confirmacion se Confagrassse el Obispo antes de dichos tres meses, desde luego que fuere Confagrado vacan los Beneficios, y Capellanas; y lo prueba el Derecho, cap. *Si quis.* 21. q. 2. y cap. *Ne pro cuiuslibet.* 16. q. 1. Por esta disposicion del Derecho tan clara, y manifesta, es cosa certissima, que las Capellanas, que goza el Ilustrissimo señor Obispo de Cagayan electo, assi aquellas a cuyo titulo se ordenó de Ordenes Sacros, como las demás, que de qualquiera fuerte obtiene, que no tienen gra-

gra-

grauamen de asistencia en esta Ciudad, ni están anexas al Deanato; no vacan, ni deben vacar por la elección del Obispo, ni puede el Cabildo, ni el señor Arzobispo (si actualmente lo huviese) disponer dellas, hasta que la elección esté confirmada por su Santidad, y que en virtud de la confirmación aya entrado el Ilustrísimo señor Obispo a la administración de los bienes de su Iglesia, y ayan pasado los tres meses, que concede el Derecho para Consagrarse los señores Obispos, o que de hecho se aya Consagrado.

180. A lo que en la misma pregunta se propone, de si por algun Decreto del Sacro Concilio de Trento deben vacar dichas Capellanías, se responde, que no ay Decreto en el dicho Concilio por el qual deban vacar; porque en el cap. 2. y en el 4. y 5. de la Sess. 7. solamente habla el Concilio de los Beneficios Curados, y de otros, que sean incompatibles; y el Ilustrísimo señor Obispo de Cagayan no tiene Beneficios Curados, sino Capellanías, que son como Beneficios simples: ni por la elección, que hasta aora tiene, posee el Obispado, hasta que tenga la confirmación del Summo Pontífice. Y las Capellanías, y demás Beneficios simples; y aunque tuviese algun Beneficio Curado, no son incompatibles, con ser Obispo electo de vn Obispado, hasta que tenga la confirmación, como queda probado del Derecho Canonico. Mas dificultad tiene lo dispuesto por el mismo Concilio Tridentino, Sess. 24. cap. 17. de reform. donde se determina, que a qualquiera persona de qualquiera calidad que sea, no se le dé mas de vn solo Beneficio Eclesiastico: y que si este no fuere suficiente para su honesta sustentación, se le pueda añadir otro Beneficio simple, que no pida residencia personal; y luego dize el mismo Sacro Concilio, que esto se entienda de qualquiera Beneficio, de qualquiera titulo, y calidad que sea. Donde se vé manifestamente, que el Sacro Concilio no habla solamente aqui de Beneficios Curados, ni de Beneficios incompatibles, sino de qualesquiera Beneficios, aunque sean simples, y no requieran residencia. A esto se ha de dezir, que por este Decreto del Concilio no se prueba ser incompatibles las Capellanías, que posee su Ilustrísima, con ser Obispo electo de Cagayan; porque como queda dicho, por la elección, o presentación no se adquiere derecho actual en la Iglesia Cathedral, ni posesión: y assi no vacan los demás Beneficios por incompatibles con el Obispado por sola la elección, sin confirmación. Lo que parece, que inmediatamente se prueba por dicho Decreto del Concilio, es,

que ni antes de ser electo el señor Obispo de Cagayan, podia obtener las Capellanías, que obtiene; no que aora por ser Obispo electo deban vacar.

181. No será fuera de proposito satisfacer tambien a este punto, para que conite con claridad, que ni por esta via de parecer, que su Ilustrísima tiene pluralidad de Beneficios simples, o Capellanías, deben vacar, ni pueden declararse por vacantes: a lo qual se satisface por tres vias.

182. La primera, que dado que fuese constante, y cierto, que de las Capellanías, que su Ilustrísima posee, fuese cada vna de por si suficiente para su congrua sustentación; no obstante esto, no vacan, ni pueden ser dadas por vacantes alguna, o algunas dellas por esta causa. Primeramente se prueba del mismo texto del Concilio, cuyas palabras bien consideradas, ni dizen, que adquiriendo otro, o otros Beneficios simples, de los que no requieren residencia, vaque, o se pueda dar por vacante el primero, o algunos dellos. De fuerte, que en la primera parte del cap. donde trata de qualesquiera Beneficios, aunque sean simples, y de qualquiera calidad, aunque prohibe el tener muchos, si vno es suficiente para vna congrua sustentación; pero no dize, ni indica, que vaquen, ni deban vacar. Despues en la segunda parte del cap. trata de Beneficios Curados, como son Iglesias Parroquiales, y Cathedrales, y dispone, que de estos el que tuviere muchos, retenga solamente vno, y dexé los demás; y si no lo hiziere assi dentro de seis meses, vaquen todos *ipso iure*, y como vacantes se puedan dar libremente a otras personas idoneas. De lo qual manifestamente se colige, que no quiere el Concilio, que los Beneficios simples, que no piden residencia, vaquen, ni puedan ser dados por vacantes, aunque alguno tenga pluralidad de ellos contra la prohibición del mismo Concilio. Porque es cosa constante en ambos Derechos, que lo que se niega de vno, se conceda del otro; y por el contrario, lo que de vno se concede, se niega del otro. Assi se determina en el Derecho Canonico, cap. Ex eo. 25. q. 3. y cap. Qualis. dist. 25. *Quod de vno negatur, consequens intellectus patet, quia de quibusdam conceditur*. Y cap. Nonne. de *presump.* en el Civil. l. Cum lex. ff. de legib. & Senatusc. y l. Cum *praetor*. ff. de iud. *Cum praetor unum ex pluribus iudicare vetat, ceteris id committere videtur*. Y l. Cum ita legatú de cond. & demonst. el Sacro Concilio de Trento en el cap. 17. citado trata de Beneficios simples, y Curados; y de los Curados niega, que pueda vna persona retener dos juntamente, y dize, que si no dexó

dexó el vno *ipso iure*, vaquen ambos; luego de los Beneficios simples, que no piden residencia, lo concede que no vaquen *ipso iure*, aunque el que los posee no dexé el vno dellos. Acerca de los Beneficios Curados concede alli el Sacro Concilio, que si el que posee dos, no dexa el vno, sean tenidos por vacantes *ipso iure*, y se den a otras personas idoneas; luego niega esto de los Beneficios simples, que aliás no piden residencia: porque *quod de vno conceditur, de alio negatur*. Locis citatis *utriusque iuris*; y en sus Glosas. Por lo qual Reginaldo, in *praxi Poenit.* lib. 30. tract. 3. num. 280. dize, que por Derecho Canonico en el cap. referido del Concilio Tridentino, y por Derecho Natural está prohibido tener muchos Beneficios simples, quando vno es suficiente para la honesta sustentación; y despues en el num. 294. dize, que la Iglesia no tiene puesta pena de privación del Beneficio simple al que adquiere otro, y otros, siendole el vno suficiente, ni los dá por vacos; sino que dexa a la conciencia del que obtiene semejantes Beneficios, y del Superior que los dá, para que atiendan a los que les son suficientes para el sustento congruo, para que ni el Superior dé mas, ni el Capellan se atreua a retener mas.

183. Lo segundo, se prueba esto mismo del cap. *Quemadmodum. de iure iurando. Turpius ejicitur, quam non admittitur hospis*. Las causas que bastarian para no dar vna Capellania a vna persona, no bastan para quitarla despues que ya se le dió, y se halla en posesión; porque el remouer a vna persona de la posesión, que ya tiene, es cosa grauissima, y no se puede hazer sin vrgentissimas causas, que al presente no ay, especialmente siendo la posesión de Beneficios Eclesiasticos, que de su naturaleza son perpetuos: pero para no dar desde principio la posesión, basta qualquiera causa de mayor congruencia, o vtilidad. Y cap. *Dudum.* el 2. de elect. la Santidad de Gregorio IX. dize, que no fue su intención conceder de nuevo a vn Arcediano, que recibiese muchos Beneficios, sino solamente que pudiese retener licitamente los que ya poseia: donde se echa de ver manifestamente, que las causas, que bastan para no conceder a vna persona vna Capellania, o muchas, no son suficientes para quitarla, o darla por vacante despues que ya las está poseyendo.

184. La segunda via, por donde se satisface al Decreto del Concilio Tridentino, dize, que si vn Beneficio no fuere suficiente para sustentarse decentemente, sea licito darle otro Beneficio simple, que sea suficiente,

con tal condición, que ambos no pidan residencia personal. Disputan los Doctores, que han escrito despues del Concilio Tridentino, si dos Beneficios no son suficientes, si podrá recibir otro tercero? y si los tres no bastan, si podrán darle quarto? y de la misma suerte otros, hasta tener congrua sustentación? Algunos Doctores, atendiendo a la letra del Concilio, dizen, que solamente puede obtener dos; y si ambos no hazen vna sustentación decente, que ha menester para obtener otro tercer Beneficio dispensación del Papa en el Decreto del Concilio. Otros Autores lleuan, que dando el Concilio facultad para recibir otro segundo Beneficio, quando el primero no es suficiente, se entiende, que por la misma razón dá facultad para recibir, y tener el tercero, y el quarto, hasta tener suficiente sustentación; porque el que sirve al Altar ha de sustentarse del Altar, y del Altar, y Beneficios Eclesiasticos ha de recibir entero sustento. Esta sentencia parece mas probable, lleuandola muchos Autores, que cita Barbosa in *remissionibus ad loca Conc. y Azor.* 2. part. lib. 6. cap. 1. q. 8. dize, que esta sentencia está recibida por costumbre comun en toda la Christianidad. Supuesto ya, que vna persona puede recibir, y retener muchas Capellanías hasta tener congrua, y decente sustentación: quien podrá afirmar con certidumbre, que las Capellanías, que su Ilustrísima tiene, exceden notablemente a lo que ha menester para pasar decentemente en su estado? Nauarro in *Miscell.* 62. de orat. dize, que tiene por cosa tan dificultosa señalar quanto se requiere para vna decente sustentación, que rogado muchas vezes, que respondiese a esta duda, siempre se avia excusado. Pues quien se atreverá a afirmar determinadamente lo que vn hombre tan docto, como Nauarro, no se atreuió a resolver? Segun Derecho, cap. *De causis. de officio delegati*, las cosas que el Derecho establece sin determinarlas fixamente, las dexa a que se determinen por arbitrio de los prudentes, los quales para determinar quanta renta será necesaria para el sustento de vna persona, han de considerar la calidad de la persona, y la familia, que ha menester la decencia de su estado. Al Ilustrísimo señor Obispo de la Nueva Segouia, antes que fuese electo Obispo, no consta que le ayan hecho cargo de que tenia mas Capellanías de las necesarias para su decente pasada: pues aora, que está electo Obispo, mas familia, y mas gasto ha menester, que antes que fuese Obispo; por lo qual si sus Capellanías no excedian antes notablemente a su decente sustentación, menos exceden aora, y no debe

entrar en cuenta de su congrua sustentacion, lo que el Rey nuestro señor tiene dar a los Obispos electos, porque esta no es renta fija, y segura hasta que tenga la confirmación del Papa; y la congrua sustentacion de vna persona Eclesiastica debe ser perpetua, y segura.

185. La tercera via, por donde se satisfaze a dicho Decreto, es, porque ay vna declaracion de la Sacra Congregacion de Cardenales, en que declararon, que quando el Concilio prohibe, que a vna misma persona se le den dos Beneficios, aunque sean simples, si vno basta para su decente sustento, no se entiende de las pensiones, ni de los legados pios, que suelen dexar con obligacion de tantas Misas, y de otros Diuinos Oficios, que suelen darse con titulo de Beneficios simples a los que presentan los Patronos de dichas Obras pias, o los herederos de los que las dexaron. Esta declaracion de Cardenales refiere Garcia de Beneficis, part. 11. cap. 5. num. 310. y 318. y Barbosa in remiss. Doctor. ad var. loca Concil. Por lo qual dize, que a vno, que tiene suficiente sustento en pensiones, puede el Obispo darle licitamente vn Beneficio, y que muchos legados pios con carga de Misas (que son los que llamamos Capellanias) puede el Obispo darlas a vno por titulo de vn Beneficio simple; porque dichas Capellanias no son en todo rigor Beneficios; pero siempre seria contra conciencia recibir; y retener superfluamente muchas Capellanias, que excediesen notablemente lo que se requiere para la decente pastadia de el Capellan, segun su estado; porque esto es contra la recta razon, y contra la recta administracion de los bienes Eclesiasticos (que dichas Capellanias fundadas con licencia del Obispo, son bienes Eclesiasticos) y contra la intencion de los fundadores, que dexaron sus haciendas, para que con orden, y no con superfluidad, y desorden, se gastasen en los Ministros de la Iglesia.

186. A la segunda pregunta se responde. Lo primero, que si alguna de las Capellanias, que tiene su Ilustrissima, está anexa al Deanato, debió vacar con el Deanato, como consta del Derecho, cap. Super eo. de Prebend. In. 6. Y la razon es clara; porque el Beneficio simple, o Curado, que está legitimamente anexa a vna Dignidad, o Prebenda, no sigue a la persona, sino a la Dignidad, o Prebenda a que está anexa: por lo qual pasando la Dignidad, o Prebenda a otra persona, passa tambien el Beneficio anexa, o Capellania.

187. Lo segundo se responde, que las

Capellanias, que tuvieren gratiamen de que las Misas se deban dezir en tal Iglesia determinada desta Ciudad, o en tal Altar, no vacan, ni deben vacar por estar su Ilustrissima electo Obispo de Cagayan, ni por autentarle desta Ciudad para asistir en su Obispado; porque dichas Capellanias no piden residencia, ni el Capellan está obligado a dezir las Misas por si mismo, y cumple sufficientemente con mandarlas dezir por vn sustituto. Esto es cosa certissima, en que no puede aver duda, por estar assi determinado por la Sacra Congregacion de Cardenales, y por tres decisiones de la Rota, como refiere Diana, part. 9. tract. 2. resol. 14. y comunmente lo dizen assi los Doctores, Barbosa de potest. Episc. part. 2. alleg. 24. num. 29. Bonac. de Sacram. disp. 4. quat. ult. part. 7. Azor, 1. part. lib. 10. cap. 8. q. 5. y otros citados por estos. La razon es, porque en este grauamen puesto en la fundacion de algunas Capellanias de la fuerte, que se propone en la pregunta, no se determina persona, que diga las Misas, ni se obliga al Capellan, que por si mismo las diga; sino solamente se determina el lugar, Iglesia, o Capilla donde quiso el fundador que se dixesen: de lo qual se colige, que la voluntad del fundador fue, de que la tal Iglesia, o Capilla fuese frecuentada, autorizada, y venerada, por lo qual obligò, que alli se celebrase, no que el mismo Capellan por si mismo celebrase: porque su intencion queda satisfecha, y cumplida celebrando qualquiera Sacerdote; y assi si solamente se explica en la fundacion de las Capellanias la obligacion de dezir las Misas en tal Altar, o Capilla, o Iglesia determinada desta Ciudad, es certissimo, y sin controuersia, que cumple su Ilustrissima dexando sustituto, que diga las Misas, y no pueden ser dadas por vacantes dichas Capellanias, por razon de la eleccion para el Obispado de Cagayan, ni por razon de aver de estar ausente de Manila por esta causa.

188. Mayor dificultad ay: Si en la fundacion de alguna, o algunas Capellanias se explicase, que el Capellan por si mismo diga las Misas, si semejantes Capellanias deben vacar, por aver de ausentarse su Ilustrissima para asistir en su Obispado? Responde, que ni las Capellanias, en cuya fundacion se explicase esto, deben vacar: Los fundamentos, que para esto tengo, son los siguientes. El primero del Derecho Canonico, reg. potest. 68. *Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.* y reg. 72. *Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum.* de reg. iur. In. 6. Lo que vna persona puede hazer por si misma, puede hazerlo por vn sustituto, y lo que haze

por

por vn sustituto, es lo proprio que si lo hiziera por si mismo; y lo mismo consta cap. Mulieres. de sent. excom. Lo mismo consta del Derecho Ciuil. l. Prator. ff. de vi. & viarmata. *Deiussit etiam is videtur, qui mandauit, ut aliquis deiceretur parui enim referre visum est, suis manibus quis deiciat, an vero per alium.* Y mas abaxo: *Si iussit deiecit ipse,* especialmente quando no ay especial industria, o arte en la persona obligada; sino que igualmente se puede hazer por otra qualquiera, como en el caso presente, que qualquiera Sacerdote dize igualmente las Misas en la misma Capilla, o Altar. Y no es verisimil, que el fundador entendiese, que siempre el Capellan de su Capellania avia de ser de mayor santidad, o de mayor autoridad, que todos los demás Clerigos Sacerdotes desta Ciudad; porque bien sabia, que en diferentes tiempos era fuerza, que entrassen en su Capellania diuersas personas de distintas condiciones, y calidades: y assi no es verisimil, que escogiese la persona de su Capellan, para que por si mismo, y no por otro dixesse las Misas, pues de esso no facaba particular fruto; sino solamente fue su intento, que el Capellan por si mismo estuviese obligado a dezir, o mandar dezir las Misas. De fuerte, que sobre la persona del Capellan cargue la obligacion, de que se digan en tal Iglesia las Misas; no que el mismo Capellan las deba dezir por si mismo, sino que sobre el mismo Capellan cargue la obligacion, y cuidado de que se digan, o por si mismo, o poniendo quien las diga.

189. El segundo fundamento es de vna doctrina, que dan Perez de Lara, lib. 2. cap. 7. num. 6. y Garcia de Benef. tom. 2. part. 7. cap. 1. num. 89. y es quando en la fundacion de la Capellania, no solamente se pone al Capellan la obligacion de dezir las Misas en tal Capilla, o Iglesia, sino que tambien se le pone otra, o otras obligaciones, de que asista al Coro, o ayude al Cura, o asista a tal Iglesia a oír confesiones, o cosas semejantes. En tal caso la Capellania pide residencia, y asistencia del Capellan, al modo de las Prebendas, y Curatos; y es intencion del fundador, que la misma persona diga por si misma las Misas, y se dé a conocer, que asiste alli para estas funciones, y que sepan los vezinos de la Ciudad, que ay alli persona determinada presente, a quien acudir a estas cosas. En caso que alguna Capellania tuviese este grauamen, deberia darse por vaca luego que su Ilustrissima se ausentasse desta Ciudad para su Obispado; pero quando solamente pone la fundacion obligacion de que diga el Capellan por si mismo las Misas en tal Capilla, se conoce,

que solamente pretendió el fundador el fruto del Sacrificio, y que aquella Capilla se frecuentasse, y autorizasse, y no especial asistencia del Capellan, que esta no hazia a su intento, sino especial obligacion, y cuidado, que tenga de que alli se celebre; y esto está determinado por vna declaracion de Cardenales, que trae Manuel Rodrig. que dize assi: *Si Capellanus habeat onus celebrandi certis Missis, & coadiuvandi in Cura animarum in Ecclesia Plebanatus, dicitur requirere residentiam: at si solum Capellania habeat onus celebrandi Missas, cum Plebanus possit per alios Missas dicere, non dicitur requirere residentiam personalem.*

190. El fundamento tercero es, porque l. Titio centum. 70. el 2. ff. de condit. & demonst. se determina, que si a vna persona le dexan vn legado de cien ducados, o mas, con condicion de que asista en tal Ciudad perpetuamente, que puede recibir el legado, y no le obliga la condicion; y dá la razon el texto: *Potest dici non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur.* La disposicion de que asista el legatario en vna misma Ciudad deroga al derecho de la libertad, que gozan los hombres libres, y assi no obliga a dicha asistencia, porque seria vna especie de seruidumbre. Suelen los Doctores limitar esta ley, de que se entienda en caso, que la asistencia del legatario en tal Ciudad, no sea de especial conmodo, y utilidad de alguno, a quien el testador quiso hazer esse fauor; por que si la asistencia de la persona en tal lugar, cediese en fauor notable de alguno, o de ella resultasse algun bien, que pretendió el testador, el legatario tiene obligacion de cumplir la condicion, y de asistir en aquella Ciudad. Assi lo dizen Bart. y Paulo, y Imola sobre la dicha ley, y Acofta, 2. select. cap. 19. num. 9. y Pelaez de Mieres, 1. part. de maioratu. q. 57. num. 3. y Greg. Lop. sobre las leyes del Reyno, part. 3. tit. 18. l. 88. y Ioann. Lupus de donat. §. 2. num. 3. Pero si dicha asistencia no conduce para algun bien, o utilidad notable, sino solamente de coartar, y obligar a la persona a que asista alli, no le obliga la asistencia. En el caso presente, que la fundacion de la Capellania pide, que el Capellan diga las Misas por si mismo, sin pedir otra cosa, no cede en particular bien, o fauor del fundador, que el Capellan asista siempre en Manila a dezir el mismo, y no por sustituto las Misas; ni conduce para la frecuencia, y autoridad de la Capilla donde las mandò dezir, porque igualmente es frecuentada diziendo las Misas otro Sacerdote: y assi no hallo, que ceda en particular fauor del fundador, ni de

L. 2

fu



su intento, el que asista el Capellan en Manila a dezir las Misas; y así no está obligado. Y esto quiso dezir Lambertino, lib. 1. q. 9. art. 1. y Reginald. in praxi. lib. 30. tract. 3. num. 232. que quando en la fundacion de vna Capellania se pone tal condicion, que induce grauamen inmoderado, no obliga. Y esta condicion de asistencia personal para dezir por si mismo las Misas, sería grauamen terrible, sin notable utilidad, o me, ora de la obra pia, que no pudiera el Capellan salir a negocios, y oficios grauissimos, que se le pueden ofrecer meramente, porque el Capellan diga la Misa, y no otro. Y esto mismo se colige del Sacro Concilio de Trento, Sess. 15. cap. 5. donde manda, que no se derogue a las obligaciones ciertas, que se ponen en la fundacion de las Capellanias: porque la razon pide, que las cosas bien ordenadas se cumplan, y observen; y carga tan graue sin especial utilidad, no está bien ordenada en la fundacion, y así se debe presumir, que el fundador solamente pretendió en aquellas palabras, que el Capellan por si mismo cuyde de que se digan las Misas en tal Capilla, no ligar al Capellan a que las diga. Y las declaraciones, que suelen alegarse de la Congregacion Sacra de Cardenales, para que el Capellan diga por si mismo las Misas, quando así se dispone en la fundación, hablan en este caso, quando de las palabras de la fundacion se colige, que el fundador no solamente pretendió, que se frequentase, y autorizase la Capilla, y que allí se celebrase, sino otro bien, y fauor grande, que resultase de la asistencia del Capellan. Como si dispusiese, que el Capellan sea Theologo, o Confessor, y que asista allí a oír confesiones; a ayudar al Cura, o cosa semejante, en que pidiese particular bondad, o letras del Capellan; no quando solamente pide, que diga Misas en tal Capilla, o Altar.

191. El último fundamento es, que así lo dicen Autores graues, Machado tom. 2. lib. 4. part. 1. tract. 12. docum. 16. donde pregunta de la obligacion, que el Capellan tiene de celebrar por sí, quando lo manda la fundación: y responde, que no están obligados a dezirlas por sí; y que así lo enseñan comunmente los Doctores, dizelo tambien Fr. Martin de San Joseph en la Summa, lib. 1. de Euchar. tract. 17. Al otro punto desta misma pregunta se responde, que puede su Ilustrissima mandar dezir las Misas de las Capellanias, que tuviere, así las que tienen grauamen de dezirlas en tal Iglesia, como las que no lo tienen, dándole a qualquiera Sacerdote la limosna, que ordinariamente se fuele dar en estas Islas por cada Misa, reservando para sí lo demás, que

corresponde de la renta a cada Misa; porque aviendo declarado la Sacra Congregacion de Cardenales, que el Sacerdote, que recibe limosna de Misas, y las manda dezir a otros Sacerdotes, les debe dar toda la limosna, que recibió, sin reservar para sí parte alguna de ella (la qual declaracion se promulgó por mandado de Urbano VIII. el año de 1625.) despues la misma Sacra Congregacion declaró, que esto no se entienda de los Beneficiados, y Capellanes, quanto a las Misas a que están obligados por los titulos de sus Capellanias, y Beneficios: las quales pueden mandar dezir por la limosna, que ordinariamente corre, reservando para sí lo demás, que a cada Misa corresponde. Y así puede su Ilustrissima dar la limosna de dichas Misas a quatro reales, y si tuvieran algun grauamen especial a seis, y retener lo demás para sí.

192. Al último punto desta pregunta se responde, que no ay obligacion de conceder a su Ilustrissima dispensacion en el grauamen, de que las Misas se digan en tal Capilla, quando se manda así en la fundacion de la Capellania. La razon es, porque pudiendo su Ilustrissima mandar dezir las Misas pagando la limosna ordinaria, y reteniendo para sí lo restante, no es muy graue el grauamen, que tiene; y respecto del fundador, y de su intencion, quando dispuso, que las Misas se dixesen en tal Capilla, o Iglesia, se haze notable agrauio: porque pretendió la frecuencia de la tal Capilla, y que la gente, que allí acudiesse, le encomendase a Dios a él, y a sus difuntos, y a todo esto se faltaria; y los que saben la fundacion de tal Capellania, y los Patronos perderian el afecto, y deuocion a dexar semejantes obras pias, viendo, que no se cumple lo dispuesto por el fundador. Todo lo qual haze mas contrapeso, que el bien, que puede resultar a su Ilustrissima de dezir en su Obispado las Misas, que tienen esse grauamen: y así dezimos, que no ay obligacion de conceder a su Ilustrissima esta dispensacion; porque para que hubiera obligacion de dispensar de suerte, que las personas a quienes tocáre dar la dispensacion estuviesen obligados a concederla, era menester grauissima causa de que dando la dispensacion se evitase algun graue daño, o se siguiese algùn notable bien; que de otra suerte no pudiera conseguirse, como prueba Sanchez, lib. 3. de matrim. disp. 10. q. 1. y añadimos, que ni es bien conceder dicha dispensacion por las razones de arriba.

193. A la tercera pregunta se responde al primer punto, que dado caso, que alguna de dichas Capellanias debiese vacar por pe-

dir

dir residencia del Capellan, que es dispensable. Dizenlo Man. Rod. tom. 1. Summa. cap. 772. 23. Lambertino de iure Patron. 1. part. lib. 2. q. 10. art. 7. num. 4. Cabedo de Patron. Regiæ Coronæ. cap. 12. num. 4. y Barbosa de potest. Episc. alleg. 24. num. 36. y Henric. lib. 9. cap. 24. y otros muchos. La razon es, por que como se dixo arriba estas Capellanias son vnos legados pios, que con obligacion de dezir tantas Misas con tales circunstancias, dexaron los fieles; y los legados pios pueden ser comutados, mudandolos quanto a la substancia de vnos en otros, aviendo causa justa, y necesaria, como determina el Sacro Concilio de Trento, Sess. 22. cap. 6. Luego por mejor razon se puede dispensar este legado en vna circunstancia tan accidental, como esta, de que diga otro las Misas, y resida por el Capellan; especialmente que esta mas es comutacion de vna cosa accidental, que dispensacion: porque no se omite cosa alguna de las que manda el fundador, sino se comura vna persona en otra mas defocupada, y que sin faltar a otra cosa, puede asistir a dezir las Misas, y servir la Capellania, y cumplir todas las circunstancias, que dispone la fundacion.

194. Al segundo punto (de quien puede dispensar) se responde, que siendo la causa graue, y urgente, puede el Ordinario por sí solo; y no aviendo causas muy graues, es necesario para dispensar, que concurren para la dispensacion el Ordinario, y el Patron. Así lo afirman Machado, to. 2. lib. 4. part. 1. tract. 2. docum. 15. y Bonac. de Sacrif. Missæ, disp. 4. quæst. ult. punct. 7. Lambert. lib. 3. de iure Patroni. q. 6. art. 6. num. 3. y otros citados por estos. En el caso presente la causa es graue respecto de cosa tan leue, como lo es dispensar en que por vn sustituto se digan las Misas, como se dixo arriba: y así bastaria solo el Cabildo, que es en Sede vacante el Ordinario, y tiene todo lo jurisdiccional de los Ilustrissimos señores Arçobispos; y especialmente, que el Cabildo Sede vacante pueda dispensar en todo lo que pudiera el Prelado Obispo, lo dicen expresamente Nauarro de tempor. ordinat. conf. 3. y Henric. lib. 14. de irreg. cap. 20. y Man. Rod. tom. 1. Summ. cap. 71. num. 5. y no es necesario el consentimiento del Patron.

195. Al punto tercero de la misma pregunta, si puede inouar en esto el Cabildo hasta que venga nuevo Prelado, se responde, que en todo lo que podrá inouar el nuevo Arçobispo quando venga, acerca destas Capellanias, podrá inouar aora el Cabildo en Sede vacante: y en lo que aora no pudiere el Cabildo, no podrá despues el Prelado quan-

do venga. La razon es, porque el Cabildo goza plenamente de toda la jurisdicción, que toca al Arçobispo, como se colige del cap. Si Episcopus, y del cap. Ecclesiæ. de supplenda neg. Præl. y lo afirman comunmente los Doctores, Sanch. de matrim. lib. 8. disp. 2. Garcia de Benef. 5. part. cap. 7. Solòrg. lib. de iure Ind. lib. 3. cap. 13. y otros citados por estos. Pero en las Capellanias, que tiene el Ilustrissimo señor Obispo electo de la Nueva Segouia, no tiene cosa de importancia, que inouar el Arçobispo quando venga, ni el Cabildo aora; porque ya queda probado, que no pueden vacar las Capellanias a cuyo titulo recibió las Ordenes Sacras, hasta que sea confirmada la eleccion, y se pasen los tres meses, que el Sacro Concilio Tridentino, Sess. 23. cap. 2. concede para la Consagracion; y las demás Capellanias no vacan, ni pueden ser proueadas, ni declaradas por vacantes por el Prelado, hasta el mismo tiempo. Y lo mismo es de las Capellanias, en cuyas fundaciones ay este grauamen, que las Misas se digan en tal Capilla, o Iglesia desta Ciudad, y que las diga el Capellan por sí mismo, que no vacan por la ausencia de su Ilustrissima, pues puede dezir las Misas por vn sustituto hasta los tres meses despues de recibidas las Bulas de la confirmacion. Luego no que la cosa de importancia en que se pueda inouar, pues conforme a Derecho, no le puede quitar el Cabildo, o Prelado, que viniere, las dichas Capellanias, si no es que la fundacion de alguna pidiese, que asistiese para ayudar al Cura, o a oír confesiones en tal Iglesia, o cosa semejante, que pidiese residencia; que en tal caso sería menester dispensacion del Cabildo para no residir, y servir la tal Capellania por sustituto, y no queriendo el Cabildo conceder la dispensacion, vacaria.

### CONSULTA XXXIII.

*Si los Clerigos, Curas, y Prebendados deban restituir, si omiten el Oficio Diuino?*

#### PROPOSTA.

**P**Reguntase si los Clerigos, que tienen Capellanias a cuyo titulo se ordenaron, están obligados a restituir, si algunos dias dexasen de rezar el Oficio Diuino, y quantas cantidad deberán restituir? Y lo mismo se pregunta de los Curas, y Beneficiados de los partidos de los Indios, y Prebendados, y se pide, que venga expresada con toda claridad la obligacion de cada vno, y por qué causas, o ocasiones quedarán defobligados en todo, o en parte de dicha restitucion?

P. A.

## PARECER XXXIV.

196. **R**espondefe, que todos los Clerigos, que tienen Capellanias, ò Beneficios con Cura de almas, ò fin ella, fi paffados feis mefes desde la colacion, y pacifica poffeffion de fus Capellanias, y Beneficios, dexan de rezar algun dia, ò alguna hora de las Canonicas culpablemente, eftàn obligados a reftituir. La razon deffo es, porque affi lo determinò en el Concilio Lateranense vltimo Leon X. en vna Bula, que empieza *Su-perna*, que es la feptima deffe Summo Pontifice, en el Bulario de Cherubino, §. 38. cuya determinacion bolviò a confirmar, y revalidar Pio V. en vna Constitucion, que despachò a 20. de Setiembre de 1571. que es la Bula 135. deffe Pontifice en el Bulario de Cherubino. Las palabras de ambas Bulas son las mismas, que dicen affi: *Quicumque habens Beneficium Ecclesiasticum cum Cura, aut sine Cura, si post sex menses quam illud obtinuerit, Diuinum Officium legitimo cessante impedimento non dixerit, Beneficiorum suorum fructus pro rata omissionis Officij, & temporis, suos non faciat, sed eos tanquam iniuste perceptos in fabricam ipsorum Beneficiorum, vel pauperum elemosinas erogare teneatur.* En conformidad de estos Decretos afirman comunmente los Doctores por cosa cierta, è indubitable, que todos los que gozan Capellanias, ò Beneficios Curados, ò fin Cura de almas, y qualesquiera Prebendas, eftàn obligados en conciencia a reftituir la cantidad de la renta, que corresponde a los dias, ò horas, que dexaron de rezar. La cantidad, que han de reftituir por cada dia, y hora, que dexaron de rezar, la declaró Pio V. en la dicha Bula affi: *Qui horas omnes Canonicas uno, vel pluribus diebus intermiserit, omnes Beneficij, seu Beneficiorum suorum fructus, qui illi, vel illis diebus responderent, si quotidie diuiderentur; qui vero Matutinum tantum, dimidiam: qui ceteras omnes horas, aliam dimidiam: qui horarum singulas sextam partem fructuum eiusdem diei amittat.* De fuerte, que por cada dia, que dexare todo el rezo, ha de reftituir toda la renta de fus Capellanias, Beneficios, y Prebendas, que corresponden al rezo de aquel dia; y si se dexa de rezar los Maytines de vn dia, y reza todas las horas, debe reftituir la mitad de la reeta de aquel dia. Y lo mismo es, si reza los Maytines, y dexa todas las demás horas, y por cada vna de las seis horas del dia, que no rezare, debe reftituir la sexta parte de aquella mitad; que se deberia reftituir, si se dexasse todas seis horas. Y esta reftitucion està obligado a ha-

zerla en conciencia el que dexò de rezar, auti que no se lo mande, ni le compela el Prelado, ò Juez a reftituir por sententia, ò fin sententia; porque esta no es pena, ni castigo, ni multa, en que se le quite de lo que ya es fuyo por la culpa, que cometió en no rezar: no es desta fuerte, sino que la renta de las Capellanias, y Beneficios se adquiere mediante el rezo Canonico, y affi el que no reza, no adquiere dominio de la cantidad, que corresponde al tiempo, que no reza, y configuientemente como hazienda, que no es fuya, sino agena, la debe reftituir: como al que le dan cien pesos para que trabaje cien dias, està obligado a reftituir tantos pesos, como dias dexò de trabajar. Affi lo dicen expreffamente los dichos Decretos del Concilio Lateran. y de Pio V. *Beneficiorum suorum fructus pro rata omissionis officij, & temporis, suos non faciat.* Y se colige de otros textos del Derecho, cap. *Quia* per ambiciosam. de rescrip. in. 6. *Beneficium Ecclesiasticum datur propter officium.* Y cap. *Eos.* dist. 81. *Sicut se iustissime ab officio alienos faciunt, ita Beneficio Ecclesiarum priuatos esse adiudicamus.* La Bula de Leon X. añade otra pena a los que con contumacia perseueran en no rezar, y es, que pierdan las Capellanias, y Beneficios; y dize, que para este efecto de perder por esta causa la Capellania, ò Beneficio, se requiere, que en quinze dias no reze por lo menos dos vezes: *Intelligatur officium ommittere quo ad hoc, ut Beneficio priuari possit, qui per quindecim dies illud bis saltem non dixerit.* Pero esta priuacion del Beneficio, ò Capellania, como es perder cosa, que ya era fuya, es en rigor pena, que no se incurre, hasta que aya sententia de Juez, por mucha que sea la negligencia, y contumacia en no rezar en muchos años.

197. Aunque las rentas de Beneficios, y Capellanias se adquieren mediante el Oficio Diuino; có todo effo la piedad de la Iglesia quiso, que ganassen las rentas por entero, y no estuuiessen obligados a reftituir los que sin culpa dexassen de rezar, por qualquiera causa, ò impedimento legitimo, como si estuuiesse enfermo, ò fin culpa fuya le faltasse Breuiario, ò le sobrevinieffe tan vrgente ocupacion, que en conciencia le escufasse de la obligacion de rezar, ò por olvido natural se lo dexasse. Affi lo dicen expreffaméte dichos Decretos: *Diuinum Officium legitimo cessante impedimento non dixerit.* Y en los seis meses primeros, que tienen el Beneficio, ò Capellania, aunque si dexassen de rezar pecan mortalmente; con todo effo no les obliga la Iglesia a reftituir por las horas, que dexaren en dichos seis meses. Y aunque algunos raros

Auto-

Autores han dicho, que desde el primer dia, que recibieron la colacion del Beneficio, deben reftituir si dexan de rezar, porque les parece, que siendo pecaminosa la omiffion, no ay titulo para defobligarles de la reftitucion; pero no obstante que pequen, tengo por cierto, que no deben reftituir, porque expreffamente los dichos Decretos los exceptuan: *Si post sex menses quam Beneficium obtinuerit, Diuinum Officium non dixerit, fructus suos non faciat.* Es piedad de la Iglesia, que en los seis primeros meses no quió poner esse grauamen de que no hagan los frutos suyos los Beneficiados, y Capellanes, que no cumplieren la obligacion del rezo; pero paffados los primeros seis meses vn dia solo, que dexen de rezar, aunque sea vna hora sola Canonica, deben reftituir lo que le corresponde, por que affi se determina en el Decreto de Pio V. que dize, que el que dexare de rezar vn dia, ò muchos dias todas las horas, ha de reftituir toda la renta de fus Beneficios, que corresponde a aquel, ò a aquellos dias. Y luego mas abaxo determina, que el que dexasse de rezar Maytines reftituya la mitad de lo que le fructifica el Beneficio aquel dia; y el que rezados los Maytines dexa las demás horas, debe reftituir tambien la mitad; y el que dexasse vna de las seis horas Canonicas del dia, debe reftituir la sexta parte de aquella mitad. Aqui claramente se vé, que por vn solo dia, que dexen de rezar despues de paffados los seis meses, les manda reftituir, y dispone, que aquel dia no ganen, ni hazen suyos los frutos del Beneficio; y el que dexasse de rezar vna sola hora Canonica de las del dia, de la misma fuerte no gana los frutos del Beneficio, que corresponden a dicha hora. Esta reftitucion se ha de hazer, ò a la fabrica de la Iglesia, ò a los pobres, con esta distincion, que si lo reftituye para la fabrica, ha de ser para la misma Iglesia de su Beneficio, ò Capellania, porque affi lo determina la Bula de Pio V. pero si reftituye a pobres, puede darlo a qualquiera pobres, aunque sean de otro lugar, porque la Bula no determina a que pobres, y tambié se puede reftituir componiendose con Bulas de cõpoficion, que es reftitucion menos costosa.

198. Tambien fatisface a esta deuda con las limosnas, que despues de averla contraido hiziere, aunque quando las haze no se acuerde de que debe cosa alguna: porque de todos se presume, que quieren fatisfacer, y librarfe de la mayor obligacion con las acciones, que son suficientes para este efecto; pero las limosnas, que hizo antes de la omiffion del rezo, no fatisfacen a esta deuda, porque lo que se dió ya, y passò al dominio del pobre, no le

puede aplicar el Capellan por paga de la nueva deuda, porque ya no es fuyo. Y affi lo determinò Alexando VII. condenando entre otras la proposicion siguiente, que es la 33. *Restitutio fructuum ob omissionem horarum suppleri potest per quascunque elemosinas; quas antea Beneficiarius de fructibus sui Beneficij fecerit.* Y condenando el Papa, que valgan por reftitucion las limosnas hechas antes de la omiffion, aprueba, y concede, que valen para dicha reftitucion las que se hazen despues de la omiffion, cap. Nonne. de presump. *Vnum negauit, alterum tacendo concessit.* Y affi la Glosa: *Quod de vno negatur, de alio conceditur.* Y l. Cum prater. ff. de iud. *Cum enim ex pluribus iudicare vetat, ceteris id committere videtur.* Todo lo referido es doctrina cierta, y puesta en practica en toda la Iglesia Catolica, y es comun entre los Doctores, especlalméte de los que han escrito despues del Decreto de Pio V. Veanse Nauarro, in Summ. cap. 25. num. 122. Medina, in Summ. §. 1. num. 166. Lessio, lib. 2. cap. 34. Bonac. to. 1. tract. 4. disp. 1. q. 5. pun. 2. Villal. to. 1. tract. 24. dif. 27. Y aora es mas cierta, è indubitable; porque Alexando VII. en la Congregacion de los señores Cardenales de la Santa vniuersal Inquificion de Roma, la determinò, y condenò lo contrario entre las proposiciones, que cõdenò por lo meños por escandalosas, y excomulgó, reservando al Papa la absolucion, a qualquiera que defendiere alguna de ellas, y manda con grauissimo precepto, que ningun Christiano las siga. Entre las dichas proposiciones prohibidas, la 20. es como se sigue: *Restitutio à Pio V. imposta Beneficiariis, non debetur in conscientia ante sententiam declaratoriam Iudicis, eo quod sit pana.* Para averiguar en que casos puede escufarse la reftitucion, y en quales no, se propondrán cinco dudas, ò dificultades.

199. La primera es, si el Capellan Beneficiado, que dexa de rezar, debe reftituir lo que corresponde a los dias, que no rezò, de todos los frutos del Beneficio; ò si puede tomar la parte, que corresponde a las otras cargas del Beneficio, ò Capellania, y de lo restante reftituir lo que corresponde a los dias, que no rezò? La primera opiniõ, que tiene Azor, 1. part. lib. 10. cap. 14. q. 5. y otros, afirma, que toda la renta del Beneficio, ò Capellania, corresponde al rezo de tal fuerte, que si dexò de rezar todo el año, debe reftituir todos los re-ditos, y emolumentos de todas las Capellanias, y Beneficios, que tuviere de aquel año, sin quedarle cosa alguna de re-ditos de aquel año por las demás cargas de su Beneficio, ò Capellania, a que avrá fatisfecho; y si en todo

vn

vn año dexa de rezar vn mes, deberá restituir la duodezima parte de todo lo que aquel año le valieren los Beneficios, ó Capellanias, que tuviere; y si dexa de rezar vn dia, respectivamente debe restituir todo lo que corresponde a aquel dia. Esta sentencia se funda en la letra de dichos Decretos, que absolutamente dizen, que el que dexare de rezar vn dia está obligado a restituir todos los frutos de sus Beneficios, que corresponden a aquel dia. *Omnes Beneficij, seu Beneficiorum suorum fructus qui illi, vel illis diebus responderent, si quotidie dividerentur, amittat.* La segunda opinion es mas probable, y mas comun, que dize, que se ha de sacar de los reditos de la Capellania, ó Beneficio la parte, que corresponde, y se debe al Beneficiado, ó Capellan por las otras cargas del Beneficio, y Capellania: y lo restante corresponde a las horas Canonicas, y se debe restituir segun la rata de los dias, que le dexó el rezo. Esta opinion lleuan Soto, lib. 10. de iust. q. 5. art. 6. Lessio, lib. 2. q. 34. dub. 32. Aragon, de iust. q. 83. art. 13. Medina, in Summ. §. 1. fol. 166. y otros. El fundamento desta opinion es, porque las palabras del Decreto de Pio V. en que dize, que todos los frutos del Beneficio, que corresponden al dia que no rezó, se deben restituir, se entienden de todos los frutos, que no corresponden, ni se deben por otras cargas: y que en este sentido se deba entender dicho Decreto, consta, porque esto es mas conforme a equidad, y a la igualdad de la justicia commutativa. *Placuit. C. de Iudicij. Placuit in omnibus rebus precipuam esse iustitia, aequitatis que rationem.* Segun esta doctrina, que es la mas comun, y la que se debe seguir, para saber lo que debe restituir cada vno, si dexare de rezar algun tiempo, el que tiene Capellania ha de considerar las Missas, que por razon de la Capellania está obligado a aplicar, y por cada Missa ha de descontar en estas Prouincias de Indias quatro reales, que es la limosna ordinaria, que se dá por vna Missa, y de todo lo restante de los reditos ha de hazer rata, y ver quanto le caue a cada mes, ó a cada dia, y en esta proporcion debe restituir por las omisiones del rezo. El exemplo está: Las Capellanias ordinarias desta tierra suelen tener de reditos ciento y cinquenta pesos, y lo ordinario es tassar las Missas de Capellania a veinte reales la limosna de cada Missa: son sesenta Missas, saca por razon desta carga, y obligacion treinta pesos, quedanle ciento y veinte pesos, corresponde a cada mes diez pesos, y estos deberá restituir, si dexa de rezar vn mes entero, y en esta forma se ha de prorratear, si dexare de rezar mas, ó menos de vn

mes: de tal suerte, que si el Capellan en todo vn año no rezasse, ni dixesse Missa, debería pagar los treinta pesos a quien dixesse las sesenta Missas a que le obligaua la Capellania, y los ciento y veinte debería restituir por la omision del rezo; y assi como no hizo officio alguno de Capellan, no ganó cosa alguna de los reditos de la Capellania. Y feria rigor demasiado, y desigualdad, obligarle a pagar segun la primera opinion referida, los ciento y cinquenta pesos, por que no rezó, y otros treinta para hazer dezir las Missas, porque excederia notablemente la carga de la Capellania a los frutos della.

200. De la misma fuerte debe restituir los diez pesos por la omision del rezo en vn mes, y no menos; porque si restituyese menos, le quedarian frutos de la Capellania sin averla servido en cosa alguna, que es contra la igualdad, que quisieron poner Leon X. y Pio V. entre los frutos del Beneficio, ó Capellan en el Culto Diuino. Y si algun Capellan para no verse obligado a restituir dixesse, que todos los ciento y cinquenta pesos corresponden a las sesenta Missas, porque segun el arancel de los señores Arçobispos, la limosna de las Missas de Capellania está tassada a veinte reales cada Missa: respondo, que la tassacion, que se haze de las Missas de Capellania por limosna mas excessiua, no es para que a cada Missa correspondan veinte reales, sino porque el Capellan, que goza la Capellania, queda obligado a otras cargas, como al rezo quotidiano: lo qual claramente se colige del Decreto de celebracione Missarum, que en el Bulario de Cherubino es la Bula 43. de la Santidad de Urbano VIII. que en el §. 4. determina, que el Sacerdote, que recibió limosna para Missas, no puede mandarlas dezir a otro por menor limosna, sino que debe dar al que dize la Missa, todo el estipendio, que recibió por ella. *Omne damnabile lucrum ab Ecclesia remouere volens prohibet Sacerdoti, qui Missam suscepit celebrandam cum certa elemosina, ne eandem Missam alteri, parte eiusdem elemosinae sibi retenta, celebrandam committat.* Y despues en las dudas, que se propusieron a la misma Sacra Congregacion, en la duda octaua se preguntó, si los que tienen Beneficios, ó Capellanias, y encomiendan a otro Sacerdote las Missas de la Capellania, están obligados a darle el estipendio segun los reditos de la Capellania, de fuerte, que correspondan, è igualen los reditos con las obligaciones de las Missas? Y responde, que basta que el Capellan dé al que dize la Missa de la Capellania la limosna ordinaria, que se suele dar en aquella Ciudad, ó

Pro-

Prouincia, y se quede con lo restante. *Satis esse ut rector Beneficij tribuat Sacerdoti celebranti elemosinam congruam secundum morem Ciuitatis, vel Prouinciae, nisi in fundatione Beneficij aliud cautum fuerit.* De aqui consta, que la cantidad mayor del estipendio ordinario, que se dá a los Capellanes, y Beneficiados por las Missas de sus Capellanias, no se les dá por la Missa, sino por otras cargas del rezo, que tiene anexas; porque si toda aquella limosna se diera precisamente por la Missa, la debería el Capellan dar al que dize la Missa, para evitar el logro, que llama damnable, de que retenga para si parte de la limosna de la Missa, y no la dé toda al que la dize.

201. Si las Missas de la Capellania tuvieran algun grauamen, puede el Capellan aplicar por ellas mayor estipendio conforme el grauamen: como si manda dezir Missas a las doze, ó onze del dia, ó antes del amanecer, puede el Capellan descontar de los reditos por cada Missa vn peso, porque ya está acostumbrado, que a los que obligan a dezir Missa a estas horas les dán la limosna a peso. Si el grauamen fuere menor, como si le obliga a dezir Missa en tal Iglesia, y Altar dentro de la Ciudad, puede descontar de los reditos por cada Missa cinco, ó seis reales, y lo restante se aplica por todos los dias del año por el rezo. Si la Capellania trae obligacion de assistir a los Officios Diuinos de alguna Iglesia, se descontará por dicha carga alguna cosa de los reditos, como se dirá aora de los Prebendados. Los Canonigos, y demás Prebendados pueden descontar por la asistencia al Coro, a que están obligados por sus Prebendas, aquella parte de los frutos de la Prebenda, que se gana, ó pierde por dicha asistencia; porque esta parte, que pierden, si no asisten, es la que les dán por la asistencia, y lo restante de la renta de sus Prebendas corresponde al rezo de cada dia: excepto si por razon de sus Prebendas están obligados a aplicar algunas Missas, que en tal caso pueden descontar por ellas en la forma, que se dixo de los que tienen Capellanias.

202. Mas dificultad tiene averiguar quanto deberán restituir los Beneficiados, que tienen Cura de almas, si dexan de rezar algun dia. Lo cierto es, que deben restituir de las rentas del Beneficio por la omision del rezo; porque assi lo determinan Leon X. y Pio V. en sus Decretos: *Quicumque habens Beneficium Ecclesiasticum cum Cura, aut sine Cura, Diuinum Officium non dixerit, Beneficiorum suorum fructus pro rata omissionis suos non faciat.* Qualquiera que tiene renta Ecclesi-

astica, tenga Cura de almas, ó no la tenga, debe restituir por la omision del rezo Canonico. Tambien es cierto, que el estipendio, que se dá a los Curas, mas principalmente se les dá por el trabajo de la administracion, que por el rezo Canonico, a que tambien obliga todo Beneficio: y assi mucha mas parte ha de corresponder a la dicha administracion, que al rezo, especialmente en los Curatos de Indias, que es mucho el trabajo de los Curas, porque no tienen quien los ayude en cosa alguna, y ellos mismos han de oír las confesiones de todo su partido, y administrar los demás Sacramentos, y cuydar de las cosas mas minimas, hasta las que pertenecen a los Sacristanes. Juzgo, que por estas causas los Curas (además de las obenciones, que les dàn por entierros, casamientos, y otras cosas, por que desto no se restituye cosa alguna por las omisiones del rezo, porque se lo dán por su trabajo especial) pueden llevar las quatro partes del estipendio de sus Beneficios por razon de la administracion, y la quinta parte, assi de dineros, como de arroz, ó otra especie, debe distribuir por los dias, que no cumpliere con el rezo Canonico. Assi lo dizen Henriquez, de excom. cap. 13. Lessio, lib. 2. cap. 34. dub. 32. num. 172. Villal. 1. part. tract. 24. num. 6. y Diana, part. 2. tract. 12. ref. 8. y otros, que estos citan. Lo mismo dizen estos Autores de los Obispos, que la quinta parte de las rentas Episcopales corresponde al rezo, y deben prorratearla para restituir, si dexaren de rezar algunas horas del Officio Diuino. De aqui se sigue, que el Clerigo, que se ordena de Orden Sacro sin tener Beneficio, ni Capellania, ni otra renta Ecclesiastica, sino solamente su patrimonio, aunque está obligado a rezar por el Orden Sacro, y comete pecado mortal si dexa de rezar alguna hora, pero no está obligado a restituir, aunque las omite todas.

203. Coligese tambien, que el que tiene dos Capellanias, ó muchas, si dexa de rezar vn dia, ó vna hora culpablemente, debe restituir de todas lo que corresponde al rezo del dia, ó hora, que dexó de rezar; porque de la fuerte, que con vn solo Officio Diuino gana, y haze fuyo todo lo que corresponde a aquel dia de todas las Capellanias, assi con la omision de vn mismo Officio Diuino no lo haze fuyo, y lo pierde en la misma forma. El que tiene Beneficio, Curato, y Capellania, pierde de los reditos de las Capellanias lo que corresponde al rezo que omitió, y tambien del estipendio del Curato: y el que tiene Canonica, ó Capellania, pierde, si omite el rezo, lo que de todo corresponde a la omision.

M

La



204. La segunda dificultad es, si el que rezase sin atencion culpablemente, tendrá obligacion a restituir? Los Autores, que tratá esta dificultad, están diuididos en tres opiniones. La primera afirma, que el que rezase el Oficio Diuino diuertido de proposito, cumple con el precepto de rezario, con tal que en lo exterior no haga obra incompatible cō la intencion, y configuientemente no está obligado a restituir. El fundamento de esta opinion es, porque la Iglesia no manda los actos, que son puramente interiores, ni los castiga, ni conoce dellos. Cap. Consultuisti. 2. q. 5. *Occulta, & incognita illi sunt relinquenda, qui solus nouit corda filiorum hominum.* Esta opinion tienen algunos Autores, S. Antonin. 3. part. tit. 13. cap. 4. §. 8. Siluest. verb. Horæ. num. 17. Palud. in 4. dist. 25. q. 5. art. 2. Medina de orat. q. 14. Lessio, lib. 2. cap. 37. dub. 2. num. 63. Layman, in Theol. Mor. lib. 4. tract. 1. cap. 5. Coninc. de Sacram. in 3. p. q. 83. ar. 6. n. 291.

205. La segunda opinion dize, que no cumplen el precepto de rezar el Oficio Diuino, los que rezan voluntariamente sin atencion, y configuientemente, que están obligados a restituir, si tienen renta Eclesiastica. El fundamento desta opinion es, porque aunque la Iglesia no puede mandar inmediata, y derechamente actos interiores, puedelos mandar segun son forma, y constitutiuos de los actos de virtud exteriores, como se vé en el precepto de la confesion annual, que manda hazer verdadera confesion, y verdadero Sacramento, para el qual necessariamente se requiere dolor interior de los pecados, y confesion dellos, aunque sean puramente internos. Y que la Iglesia manda hazer confesion valida, y que el que la hiziere voluntariamente nula, quebranta el precepto de la Iglesia, lo determinó Alexandro VII. entre las proposiciones, que condenó por escandalosas, de las quales la 14. es como se figue: *Qui facit confessionem voluntarie nullam, satisfacit precepto Ecclesie.* Asentando por verdad, que la Iglesia puede mandar actos interiores, quando son necessarios, para que el acto exterior sea con verdad virtuoso, se figue, que puede mandar, que el Oficio Diuino se reze con atencion interior; porque sin ella no sería acto de verdadera Religion, ni se verifica, que sea oración a Dios, si se haze sin atencion alguna interior, como enseña S. Thom. 2. 2. q. 83. art. 3. ad. 3. *Orando tradit homo mentem suam Deo*; y art. 13. donde prueba, que no pide necessariamente la oracion, que perseverare en toda ella continuamente la atencion interior; pero se requiere necessariamente, que el que llega a orar lleue intencion de atender. *Non ex ne-*

*cessitate requiritur, quod attentio adsit orationi per totam, sed vis prima intentionis, qua aliquis ad orandum accedit, reddit totam orationem meritoriam.* Por lo qual el acto exterior de rezar sin atencion, no es oracion, y configuientemente con él no se cumple el precepto de la Iglesia de rezar el Oficio: especialmente, que en el Derecho se manda rezar con atencion, y cuidado. Cap. Dolentes, de celebrat. Militar. *Districte precipientes in virtute obedientie, ut Diuinum Officium nocturnum pariter, & diurnum studiosè celebrent pariter, & deuote.* Y alli la Glossa: *Studiosè, quantum ad Officium oris, deuote quantum ad Officium cordis.* Esta opinion lleuan Cay. 2. 2. q. 83. à 13. Siluio, ibid. Aragon, ibid. Nauarro, de orat. cap. 13. num. 18. Soto, de iust. lib. 10. q. 5. art. 5. Lopez, 2. par. instr. cap. 103. Suarez, de Relig. to. 2. lib. 4. cap. 26. Ledes. in Summ. to. 2. tract. 9. cap. 4. con. 20. y otros muchos, porque es casi comun sentença.

206. La tercera opinion dize, que rezando de proposito sin atencion interior, no cumplen el precepto de la Iglesia, y pecan mortalmente; pero no quedan obligados a restituir. La primera parte desta opinion prueban con los fundamentos de la segunda opinion; y la segunda parte con algunas reglas del Derecho. I. Factum. ff. de reg. iur. *In penalibus causis benignius interpretandum est.* Y reg. 59. de reg. iur. in. 6. *In penis benignior est interpretatio facienda.* Y reg. 15. *Odia restringi, & fauores conuenit ampliari.* Todas las cosas penosas se han de interpretar lo mas benignamente que se pudiere, y las cosas odiosas se han de restringir, y no conuene estenderlas. El Derecho pone pena de que restituyan a los que no rezan el Oficio Diuino, teniendo Capellania, ó Beneficio: y este Decreto de que restituyan es sin duda odioso, y así conuene restringirlo, è interpretarlo de los que realmente no rezan; y no es conforme a Derecho estenderlo, y ampliarlo para obligar a la restitucion, no solamente a los que no rezan, sino tambien a los que rezan sin atencion. Esta opinion lleuan Toledo, lib. 2. cap. 12. Medina, de orat. cap. 16. y Villal. 1. p. tract. 24. dif. 17.

207. Destas tres opiniones, la tercera me parece, que no vá configuiente, porque por vna parte afirma, que el que reza sin atencion no cumple el precepto, que le obliga a rezar, porque aquella no es realmente oracion, porque le falta la forma constitutua de la oracion, ni es Oficio Diuino, ni acto de Religión, sino vna sombra, y apariencia de oracion, como vn retrato de vn hombre no es verdadero hombre. y los Decretos Pontificios quando dicen, que el Beneficiado, ó Capellan, que

no

no reze el Oficio Diuino, no haze los frutos suyos, hablan del que realmente es Oficio Diuino, y acto de Religion, y de Culto. Si la Iglesia dispone, que no gane los frutos el que no reza las horas, y oraciones Canonicas: como se puede componer con esto, que los gane aquel de quien se verifica, que no ora, ni reza oracion alguna? Especialmente, que si con aquel rezado sin atencion no cumple el precepto de la Iglesia, se figue, que aquel rezado no es el que le manda la Iglesia, y configuientemente no se ganan con él los frutos del Beneficio; porque estos se ganan no con qualquiera acto, ó rezado, sino con el rezado, que dispone, y manda la Iglesia.

208. Al fundamento de dicha opinion se responde, que esta no es pena, sino disposicion de la Iglesia, de que los frutos del Beneficio se ganen mediante la oracion quotidiana de las siete horas Canonicas; y faltando la atencion, no ay oracion de horas Canonicas quanto a la substancia, y así no se ganan dichos frutos. Y aunque esta disposicion por odiosa no se ha de ampliar, sino restringir; pero siempre se ha de verificar la substancia de la disposicion, de que el que no cumple el Oficio Diuino, que manda la Iglesia, no gana los frutos del Beneficio.

209. La primera opinion es probable: lleuanla algunos Autores graues; y tiene razonable fundamento, con que satisfaze probablemente a las razones contrarias; porque dize, que el rezo sin atencion hecho cō reuerencia exterior, es acto de Culto Diuino, y de Religion exterior verdadera: como la idolatria exterior, sin culto interior a los Idolos, es verdadero acto de idolatria exterior cōtra la virtud de la Religion. Y quando manda el Derecho, que se reze con deuocion, habla de la deuocion exterior, que quando actualmente rezá, no hagan acciones exteriores incompatibles con la reuerencia, y atencion al Oficio Diuino: que este sea el intento del texto consta, porque vá reprehendiendo a los que en el Coro están hablando con Seculares. *Inuendunt exterius colloquutionibus laicorū, dum quæ auditum ad indebitos sermones effundunt aures intentas, non porrigunt ad Diuina.* Y la Glossa explicando de la deuocion interna, añade probabilidad, y peso a la otra opinion; pero no la quita a esta; y el exemplo del precepto Eclesiastico del Sacramento de la Penitencia, que obliga a acto interior, pues obliga a recibirlo validamente, tiene tres disparidades. La 1. porque el dolor interior, y confesion de pecados interiores, se requiere necessariamente para que sea valido, y verdadero el Sacramento de la Penitencia; pero el

rezo sin atencion, es verdadero acto de Religion exterior. La 2. disparidad, que la Iglesia no pone nueuo precepto de recibir el Sacramento de la Penitencia, sino solamente determina el tiempo en que obliga el precepto Diuino de recibirlo; y así por esto este precepto Diuino, quanto a la substancia, obliga a actos interiores. La 3. porque la Iglesia en el precepto de la confesion annual manda cosa externa, que es el Sacramento de la Penitencia; y porque este para su valor pide actos interiores por institucion Diuina, por esto no se cumple el precepto de la Iglesia sin actos de dolor interior: no porque la Iglesia lo manda, sino porque el valor del acto exterior, que manda la Iglesia, pende del acto interior por institucion Diuina. Pero el rezo Canonico, todo lo instituyó la Iglesia, que es vn culto Religioso exterior, que independientemente de la atencion interior tiene su valor, y bondad de reuerencia exterior.

210. La segunda opinion es la mejor, mas comun, mas segura, y mas probable; porque el rezo exterior sin atencion de proposito, no es acto de Religion, ni de Culto Diuino, porque no es acto virtuoso, sino pecaminoso, porque se falta en él a la reuerencia, que a Dios se debe, como dize S. Thom. 2. 2. q. 83. art. 13. ad 3. *Si quis ex proposito in oratione mente enagatur, hoc peccatum est.* Y así el que reza de proposito sin atencion, no cumple con el precepto, ni haze los frutos del Beneficio suyos, y está obligado a restituirlos. Pero se ha de advertir, que rarissima vez acontece, que por esta causa aya obligació de restituir; porque como dize S. Thom. art. 13. citado, ay tres atenciones. La 1. a las palabras, en que se atiende a no errar en lo que debe rezar. La 2. al sentido de las palabras. La 3. a Dios: *Triplex est attentio, qua orationi vocati potest adhiberi. Vna, qua attenditur ad verba, ne aliquis in eis erret. Secunda, qua attenditur ad sensum verborum. Tertia, qua attenditur ad finem orationis, scilicet ad Deum, & ad rem pro qua oratur.* Y qualquiera destas tres atenciones basta para cumplir el precepto, y ganar los frutos del Beneficio, como dize alli Cayetano: *Quæcumque attentionum in littera numeratarum eligatur, satisfacit precepto Ecclesie.* Y juzgo, que qualquiera persona por mas diuertida que esté, poniendose a rezar procura atender a lo que reza, por lo menos lo que le parece, que basta para no errar, y no dezir vna cosa por otra, que es la atencion a las palabras, que dize S. Thom.

211. La tercera duda es, si el que dexò culpablemente el rezo, rezando en otro día todo lo que se dexò, queda desobligado de la restitucion? Que no tiene obligacion de restituir,

restituir, dixerón Suar. to.2. de Relig. lib.4. cap. 27. & 29. y Filiucio, to.2. tract.13. cap.10. q.2. La razon de estos Autores es, porque el deudor, que dilata culpablemente la paga, no está obligado a pagar otra cosa mas por la dilación; quando el acreedor no tuvo daño emergente, ni lucro cessante por causa de la dilación: y en caso que dexò de rezar el Beneficiado, no se siguiò lucro cessante, ni daño emergente; y así rezando otro dia todo lo que debió rezar, paga con igualdad lo que debe, y no le queda obligacion de restituir.

212. La contraria opinion es mas común: lleuanla Aragon, 2.2. q. 83. art.13. Henric. lib. 13. cap.14. Bonac. to.1. de hor. Can. disp. 1. q. 5. pun.2. n.5. y otros muchos. Y esta opinion se debe seguir en la practica, porque es conforme a los Decretos Pontificios referidos, que por cada dia, que se omite el rezo, mandan restituir los reditos de aquel dia, y determinan, que el Beneficiado no los hizo suyos; y no ay fundamento para afirmar, que el rezo fuera de su dia, quando ni se cumple con el precepto de la Iglesia, ni le manda la Iglesia que lo reze, ha de ser suficiente para ganarle los frutos, que ya no son suyos. Para mayor inteligencia de esto se advierte, que la obligacion del rezo está fixa a cada dia, como la obligacion de oír Misa al Domingo, y fiesta, que passados no ay obligacion de oírla otro dia; y así el Beneficiado, que reza oy el rezo, que omitió ayer, lo reza sin obligacion ya de rezarlo, como lo rezaria qualquiera, que no fuere Beneficiado, ni tuviese Capellania: y como el que no tiene Beneficio no gana frutos rezando el Oficio Diuino, porque no ay reditos destinados para el que así reza, ni pacto, ni estatuto de que gane frutos por dicho rezo; así por la misma razon el Capellan que reza ya passado el dia: y consiguientemente se ha de dezir, que rezando otro dia no gana igual, porque al rezo en su dia están anexos los reditos de aquel dia, y al rezo, que se reza passado ya el dia, no están anexos los reditos, ni con tal rezo se merecen.

213. La quarta duda es, si está obligado a restituir el que no dexa de rezar hora entera, sino alguna parte de vna hora, o muchas partes de diuersas horas?

214. Respondo lo primero, que si lo que dexa de rezar en vn dia, en vna, o en muchas horas, no llega a materia graue de pecado mortal, no está obligado a restituir cosa alguna. La primera razón de esto es, porque del que dexò materia leue se verifica, que rezò todo el rezo, porque *de modico non est curandum*. l. Si oleum. ff. de dolo. Las leyes, y Decretos no atienden a cosas de poco momento. La segun-

da, recibido está en uso en las Iglesias Cathedralas, y Colegiales, que los Prebendados, que entran en el Coro ya empezado el Oficio, ganán todas las distribuciones, como si huviesen asistido a toda la hora entera: siendo así, que entonces ay interese de partes, pues si el que entrò tarde perdiese alguna parte, lo ganaran los que asistieron desde el principio: luego por mayor razon debe ganar todos los frutos el que omitió materia leue en el rezo particular, donde no se atrauiesse interese de personas conocidas a quié debiese pertenecer lo que perdiese. La tercera, porque seria cosa muy rigida, y expuesta a muchos escrúpulos, si de cada verso, que se dexasse de rezar, huviera obligacion de restituir; y así Pio V. aviendo señalado quanto se debe restituir de los reditos del Beneficio por cada dia, que se omite el rezo, y quanto por los Maytines, y quanto por cada hora del dia, no señaló restitución por lo que es menos de vna hora, dando con esto a entender, que siendo la omisión pequeña de fuerte, que no equivalga a vna hora del dia, no ay obligacion a restituir; y así lo afirman graues Autores, Nauarr. de orat. cap. 10. nu.42. Reginald. in praxi. lib.30. n.44. Suar. to.2. de Relig. lib.4. cap.30. Diana, 2. p. tract. 12. ref.26. Filiucio, to.2. tract.23. cap.10. num.259. Bonac. to.1. de horis Can. disp. 1. q.5. punct.2. num.11.

215. Acerca de qual será materia graue en la omisión del rezo ay varias opiniones, y dexando la de Caramuel, y Marchino, que dixerón, que vna hora del dia como Tercia, no es materia graue, lo qual es contra el común sentir de los Doctores; y dexando por muy estrecha la opinion, que dize, que la tercera parte de vna hora, y menos, es materia graue: parecen mas probables, y moderadas dos opiniones, que están entre estos dos extremos. La vna dize, que la mitad de vna hora, como Tercia, es materia graue, y no llegando la omisión a la mitad de la hora, es materia leue. Así lo afirman el M.P. de Ledesma en la Summa, to.2. tract.9. cap.10. Vega, to.1. cap.228. cas.15. Regin. in prax. to.2. lib.18. cap.12. y otros. La otra dize, que dexar vna hora entera es materia graue, y siendo la omisión de menos cantidad, que Tercia, o Sexta, es materia leue. Así lo afirman Castro Palao, to.2. disp.2. pun.5. Leandr. de Sacram. to.2. tract.6. disp.13. q.31. Y comunmente los Doctores afirman, que dexar vna hora entera es materia graue ( como dize Prado, to.2. Theol. Mor. cap.30. q.7. n.4. y Diana, 6. part. tract.6. ref.6. ) en lo qual dan a entender, que menos de vna hora no es materia graue. El fundamento desta opinion es, porque todas siete

hete horas Canonicas hazen vna obligacion, y hazen vna materia total de vn mismo precepto, y cada hora es parte inmediata, y principal deste todo. Juntafe a esto, que vna hora entera es mucho rezo, y notable cantidad de versos, y por esto Pio V. determinò, que por dexarle Tercia, v.g. está el Beneficiado obligado a restituir, y por menos de vna hora no determinò obligacion a restituir, ni es materia tan notable, ni parte principal, o inmediata de todo el rezo; y así es cierto, que vna hora entera de las quatro menores, y otra qualquiera parte de los Maytines, o de otra hora, que le equivalga, es materia graue, y es muy probable, que la que no equiuale a dicha hora, no es materia graue.

216. Respondo lo segundo, que si la omisión es de materia graue, que llegue a pecado mortal, tiene obligacion a restituir lo que de los reditos le corresponde, sea la omisión de vna misma hora, o sea de muchos pedazos de diuersas horas. La primera razón de esto es, porque en el Decreto de Pio V. se determina, que el que dexa de rezar vna hora de las del dia, debe restituir la sexta parte de lo que correspondió a las seis horas Canonicas del dia. Luego de la misma fuerte está obligado a restituir por otra qualquiera parte del rezo, que equivalga a vna hora de las seis; porque estando ya determinado, que la omisión de vna hora es materia graue, y obliga a restituir, igual grauedad, y obligacion de restituir tendrá otra qualquiera materia del rezo, que iguale a la menor hora entera de las seis horas diurnas.

217. La segunda razon es, porque el que dexa de rezar parte del Oficio Diuino tan notable, que llega a pecado mortal, quebranta el precepto del rezo, y falta grauemente a aquella obra por la qual se ganan los frutos del Beneficio, y sin ella no los haze suyos; y consiguientemente faltando a esta parte notable, no debe ganar la parte de los frutos, que la corresponden. l. Quæ de tota. ff. de rei vendic. *Quæ de tota re vendicanda dicta sunt, eadem & de parte intelligenda sunt.* La summa desta ley dize así: *Quod iuris est de toto, quoad totum, idem est de parte, quo ad partem.* Y así que Pio V. no dixo expresamente lo que debia restituir el que omitiese parte de los Maytines, dixolo implicitamente, y en su semejante, y exemplo; porque los Maytines, y Laudes igualò con las seis horas del dia, y estas horas del dia diuidió en seis partes, y determinò, que el que dexare vna hora restituya la sexta parte de los frutos correspondientes a las seis horas: aqui implicitamente dá a entender, que los Maytines se deben diuidir

en otras seis partes, y por la omisión de cada vna se ha de restituir la sexta parte de lo que les corresponde.

218. De la resolución desta duda se colige lo primero, que si alguno tuviese Beneficio muy pingue, o muchas Capellanias, de fuerte, que aviendose dexado de rezar vna parte pequeña del Oficio Diuino, que no llega a pecado mortal, correspondiese de esta omisión cantidad notable de los reditos, como dos pesos, no está obligado a restituirlos; porque este Decreto da que el Beneficiado, que dexa el rezo, no haga suyos los frutos, es odioso, y se hizo en odio de negligencias graues, y no de vn pecado venial: ni parece conforme a equidad, que por vna omisión leue pierda cantidad graue de los reditos de su Beneficio, y no se ha de entender, que los frutos del Beneficio son puramente paga del rezado del Capellan, como la paga, que señalan cada dia a vn criado, y así no se atiende a que los reditos se igualen con el trabajo, sino a que se le dé al Beneficiado congrua sustentacion, mas, o menos abundante, conforme lo pingue, o tenue del Beneficio, y la Iglesia para que no se descuyden en la precisa obligacion de rezo Canonico, puso este Decreto convencional, que adquieran los frutos mediante el rezo.

219. Lo segundo se colige, que el que tiene Beneficio, o Capellania tan tenue, que dexando de rezar materia graue, le correspondió de los frutos cantidad leue, como medio real, está obligado a restituir; porque siendo la omisión de materia graue, como de vna hora, o de vn Nocturno, que le equiuale, no haze suya la parte de los reditos, que le corresponde, y así como cosa, que no es suya, le debe restituir.

220. Lo tercero se colige, que si vn Capellan dexa en vn mismo dia muchas materias leues, como si en cada hora dexasse algunos pocos versos: si consideradas todas estas omisiones bastan a hazer materia graue, está obligado a restituir la parte de los reditos, que a todas las dichas omisiones corresponden; pero si en diuersos dias dexa muchas materias leues, de fuerte, que los de vn mismo dia no hazen materia graue, aunque la hagan las omisiones de diuersos dias, no está obligado a restituir. La razon es, porque todo el rezo de vn dia cae debaxo de vn precepto, y es vna misma obligacion fixa a aquel dia, y así todas aquellas omisiones, aunque cada vna es leue, juntas disminuyen el rezo de aquel dia notablemente, y hazen graue falta a la obligacion, y carga de aquel dia, y comete pecado mortal, y debe restituir; pero las omisiones

fiones de diferentes dias, como no se vnen para constituir vn pecado mortal, así no se vnen para obligar a la restitucion, porque no disminuyen vna misma obligacion, ni vn mismo Oficio Diuino, sino diuerfos de diferentes dias, y así cada omisión es solamente vn pecado venial, y esto se confirma con la proposicion 29. entre las condenadas por Alexandro VII. que es como se sigue: *In die ieiunij, qui sepius modicum quid comedit, & si notabilem quantitatem in sine comederit, non frangit ieiunium.* Es doctrina cierta, que el que en vn dia de ayuno come muchos poquitos, que todos juntos haría cantidad bastante para quebrantar el ayuno, peca mortalmente; pero si en toda la Quaresima cada dia come materia leue fuera de las horas permitidas, no llega a pecado mortal, porque no se vnen estas materias leues, y las que se hazen en vn mismo dia si: del mismo modo se ha de dezir de las omisiones del rezo.

221. Lo quarto se colige, que el Capellan, que dexa muchos dias materia graue del rezo, y por ser tenue la Capellania correspondiente poca cantidad a la omisión de cada dia, como medio real; todas estas cantidades pequeñas se vnen, y en llegado a hazer materia graue tiene obligacion graue a restituir, que le obliga a pecado mortal. La razon es, porque de los reditos de su Capellania no haze suyo medio real cada dia, y al fin de 20. dias de omisión tiene 10. reales, que no son suyos; luego por ser estos materia graue los debe restituir debaxo de pecado mortal: como el que en 20. dias hurtaffe 10. reales. Y aunque las omisiones leues en diuerfos dias no se vnen para constituir vn pecado mortal, ni para obligar a restituir, como queda dicho; pero los medios reales correspondientes a diuersos dias, se vnen en la bolsa, o en el caudal del Capellan, conque despues de muchos dias de omisión tiene mucho mas de lo que ha de tener, y que no es suyo, como el que hurto muchos poquitos.

222. Duda quinta: Vn Clerigo tiene vna Capellania de 50. pesos cada año, con obligacion de 20. Missas, descuenta 10. pesos por la carga de dichas Missas; preguntase si podrá descontar otros 10. por las cargas del estado Clerical, como es el celibato, no poder tratar, y contratar, traer abitos, y tonsura Clerical, de tal suerte, que queden solamente 30. pesos correspondientes al rezo de todo el año?

223. Respondo, que por dichas cargas del estado no puede descontar cosa alguna, porque los frutos se dan por las cargas del Beneficio, que son las Missas, rezo, asistencia al Coro, si el Beneficio trae esta carga, y no se

dán por las cargas del estado, sino como suponen el estado, suponen sus cargas, y por las dichas cargas del estado tiene el Clerigo los priuilegios del estado, como el del Canon, y del fuero, y otros; y así de los 50 pesos de la Capellania, los 40. corresponden al rezo de todo el año, y dellos se ha de prorratear, y restituir los dias, que no cumpliere el rezo.

## C E N S O de por vida.

### CONSULTA XXXIV.

*Sobre el valor del censo de por vida.*

#### PROVESTA.

VN hombre principal de Manila, viudo, con dos hijos del primer matrimonio, quiere casarse con vna niña, que es también de gente principal. Los que la tienen a su cargo esperan ausentarse en breue desta tierra, y no pueden darle mucho dote, y dicen, que le dé alguna buena cantidad en arras, por si acaso él muriere estando ellos ausentes, no quede la niña pobre, y pereciendo. El ofrece darle tres mil pesos: pidenle, que muestre la hacienda que tiene, si puede darlos. El dió vna memoria de su caudal, y ambas partes piden parecer, si segun ella puede dar tres mil pesos de arras *in utroque foro?*

Vna casa en Manila, que vale 1400. pesos, y tiene de censo 1500. de principal, que quitado el censo vale 1200. pesos.

Esta casa la dexó vna tia suya, para que la goze todos los dias de su vida, y despues paffe a sus hijos, y si no los tuviere, a sus hermanas.

Vna estancia de ganado mayor, que vale siete mil pesos, y tiene de censo 4600. de principal, que quitados vale 2400. pesos.

Treinta y vn esclauos, que valen 2500. ps.

Vna casa en el rio, que vale dos mil pesos, y tiene de censos 1200. pesos de principal, que quitados vale 800. pesos.

Dos posesiones en el Parian, que valen dos mil pesos.

Vna casa en el pueblo de Polo, que vale mil pesos.

Vna Encomienda, que dá de renta mil pesos cada año.

Item, tiene gastados en el trueque de la Encomienda dos mil pesos, y quando se casó la primera vez recibió de dote 400. pesos.

#### PARECER XXXV.

224. Respondo a este caso, que está determinado en las leyes del Reyno, lib. 5. Recop. tit. 2. l. 2. que ninguno pueda dar

dar de arras mas de la dezima parte de su hacienda: y lo dispuesto por esta ley obliga en ambos fueros; en el externo los herederos de el marido obligarán a la muger a que buelva la cantidad, en que excedieron las arras a la dezima parte de la hacienda, y en el fuero interior estará la muger obligada a restituirla; porque la dicha ley anula la donación de arras en quanto el exceso, que hiziere a la dezima parte, y así está recibida en todos los Reynos de España, como lo testifica el vfo, y lo dize Sanch. de matrim. lib. 6. disp. 33. n. 2. Por lo qual para ajustar quánto puede dar de arras se ha de ver lo que vale la hacienda, que en la memoria, que se me ha mostrado, se refiere. Primeramente los dos mil pesos, que gastó en el trueque de la Encomienda, no hazen al caso, porque ya se dieron de regalo al señor Governador N. y no son hacienda del contenido. En las seis partidas que pone (no trato aora del valor de la casa, ni de lo que rinde la Encomienda, que despues diré de estas dos partidas) ay de valor segun se tasa en la memoria 12000. pesos: y fue bien advertido quitar del valor de la estancia, y casa del rio, y de la casa de Manila, las cantidades, que tiene sobre si de censos; porque dichas cantidades no son hacienda del contenido, como dize vna ley: *Id enim bonorum cuiuscumque intelligitur, quod ere alieno deducto superest.* l. Non possunt. ff. de iure fisci. y l. Sub signatum. ff. de verb. signif. y l. Eadem num. C. de collat. y l. Mulier bona. ff. de iure dotis. y mejor l. Non amplius. ff. de leg. 1. y lo dizen Azeued. lib. 5. Recop. tit. 2. l. 2. n. 13. Matienç. ibid. Glos. 2. n. 11. Molina, to. 2. de iust. tract. 2. disp. 431.

225. La Encomienda le vale cada vn año mil pesos: no es suya, mas que por el tiempo de su vida, que no puede disponer de ella, como de hacienda propia, para despues de sus dias, sino que necesariamente pertenece a su hijo el mayor desde el punto que espirare. Por lo qual, para saber lo que esta Encomienda vale al contenido, se ha de considerar, que dicha Encomienda no es otra cosa, sino vn derecho, y accion, que el contenido tiene para cobrar mil pesos cada año todo el tiempo, que le durare la vida. Este derecho vale 1000. pesos segun las leyes del Reyno, lib. 5. Recop. tit. 15. l. 12. donde se determina, y manda, que el censo de por vna vida, que llaman vitalicio, se funde, y constituya por diez mil el millar: de fuerte, que el que impone vn censo por vna vida, compre por precio de 1000. pesos la accion, y derecho de cobrar cada año mil pesos todos los dias de su vida: y así segun las leyes del Reyno, esta renta de mil pesos cada año por tiempo de vna vida, vale 1000. pesos;

y este modo de ajustar segun las leyes del Reyno el valor de vna renta de por vida, para segun el dicho valor colegir la cantidad, que se puede dar en arras, lo aprueban, y defiende graues Autores, Azeued. lib. 5. Recop. tit. 2. l. 2. n. 18. Gutier. 2. p. q. 17. in fin. Molina lib. 1. de primog. cap. 19. n. 41. el qual dize, que así se practica cada dia. Y para que no aya equiuocacion, viendo los Autores, que escriben sobre las leyes del Reyno, encontrados, se advierte, que en el dicho lib. 5. Recop. tit. 15. estaua determinado, que el censo de por vida no se impusiese, ni comprase menos, que a siete mil el millar; y en tal caso mil pesos de renta se reputaban, y estimaban, segun las leyes, en siete mil pesos: y entonces por las leyes del Reyno el censo perpetuo valia a catorze mil el millar; pero despues el Rey Felipe III. mandó publicar vna pragmática el año de 1608. en que ordenó, que el valor del censo perpetuo fuesse a veinte mil el millar, y el de por vna vida a diez mil el millar, y se puso así en la ley 12. del mismo titulo: por lo qual en estos tiempos los mil pesos de renta por vna vida, valen, y se estiman en 1000. pesos. La casa dize, que vale 1400. pesos, y que quitados 1500. que tiene cargados de censo, vale 1200. y le pertenece solamente por los dias de su vida. Para ajustar lo que vale esta casa, y en lo que se puede estimar, no se ha de atender a lo que le pudieran rentar los 1200. pesos, si los pusiera a censo; sino a lo que la dicha casa puede ganar cada año, si la alquilassen. Atendiédo a lo que suelen dar de arrendamiento en Manila por semejantes casas, no dudo, que casa que vale 1400. pesos se alquilaria por mucho dinero. Juzgo, que las casas de mayor porte en Manila, se alquilan por 300. pesos, y 350. y quando mucho por 400. y es rarissima la que ha pasado de año. Por lo qual el contenido, teniendo el vfo, y habitacion de dicha casa por todos los dias de su vida, es lo mismo que tener estos 400. pesos de renta cada año; y quitando los 100. por los gastos, y aderezos, que siempre son menester en casas grandes, quedanle en la casa quando mucho 300. pesos de renta cada año: pues como queda dicho, que la accion, y derecho de cobrar cada año por vna vida vale 1000. vienen a valer los 300. pesos, que vale la habitacion de la casa cada año, 300. pesos, que es lo 1000. de la Encomienda, y los 12000. de arriba, hazen 25000. pesos. De aqui se han de baxar los 400. que recibió del dote de su primera muger, que no es hacienda suya, sino de sus hijos, quedan 21000. pesos. La dezima parte desta cantidad es 2100. y esto solamente puede



puede dar en arras el que tiene la hacienda referida en la memoria puesta en la pregunta, y no mas. Y se debe advertir, que si en vida de su primera muger tuvo aumento la hacienda, se parte el aumento entre marido, y muger, y la parte de los gananciales, que pertenece a su muger, es de sus hijos, y no pertenece al contenido, y así se debe descotar de la cantidad de arriba, y respectivamente de las arras. Esto es bien que se ajuste antes de señalar la cantidad de las arras, y tambien que se tasse quanto podrá valer la habitacion de la casa en vn año, sacados los gastos de aderezos; porque aqui vá puesto muy por mayor segun la cantidad en que suelen alquilarse las casas principales de Manila, sin saber de qual casa en particular se trata, por que la memoria no lo especifica. De la misma fuerte será conveniente, que las otras posesiones se tassén por personas, que lo entiendan, para que la donacion de arras se haga con mas seguridad de conciencia, y no se exceda en daño de los hijos del primer matrimonio, y en el fuero externo quede el trato mas firme, y no se puedan despues oponer contra él los hijos del matrimonio primero.

## COMPRAS, y ventas.

### CONSULTA XXXV.

*Sobre que causas sean bastantes para que uno pueda vender la cosa mas caro de lo que le costó?*

#### PROPOSTA.

**Q**ué causas serán bastantes para que vno pueda vender la cosa a mas precio del que le costó, y quanto le será licito ganar?

#### PARECER XXXVI.

**226. R**esponde, que para vender la cosa a mas de lo que le costó, no es necesaria mas causa, sino que la compre sin fraude, ni violencia, a como vale entonces; y si despues se encarece aquel genero, sin estarlo él todo con esse intento de encarecerlo, lo puede vender a como valiere. Lo ordinario que se suele hazer, es comprar vn genero en vna tierra donde vale barato, y llevarlo a vender a otra donde vale caro; y esto es licito, aunque en pocos dias gane muchísimo, como no impida, que otros lleuen tambien del mismo genero a la misma parte. Otras vezes se compra a vn tiempo, v.g. en la cosecha, quando vale, o suele valer mas barato, para venderlo algunos meses despues, que vale mas caro; y es licito, como no ponga ef-

tancos, ni monopodios, ni prohibiciones de que otros hagan lo mismo. Otras vezes se compra en vna forma, y se vende por mayor precio en otra forma, como si se compra feda, y se vende hecha medias; y es licito, aunque gane mucho, como no aya fraude de los ya referidos. Pero comprar barato, y dentro de pocos dias vender caro en la misma forma, y en vn mismo pueblo, acontecerá rara vez sin fraudes, o injusticia; pero si aconteciese sin fraude, que vno compró barato, y de repente se encareció aquel genero en el mismo lugar, licitamente usará de su ventura, aunque venda a diez lo que le costó medio.

### CONSULTA XXXVI.

*Sobre si en algun caso sea licito comprar la cosa con medida mayor, que la que comunmente se usa?*

#### PROPOSTA.

**A**y por acá algunos Indios, que compran en este pueblo cantidad de arroz, y lo lleuan a vender a Manila, y usan de dos diferentes medidas, o gantas (que es vna medida, que haze medio celemin de España) la vna grande, y la otra algo menor: esta ganta menor es la que está señalada por la justicia, y no la grande. Dizen, pues, que si usan de la ganta menor, pierden mucho por dos caminos; el vno por las mermas, que tiene el arroz, así en si mismo, como también en llevarlo a Manila. El otro es, porque en Manila no les quieren comprar el arroz segun la ganta, o medida pequeña, sino por otras mayores, que tienen allá; y así preguntan, si serán bastantes estas razones, para que ellos con buena conciencia puedan usar de vna ganta algo mayor para comprar aqui el arroz, para llevarlo a vender a Manila?

#### PARECER XXXVII.

**227. A** este caso digo, que si los Indios, que venden el arroz, saben (quando lo venden) que la ganta con que lo miden es mayor, y pasan por ello sin coaccion alguna, es licito; pero si el que vende no lo sabe, porque el comprador pone *fraudulenter* la ganta mayor para comprar el arroz, o ya que lo sepa el vendedor, ay alguna coaccion por ser su principal el que compra, o por otra razon: el trato es injusto, y obliga a restitucion; y las razones, que se alegan, no lo escusan. La primera parte desta conclusion se prueba lo primero, porque *scienti, & consentienti non fit iniuria, neque dolus. reg. 27. de reg. iur. In. 6.*

**228.** Lo segundo, porque bien puede el comprador dezir, que no lo quiere comprar, sino

si no le baxa vn poco del precio corriente, y le está bien al vendedor el baxar vn poco el precio para venderlo. A mi me acótece aora, que dexandome vna persona cantidad de sombreros muy malos de limosna para el Conuento, y se puede vender segun me han dicho a 12. reales poco a poco (que así se ha vendido algunos) y por venderlos presto, antes que se coman de polilla, los doy ya a diez reales. Además, que como el precio justo de las cosas no consiste en inuidible, que tiene supremo, medio, o infimo, y aun cada vno de estos tiene su latitud; se puede licitamente baxar, o subir vn poco del precio corriente: pues lo mismo viene a ser, que lleue vn poco de arroz mas en cada ganta el que compra, o que se le den vn poco mas barato.

**229.** Lo tercero se prueba, porque el comprador puede sacar por concierto, que en cada 50. gantas que comprén, le den dos, o tres de mas. En el Colegio de S. Thomas lo vide usar así, que para que el Sangley carnicero reciba 50. bacas a 4. pesos cada vna, que es el precio corriente para vender en la carniceria, se saca por concierto, que le darán dos, o tres bacas de mas. Y quando los Sangleyes compran aqui a los Indios la verdura, que tienen sembrada, se conciertan tantos hilos por vn peso, y que le han de dar tantos hilos de mas, por lo que le tiene de hurtar el soldado. Vna persona puso escrupulo en esto, diciendo, que no debe pagar el Indio lo que el soldado ha de hurtar al Sangley: y respondi, que era licito *consentiente* el Indio; porque aquella mercaderia tiene aquel riesgo siempre, que se saque a vender, saque la el Indio, o el Sangley, y por esto vale menos. Y la principal razon es, porque esta es conveniencia entre el comprador, y el vendedor, y este juzgan por precio legitimo, y justo con aquella añadidura de las dos bacas, y quatro hilos de verdura. Y lo mismo es, que añada vn poco de arroz mas en cada ganta *consentiente* el vendedor, o que se venda por ganta mayor, o que se saque por concierto, que le ha de dar tantas gantas mas. Es verdad, que usar de ganta mayor, que la puesta por la justicia, es algú disturbio del bien publico, y ocasion de fraudes, y puede castigar la justicia a quien hallare tenerla: y así sería mejor sacar por concierto, que le dé tanto arroz mas; pero como del modo dicho no ay agrauio de partes, ni fraude, ni se obra contra justicia commutativa, ni el daño publico es notable, no ay obligacion de restituir, ni pecado graue, y se puede permitir, no teniendo el comprador intención de usar de la ganta grande de otro modo, sino que solamente la tiene para con mas facilidad

sacar del vendedor esto mas con consentimiento suyo. La segunda parte se prueba lo primero, porque usar dos pesos, dos gantas, mayor, y menor, es fraude, y hurto abominable, como dize el Espíritu Santo. *Pro. 20. Pondus, & pondus, mensura, & mensura, utrumque abominabile est apud Deum.* Lo segundo, porque ganta no es qualquiera medida, que qualquiera persona quiera hazer, sino aquella que determina el que tiene potestad publica, a quien pertenece poner igualdad entre las partes de la Republica. Por lo qual si el que compra recibe el arroz por medida mayor, que la ganta puesta por la justicia, ignorante desto el que vende, es lo mismo que hurtarle aquello mas de la ganta, que compra, sin que el dueño lo sepa. Lo mismo viene a ser, que si comprando por la ganta puesta por la justicia, le fuera hurtando a buelta de ojos aquella demasia: y como esto no se puede honestar, por ser hurto claro, de la misma fuerte no se puede honestar, que sin saberlo el que lo vende reciba el arroz por ganta mayor.

**230.** Las dos razones, que se alegan, no honestan el caso. Lo primero, porque si tiene mermas, y en Manila es la ganta mayor, por esto en Manila venderá la ganta a mas subido precio, si no lo puede vender a precio, que saque las mermas, y alguna ganancia por su trabajo, *sibi imputet*; porque trae a Manila mercaderia, donde mas barato corre, que donde la compra, aunque la mayor baratura de aqui sea solamente por razon de la diferencia de las gantas desta jurisdiccion, que no haze al caso, que sea por esse, o por aquel camino la mayor baratura; porque mas barato es el trigo donde vale la fanega a tres pesos, que donde vale a dos, si en la tierra donde vale a tres, la fanega es al doble mayor. Lo segundo, porque no es licito al comprador hurtar a escondidas al vendedor, por lo que le ha de mermar, o por lo que despues puede perder en la venta en otra parte: luego tampoco le será licito usar por dicha razon de ganta mayor, porque como se dixo arriba, lo mismo es lo vno, que lo otro.

**231.** Lo tercero, porque los aumentos, o detrimentos de la cosa, son a cuenta del dueño, que la posee: por lo qual las mermas del arroz, quando era del vendedor, eran a cuenta del vendedor; pero las que huviere despues, que pasó a ser del comprador, no las ha de pagar el que vendió, sino el comprador, que es ya absoluto dueño del arroz.

**232.** Lo quarto, porque el arroz con essa calidad, que todos saben, de que merma en casa, y traginandolo, se mide por vna misma ganta, que se usa en toda essa jurisdiccion, y la

justicia le pone esta medida, no obstante dicha calidad de mermas, y no obstante que sacandolo el comprador a vender a otra parte puede perder en él; porque todas estas averías, y peligros, no se han de sanear a costa del que vende, porque con estas calidades intrínsecas de la misma mercadería se venden por la medida puesta por la justicia.

## CONSULTA XXXVII.

*Si puede el marido vender una casa, que dexaron por dote a su muger con obligacion de bolverla si la muger muriere sin hijos? Y a qué Juez se ha de pedir licencia para venderla, siendo Eclesiástico el testador, que mandó dicha casa, y el Albacea, que la entregó?*

## PROPOSTA.

**P**edro dexó a Maria (por clausula de su testamento) una casa, y solar sin censo, ni otra hipoteca, en donacion, para que luego que tome estado de casada, se la entregasse su Albacea Juan por bienes dotales; y en dicha clausula de donacion se especifica, que si antes de contraer matrimonio dicha Maria, o tomando estado, falleciesse sin hijos, aya de bolver dicha casa, y solar al tronco de los bienes de dicho Pedro. Preguntase, si Francisco marido de Maria, y Juan Albacea de Pedro, en atencion a la qualidad, y estar la casa inhabitable, y hallando que Francisco no quiere reparar la casa por ella, y cada dia vá a menos, y en deterioridad las maderas, y demás materiales della: si por convenio de ambos, dicho Albacea, y dicho marido de Maria, prestando su consentimiento dicha Maria por ser su provecho, y util, puedan venderla según la tasacion, y este dinero retenerlo con los demás bienes dotales, o imponerlo en otra finca mejorada, o a usura, hasta que tenga efecto el tener heredero con dicha Maria; y en caso de no tenerlo, solo se le obligue a que buelva la cantidad en que se vendiere, según la tasacion, y escritura de venta?

Item, se pregunta, si siendo la persona, que haze la donacion, Eclesiástica, y su Albacea Eclesiástico, por ser los interesados Seculares se ha de ocurrir a pedir la licencia al Juez Secular, o al Eclesiástico?

Item, por ultimo se pregunta, que si acaso ay inconveniente en la venta según derecho, según, y de la manera que se pide, y representa en la primera duda, si por causa de que se conoce, que de no venderse la finca se pierda, por no aver quien la quiera reparar, y estar ya inhabitable, y destechada, y temer que con estas aguas se pierda, se puede vender a censo redimible, y al quitar por el comprador?

## PARECER XXXVIII.

**R**espondese, que puede Francisco vender la casa de que se pregunta, especialmente con consentimiento de Maria su muger, a quien se dió por dote. En esto no puede aver duda, porque está así determinado expresamente en el Derecho. l. Ita. ff. de iure dorum. *Constante matrimonio permulari posse dotem dicimus, si hoc mulieri utile sit, ut ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam, idque probatum est, quod si fuerit factum, fundus, vel res dotalis efficitur.* Dize aqui el Derecho, que siendo util a la muger permutar la dote, se puede permutar, como si la dote está en dinero, se puede del dinero comprar cosa, que sea de mas utilidad; y si la dote estuviere en otra cosa, como en tierras, o casas, y fuere mas util a la muger, que se haga dinero, se puede vender, y aquello en que la dote se permuta queda hecho bienes dotales. Lo mismo se determina l. Fundum. del mismo tit. con estas palabras: *Utilius videbatur potius fundum, qui dotalis erat distrahere, quod minus fructuosus esset.* Determina aqui, que se puede vender una posesion dotal, porque daba poco fruto, y se podia comprar otra cosa mas fructuosa, y mas util. Por mas urgente razon se podrá vender una casa, que no solamente es de poco, o ningun fruto, sino que se vá perdiendo; y sobre esta ley dize la Glosa, verb. Solutum. *Nota fundum dotalem alienari hoc casu, quia est utile, et magis videtur permutatio.* Se puede enagenar la posesion, que se dió en dote, en caso que se conoce ser util la enagenacion; porque en tal caso no se pierde, sino se permuta con utilidad de la dote. Confirma todo esto la doctrina de Bartolo sobre esta ley, que dize: *Sicut maritus non potest alienare fundum dotalem, ita neque uxor consentire marito alienari, nisi propter mulieris utilitatem.* Ni el marido puede vender la posesion, que le dió en dote, ni la muger puede consentir en que se venda, ni el Albacea, porque no tiene potestad de alterar la voluntad del testador, por que por su oficio es un puro ministro, y executor; y aviendo dado la casa en dote, como dispuso el testador, no tiene facultad para disponer, o dar licencia que se venda, o no se venda, y solamente tiene el marido facultad de venderla quando consta ceder esto en utilidad de la misma dote. Lo mismo se determina l. Si mulier. ff. de pact. dot. *Constat posse inter virum, et uxorem convenire, ut dos qua in pecunia numerata est permuteur, cum mulieri prodest.* Quando consta ser la permutacion, o venta de la dote en utilidad de la muger, basta que convenga en la venta marido, y muger. La razon desto se halla en el Derecho,

cho, l. Imperator. ff. de leg. 2. §. fin. *Diminuisse que vendidit non videtur.* Lo que se vende especialmente para mayor utilidad, no se disminuye; y dá allí otra razon Bart. *Pratium, et res comparata ex pratio succedit loco rei.* Y tiene fundamento en el Derecho Canonico, cap. Ecclesia. el 1. *Ut lite pendente.* con su Glosa, verb. *Successerunt.* donde se refiere, que a una Iglesia en lugar de unas posesiones, le bolveró otras equivalentes de la misma utilidad, y se aprueban, y dize allí la Glosa. *Res que succedit in loco alterius eodem iure censetur.* Por lo qual es cierto, que en el caso propuesto es lícito, y conveniente, y conforme a derecho vender la dicha casa, asegurando al heredero el precio, que dieren por ella, o dandolo a usura pupilar, o si quieren comerciar con él, asegurandolo en cosa, que valga la cantidad: no tengo por acertado ponerlo a censo por dos razones. La primera, porque en esta tierra ay experiencia, que los censos duran poco, porque con los terremotos se rebaxa el capital. La segunda, porque dado el dinero a censo, aunque sea redimible, no les queda facultad a Maria, ni a los herederos para obligar a los que lo recibieron a que lo rediman, ni para disponer del capital en cosa que se les ofrezca mas proficua; sino solamente para recibir los reditos, que serán muy tenues según se refiere, que está deteriorada la casa.

**234.** A la segunda respondo, que se ha de recurrir al Juez Secular: la razon desto es, porque la persona a quien se ha de pedir esta dote, y que la tiene a su cargo, es Francisco marido de Maria, que es como reo en esta causa, o demandado; y es cierto según Derecho, que se ha de recurrir al Juez del reo, y no al Juez del demandante. Cap. Si Clericus. de foro comp. *Cum actor forum rei sequi debeat.* Y cap. Cum sit. del mismo tit. *Cum sit generale, ut actor forum rei sequatur.* Y cap. Experiencia. l. i. q. 1. *In causis in quibus qualibet Ecclesiastici officij persona loco petitoris existit, quemquam laicum pulsatura, apud sua provincia Iudicem suas proponere actiones non deserat; in alijs vero negotijs, in quibus Ecclesiastici officij persona pulsatur ad Episcopi occurrat examen.* Y en el cap. siguiente se determina lo mismo con mas estension: de suerte, que en todos los negocios en que se ha de recurrir a el Juez, se ha de ver qual es la persona demandada, o contra quien se ha de pedir, o se ha de obligar a satisfacer; y si esta es Secular, se ha de recurrir al Juez Secular. En el caso propuesto el Albacea Clerigo no se obliga a cosa alguna, porque ya cumplió su obligacion, entregando la casa a Francisco quando se casó con Maria; y así aunque Francisco la pierda,

o la maltrate, no se puede pedir cosa alguna contra el Albacea; antes el Albacea puede pedir contra Francisco, que asegure la casa, si vé que la vá perdiendo. Ni el testador puede ser demandado, ni aquel a quien tocá la herencia del tronco de sus bienes; antes será demandante, si Maria muriesse sin hijos: y así Francisco es quien en este negocio haze vezes de reo, y es el que puede ser demandado, y obligado a dar cuenta de la casa; y consiguientemente al Juez de Francisco, que es el Secular lego, es a quien Francisco ha de recurrir a pedir la licencia para vender dicha casa, porque al Juez Secular se ha de recurrir contra él, si la dexa perder, y a que le obligue a pagar el precio en que la vendió.

**235.** Segunda razon desto es: el caso presente, ni por razon de la casa, que se dió en dote a Maria, ni por razón de las personas, pertenece al Juez Eclesiástico, y consiguientemente debe pertenecer al Juez Secular. Que por razon de la casa no pertenezca al Juez Eclesiástico, consta, porque la dicha casa no se puede llamar bienes Eclesiásticos, por aver sido de un Eclesiástico, como consta del Derecho, cap. Sint manifeste. l. 2. q. donde distingue de los bienes, que tienen los Eclesiásticos, que unos son bienes de la Iglesia, que no pueden gastar en cosas profanas, ni dar a sus herederos; y otros son bienes patrimoniales, o ganados con su industria, y estos no son bienes Eclesiásticos, y los pueden dexar a sus herederos, y parientes Seculares legos; y lo mismo se determina cap. Quorumdam. y cap. Quia nos. de testam. y en las leyes del Reyno p. l. tit. 2. l. 2. y 5. Y el ser el Albacea Eclesiástico, no dá a los bienes del difunto calidad de Eclesiásticos, que es un mero ministro, y executor de la voluntad del difunto: y si el Clerigo, que heredó de sus padres, o ganó con su industria, y poseyó sus bienes como propios, no les dió calidad de Eclesiásticos, como queda dicho; por mayor razon no pudieron quedar Eclesiásticos por averlos administrado un Albacea Eclesiástico, ni por estar dada en dote la dicha casa puede pertenecer al Juez Eclesiástico el recurso, o disposición, que acerca della se ofrece; porque las causas de dotes son meramente Seculares, y solamente pertenecen al fuero del Juez Eclesiástico, quando se conoce de la dote como causa accesoría, o insidente a la causa matrimonial, como consta del Derecho, cap. De prudentia. de donat. inter vir & vxor. *Qui de matrimonio principaliter cognovistis, et de dote (qua est causa incidens) accessorie cognoscere voluistis.* Pero quando se trata principalmente de asegurar la dote, o de conservarla, es causa puramente

lega. Que por razon de las personas no pueda pertenecer al Juez Eclesiastico, consta, por que la persona, que se pretende asegurar con dicha licencia, es puramente Secular, que es Francisco, marido de Maria, que recibio la casa, y al presente la posee: y el Eclesiastico testador ya difunto, no tiene que ver con dicha casa, ni la Iglesia en su nombre, porque ya la enageno, y la trató el testador a poseedores puramente Seculares. Que el Albacea sea Eclesiastico no haze al caso, porque ya el Albacea hizo su oficio, o ministerio entregando la casa, y no le toca, ni pertenece otra cosa, sino quando mucho puede ser demandante contra Francisco, y en tal caso debe recurrir al Juez, y fuero de Francisco: y así por ninguna parte pertenece este caso al Juez Eclesiastico, sino al Juez Secular, que debe conocer de las causas de Francisco, se ha de recurrir para conseguir licencia para vender dicha casa, para que siempre conste, que se vendió legitimamente con autoridad de Juez. Y aunque la venda Francisco sin licencia, ni autoridad de Juez, no tiene riesgo alguno, porque el Derecho le concede facultad para vender los bienes dotales, quando la venta cede en utilidad de ellos: y así juzgo, que dando se el Escriuano de que la casa se iba deteriorando, y que por esta causa se vendió con expreso consentimiento de la muger, y en que cantidad se vendió, nunca la justicia obligará a Francisco a pagar mas de aquella cantidad en que se vendió la casa, ni la penará por averla vendido.

236. A la tercera respondo, que no tiene la venta inconveniente por Derecho: en lo que Francisco tiene riesgo, es en dexarla perder sin quererla reparar, porque tiene obligacion a tenerla en pie, y repararla, y no dexarla perder; y siempre que constare, que por culpa de Francisco se perdió, o por negligencia en repararla, le obligarán a que la pague. A lo que se pregunta, si podrá darla a censo redimible, se responde, que si pareciere mas util dar la misma casa a censo, lo puede hazer, porque el Derecho permite enagenar los bienes dotales de qualquiera forma, como sea en utilidad de los mismos bienes, como consta de los textos alegados arriba; y por la misma razón puede darla en alquiler, si se hallare quien la quiera alquilar, obligandose a los reparos, y a su conservacion, porque esto es en utilidad de dicha casa.

## CONSULTA XXXVIII.

*Sobre si un padre pueda vender a su proprio hijo por esclavo.*

## PROPUESTA.

**P**reguntase si un hombre puede vender a su proprio hijo por esclavo?

## PARECER XXXIX.

237. **R**espondete, que estando un hombre en muy graue necesidad, como de pobreza tan virgente, que estuviese pasando terribles hambres, o desnudez, o estuviese en cautiverio, o en otra necesidad semejante, puede vender a su hijo, para con el precio redimir su necesidad, si su hijo viue todavia debaxo de su potestad patria.

238. Que pueda el padre vender a su hijo en tan graue necesidad, consta por estar así determinado en las leyes del Reyno, part. 4. tit. 17. l. 8. y en el Derecho Ciuil, l. 1. & 2. *C. de patribus, qui filios suos distraxerunt.* Y consta tambien del Derecho Diuino, Exod. 21. y se colige del Derecho Natural: porque los hijos recibieron de sus padres todo su ser natural; luego es conforme a Derecho Natural, que este mismo ser, que recibieron de sus padres, se pueda sujetar a seruidumbre, para subleuar de tan graues necesidades a sus mismos padres: pues esse ser que tienen los hijos, y la libertad, que se funda en el ser, lo deben a sus padres.

239. Que no aviendo tan graue necesidad, no puedan los padres vender a sus hijos, consta de los mismos Derechos. El del Reyno en la ley citada, donde dize, que entonces el padre puede vender a su hijo, quando no halla otra via, ni otro consejo por donde pueda remediar su necesidad: de donde claramente se colige, que si el padre no padece necesidad tan virgente, o si por otro modo la puede remediar, no puede vender a su hijo. Lo mismo consta de la ley citada del Derecho Ciuil, que en ella se determina, que solamente por demasiada pobreza, y necesidad puede el padre vender a su hijo, y que de otra suerte la venta hecha sea nula. Y lo mismo se colige del Derecho Diuino en el lugar citado, y del Derecho Natural; porque vender a sus hijos sin virgente necesidad, es contra la piedad paterna, y causa horror, porque reclama contra tal hecho la misma naturaleza, que infundió a los padres natural amor a sus hijos: y así es contra el amor natural, que los padres deben a sus hijos, venderlos sin virgentissima necesidad.

240. Pero es de advertir, que el padre no puede vender a su hijo, que está ya fuera de la patria potestad; porque entonces ya cesó aquella potestad grande, que el padre tiene sobre sus hijos, y la dependencia actual, que los hijos tienen de su padre. Así está expreso en la ley 8. referida del Reyno, y sobre la ley citada del Derecho Ciuil lo dizen comúnmente los Doctores, y allí la Glosa, y mucho menos quando el hijo está ya casado, porque se

haria agrauio notable a su conorte, que no le quedaria la total potestad sobre el cuerpo de su conorte, que adquirió por el contrato matrimonial: y mucho menos si el hijo estuviese ya ordenado de Orden Sacro, porque seria cosa muy indecente contra el estado Eclesiastico, y agrauio del abito Clerical, como dize Hostiense in cap. Inde eorum. de ætat. & qualit. y Couarrub. 3. var. cap. 14.

## CONSULTA XXXIX.

*Sobre si sea licito la venta, que en el Reyno de China hazen los Sangleyes de sus propios hijos? Y si los Ministros del Euangelio, que asisten en dicho Reyno los puedan comprar?*

## PROPUESTA.

**V**N Christiano compró 2 vn infiel vn hijo suyo de 12. o 14. años por ocho taes de plata: si será licito, o si avrá obligacion de restituir el muchacho, aunque el Christiano pierda su dinero? Item, si a vn Ministro le será licito comprarlo, no con intencion de hazerlo esclavo, sino para servirse del algunos años, y luego despedirlo, o para enseñarlo, y hazerlo Christiano? Tengo especie de que Verriceli en el Missionario Apostolico escrupulea algo en esto, y que refiere averle dicho el Padre Aosta de la Compañia, que en China, donde él avia sido Missionero, no se hazia escrupulo dello, por la intencion dicha. Quanto a lo primero, parece estrechan tanto los Autores, pidiendo en los padres tan graue necesidad, para que les sea licito vender a sus hijos, que venga a ser como aver de padecer los padres cautiverio, o mutilacion: y esta necesidad nunca se hallará, o rarissima vez, sino que por vna ordinaria pobreza, y falta de lo necesario para el gasto ordinario de casa, y para pagar el tributo, los venderán. Y así me respondió vn Christiano, que avia tres años, que avia comprado vn muchacho de 10. años, que aora se quiere bautizar. Preguntandole yo, que por qué lo avian vendido sus padres? respondió diziendo, que para tener que comer, y con que pagar el tributo: y parece difícil de creer, que no pudiesen pasar (aunque con algun trabajo) sin venderlo. Preguntase, si a este Christiano se ha de dexar en su buena fé, y possession, o si se le ha de mandar hazer alguna diligencia?

## PARECER XL.

241. **A** la consulta se responde, que a los Christianos, que hizieron dichas compras, se les ha de dexar en su possession, sin ponerles escrupulo, ni inquietarles por esso la conciencia. La razón es, porque los padres por Derecho natural pueden vender a

sus hijos para remediar las necesidades graues, que tuvieren, aunque no sean tan urgentes como el caso propone; v. g. basta para que los puedan vender validamente, que no tengan con que pagar el tributo, y se hallen por esta causa en mucha molestia. Y basta tambien, que viuan con mucha miseria, y trabajo por saltarles de ordinario el sustento, y verie obligados a buscarlo con mucho afán; porque los hijos recibieron de sus padres todo el ser que tienen, y en alimentarlos, y educarlos padecieron mucho: luego conforme a razon natural es, que puedan valerse dellos, y venderlos para remediar en algo necesidades graues, miserias, y trabajos que padecen: y especialmente en los Reynos donde huviere costumbre generalmente introducida de vender los padres a los hijos por necesidades graues, aunque no sean muy urgentes, es valida la venta, como se haze en Etiopia. En China ay esse vicio, y los Magistrados lo dexan pasar; y así se ha de tener por licita, y valida la venta de los hijos, quando los padres se hallan con notables necesidades, aunque no sean extremas, ni quasi extremas, y así lo afirman graues Autores, Molina tom. 1. tract. 2. disp. 33. Fagund. lib. 2. de iust. cap. 1. Hurtado de iust. disp. 1. dif. 21. Diana, part. 7. tract. 7. rel. 8. Greg. Lop. sobre las part. p. 4. tit. 17. l. 8. Y los Autores, que dizen, que para el valor de la venta, que el padre haze de su hijo, es necesario que aya necesidades grauissimas, casi extremas, hablan segun las leyes del Derecho Ciuil, l. Si quis. C. de patribus qui. y segun las leyes de España, p. 4. tit. 17. l. 8. donde explica la grauedad, y evidencia de la causa, y necesidad, que es necesaria segun dichas leyes, para que validamente se pueda vender a vn hijo, con estas palabras: *Esto se puede fazer en tal razon, que todos entiendan manifestamente, que así es, que el padre no ha otro consejo, porque pueda esforcer de muerte, si non vendiere, o empeñare al hijo.* Por estas leyes no hemos de queerer, que se gouerne el Reyno de China, ni a ellas hemos de ajustar las conciencias de los Chinos, sino a la ley natural. Por lo qual el Christiano, que compró vn muchacho a su padre por el justo valor, que puede tener en China vn esclavo de esta edad, atentas las demás circunstancias de su salud, y fuerças, no tiene obligacion a restituirlo, y puede tenerlo por perpetuo esclavo, si no ay en esse Reyno ley, que prohiba la esclauitud perpetua de los naturales del, o costumbre recibida. Y consiguientemente al Religioso es licito comprarlo para servirse del, como de esclavo perpetuo; pero mas caridad será comprarlo para enseñarle las cosas de la Fé, y buenas costumbres,



bres, y luego darle libertad. En lo que puede aver injusticia es en el precio, que se da por él; porque si por un esclavo de buena edad, fuerças, y salud, se diese un precio tan baxo, que conocidamente fuese muy desigual, no será licito tener por esclavo perpetuo al que se comprase tan barato, obligando a los padres la necesidad a venderlo por tan baxo precio. Ocho taes por un muchacho de doze años, me parece muy poco para hazerlo esclavo perpetuo. En Manila el precio de un niño de dos, o tres años se reputa 30. pesos poco mas, o menos: uno de doze años, si tiene buena salud, vale 60. pesos. En China vale mas el dinero, y assi es forçoso, que valgan menos los esclavos.

242. No obstante esto juzgo, que lo menos que puede valer un muchacho de 12. años por esclavo perpetuo, son 20. taes, que son 25. pesos. Esto lo colijo de lo que suele valer el servicio de los que se alquilan para servir, que ganan en China, de mas del sustento de cada dia, 5. ó 6. reales cada mes: por lo qual el que compró al muchacho por 8. taes, no lo puede tener por esclavo perpetuo, sino por el tiempo en que pareciere iguala su servicio al dinero, que dieron por él. El servicio de un muchacho de 12. años, hasta que tenga 18. ó 20. es de poca importancia; y tambien se ha de reparar el riesgo del que le compró, de que se le muriese, ó enfermase, y no le sirviese cosa alguna: y assi me parece, que por dichos 8. taes puede servirse del hasta que tenga 24. años, ajustando por el servicio de cada año, hasta los 20. de su edad, medio ta: y por los demás años, un ta: por año, que có el sustento, y vestido, y riesgo referido, me parece trato igual; y si comprasen alguno de 3. ó 4. años (como se suele hazer en China) edad en que no pueden servir, sino antes se gasta, y trabaja en criarlos, por razon de mayor riesgo en que no lleguen a poder servir, y de la criança, podrán servirse del hasta los 20. años, y desde aquella edad, que se quente a razon de ta: por año: por lo qual si dieron por él 5. taes, a los 25. años deben tenerle por desobligado de toda servidumbre.

## CONSULTA XL.

Sobre si los Sangleyes puedan ser comprados por esclavos perpetuos?

## PROPUESTA.

UN Piloto, que ha venido de la Costa, compró en Mecán un Sangley en 25. pesos. Reclama aquí el Sangley (porque ha venido aora con ellos) que es de casta libre: me he visto con el dicho Piloto, y alega, que

allá es licito por Cedula, y orden de su Rey, hasta los 40. años de edad, y que se lo avia vendido un Tartaro, por averlo cogido en guerra, &c. Yo le dixi tenia obligacion a soltarle, que aquí se juntaria el dinero, que gastó en su compra, que son los 25. pesos. Despues de muchos debates (porque lo quiere mucho) lo ha redimido a mi disposicion. Toda esta dificultad se viene a fundar, en si los forasteros tienen obligacion a guardar las leyes humanas del lugar por donde pasan: y como lo mas probable es, que si, y mas en los que están tiempo, y no un solo dia, ó dos, ó tres, parece se deben conformar a las leyes de aquí, que no admiten estas esclavitudes, y mas de Sangleyes, aunque allá dicen que es licito. Con todo, por no hazer agrauio al Piloto, suplico a V.R. me diga su parecer.

## PARECER XLI.

243. **R** Espondo, que la esclavitud, ó servidumbre del Sangley (segun se propone) es legitima, y con justo titulo: por lo qual si el Piloto rogado, sin coaccion, no quiere dexar libre al Sangley, recibiendo los 25. pesos, no se le puede hazer fuerça para que lo haga. Que la dicha esclavitud es justa, consta, porque le cautivaron en guerra, y a la esclavitud que se haze por este titulo, la dá el Derecho Canonico por justa, y conforme al derecho de las gentes. Cap. *Ius gentium*. dist. 1. *Ius gentium est sedium occupatio, bella, captivitates servitutes.* Y allí la Glosa: *Si bellum iustum est, qui captus sit servus capientis, & secundum hoc peccat taliter captus, si recedat a domino suo, sed si bellum non est iustum licitum est ei fugere, dum potest.* Y no pudiendo constar aquí, si la guerra en que fue cautivo este Sangley, fue justa de parte del Tartaro que lo cautivó, se ha de juzgar en favor del que posee, como consta de ambos Derechos. Cap. Si à fede. de præb. In. 6. *Erit potior possidentis conditio.* Y reg. 65. de reg. iur. In. 6. *In pari delicto, vel causa potior est conditio possidentis.* Y l. Siue autem. ff. de publiciana. *Melior causa sit possidentis quam petentis.* Lo mismo se determina. l. Si servum. ff. de verb. oblig. y l. Nemo. y l. In pari. ff. de reg. iur. Y añade fuerça a esta razon no aver cautivado el Piloto a dicho Sangley, sino averlo hallado ya cautivo, y el que le tenia estava sirviendose del en pacifica posesion, y le vendió al dicho Piloto en tierra de Christianos, sin contradiccion alguna.

244. La razon, que se propone en contra, no haze al caso; porque aunque es probable, que los forasteros se deben conformar con las leyes de los lugares por donde pasan; pero no es probable, que los contratos, que hicieron

hicieron validos, y justos segun las leyes del Reyno, ó Ciudad donde se celebraron, se deban variar, y anular segun las leyes de los Reynos, ó lugares por donde pasan: porque los contratos de su naturaleza firmes, y perpetuos, no pueden estar sujetos a esta variacion, sino que celebrados validamente, quedán firmes perpetuamente, y variarlos seria injusticia, y agrauio; y si dicha razon fuera buena, no huviera contrato firme: como si un matrimonio se celebrara en un lugar de Francia, donde no estuviese recibido el Sacro Concilio de Trento, quanto al Decreto en que anula los matrimonios, que no se hazen en presencia de Parroco, y testigos: si despues pasáran a España, donde está recibido dicho Decreto, se anulára el matrimonio, y si bolvieran a Francia, bolviera a tener valor, que es cosa absurdissima contra Derecho natural, y Divino. De la misma fuerte si una escritura se otorgase en Vizcaya, donde no corre el papel sellado, en España no valiera, ni se tuviera por instrumento publico por las Pragmaticas, que disponen, que todo instrumento publico se haga en papel sellado.

245. Para mayor claridad desta materia se ha de advertir, que los contratos se deben hazer conforme las leyes del Reyno, ó lugar donde se celebran, aunque los que hazen el contrato sean de diferentes Reynos, donde ay diferentes leyes. Assi consta del Derecho, l. Si fundus. ff. de evictionibus. *Si fundus venierit ex consuetudine eius regionis, in qua negotium gestum est pro evictione cauere oportet.* Y Bart. summa allí esta ley: *Consuetudo, que est in loco contractus inspicitur.* Y l. Semper. ff. de reg. iur. *Semper in stipulationibus, & in ceteris contractibus id sequamur, quod actum est, consequens erit, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est frequentatur.* Y allí la Glosa marginal: *Mos regionis, in qua sit contractus debet attendi.* Los contratos se deben hazer con la forma, solemnidad, y calidades, que piden las leyes, ó costumbres del lugar donde se celebraron, como no sean contra Derecho Natural; y teniendo las condiciones, y solemnidad, que para su valor requieren las leyes del lugar, queda el contrato firme, y valido, aunque los contrayentes vayan a otro qualquiera Reyno, donde no se pudiera celebrar en aquella forma, y solemnidad dicho contrato. Y assi lo enseñan Bart. l. De quibus. ff. de legib. n. 27. Baldo. l. Venditiones. C. de cõtrah. empt. n. 3. el Abad, cap. 1. de Spon. n. 10. y comunmente los Doctores. La esclavitud, y venta de dicho Sangley se hizo conforme las leyes, y costumbres de la Ciudad donde se celebró el contrato, como se refiere en la pro-

puesta: y consiguientemente el dicho contrato debe ser tenido por valido en qualquiera Reyno, ó lugar, y el dicho Sangley está sujeto a servidumbre hasta los 40. años, segun las leyes, y costumbre del Reyno donde fue dado por esclavo; y aunque no constase, que la dicha esclavitud, y venta se avia hecho conforme las leyes del Reyno donde se celebró, se debe presumir valida, y con buen titulo, como no conste averse celebrado contra lo que disponen las leyes de aquel Reyno; por que no constando, que se hizo el contrato contra dichas leyes, se debe presumir, que se hizo conforme a ellas. Assi lo afirman Bart. l. Nemo. ff. de duobus reis. n. 5. Molina de iust. tract. 2. disp. 260. Angelo, verb. Contractus. n. 4. Silves. ibid. q. 8. Sanch. de matrim. lib. 3. disp. 18. n. 10. y se colige del Derecho. l. Quod si. ff. de ædil. edicto. §. Quia assidua?

## CONSULTA XLI.

Sobre si las hijas de las esclavas por tiempo, deban ser esclavas, aviendo nacido en el tiempo de la esclavitud temporal?

## PROPUESTA.

MARIA tiene una esclava, China de nacion: no es esclava perpetua, sino por tiempo de 30. años, como consta de la escritura de su esclavitud: esta tiene una hija llamada Martina, ha se dudado si dicha hija deba ser esclava perpetua, y a algunos les parece, que si, porque *partus sequitur ventrem*. La hija sigue la condicion, que tenia la madre al tiempo que la hubo, pues la madre era esclava quando la parió, y quando la concibió, y siempre mientras la tuvo en el vientre: luego la hija ha de seguir esta condicion, y ser esclava toda su vida; y se confirma con un exemplo. Demos caso, que a una esclava le dá su amo libertad para despues de dos años, y le haze instrumento publico en que dize, que passados dos años sea libre: esta esclava antes de cumplir los dos años, siendo todavia esclava, pare un hijo, es esclavo perpetuo, porque sigue la condicion de la madre, y no dexa el hijo de ser esclavo perpetuo, por causa de que la esclavitud de la madre no era ya perpetua, pues ya tenia concedida la libertad, para que la gozase, y se acabase la esclavitud dentro de poco tiempo: por la misma razon parece, que se debe dezir lo mismo en el caso presente. Pero mas conforme a razon, y piedad parece, que solamente sea la dicha Martina esclava por el tiempo de los 30. años de la esclavitud de la madre, que desta fuerte se ajusta mejor, que sigue la condicion de su madre; porque no fuera seguir la, si siendo la madre esclava

por tiempo determinado de 30. años, que al fin se acaba, y quedará libre, fuere la hija de peor condicion, como lo es la esclava perpetua. No obstante las razones dichas, esperamos el parecer de V.R. para seguirlo.

## PARECER XLII.

246. **R**espondo, que los hijos de esclavas por tiempo determinado, no debén ser esclavos, sino libres desde su nacimiento, y tengo por cosa injusta sujetarlos a servidumbre, así perpetua, como por el tiempo que lo está su madre. La razón desto es, porque la esclavitud de dichos esclavos por tiempo determinado, no es verdadera esclavitud, ni ellos son propriamente esclavos, sino solamente están condenados a servir tantos años, ó en pena de algú delito, como los condenados a Galeras; ó para satisfacer los gastos, que se hizieron para cogerlos, y reducirlos: como quando los Alcaldes mayores hazen alguna entrada para coger Indios Cimarrones, que molestan con guerra, y hostilidad a los Indios tributarios de su Magestad, suelen condenar a los que cogen, hombres, mugeres, y niños, en esclavitud por tiempo de 10. años, los quales cumplidos quedan luego libres, y en esta conformidad los venden. Estos no son en rigor esclavos, ni de condicion servil, sino sujetos a aquella pena de servidumbre, a los quales llama el Derecho siervos de la pena. *Quidam sunt serui pena, ut in metallum dati.* Y *In metallum, 36 ff. de pœnis. In metallum, & in ministerium metallorum damnati serui efficiuntur pena.*

247. A la razón que se puso en contra, que se fundaba en que los hijos deben seguir la condicion de la madre, como consta del Derecho, *l. Partum. C. de rei vendic. Partum ancilla matris sequi conditionem, nec statum patris in hac specie considerari explorati iuris est.* Se responde, que es cierto, que siendo la madre verdadera esclava, lo deben ser sus hijos; pero la que está condenada a que sirva tantos años, y luego sin rescate alguno quede libre, no es esclava propriamente, sino condenada a aquel castigo: como si a vna muger en pena de algú delito, la condena la justicia a que sirva 2. años, ó 4. en vn Hospital, como acontece aqui en Manila; si en este tiempo tiene vn hijo, no es esclavo, sino libre desde que nace. Al exemplo, que alli se trae, se responde, que es clara la diferencia; porque la que es esclava perpetua con título justo de esclavitud perpetua, es verdadera esclava; y si su amo le concede libertad por escritura publica para despues que aya servido dos años, queda aquellos dos años con la misma esclavitud que

antes; porque el instrumento, y escritura de libertad para despues de passados dos años, no le saca de presente de la esclavitud que tenia, y así aquellos dos años es verdadera esclava, y consiguientemente los hijos, que en dicho tiempo tuviere, son esclavos perpetuos, por que siguen la condicion, que la madre tenia al tiempo que los tuvo; porque aquel fauor de la libertad fue personal para la madre, y para aquel tiempo futuro, y no antes, y no fue fauor hecho a los hijos, que en el interim pariesse. Pero en el caso de la esclava por tiempo, corre muy diferente razón, porque no es verdadera esclava, sino libre, que está pagando la pena de su delito, ó satisfaciendo en aquella forma lo que debe; y esto es vna calamidad, y trabajo personal, que no debe passar a los hijos, como se colige del Derecho. *l. Et seruorum. ff. de statu hominum. Non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est.* Y lo mismo se determina *inst. de ingenuis. §. sufficit.*

248. Pocos años ha, que vna persona de letras, y autoridad tenia hecho vn escrito en que pretendia probar, que los hijos de esclava por tiempo deben servir, ó ser esclavos todo el tiempo de servidumbre en que la madre fue condenada: comunicò conmigo su sentir creyendo, que hazia gran fauor a los hijos de semejantes esclavos, librandolos de la esclavitud perpetua en que les quiere poner algunos años; y oyendo mi parecer, que ni por vn instante deben ser esclavos, no le pude reducir a que fuere de mi parecer, y contentème con moderarle el suyo con su misma razón principal, en esta forma: que supuesto que el hijo ha de seguir la condicion de la madre, no se ha de atender a si la madre fue condenada en 10. ó 20. años de servidumbre, sino en el tiempo que le queda de servidumbre al tiempo del parto; porque si fue condenada a servir 10. años, y ya ha servido los 5. ya está libre de la servidumbre, y obligacion de los 5. y le quedan solamente 5. años de esclavitud, y que estos años no los deba servir, sino que de tal fuerte vaya siguiendo la condicion de la madre, que al punto que ella cumpla el tiempo de su servidumbre, quede juntamente el hijo libre de toda servidumbre, y obligacion, aunque sea incapaz de servir, como si tuviere 5. ó 6. años quando la madre cumplió los años de su servicio. En esta doctrina asentò, y lo tuve por bien, por ser cosa de mayor bien, y utilidad, que de perjuizio a la madre, y a los hijos, en que se crien en su compañía en casa de sus amos, que de ordinario es gente honrada, y de porte, donde tendrá mejor criança, sustento, y amparo: y si los hijos

hijos salen de servidumbre antes de los diez años, como sucederá siempre en las Indias, que condenan a diez, ó doze años de servicio, no ay perjuizio alguno, pues en poder de el amo solamente tuvieron la criança, y sustento, y fueron libres antes de llegar a servir; y si la servidumbre les dura hasta mas de 20. años, como las Chinas hechas esclavas por 30. años, no es mucho perjuizio, porque en estos años, que sirven en edad capaz, satisfacé el costo de la criança en todo el tiempo, que no fuerò capaces de servir, y sirven de alivio, y consuelo a su madre en su servidumbre: y si alguna vez les importare el probar, que nunca fueron esclavos, sino que son ingenuos, siempre les queda su derecho a salvo, y no lo perdieron por aver quedado sirviendo de hecho en compañía de su madre.

## CONSULTA XLII.

*Si el esclavo casado con consentimiento de su amo pueda ser vendido de dicho su amo, no cumpliendo como debe con las leyes de su servicio, y del matrimonio?*

## PROPUESTA.

**S**e ofrece vna duda acerca de vn esclavo, que se casò con otra esclava con voluntad de su dueño, que lo es de ambos; y es juntamente la razón de dudar por vna parte: por la otra, el andar dicho esclavo lo mas del tiempo fugitivo, sin cohabitar con su muger por su mal natural, con dispendio, gastos, y ocupacion de su dueño para buscarle. Si este poco aprecio, ó ninguno, que haze dicho esclavo del matrimonio, será bastante para que su dueño se exima de la obligacion de conservarlos juntos, vendiendole a donde le pareciere, y apartandole de su muger por esta causa, a fin de aprouecharse de lo que es suyo, y redimir su vejacion de los daños, que se le siguen de lo contrario? Ambos a dos son Cagayanes.

## PARECER XLIII.

249. **P**ara responder con mas claridad a la presente dificultad, se ha de suponer lo primero, que vender a vn esclavo casado a otras Prouincias tan distantes, que no le quede posibilidad para tener alguna comunicacion con su conforte, sin causa grave, que obligue al amo a hazer semejante venta, es pecado mortal de qualquiera fuerte que el esclavo se aya casado, ó con consentimiento del amo, ó sin el; porque si el amo diò licencia a su esclavo, ó consintió para que se casasse, consiguientemente consintió, y se obligò a concederle lo que naturalmète se sigue al matrimonio, que es dexarlos cohabitar, y

comunicarse. Así lo afirma S. Thom. in add. ad 3. p. q. 52. art. 2. ad 3. *Per hoc quod dominus concessit, ut matrimonium servus contraheret intelligitur ei concessisse omnia, quae matrimonii requirit.* Y se colige del Derecho, cap. Prudètia. de off. delegati. al fin: *Eamdem iurisdictionem quam in principali, & in accessorio exercebant.* Y reg. 42. de reg. iur. *In. 6. Accessorium naturam sequi congruit principalis.* Concedido lo principal, se concede todo lo accesorio; y aunque el amo no huviesse dado al esclavo permiso para casarse, no le puede vender despues de casado en partes muy distantes sin causa urgente: porque aunque entonces el amo tiene pleno dominio en el esclavo para disponer del, así despues de casado, como antes; pero no le es licito usar de lo que es suyo con tanto detrimento, y daño. *§. Sed, & maior. inst. de his qui sui, vel alieni Expedit ne sua re, quicunque male utatur.* Y *l. Possessionum C. communia vtriusque iudicij. Quis enim ferat à viris coniuges segregari.* Y allí Paulo Jurisconsulto fundando esta ley, dice: *Ne inducatur dura separatio.* Y la razón lo convence, porque la facultad de casarse les compete a los hombres por Derecho natural, y por esta causa no es licito a los amos impedir, que sus esclavos se casen, como explica S. Thom. in add. ad 3. p. q. 52. art. 2. ad 1. *Servus est res domini quantum ad ea, quae naturalibus subduntur, sed quantum ad naturalia omnes sunt pares.* Y ad 2. dice: *Sicut licite non potest dominus precipere seruo, quod non comedat, vel dormiat; ita etiam nec quod à matrimonio contrahendo abstineat.* Si el amo no tiene potestad para impedir al esclavo que se case, por ser de Derecho natural la potestad de casarse: por la misma razón no tiene potestad de impedir el cohabitar con su conforte, y pagarle el debito; porque tambien es de Derecho natural, que los casados paguen a sus cósortes el debito conyugal. Y si el amo no pudiendo licitamente impedir, que su esclavo contrayga matrimonio, pudiera impedirle el uso vendiendolo en tierras remotas, sería el tal matrimonio inutil, y frustraneo, despojado de sus bienes, y fin: y el Derecho natural, que el esclavo tiene para casarse, no es para vn matrimonio tan inutil, sino para matrimonio con sus bienes, y su uso, y fin; y mas dañoso le sería al esclavo ausentarlo de su conforte, de fuerte, que ya no le pudiesse comunicar, que impedirle contraer matrimonio, porque casado, y apartado en tierras muy remotas de su muger, está impossibilitado del uso licito del matrimonio contraido, y de contraer otro con otra muger: y demás desto le pone el amo, que así le vende, en peligro gravissimo de perder la salud eterna, por el peligro

gro de la incontinencia a que queda expuesto quitándole el remedio comun, y natural deste vicio, que es el uso del matrimonio: por lo qual la comun sentencia de los Doctores affienta, que vender al esclauo casado en tierras distantes de donde está su muger, sin causas justas, que obliguen a venderlo assi, es pecado mortal cōtra justicia. S. Bonau. in 4. dist. 36. n. 6. Silvest. verb. Servitus. q. 7. Angelo. verb. Matrimonium. 3. imped. 4. n. 15. Sanch. de matr. lib. 7. disp. 22. n. 12. Ledesma de matr. q. 52. art. 2. Filiuc. tract. 10. p. 2. cap. 2. n. 54. Bonac. tom. 1. de matr. q. 2. pun. 3. n. 9. De dōde se sigue, que el amo que huviesse vendido a su esclauo casado en tierras distantes, donde no pudiesse comunicar a su consorte, sin causas suficientes, estaria obligado, ò a bolverlo a comprar, aunque le huviesse de costar mas dinero, que el que le dieron por el quando lo vendió; ò a vender a la muger, si es su esclava, a donde está el marido, ò de otra qual quiera fuerte ha de hazer, que ambos viuan donde se puedan comunicar; porque la injuria, ò daño, que se haze cōtra justicia, ay obligacion de repararla. Cap. Si culpa. de iniurijs, & damno dato. Si culpa tua datum est damnum, vel iniuria irrogata, iure super his satisfacere te oportet. Y solamente se excusa desta diligencia cediendo ambos, marido, y muger, su derecho, porque ambos son injuriados en dicha venta.

250. Lo segundo se ha de suponer, que aviendo causa suficiente, no es pecado vender al esclauo casado en tierras remotas, donde no pueda ver mas a su consorte. La razon de esto es, porque no es obligacion tan vrgente, ni tan precisa la obligacion de cohabitar juntos los casados, que por causas graues no se pueda honestar. Causas, y negocios graues se ofrecen a los hombres; por los quales van a remotissimas tierras, ausentandose de sus mugeres justamente, y sin pecado alguno por muchos años, y a veces por toda la vida: luego por las mismas causas, y aun por menores, puede el amo llevar, ò vender a su esclauo casado a tierras distantes, donde no pueda comunicar a su muger; porque mayor es la obligacion del marido a la cohabitacion con su muger, que la del amo a no impedirfela.

251. Segunda razon desto es, porque la condicion servil del vno de los casados, ignorada del otro, anula el matrimonio, como determina el Derecho, cap. Proposuit. & seq. de coniugio seruorum, y otros defectos, en qual quiera calidad, ignorados del consorte, no lo anulan: como si le enganaron diziendole, que era muy rica la muger con quien se casaba, y despues hallò, que era pobrissima; ò si entendió, que era noble, y no era sino plebeya, ò de

linage de Moros, ò Judios; ò si se certificaron que era honesta, y virtuosa, y casado supo, que avia sido publica ramera. Assi consta del Derecho, cap. Si quis ingenuus. 29. q. 2. Y de esto dá razon S. Thom. in add. ad 3. p. q. 52. art. 1. porque la condicion servil en el casado, impide los bienes propios del matrimonio. Sicut per impotentiam coeundi efficitur aliquis impotens ad solvendum debitum, ut omnino non possit solvere, ita per servitutem, ut libere debitum reddere non possit, & ideo sicut impotentia coeundi ignorata impedit matrimonium, non autem se sciatur. Ita conditio servitutis. Y respondiendole al vltimo argumento, dize, que quando contrae matrimonio cō vn leproso sin saber que lo era, es valido el matrimonio; pero si contrae con vn esclauo sin saber que lo era, es nulo; porque la lepra no impide los actos primarios del matrimonio, y la esclauitud si; y en esto siguen a S. Thomas comunmente los Doctores, asentando, que la condicion servil impide mucho a la cohabitacion de los casados, y a la solucion del debito conjugal; y no hablan los Doctores con S. Thomas del impedimento injusto, que el amo les puede poner, que tambien a los libres les pueden injustamente impedir, sino hablan del impedimento, que justamente les compete por razon de la esclauitud. De aqui se sigue, que puede el amo ocupar a su esclauo, aunque sea casado, en todos los negocios que se le ofrecieren, aunque se le impida la cohabitacion con su muger, y la paga del debito conjugal. Assi consta del Derecho, cap. Dignum. de coniug. servor. donde dize, que los esclavos por causa de ser casados, no dexan de estar obligados a los servicios debidos, y acostumbrados de sus amos. *Debita tamen, & consueta servitia non minus debent proprijs dominis exhibere.* Por lo qual si el amo es mercader, que vá a lexas tierras remotas, faltando años de su casa, para comprar, ò vender diuersas mercaderias, puede llevar consigo a su esclauo casado; porque si el amo justamente se aparta de su muger por dichos negocios, por los mismos puede hazer, que se aparte el esclauo de su muger, que no ha de ser el esclauo, y su matrimonio de mejor condicion que el amo; antes es de peor condicion servil, que impide justamente, y de su naturaleza en mucho la cohabitacion de los casados, como queda probado: y si el negocio, ò causa es tan graue, que obliga al amo a ausentarse perpetuamente de su muger, podrá por la misma causa tener consigo al esclauo, ausente tambien de su muger, si el amo necessita del en la ausencia de su casa: y de la misma fuerte siempre que al amo ocurriere algun negocio extraordinario, ò causa

gra-

graue, por la qual le importe mucho embiar al esclauo, ò venderlo a partes remotas donde nunca pueda ver a su muger, lo podrá hazer, aunque el amo aya consentido en el casamiento del esclauo; porque (como queda dicho) el derecho del esclauo no es tan vrgente, que obligue al amo en casos tan graves: ni del amo se presume, que dando licencia al esclauo para casarse, quiso obligarse a dexarlos cohabitar aun en casos donde importa notablemente al amo lo contrario. Este parece mas comun sentir de los Doctores, S. Ant. 3. p. tit. 1. cap. 3. S. Bonau. in 4. dist. 36. n. 6. Silvest. verb. Servitus. q. 7. Henric. lib. 1. de matr. cap. 10. n. 4. Toled. lib. 7. Summ. cap. 3. n. 3. Ludou. Lop. lib. 1. de contract. cap. 5. & 2. p. instr. de matr. c. 47. Nauarr. in man. c. 22. n. 34. Rosella. verb. Servus. 3. Soto in 4. dist. 35. q. 1. art. 1. Ricardo in 4. dist. 36. an. 4. q. 2. Angelo, verb. Matrim. 3. imped. 4. n. 15. Pet. de Ledesma in matrim. q. 52. art. 2. dub. 1. Bart. de matrim. dub. 3. i. concl. 4. y otros muchos.

252. Esto supuesto por doctrina mas comun, y general, resta para resolucion del caso averiguar si las causas, que en la pregunta se refieren, son suficientes para honestar, y hazer licita la venta del esclauo en partes distantes de donde viue su muger. Y primeramente digo, que para venderlo en la misma Prouincia de Cagayan, aunque sea en pueblos muy distantes, como si la muger viviesse en la Costa, y vendiesse al marido en la Irraya, es causa suficiente andar el esclauo de ordinario fugitivo, y ausente de su muger; porque en tal caso no se pone el matrimonio de peor calidad por la venta, pues él por sus fugas pocas vezes cohabita con la muger. Siendo ambos del mismo amo, y vendiendolo en la misma Prouincia, no se le impide a él, ni a la muger, que se comuniquen estas pocas vezes, porq̃ en la misma Prouincia suelen ir de vnos pueblos a otros, aunque distantes: y seria contingente, que dicho esclauo por la mala costumbre, ò inclinacion, que tiene de estar huido lo mas del tiempo de su amo, se huyga de ordinario del amo que le comprare, y venga mas vezes a cohabitar con su muger: y sin duda que a casados, que tan poco se comunican, no se les haze notable molestia poniendolos en lugares donde se puedan comunicar poco, y de tarde en tarde; y juntandose con esta otra causa, aunque no sea muy graue de parte del amo, como si el esclauo le es de poca utilidad, ò no le agrada su servicio, basta para que licitamente lo pueda vender en la forma referida, y assi solamente el poco aprecio, que haze del matrimonio, no lo juzgo por causa suficiente para venderlo muy lexos fuera de toda la

Prouincia de Cagayan; pero lo es para venderlo dentro de la misma Prouincia, junto cō dicha causa. Lo segundo digo, que si constasse, que dicho esclauo en las fugas que haze comunica con otra muger (que fuele acontecer ser esta la causa de las fugas de los esclavos) puede el amo venderlo, aunque sea en tierras remotissimas, donde nunca pueda comunicar mas a su muger; pero para venderlo assi licitamente por esta causa, es necesario que intervenga consentimiento de su muger. La razon desto es, porque el casado por el adulterio pierde el derecho, que tenia para pedir el debito a su muger, y para la mutua cohabitacion, como consta de la Sagrada Escritura, Math. 5. & 19. y assi a él no se le haze injuria vendiendolo a donde no pueda comunicar a su muger; y si la muger consiente en que assi lo vendan, no se le haze injuria a la muger. de reg. iur. In. 6. reg. 27. *Scienti, & consentienti non fit iniuria.*

253. Lo tercero digo, que las fugas que dicho esclauo haze de su amo, el cuydado, y ocupacion en que le pone para buscarlo, y el serle el esclauo de poco provecho por razon de dichas fugas, son causas suficientes para venderlo en la misma Prouincia, si halla alli commodamente, y sin dilacion quien se lo compré, y si no en otra Prouincia, aunque sea remotissima, donde nunca pueda ver a su muger. La razon desto es, porque estas son causas vrgentes, y graues para venderlo. Primeramente en dicho esclauo tiene perdido el amo todo el precio que él vale, pues su servicio vale poco, ò nada por sus fugas: y de los Autores citados en el segundo supuesto los mas dizen, que basta por causa para venderlo en remotas tierras, para que el amo no pierda su dinero, ò valor del esclauo. La segunda, por que la vexacion que recibe el amo con vn esclauo fugitivo, el cuydado, y molestia en buscarle, y despido de tiempo, y a veces costado, son graues daños, y causas vrgentes, que obligan a venderle, y no hallando quien se lo pague bien dentro de la Prouincia, podrá venderlo fuera della. La tercera, porque el esclauo fugitivo, todas las vezes que se huye, es vn hurto que haze a su amo, defraudandole del servicio que le debe, y si le haze gastar en buscarlo, es otro hurto, y es cosa perniciosissima estar vn hombre sujeto a hurtos, y despido de sus cosas, y no está obligado a mirar por el matrimonio del esclauo cō daño proprio, especialmente quando este daño lo causa el esclauo por su voluntad. Por lo qual es licito al amo vender al esclauo desta calidad dentro de la Prouincia, si en ella se halla quien dé por el su valor; y si no se lo pagan bien en



la misma Prouincia, lo puede vender en otra donde se lo paguè, aunque sea muy remota, y distante, porque este daño contra el matrimonio, no se le imputa al amo, sino al esclavo, que por sus malas costumbres merece, que el amo le eche de sí, y no pierda por él parte considerable de su valor; que si halla fácilmente sin dilacion quien se lo compre en la misma Prouincia, no le es licito venderlo en partes mas distantes: consta, porque aviendo quien se lo compre en la misma Prouincia, puede sin causarles dicho detrimento de apartar al marido de la muger, conservarse indemne, y ya cessa la causa de priuarles del Derecho natural, y cohabitacion, y de ponerlos en ocasion de peligro de incontinencia; si no es que con suficiente fundamento se creyese, que el esclavo vendido cerca haria hurtos, ò otros daños al amo primero, que en tal caso lo podrá vender en tierras muy distantes.

## CONSULTA XLIII.

*Sobre si el Religioso Prelado pueda vender algun esclavo de la Comunidad sin las solemnidades del Derecho, y en especial sin el consentimiento de dicha Comunidad?*

## PROPOSTA.

**D**E la venta, y libertad, que dió V. R. siendo Rector a la hija de Thomasa, y de Luis, se vá levantando mas polvareda de libres, que no ay ya esclava, que no presume libertar sus hijos, y al exemplar se han alentado otros de tantos, y mas meritos, y que es fuerza hazerles agratio a ellos, ò al Colegio; a ellos, si el favor no se estiende excediendo los meritos; al Colegio, si se iguala, porque no le quedará esclavonia: por tanto se le comunica a V. R. (supuesta la verdad desta resulta) que medio se tome con que se compoça, y ataje este inconveniente, porque por averlo V. R. hecho, no quisiera el P. Rector impedir, y no se si podrá por lo que se véni quisieramos enojarle a V. R. V. R. lo componga, y dispóngala. Lo que por acá se ha discurrido; es, que lo vno la tal libertad está en papel simple, y sin la Comunidad: siendo así, que los esclavos se cuentan entre los bienes raizes; pero no siendo esta razon suficiente al parecer de V. R. no puede saltarle a V. R. otra, que comunicarnos, pues ni esta, ni otras se moverán hasta que V. R. les dé passo.

## PARECER XLIV.

**254.** **D**Os razones propone V. R. para deshazer la venta, y me pide, que si yo no apruebo estas, que les comunique otras, que no me faltarán. La primera, que V. R. propone es, que la libertad está en papel

simple. Esta razon no puede tener fuerza alguna, para cuya inteligencia se note, que yo no di libertad, ni el papel simple firmado de mi nombre es de libertad, sino de compra, y venta: yo vendi vna esclauilla de año y medio en 25. pesos a su proprio padre, que es vn mozo libre, natural de Cagayan, casado con vna esclava del Colegio, en quie tuvo la hija: y su proprio padre comprandola, le dió libertad. Este trato de compra, y venta no pide para su valor, que se haga en papel sellado, ni ante Escriuano, sino basta que el comprador entregue el dinero al vendedor, y este entregue la cosa, que vende al que compra, y desta fuerte se traspasa el dominio por Derecho natural, al qual no resiste Derecho alguno positivo. l. Inter. ff. de cõtrahenda empt. se determina, que la compra está perfecta sin escrito alguno, sino de palabra, solamente cõ la convencion, ò pacto del comprador, ò vendedor, en que el comprador tenga desde entonces la cosa por suya, y el vendedor reciba el precio, ò quede el comprador obligado a pagarlo, constituido su deudor: *Non autem pretij numeratio, sed conuentio perficit sine scriptis habitam emptionem.* Y alli la Glosa: *Venditio non est sine pretio: sed conuentio pretij, non numeratio, perficit emptionem contractam sine scriptis.* Lo mismo consta de la l. Quod vendidi. del mismo tit.

**255.** La segunda razon es, que el esclavo se cuenta entre los bienes raizes, los quales no puede enagenar el Prelado sin consulta de la Comunidad, y otras solemnidades, que se requieren por Derecho, y todas faltaron en este caso. Ni por esta razon se puede anular la venta hecha; lo primero, porque los esclavos no son bienes raizes, ò inmuebles: pnedese contar entre ellos quando son de mucho valor; porque no solamente está prohibida la enagenacion de cosas inmuebles, sino también la de cosas muebles preciosas, como consta de las palabras del dicho Decreto: *Omnium rerum, & bonorum immobilium, ac pratioforum mobilium alienationem, omneque pactum per quod ipsorum dominium transfertur.* Pero vna esclauilla de año y medio, es de muy poco valor, que de ninguna fuerte puede contarse entre los muebles preciosos. Vna niña en aquella edad, es de ningun prouecho: las esperanças, que ay de que sirva quando tenga edad, van muy a la larga, y en el interim se gasta en la criança, y está expuesta a muchos riesgos de morir, ò de ser inutil, ò de salir tan mala, que mas sirva de ruido, y embarazo, que de prouecho. En aquella edad es muy poco el valor de vna esclauilla: disputan los Doctores quanto valor han de tener las cosas, para que se pue-

puedan llamar bienes muebles preciosos, y no se pueda enagenar sin la solemnidad del Derecho: *Castr. Pal. to. 2. disp. 1. pun. 15. §. 1. dize, que han de valer por lo menos cien ducados de oro, y que aquello, que no llega a valer cien ducados, lo puede vender, ò enagenar el Prelado sin las solemnidades, que pide el Derecho; pero Diana 4. p. tract. 4. resol. 223. y Homobono, y Peregrino citados por Diana, y Lezana volum. 2. verb. Alienare. n. 8. dize, que ha de exceder de 25. ducados de oro, para ser reputada por cosa preciosa, y que así está declarado por la Sacra Congregacion de Cardenales; pero la mas comun sentencia dexa esto al arbitrio de hombres prudentes, que atentas las circunstancias, y valor de la moneda lo juzguen. En Indias, donde ay mucha plata, juzgo que no se puede reputar por cosa preciosa, si no passa su valor de 50. pesos: segun esto bien pudo vender el Rector sin las solemnidades del Derecho vna esclauilla de año y medio, como puede vender vn cauillo, y otro qualquiera trafte, cuyo valor no passé de 25. ducados.*

**256.** Lo segundo: demos caso que dicha esclauilla se computasse entre los bienes raizes, como dize la propuesta, que puede tener algun fundamento en la doctrina de Portel, in dubijs reg. verb. Alienatio. in addit. donde assienta por cosa cierta, que los esclavos no son bienes raizes, y Lezana loco cit. pero exceptuan quando los esclavos están assijos, ò anexos a alguna hazienda, como partes de la misma hazienda; que en tal caso se reputan por cosas inmuebles, como la misma hazienda. Y aunque es verdad, que dicha esclauilla no está anexa a esta estancia, ni esclavo alguno de los que en ella ay; quando el Colegio vendió la estancia, que llaman de Aduna, a Doña Clara, se averiguó por las escrituras originales los esclavos, que aquella hazienda tenia anexos, y esse numero de esclavos se entregó, y se llevaron a la estancia de Biñan los demás, que tenia alli el Colegio. Esta estancia de Biñan no tiene esclavos anexos por escritura alguna, ni por costumbre, porque el Colegio los muda, y lleua de vna parte a otra, quando parece convenir. Pero supongamos para dar fuerza al argumento, que esta niña esté anexa a la estancia, y sea parte della: con todo esto, por ser cosa de poco valor, no es necesaria dicha solemnidad para venderla. Así consta del Derecho, cap. Terrulas. 12. q. 2. donde se determina, que las tierras, ò viñas pequeñas, poco vtiles a la Iglesia, se puedan vender sin la solemnidad del Derecho. Por esta razon assentando los Doctores, que los arboles fructiferos de las huertas del Con-

vento son bienes inmuebles, dizen comunmente, que no es licito cortarlos sin la solemnidad, que pide el Derecho para enagenar cosas inmuebles, y templan el rigor desta doctrina con dezir, que para cortar pocos arboles fructiferos, como dos, ò tres, no es necesaria dicha solemnidad: porque no se puede presumir del Derecho, que quiera poner penas tan graues por cosa, que no sea notable de mucho valor. Así lo dizen Lezana, to. 3. in Mare magnum. S. Aug. §. 25. n. 70. Filiuc. tract. 44. de alien. rer. Eccles. cap. 4. dub. 8. Peirino, to. 1. Priuil. minim. in const. 9. l. 2. n. 22. Tambur. to. 3. de Iure Abb. disp. 23. q. 3. y Farinac. to. 4. decif. 553. dize, que así lo determinó la Rota. Para cosa de tan poco valor, y momento no me pareció necesario juntar vna Comunidad, y pedir licencia al Vicario General, y otras solemnidades.

**257.** Otras razones pone V. R. para reprobar dicha venta, y procurar darla por nula, y es, que muchas esclavas pretenden libertar a sus hijos con este exemplar, y terá fuerza hazerles agratio a ellas, ò al Colegio: a ellas, si siendo de iguales meritos, ò mayores, no se les haze el mismo favor, ò al Colegio, si se les iguala, porque se quedará sin esclavonia. Esta razón parece suponer, que en premio de meritos se ha dado libertad a dicha esclavilla; y no ay tal cosa, porque fue venta real por el precio, que pareció justo. En las véras, y compras no se atienden meritos, ni fraudes, sino voluntad, y conveniencia de ambas partes; antes de ordinario en las ventas de esclavos se venden los menos vtiles, y de menos meritos, y que menos estima el vendedor, y retiene a los mejores, como en los Religiosos desta Prouincia, que preteden bolverse a España, que de ordinario se procura embarazar la ida a los mas benemeritos, y se concede a los de menos vtilidad. Y el exemplar no tiene en esta materia mas fuerza de la que le quisiere dar; porque vender, ò no vender vna esclavilla de esta calidad, pende de la voluntad del amo: y no porque venda a vno, tienen accion los demás a obligarle, ni a pedirle, que los venda. Lo mismo se pudiera dezir, si dió el Rector alguna licencia mas para salir a los Colegiales, que le quitó la libertad al sucesor para negarla: y si dió licencia, ò toleró faltar al Coro a alguno, que ya el otro no le puede obligar a acudir. El P. Prouincial, que es oy (siendo Rector del Colegio) dió a vno esclavo, llamado Nicolás, libertad por todo su tiempo: sería este exemplar para que todos los esclavos pidiesen lo mismo, y los mas benemeritos tuviessen por agratio, que a ellos no se les diese esta libertad? No por ciertos

pues

pues mucho menos en el caso de la venta de la esclauilla. Cada Prelado ajustando a la Ley de Dios, y a sus Constituciones, puede en las cosas que se regulan por la prudencia arbitrar, y gouernar, siguiendo los pasos del antecesor, ó apartando de ellos, segun le pareciere mas conveniente, atentas las circunstancias del *hic, & nunc*.

258. Para que se vea, que puede vn Rector tener dictamen prudencial, fundado en razones no contemptibles, de vender alguna, ó algunas esclauas de Biñan, se ha de notar, que diuersas vezes he oido dezir a los hermanos, que administran aquella hacienda ( que por experimentados se les debe allí algún credito ) que tantas esclauas en Biñan, solamente sirven de comexen: que se alquilan, y pagan mugeres Indias para cortar el arroz, y ellas no son para esto: que monta mucho mas lo que comen, que lo poco que hazen: que el arroz de Biñan, de que se podia aprouechar el Colegio, se lo comen ellas: y demás desto el costo, que ay en vestir las, y curar las en sus achaques; y si llegan a parir algun esclauillo, quando este llega a ser de prouecho, se ha gastado en él, y en su madre mas de lo que valen dos esclauos. Dexo otros inconvenientes, y escandalos forçofos, donde ay mucha chufina de mugercillas viles, quales son las esclauas. Por estas razones vide hombres doctos, y prudentes en esta Prouincia ser de dictamen, que no avia de aver en las haciendas del Colegio mas esclauas de las mugeres de nuestros esclauos, y las demás venderlas. Aun el trabajo de los esclauos varones es tan corto en esta tierra, que me afirmò vn Padre de la Compañia, que era Rector de su Colegio, que tenia 15. esclauos cortando caña, y no bastaua a dar la suficiente a los que hazian el azucar, y retirandolos puso 5. hombres libres asalariados, y bastauan. y a nuestros Religiosos Legos, que administran nuestras haciendas, he oido dezir varias vezes, que mas trabaja vn hombre libre a jornal, que tres esclauos, y dan desto buena razon: porque el libre, que gana su jornal, sabe que si no trabaja bien lo han de despedir, y los dias que no trabaja no gana salario; pero el esclauo sabe, que lo mismo le han de dar trabajando, que no trabajando: y al cabo del año tanto se viene a gastar en el esclauo, en vestirlo, y sustentarlo, quando trabaja, y quando no trabaja, y en curarlo, como en los salarios de vn libre; y demás a mas lo que el esclauo hurta, como ladrón de casa, que sabe los rincones, y lo que se gasta en buscarlo, y cogerlo quando se huuye. Por esta causa no tengo por materia digna de mucho reparo, ni de mucho sentimiento

to vender a vn esclauo, aunque fuere de los varones, que sirven, y trabajan.

259. No es mi intento negar, que aya algunos esclauos buenos ( aunque muy pocos ) estos se deben estimar, y premiar, no vendiendolos, ni dandoles libertad, sino haciendo confianza dellos, encomendandoles algun modo de gouerno, y mando sobre los otros segun su capacidad, que vienen a ser como ainos; que a semejantes esclauos se les haria agrauio a ellos, y al Colegio dexandolos libres.

260. A la pregunta, de que camino, ó razon puede aver para bolver a la esclauitud a la dicha esclauilla: responde, que no hallo otro, sino deshazer el contrato de compra, y venta, bolviendole el Colegio a su padre el dinero, y que él consienta, que su hija vuelva otra vez a la esclauitud; porque hecho vna vez el contrato, y transferido el dominio, no se puede ya deshazer, ni adquirir el dominio por sola voluntad de la vna parte, sino es necesario que quieran ambas partes; y es menester, que el consentimiento de su padre sea sin fraude, coaccion, ó miedo: porque interviniendo algo desto, no tiene valor lo que se hiziere, y avrá siempre obligacion en conciencia a restituir a la muchacha a su libertad, como consta del Derecho. l. Ait Praetor. ff. de eo quod metus. Y aun si el padre no tiene urgente necesidad del dinero, no queda segura la esclauitud, *neque in foro fori, neque in foro poli;* porque puesta ya la hija en libertad, no tiene potestad su padre para bolverla a poner en esclauitud, sino es en caso que paffe muy urgente necesidad, como disponen las leyes de el Reyno, part. 4. tit. 17. l. 8. *Quejado seyendo el padre de gran hambre, è aviendo tan grande pobreza, que no se pudiese acorrer de otra costa, entonces puede vender, ó empeñar sus hijos, por que aya de que comprar que comer;* y al fin dize: *Esto se puede fazer en tal razon, que todos entiendan manifestamente, que así es, que el padre no ha otro consejo, porque pueda estorcer de muerte, si non vendiere, ó empeñar al hijo.* El Derecho comú dispone lo mismo. l. Liberos. C. de patribus, qui filios. *Liberos aparentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris iure, aut aliquo quolibet modo, nec sub pretextu ignorantia in alium transferri posse manifestissimi iuris est.* y l. seq. *Si quis propter nimiam paupertatem, egestatem que vltus causa filium filiam ve vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius. (seruitij) habeat facultatem.* Mucho extremo de pobreza se requiere en el padre, para que pueda poner en esclauitud a su hija, que ya es libre.

CON-

## CONSULTA XLIV.

Sobre si para vender el dicho Prelado los esclavos de la Comunidad, que tienen vicios notables, tenga necesidad de dichas solemnidades del Derecho? Item, si tenga necesidad de dichas solemnidades para vender otra qualquiera cosa no necesaria a la Comunidad?

## PROUESTA.

Vn esclauo, que era de poco prouecho en el Conueto tengo vendido, aunque todavia no està hecha la entrega del precio, ni del esclauo, sino solamente el concierto; pero sin consulta de la Comunidad, ni otra solemnidad: V.R. me avise, si podré concluir esta venta por mi solo, ó que diligencias serán necesarias? Demás desto se pregunta, si en qualquiera cosa no necesaria a la Comunidad, ó Iglesia, que vn Prelado quiera venderla, pueda hazerlo por si solo, ó que diligencias han de preceder?

## PARECER XLV.

261. Responde, que los esclavos fugitivos, que cogidos se buelve a huir, puede el Prelado venderlos por si solo, sin otra solemnidad. Así està expreso en el Derecho, cap. Fugitiui. 12. q. 2. *Fugitiui domos suas, aut familias deserentes, qui etiam si renocati fuerint, non possunt teneri, simili ratione ab Episcopo si voluerit, aut si ita illi meruerint, distrahantur.* De aquellas palabras, *aut si ita illi meruerint* se colige, que por otros vicios, y malas costumbres de los esclavos, por los quales desfinerezcan servir a la Iglesia, ó Conueto, los puede veder el Prelado sin otra solemnidad; y así lo dá allí a entender la Glosa con estas palabras: *De alijs seruis, & non fugitiuis loquitur.* Portel in dub. reg. verb. Alienatio. in addit. n. 3. y Lezana, to. 2. qq. reg. verb. Alienare. n. 8. dizen, que los esclavos dados al vino, y embriaguez, ó ladrones, ó luxuriosos, pueden ser vendidos de los Prelados sin assenso, ni consulta de la Comunidad, ni otra solemnidad; porque corre la misma razon de los fugitiuos, y así debe entenderse de ellos la misma disposicion del Derecho. Y añaden estos Autores, que aunque los esclavos, que tienen alguno de estos vicios estén anexos a algun cortijo, ó possession, como partes della, y configuientemente se reputen por bienes inmuebles, para cuya enagenacion se requiere consulta, y otras solemnidades; no obstante esto pueden ser vendidos sin solemnidad alguna, por razon de dichos vicios, porque desmerecen ser partes de la hacienda de la Iglesia, ó Conueto.

262. Con otro texto del Derecho se puede probar esto, cap. Terrulas. 12. q. 2. *Terrulas,*

*aut vineolas exiguas, & Ecclesia minus utiles, aut longe positas paruas Episcopus sine consilio fratrum (si necessitas fuerit) distrahendi habeat potestatem.* De aqui consta, que los bienes de la Iglesia, ó Conueto, aunque sean inmuebles, si no son preciosos de notable valor, los puede vender el Prelado sin solemnidad alguna: y los esclavos viciosos, como fugitiuos, amancebados, ó dados a la embriaguez, ó ladrones, no se reputan por cosa preciosa, ni de mucho valor, ó estima, sino por cosa vil; y como en estas Islas son muy raros los esclavos, que no tengán dichos vicios, ó alguno dellos, así serán rarísimos los que no se puedan vender sin solemnidad alguna: especialmente, que ningún Prelado quiere vender esclauo bueno, que es vtil a su Iglesia, ó Comunidad; y así el que se llega a vender, ó es vicioso, ó inutil, ó poco vtil, para cuya enagenacion no ay necesidad de solemnidad alguna.

263. A lo vltimo que se pregunta, respondo, que los bienes inmuebles, que llaman raizes, y los muebles preciosos pertenecientes a qualquiera Iglesia, ó Monasterio, ó lugar pio, no los puede enagenar el Superior por sí solo, ni por venta, ni permuta, ni donacion, ni emphyteusi, ni por prenda, ó hipoteca, ni por arrendamiento de largo tiempo, que es por 10. años, porque así està prohibido en muchos lugares del Derecho, cap. Placuit. y cap. Abbatibus. y cap. Sine exceptione. y cap. Moneumus. 12. q. 2. y cap. Nulli. de rebus Ecclesiae. y cap. Ambitiosae. extrau. de rebus Ecclesiae. Y en diferentes Decretos de Summos Pontifices, y especialmète en vno de Urbano VIII. despachado año de 1624. Y para que sea licita la enagenacion de tales bienes, se requiere muchas condiciones. La 1. que aya causa legitima, como necesidad de la Iglesia, que de otra suerte no se pueda remediar, ó para evitar algun daño de la misma Iglesia, y por utilidad, que se siga a la Iglesia de tal enagenacion, ó para remediar necesidades de pobres, ó redimir cautiuos.

264. La 2. condicion es, que si en la tal Iglesia ay Cabildo, ó Comunidad, que se trate, y ventile si conviene la enagenacion, y assienta la mayor parte en ella. La 3. que se haga con licencia del Prelado superior, como si la enagenacion la ha de hazer el Prior del Conueto, ó algun Vicario, que la haga con licencia del Prouincial, y si la huviere de hazer el Prouincial, que la haga con licencia del General. En la extrau. Ambitiosae. de rebus Eccles. se ponen otras dos condiciones, y son, que no se haga sin consentimiento del Romano Pontifice, y que no se haga arrendamiento de cosa de la Iglesia por mas de tres años;

años; pero dicha extrau. no está recibida en estas Islas. Y aun Bonac. de alienat. rer. Eccl. pun. 5. n. 4. y Lezana to. 2. verb. Alienare. n. 56 con otros que citan, dicen, que dicha extrau. en pocos lugares está recibida, y juzgo que solamente lo está dentro de Italia, donde es fácil el recurso al Romano Pontífice. Urbano en su Decreto pone otra condición, y es, que se pida licencia a la Sacra Congregación de Cardenales del Concilio; pero ni esto está recibido en las Indias, donde es difícilísimo el recurso a Roma: y aun también juzgo, que solamente se practican en Italia. Las penas que incurrir los que enagenan sin observar dichas condiciones, son privación de voz activa, y pasiva, y de los oficios, que tuvieren en la Religión, y perpetua inhabilidad para obtener otros: así se contiene en el Decreto de Urbano VIII. Pero aunque dize, que incurrirán en estas penas *ipso facto absque alia declaratione*, siempre se requiere declaración del Superior del que enagenó, sin observar la forma del Derecho; y hecha dicha declaración del delito, se incurre la pena, sin ser necesaria sentencia, ni declaración de que la incurrió; porque las leyes, que ponen semejantes penas, en esta forma están comunmente recibidas, y esta se presume ser la intención del Superior, que las pone: porque sería intolerable rigor, y contra el conatural, y humano modo de proceder de los hombres, querer que el reo sea executor de la pena contra sí mismo, y pronuncie, y se declare a sí mismo reo en el foro externo, y privado del oficio, y derecho ya adquirido, y por inhabil. Tiene también pena de descomunión, pero es ferenda, cap. Abbatibus. 12. q. 2. *Degradetur communione concessa*; y la enagenación es de ningún valor, y se debe volver la cosa enagenada a la Iglesia, ó Conuento cuya era. La extrau. Ambrosiose pone pena de descomunión lata contra los Prelados Religiosos, que enagenan, y contra los que reciben la cosa enagenada de la Iglesia, y a los Abades, y Obispos les pone entredicho de la entrada de la Iglesia; y si dentro de 6. meses no restituyen la cosa enagenada a la Iglesia, ó Monasterio, les suspende del oficio, y regimen de su Iglesia; pero esta extrau. no está recibida. Afirmarlo así Silves. verb. Alienatio. q. 13. Nauar. in Man. cap. 27. n. 150. Barbosa de off. & pot. Episc. alleg. 95. n. 48. Filiu. tract. 44. cap. 1. Lessio, lib. 2. cap. 24. dub. 10. n. 64. Lezana, in expos. de Cal. lib. 7. cap. 22. dub. 10. Y aunque Urbano VIII. en su Decreto dize de las penas de dicha extrau. que permanezcan en su fuerza, no fue recibido quanto a esto.

265. Averiguado ya lo que no puede el

Prelado enagenar por sí solo, resta examinar lo que puede. Primeramente puede enagenar sin dicha solemnidad las cosas, cuyo uso es solamente consumir las, como el trigo, vino, azeyte, y dineros; porque estas cosas, ni son bienes raíces, ni muebles preciosos, sino cosas destinadas al gasto ordinario: excepto quando el dinero está ya destinado para comprar alguna cosa inmueble, ó mueble preciosa, que en tal caso se requiere la dicha solemnidad para enagenarlo, y gastarlo en otra cosa, porque ya aquel dinero se reputa por la cosa, que se avia de comprar con él, y ya la Iglesia tenía en potencia próxima aquel bien inmueble, ó mueble precioso. Lo mismo es del dinero puesto a censo, ó destinado para ponerlo a censo en favor de la Iglesia, ó si a la Iglesia le redimieron algún censo: porque semejante dinero se reputa por cosa inmueble, como lo es el censo. Esta es doctrina comun, enseñala Silves. verb. Alienatio. q. 6. Bonac. de alienat. bon. Eccles. disp. 2. q. 1. pun. 2. n. 5. Villal. 2. to. tract. 25. dif. 17. Molin. tract. 2. disp. 465. Quaranta. verb. Alienatio. Trullench. in expos. de Cal. lib. 7. cap. 24. dub. 10. Y se colige de las decisiones de la Rota, que trae Riccio in praxi, verb. Alienatio.

266. Lo 2. los bienes muebles, que no son preciosos, los puede el Prelado enagenar, vendiendolos, ó permitiendolos, ó por otro trato licito, por sí solo, sin solemnidad alguna; porque los textos, y Decretos referidos, que prohiben la enagenación, hablan de bienes muebles preciosos. En opiniones está, que valor ha de tener la cosa para que se pueda tener por preciosa. Vna opinión dize, que para ser preciosa ha de valer por lo menos 100. ducados: dizelo Castr. Pal. to. 2. disp. 1. tract. 12. pun. 15. §. 1. Reprueban a esta opinión comunmente los Autores, porque en la comun estimación se reputan por preciosas muchas cosas, que valen menos de 100. ducados. La 2. opinión dize, que para ser cosa preciosa ha de exceder el valor de 25. ducados: esta opinión es la más autorizada, porque lo ha declarado así la Sacra Congregación de Cardenales, como refiere Diana 4. part. tract. 4. ref. 223. y Trullench. loco cit. y Lezana in Summ. qq. reg. verb. Alienare. n. 64. el qual refiere muchos Autores, que refieren la dicha declaración. La 3. opinión dize, que es cosa preciosa la que vale 20. ducados, y que este es el estilo de la Curia Romana. Así lo dize Naldo, in Summ. verb. Alienare. n. 5. La 4. opinión dize, que esto se ha de dexar al arbitrio de hombres prudentes, que atentas las circunstancias, y valor del dinero en cada Prouincia, juzguen que valor se requiere para que vna cosa se pueda llamar

pre-

preciosa para el efecto presente. Así lo afirman Barb. de off. & pot. Episc. a leg. 95. n. 51. Peirino, to. 1. priu. minim. in cont. l. l. II. n. 15. Quaranta in Sum. n. Bull. verb. Alienatio. Filiu. to. 3. tract. 44. c. 4. n. 4. Lezana, in Sum. verb. Alienare. n. 7. Y esta opinión no se opone a la declaración referida de los señores Cardenales, que declararon en Roma, atento el valor, y abundancia de plata de aquella tierra, que la cosa que vale más de 25. ducados se reputa preciosa: de donde se colige, que en Indias, donde ay mucha mayor abundancia de plata, y valen más las cosas respectivamente, no se tendrán por preciosas las cosas, cuyo valor no pasa de 50. pesos, y aun de 50. ducados, pues al doble es mayor el valor de la plata en Italia, que en las Indias: y así qualquiera cosa mueble, cuyo valor no pasa de 50. pesos, y aun de 50. ducados, la puede vender vn Prelado sin consentimiento de su Comunidad, y sin otra solemnidad por sí solo, excepto si por alguna grande moralidad fuera la cosa muy estimable, como vna grande Reliquia. Así lo afirman Riccio in praxi. decis. 63. Bonac. de alien. disp. 2. q. 1. pun. 2. n. 31. Barbosa in Collect. Bull. verb. Reliquia. Flauio Cherub. in comp. Bullar. in cont. 98. Pij V. Lezana in Summ. to. 2. verb. Alienare. n. 14. Los quales refieren estar así declarado por la Sacra Congregación de Cardenales, y que las Reliquias pequeñas ordinarias las puede enagenar vn Prelado por sí solo: por lo qual si vn Prior, sin preceder todas las condiciones, y solemnidades requisitas ya dichas, enagenase el Lignum Crucis grande, que tiene el Conuento, no valdria la enagenación, y estaria el que le llevó, de qualquiera forma que le llevase, obligado a restituirlo al Conuento, è incurriria el Prior en las penas puestas contra los que enagenan los bienes muebles preciosos de Iglesias, y lugares pios; pero si enagenase por sí solo vn Relicario, aunque fuese de oro, con vn pedacito de Lignum Crucis, no incurriria en dichas penas, ni sería nula la enagenación por esta causa: porque destas Reliquias muchas (aunque sean de grandissima estima) no se haze tan grande aprecio moralmente en la comun estimación, ni su falta en vn Conuento se tiene por muy graue: y así vemos, que la Sede Apostolica ha concedido licencia para rezar en las Iglesias de los Santos, de que huviere en ellas alguna Reliquia insigne, aunque no estén en el Breuiario, y no concede esto de los Santos de que ay Reliquias pequeñas en las Iglesias.

267. Lo 3. aunque el Derecho, y Decretos de Summos Pontífices prohiben expresamente la enagenación de cosas inmuebles de

las Iglesias; pero el mismo Derecho exceptua las tierras pequeñas, y viñas de poco valor, para que sin solemnidad alguna las pueda vender el Prelado por sí solo. Y la extrau. Ambrosiose, y el Decreto de Urbano, quando prohiben la enagenación sin dicha solemnidad, exceptuan los casos en que por Derecho se puede enagenar sin solemnidad: y de qualquiera Decreto de Summo Pontífice se presume, que no contradize al Derecho, aunque no lo explique; porque *quolibet dispositio referri debet ad intellectum iuris communis*. Cap. Super eo. de off. de leg. y cap. Pastoralis. de appella. y cap. Cum dilectus. y cap. Ad audientiam. de Cler. non resid. y l. Quero. §. inter. ff. locati. y l. Ut gradatim. §. primo. ff. de muner. & honor. y l. Precipimus. C. de appell. *Quidquid haec lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum, constitutionumque regulis omnes relictum intelligant*. Dispone el Derecho, que las tierras, y viñas pequeñas, y poco vitales a la Iglesia, las puede vender el Prelado por sí solo: pues lo mismo se ha de dezir de qualquiera bienes inmuebles de poco valor, y de poca utilidad al comun, que los puede enagenar el Prelado sin solemnidad por sí solo; porque donde corre la misma razón, corre la misma disposición del Derecho. De quanto valor ayan de ser los bienes inmuebles, para que no se puedan enagenar, se ha de dezir lo mismo que de los bienes muebles. Veanse los Autores citados arriba, que hablan también de los bienes inmuebles, y la declaración de los Cardenales fue hecha principalmente de los bienes inmuebles: por lo qual juzgo por no necesaria la questión, que algunos Autores mueven acerca de algunas cosas, si son bienes muebles, ó inmuebles, para efecto de si el Prelado puede enagenar sin la solemnidad del Derecho, como de los arboles, que están en las huertas, ó haciendas de las Iglesias, que vnos Autores afirman, que son bienes inmuebles, ó raíces, y otros, que son muebles, y lo mismo de los esclavos anexos a alguna posesión; porque en la questión principal de poder cortar los arboles, ó vender los esclavos, lo mismo se ha de dezir, que sean bienes muebles, ó inmuebles: que si se reputan por bienes preciosos, no se pueden enagenar sin dicha solemnidad; y si son de poco valor, y utilidad, se pueden. Y la razón de prohibir el Derecho absolutamente la enagenación de los bienes inmuebles, poniendo luego la excepción de tierras, y viñas pequeñas de poco valor, y de no prohibir absolutamente la enagenación de los bienes muebles, sino solamente los preciosos: es porque los bienes inmuebles de ordinario, y casi siempre son de mucho

P

valor,



valor, y precio, y rara vez acontece ser algunos de poco valor; y al contrario los bienes muebles, que los mas son de poco valor, y pocos respectivamente son preciosos.

268. Lo 4. algunas veces es licita, y valida la venta, y enagenacion de bienes inmuebles, y muebles preciosos de las Iglesias, Conuertos, y lugares pios, faltando alguna, o algunas de las solemnidades del Derecho. Para prueba de esto se note, que si faltasse la necesidad, o utilidad de la Iglesia, o Conuento en la enagenacion, no puede ser licita, ni valida: porque quedando la Iglesia despojada de su posesion sin necesidad, ni utilidad, queda deteriorada, y se le haze agrauio, y se comete sacrilegio, y consiguientemente se incurre en las penas, que por esta causa estan puestas a los que assi delinquen: es nulo el trato, y ay obligacion de reparar el daño. Pero si huviere causa legitima para la enagenacion, como si de enagenar vna posesion se siguiere grande utilidad, o se librasse la Iglesia de mucho daño; v. g. si hallandose vn Conuento con vna posesion cargada de censos, cuyos frutos no alcanzan a pagar los reditos, por lo qual desea venderla, y ay persona que la quiere comprar: si estuviese ausente el Prouincial, a quie se debiera pedir la licencia, se pudiera hazer sin ella, especialmete si se teme peligro en la tardanza; o si el Prouincial huviere de hazer alguna enagenacion necesaria al bien de la Prouincia, o muy vtil, y por la mucha distancia no se pudiesse alcanzar licencia del General: aunque en estos casos, en que la necesidad, o utilidad es evidente, se puede dezir, que basta la licencia presumpta del Superior. Afirmalo assi Silv. verb. Alienatio. n. 16. Lessio, lib. 2. cap. 24. dub. 10. Bonac. to. 2. disp. 2. de alienat. q. 1. pun. 4. Villal. to. 2. tract. 25. dif. 17. Trulléch. in exp. de Cal. lib. 7. cap. 23. dub. 10. n. 3. y consta del Derecho, l. Cum quid. ff. de rebus credit. Taciti, *Et expressi eadem dispositio est.* Y consiguientemente no se falta en solemnidad alguna, y especialmente en las Prouincias de Indias, los Prouinciales no han menester para enagenar licencia del General, por que tienen toda la autoridad del General por concession de Adriano VI. en la Bula, que empieza *Exponi*, despachada a instancia de Carlos V. a 10. de Mayo, año de 1522.

269. Pero demos caso, que por necesidad, y utilidad notable de su Conuento, vn Prior enagenasse alguna cosa immobil, o mobil preciosa sin consulta de su Comunidad, y sin licencia del Prouincial, o fuesse por descuido, o por ignorancia, o por dificultad, que halló en hazer dichas diligencias, por estar auiente del Prelado, y conuetales, o por temor

de que por la dilacion, o por algun accidente se le impediria la enagenacion, de que resultaria daño a su Conuento: en tal caso tengo por muy probable, que es valida la enagenacion, y no incurre las penas el que la hizo por quatro razones. La 1. porque siendo muy clara, y conocida la utilidad, que consigue el Conuento con la enagenacion, se presume el consentimiento de los conuetales, que sera bastate: como se dixo arriba, que se presume, y basta el consentimiento tacito del Prouincial, porque no ay mayor razon del vn consentimiento que del otro; y siendo tan clara, y patente la utilidad, no es necesaria consulta, como dixo S. Cipriano: *In re tam iusta nulla est consultatio.* La 2. en el Derecho, cap. Ter. rulas. 12. q. 2. se determina, que puede el Prelado por si solo sin solemnidad alguna, enagenar las tierras, y viñas pequeñas de poca utilidad a la Iglesia: y alli mueue la Glossa vna duda de otros textos del Derecho, que parece oponerse a este, en que se requiere consejo para las cosas pequeñas; y responde, que de varios modos puede vna cosa llamarse pequeña, y que quando las cosas pequeñas son de suficiente utilidad a la Iglesia, y no ay necesidad de enagenarlas, no puede el Prelado enagenarlas por si solo. De aqui se sigue, que no se ha de atender a si las tierras son en si pequeñas, sino a si la utilidad dellas es pequeña: por lo qual aunque vna hacienda fuesse muy grande, si el provecho es muy corto, y el embarazo mucho, o si ajustando los gastos con la utilidad, son mas aquellos, o casi igualan, se puede llamar posesion pequeña de poca utilidad, y consiguientemente no es necesaria solemnidad para enagenarla: y por mayor razon, si fuesse mayor el costo, que la utilidad.

270. Tercera razon: los Derechos, y Decretos de Summos Pontifices, que prohiben, y anulan las enagenaciones de bienes de Iglesias, Monasterios, y lugares pios sin dicha solemnidad, se ordenan a la utilidad de la Iglesia, y lugares pios, para que no se malbaraten, y pierdan sus posesiones, ni vayan a menos sus bienes; y segun ambos Derechos, lo que esta dispuesto para vn fin, no puede obrar contra el mismo fin. l. Quod fauore. C. de legib. *Quod fauore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad lesionem eorum nullum inuentu videri.* Y reg. 14. de reg. iur. In. 6. *Quod ob gratiam alicuius conceditur, non est in eius dispendiu retorquendum.* Y l. Nulla. ff. de legib. *Nulla iuris ratio patitur, ut que salubriter pro utilitate hominum introducuntur, eos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus.* De aqui consta, que si alguna ena-

gena-

genacion se huviere hecho, que con evidencia sea vtil a la Iglesia, no se debe dar por nula en detrimento de la misma Iglesia; y si huviere peligro en la tardanza, de que se pierda la ocasion mientras se haze las solemnidades del Derecho, no hará mal el Prelado en enagenarla, porque de otra suerte cederian en detrimento de los bienes de la Iglesia tantos Decretos, y Canones hechos para su utilidad. Ultima razon: el Derecho Civil, y las leyes de el Reyno determinan la solemnidad, que debe tener los testamentos para su valor, y aquel testamento a que faltaren las condiciones, que piden las leyes, lo dán por nulo; y disputan los Doctores, si en conciencia es valido el testamento en que faltan dichas solemnidades? Algunos Doctores con Coutar. in reg. peccatum. p. 2. §. 3. n. 9. dicen, que es nulo, porque le falta la forma substancial, que disponen las leyes justas, y ninguna cosa puede consistir sin su forma. Pero la mas probable, y mas comun opinion es, que es valido: porque las dichas leyes no son absolutamente ordinatiuas, ni constitutiuas de forma indispensable; sino para evitar fraudes, y quitar ocasion de pleytos, y darse por nulos semejantes testamentos, se funda en falsa presuncion de que en ellos hay fraude contra derecho natural. Pero si con claridad, y certeza constasse no aver fraude, y que aquella fue la voluntad del difunto, y se debe cumplir, y de ninguna suerte puede darse por nulo. Assi lo afirman Siluest. verb. Hæreditas. 3. q. 7. Panorm. cap. Quia plerique. de immun. Eccl. n. 42. Lessio, lib. 2. de iust. c. 29. dub. 2. Medina de rest. q. 23. Tapia in Catena, to. 1. lib. 4. q. 13. art. 3. y to. 2. lib. 5. q. 21. art. 4. y otros muchos. De la misma suerte todos los Derechos, y Decretos, que determinan la solemnidad, y condiciones para enagenar las posesiones de Iglesias, Conuertos, y lugares pios, se ordenan a evitar el desperdicio de las haciendas de dichos lugares pios, que pudiera acontecer si vn hombre solo las pudiera enagenar, o por fraude, o malicia, o descuido, o ignorancia; y dar por nula la enagenacion en que no hubo dicha solemnidad, se funda en presuncion, de que la hacienda de la Iglesia queda deteriorada: por lo qual constando con claridad, y certeza, que la enagenacion se hizo sin fraude, y que cede en utilidad de la Iglesia, o Conuento, se debe tener por valida; pero en caso de duda siempre esta la presuncion contra el que enageno sin observar la solemnidad, que dispone el Derecho, y se deberá restituir a la Iglesia, o Conuento en su posesion. Por lo qual para que con segura conciencia, y sin nota de imprudencia se haga enagenacion de bienes inmuebles de valor, o mo-

bles preciosos sin la solemnidad, que requiere el Derecho, y Decretos Pontificios, ha de ser en utilidad notable, y muy clara, y evidente de la Iglesia, o Conuento, o que con la enagenacion se evite manifiestamente mayor daño, o gasto.

## CONSULTA XLV.

*Sobre si la venta de vna finca sobre que estan impuestos diuersos censos, y que segun escritura otorgada se debe efectuar con noticia de todos los censuuarios, sea nula haciendose sin dicha noticia, y callandose en ella alguno de los censos?*

## PROPOSTA.

Pedro vendió a Juan vnas posesiones de casas, y tierras en 8120. pesos a censos los 211. pertenecientes a Diego, los 11480. a vna Capellania, 800. pesos a vn Conuento, 700. pesos al señor Obispo de N. 11170. pesos al Bachiller Christoual; 111. pesos a vna obra pia, 570. pesos a vn Hospital. Otorgose esta escritura en 19. de Febrero de 1677. no fueron citados los censuuarios antes de la venta, por si la querian por el tanto, sin embargo de que en algunas de las escrituras de imposicion de los dichos censos ay clausula en que se obliga el que tomó el censo a no vender las posesiones sin dar parte a los censuuarios. Demás desto en la escritura, que otorgó Pedro a favor de Juan, dexó de declarar vn censo de cerca de 100. pesos, a que estan afectas las posesiones vendidas, como consta todo por los recaudos presentados en los autos en grado de apelacion. Preguntase, si por aver otorgado la escritura de venta sin citar los censuuarios, y por no averse en ella expresado vno de los censos, que tenían las posesiones, si será nula, o no, la venta?

## PARECER XLVI.

271. R. Responde, que si en las escrituras de la imposicion de los censos, no se hallasse clausula en que se ayen obligado los que recibieron el dinero a censo, a no vender las posesiones sin dar parte a los censuuarios, no se pudiera dar por nula la venta de dichas posesiones, por causa de no aver hecho sabidores a los censuuarios de dicha venta; pero atiendo en alguna, o algunas de las escrituras de la imposicion de dichos censos, clausula en que se obligaron a no vender dichas posesiones sin hazer primero sabidores de dicha venta a los censuuarios, es nula la dicha venta.

272. La primera parte desta resolucion se prueba; lo primero, porque los censuuarios no tienen dominio alguno sobre las posesio-

nes en que están situados los censos, sino solamente tienen derecho a la pensión, ó reditos, que lleuan cada año; porque los censos aunque se reputan por bienes inmuebles, pero no son las mismas posesiones, casas, ó tierras, donde están situados, ni parte dellas, ni dizen dominio, ni parte de dominio de las posesiones donde están fundados, sino solamente dizen derecho de cobrar tanta cantidad de los frutos de la posesión, que es vna seruidumbre a que dicha posesión está sujeta. Todo esto explica doctamente Covarr. 3. var. cap. 11. n. 5. Por lo qual todo el dominio, y propiedad de las posesiones, está en el que las tiene, y posee, y se obligó a pagar los reditos, y consiguientemente puede vender las dichas posesiones, como quien tiene en ellas pleno dominio, y propiedad, como consta del Derecho. l. In re mandata. C. mandati. *Sua quisq; rei est moderator, & arbiter.* El que tiene pleno dominio de vna posesión, la puede enagenar como quisiere, y venderla a quien le pareciere, que esto dize la razon de dominio pleno: y que la posesión esté obligada a alguna seruidumbre a otra persona, que tenga derecho de cobrar de sus frutos alguna pensión, no impide al que tiene el dominio, que la pueda vender a quien quisiere, en la forma que quisiere; porque la pensión, ó seruidumbre de la posesión le queda salva al censuario, aunque passé la posesión a otro qualquiera tercero; porq; como la seruidumbre, y obligacion no carga sobre la persona, sino sobre la posesión en que está cargado el censo, no se le damnifica, ni varia su derecho, aunque se varie el dueño de la posesión, porque está queda en la forma que se está sin variación: y así atenta precisamente la naturaleza del censo, no está obligado el censualista a dar parte a los censuuarios, quando quisiere vender la posesión en que están situados los censos, ni se puede dar por nula la venta por no averles avisado, sino es que en la imposición del censo se pactó dicha obligacion entre los censuuarios, y censualistas.

273. Segunda razon: el emphiteusis se diferencia del censo, en que en el censo está todo el dominio de la posesión sobre que está el censo, en el que vende el censo, y el que lo compra solamente tiene aquel derecho de llevar los reditos de los frutos de la posesión; ó como otros explican, no tiene dominio alguno, ni propiedad en la posesión, ó tierras en que está el censo, sino solamente en los frutos; pero en el emphiteusis el dominio directo de la posesión está en el que lleva los reditos, y en el emphiteota, que los paga, solamente está el dominio útil. Así lo dize la

Glossa comunmente recibida, in cap. Constitutus. de Relig. domib. verb. iuxta ratam De esta diferencia nace, que si el emphiteota vende las mejoras, que ha hecho en la posesión en que está el emphiteusis, sin avisar al señor, la venta es nula, y si está dos años sin pagar los reditos, pierde la posesión en que está el emphiteusis. Así consta del Derecho, cap. Poutuit. de locato. lo qual no corre en el censo por la diferencia dicha, como dize la Glossa cit. in cap. Constitutus. Y así los censualistas si no pagan en dos años, no por esto pierden la posesión en que está el censo, y quando venden dicha posesión a otro, no están obligados a pagar el laudemio que paga el emphiteota, que es la trigésima, ó quinquagesima parte del valor de la posesión: y de la misma fuerte no están los censualistas obligados a hazer saber a los censuuarios la venta, que quieren hazer de la posesión en que está el censo, ni por esta causa se puede dar por nula la venta, si por otra parte no se obligaron a hazer dicho aviso.

274. Tercera razon desta misma resolución, es, porque la Bula de la Santidad de Pio V. de *Creandis censibus*, parece que pudiera obligar a que no se vendiese la posesión en que está situado el censo, sin avisar a los censuuarios; porque en la quinta clausula, despues que ha dicho, que se pueda vender la cosa en que está el censo siempre libremente, sin que en esto se pueda poner impedimento, y anula qualquiera pacto que se haga, que quite, ó restrinja la potestad de venderla enagenar: añade, que aviendose de vender la posesión en que está el censo, se ha de preferir el señor del censo a los demás compradores, y se le ha de avisar de las condiciones con que se vende: *Vbi autem vendenda sit, volumus dominum census alijs omnibus preferri, et que denuntiari condiciones, quibus vendenda sit.* Esta disposicion desta Bula, en que se pudiera fundar la obligacion de avisar a los censuuarios antes de vender la posesión en que están cargados los censos, no está recibida en los Reynos de España, como lo dize vna ley, lib. 5. Recop. tit. 15. l. 10. donde declara, que el motu proprio de Pio V. sobre la imposición de los censos, no está recibido en España, y que se ha suplicado del, y que sobre esto se hará con su Santidad la instancia, que pareciere necesaria. Y Salcedo in addit ad pract. Diaz cap. 88. dize, que la dicha Bula de Pio V. no se debe allegar en los Reynos de la jurisdiccion del Rey Católico, porque pendiente la suplica, no ay obligacion a observar su disposicion: y así en estos Reynos solamente se ha de atender a la naturaleza del contrato de el

el censo, la qual no pide, que se avise a los censuuarios la venta de la posesión en que están los censos, como queda probado, y deste sentir son mas comunmente los Doctores. Veale a Molina, de iust. tract. 2. disp. 372. Greg. Lop. sobre las leyes del Reyno, p. 5. tit. 8. l. 29. Decio, conf. 164. Gutier. qq. pract. lib. 2. q. 166. Azcu. in lib. 5. Recop. tit. 11. lib. 13. n. 2.

275. Aunque la contraria sentencian tiene tambien probabilidad, que se funda lo primero en el motu proprio de Pio V. en el qual pretendió quitar todos los grauamenes, que suelen poner los que compran censos para su mayor seguridad, y solamente dexó aquellos, que son de naturaleza del contrato censual: por lo qual aviendo dexado Pio V. este grauamen, se ha de entender, que le compete al contrato censual por su naturaleza; porque si fuera añadido por voluntad de los censuuarios, contra la naturaleza del contrato censual, no lo mandara observar Pio V. sino antes lo prohibiera.

276. El 2. fundamento desta opinion, es, porque el comprador de vn censo adquiere por dicha compra alguna propiedad en la casa, ó tierras en que se pone el censo, y así lleva los frutos, ó reditos de lo que en parte es proprio suyo; y desta fuerte dize Matienço in lib. 5. Recop. tit. 15. l. 3. Gloss. 1. que se justifica mas el censo, y está mas lexos de la usuraria: y en esta propiedad, y dominio tiene alguna semejança el censo con el emphiteusis, y desta semejança se sigue, que tambien la ayan de tener en esto de que se deba avisar al censuario para aver de vender la posesión en que está el censo, pues en ella tiene el censuario alguna propiedad, y dominio. Las otras dos condiciones del emphiteusis, de que el emphiteota si no paga los reditos de dos años, pierde la cosa en que está situado el emphiteusis, y si la vende pague el laudemio, no le convienen al censo, porque en el censo no está todo el dominio directo en el censuario, como está en el emphiteusis: y por razón de dicho dominio total directo, conviene al emphiteusis dichas dos condiciones.

277. El 3. fundamento desta opinion, es, porque aun lleuando, que los censuuarios no tienen propiedad alguna en las posesiones en que están los censos, ni dominio, sino solamente accion, y derecho en los frutos, para dellos llevar sus reditos: no se puede negar, que tengan los censuuarios derecho a impedir la venta, que se quisiese hazer a persona de quien se entendiessé, que de tal manera trataria la posesión en que está el censo, que se impossibilitaria a los censuuarios la cobrança de los reditos; porque negarles esta

accion a los censuuarios, seria quitarles el derecho natural, que tienen todos los hombres a mirar por sus acciones, y derechos, y a poner los medios para que no se les pierdan, ni deterioren: ni se puede negar, que si el censuario lista vendiese la posesión en que está el censo, a aquel de quie se presume que la destruiria, haria agrauio a los censuuarios. Por lo qual las leyes del Reyno, par. 5. tit. 8. l. 29. tratando del modo que puede venderse la posesión en que está cargado el censo, dizen así: *Debeat vender a tal ome de quien pueda el señor aver el censo tan ligero como del mesino.* De aquí se sigue, que no es contra la naturaleza del censo, sino muy conforme a ella, que el censualista no pueda vender la posesión sin avisar primero dello a los censuuarios, para que miren si en dicha venta se deterioran sus derechos: y que la venta hecha sin este requisito es nula, por averse hecho contra el derecho de los censuuarios, y contra lo que pide el contrato censual de su naturaleza. Esta opinion lleuan Matienço loco cit. Ant. Gom. in l. 68. de Toro. n. 2. Angelo, de aret. inst. de locat. §. adeo. in fin. el qual cita a Bart. ff. de superficies. l. 1. §. pen.

278. Destas opiniones, mas comun, y mas probable es la primera: por lo qual si en ninguna de las escrituras de imposición de los censos se huviera puesto clausula, ni pacto, ni obligacion, de que no se pueda vender la posesión sin requerir primero a los censuuarios, sino que precisamente se huviera de atender en esto a lo que pide de su naturaleza el contrato del censo, deberia qualquiera Juez dar por valida la venta, así por la mayor probabilidad de la opinion, que la fauorece, como por no deshazer vna venta ya celebrada, que siempre tiene sus inconvenientes.

279. La 2. parte de dicha resolución, de que aviendo en alguna, ó algunas de las escrituras de imposición del censo, clausula en que se obligó el que vendió el censo, a no vender la posesión en que estava impuesto, sin avisar primero a los censuuarios, es nula la venta, que se hiziesse sin avisarles; la tengo por cierta, y se prueba. Lo primero, porque esta condicion de que no se pueda vender la posesión en que está impuesto el censo, sin dar primero parte al censuario, es licita, y justa, porque no se halla Derecho que la repruebe, ni de por ilícita, ó injusta, y todo lo que no se halla prohibido por algun Derecho, es licito, como dize el Derecho. l. Necnon. ff. ex quibus causis. en aquellas palabras: *Si leges non prohibeant.* Y la Gloss. in l. In tantum. ff. de rerum diuisione. donde arguye así: *Non est prohibitum, ergo permissum.* Y luego añade: *Permissum vide-*

*videtur, quod non est prohibitum.* Mas eficazmente se prueba la justificación de dicha condición con el motu proprio de Pio V. de *Creandis censibus*, en el qual prohibió muchas condiciones, que solian ponerse en la imposición de los censos, y las dió por nulas por ser injustas, è ilícitas: y llegando a esta de que se dé parte al censuario, quando se huviere de vender la posesión en que está el censo, no solamente no la prohibió, ni dió por ilícita, sino antes mandò, que se observasse: *Volumus dominum census alijs omnibus preferri, ei que denuntiarí condiciones quibus vendenda sit.* Cierro es, que en los Reynos sujetos a nuestro Rey Católico, no ay obligación de guardar en la imposición de los censos las condiciones, que dize el dicho motu proprio de Pio V. porque se suplicò del, y no se aceptò; pero tambien es cierto, que las calidades, y condiciones, que en él se aprueban, y mandan observar, no son injustas, ni ilícitas; porque es doctrina sentada entre todos los Theologos de que ninguno duda, que en las cosas que el Papa, como supremo Legislador, manda en sus Bulas, y Breues, no puede aver cosa contraria a las buenas costumbres, ni puede errar mandando cosa de su naturaleza injusta, è ilícita. Y assi es certissimo, que dicha condicion de su naturaleza es licita, y justa; y aunque en España no se aceptò el dicho motu proprio de Pio V. y consiguientemente no ay precisa obligación de observar las condiciones que pone: pero no se prohibió, que puedan obligarse a ellas los que compran, y venden los censos, ó los imponen: y assi vemos, que en muchas escrituras de imposiciones de censos se halla dicha cláusula, en que se pone dicha obligación de no vender la posesión en que está el censo, sin requerir a los censuarios. Constando ya, que dicha condicion no es ilícita, ni injusta, ni prohibida, se sigue muy bié, q poniendola en la escritura por pacto, obligandose el vendedor del censo: a no vender la posesión sin avisar primero a los censuarios, está obligado a guardarla, y no puede de otra forma vender la posesión. Assi consta de ambos Derechos, cap. Antigonus. de pactis. *Pax servetur, pacta custodiantur.* Y cap. Qualiter del mismo tit. *Studiose agendum est ut ea que promittuntur opere compleantur.* Y l. *Iurigentum ff. de pactis. § Prætor ait. Pacta conuentia, que neque dolo malo, neque aduersus legem facta erunt seruabo.* Por lo qual es común sentencia, que los pactos en que los hombres se obligan, tienen fuerza, y deben estar a ellos, como no tengan cosa injusta, ó ilícita de su naturaleza, ni se opongan a los Sagrados Canones, y leyes justas: y añaden a esto fuerza

las leyes del Reyno, lib. 5. Recop. tit. 16. l. 2. que dize assi: *Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promission, o por algun contrato, o en otra manera, seu tenido de cumplir aquello a que se obligò, y no pueda poner excepcion. Y al fin de la ley dize: Mandamos, que valga la obligación, y contrato, que fuere hecho en qualquiera manera, que parezca que vno se quiso obligar a otro.* Consta por algunas de las escrituras de imposición de los censos, que se quisieron obligar, y obligaron por cláusula especial a no vender la posesión donde se imponia el censo, sin dar primero parte a los censuarios, y en esta forma hipotecarò la posesión, y assi ni es licita, ni valida la venta de la posesión, si no guardá en ella la dicha condición.

280. La segunda razon se saca del Derecho, in l. quibus alienare licet. § sed ex aduerso, donde determina, que los pupilos si hazen alguna paga sin autoridad del tutor, es nula, y da la razón, porque no les está concedida enagenación de cosa alguna sin autoridad del tutor. *Pupilli soluere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id quod solunt, non sit accipientis, cum nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.* En el caso presente, el que impuso los censos se obligò con la hipoteca a pagar los renditos cada año, y a no vender la posesión sin dar parte al censuario, quedado desde entonces obligada la posesión por cláusulas expresas de la escritura, a los renditos anuales, y a no poder ser enagenada sin dicha condición: y assi de la fuerte que el pupilo no tiene potestad de vender, pagar, ni enagenar cosa alguna sin autoridad del tutor, y si sin dicha autoridad haze alguna cosa destas, es nula la venta, y la paga, y la enagenación, porque no le está concedido, ò le está quitado el poder enagenar sin dicha autoridad del tutor; assi el que impuso censo sobre su posesión, y se obligò a pagar renditos, y a no enagenarla sin dar noticia de la venta al censuario, obligado a estas dos cosas su posesión, se quitò la autoridad de poderla vender sin dicha condición, y consiguientemente si atentare venderla, será nula la venta, como la venta, ò paga, que hiziere el pupilo sin autoridad del tutor.

281. Tercera razon: el que vendió censo sobre sus tierras, y casa, y juntamente se obligò en la escritura a no vender la casa, y tierras sin dar parte a los censuarios, que compraron el censo, obligaron la casa, y tierras a dos cosas. La primera, a pagar los renditos anuales. La segunda, a no venderlas sin avisar a los censuarios. De fuerte que estas dos obligaciones no cargan sobre la persona que impuso el censo, sino sobre la casa, y tierras, que

quedan hipotecadas a dichas dos obligaciones: y es cierto, que qualquiera contrato, ò venta, que hiziera el que impuso, y vendió el censo sobre sus casas, y tierras, que embarazara, ò impidiera la paga de los renditos, sería nulo; porque estando la casa, y tierras hipotecadas, y obligadas por contrato firme a la paga de los renditos, ninguno otro contrato que venga despues, puede tener valor para impedir, ni embarazar dicha obligación: luego de la misma fuerte ningun contrato, ni venta de las tierras, y casa, que impide la segunda obligación, puede tener valor.

282. Quarta razon: quando está vna cosa hipotecada, y sobre esto se añade pacto de no venderla, si de hecho el señor della la vendiere, la venta es nula. Assi consta por texto expreso del Derecho, l. Si creditor. ff. de diffrac. pign. & ipot. §. fin. El texto dize assi: *Quæritur si pactum sit à creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere, quid iuris sit, & an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, idèd que venire possit? Et certum est nullam esse venditionem ut pactio sit.* Está tan claro, y expreso el texto, que no necessita de ponderación, ni explicación. Posesión hipotecada, y juntamente pacto de no venderla, haze nula la venta, porque se ha de estar al pacto, que junto con la hipoteca, tiene fuerza de anular la venta, que se hiziere contra el dicho pacto. A esta ley la summa Bartolo en esta forma: *Pactum de non vendendo appositum ab eo, qui habet ius in re impedit venditionem.* De fuerte, que solo el pacto que vno haze de no vender su casa, no anula la venta, si de hecho la haze contraviniendo el pacto, como prueba doctamente Gutier. in repet. l. Nemo potest. ff. de legat. 1. an. 26. Y aunque confirme con juramento el pacto de no venderla, si de hecho celebra contrato de venta, vale, como afirma Jasson in l. Quoties. C. de rei vend. num. 26. y Imola, in repet. cap. Cum contingat. de iure. Y las leyes del Reyno disponen, que si vno celebra contrato de venta con alguno, y no le entrega la cosa vendida, y despues la vende a otro, y se le entrega, vale esta segunda venta, no obstante el contrato primero; porque el segundo comprador tiene titulo, y posesión, y el primero solamente tiene titulo, que no le dá derecho alguno actual en la cosa, sino solamente *ius ad rem.* Assi se determina p. 5. tit. 5. l. 50. y l. Quoties. C. de rei vend. Pero si tiene derecho verdadero, y real en la cosa, y se junta el pacto, impide el valor de la venta, que despues se hiziere: y como por la imposición del censo adquiere el censuario derecho real, verdadero, y actual sobre la posesión en que se carga el censo, como dize Co-

varr. 3. var. cap. 7. n. 6. De aqui se sigue, que conforme a la doctrina de Bart. y texto expreso de Derecho, no vale la dicha venta, que se intentò contra el pacto, junto con la hipoteca, y derecho *in re*, que tiene el censuario en la posesión en que está cargado el censo.

283. No es la menor prueba desta segunda parte de la resolución, la autoridad de los Doctores, que la lleuan: estos son Juan Gutier. in qq. pract. lib. 2. q. 167. Ludou. Velazq. de Avendañ. de censib. Hispan. cap. 86. an. 6. el qual al fin del num. 7. dize, que acerca deste punto figurió vna causa, y consiguió en su fauor sentencia en la Real Chancilleria Pinciana, en que se dió por nula la venta, que se avia hecho de la posesión en que estava el censo, en cuya escritura, è imposición estava el dicho pacto, y cláusula de no venderla sin avisar al censuario. Lleua tambien esto mismo Azcuedo sobre las leyes de la Nueva Recop. lib. 5. tit. 11. l. 13. n. 2. donde dize, que parece cosa dura, que no le competa al señor del censo el retracto para anular la venta, que se hizo contra el pacto puesto en la escritura de la imposición del censo, pues la ley de los contratos se toma de los pactos con que se celebran, especialmente siendo el dicho pacto, y condición justissima aprobada por la Sede Apostolica. El M. Soto es tambien deste sentir, lib. 6. de iust. q. 5. art. 2. ad. 2. dõde aprueba la condición, que se suele poner en las escrituras de imposiciones de censos, de que no pueda vender la finca sin facultad del censuario: y dá la razón, porque no passè la finca a otro poseedor en que no esté tan seguro el censo. Avendaño en la primera impressiõ de sus respuestas, resp. 12. n. 8. defendió, que no se anula la venta de la finca del censo, aunque se haga contra el pacto de no venderla sin requerir al censuario: y en otra impressiõ de las mismas respuestas, que hizo en Salamanca año de 1569. se corrigió, y dá por verdadera nuestra resolución, como notò Gutier. qq. pract. lib. 2. q. 167. cerca del fin. Molina el Theologo, aunque defiende acerrimamente, que es valida la venta, que haze el censalista de la posesión en que está impuesto el censo, sin avisar a los censuarios, como se puede ver tract. 2. de iust. disp. 372. n. 4. despues n. 5. dize, que si se pone en la escritura pacto de no vender la posesión sin hazer fabidor de ella al censuario, no valdrá la venta, que se hiziere contra dicho pacto, con tal que conste de la escritura, que la posesión se hipotecò, y obligò, no solamente a la paga de los renditos, sino tambien a la observancia de dicho pacto, de no enagenar la posesión sin requirir



rir a los censuuarios. Este requisito, que pide Molina para que sea nula la venta hecha sin requerir a los censuuarios, siempre lo ay implícito, ó explícitamente, quando en la escritura se expresa, que no se pueda vender la posesion sin requerir a los censuuarios, como dize Gutierrez. q. cit. al fin. Y la razon es, porque el que compra el censo, y pide que se obligue en la escritura el vendedor, a que no venderá la finca sin requerirle, se dexa entender bastante, que es la intencion de que no aya venta valida de la finca sin requerirle; y que así a esta condicion, como a los reditos, quiso asegurar en la finca, hipotecádola por ambas cosas especialmente: que como el censo dura perpetuamente hasta que se redima, no es verisimil que el censuario quisiese cargar la obligacion de guardar dicha condicion sobre la persona que vendia el censo, que puede faltar, quedando en pie el censo; sino sobre la finca, perpetuando la condicion, y asegurándola en ella: por lo qual aunque no se exprese en la escritura, que la finca se pone tambien por hipoteca de dicha condicion, se entienle allí tacitamente, como si se expresase en la escritura de la imposicion del censo dicha condicion; porque *taciti, & expressi idem est iudicium*. l. Cum quid. ff. si certum petatur. y l. De quibus. ff. de legib. Lo mismo obra lo tacito, que lo expreso. Y los demás Doctores citados arriba, y otros muchos, que enseñan esta doctrina, que es casi comun, no ponen por requisito para anularse la venta de la finca, que esté hipotecada especialmente, y obligada al cumplimiento de la condicion; sino basta para que sea nula la venta, que se haze sin requerir al censuario, que esté hipotecada la posesion, y que juntamente aya pacto; y aviendo estas dos cosas, sin otro requisito, dá el Derecho por nula la venta, como se vido en texto expreso en la razon quarta.

284. Y no puede evadirse de dicha obligacion, y pacto, el que vendió la finca sin dar parte a los censuuarios, por dezir, que no fue el que impuso el censo, ni se obligó a dicha condicion, pues compró la finca ya cargada con los censos. Esto no le puede ser de excusa, ni librar de la condicion, y pacto contenido en las escrituras de la imposicion del censo; porque este pacto es carga anexa, y afija a la hacienda sobre que está el censo, no a la persona: y es cosa llana en Derecho, que todas las cosas pasan con sus cargas a qualquiera otro poseedor. l. Veteris. C. de contrah. & comit. y l. Si quis à liberis. ff. de liberis agnos. Y así el que compró la posesion hipotecada, y cargada con censos con el dicho pacto, está

obligado a todo en la misma forma, que el que impuso el censo, y lo vendió con dicha condicion.

285. Resta averiguar, si por la segunda causa, que se propone de no averse expresado en la venta alguno de los censos, que estavan cargados en la posesion, se deba dar por nula la venta? Respondefe, que constando aver llamado el vendedor alguna carga, ó censo, ó parte del, que tuviese la posesion que vendió, se debe declarar por nula la venta. El primer fundamento desta resolucion se saca de las leyes del Reyno de la Nueva Recop. lib. 5. tit. 15. l. 2. Determinase en esta ley, que aviendo alguno de cargar censo, ó tributo sobre su casa, ó sobre otra posesion que tenga, esté obligado a manifestar los censos, y tributos, que hasta entonces tuviere cargados la dicha casa, ó posesion. y que si alguno impusiere censo, y no declarare todos los censos, que ya tiene cargados la misma finca, que buelva al comprador del censo su dinero, y otro tanto mas, y así se rescinde por esta causa el contrato censual, y se deshaze el censo. De aqui se colige, que por la misma razon, y aun mayor, se debe dar por nulo el contrato de venta, quando no se manifestó al comprador algun censo, ó carga, que tenia la posesion que se le vendió, porque dicha pena se pone por el fraude, que se haze al censuario, y daño que recibe, no manifestándole, que la finca tiene ya otro censo sobre si; pues mayor daño recibe, y mas pernicioso fraude se le haze al que compra la posesion, no manifestándole alguno de los censos, que tiene cargados: luego por la misma, y aun mas fuerte razon debe darse por nula la venta en que se calla algun censo, que estava cargado en la posesion que se vendió; porque donde corre la misma razon, debe correr la misma disposicion del Derecho. *Vbi est eadem ratio, eadem debet esse iuris dispositio*. l. Illud quæsitum. ff. ad l. Aquiliam. y l. A. titio. ff. de verb. oblig. y §. istas. inf. quod cum eo. Es verdad, que en nuestro caso no deberá pagar el duplo, por que esta como es puramente pena, no se aplica sino al caso a que la ley la pone, y no a otro semejante.

286. Pero no es necesario valernos de argumentos, ni traer similes aviendo ley del Reyno, que expresamente dá por nula dicha venta. p. 5. tit. 5. l. 63. dize así: *Casa, ó tierra, que debe servidumbre a otro, ó que fuere tributaria, vendiendo un hombre a otro, callando el vendedor, è no le aperciendo de ello a aquel que la compra, por tal razon como esta, puede el comprador desfazer la vendida, è es tenuto el vendedor de tornarle el precio, con los daños, è menos*

*cabos, que le viniessen por esta razon.* Y allí Greg. Lop. dize, que la disposicion desta ley corre, aunque el vendedor por ignorancia no manifestase la servidumbre a censo, que tenia sobre si la posesion que vendió. *Istud verbum callando procedat sine taceat scienter, sine ignoranter.* Pero la misma ley al fin explica, que quando procedió con ignorancia el vendedor, solamente buelva el precio que lleuò, y se deshaga la venta: *Si esto non fopieffe el vendedor quando la vendió, non sería tenuto de tornar mas del precio tan solamente.* Otra prueba se colige del Derecho comun. l. Stello: natus. ff. de crim. stell. donde dize, que vender la posesion, que está obligada a otro con alguna carga, y servidumbre, sin manifestar dicha carga, es propriamente delito de estelionato. *Maxime in his locum habet* (el crimen de estelionato) *si quis forte rem alij obligatã dissimulata obligatione per calliditatẽ alij distraherit.* Es verdad, que quando no consta, que hubo fraude en el vendedor, no debe llevar la pena del estelionato, porque como esta es ignorancia del hecho, excusa. de reg. iur. In. 6. *Ignorantia facti, non iuris excusat:* que bien pudo ignorar, ó averse olvidado, que en aquella finca estuviese impuesto aquel censo, y especialmente en el caso presente, que la finca estava cargada de muchos censos quantiosos, es muy factible, que se olvidasse de vno pequeño; pero siempre se debe rescindir la venta, para resarcir el daño de el comprador, que no debe cargar la carga, ni pagar los reditos a que no se obligò.

287. Tercera razon: el que vende alguna cosa viciosa con alguna falta oculta, que no la sabe el comprador, está obligado a rescindir el contrato, aunque al tiempo de la venta el vendedor ignorase el defecto de la cosa que vendia, como si vendiese vn cavallo, que tiene vna enfermedad oculta. Así lo afirma el Maestro Soto, lib. 6. de iust. q. 3. art. 2. concl. 2. el qual dize, que es esto cosa tan clara, y patente, que ninguno la ignora. Lo mismo afirma Molin. tract. 2. de iust. disp. 353 y se colige de S. Thom. 2. 2. q. 77. art. 3. donde dize: *Si vitia sint occulta, & ipse non detegat, erit illicita, & dolosa venditio, & tenebitur venditor ad damni recompensationẽ.* Lo mismo se colige de la doctrina de S. Ambr. lib. 3. de off. cap. 10. *In contractibus vitia eorum, que venerunt, prædi iubentur, ac nisi intinuerit venditor quamvis in ius emptoris transferit, doli actione vacantur.* Tambien se colige del Derecho, l. Labeo. ff. de adilitio edicto. determina allí, que si alguno vende vn esclavo sin manifestar el vicio, ó enfermedad que tiene, ha lugar la rescision de la venta. *Si quid tale fuerit (sive vitij, sive morbi) quod usum, ministerium què hominis impediatur, id dabit redhibitioni locum.* Y dize allí la ley, que esta rescision de la venta se

entiende, aunque el vendedor ignorase el contrato: y dá la razon, porque no es vicio, que padezca el comprador el daño por la ignorancia, ni por la malicia del vendedor: *Neque enim interest emptoris cur fallatur ignorantia venditoris, in calliditate.* Lo mismo se determina en las leyes del Reyno, par. 5. tit. 5. l. 63. 64. y 65. Vna distincion pone Molina, y Soto en los lugares citados, y es, que si al comprador le está bien la compra de la cosa con dicho defecto, de suerte, que aunque supiese el defecto la compraria, no se debe rescindir, sino que se debe rebaxar del precio la cantidad, que vale menos la cosa por razon de dicho defecto, y esta cantidad se le ha de bolver al comprador para que no quede damnificado; pero si al comprador no le está bien la venta de la cosa con dicho defecto, se rescinde el contrato en ambos fueros, y se le buelva todo el precio al comprador, y al vendedor se le buelva la cosa, que avia vendido. Y esto mismo consta de las leyes citadas del Reyno, y de la doctrina que trae allí Greg. Lop. y del Derecho comun. ff. de adilitio edict. l. Sciendum. y l. Adilei. y es comun sentencia de los Doctores. Aplicando esta doctrina al caso presente, el que vende vna posesion con vna carga, ó censo, y no lo manifiesta, vende vna cosa viciosa, con vicio, y daño oculto, sin manifestarlo; porque aquella carga, y obligacion de pagar aquellos reditos, es vna servidumbre, y falta, que está afija a la posesion, y la haze mas grauosa, y menos vtil al comprador: por lo qual en ambos fueros se debe rescindir la venta, excepto en caso, que el comprador quisiese quedar con la posesion agrauada con dicha carga; y en tal caso deberia el vendedor redimir el censo, que no manifestó, como dize Greg. Lop. sobre la l. 63. de las Partidas, Gloss. 4. con estas palabras: *Erit in electione emptoris an velit stare emptioni, & agere ad interesse, vt indictis iuribus, vel eam dissolvere, vt hic habetur.* En el litigio presente, como las partes no han intentado, que se esté a la venta, ni que redima el que vendió la finca el censo, que no manifestó; sino solamente se ha puesto demanda para la dissolucion del contrato, para la qual ay la otra causa de averse celebrado la venta sin dar cuenta de ella a los censuuarios, contra el pacto expresado en las escrituras: de aqui consta, que el Juez no tiene derecho para mandar, que se redima dicho censo, que no se manifestó, sino para dar por nula la venta, siguiendo la comun sentencia de los Doctores, fundada en textos expressos del Derecho.

## CONTRATO DE retro emendo, & retro- vendendo.

### CONSULTA XLVI.

*Sobre si sea licito un trato de retrovendido con ciertas condiciones, que intervinieron en él?*

#### PROPUESTA.

Los Principales del pueblo de N. hizieron vna escritura, de la qual fue testigo el Cura de aquel partido: contienen en ella 5. artículos, que ellos llaman 5. conciertos. El 1. que el vn Principal, llamado D. Domingo, vendió vnos Nipales al otro, llamado D. Pedro, en 50. tostones, con obligacion que en qualquiera tiempo, que D. Domingo, ó alguno de sus parientes bolviere los 50. tostones, ha de bolver D. Pedro los Nipales, sin que pueda pedir el vno ganancia alguna de su dinero, ni el otro el fruto de sus Nipales. El 2. que D. Domingo ha de beneficiar dichos Nipales, y sacar la tuba, vino, y vinagre, poner las tinajas, alquitara, y demás aperos, y ha de hazer por su cuenta todos los gastos, que se hizieren en dicho beneficio, así de comida, como de otras cosas, sin que D. Pedro esté obligado a pagar cosa alguna, y que ha de partir igualmente todos los frutos, que se sacaren de dichos Nipales, así de tuba, como de vino, ó vinagre. El 3. que si D. Pedro quisiere vender por si mismo algun vino, ó vinagre, ha de llevar tinajas en que ponerlo, y no se las ha de dar D. Domingo. El 4. que si dicho D. Pedro quisiere cortar alguna Nipa de dichos Nipales, que ha comprado, lo pueda hazer, avisan-do primero a D. Domingo, el qual les ha de mostrar de donde la han de cortar, y no la han de poder cortar de otra parte. El 5. que si el dicho D. Domingo por floxedad dexare algun tiempo de beneficiar dichos Nipales, está obligado a pagar a D. Pedro la cantidad, que le avia de pertenecer si los huviera beneficiado, segun que le solia pagar los dias que los huviera beneficiado; pero si por enfermedad dexare de trabajar, no deberá pagar cosa alguna. El señor Arzobispo estando visitando al Cura de N. tuvo noticia de la escritura, que mas largamente contenia lo referido, y la remitió al Autor, para que viesse si era trato usurario, ó tenia otra cosa iniqua de que resultasse culpa contra dicho Cura.

#### PARECER XLVII.

288. HE visto la escritura, y obligació, que hizieron entre si D. Domingo, y D. Pedro ante el Governador, y Escrivano del pueblo de N. y testigos, asistiendo al hazerla, y autorizandola el Cura de dicho pueblo, y hallo, que dicha escritura contiene cinco artículos, en

que los contrayentes se convinieron. Los tres vltimos son claramente justos: solamente quando dize, que D. Domingo si por enfermedad dexare de beneficiar los Nipales, no está obligado a pagar cosa alguna a D. Pedro por los frutos, que dellos le correspondian de su parte, se podia añadir para mayor claridad, que por qualquiera impedimento legitimo, que dexare de beneficiarlos, no está obligado a dicha paga: porque sería carga inhumana, é intolerable el trabajo tan continuo, sin que lo pudiese inter-polar otro negocio alguno, sino sola la enfermedad, con pena de pagar los frutos el dia que por otro embarazo no los huviera sacado; pero parece que esto se entienda en la escritura, pues dize, que quando dexare de beneficiar los Nipales por floxedad, está obligado a pagar.

289. Acerca de los dos primeros artículos, ó obligaciones, contenidos en dicha escritura, ay dificultad, y primeramente le responde, que el trato primero es licito. Consiste dicho trato en que D. Domingo vendió realmente por dinero de presente vnos Nipales a D. Pedro, con obligacion de que en qualquiera tiempo, que D. Domingo vuelva el dinero, le han de bolver sus Nipales, y ni el vno ha de pedir al otro ganancia del dinero, ni el otro ha de pedir cosa alguna por los frutos de los Nipales. Parece que los contrayentes quieren fundar la justicia de este trato en la igualdad, que parece aver, de que como el vno no lleva ganancia del dinero, que entregó al otro, así el otro no lleva los frutos de sus Nipales; y de ninguna suerte se justifica por aqui el trato, porque el dinero de su naturaleza no es fructifero, y si dá algun fruto, es solamente por la industria del que lo maneja, y emplea; pero los Nipales dan fruto de su naturaleza: porque aunque para coger, y lograr el fruto, es menester trabajo, como de las tierras para sacar fruto, es necesario cultivarlas, y sembrarlas; pero el fruto no corresponde precisamente al trabajo, sino tambien a las tierras, y Nipales, que de su naturaleza fructifican a su dueño. Así consta del Derecho, cap. Quoniam de usuris, donde se determina, que el que dió dinero prestado, y recibió en prendas algunas tierras, ó huerta, ha de descontar de la deuda los frutos, que sacare de la prenda, menos los gastos, que hiziere en cultivar las tierras, y de ganancias del dinero que prestó, no ha de llevar cosa alguna, que sería usura. *Eos qui de possessionibus, vel arboribus quas tenere in pignore noscuntur, sortem (deductis expensis) receperunt, ad eadem pignora restituenda sine usurarii exactione Ecclesiastica districtione compellat.*

290. El camino por donde se justifica este trato, es, porque fue venta real, y por ella las Nipales passaron al dominio del comprador, y así

así los frutos pertenecen al comprador, pues realmente es suya la posesion, que los dá; y el pacto de que bolviendo el dinero se le vuelvan los Nipales, no destruye la razon de venta real, ni es titulo *sine re*, ó paliacion del emprestito, porque la venta con dicho pacto tiene efecto real: pues si se destruyen los Nipales antes de bolverle el dinero, perecerian por cuenta del comprador, que los perderia, segun aquella regla vulgar: *Quidquid perit domino perit*, que tiene fundamento en las Sagradas Letras, ad Rom. 14. *Domino suo stat aut cadit*. Y el que los vendió con dicho pacto, no tendria obligacion de pagarle cosa alguna: antes el dicho pacto ayuda a justificar la venta, si acafo se vendieron en algo menos del justo precio; porque está gravamen, y obligacion de bolver a vender los Nipales, que compró, quando le vuelva el dinero, disminuye el valor de los Nipales.

291. Lo 2. se responde, que el trato segundo de su naturaleza es licito; pero por no guardarse en él la igualdad, que pide el trato de compañía, contiene injusticia, que se debe enmendar, para que así pueda passár dicho trato. Consiste este segundo trato en vna compañía que hizieron, y a que se obligaron el comprador, y vendedor de dichos Nipales, de que los cultivasse, y beneficiasse el mismo que los vendió, como lo hazia antes quando eran suyos, y que partiesen los frutos igualmente: que el trato de compañía, en que vno pone el trabajo, industria, y beneficio, y el otro la materia en que se trabaja, sea licito de su naturaleza, guardandose igualdad, y proporcion, atendiendo a lo que vale el trabajo, y la materia en que se trabaja, consta del Derecho. l. Societas. ff. pro socio. *Pau-perior opera suppleat quantum ei per comparationem patrimonij deest*. Poniendo vno el trabajo, y otro las tierras, ó Nipales, es trato licito, con tal que se guarde la igualdad, que piden todos los contratos, que consiste en que el trabajo que el vno pone equivalga, y sea igual con la materia que el otro pone. Este trato de compañía no se vicia, ni se haze injusto, por juntarse con el otro trato de venta, con pacto de bolver a vender dichos Nipales quando le vuelvan el dinero, ni por causa de hazerse el vno con la mira, y dependencia del otro; porque dos tratos licitos, que ninguno de su naturaleza es malo, no se hazen injustos por juntarse, y vnirse respecto de las mismas personas, como se vé en el trato, que llaman de tres contratos, que es trato de compañía, en que vno pone el dinero, y el otro la industria, y el que pone la industria compra las ganancias inciertas, que esperaba tener el que pone el dinero, por otra menor cantidad asegurada, y demás desto le asegura el capital por otra cantidad: de donde resulta, que hazen

pacto desde el principio, que hecho el trato le ha de bolver todo su capital seguro, y tanto de ganancia. Este trato de tres contratos dán por justo muchos, y muy graues Doctores, como se guarde igualdad en todos tres, que se atiendan quanto se fuele, y espera ganar de aquel trato; y de lo que pertenecia al que puso el dinero, se saquen, y rebaxen dos cantidades, que equivalgan a la dicha compra, y allegacion. De la misma suerte en el caso presente, el trato de compra, y venta, con obligacion de bolver a vender al mismo que lo vendió, es licito, y libre de usura, y por él licitamente lleva los frutos el comprador. Y el segundo trato, en que pone dicho D. Pedro de su parte los Nipales, y D. Domingo de la suya el trabajo, y que cada vno lleve de los frutos la parte, que le tocáre proporcionalmente, es trato de su naturaleza bueno, que llaman de compañía, y consiguientemente el trato en que dichos dos tratos se vnén, no puede ser injusto, guardandose la igualdad, que cada vno pide de su naturaleza.

292. La segunda parte desta resolucion, de que en este trato, que de su naturaleza no es usurario, ni ilícito, se falta en la igualdad, que pide el trato de compañía, se manifiesta, y explica así. El trato de compañía, para ser justo, requiere, que quando el capital, que cada vno pone, y la diligencia, y cuidado es igual, lleuen los compañeros igualmente las ganancias; pero quando es desigual el capital, que pone cada vno, sean proporcionablemente las ganancias desiguales: y a vezes quando vno pone el trabajo, y otro el dinero, ó las tierras, ó Nipales, se estiman mas el trabajo, que el dinero, ó tierras, ó Nipales. Así lo dize la l. Si no fuerint. ff. pro socio. *Plerumque enim tanta est industria socij, ut plus societati conferat quam pecunia. Item, si solus naviget, si solus peregrinetur, si pericula subeat solus*. En estos casos, que vale mas el trabajo del vno, que el capital del otro, no sería trato justo, si lleuassen iguales ganancias. En el caso presente el trabajo, que pone D. Domingo, es grandissimo, que para sacar el fruto de los Nipales es menester estar casi todo el dia metido en el lodo, y agua, y para sacar el vino, como se saca por alquitara, es necesario estar toda la noche al fuego, y a tanto trabajo no equivale el capital de los Nipales. Tengo noticia cierta, que el modo de compañía, que observan los naturales en esto, es, que el dueño de los Nipales pone a su costa las alquitaras, tinajas, y tibores, y banca, y demás apero, y con todo esto juzgan por de mayor peso, y valor el trabajo, y así de nueue tinajas, que sacan de vino, ó tuba, lleva cinco el que pone el trabajo, y quatro el dueño de los Nipales, y apero. Por lo qual esta compañía está muy lexos de la igualdad, que pide la buena compañía,

ña, y muy cerca de la compañía, que las leyes llaman Leonina. l. Si non fuerint. ff. pro socio. *Hanc societatem leoninam solum appellare.* Y las leyes del Reyno, p. 5. tit. 10. l. 4. *Et tal compañía como estu llaman las leyes Leonina.* Y aunque es verdad, como los contrayetes confiesan en dicha escritura, que ninguna persona les hizo fuerza, ó violencia para hazer dicho trato, se debe presumir, que la necesidad del dinero le obligó al dicho Don Domingo a convenir en compañía tan desigual: por lo qual se debe dicha compañía reducir a igualdad, si no es que los contrayetes quieran mas disolverla.

293. Quanto al vltimo articulo a que me manda responder su Ilustrissima, si es decente al Cura Beneficiado autorizar como testigo principal al dicho contrato; se responde, que como ambos tratos son de su naturaleza justos, y de ninguna fuerte viturarios, y la desigualdad que contienen, es solamente por el mucho trabajo de los que benefician los Nipales, el qual como consiste en el hecho lo pudo ignorar el Beneficiado, pues el Derecho presume del Summo Pontifice, que ignora las cosas, que consisten en el hecho, cap. Licet. de const. in 6. *Locorum specialium consuetudines (cum satisfacti) potest probabiliter ignorare.* El mucho trabajo, que cuesta beneficiar los Nipales, y sacar dellos el fruto, y hazer lo conveniente a los vfos humanos, no consta a todos, y para responder yo a este punto, y saber la calidad deste trato, me fue forçoso informarme de vinateros de Nipales: por lo qual juzgo, que el Cura pudo ignorar la grauedad del trabajo del que cultiua los Nipales, y configuientemente la desigualdad del dicho trato, y se debe presumir, que lo ignoró, porque es cosa que puramente pertenece al hecho de vn oficio particular: y no probandose, que el Cura tuviese noticia de lo especial de dicho oficio, presume el Derecho que lo ignora. de reg. iur. in 6. reg. 47. *Presumitur ignorantia, ubi scientia non probabatur.* Especialmente, que no siendo el Cura interesado en la compra, ó en la venta, sino puramente testigo, pudo creer prudencialmente, que los que hazian el trato, que fueron vsar oficio de vinateros, venian convenidos en lo justo, è igual.

## CONSULTA XLVII.

*Sobre si avrá algun camino para vsar licitamente de las casas, que por tiempo determinado se empeñan en baxos precios, sin rebaxar el valor del uso dellas? Y si sean licitos los remates de dichas casas en tales precios? Es.trato que se vsa mucho en China.*

## PROPESTA.

Vsafe en China muy ordinariamente empeñar vno alguna casa, v. g. en 50. ó 60.

taes por 6. años, ó 10. y cumplido el termino ay obligacion de bolver dicho dinero entero, y si no el otro no le buelve la casa, el qual ha gozado de la casa todo aquel tiempo, y no paga alquiler alguno: mas si el dueño de la casa la quiere vender, y el otro la quiere comprar, añade el dinero que vale mas, ó se queda por el dinero ya dado. Este es el vfo de China. Bonac. dize, que no es licito tomar assi la casa, sin pagar el alquiler, que podia ganar su amo della. Diana en el compendio grande, verb. Contrato. n. 6. dize assi: Licito es dar a otro dineros, y g. al que le entrega la casa, para que en el interin vno vsé de la casa, y otro del dinero, el qual contrato vulgarmente se llama a gozar, y gozar, con tal que en el dar el dinero no aya logro, ó ganancia, y se ponga pacto de retrovendendo en fauor de entrambos contratantes, porque entonces el vfo de la casa se toma por razon del lucro cessante. Aora pregunto yo, si vn Religioso, q. no padece dicho lucro cessante, podrá tomar vna casa desta fuerte? porque a vezes no se halla alquilada, y para comprarla no alcanza el dinero: ó si estará obligado a pagar el alquiler aunque el dueño no lo pida, por ser costumbre assi establecida? y quando se le toma la casa empeñada, lo tiene el por mucha conveniencia; y aunque el dueño no reciba el dinero para gragear, que si có el gragea, ya ay algun camino, como infinua Diana. Aunque el pacto de retrovendendo, que dize, me parece no ser necesario en este caso, avíseme V. R. de lo que siente, y si acerca desto se le ha de poner algun escrupulo a los Christianos, y hazer que averiguen, si el dinero es para gragear, ó para remediar alguna necesidad, y si en el trato perdió, ó no? Item, ordinariamente semejantes casas, ó las tienen prestadas a otros, y no les ganan dinero alguno, ó las alquilá por poco precio a otros, que se las guarden. Item, sucede al cumplimiento del termino señalado valer menos las casas, por lo qual el dueño no haze ya caso della. Pregunto, si podrá el que dió el dinero tenerla por suya, y enagenarla, sin añadir dinero alguno? Rara es la casa (a mi parecer) de estas, que se desemeña, ya por esto inmediato, ó ya porque no tiene para desemeñarla; y si mas dinero tiene, mas quiere con él buscar su vida, ó remediar otras necesidades, y la de la casa la suple, y se acomoda como puede en otra qualquiera, y no obstante esto, mas quieren empeñarla, que no venderla. Item, si cumplido el termino prefixo, v. g. de 10. años, ó menos, el dueño de la casa no la quiere desemeñar, ó porque no la ha menester, ó porque vale menos, que el dinero q. recibió, ó porque no lo tiene: no le puede obligar a ello el que la recibió en prendas, y dió el dinero, no obstante que tambien este no la aya menester

ter, ó se quiera ir a otra parte; empero puede él empeñarla a otro, pero ordinariamente es por menos de lo que él avia dado, ó no halla quien la tome, si no es en tiempo de paz.

Item, pregunto acerca desto: En esta ocasion de guerras, en que nadie se asegura del Tartaro, valen las casas mas baratas, porque muchos las dexá, y se ván a viuir a los montes, hasta que la tierra esté mas segura de enemigos: si vno que recibió la casa de otro en prendas de 120. taes, v. g. y aora, ó porque ha menester dineros, ó porque se quiere esconder en el mote, me la empeña por 10. años, ó menos, en 50. taes; si podrá recibirla, aunque cumplido el termino él me buelva los 50. taes, sin darle yo alquiler alguno, ó por el peligro a que me pongo de que venga el Tartaro, y la ocupe, ó la destruya, y yo pierda mi dinero, y la casa; ya porque él se la avia de dexar vacia, y no le avia de ganar nada, por lo menos en este tiempo presente?

De otra fuerte corre esto; v. g. Pedro tomó empeñada la casa de Pablo por 10. años, y le dió 120. taes, aviendole costado a Pablo 240. taes: despues Pedro ha menester dineros, ó se quiere esconder en el monte hasta que aya paz, ó aviendo paz se quiere ir a otra parte, y teme, que si la dexa vacia se la ocuparán, y no la podrá cobrar. Por estas causas, ó sin ellas, sino solo porque ha menester dineros, me dá dicha casa, y me haze escritura, en que dize me la dá en los 120. taes en que él la tomó empeñada, ó que me transfiera la obligacion, que Pablo tiene de darle dichos 120. taes, cada y quando que pidiere la casa, y yo no le doy mas de 50. taes en la realidad, baxádome en los 70. años despues, aya paz, ó no. Si Pedro me pide la casa, ó Pablo, y me dán los 50. taes, no tengo obligacion de darla, si no me dán los 120. taes, que el otro me transfirió en la escritura por los 50. que yo le di: conque ya Pedro no haze caso de dicha casa, y solo me las tengo de aver có Pablo el dueño primero, y legitimo de la casa, el qual procura, que yo le dé otros 20. taes sobre los 120. q. Pedro le avia dado, y me vende in totum la casa, costandome no mas de 70. taes por todo. Pregunto aora si esto, que se practica en China, es licito en qualquiera manera destas, ó maxime en este tiempo de guerras en que la gente se vá a los montes, ó está con grande miedo de enemigos, en lo qual ay peligro de perderlo todo, si en las batallas gana el Tartaro: &c. Es esto de manera, que me han dicho; que estos años pasados algunos que tenían sembradas las empeñaban cada vna en 30. taes, y aora con estas guerras, ó porque no se puede sembrar tanto, ó por las muchas Vandalas, vale cada vna 8. taes no mas: y el que dió los 30. taes, mucho perderia, porq.

el dueño se la desemeñase; pero no trata de esto, porque mas barato le será comprar otra, que no desemeñar la suya. Vn Religioso de nuestra Orden tomó vna casa en Chóanchiá, empeñada en 120. taes, aunque de los Chinos es vender en la realidad, porque dixo, que tenía verguenga de vender su casa, ó de llamarle assi (yo lo he averiguado, y muchos las venden) y despues de empeñadas por algunos años, tuéle en tiempo de paz desemeñarlas, cumplido el termino, bolvendo todo el dinero, que recibiró, y quedandose el que lo dió sin pagar alquiler alguno de todos los años, que ha viuido en ella, sin que en esto hallé cosa de escrupulo. No pregunto este caso por lo de nuestra casa, que tomó dicho Religioso nuestro; porque fuera de que me dixo vna persona muy entendida en la materia, que dicha casa aunque la tomara el dicho Religioso vendida, no valia mas de los 120. taes en aquel tiempo: aora si yo le pidiera al dueño della, que me diera 30. taes, ó 20. y le perdonaria lo demás, no la queria, porque con estas guerras valen las casas baratissimas, todos quieren vender, y empeñar, y ninguno comprar, y fuera desto nuestra casa ha menester 30. ó 40. taes de aderezo. Suplico a V. R. me resuelva toda esta materia: y si dado que el contrato de Pedro con Pablo no fue licito en tiempo de paz, si podrá yo tomarle a Pedro aora en este tiempo la casa por 50. taes, dandome escritura, por la qual ni a él, ni a Pablo, tenga yo obligacion de darla hasta que me den 120. taes.

## PARECER XLVIII.

294. La consulta se responde, que el trato propuesto se puede dar por licito por vno de cinco modos. El 1. si el que dió el dinero trataba con él, y no era hombre de los que tienen el dinero guardado, encerrado en vna caja; que en tal caso, por el lucro cessante de lo que solia, ó avia de ganar con su dinero, puede recibir el vfo de la casa.

295. El 2. modo es, si el que recibe el dinero lo quiere para tratar có él, que en tal caso se presume trato de compañía, en que vno pone el dinero, y el otro el trabajo, y la industria con aseguracion de vna ganancia moderada, y del principal: en tal caso puede llevar lo que valen los alquileres de la casa, por lo que le avia de pertenecer de las ganancias, ajustando primero quanto pudieran valer dichos alquileres, y quanto pudiera tocarle de dichas ganancias, despues de rebaxado algo por la aseguracion de las ganancias, y principal.

296. El 3. modo es, suponiendo que ni el que entregó el dinero avia de tener trato con él, ni el que lo recibió; pero el que lo dió en empeño lo queria dar a otro, que tratasse con él, y le diese vn tanto, lo que correspondiese a



la ganancia de dicho trato de compañía, con asegurançia de capital, y ganancia, y por el empeño de la casa dexa de dar dicho dinero a ganancias: en tal caso tambien puede no pagar el alquiler, porque tiene justo titulo de lucro cesante para llevarlo, por lo que dexa de ganar no dando su dinero al trato.

297. El 4. modo con que se puede dar por licito dicho trato, es mas facil, y seguro, y en el no ay necesidad de atender a si el que recibe el dinero lo quiere para el trato, ó si el que lo dá avia de ponerlo al trato, ó tiene lucro cesante. Este modo consiste en que este trato no es realmènte empeño; aunque le dén esse nombre, sino venta real, *cum pacto retrovendendi*, por el mismo precio, por lo qual se traspassa el dominio de la casa en el comprador, y consiguientemente no debe pagar alquiler. Por dos razones se colige, que dicho trato es venta *cum pacto retrovendendi*, y no rigoroso empeño. La 1. porque en la pregunta se dá a entender, que si la casa se destruye por las guerras, ó se quema por algun caso, aunque sea fortuito, no debe bolver el dinero el que la empeñó, y consiguientemente se perdió por cuenta del que la tenia empeñada: de donde se colige, que es mas venta, que empeño; porque en el empeño corre el riesgo de la prenda por cuèta de su dueño, si se destruye, ó pierde sin culpa del que la tenia, y debe el dueño de la prenda pagar el dinero, que recibió prestado, aunque le buelvan la prenda destruida por caso fortuito, sin culpa alguna del que prestó el dinero. La 2. razon, porque al que recibió el dinero, y entregó la prenda, no le pueden obligar a que pague el dinero, ni a que reciba la prenda: de aqui se colige, que no debe el dinero, ni lo recibió a titulo de empréstito, sino a titulo de venta real, y que la prenda no es suya; porque si fuèsse suya, le pudieran obligar a que la tomasse, y bolverle el dinero, que debia, especialmènte si costasse tenerlo. Ni obsta a esse modo de venta, que el dinero, que recibió el dueño de la casa, fue menos de lo que valia, porque en estas ventas *cum pacto retrovendendi* se ha de baxar vna buena parte del justo precio en que se apreciaria, si se vendiesse sin dicho pacto; por que dicho pacto es grauamen, que se le pone al que compra la casa, y consiguientemente es menor su valor. Debesè tambien baxar del precio en este modo de venta, porque se colige de la propuesta, que esta obligacion de bolver a vender la casa, es puramente en favor del que recibió el dinero: de tal suerte, que si no le està bien bolverla a comprar, ó por averse baxado mucho el precio de las casas, ó por no estimarse por el peligro de las guerras, ó por otra causa, no tiene el que compró la casa accion para obligarle a que se la buelva a comprar: y si al que la vendió

le està bien bolverla a comprar, ó porque con el tiempo, ó por otro accidente creció el valor de la casa, puede obligar al otro a que se la buelva a vender; y assi como propone el caso, los que empeñaron sus sementeras en 30. taes, no las quisieron despues sacar, porque con las guerras, y Vandalas avian abaratado tanto, que mas querian con 8. taes comprar otra tan buena (que assi valian) que sacar la que avia empeñado por 30. taes, pues cosa que se vende con calidades tan graciosas al comprador, no es demasado que se venda por vn tercio menos de su justo precio. Si el empeño fuèsse en cantidad mucho menor, como si conocidamente no excediesse a la mitad de su justo valor, no sería trato licito, ni se podrá reducir a comprar del modo dicho, si no es que el peligro de valer menos la prenda, fue tan verisimil, y proximo, que se juzgasse, que en breve no valdria mas.

298. Quinto modo: demos caso, que no aya venta con pacto de bolver a vender, sino que sea puro empeño, y el que recibió el dinero no trata con el, sino remediar vna necesidad, y el que dió el dinero, ni avia de tratar con el, ni darlo a quien tratasse, sino que el que dió su dinero, recibió la prenda con condiciones de mucho grauamen, que si se pierde, ó destruye (aunque sea por caso fortuito) se pierda por cuenta del que dió el dinero, y que si el que recibió el dinero no lo quiere pagar, ni sacar la prenda, no le puedá obligar a ello; y que si por algun accidente, como las guerras, baxa el valor de la prenda de fuerte, que no valga aquello en que està empeñada, ni la quarta parte, se pierda el que dió el dinero. Vn empeño con tantos grauamenes bien merece alguna paga, y recompensa, y essa se haze no lleuandole los alquileres de la casa: y esto se asegura mas con lo que se añade en la pregunta, de que si el que tomó la casa por prenda no la ha menester, ó porq se vá a viuir a otra parte, ó por otra causa, no halla de ordinario quien la quiera, ni empeñada, ni comprada, y si halla quien la tome empeñada, es por mucho menos que el dió: aqui se vé, que de mas de los peligros de menoscabos contingentes a que se expone, tiene esta pérdida cierta. Por estas razones juzgo, que no se les ha de inquietar a los Christianos de China sobre estos empeños, ni ponerles escrupulo, aunque el que recibió el dinero no lo quisiesse para el trato, ni el que lo dió huviesse de tratar con el, ni tener ganancia alguna; porque este modo quinto, y el quarto, no piden para su justificación essas circunstancias: y assi puede vn Religioso (aunque no tiene lucro cesante) tomar empeñada de esse modo la casa. Bueno fuera explicarles la venta real *cum pacto retrovendendi*, para quitarle aquel nombre de empeño, que haze

haze el trato mal sonante; pero aunque esto no se haga, es licito por los modos referidos quarto, y vltimo. De aqui se colige tambien, que el que la tomó en empeño, pasado el termino prefijo, y no sacádola el dueño, la puede tener por suya, y venderla, ó empeñarla sin dar mas dinero al dueño; pero si no le consta, si el dueño ya no la quiere sacar, deberá avisarle antes.

299. A lo que se propone en el 2. parrafo desta pregunta, si en tiempo de guerras puede tomar empeñada por 50. taes la casa, que el otro tomó empeñada por 120. taes; respondo, que si, porque en aquella ocasion, y circunstancias vale la casa muy poco; y assi haziendo cuèta que es venta (aunque no se explique) *cum pacto retrovendendi*, para que el otro la buelva a comprar en tiempo de paz, quando està sin riesgo, y si padeciere riesgo, y se perdiere en tiempo de las guerras, la pierda el que la toma; son los 50. taes todo lo que puede valer, y si se toma por puro empeño, cargando todos los peligros de la prenda, y de perder todo el dinero, es bastate titulo para no pagar alquiler el riesgo, y grauamenes, que toma sobre si el que dá el dinero, y recibe prenda tan peligrosa, y de tan poca estima, como en semejantes ocasiones son las casas.

300. Al punto, que se propone en el parrafo 3. desta pregunta, respondo, que en tiempo de paz, antes que huviesse temor de guerras, tengo por ilicito el empeño en tan poco dinero, que valiendo la casa 240. taes, la tome en 120. la mitad menos, y luego la tome otro en 50. que es la 5. parte de su justo precio, si no es que se huviesse maltratado, y necesitasse de mucho costo para sus reparos: si no es desta suerte, no se puede tener por licito, ni por razon de venta *cum pacto retrovendendi*, porque se disminuye demasado de su valor; ni por empeño verdadero, porque no aviendo guerras, ni rezelo de ellas, son pocos los riesgos, y grauamenes, que lleva el que dió el dinero, y mucho lo que lleva por ellos, porque casa de todo esse valor es forzoso, que valga mucho su uso, y alquiler; ni por los otros tres modos de lucro cesante, ó por que el que recibió el dinero le quiere para el trato, porque el dinero que dió es poco, y consiguientemente pocas ganancias se podrán esperar del, y parece que vale mas el alquiler de la casa: por lo qual baxar del valor de la casa conocidamente mas del tercio, me parece trato desigual, y que el dueño de la casa viene en él a mas no poder, como el que recibe dinero a pagar vsuras. Esto es tiempo de paz; pero en tiempos de guerras, ó quando se rezelan, y esperan, es trato justo, porque las casas con aquel riesgo no tienen valor: y assi en semejantes riesgos puede licitamente tomar la casa en 50. taes, con

escritura de que no està obligado a bolverla a Pedro, ni a Pablo, hasta que le dén los 120. taes; y esto es verdad, aunque el trato entre Pedro, y Pablo aya sido ilicito, por averse hecho en tiempo de paz, porque ya con los riesgos perdió la casa su valor, de tal suerte, que junta con la escritura, que no està obligado a bolverle, si no le pagan 120. tassadamente vale los 50. taes, y es licito tambien dar los 20. taes para comprarla in totum, que es redimir el pacto de bolverla a vender.

## S I M O N I A.

### CONSULTA XLVIII.

*Sobre si el que sin pacto alguno dió un regalo de valor a vna persona, en agradecimiento de averle presentado a un Beneficio Ecclesiastico, y con mira de que le presenten a otro mas pingue, cometa simonia?*

#### PROPUESTA.

VN Sacerdote fue presentado a vn Beneficio por vna persona secular, lega, que es Patron de dicho Beneficio. El Sacerdote referido dessea alcanzar otro Beneficio mas pingue de que tambien es Patrón la misma persona: por lo qual sin pacto, ni concierto dió vn regalo de valor al dicho Patron, en agradecimiento de la presentacion ya hecha, y juntamente lleuando puesta la mira a que le presente a otro Beneficio mas pingue, quando se ofrezca ocasion. Preguntase si aqui ay alguna simonia, ó de parte del Patron, ó del Sacerdote?

#### PARECER XLIX.

301. **R**espondese, que dicha dadiua, ó regalo tiene dos respetos; el primero, es agradecimiento al Beneficio ya recibido. El segundo, es la mira que lleva al Beneficio, que espera recibir, y ambos pueden ser licitos sin mezcla de simonia, y pueden ser ambos simoniacos, y detestables, conforme la intencion, y modo con que se hazen. Para con mas claridad explicar ambos respetos, de que fuerte serán licitos, y en que forma serán simoniacos, se ha de suponer, que para que vn trato sea simoniaco se requiere, que sea trato oneroso, y no gratuito. Assi lo dize S. Thom. 2. 2. q. 100. art. 1. ad 5. y Silves. verb. Simonia. q. 1. el M. Fr. Pedro de Ledesma, 2. p. Sum. trat. 12. cócl. 27. Adiano quotl. 9. ar. 2. dub. 2. Victoria in relect. de simonia, p. 1. Y en esto conyienen todos los Doctores, y la razon lo convence, porque la simonia consiste en vender, ó comprar las cosas espirituales, ó anexas a lo espiritual, ó en darlas, ó recibirlas por algú precio, ó interesè terreno: y consiguientemente, si el que dá la presentacion, ó colacion del Beneficio, la dá liberalmente, que llamamos *gratis*, puramente de gracia, sin pretender llevar

interese alguno por ello, y el que recibe el Beneficio no pretende pagarlo, ni dar interese alguno por ello al que se lo dio, como por paga, ó satisfacion, no ay simonia, aunque por otros titulos aya algunas dadiuas, como por liberalidad puramente, ó por agradecimiento, ó por amistad, ó por limosina; pero si en dichas dadiuas ay algun respeto explicito, ó implicito de pagar, ó satisfacer el Beneficio en todo, ó en parte, ó de recibir, ó dar algun interese temporal por el Beneficio, ó sea antes, ó despues de recibirlo, es simonia, aunque le quierá llamar agradecimiento, ó liberalidad, ó amistad: porque esta no es questio de nombre, ni se ha de atender a como le quierá llamar, sino lo que es en realidad de verdad. Si el Patron presenta a este Sacerdote para el Beneficio, porque le dió tal dadiua, ó porque se la dá despues, ó porque haga por él tal cosa, y g. para que le busque generos, es simonia de parte del Patron: y si el Sacerdote dá el regalo, porq le dén el Beneficio, ó porq ya se lo dieron, como por paga, ó satisfacion, ó haze alguna cosa de trabajo, ó de cuydado por el Patron, por este respeto de pagarle, ó satisfacerle el Beneficio a que le presentó, es simonia, aunque le llame agradecimiento. Por esta razón es muy delicada, y peligrosa esta materia, porq a vezes parece agradecimiento, y liberalidad, y de verdad será compra, y venta, é interese temporal por lo espiritual. Assi se colige del Derecho, cap. Tua nos. de simonia. donde se determina, que no hubo simonia en la recepcion de vn Canonigo en vna Iglesia, por no aver avido pacto, ni condicion en vna donacion, que hizo a la Iglesia: *Si pure ac sine pacto, vel conditione qualibet: : huiusmodi receptio fieri poterit absque scrupulo simoniace pravitatis.* Y luego añade, que si la intencion del que haze la donacion, es de mouer con ella los corazones de los Clerigos, para que le dén la Canongia, y los Clerigos no le admitirian, si no hiziesse la donacion; en tal caso es simonia delante de Dios, que conoce las intenciones: *Si tamen is, qui talem donationem facit ea intentione ducatur, ut per temporalia bona, que offert, spiritualia valeat adipisci, & Clerici, qui eum in fratrem admittunt, non essent eum, nisi commoda temporalia perciperent, ad missuri, sine dubio tam ille, quam isti, apud districtum iudicem (qui scrutator est cordium, & cognitor secretorum) culpabiles iudicantur.* Y alli la Glosa: *Intentio facit hominem simoniacum.* Con lo dicho está respondido a toda la pregunta; pero para mas claridad se responderá a cada cosa de por si de las que están incluidas en la pregunta.

302. Lo primero digo, que de parte del Patron será simonia, quando presenta para el Beneficio al que sabe, ó cree, que le dará mayor agradecimiento, ó le será mas vtil en algu-

na cosa. Esto es sin duda simonia en el Patron; porque aunque le llamen agradecimiento; en rigor no lo es, sino venta, vender el Beneficio a quien le diere mas por él. Esto es certissimo, porque quien presenta al Beneficio al que juzga que le dará mas, antepone a este por razon del mayor interese: de donde se colige con toda claridad, que hizo la presentacion por el interese, y por la ganancia temporal; y se verifica aquello del Derecho en el lugar citado: *Non essent eum, nisi commoda temporalia perciperent, admisuri.* Y mucho mas clara simonia es, quando el Patron por si, ó por tercera persona pregunta, ó inquiere, si el que pretende el Beneficio será agradecido, ó quanto dará en agradecimiento, porque este no es trato gratuito, sino oneroso: *Docte tal Beneficio, porque me des tal regalo en agradecimiento;* porque en tal caso el Beneficio no se dá gratis, ni el regalo se retorna liberalmente, ni gratis, sino lo vno por lo otro: meta cada vno la mano en su pecho, y verá como estas presentaciones de este modo no son puramente graciosas, y configuientemente son simonias.

303. Lo 2. digo, que quando el Patron no presenta para el Beneficio al tal Sacerdote, por que sabe, ó juzga, que le dará mas en agradecimiento, ni porque tiene entendido, que le dará algo, ó hará algo por él en satisfacion; sino lo presenta por otro respeto, ó por otra causa, no ay simonia en el Patron, aunque dé fe, que le dén algo en agradecimiento, y lo tomara de buena gana: porque en este caso dá el Beneficio gratis, y liberalmente, y el agradecimiento, y retorno lo dexa a la liberalidad del Sacerdote, que si dá algo, lo recibirá, y si no diere nada, no lo pedirá, ni entenderá, que se le debe cosa alguna: deste modo el Patron no es simoniaco.

304. Digo lo 3. que de parte del Sacerdote avrá simonia, si dá el regalo para mouer con él interese temporal al Patron, para que le presente al Beneficio: que es lo mismo que darle a entender al Patron, que le será buen pagador: como si le dixera por señas, dame el Beneficio, y te daré el regalo, aunque le llame agradecimiento, ó como quisiere; porque en este caso se verifica deste Sacerdote lo que dize el Derecho en el lugar citado: *Si is qui talem donationem facit, ea intentione ducatur, ut per temporalia bona, que offert, spiritualia valeat adipisci.* Por lo qual, si el Sacerdote, que propone la pregunta, dá có este animo el regalo, para que entienda el Patron, q quando le presente al otro Beneficio mejor, tendrá mas recompensa, es simoniaco el tal Sacerdote; porque en buen romance, esta es paga de el primer Beneficio, que le avian dado gratis, para que entienda el Patron, que también pagará el segundo: ó ya que no sea paga del primer Bene-

Beneficio, porque ya le recibió gratis, es por lo menos ofrecimiento de que pagará el segundo, y mouer al Patron para que le presente por el interese; y con mas propiedad será simoniaco el Sacerdote, si promete de ante mano, que si le presentan al Beneficio será agradecido, ó dará tanto de agradecimiento: porque estos agradecimientos, en esta forma los inventó el diablo, para paliar las ventas, y compras, y simonias.

305. Lo 4. digo, que si el Sacerdote despues de presentado a vn Beneficio, sin aver prometido antes el agradecimiento, ó otra cosa, le dá vn regalo al Patron que le presentó, ó porque en realidad de verdad está agradecido, ó por parecer liberal, ó porque no le tengan por corto, no es simonia, porque esto ya no es paga, porque el Beneficio se lo dieron liberalmente, sin anteceder promessa, ni pacto, de que si le daban el Beneficio daria el regalo; ni hubo atencion al regalo, para darle el Beneficio por él: y assi queda el Sacerdote libre para dar, ó no dar dicho regalo; y si lo dá, lo dá puramente de gracia, creyendo, y entendiendo, que ni lo debe, ni se lo pueden pedir por pacto, ni concierto explicito, ni implicito. Esto lo tengo por cierto, y seguro, aunque algunos Doctores dizen, que si la dadiua, ó regalo es de tanto valor, que la tal persona, ó las personas de su calidad, no suelen dar tales regalos en agradecimiento, se debe tener por paga, y por simonia. Pero no obstante esto tengo por verdad, que no es simonia, aunq sea el regalo demasiado, con tal que se dé, como queda dicho, puramente de gracia, sin prometerlo antes, y que el que recibió el Beneficio pueda no dar el regalo: porque si por algun camino se entienden los dos, que tienen obligacion alguna a darlo por aver recibido el Beneficio, no será gratuito, sino paga, y simonia. Tambien es verdad, que quando el regalo es en dinero, y de mucho valor, ay mas fundamento para rezelar, que se dá por paga, y no puramente por liberalidad, y agradecimiento: porque raras vezes se dán agradecimientos muy quantiosos, que sean puramente de gracia, y liberalidad. Por esta causa el Derecho no presume simonia en donaciones de poco valor, que ordinariamente son puro agradecimiento, cap. Et si questiones. de simonia. *Si ipsa persona electi offerat ordinario suo electuarium, aut de vino, sine de alijs huiusmodi, qua modici pretij fuerint, Ecclesia Romana interpretari non consuevit accipientem in his delinquere vel donantem.* Y en el mismo capitulo se dá por cosa segura, y libre de toda sospecha de simonia, la donacion de vn cauallito, que hizo vn hombre muy rico a vn Cardenal, que iba a Consagrar de Obispo a su hermano, y dá la razon, porque aquella donacion era cosa muy poca respecto del que la daba: *Non fuit magnū*

*ab eodem fratre suo, Cardinali equum unū transmitti, quem etiam ioculatori suo non petenti vir tantus, & tam abundans forte donaret.* Por el contrario, si vn Clerigo no muy rico haze vna donacion de mucho valor al que le presenta al Beneficio, es cosa sospechoia de simonia, que dadiua tan grande no parece puro agradecimiento, sino paga.

306. Lo 5. digo, que el Sacerdote, que recibió el primer Beneficio, y dá el regalo con la mira de que le dén el segundo mas pingue: si dá el regalo por paga del primer Beneficio ya recibido, ó del segundo, que espera recibir, ó para que entienda el Patron, que alli tiene vn buen agradecimiento, si le dá el segundo Beneficio, para mouerle con este interese a que se lo dé, no es cosa segura, sino muy peligrosa de simonia; pero si dá este regalo con intencion de grandearle la voluntad al Patron, y tenerle por amigo, para despues valerle de la amistad, ó benevolencia, para que le presente al Beneficio, de fuerte, que no dá el regalo para que por él inmediatamente le presente al Beneficio, sino para tener entrada, y cabida con él; en este caso no ay simonia, como tampoco la ay quando vn paje sirve a vn Obispo para procurarle agradar, para que estando en su gracia le dé vn Beneficio, no por paga de su servicio, sino mouido de la buena voluntad, que le avrá cobrado.

## COMPANIAS.

### CONSULTA XLIX.

*Què trato sea el que en estas Islas llaman de correspondencia? Y si el que lleva dinero a correspondier, pueda hipotecar en fauor de Thomas todo el empleo, que ha hecho con el dinero, que Thomas, y otros le dieron a corresponder?*

#### PROTESTA.

Pedro, Juan, y otros fiaron a Antonio en diferentes cantidades, que tomó a corresponder, y empleó el dinero que tomó, y en que le fiaron. Antonio debía a Thomas 200. pesos, dióle otros 400. y todo a corresponder, sin fiança alguna, hipotecandole Antonio la hazienda, que empleó con el dinero que tomó, y en que le fiaron los dichos fiadores, haziendo la fiança por la hipoteca, que Antonio no pudo hazer, pues el empleo no era suyo, y le obstaba a Thomas. La hazienda hipotecada en otro en vn administrador, y de lo que procedió, cobró Thomas 900. pesos de principal, y correspondencia del dinero, que en realidad no le dió, por deberle los 200. pesos Antonio, y no tener con que pagarlos. Preguntase, si Thomas en buena conciencia pudo hazer semejante trato, obstandole los debitos de Antonio, y los empeños

conque se embarcó? Y si la confianza, que hizo con semejante presupuesto, puede perjudicar a los fiadores? Y si debe entrar a la parte con ellos en la pérdida, para que le conste a Thomas, y escusar litigios contenciosos, y dilatados, pues con tan graue perjuizio de los demás fiadores cobra de lo limpio del caudal de Antonio los 90 pesos, que si huviera pedido fiadores de la cantidad, que Thomas dió a corresponder, no fuera en tan graue daño de los otros, partiendo las pérdidas entre muchos?

## PARECER L.

307. **R**esponde, que el trato que hizierón Thomas, y Antonio, entregando Thomas a Antonio 400 pesos, para que los emplease, y lleuase a corresponder, y hipotecándole Antonio todo el empleo, que hizo con los dichos 400 pesos, obligandolo a los 400 pesos, que para dicho empleo recibió, y a los 200 por su correspondencia, y a los otros 200, que antecedentemente le debía, fue trato lícito, justo, y valido, al qual no obsta cosa alguna de las que se proponen en contra; pero no pudo lícita, ni validamente hipotecar, ni obligar en fauor de Thomas el empleo, que Antonio hizo con el dinero, que le dieron otros a corresponder, con perjuizio, y daño de los que lo dieron.

308. Para probar, y explicar esta resolución se ha de advertir, que son vsadísimos dos generos de contratos entre los mercaderes de estas Islas, y los que desde ellas hazen viage a Nueva España; vno se llama dar a beneficiar, y otro dar a corresponder. Quando se dá a beneficiar, es sin duda trato de locacion, y condicion, ó alquiler; porque la persona que se queda en estas Islas, entiega sus mercaderias a vno de los que haze viage a Nueva España, para que allá las venda, y trayga su procedido, señalándole por su trabajo, è industria, y por las costas, que ha de hazer, 20. por cada 100. y a vezes 18. por 100. donde claramente se vé, que al que lleua las mercaderias ajenas se le paga su trabajo, è industria, en que consiste el trato de locacion, ó alquiler, como consta del Derecho, l. Locatio ff. locati. *Locatio, & conductio contrahi intelligitur, si conuenerit de mercede.* Y inst. de locatione. §. 1. *Locatio, & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit.* Y §. Item quaeritur. *Mercede pro opera constituta dubium non est quin locatio, & conductio sit.*

309. Quando se dá a corresponder, es diferentísimo trato, porque no se entregan mercaderias al que haze viage, sino dinero, para que el lo emplee en lo que quisiere, y en lo que juzgare, que podrá tener mayor ganancia. Demás desto el que dá el dinero a corresponder, no señala, ni determina paga al que lo lleua, por el

trabajo, è industria de emplear aqui el dinero, y de lleuar las mercaderias, y venderlas en la Nueva-España; sino el que recibe aqui el dinero se obliga a bolver el capital con 50. de ganancia por cada 100. y toda la restante ganancia, que procediere del empleo, es del que recibió el dinero a corresponder: donde claramente se vé, que aqui no alquila su trabajo, ni por el espera paga del que dió a corresponder, sino que espera sacar su ganancia del empleo, y venta de las mercaderias.

310. Ni puede tener este trato razon de emprestito, que llama mutuo, por tres razones. La 1. porque en el dicho emprestito se transfiere el dominio del dinero, que se presta, de tal suerte, que el que recibe el dinero puede disponer del a su voluntad en lo que quisiere: y en este trato no es así; porque el que lo recibe se obliga a emplear el dinero en estas Islas, y llevar, ó remitir el empleo a la Nueva-España a venderlo, de tal suerte, que si entregasse absolutamente el dinero, para que el que lo recibe hiziese lo que quisiere del, que lo empleasse, ó no lo empleasse, como absoluto señor del dinero, con tal que a su tiempo pagasse el capital, y ganancia, sería usura clara, y manifiesta, como dize, y prueba muy bien Molina, tract. 2. de iust. disp. 417. La 2. razon es, porque de razon del emprestito es, que todos los riesgos, y peligros corran por cuenta del que lo recibe prestado: lo qual se funda en lo que se dixo en la primera razón, de que el dominio del dinero se transfiere al que lo recibe prestado; porque todas las cosas, que se pierden, ó perecen, a su dueño se pierden, y perecen, como dize aquel comun adagio de los Sumistas: *Quidquid perit domino perit*; y se colige del Sagrado Texto, ad Rom. 14. *Domino suo stat, aut cadit.* Y así el que recibe prestado dinero, ó otra qualquiera cosa de las que no tienen otro uso, sino consumirlas, carga en si todos los riesgos, aunque sean fortuitos, y de qualquiera suerte que se pierda la cosa prestada, la debe pagar. Toda esta doctrina enseña S. Thom. 2.2. q. 78. art. 2. ad 5. *Ille qui mutuatur pecuniam, transfert dominium pecunie in eum, cui mutuatur. Unde ille cui pecunia mutuatur, sub suo periculo tenet eam, & tenetur eam restituere integre.* Y en este trato de correspondencia se pacta lo contrario, pues el que dá el dinero a corresponder, va expuesto al riesgo de pérdida general de Nao, y así falta la razon de emprestito.

311. La 3. razon es, porque demos caso, que se quiera poner un emprestito en que el que dá el dinero prestado se exponga al riesgo, y que por esta causa lleue ganancia, que este trato es factible, y no dize deformidad, ni injuria, porque el que dá prestado, por razón del emprestito no queda

queda expuesto a riesgo alguno; pero puede cada vno, como señor de su hacienda, exponerla al riesgo, que por razon del trato no le incumba. l. In re C. mandati. *Sua quisque rei est moderator, & arbiter.* Y por este riesgo puede lleuar precio, porque es precio estimable; pero en tal caso pudiera lleuar mas del capital solamente aquello en que se estimasse, ó apreciase el riesgo a que expone el capital: porque si lleuasse mas de lo que vale dicho riesgo, sería usura, por que no queda otro titulo por el qual se lleuasse aquel exceso, sino el emprestito, y configuientemente no se pudieran lleuar 50. por 100. en esta carrera, porque el dicho riesgo de pérdida de Nao no es muy graue, pues es rara la Nao, que totalmente se pierde en este viage. Ni jamás se ha entendido, que dicha ganancia de 50. por 100. se lleue puramente por razon del riesgo, sino por el trato, y como efectos, y fruto de la negociacion, y empleo, que se hizo con su dinero: por lo qual este trato, que comunmente en estas Islas llaman a corresponder, es realmente trato de compañía, en que vno pone el dinero, y el otro pone el trabajo, y la industria: el qual trato aprueba el Derecho, inst. de societate. §. de illa. *Sanè ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniã conferat, & tamè lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet.* Y l. i. C. pro socio. *Societatem vno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi magis obtinuit.* Esta ley summa alli Baldo: *Valet societas, in qua vnus pecuniam confert, alter operã.* Este trato de compañía, si se hiziese sencillo, sin mezcla de otros contratos, debiera el que pone el dinero ir expuesto a qualquiera riesgo del capital, y no solamente a la pérdida total de la Nao, y debieran partir entre ambos lo que se ganasse proporcionablemente segun el capital, que el vno pone, è industria, y trabajo del otro; pero a este trato, segun está en uso comun en estas Islas, se juntan trato de assecuracion del capital, de las averias, que puede aver, hurtos, y otras pérdidas, y solamente queda expuesto a pérdida general del Galcon. Y tambien se le junta otro tercero trato, en que se le señala al que pone el dinero vna ganancia cierta de 50. por 100. de tal suerte, que aunque se ganen mas de 100. por 100. el que puso el capital solamente ha de lleuar de ganancia 50. por cada 100. y aunque el que pone la industria, y trabajo no gane cosa alguna, ha de entregar al que puso el capital 50. por 100. y salvo, y entero el capital, aunque se le aya perdido en todo, è en parte por caso fortuito, ó de otra qualquiera suerte, como no sea por pérdida general de la Nao: porque en este trato todos los demás riesgos los recibe en si el que pone el trabajo, è industria, y haze el empleo. Si este trato con esta

seguridad de capital, y ganancia en la forma dicha, sea lícito, disputan los Doctores, y está en estos tiempos muy valida la opinion, que dize ser lícito.

312. Esto supuesto, se prueba la primera parte de la resolución dada con dos razones. La primera, porque Thomas retuvo en si el dominio de los 400 pesos, que dió a Antonio a corresponder; porque como queda dicho, si transfiere el dominio del dinero en Antonio, sería trato usurario, y no pudiera lícitamente lleuar, ni pedir los 200. de ganancia, por los 400. que dió a corresponder, y expresiaméte lo enseña S. Thomas 2.2. q. 78. ar. 2. ad 5. *Qui committit pecuniam suam mercatori per modum societatis nõ transfert dominium pecunie suae in illum, & ideo licite potest partem lucri inde prouocientis expetere tanquam de re sua.* Siendo de Thomas dicho dinero, le pudo poner este grauamen, ó por mejor dezir, pudo pedir esta seguridad del capital, y ganancias, de que le hipotecasse, y obligasse todo el empleo, que se comprasse con dichos 400. pesos, al dicho capital, y ganancias: y de la suerte que es cierto, que Thomas puede pedirle a Antonio, que con fiadores le asseguarasse el capital, y ganancia; así le pudo pedir este modo de assecuracion de hipoteca en las mercaderias, que se compraban con su dinero, dexando, ó no queriendo la assecuracion de fianças: porque está en eleccion del que entiega a otro su dinero, el pedirle la assecuracion, que le pareciere conveniente.

313. Segunda razon: el dominio de los 400. pesos, que entregó Thomas para el empleo, estaba en Thomas aun despues de entregados a Antonio, quando todavia no se avia hecho el empleo; pero hecho ya el empleo, y compradas las mercaderias, no pertenece el pleno dominio dellas a Thomas, como consta del Derecho, l. Si ex ea. C. de rei vend. *Si ex ea pecunia quam deposueras, is apud quem collocata fuerat, sibi possessiones comparauit, ipsique tradita sunt, tibi vel omnes tradi, vel quasdam ex his compensationis causa ab invito eo in te transferri iniuriosum est.* Y alli Baldo sumando esta ley, dize: *Res emptã ex pecunia mea non est mea, & ideo à me vendicari non potest.* Pero pertenece el dominio de dichas mercaderias a ambos a dos, a Thomas, y a Antonio, como dize Molina de iust. to. 2. disp. 416. §. Secundum. y disp. 417. §. Hoc ita. y se colige del Derecho, l. Si pecunia. C. si quis alteri. *Si pecunia patris fundus mancipia que comparata sunt, tamè cum emptiones matris sua nomine factas esse proponas, ignorare non debes traditione matrem tuam dominam fuisse constitutam.* Y l. Si patruus. C. communia vtriusq. *Si patris vnus ex communibus bonis res comparauit sibi negotiũ gerens, non omnium bonorũ socius constitutus rem emptã*



*communicare eum contra iuris formam postulas.* De aqui consta, que el dominio de la cosa, que se compra, no es forçosamente de aquel cuyo era el dinero con que se comprò, sino de aquel en cuyo nombre se comprò, y recibió; y como las mercaderias, que se compraron con dichos 400 pesos, se compraron en nombre de Thomas, y Antonio, pues ambos hazian compañía en orden a la ganancia, que esperaban de dichos 400 pesos: de aqui se colige, que dichas mercaderias eran de ambos, y el dominio dellas estaua en ambos, y de la misma suerte el dominio del dinero, que dellas procediè, era de ambos por la misma causa, y razon, y consiguientemente pudieron ambos convenirse en que las mercaderias, que se comprassen con dichos 400 pesos, quedassen obligadas, è hipotecadas a que dellas, y del dinero, que dellas procediè, se pagasse en primer lugar el capital, y ganancias de Thomas: y justifica mas esta hipoteca, y obligaciò, el estar Antonio obligado por el contrato de correspondencia hecho con Thomas, a darle del dicho empleo luego que se venciesse el riesgo de ida, y buelta de la Nao, el capital, y ganancias a razon de 50 por 100. por lo qual fue sin duda muy justificada, y puesta en razon la hipoteca de los 600 pesos de capital, y ganancias en las mercaderias, que se compraron con los 400 pesos, que efectiuamente entregò Thomas a Antonio: y fuera conveniente, que siempre que se dá dinero a corresponder se hiziera dicha hipoteca, pues aun sin hazer la hipoteca el que recibe dinero a corresponder, està obligado por el trato hecho a satisfacer en primer lugar del empleo, que se hizo cò el dinero de la correspondencia, el capital, y ganancias.

314. De aqui consta, que no hazè fuerza alguna contra esta primera parte de la resoluciòn dada, lo que se propone en la pregunta, de que Thomas debió pedir fiador del dinero, que daba a corresponder, y que no aviendolo dado, se ha de entender, y juzgar como si el mismo Thomas huviesse sido fiador de su propio dinero. No haze esto fuerza alguna, porque Thomas no tuvo obligaciòn de pedir fiador, porque cada vno pudo entregar su dinero con la seguridad, que le pareciesse conueniente: y como los demás, que dieron a Antonio dinero a corresponder, lo asseguraron bien con fianças, cò que cobraron enteramente su capital, y ganancias, sin perder cosa alguna; assi Thomas lo asegurò, haziendole hipotecar las mercaderias, que compraba con su dinero, para que de su procedido primeramente se le pagasse su capital, y ganancias. Y en pedir este modo de seguridad en la hipoteca de mercaderias, que no eran de otro tercero, sino suyas de Thomas, y de Antonio, no hizo agrauio a persona alguna: antes

procurò asegurar su dinero sin daño de fiadores. Tercera razon: quando se haze algun contrato, es licito hipotecar la cosa sobre que se haze el contrato, para seguridad del mismo contrato: como si vno vende alguna cosa a otro, y para la seguridad de la venta le hipoteca la cosa que vendiò, es licita, y justa la tal hipoteca, y por ella el que comprò adquiere derecho en la cosa de tal suerte, que si el vendedor la vendiè, y entregasse despues a otro, no valdria esta segunda venta, junta con la tradicion, porque la venta primera, aunque sin tradicion de la cosa, prevalece por causa de la hipoteca con que se assegurò el contrato de la venta. Assi lo afirmà Couarr. 2. var. cap. 29. n. 7. y Ant. Gom. to. 2. var. cap. 2. n. 20. y es comun sentencià de los Doctores, y se colige del Derecho, l. Si creditor. ff. de distract. pign. §. fin. De la misma suerte aviendo Antonio hipotecado el empleo, y mercaderias compradas con el dinero de Thomas, para asegurar con dicha hipoteca el trato de la correspondencia, que Antonio avia hecho con Thomas, estàn obligadas dichas mercaderias al capital, y ganancias, que debe aver Thomas de dicho trato, cò prelación a otro qualquiera acreedor.

315. La 2. parte de la resoluciòn dada, se prueba, y declara por los mismos fundamentos; porque el dinero, que otros dieron a Antonio a corresponder, era de los que lo dieron, y como queda ya dicho, no transfirieron en Antonio el dominio, y assi Antonio no pudo obligar lo que no era suyo, a la deuda que debía a Thomas. Demás desto el dominio de las mercaderias, que con dicho dinero se compraron, estaua juntamente en los que dieron el dinero, y en Antonio, por el contrato de compañía, como queda dicho, y consta expressamente del Derecho, l. Societatem. ff. pro socio. *In societate omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur.* Y l. seq. *Licet specialiter traditio non interueniat, tacita tamen creditor intervenire.* Y alli la Glossa: *Possessio acquiritur in communi, & dominium.* Y la razon desta posesiòn, y dominio se halla en el Derecho, l. Quod meo ff. de acquirenda, vel amit. possess. *Is possidet cuius nomine possidetnr.* Antonio compra las mercaderias en nombre proprio, y de los compañeros, que dieron el dinero para el empleo, y assi el dominio, y la posesiòn de las mercaderias la adquieren Antonio, y los que dieron a corresponder el dinero con que se compraron, y assi Antonio no pudo enagenar, ni empeñar, ni hipotecar las dichas mercaderias con perjuizio de los otros compañeros, que en ellas tenían dominio.

316. Para que con mas claridad conste, que por dicha hipoteca con que Antonio intentò obligar en fauor de Thomas las mercaderias, q̄ avia comprado cò el dinero, que otros le avian

dado

dado a corresponder, no pudo damnificar a los que le avian dado el dinero, se ha de ver lo que dispone el Derecho acerca de las enagenaciones, empeños, è hipotecas, que haze alguno de la cosa en que tiene dominio juntamente con otros, l. Si probatum. C. comm. diuid. dize assi: *Si probatum fuerit fratrem tuum vineas communes pignori dedisse, cum partem tuam, quam in vineis habes creditori obligari non potuerit, praeses Provincia restitui tibi eam iubebit cum fructibus, quos creditor de parte tua perceperit.* Es el caso de esta ley, que dos hermanos tenían vna viña, y el vno la diò en prendas, ò la empeñò a su acreedor, por cantidad de dinero que le debía. El otro hermano, que tenia tambien dominio en la misma viña, recurrió a la justicia, y se determina alli, que el empeño fue nulo en quanto a la parte, que tocaba al otro hermano, y que por esta causa el acreedor està obligado a restituir al otro hermano la parte, q̄ le toca de la viña, y los frutos, que debian corresponderle. De aqui consta, que en el caso presente la hipoteca, y obligaciòn, que Antonio puso en fauor de Thomas sobre las mercaderias compradas cò dinero, que otros le dieron a corresponder, solamente podia tener valor en la parte, que avia de tener a Antonio: salvo todo el dominio, y derecho, que en ellas tenían los que avian dado el dinero con que se compraron, y salvos tambien los frutos, ò ganancia, que les pertenecian; por lo qual solamente pudo Antonio obligar las dichas mercaderias en fauor de Thomas, en lo que restasse, y le perteneciesse de su procedido, despues de enterado el capital, y ganancias a los que dieron el dinero a corresponder. Esto mismo consta l. Frater. C. si communis res pignori data sit. dize alli: *Frater vester, sicut vobis iuribus portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditori quæsiuit. Unde intelligitis contractum eius nullum præiudicium dominio vestro facere potuisse.* Aqui expressamente se determina, que vn compañero empeñando la cosa comú de ambos compañeros, lo puede hazer sin perjuizio alguno del otro compañero, y en lo que es de perjuizio al compañero no es valido el empeño. Y en las leyes del Reyno, part. 5. tit. 5. l. 53. dize assi: *Dezimos, que si el Rey huviesse alguna cosa comunalmente con otros, que la puede vender toda, ò dar por razõ de aquella cosa al que la vende, ò al que la da, mas con todo esto debe dar la estimacion a cada vno de los otros, segun la parte que avian en aquella cosa.* Y alli Greg. Lop. Gloss. 7. dize, que el Rey que tiene dominio en alguna cosa, en que otros la tienen tambien, la puede empeñar, è hipotecar por si solo, y vale el empeño, ò hipoteca de la suerte que la puede vender, y será valida la venta; pero debe pagar a los demás, que tenían en

ella dominio, lo que les tocaba, y que este es especial priuilegio de la persona Real, que puede vender, y empeñar validamente aquello en que tiene parte, con obligacion de pagar a los otros, que tenia parte en la misma cosa. *Ista lex vult aliquid in hoc esse speciale fauore Regis, prætium tamen semper debet solui.* Donde consta, q̄ entre personas inferiores al Rey, no vale la venta, ò empeño, ò hipoteca, que haze vn compañero en la cosa, que pertenece a dos compañeros, en lo que perjudica al otro: de forma, que no solamente se debe satisfacer al compañero en lo que se le perjudica por la hipoteca, venta, ò empeño; sino que *ipso iure* es nula la hipoteca, venta, ò empeño, en quanto perjudica al compañero: y assi la hipoteca cò que Antonio obligò en fauor de Thomas las mercaderias compradas con dinero, que avian dado otros a corresponder, solamente puede valer para que despues de pagado enteramente el capital, y ganancias a los que dieron a corresponder su dinero, le pertenezca a Thomas lo que restare, si restare alguna cosa, para que de esta suerte se entienda estar hecha la hipoteca sin perjuizio del dominio, y derecho, que tenia los compañeros de Antonio en aquellas mercaderias, que se compraron con su dinero, y en lo procedido dellas.

317. La 2. razon de la segunda parte de la resoluciòn dada, es, porque en qualquiera contrato, venta, hipoteca, ò empeño se entiende, q̄ solamente pretende enagenar, ò obligar el derecho, que tiene en la cosa, sin tocar, ni perjudicar al derecho, que en la misma cosa otros tienen. Assi consta del Derecho, l. Qui tabernas. ff. de contrah. empt. *Qui vendit rem, videtur vendere solummodo ius, quod habet in re.* Y lo mismo se determina l. Si domus. ff. de leg. 1. Y assi en la hipoteca, que hizo Antonio obligado en fauor de Thomas las mercaderias compradas con dinero de otros, no pretendió hipotecar, ni obligar mas del derecho, que en ellas tenia, dexando salvo el derecho de los otros cò cuyo dinero se compraron: y como el derecho de los otros era de sacar de dichas mercaderias su capital, y 50. por cada 100. de correspondencia, y el derecho, que en ellas lleuaba Antonio, era solamente de lleuar lo que restasse despues de pagado el dicho capital, y ganancias; de aqui se sigue, q̄ la intencion fue solamente hipotecar, y obligar esto, que le pertenecia, ò debía pertenecer a Antonio; y no otra cosa: por lo qual no aviendo procedido de dichas mercaderias con que satisfacer el capital, y ganancias de los que dieron su dinero a corresponder, no queda cosa alguna de que pueda echar mano Thomas por razon de dicha hipoteca.

318. Aunque de lo dicho quede resuelta toda la dificultad, cò todo esto para mayor claridad

dad

dad se irá especificando lo que puede pertenecer a Thomas del dinero procedido de todas las mercaderías, en que Antonio empleó el dinero, que le dieron a corresponder Thomas, y todos los demás. Para q̄ esto se haga con igualdad, es necesario ajustar en la mejor forma que se pudiere, quantas de las mercaderías, que hipotecó Antonio en favor de Thomas, pudierón comprarse con los 400 pesos, que efectivamente le entregó Thomas para el trato, porq̄ en ellas es válida, y firme la hipoteca, como queda ya probado. Esto se puede ajustar averiguando los precios en que aquel año se compraron en estas Islas semejantes generos de mercaderías. Hase de atender tambien a quanto fue, o pudo ser el dinero procedido de dichas mercaderías, que se compraron con dichos 400 pesos. Esto se ajustaria bien si pareciese cartacuenta del que lleuó a beneficiar las mercaderías de Antonio: y no pareciendo esta, se ha de ajustar conforme a los precios, que otros en aquel año vendierón en Acapulco semejantes generos. Esto averiguado, si se hallase que dichos 400 pesos se huviesen doblado de fuerte, que lo así procedido llegase a 800 pesos, todos sin duda, ni controversia sería de Thomas, los 600 por el capital, y correspondencia, porque con dicha hipoteca aseguró Thomas su trato, y por esto dexó de pedir fiadores, de los quales huviera ya cobrado enteramente todo su dinero: y los otros 200 por lo que Antonio le debía antecedentemente, por q̄ tambien le hipotecó, y obligó Antonio las dichas mercaderías a la paga de dichos 200 pesos.

319. Si lo procedido de dichas mercaderías, que se compraron con dichos 400 pesos, llegase a 900 pesos, o pasase dellos, se pudiera dudar si Thomas con buena conciencia pudiera llevar los otros mil pesos por la correspondencia de los 200 que antecedentemente le debía Antonio; y es cosa certissima en buena Theologia, q̄ derechamente por razón del trato de correspondencia no los pudiera llevar, porque este trato es de compañía, en que vno pone el trabajo, è industria, y el otro el dinero, que entriega para que el otro efectivamente lo emplee, y del empleo salga la ganancia del vno, y del otro. Pero dezir Thomas a Antonio, dos mil pesos me debes, lleualos a corresponder, y a buelta de viage me darás 300. sin averle Antonio empleado los 200 pesos, porque no los tenia, es usura manifesta, porque es lo mismo que llevarle mil pesos por la espera, que le haze de la paga de los 200. Así lo enseña S. Thom. 2. 2. q. 78. art. 2. ad 7. *Expectatio solutionis debita habet ratione mutui. Unde quidquid pro huiusmodi expectatione exigatur est quasi pratum mutui, quod pertinet ad rationem usure.* Y en esto asientan comunmente todos los Theologos, como en verdad Catoli-

ca en que no puede aver duda; y explicando Molina, tract. 2 de iust. disp. 417. en que casos se pueda llevar ganancia por este trato de compañía en que al que pone el dinero se le asegura capital, y ganancias, dize con la común sententia de los Doctores, que se ha de entregar el dinero a quica efectivamente lo emplee, y trate con él, para que la ganancia se espere del trato: y que si alguno entregase su dinero a otro, sabiendo que de hecho no lo ha de emplear en mercaderías, ó sin meterse en si lo quiere para emplear en el trato de mercadería, ó para otra cosa, y pide ganancia alguna, es usura, porque entonces realmente es emprestito, y no trato de compañía: por lo qual aquellos, que a los que se embarcan para Nueva-España les dan para su matalotage, ó para sustento de su familia, ó para otras necesidades, alguna cantidad de dinero, con obligacion de que a buelta de viage les paguen de ganancia a 50. por 100. como si huvieran lleuado aquella cantidad a corresponder, cometen usura, porque como con aquel dinero no se hizo empleo, no pudo aver con él trato de compañía, ni de correspondencia: y por la misma razon comete usura aquel que pide, que la cantidad que otro le debe, se la lleue a corresponder. Es verdad que en estos casos, que no ay correspondencia, por no aver efectivamente empleo de mercaderías, no debe ir al riesgo el que prestó su dinero, y así puede pactar, que le dé fiadores, ó prendas, ó fianças seguras de que le pagará su dinero, aunque huviese pérdida general de la Nao: y si el que así presta quisiera exponerse al riesgo de pérdida de Nao, pudiera llevar alguna ganancia por dicho riesgo, no los 50. por 100. que se acostumbra llevar por la correspondencia, sino la cantidad en que personas prudentes apreciaran el riesgo a que expone su dinero; que atendiendo que en esta carrera es rarissima la pérdida general de Nao, debe ser vna cantidad muy moderada, si solamente se expone a riesgo de pérdida general de Nao, y se le asegura el capital de los demás riesgos.

320. Vna causa puede aver suficiente para que el que dá su dinero a otro, que no lo quiere para emplear, pueda llevar correspondencia: esta es lucro cesante, por el qual si alguno tiene vna cantidad de dinero para darla a corresponder, y ay quien la lleue con suficiente seguridad de fianças, ó hipoteca, y otro se la pide para otra qualquiera necesidad, y por darla a este la dexa de dar a corresponder, puede pactar con este, que le pague a buelta de viage de la Nao, vencidos los riesgos, el capital, y ganancia de 50. por 100. como si los huviera lleuado a corresponder: y esta ganancia la puede llevar licitamente, no por trato de compañía, ó cor-

rel-

respondencia, porque no lo huvo, sino por el lucro cesante, porque no es razon, que por el emprestito, y buena obra, q̄ haze al otro, pierda la ganancia que esperaba del trato, que tenia determinado hazer. Por esta via se excusan de pecado de usura, y de la obligacion de restituir los que prestan a los marineros, que están para hazer viage a Nueva-España dineros para su avio, o matalotage, ó para el sustento de sus familias, q̄ dexan en estas Islas, obligandose ellos a pagar a buelta de viage con ganancia de 50. por 100. como si huviera lleuado a corresponder. Hazele licito el emprestito de este dinero con dicha ganancia por el lucro cesante, si el que prestó este dinero estaua determinado a darle a otro a corresponder, en caso que este no lo pidiese prestado; pero no será licito llevar dicha ganancia el que se obliga a dar 4. ó 8. pesos cada mes, para el sustento de la familia del marinero, que vá a España, porque la cantidad, que ha de ir dando poco a poco en el discurso del año, que dura el viage, no la avia de dar a corresponder a otro, ni de ordinario la tienen entonces junta; y solamente podrá llevar dicha ganancia, como de correspondencia, en caso que al tiempo del viage tenia ya toda la cantidad junta, y commodidad para darla a corresponder, y lo dexó de hazer, por tener con que ir socorriendo todo el año a la familia del marinero, que haze viage.

321. Ahora se ha de averiguar, si Thomas pudiera llevar los mil pesos de los dos mil, que le debía Antonio, por el lucro cesante, en caso que huvieran procedido 900 pesos de las mercaderías del empleo de sus 400 por causa de que Thomas tenia accion para executar a Antonio en su persona, y bienes, para que le pagase los dichos 200 pesos, los quales cobrados con la execucion, los avia de dar a corresponder a otro: en esto parece que huvo lucro cesante.

322. Responde a esto, que por causa de no executar, no puede Thomas llevar dicha correspondencia, porque llevar ganancia por no executar al deudor, es lo mismo que llevarla por la espera que le haze: lo qual (como dize S. Thomas en el lugar arriba referido) es usura manifesta, y solamente se ha de atender a si Antonio dexó de hazer la paga de dichos 200 pesos culpablemente, ó sin culpa, por no poder mas. Si por culpa suya no pagó los 200 pesos a Thomas al tiempo que los debió pagar, para q̄ Thomas los pudiese dar a corresponder; ó al mismo Antonio, ó a otro, debe pagar Antonio los mil pesos de lucro cesante; y consiguientemente si lo procedido de dichas mercaderías compradas con los 400 pesos de Thomas, llegara a 900 pesos, tuviera Thomas en todos ellos antelacion tambien por estos mil pesos, pues

por estos están también hipotecadas dichas mercaderías. Pero si Antonio, sin culpa suya, como por aver tenido malas ventas, y hallarse alcanzado, no pudo pagar a Thomas los 200 pesos a tiempo que los pudiese dar a corresponder, no está Antonio obligado en conciencia a pagar a Thomas el lucro cesante de dichos 200 pesos, y consiguientemente no es licito a Thomas hazerse pago dellos, aunque cupiese esta cantidad en lo procedido de las mercaderías compradas con los 400 pesos de Thomas, en que fue válida la hipoteca; porque no siendo culpado Antonio en la dilación de la paga de los 200 pesos, que debe a Thomas, no está obligado a pagarle lucro cesante dellos por dicha dilacion. Esta doctrina tiene grauissimo fundamento, porque toda obligacion de restituir nace, ó por tener otro en su poder cosa agena, ó por aver injustamente tomado, ó damnificado la cosa agena, q̄ es lo que llaman los Doctores *ratione rei acceptae, vel iniustae acceptionis, vel actionis*: y en caso que Antonio no aya tenido culpa en la dilación de la paga de dichos 200 pesos, no se verifica en él injusta acception, ni injusta accion, ni injusta omisión de la paga; ni injusta retencion del dinero, pues donde no ay culpa, no puede aver injusticia; y así por esta causa no está obligado a pagar lucro cesante; sino solamente los 200 pesos, que avia recibido de Thomas, que antecedentemente le estaua debiendo. Fundase tambien esto en textos claros de ambos Derechos, de reg. iur. In. 6. reg. 6. *Nemo potest ad impossibile obligari.* y l. *Impossibilium ff de reg. iur. Impossibilium nulla est obligatio.* Si Antonio bolvió del viage, que hizo a Nueva-España, perdido, y tan alcanzado, que no pudo pagar dichos 200 pesos, y aguardaba para poderlos pagar a hazer otro segundo viage, no está obligado en conciencia a pagar otros mil pesos de lucro cesante, por los que Thomas avia de ganar en este segundo viage, pues estaua excusado por su imposibilidad a pagarlos antes de hazer dicho segundo viage, que intentaba hazer Antonio. Haze tambien al caso la regla 4. 1. de reg. iur. In. 6. *Imputari non debet ei per quem non stat si non faciat, quod per eum fuerat faciendum.* Y se pudieran aqui traer muchos lugares de ambos Derechos, que cita allí la Glosa, en que se excusa de la culpa, y de la pena el que por impedimento legitimo no cümple al tiempo presyo aquello a que estaua obligado. Fundase tambien en la autoridad de S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 8. ad 2. *Quando aliquis non potest statim restituere ipsa impotentia absoluit eum ab instanti restitutione faciendi.* Y allí Cayet. dize, que no solamente está desobligado de restituir luego el que absolutamente no puede, sino tambien el que con mucho detrimento, y daño proprio pudiera, y para

para esto trae aquella razón del Filósofo, *5. meth. &c. 2. de anima. Impotens non solum dicitur, qui non potest, sed qui male potest.* Y Silvest. verb. Mora. q. 1. dize, que quando la obligacion de pagar no nace de delito, sino de contrato, como cita de Antonio; si tiene impedimento por el qual no pueda commodamente pagar, *non est in mora.* ni debe pagar los daños seguidos por la dilación de la paga. Lo mismo dizen Lessio de iust. lib. 2. cap. 8. dub. 10. Salas, tract. de viuris. dub. 19. Villalob. to. 2. tract. 11. dif. 11. n. 12. Aragon. 2. 2. q. 62. art. 4. Salon, ibid. y Diana 2. p. tract. 15. ref. 49. y otros, que alli cita. Por lo qual constando, que por la mala feria, que hubo en Acapulco el año que Antonio hizo viage, o por otras causas, bolvió impossibilitado de poder pagar los 200. pesos, que debía a Thomas, sin grauiissima dificultad, y detrimento, y que no pudo adquirir con que pagarlos, no pudo Thomas pedir mil pesos de ganancia de dichos 200. por lucro cesante desta correspondencia. Pero si se presumiese que Antonio, antes deste segundo viage, que intentò hazer, pudo sin mucho detrimento pagar, o que por su culpa no pudo, por averlo jugado, o echado por ai, pudiera Thomas pedir a Antonio dichos mil pesos de lucro cesante, y conseqüentemente llevar 900. pesos, si tanta cantidad huviera procedido de las mercaderias, que se compraron con los 400. pesos de Thomas.

323. Resta averigar en caso que lo procedido de las mercaderias, que se compraron con los 400. pesos de Thomas, no llegase a los 800. pesos, que se le debè a Thomas, si podrá pagarsele toda la cantidad de dichos 800. pesos de lo procedido de las mercaderias hipotecadas, aunque no fuesen compradas con el dinero de Thomas. Respondefe, que de lo procedido de las mercaderias, que se compraron con el dinero, que otros avian dado a corresponder a Antonio, no puede Thomas recibir cosa alguna, hasta estar enterados los que dieron dicho dinero en su capital, y ganancias; porque la hipoteca, q. otorgó Antonio en fauor de Thomas, en las mercaderias compradas con el dinero de otros, fue valida solamente en quanto a lo que restase perteneciente a Antonio, despues de pagado el capital, y ganancias a los que dieron el dinero, como queda probado arriba. Pero si despues de pagado el dicho capital, y ganancias a los que dieron el dinero con que se compraron dichas mercaderias, quedase algun dinero procedido de dichas mercaderias hipotecadas a fauor de Thomas, y compradas con dinero de otros, se debía satisfacer con el a Thomas primero que a otro alguno, hasta la satisfacion de los 800. pesos, y aun de los 900. en caso que en Antonio se presume culpa en la dilacion de la

paga de los 200. pesos; porque como dicho es, despues de pagado a los dueños del dinero el capital, y ganancia, vale la hipoteca en la cantidad, que restase perteneciente a Antonio, y en ella tiene prelación Thomas a los demás acreedores por razon de dicha hipoteca. Pero como en todo lo procedido de las mercaderias, que remitió Antonio a la Nueva-España, no ay có que pagar el capital, y ganancias a los que le dieron su dinero a corresponder, no queda cosa alguna de lo procedido de las mercaderias compradas con dinero de otros, en que cayga la hipoteca hecha en fauor de Thomas, sino solamente te cae, y es valida la dicha hipoteca en las mercaderias, que se compraron con los 400. pesos de Thomas; y assi de la hacienda, que se traxo en este viage perteneciente a Antonio, solamente le pertenece a Thomas lo procedido de dichas mercaderias, que se compraron con su dinero; y en esta cantidad tiene prelación a todos los acreedores de Antonio, assi por la hipoteca, como por averse comprado dichas mercaderias con su dinero, y tener dominio en ellas, y en lo procedido dellas: y en quanto a la cantidad, que no se alcanzare a pagarle có dicho procedido, avrá Thomas de recurrir a la demás hacienda, que se hallare tener Antonio en otras partes, en la qual no tiene Thomas prelación alguna por razon de la dicha hipoteca, porque esta solamente caia en lo que se lleuó en aquel viage a vender a Nueva-España, comprado comprado có el dinero de Thomas, y en lo que se compró có el dinero de otros, despues de pagados ellos en su capital, y ganancias; pero podrá Thomas tener prelación en dicha hacienda, quanto a la cobrança de los 200. pesos, por ser deuda más antigua, que la de los fiadores, que pagaron por Antonio.

## CONSULTA L.

*Sobre un confuso trato de compañía, y del modo de partir las ganancias en dicho trato.*

## PROPOSTA.

Pedro, y Pablo hizieron trato de compañía en la Nueva-España, en conformidad de que ambos avia de entrar a 800. pesos cada vno; las ganancias, y los gastos por igual, y Pedro se avia de embarcar en Acapulco, y venir a Filipinas con los 1600. pesos, y desde Filipinas avia de hazer quatro embios, con el ultimo de los quales avia Pedro de bolverse a la Nueva-España, a donde se daria finiquito al trato. Llegó Pedro a Filipinas, a donde el Gobierno se echó sobre los caudales de los mercaderes de Mexico, y sobre el de los contenidos, y sobre otras cosas, que Pedro traia a su cargo de que esperaba muchas creces, en virtud de las quales no teniendo más de 700. pesos, hizo pacto de 800. (y en

(y en esto consiste la dificultad) pero por particular diligencia de Pedro sacò salvos los 1500. pesos de la compañía, los quales empleó el año de 49. y avisó a Pablo, que los detuviera allí, y se suspendiese el trato, hasta que en Filipinas se moderasse el rigor con el tiempo. Hizose assi hasta el año de 53. en que con la mudança de Gobierno se mudaron las cosas, y entonces se bolvió a proseguir el trato, y Pedro hizo segundo, y tercero embio. A este tiempo murió Pablo, y sus Albaceas se quedaron con todo el embio de la mercancia, sin proseguir el comercio, y le avisaron a Pedro, que el resto de todo el principal, que estava en su poder, se lo embiara a la Nueva-España, desde donde ajustaría lo que le tocasse, y ellos se lo remitirían. Pedro rezelandose consultó al Padre N. el qual respondió, que no hiziera tal. No lo embió, y los Albaceas le multaron en 2000. pesos, que les pareció tocaban a la parte de su difunto, los quales le avian de aver tocado de creces, si Pedro les huviera obedecido; y assi de lo que tenía en su poder del caudal de Pedro se hizieron pago, y todavia le sobraron 700. pesos de Pedro, que ajustadas cuéctas le remitieron a Pedro, el qual sintiendo le avian hecho agrauio, por mas asegurar su conciencia, por aquella fraude primera de los mil pesos en q. está la dificultad, calló a este agrauio, y además empleó aquellos 700. pesos, que le embiaron de su parte, y se los embió a dichos Albaceas, para que dellos, y de sus creces dispusiesen, como de los demás bienes del difunto. Despues desto padece Pedro temores, y duda, si estará obligado a otra satisfacion, aunque tiene en su fauor las cosas siguientes.

Lo 1. que como Pablo era mercader, aviédo parado en su poder todo el primero empleo desde el año de 49. hasta el de 53. no ay duda de que le ganaria algo. Lo 2. el agrauio de los Albaceas. Lo 3. los 700. pesos empleados, que remitió, que por lo menos valen en Nueva-España 11400. Lo 4. que en los 800. de Pablo, eran los 300. en librança para vn Oydor, y no le pagó a Pedro más de 200. luego, y de los otros mil, los 500. despues de 9. años; mas es verdad, que por buenos respetos le dió Pedro carta de pago al Oydor por entero luego que le pagó los 200. Por otra parte haze contra Pedro, que estos mil pesos empleandose, avian de aumentarse a razon de 100. por 100. en cada vn embio, mil pesos cada vez, y son tres embios, luego 300. pesos en lo que ha defraudado a la compañía. Fuera de esto, estos primeros mil de ganancias se emplearon otras dos veces, y conseqüentemente se debian aumentar a razon de 100. por 100. La primera vez 200. y la segunda vez se hizieró 400. y la tercera 800. y los 300. que corresponden de ganancias a los mil, que faltaron

al principal, son 1100. destos se ha de partir la mitad, que toca a Pedro, y esto debe dexar de restituirlos, y los otros 500. debe restituirlos Pedro a su compañero, por averle damnificado en estas ganancias a causa de aver faltado al principal mil pesos, de la qual falta, como de cauallito Troyano, sale el incendio, que consume el caudal de Pedro, por lo qual debe ser condenado a restituir los 500. *ex vi illationis.*

Y admitiendole los 2000. de la multa (por injusta) a data, y los 11400. que los bolvió a los Albaceas empleados, quando el remate de cuéctas, parece deber Pedro a los herederos, o Albaceas de Pablo 10900. pesos, no admitiendole a descargo lo 1. y 4. que en su fauor se alega. No lo 1. porque fue conveniencia de entrambos, *sine onere lucri,* y como deposito. No lo 4. porq. *eo ipso* que le dió recibo, se dió por enterado de toda la cantidad, y su ostentación, que èl voluntaria, y galantemente hizo para tener grato al Oydor: no se le ha de cargar contra su caudal de Pablo con tanto menoscabo suyo?

## PARECER LI.

324. Este caso está propuesto con mucha confusión: no explica quanto fue el capital, q. de hecho entrò en este trato de compañía, ni quanta fue la cantidad de las ganancias, ni quanto ha lleuado dellas Pablo, ni quanto Pedro. Primeramente no se explica quanto fue el capital deste trato efectiuamente, porque dize al principio que pactaron, que cada vno entrase có 800. pesos. Explica tambien, que Pedro entrò con efecto con solos 700. por aversele perdido de donde pesaba sacar los otros mil. Pablo entrò con otros 700. al principio, por no averse cobrado los otros mil del Oydor, que los debía, y despues de años entrò Pablo otros 500. y de los otros 500. no se dize en el caso, si se quedaron sin cobrar, o si entraron en algun tiempo en el trato.

325. Acerca de la cantidad de las ganancias indica, que se facarian en cada empleo 100. por 100. de fuerte, q. en el primer empleo los 1400. se doblaron, y hizieron 2800. Fuera bueno, que lo huviera especificado, y si no lo sabia có toda pñtualidad, por lo menos a poco más, o menos, o que dixera el fundamento, que tenia para entender, que se ganaba 100. por 100. o más. Ni dize quanto ha lleuado Pablo por su parte, sino solamente dize, que los Albaceas le multaró en 2000. pesos: y no está bien dicho, que le multaron, que multar es echarle vna pena por castigo, la qual no puede echar sino el Juez por alguna culpa; sino que los Albaceas arbitraron, y hizieron las cuentas al modo, que les pareció mas igual, y juzgaron, que aquellos 2000. pesos eran los que debía aver Pablo de ganancias de aquel empleo. Agrauio no huvo, porque ni



Pedro se quiso fiar de los Albaceas embiandoles todo el capital, para que allí ajustasen las cuentas, ni los Albaceas se fiaron de Pedro: en esto están iguales. Estuviera el caso claro, y fácil de responder, si se explicara cuánto ha llevado Pablo, y sus Albaceas, y quanto ha llevado Pedro: y si no puede esto conitar con toda puntualidad, por lo menos se avia de explicar lo que se puede presumir, que han llevado ambas partes; lo qual no se explica en la pregunta, ni fundamento, ni otra cosa por donde se pueda rastrear. Del último empleo que embió conta, que no avia remitido todo el capital, sino que quedaba mucho en poder de Pedro. No obstante, que el caso se pregunta con tanta confusión, se responderá con la claridad posible.

326. Acerca del capital se ha de considerar, si pudiendo Pedro buenamente cobrar luego que llegó, del Oydor toda la cantidad de los 300. pesos, la dexó de cobrar por hazer esta galanteria al Oydor, ó si la dexó de cobrar por tantos años a mas no poder: porque esto haria mucho al caso, si el Oydor estava prompto a pagar luego toda la cantidad, y Pedro sin daño suyo, ni de la compañía, ni temor razonable del, pudo cobrar luego toda la cantidad; en tal caso está Pedro obligado a enterar a los herederos de Pablo todas las ganancias, que le huvieran pertenecido del trato, como si huviera cobrado desde el punto, que llegó a Filipinas, toda la cantidad, y toda se huviera empleado, porque no pudo hazer esta galanteria con detrimento del otro compañero: y así todo el menoscabo, que se siguió desto al trato, debe correr en este caso por cuenta de Pedro. Así consta del Derecho, l. Et ideò. ff. pro socio. donde se determina, que si vno de los compañeros, por su negligencia, ó descuydo, dexó perder algo de la compañía, lo debe satisfacer al compañero, sin que le pueda valer por recompensa el aver aumentado con su diligencia con otras cosas el dinero de la compañía. *Si socius quedam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia.* Y lo mismo consta l. Non ob eam. del mismo titulo. Los compañeros, que se descuydan, están obligados a la pérdida, que por su descuydo se originó a la compañía, y no la pueden recompensar por la diligencia, con que en otras cosas la aumentaron, porque estauan obligados a toda esta diligencia. *Lucæ 17. Serui inutiles sumus, quod debuimus facere, fecimus.* Si el descuydo debe ir a cuenta del que se descuydo, y lo debe refarcir: por mayor razon la galanteria, que quiso hazer al Oydor, que es mas voluntaria, y hecha mas de proposito, que el descuydo. Pero si el Oydor no estava prompto para pagar toda la cantidad desde luego, sino que llegó Pedro

a pedir la toda, se escusó con que no la podía enterar, ó que por entonces no tenia, que le esperasse: en tal caso no debe correr por cuenta de Pedro la dilación de la paga del Oydor, aunque le hiziesse galanteria de darle luego el recibo de toda la cantidad. La razon es, porque no es fácil executar a vn Oydor, ni hazerle muchas instancias para que pague, que las recibí luego por molestias: ni es fácil negarle el recibo, que pide por entero con palabra, que dá de que enterará la cantidad; y negándole el recibo por entero, no por esto cobraría luego, aviendo ya dicho el Oydor, que no tenia, y que le esperasse, y quedaria el inconveniente en pie de no enterarse el capital de Pablo, y el Oydor por enemigo. Yo supe aqui de vn Oydor, a quien vna persona no concedió lo que le pedía, por entender, que con seguridad de conciencia no lo podía conceder, y en vn pleyto que tuvo le hizo el tal Oydor mucho daño, arrastrándole mucho, y yendole a hablar, le dixo: *Pienso algunos, que tienen la justicia de su parte, y que por eso no han menester a los Oydores: pues si esta Ceballos, que tiene dos tomos tan grandes de opiniones comunes contra comunes, y pueden los Oydores seguir la que quisieren.* Vn mercader, que viene de fuera, ha menester a los Oydores, porque sobre la hacienda le amenazan de ordinario pleytos, y especialmente en el caso propuesto, en que el Gobierno se avia echado sobre todo el capital de la compañía, y avia menester valimiento para cobrarlo. Segun Derecho, lo dificultoso de executar se tiene por imposible. l. Cum sane. ff. de his, qui deiecer. *Impossibile est scire, quis deiecerisset.* Dize allí la Glossa: *Impossibile, id est, difficile.* Y l. Sed et si ff. de petit. heredit. §. si quis. *Quod est difficile, y allí la Glossa: Difficile, id est, impossibile.* Estas cosas, que tienen inconvenientes, ó peligros, se tienen por difíciles, é imposibles, especialmente en los contratos de mercaderes, en que especialmente se pretende la ganancia: y con disgustar a vn Oydor podia temer, que arriesgava el que embarazasen todas las ganancias con el capital. Bastantemente diligenció Pedro la cobrança, pues cobró luego 200. pesos: persona he visto yo a quien vn Oydor debía mil pesos, y dezia, que los daría por 200. porque si su misma conciencia no les mueve a pagar, lo ordinario, no les obligan, ni instan los acreedores. Y así digo, que la dita, que Pablo dió de los 300. pesos era peligrosa; y así qualquiera dificultad, que aya tenido Pedro para cobrar por entero la cantidad dicha, y qualquiera suplica, que le aya hecho el Oydor, para que le diese desde luego el recibo, basta para escusar a Pedro esta accion, y para no cargarle las ganancias, que avia de tener Pablo de los mil pesos, si se huvieran cobrado luego; y así las ga-

ganancias destes mil pesos debenté a Pablo desde el tiempo que se cobraron. En tal caso las ganancias de los 500. pesos, que pagó el Oydor después de 9. años, pertenecen a Pablo desde entonces, y no antes; y las ganancias de los otros 500. pesos, desde que se cobraron, si se cobraron: por lo qual hasta el tiempo de dicha cobrança, tocaban igualmente las ganancias a Pedro, y a Pablo, porque el capital era igual de 700. pesos cada vno; y así vease cuántos embios, ó empleos huvo desde que efectivamente se hizo la dicha cobrança, y desde entonces pertenece a Pablo esta cantidad mas de las ganancias.

327. Acerca del empleo tercero, que Pedro embió, y lo cogieron los Albaceas, ha de ver Pedro, si allí embió empleada la mitad del caudal, ó quanto, y lo que valian aquellos generos aquel año en Nueva-España; y si esto no puede averiguarse, vea lo que en otros años antecedentes ganará por cada mil, sacados los gastos, y de esta manera se podrá entender, si los Albaceas de Pablo hizieron ajustadamente las cuentas, ó si las erraron contra el difunto, ó contra Pedro, y si Pedro debe algo a los bienes de Pablo, ó si los bienes de Pablo deben a Pedro: de fuerte, que si Pedro fue culpado en no cobrar luego, se ha de hazer cuenta, que se emplearon 1600. pesos, y que en el empleo primero se hizieron 3200. y en el segundo 6400. y en el tercero 12800. (segun dize, que se ganaron 100. por 100.) La mitad destes tocan a Pablo, que son 6400. en que entran capital, y ganancias: y hallando Pedro en su conciencia, que en poder de Pablo, y de sus Albaceas han entrado los dichos 6400. pesos, queda seguro en conciencia en la suposición dicha, de que pagados los gastos se ganaban 100. por 100. y suponiendo tambien, que Pedro tuvo la culpa en no cobrar. Pero si no fue culpa de Pedro lo tardo de la cobrança, ha de hazer cuenta, que el capital fue desde el principio 1400. pesos, y en el empleo primero se hizieron 2800. y al segundo 5600. y al tercero 11200. y le tocaban a cada vno 5600. y sobre estos se ha de añadir a Pablo lo que después de años se cobró del Oydor, con las ganancias correspondientes a los empleos, que después de dicha cobrança se hizieron. Por este camino puede Pedro ajustar su conciencia, y lo demás es confusión.

328. El modo con que se pretende ajustar la conciencia de Pedro en la pregunta, supone, que ayan partido igualmente Pedro, y Pablo capital, y ganancias, y se procura reducir a igualdad la falta de los mil pesos, que no puso Pedro, y sus ganancias. Todo esto se pretende igualar con los 2000. pesos, que tomaron los Albaceas, y con los 700. empleados, que Pedro les remitió, y no se ajusta bien, porque dado caso, que el principal, que efectivamente se entró en la co-

pañía, y ganancias, se aya partido por igual: si Pedro tuviesse la culpa de la tardía cobrança de los mil pesos, saltaró desde el principio al capital 200. pesos por cuenta de Pedro, mil que dexó de poner, y mil que no cobró, pudiendo cobrarlos, y en el primer empleo se avian de hazer 400. y en el segundo 800. y en el tercero 1600. partibles entre ambos: tocaban a Pablo 800. y estuvierá pagados solamente 3000. los 2000. que le cogieron los Albaceas, y los 700. empleados, que hizieron 1000. Pero si no fue culpa de Pedro el no aver hecho dicha cobrança, y supuesta esta particion igual de capital, y ganancias, debe Pedro añadir solamente a los bienes de Pablo los mil pesos, que se cobraron del Oydor, ó los 500. (si solamente se cobraron 500.) y se han de doblar tantas veces como se emplearon: si se hizieron dos empleos desde que se cobraron los mil, se hizieron 400. y dellos tiene ya pagados los 3000. Este modo de ajustar la cuenta lo tengo por mas difícil por la igual reparticion, que supone ya hecha del principal, y ganancias, y no explica el caso con qué fundamento la supone, y el primer modo de arriba me parece mas claro, y mas fácil.

#### CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.

329. Acerca del caso arriba puesto bolvió a informar de nuevo desta suerte. El trato fue de 1600. pesos, 800. cada vno, en todos tres embios se ganaron 100. por 100. El fraude estuvo en esto, que partieron por igual, no aviendo Pedro puesto mas de 700. pesos, los 500. pesos se cobraron después de 9. años, de los otros 500. no se acuerda si se cobraron, den se por cobrados para el segundo embio; y la detección en no cobrar del Oydor, fue por no poder mas, y al fin partió por igual al ajuste de cuentas, y le quitaron sinestramente los Albaceas de Pablo 2000. pesos: y desde el primer embio, que Pedro hizo, todas las ganancias las metia en el empleo para refarcir aquel fraude.

330. Al caso propuesto con las circunstancias, que aora viene, se responde, que Pedro está seguro en conciencia, y no debe cosa alguna a Pablo; antes los herederos de Pablo debén mucho a Pedro, porque en el primer empleo estuvieron iguales, Pedro puso solamente 700. pesos, y Pablo otros 700. pues los otros mil no se cobraron para aquel primer empleo sin culpa de Pedro. En el segundo empleo, que se añadieron al capital los otros mil pesos de Pablo, satisfizo Pedro añadiendo al capital otros mil de sus ganancias: por lo qual si Pedro puso en el capital todo lo que le tocaba de ganancias del primer empleo, y Pablo no lo hizo así, sino que recogió todas las ganancias para si; siendo esto de esta manera, fue Pedro vn bobo: porque co-

mo dicho es, satisfizo enteramente, poniendo de sus ganancias de aquel primer empleo, mil pesos en el capital, y lo que puso mas de los mil pesos con las ganancias, que le correspondieron del segundo empleo, le deben los bienes de Pablo. Y si para el tercero empleo puso en el capital todo lo que le pertenecía de ganancias del segundo, es otra cantidad mucho mayor, que le deben los bienes de Pablo; y demás desto le deben los 21700. que dize le quitaron de lo que le tocaba, los Albaceas de Pablo, y deben tambien los 700 pesos, que les embió empleados. Otras muchas consultas de compañías se hallarán en la palabra *emprestitos*, porque en casi todos se honestan las ganancias, que se pueden llevar por este trato.

## FIANZAS.

### CONSULTA LI.

*Si el que fizo a uno, que está ausente, cumplido el plazo deba pagar toda la cantidad en que fizo, sin esperar a que parezca el principal deudor, y juntamente las costas del litigio, por aver negado la fiança, constando aver negado averla hecho?*

#### PROPOSTA.

**E**L Alcalde mayor del Parian remitió al Autor vna causa, en que vn Sangley infiel, llamado Senco, ponía demanda contra otro Sangley Christiano, llamado Diego, para que le pague 185. pesos, como fiador de otro Sangley Christiano, llamado Lucas, ausente de Manila, y asistente en la Prouincia de Balayan en sus contratos.

#### PARECER LII.

331. **E**N esta causa el demandante es infiel, y los quatro testigos, que presenta, son todos infieles. El demandado es Christiano, y los quatro testigos, que presenta, son Christianos (quento entre los testigos de Diego al Capitan D. Juan de N. que declaró en su favor) y la lastima es, que es forçoso pronunciar sentencia en favor del infiel, por los testimonios de testigos infieles contra el Christiano, no obstantes las testificaciones de sus testigos Christianos: circunstancia que el mucho pondera en vna peticion a fojas 28. pero sin fundamento, porque la Fé no se opone a la Justicia, que vna virtud no es contraria de otra virtud, como dize S. Thom. 2. 2. q. 101. art. 4. *Nulla virtus alij virtuti contrariatur, aut repugnat, quia secundum Philosophum in predicamentis bonum non est bono contrarium.* La Fé no se opone a la Justicia, la qual en el presente litigio parece estar (según lo alegado, y probado) de parte del infiel, cuyos testigos deponen claramente averse hallado

presentes a la entrega de la ropa, que hizo Senco a Lucas, y a la fiança, y obligacion, que hizo Diego de pagar por él la dicha ropa, y los testigos de vista contestes, que hazen plena probança; pero los testigos de Diego no prueban cosa alguna. Primeramente niegan, que dicho Diego aya hecho la fiança; y como testifican de negativa, que no pudieron ver, y no dan razon, que destruya, o haga imposible la afirmativa de la fiança, que los testigos de Senco vieron hazer: de ai se sigue, que no puede prevalecer su probança; porque mas credito se dá a dos testigos, que afirman cosa, que dizen aver visto, que a diez testigos que la niegan, como dize la Gloss. in l. Diem proferre. ff. de recept. arbit. § Si plures. verb. Conseruerunt. *Diuisis asserentibus affirmatiuam magis creditur, quam decem negatiuam proponentibus.* Otra cosa, que alega, y añade en su favor Diego, de que intervinieron otros fiadores, no la prueba, ni ay testigo, que determinadamente afirme, que otros fiaron las mismas cantidades; sino solamente dizen, que asistieron, o intervinieron otros: y esto no haze al caso, y de la misma fuerte no hazen al proposito, ni deshazen la probança contraria otras cosas, que dizen los testigos de Diego, como dezir, que tres vezes, y no dos, sacò ropa el dicho Lucas de la tienda de Senco: por lo qual está obligado a pagar toda la deuda, y las costas, por aver sido convencido de que hizo la fiança. Si no la huiera negado, sino pedido plazo para llamar, o traer al principal deudor, se le debiera conceder, como dispone el Derecho. Auth. de fideiuf. §. Siquis igitur. collat. 1. *Causa presidens Index det tempus intercessori volenti principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conuentionem.* Y Auth. presente. C. de fideiuf. *Absenti reo presens intercessor iure conuenitur, ipso tamen desiderante Index desinet tempus intra quod deducat reum primo conueniendum ipso in subsidium reservando, nam transacto tempore compellitur intercessor satisfacere.* Y lo mismo determinan las leyes del Reyno, p. 5. tit. 12. l. 9. *Si acciere que los fiadores fueren en el lugar, è aquel por quien fiaron non, è comenzandoles a demandar el deudo, pidiesen plazo a que aduxessen a aquel a quien fiaron, debenselo dar: è si al plazo no lo aduxessen, entonces deben responder a la demanda, è pagar.* Pero aviendo negado la fiança, y hecho a la parte gastar en la probança, debe pagar costas, y ya no se le debe admitir plazo, ni otra demora, porque con dicha negacion perdió el beneficio, que las leyes conceden a los fiadores, como consta del Derecho. l. Si dubitet. §. ita. ff. de fideiuf. y lo afirman Baldo in auth. contra qui propriam. C. de nonnum. pec. y Bart. in l. Etiam §. 1. ff. soluto matrim. y es comun sentència de los Doctores. Y assi debe v. md. pronunciar

ciar sentencia en favor de Senco Sangley infiel, dexandole a Diego accion para cobrar de Lucas todo lo que lastare por su causa, mandando, que para este efecto se le entreguen suficientes recaudos en esta forma.

332. En la causa, y litigio, que sigue Senco Sangley infiel, contra Diego Sangley Christiano, sobre dezir, que le debe pagar 185. pesos, por aver salido por fiador de Lucas Sangley Christiano, ausente, por cantidad de ropa, que dicho Lucas sacò de la tienda de dicho Senco: fallo, que Senco Sangley infiel ha probado lo que le convenia probar, y assi lo declaro por bien probado, y la parte de Diego no ha probado su intencion; y por tanto determino, y mando, que Diego pague enteramente dentro de tres dias los 185. pesos al dicho Senco, juntamente con las costas, que se tassaren aver hecho en este litigio: y al contenido Diego se le dexa su accion para cobrar de Lucas, para cuyo efecto se le entreguen suficientes recaudos, è instrumentos, que hagan fé.

### CONSULTA LII.

*Si el fiador ha de ser obligado a pagar, aviendo muerto el principal deudor dexando herederos?*

#### PROPOSTA.

**E**L Alcalde mayor del Parian remitió al Autor vna causa, en que el Alferéz Fernando de N. ponía demanda de 100. pesos contra Joseph Sangley Christiano, por aver salido por fiador de Gouco Sangley infiel, de dicha cantidad, que dicho Alferéz le prestò.

#### PARECER LIII.

333. **E**sta causa no está en estado de sentència, ni el Alferéz pide derechamente contra quien debiera pedir, porque el principal deudor a quien prestò los 100. pesos, es Gouco difunto, y este tiene herederos, y tenedores de sus bienes, como consta de la citacion, que el Secretario desta causa hizo a los herederos, y tenedores de bienes de dicho difunto, para hazer el trassumpto del recibo de la lengua China a la Española: y dichos herederos, y tenedores de sus bienes, representan la persona del difunto, y el Derecho los reputa por la misma persona del difunto. Auth. de iureiur. à moriète præst. §. 1. collat. 5. *Videtur legibus unam quondam modo esse personam heredis, è eius qui in eum transmittit hereditatem.* Y lo dize S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 5. ad 3. *Si sit mortuus ille cui est restitutio faciendâ debet restitui heredi eius, qui computatur quasi una persona cū ipso.* Por lo qual hasta que se aya hecho excursion en los herederos, y tenedores de bienes, y conste no aver en ellos

de que hazer la paga, no ay lugar de poner demanda contra el fiador. Disponelo assi expresamente el Derecho. Auth. de fideiuf. §. Siquis. collat. 1. *Siquis igitur crediderit, è fideiuforem acceperit, is non primum aduersus fideiuforem accedat, neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui auctus accepit, debitum que contraxit, è siquid inde receperit ab alijs abstineat, si vero non voluerit a debitore recipere, aut in partem, aut in totum secundum, quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiuforem veniat, è ab illo quod reliquum est, sumat.* Lo mismo se determina Auth. presente. C. de fideiuf. *Presente utroque non permittitur intercessorem conueniri prius quam reus inuentus est minus idoneus sine in totum, sine in partem.* *Absente autem reo presens intercessor iure conuenitur.* Y esto mismo se determina en las leyes del Reyno, p. 5. tit. 12. l. 9. con estas palabras: *En el lugar seyendo aquel, que fuisse principal deudor, primeramente a el deben demandar, que pague lo que debe, è non a los que entraron fiadores: è si por ventura non huviere el de que lo pagar, deben demandar a los fiadores.* De aqui consta, que no pide bien el demandante contra el fiador, sino que primero debe poner la demanda contra los herederos, y tenedores de bienes, que se reputan quanto a esto por la misma persona que el difunto: y el Secretario desta causa conociò esta verdad, pues aviendo mandado el señor Alcalde mayor por su auto, que se hiziesse el trassumpto de la obligacion, que hizo el deudor, con citacion de las partes; el dicho Secretario dexando al fiador, contra el qual está puesta la demanda, citò a los herederos, y tenedores de bienes del deudor difunto, aunque el acreedor no pide contra ellos, ni los nombra en su demanda; por lo qual el auto, que su merced debe pronunciar en esta causa, debe ser en la forma siguiente: No ha lugar la demanda contra el fiador, hasta estar hecha excursion de los bienes del principal deudor.

## J V E G O.

### CONSULTA LIII.

*Sobre si sea licito poner mesa de juego, para que a ella acudan a jugar quantos quisieren?*

#### PROPOSTA.

**A**Vna persona honrada desta Ciudad, que tiene muchas obligaciones que sustentar, y mucha pobreza, le ha ofrecido otra persona 100. pesos, para que en su casa ponga vna mesa de juego, y sustente sus obligaciones con lo que sacare, dandole al dueño de los 100. pesos alguna cosa, lo que pareciere justo, assegu-

randole el capital; pero que estos 100 pesos no los avia de dar hasta que le mostrassen parecer de personas doctas del Colegio de S. Thomas, de lo que podia hazer.

## PARECER LIV.

334. **R**esponde, que tener casa expuesta al juego, dando alli a los jugadores mesa, naypes, y luz, es pecado mortal, porque es consentir, ayudar, y concurrir a todos los pecados, que alli se cometen, como son blasfemias, juramentos, y falsedades. Es muy ordinario perder alli los que no tienen dominio a lo que juegan: pierden sus haciendas los hombres, que tienen familia, y no les queda con que sustentarla: no pagan los que deben, roban, y faltan a la Misia, y demás obligaciones de Christianos. Por causa de las casas de juego estan muchos hombres mal casados, sus casas, y familias sin gobierno, y aun sus mugeres, y hijos sin tener con que ir a Misia. De todos estos males no puede prescindir el que prepara la casa a los jugadores, y les administra todos los instrumentos para el juego, como combidandoles para que vayan a jugar, haciendose participante, y reo de tantos pecados ajenos por vna miserable ganancia, llena de ruidos, y miserias, que espera sacar de alli. Concuerdan comunmente los Doctores en que es pecado mortal tener casa expuesta al juego. Veanse Nauarro in Man. cap. 20 n. 15. Fr Luis Lop. 2. p. inst. n. 32. Molin. de iust. tract. 2. disp. 5. 16. Fr. Juan de la Cruz, in direct. precep. 7. de dominio. dub. 14. Sanch. in oper. mor. lib. 1. cap. 7. n. 39. Por lo qual juzgo, que el que expusiere casa, è instrumentos para el juego, y el que diere el dinero para que la ponga, cometè pecado mortal, porque consenten, ayudan, y cooperan a los pecados, que en semejante exercicio siempre se cometen con el fervor, y licencia del juego, codicia de los jugadores, despecho, y picazon de los que pierden. No puede excusar de complice en dichos pecados el que atrae, y conduce, ó ayuda con su dinero al juego, donde se sabe, que se cometen: cap. Error. dist. 83. *Nec caret scrupulo societatis occulta, qui manifesto facinori desinit obviare.* y cap. seq. *Quid enim prodest illi suo errore non pollui, qui consensum prestat erranti.* Consta tambien del Sagrado Texto, ad Rom. 1. *Qui talia agunt digni sunt morte.* Habla de los que cometen diversos pecados mortales, q̄ dexa referidos, y entre ellos pone muchos de los que se cometen en el juego. *Anaritia, nequitia, imbidia, contentione, dolo, malignitate.* Y luego prosigue assi: *Et non solum qui ea faciunt, sed etiam qui consentiunt facientibus.*

## CONSULTA LIV.

*Sobre si sea licito poner mesa de juego, no indistintamente para todos, sino para personas honradas, y de temor de Dios, excluyendo todo peligro de blasfemias, juramentos, &c. y sobre quanto puede llevar de ganancias el que presta cien pesos para que se ponga dicha mesa?*

## PROPOSTA.

**B**olviose a proponer en esta forma la consulta pasada. El intento no es poner mesa de juego para todos los que quisiere ir a jugar, sino vn entretenimiento para personas determinadas, honradas, y de temor de Dios, entre los quales los mas son Sacerdotes, y algunos vezinos de caudal, que no teniendo que hazer en sus casas, se irán alli a divertir: entre los quales no ay costumbre, ni peligro de blasfemias, ni juramentos, ni desperdicio de sus haciendas, ni entre ellos ay persona, que no pueda disponer de sus cosas. Supuesto, pues, el recato, moderacion, y ajustamiento del juego, se pregunta, si el que exhibe los cien pesos puede llevar demas del capital alguna ganancia?

## PARECER LV.

335. **R**espondo, que si se jugarè cantidades gruesas, no me persuado que ceste el peligro de cometerse los dichos pecados, ó algunos dellos; porque como dicen, que no ay hombre cuerdo a cavallo, có mayor dificultad se puede presumir cordura, y atencion a obligaciones, quando es mucho el interes, notable la pérdida, y esperanza del esquite. Pero siendo moderadas las cantidades, que se exponen al juego, que respecto del caudal de los que juegan, no les harán mucha falta, y siendo las personas de atenciones honradas, no es pecado mortal tener mesa de juego, y dar instrumentos para jugar: y aun será licito con dichas calidades, si la persona, que pone dicha mesa, no halla commodamente otra cosa en que buscar el sustento de su familia. Coligese esto de la doctrina de Nauarro in Man. cap. 20. n. 3. donde despues de aver dicho, que el juego por fin de ganancia, es negociacion, y trato, y que es ilícito, y pecado, luego lo excusa de culpa, y dize, ser cosa honesta, y buena, quando se toma el juego para remedio de su necesidad, có esperanza probable de ganar. De la misma suerte se honesta, poniendo juego con la atencion, y moderación dicha para remedio de la necesidad, especialmente que el que expone su casa al juego, tiene mas seguridad de la ganancia, que el que juega. Coligese también de la doctrina de Santo Thomas 2. 2. q. 77. art. 4. donde vitupera a la mercancia, y negociacion, porque en ella ay de ordinario blasfemias, mentiras, y perjuros, codicia sin termino, ni fin, y ganancia torpe, y viciosa

ciosa contraria a la virtud; y despues dá la negociacion por licita, quando se ordena a algun fin necessario, como a sustentarse su casa, y familia: *Nil prohibet lucrum ordinari ad aliquem finem necessarium, vel honestum, si sic negotiatio licita reddatur.* Sicut cum aliquis lucrum moderatum, quod negotiando querit, ordinat ad domus sue sustentationem, vel ad subveniendum indigentibus.

336. Probado ya, que es licito tener casa de juego con las calidades referidas, se ha de averiguar si es licito al que dá los cien pesos recibir alguna ganancia: y se responde, que sí; porque este modo de ganancia, dando casa, mesa, naypes, y luz a los jugadores, es vn genero de trato, y negociacion de la fuerte, que dize Nauarro en el lugar citado, y otros, que el juego tomado por fin de la ganancia, es contrato, y negociacion, y consiguientemente tiene aqui lugar el trato de compania, que se puede, y suele viarse en los demás contratos, y negociaciones, poniendo vno el dinero, y el otro el cuidado, ruido, y embarazo de la casa, y familia, y molestia de asistir, y acudir a los que juegan, y administrarles todo lo que en tales ocasiones se fuele administrar.

337. Resta examinar quanto puede llevar de ganancia. Responde, que de dos modos pueden convenirse, y hazer pacto licito acerca de dichas ganancias. El primero, y mas seguro en conciencia, es de trato sencillo de compania, sin mezcla de otro trato. Si se conviene en este modo, el riesgo del capital ha de ir a cuenta del dueño del dinero; que si se pierde parte, ó todo en el exercicio del juego, sin intervenir culpa en el que expone la cosa al juego, lo pierde aquel que puso los cien pesos, y las ganancias se han de repartir en esta forma. Primeramente se han de sacar de ellas todos los gastos del juego, el costo de los naypes, candelas, buyos, chocolate, y cena, que se dá a los jugadores: y lo que restare, sacados todos los gastos, se ha de hazer quatro partes; las tres han de ser para el que tiene su casa expuesta al juego, y la otra quarta parte para el que pone los cien pesos. La razon porq̄ no se deben partir por igual las ganancias, es, porque en este modo de trato, y ganancia, la molestia, trabajo, y cuidado del que expone su casa al juego, es tan grande, que se debe apreciar mas al doble, que el dinero que el otro pone; y los jugadores dando su dinero al que les pone casa para el juego, mas atienden al trabajo, y cuidado del que les prepara alli lo necesario para el juego, que a la compra de las barajas, que ellos mismos las pudieran facilmente embiar a comprar; ni que al dinero, q̄ les presta, y suple, quando les falta, que essa falta facilmente la pudieran remediar. En el trato de mercancia es muy diferente, que el dinero haze papel prin-

cipalissimo, pues es todo el instrumento del trato, y el que pone el trabajo, no haze mas que emplear el dinero, comprando en tiempo, y lugar en que vale mas barato, y aguardar ocasion para vender mas caro. Por lo qual justamente se parten igualmente las ganancias entre el que pone el trabajo, y el que pone el dinero, aviendo arriesgado su dinero el que lo puso, y el otro su trabajo; pero el que expone su casa al juego, pone mucho mas trabajo, y lo expone a riesgo, y el que pone el dinero no lo arriesga mucho, pues no se traga por mares, è caminos, y se manexa entre gente honrada, y de fidelidad, como se propone; y assi el que expone la casa al juego, debe llevar de las ganancias doblado mas.

338. El segundo modo en que se pueden convenir, es mezclando con el trato de compania otros dos contratos, que son, por la ganancia incierta expuesta al riesgo, que espera el que pone el dinero, pactar otra ganancia menor, pero segura, y cierta, y asegurarle el principal; que esto se puede hazer, es muy probable: dizenlo, y apruebalo muchos, y graues Autores, y yo tengo probado en otras consultas, que me han hecho en este modo, asegurando bien el capital, y ganancias, puede llevar el que puso los cien pesos dos pesos cada mes de ganancia

## CONSULTA LV.

*Sobre si los que ganan algo en juegos prohibidos adquieren dominio dello? Y si tenga el juez obligacion de mandar se buelva lo assi ganado? Y si el juez pueda quedarse con lo que le dieren semejantes jugadores, porque no les eche la pena de la ley?*

## PROPOSTA.

**A**y vando de que no se juegue, cogieron a vnos jugando, los quales ganaron cantidad notable. Estos por librarle de que se procediese contra ellos juridicamente, dieron vn tanto al Juez. Pregunto tres cosas. La primera, si los que ganaron adquirieron dominio en lo que ganaron? La segunda, si el Juez pudo llevar aquello, que le dieron, como por via de pena; ó si lo debe bolver, y a quien? La tercera, si tiene obligacion el Juez de mandar, y hazer, que se buelva lo que assi se ganò?

Coge vn Ministro de justicia a vnos, que obraron contra vn vando, ó estatuto, en que no interviene daño de partes: estos por librarle del castigo, le dán vn tanto para que los vuelte. Pregunto, si el tal Ministro de justicia lo puede llevar? Y si lo lleva, si tiene obligacion de restituirlo?

## PARECER LVI.

339. **R**espondo al punto primero de la primera pregunta, que adquirierò dominio



minio de lo que ganaron en el juego, no obstante que les estava prohibido. La primera razon dello es, porque el juego en que vá alguna interès, es realmente contrato, en que los que juegan se exponen igualmente a perder, y a ganar, y configuientemente se traspalla el dominio como en los demás contratos. Y estar prohibido el juego, no quita la igualdad del contrato, que ay entre los que juegan, y assi no quita lo justo del contrato: por lo qual aunque el juego sea ilícito por la prohibicion, no se comete injusticia de vn jugador a otro, no aviendo fraudes, ni violencias, y se transfiere el dominio.

340. Segunda razon: de Derecho natural es, que el señor absoluto de la cosa pueda disponer della, y darla con las condiciones que quiere, y transferir el dominio en otro. Assi consta del Derecho. inst. de rerum diuis. §. Per traditionē. *Nihil tam conueniens est naturali equitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* Los que juegan cosas de valor, se conuenien entre sí, de que se transfiera el dominio en el que ganare, y esta es su voluntad, y a esto voluntariamente se obligan, aunque esté prohibido el juego que juegan: luego puesto el juego en execucion, ganando vno, y perdiendo el otro, se transfiere el dominio del interese, que se jugó, del que pierde en el que gana, siendo ambos absolutos señores de la cantidad, que exponian al juego, que podian a su voluntad disponer della, o teniendo facultad del absoluto señor para disponer della; porque lo mismo es, que el absoluto señor disponga de la cosa, y transfiera el dominio, o otro con su facultad, y licencia. inst. de rer. diuis. §. Venditæ. *Nihil autem interest vtrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate eius alius?*

341. Tercera razon: de que algunos juegos estén prohibidos, no se sigue, que sea nulo el contrato, y que por él no se transfiera el dominio: porque muchas cosas están prohibidas, y es ilícito el hazerlas; pero hechas tienen su valor, y firmeza, como dize el Derecho, cap. Ad Apostolicam. de regular. *Multa fieri prohibentur, quæ si facta fuerint, obtinent roboris firmitatem.* Y assi para que fuese nulo el contrato, y no se transfiriese el dominio en estos juegos, no basta la prohibicion dellos, sino que era menester, que por las leyes, o Decretos de Principes se diesen por nulos, o se hiziesen las personas inhabiles para transferir el dominio mediante tales juegos, al modo que el Sacro Concilio de Trento, Sess. 24. cap. 1. de reform. matrim. irrita, y anula los matrimonios, que se celebraren sin asistencia del Parrocho, y dos testigos, y dá por inhabiles para contraer matrimonio a los

que en otra forma atentaren contraerlo: y declara al principio del dicho capitulo, que los matrimonios Clandestinos, siempre la Iglesia los ha prohibido, y tenido por ilícitos; pero que no obstante la prohibicion, se contraían válidamente todo el tiempo, que la Iglesia no los avia irritado. Lo mismo es de los juegos prohibidos, que son validos, y vale la translacion del dominio, que se haze por ellos, no aviendo leyes, ni Decretos de quien los puede anular, que los anule, è irrite, como de hecho hasta aora no los ay; porque en el Derecho comun no se halla clausula, que irrite dichos juegos, como se puede ver. ff. de alex. lusu. y C. de aleatoribus. en todas las leyes de ambos titulos, y en las leyes del Reyno, lib. 8. de la Nueva Recop. tit. 7. desde la ley 1. hasta la 11. y tit. 26. l. 15. y part. 7. tit. 14. l. 6. En las quales leyes se prohiben juegos de fuerza, y se ponen diversas penas contra los que los juegan, y no se dan por nulos, ni se irrita el contrato: y aunque en ellas se concede al que pierde, que pueda ante la justicia poner demanda, y pedir lo que le ganaron, como se dirá respondiendo al punto tercero desta pregunta; pero esto no es dar por nulo el contrato, ni por obligado a la restitucion al que ganó: antes supone valido el contrato, transferido el dominio, y en pena, y odio de los jugadores determina, que por justicia, y sentencia se le pueda priuar de dicha ganancia, y configuientemente antes de dicha sentencia, el que ganó, no tiene obligacion a restituir; porque las penas, que ponen las leyes, especialmente las que para su execucion piden las mismas leyes, que aya demanda ante Juez, no obligan hasta que el Juez por sentencia declare aver incurrido en ella, y deberla pagar. Y aunque las leyes expresamente determinasen, que por los juegos prohibidos no se transfiriese el dominio, ya están derogadas quanto a esto por la contraria costumbre, pues se juegan publicamente cantidades muy considerables a juegos prohibidos por Derecho comun, y del Reyno, y ninguno se dá por obligado, ni se obligan a restituir los Confessores, ni los hombres doctos lo que ganó, como no huviere fraude, ni violencia en el juego, ni ganasse a quien no podia disponer de lo que arresgava al juego; y los Magistrados, y Ministros de justicia saben de lo que se gana en dichos juegos, y no lo mandan restituir: por lo qual quando huviere leyes, que anulassen el contrato del juego, ya están abrogadas en estos tiempos; y aun en los de S. Thomas parece que ya iba prevaleciendo dicha costumbre, pues el Santo. 2. 2. q. 32. art. 7. ad. 2. donde pone en duda, si la costumbre avia prevalecido contra las leyes, que prohibian la ganancia en los juegos, dize: *Nisi forte contraria consuetudo prevaleat.* El Derecho Canonico prohi-

prohibe tambien los juegos de naipes, y dados, y pone pena de depolicion a los Clerigos, que se exercitan en ellos, cap. Episcopus. dist. 35. y cap. Clerici. de vita, & honest. Cleric. y cap. Inter dilectos. de excessu. Præl. Pero no anula la translacion del dominio, ni obliga al que ganó en tales juegos a restituir: y si algun Alcalde mayor, o otro qualquiera Juez, o Magistrado, prohibiese algunos juegos, no se ha de presumir, que quiere anular el contrato, sino solamente prohibir el juego, al modo que lo prohiben las leyes; y aunque quisiesen con su mandato anular el contrato, no lo pueden hazer, porque no tienen potestad para poner forma a los tratos, ni para hazer leyes, ni pragmatikas, sino para gouernar los pueblos segun las ordenanças Reales: Y aunque pueden disponer, y mandar lo que hallaren conuenir al buen gouerno de los Indios; pero dar por nulo el contrato de el juego, o otro qualquiera, no conduce al buen gouerno, para el qual basta que pueda el Juez socorrer a la parte, que perdió en juego prohibido, mandando por sentencia, que la parte que ganó, le vuelva lo assi perdido al modo que las leyes disponen, como se dirá despues.

342. Al punto segundo de la misma pregunta respondo, que no fue licito al Juez llevar dinero por callar, y no hazer justicia; pero ya llevado, no está obligado a restituirlo. Para mayor inteligencia de este punto se ha de notar, que si el juego fuese moderado, assi en la cantidad, que se expone a la pérdida, o ganancia, como en el tiempo, y sin escandalo, ni blasfemias, y juramentos, seria acto virtuoso; y en tal caso, si el Juez quisiese proceder contra los que assi jugaron, o ellos por evitar el daño, que les podia hazer, diesen algo al Juez, o a qualquiera Ministro de justicia, se le deberian restituir. La razon desto es, porque en tal caso el juego no es digno de pena, ni de castigo, porq. es acto virtuoso, como dize el Filosofo in 4. & hic. cap. 8. y S. Thom. 2. 2. q. 168. art. 2. & 4. Y las leyes no ponen pena a los que juegan con esta moderación, como consta del Derecho, l. Aleorum. C. de aleatoribus. *Nec permitimus etiam in his ludere ultra unum solidum si multum dimes sit. Vt si quæ vincit contigerit, casum grauem non sustineat.* Permiten las leyes los juegos en que no se exponen los que juegan a perder cosa, que segun caudal, y porte de cada vno, les pueda hazer notable falta; y l. Quod in conuiuio. ff. de alex. lusu. se permite el juego, que se haze para comprar cosa lo que se ganare lo conueniente para vna comida en que coman los que jugaron. *Quod in conuiuio vescendi causa ponitur, in eam rem familia ludere permittitur.* Y alli la Glossa: *Sicut ex pecunia quam vnus, vel plures amiserint ematur aliqua, vt vescantur communiter.* Todo lo

qual explicaron mejor las leyes del Reyno en la Nueva Recop. lib. 8. tit. 7. l. 10. con estas palabras: *Por aver jugado hasta en quantia de dos reales para cosas de comer, no aviendo en ello fraude, ni engaño, no los condenen, ni lleuen pena alguna por ello.* Y l. 11. quita aquella circunstancia, de que sea el juego para comprar cosas de comer con lo que se ganare, y dize: *Mandamos, que de aqui adelante a ninguna persona por aver jugado hasta dos reales, aunque no sean para cosas de comer, no se le lleue pena alguna.* En España, donde vale mas el dinero, que en Indias, no se puede llevar pena alguna a los que juegan con tanta moderacion, que solamente arriesga perder dos reales: de aqui se colige, que en Indias, donde tiene menos valor la plata, no es licito llevar pena a los que jugaren mas cantidad de dos reales, con tal, que no exceda a lo que proporcionalmente se reputa en esta tierra, lo que en España vale dos reales. Al modo que las leyes del Reyno, lib. 4. Recop. tit. 27. l. 1. ponen el arancel, que deben guardar los Escriuanos, y determinan: *Que en los contratos entre partes, y testamentos, y otras escrituras extrajudiciales, que hizieren, lleuen por cada hoja de pliego entero, que tenga cada plana treinta renglones, y cada renglon diez partes, quinze maravedis por el registro, y otro tanto por lo que dieren signado, y no puedan llevar mas.* Quinze maravedis aun no hazen medio real, y esto sólo pueden llevar los Escriuanos por sus derechos segun las leyes de el Reyno: y no obstante esta ley del Reyno, en estas Islas les está tassado el salario a los Escriuanos en mayor cantidad, por los señores de la Real Audiencia, por causa de tener el dinero en estos tiempos, y en las Prouincias de Indios menos valor, y sería cortissimo salario el de los Escriuanos respectivamente a los demás officios, que ay en la Republica. Lo qual es conforme a las mismas leyes del Reyno, lib. 3. Novæ Recop. tit. 6. l. 7. donde determina, que el Corregidor, luego que sea recibido al officio, se informe si ay arancel de los derechos, que él, y sus oficiales, y Escriuanos han de llevar; y si no lo huviere, lo haga hazer, conformandose con las tassas antiguas quanto buenamente pudieren, aviendo respecto al valor de la moneda.

343. Por lo qual tengo por cierto, que quando los juegos son tan moderados, que en ellos no se juega cantidad, que pueda hazer notable falta a los que la perdieren, no se puede llevar pena a los que assi juegan, si no es que por otras circunstancias sean dignos de castigo, como si huviere en el juego blasfemias, o si por jugar faltassen los oficiales, y trabajadores a sus officios, labranças, y trabajo en los dias, que no son de fiesta. Por esta causa tengo por graue injusticia, y agrauio, que hazen a los Indios al-

gunos Ministros de justicia de la jurisdicción de Tondo: y es el caso, que allí de ordinario ay muchos Bilangos Tenientes, y todos quieren sustentarse de su oficio, y para esto andan alerta para hallar en que aprouecharse, y suelen de repente entrar en casa de algun Indio, donde los parientes están jugando por entretenimiento cosa muy menuda: amenazanlos, que los han de llevar presos, por dezir, que jugaban juegos prohibidos, y los pobres por redimir su bexacion entran a concierto, y pagan lo que no deben. Noticia tuve de vna ocasión en que jugaban quatro parientes muy cercanos, y entre todos los que jugaban no avia cantidad de seis reales, y los Ministros les hizierõ pagar mas de cien pesos, aviendo empeñado dos de ellos las alhajas necesarias de sus casas para pagar. Y assi no constando al Juez, ó Ministro de justicia, el exceso del juego, peca mortalmente en castigar, ó en molestar a los que juegan, porque no tiene derecho para castigar, ni molestar, donde no consta aver delito, ni exceso. Y las leyes de el Reyno dán por libres de toda pena a los que juegan con moderacion, y está obligado el Juez, y Ministro de justicia a restituir los daños que causó: y si los que assi jugaban dieron alguna cosa por redimir su bexacion, se les debe restituir, porque lo dieron contra su voluntad, por miedo. l. Ait prætor. ff. de eo quod metus. *Quod metus causa gestum erit ratum non habebit.* Y allí la Glossa: *Si tibi aliquid per metum promittam, nõ potes illud petere, nec habita retinere.* Y que el Juez, ó Ministro de justicia está obligado a restituir lo que recibió, al que se lo dió en este caso, que está la maldad de parte del Juez, ó del Ministro de justicia, y no en el que dió el dinero, pues lo dió por redimir su bexacion; lo dize expresamente las leyes del Reyno, part. 3. tit. 22. l. 27. y allí Greg. Lop. lo prueba con expressos textos de ambos Derechos.

344. En el caso que se propone, por averse jugado cantidad notable a juego prohibido, tuvieron culpa los que jugaban, y tuvo culpa el Juez en dexarse corromper con dineros, cap. Qui recte. l. 1. q. 3. *Institiam quam gratis imperitari debuit, acceptione pecunie vendit.* Y mas abajo: *Acceptio nummorum prævaricatio veritatis est.* Y las leyes del Reyno, 3. p. tit. 22. l. 26. y 27. condenan con graues penas al Juez por esta accion, que es cohecho; pero no está obligado el Juez a restituir lo que assi lleuó, consta de la dicha ley 27. que dize, que no se debe bolver el dinero al que lo dió, por la torpeza, que cometió en querer corromper al Juez. Dize allí la ley, que ni el Juez se debe quedar con dicho dinero, porque en recibirlo hizo contra la voluntad, y contra las leyes, y contra lo que juró quando le dió el oficio; sino que lo debe aver el Rey,

assi como ha de aver todas las cosas, que se probarea que los Juezes las ganan malamente por razon de sus oficios. De aqui se colige, que el Juez ha de pagar al Rey lo que assi recibió, quando se le probara el cohecho, y por sententia de Juez se le mandare bolver, porque son leyes penales, que disponen esto en pena de su delito, y assi en conciencia no está obligado a restituir lo que por dicha causa le dieron. Esto consta tambien del Derecho Canon. cap. Non sane. l. 4. q. 5. donde expresamente dize del Juez, que recibió dinero para no hazer rectamente su oficio, es mejor que lo dé a los pobres de limosna, que bolverse lo a los que lo dieron: donde bien claramente dá a entender, que son dueños de lo que assi recibieron, y que no están obligados a restituirlo, sino que es consejo darlo a los pobres. Y aunque algunos Doctores afirman, que es conveniente, que el Confessor mande restituir a los pobres todo lo que se ganó con pecado, para que la codicia de lo que assi ganan no los aficione al pecado; pero ni a esto está obligado el Confessor, que bien puede mandarle satisfacer por sus culpas con otras obras: aunque seria la tal penitencia muy prudente, y proporcionada a la culpa, y medicina della; pero a vezes no será conveniente, como si el que adquirió con pecado alguna cantidad, fuese pobre, con obligaciones que sustentan.

345. Al punto tercero de la misma pregunta respondo, que el Juez no está obligado a mandar, que el que ganó dinero a juegos prohibidos, lo buelva al que lo perdió: ni puede mandar tal cosa, si no es que el que perdió sea menor de 14. años, porque assi se determina en las leyes del Reyno. Y para que conste con mas claridad lo que se determina en dichas leyes, se ha de advertir, que en la Nueva Recop. lib. 8. tit. 7. l. 2. se determina, que el que perdiere en juegos prohibidos, pueda demandar ante el Juez, que le buelvan lo que perdió, y se lo deben bolver; y si no lo pidiere dentro de 8. dias, que se contarán desde el dia que perdió, qualquiera persona puede poner demanda ante el Juez contra el que ganó, y el Juez le mandará al que ganó, que entregue toda la cantidad ganada al que la demandó. Y si ninguno lo demandare, ni pidiere, el Juez, si lo llegare a saber, de oficio lo execute, y lo aplique a la Camara Real. De la disposicion desta ley hablan algunos Autores, y determinan este punto segun dicha ley, como se puede ver en Villalob. to. 2. tract. 28. dif. 2. n. 3. y Molina, tract. 2. de iust. disp. 514. Pero esta ley está corregida por otra mas moderna, que no vieron dichos Autores, que es la 13. del mismo titulo, que dize assi: *Mandamos, que los que de aqui adelante se hallaren jugando en publico, ó en secreto, qualquiera juego prohibido, ó se averiguare contra*

era ellos dentro del termino de la ley, que le ayan jugado en mas cantidad de lo que está permitido: allende de las penas en que incurriere por otras nuestras leyes, estén 10. dias en la carcel por la primera vez, y por la segunda 30. y por la tercera sean desterrados del lugar un año precisso, y el que ganó buelva enteramente la ganancia con otro tanto, lo que esto no exceda de 50. ducados; y el que perdió no lo pueda repetir, siendo mayor de 14. años, aunque sea dentro de los ocho dias.

346. Aqui consta, que ya no tiene accion para pedir lo que perdió el que jugó a juegos prohibidos, y el Juez no lo debe mandar bolver al que lo perdió, sino al Fisco, si le constare dentro del termino de la ley, que son dos meses, como dize la ley 10. del mismo titulo, con estas palabras: *De aqui adelante ninguna de nuestras justicias haga pesquisa sobre juegos, aviendo pasado dos meses despues que jugaron, no aviendo sido demandados, ni penados por ello.* Por lo qual el que gana a juegos prohibidos, desde la hora que lo gana es suyo, y no está obligado a restituirlo; pero no tiene firme la possession, porque si le denunciá, le quitarán para el Fisco todo lo que ganó, y otro tanto mas, y le harán pagar las demás penas, que ponen las leyes; pero passados dos meses, se afirma la possession de lo que ganó, y se asegura de dichas penas: porque passados los dos meses, quitan las leyes al Juez la potestad de proceder contra los que jugaron.

347. Todo esto es assi, suponiendo, que las leyes que prohiben los juegos de naipes, y dados, y otros semejantes, están en su fuerza, y vigor, y las penas que ponen contra los que juegan; pero lleuando que dichas leyes están abrogadas por la contraria costumbre, no es licito a los Juezes castigar a los que juegan dichos juegos con las penas de las leyes del Reyno: y yo por cosa cierta tengo, que las dichas leyes están abrogadas. En la ley 1. del tit. referido se prohibe con mas especialidad el juego a los Soldados, que asisten en servicio del Rey en la guerra, y se ponen mayores penas contra los que assi juegan; y dize Molina, tract. 2. de iust. disp. 512. que no ay cosa mas vñada, que el juego entre los Soldados, que asisten en las guerras, y presidios: y por experiencia publica consta, que los Juezes, Magistrados, y Virreyes juegan, y permiten juegos de los prohibidos, y nunca se castigan a los que los juegan: y los Alcaldes mayores en los partidos tienen casas de juego, de donde sacan mucho dinero del naype. Para que vna ley se tenga por abrogada por la contraria costumbre, basta que vean, que de ordinario se vá contra ella, los señores Oydores, Magistrados, y demás Juezes. Assi lo afirman Panorm. cap. Treguas de tregua, & pace. Man. Rodr. qq. reg. to. 1. q. 6. art. 12. D. Franc. Carrac-

co, in leg. Recop. cap. 8. n. 29. Burg. de Paz, in l. 1. Taur. n. 232. Cruz, lib. 2. de natura priuil. cap. 1. dub. 3. Diana, l. p. tract. 10. ref. 7. Y es comun, y la razon lo convence; porque para que vna costumbre abrogue la ley contraria, basta que el Principe vea introducirse la costumbre contra su ley, y la consienta callando, de reg. iur. in 6. reg. 43. *Qui tacet consentire videtur.* Y el consentimiento tacito obra lo mismo que el expreso, l. de quibus. ff. de legib. y es doctrina expresa de S. Thom. 1. 2. q. 97. art. 3. ad 3. *Consuetudo obtinet vim legis in quantum per eos toleratur ad quos pertinet multitudine legem imponere, ex hoc enim ipso videntur approbare, quod consuetudo introduxit.* Y los Governadores, y Audiencias, y demás Juezes, hazen las vezes del Principe, y le representan: y assi frequentandose los juegos prohibidos de las leyes, con sabiduria de los Magistrados, sin executarse en los que juegan las penas de las leyes, convence, que están en esto abrogadas. Por lo qual si algunos Alcaldes mayores permiten en alguno, ó algunos pueblos de su jurisdicción, casas a que vñan a jugar quantos quieren, y de allí le sacan los baratos, y del naype, para los Alcaldes mayores: y si saben, que en alguna casa particular de algun Indio juegan con mas moderacion, y secreto, les haze castigar, es grauissima desigualdad, è injusticia castigar el juego secreto, y moderado, de donde se puede seguir mucho menor daño, y permitir el juego publico donde vñan a jugar todos en daño comun del pueblo, y querer que el rigor de la ley tenga su vigor para vnos, y no para otros, y ordenar las leyes, que se hizieron para el bien comun a sola la voluntad del Alcalde mayor, para que ninguno juegue en otra parte, sino en la mesa del Alcalde mayor, contribuyendole. Por esta causa tengo por cosa cierta, que los Alcaldes no pueden castigar con las penas, que ponen las leyes, a los que juegan a juegos prohibidos; pero quando viere, que los juegos ceden en detrimento del bien comun, ó porque se destruyen los caudales de los Indios, ó porque por causa del juego faltan a sus obligaciones, y sementeras, ó porque de ai se originan discordias, y pleytos, puede prohibir los juegos, echando vando, y poniendo penas moderadas a los que se quebrantaren, no tanto por estar dichos juegos prohibidos por las leyes, como por conducir assi al buen gouerno de los pueblos, que están a su cargo.

348. A la segunda pregunta respondo, que siempre es illicito en el Ministro de justicia dexarse cohechar; pero en causas, que no son muy graues, y que no ay detrimento de partes, y al transgressor se le lleua menos de lo que avia de lastar, no es pecado mortal, si por otra parte no se sigue daño del bien comun, por no castigarle

garle los delitos: y en los pueblos de Indios de ordinario no se sigue daño del bien comun, porque los Indios por muy poco, que les lleue el Ministro de justicia, quedan timidos, y escarmentados para otra vez.

349. Quanto a si el Ministro de justicia, que lleuó el cohecho, está obligado a restituir, ya se dixo arriba en el segundo punto de la primera pregunta, que si de verdad tenia culpa, que mereciese castigo, y por librarse del dió el cohecho, y lo que dió es menos de lo que justamente debia lastar, no está obligado el Ministro de justicia, que recibió el cohecho, a restituirlo, porque no pecó contra justicia en recibirlo, sino contra la legalidad de su oficio: ni hizo daño injusto al que dió el cohecho, antes le hizo bien, librandolo de mayor molestia, haciéndolo por su causa lo que no debia. Pero si el que dió el cohecho no tenia culpa, ni merecia castigo, sino que redimió la bexacion injusta, que le querian hazer, le debe restituir el Ministro de justicia todo lo que lleuó, y los daños que padeció por esta causa, como dize el Derecho, cap. Non sine 14. q. 5. Qui contra ius societatis humanae calumnijs oppressionibus abstulerit, reddenda potius, quam donanda censemus.

CONSULTA LVI.

Sobre quanto pueda exponer vn Religioso al juego, de suerte que ni el peque grauemente en jugarlo, ni el que le ganare este obligado a restitucion?

PROVESTA.

Cierta persona ganó a vn Religioso cantidad de 500. ó 600. pesos: confesóse de ello, y el Confessor se le libró de la carga de restituir. Supe el caso, y dize, que a mi parecer avia andado mal, porque el Religioso (aun que tenga vn gran deposito) no puede perder tanta cantidad, pues no tiene dominio, ni propiedad de las cosas, que tiene en su poder; y assi que el secular no la podia retener; pero que yo no dudaua, que el Religioso, que tiene vn grueso deposito, podrá perder alguna cantidad algo gruesa, como 30. ó 40. pesos al año, algo mas, ó menos; pero que 500. ó 600. pesos era mucho negocio. Mostré a Toledo, que dize en el lib. 5. cap. 27. n. 1. Est aduertendum tamen, esse aliquos casus, in quibus, qui luoratus est, tenetur etiam ante condemnationem restituere. Primus est, cum qui perdidit, non potest rem suam auertere, puta quia erat filius famulus, infans, pater, vel seruus, vel Religiosus, qui enim ab his luoratur, tenetur reddere ante condemnationem. En el Apéndice de dicho cap. dize: Religiosus profusus ludens sine licentia Superioris, ob incontinentiam tenetur restituere, quia non potest perire, sicut

qui ab eo ludant, &c. A esto me respondió la tal persona, que si él con su trabajo, v. g. predicando, diciendo Missas, y haziendo otras obras, ganaua algo, quien avia de tener el dominio de ello sino él? Dixele, que no él, sino la Comunidad, ó Religión: tan en su opinion está, que el Religioso es dueño de disponer ad libitum de su deposito, aunque sea en muy graue cantidad. Finalmente suplico a V. R. se sirva de decirme quanta cantidad puede perder vn Religioso, que tiene vn grueso deposito, de suerte que el que se la ganare no esté obligado a restituir: y como se ha de aver el Confessor con el tal, en ordé a ajustar lo que debe; ó no debe restituir?

PARECER LVII.

350. R Espondete, que de ninguna suerte puede vn Religioso exponer al juego tanta cantidad de dinero, aunque sea de Religión, donde los Religiosos tienen grandes depositos, y aunque el Religioso sea Prelado, ó tenga licencia de su Prelado; porque ni el Prelado tiene facultad de jugar tanto dinero; ni puede dar licencia al subdito para esto: porque el Prelado no es señor del dinero, ni tiene dominio alguno, sino solamente es vn mero administrador, y el administrador no tiene facultad para exponer al juego la hacienda agena, que administra, y está a su cuenta. Por esta razón dixerón algunos Autores, que el Prelado no puede exponer al juego cantidad alguna de dineros, aunque sea en cantidad moderada, ni hazer donación alguna, aunque sea pequeña: porque al administrador no es licito, ni tiene facultad de jugar; ni hazer donación, gracia, ó de la hacienda que administra, sino solamente puede administrarla en utilidad del legítimo señor; y conforme su voluntad, y disposición. Pero no hemos de estrechar a los Prelados de los Religiosos, y Conuentos, ni considerarlos como a mayordomos de algun hombre particular; que él por sí dispense, y gasta la hacienda, y dispone della, y pone al mayordomo solamente para que se cuyde della, y se la guarde; y entregue; porque el Prelado (aunque no es señor del dinero) es vn administrador general, a cuya disposición, y arbitrio está la hacienda del Conuento, sin que aya otro señor, que le mande, y disponga el modo como lo ha de administrar, y disponer; y assi al Prelado toca el arbitrio en que se vos, y como se ha de gastar; por lo qual tiene potestad de gastar, y dar licencia para que otros subditos suyos gasten en las cosas, que fueren razonables, y bien ordenadas, que no desdizen de vn modo prudente, y moderado de gastar hacienda. De aquí se deduce, que puede vn Prelado gastar en vn honesta recreacion alguna cantidad moderada de dinero,

ro, y dar licencia al subdito que la gaste: y esta cantidad, que pudiera gastar en vna honesta recreacion, tambien la puede contumar en algun juego honesto, que el juego tambien es honesta recreacion, y en esto convienen comúnmente los Doctores. Nauarr. in Summ. lat. cap. 20. n. 12. in Hispan. cap. 19. n. 9. Ledesma 2. p. cap. 4. q. 15. art. 5. Alcozer, lib. de Ludo. cap. 1. n. cõcl. 8. & cap. 1. 4. Molina, to. 2. de iust. disp. 520. y otros muchos, q. cita, y sigue Sanch. in Sum. lib. 7. cap. 19. n. 79. Pero gastar sin moderacion, y exponer al juego mucha cantidad, es vsar del dinero como absoluto señor: y assi no tiene el Prelado potestad para esto, porque excede manifestamente los términos de administrador de hacienda, que no es suya. Y en esto concuerdan comúnmente los Doctores nemine discrepante, y consiguientemente afirman, que el que gana al Religioso cantidad notable (sea el Religioso subdito, ó Prelado, juegue con licencia; ó sin ella) está obligado a restituir al Conuento todo lo que ganó. Resta aora la dificultad de quanto podrá jugar el Prelado, ó el subdito con su licencia, sin que quede el que gana obligado a restituir. Algunos Doctores, que cita Sanch. lib. 7. Summ. cap. 19. n. 19. dizen, que puede gastar hasta 4. ó 5. ducados. Aquí en Indias, donde el dinero se estima en menos; por aver mas abundancia de plata; y en Religión donde se permiten depositos quantiosos, podrá vn Religioso exponer al juego hasta 8. pesos, no cada dia, sino algunas dos veces al año, como quien vá a holgarse en alguna recreacion: y demás desto si jugare 8. ó 10. reales cada mes, parece que no excede los limites de administrador, y procediendo con este tiento, no llega a ser conocidamente dissipador; y assi el que ganare a Religioso; que juega con esta moderacion, no estará obligado a restituir lo que assi ganare.

351. En lo que ay opiniones, es, si el Religioso, que gana al secular cantidad grande de dineros, está obligado a restituir. Algunos dize, que no: la razon es, porque el seglar, que se pone a jugar con Religioso, sabiendo que el Religioso no puede perder, cede a su derecho, y contentiente en que el Religioso, si ganare, se lleue el dinero; aunque el Religioso no puede perder cantidad notable de suerte, que lo reducen a la voluntad interpretatiua del seglar, que se quiso exponer a este riesgo de perder, sin tener potestad de ganar. Assi lo lleuan Gabr. in 4. dist. 15. q. 13. art. 6. dub. 6. Toledo in Summ. lib. cap. 27. Armilla, verb. Ludus. n. 8. Pillar. to. 2. de offi. Sacerd. p. 2. lib. 3. n. 1. tiene fundamento en el Derecho, cap. Siquis 12. q. 2. donde se determina, que el contrato hecho con la Iglesia sin la solemnidad debida, vale en quanto cede en

utilidad de la Iglesia, y peritizio de los contrayentes, y es nulo en quanto redundá en detrimento de la Iglesia. Y Lulianus. ff. de action. empt. §. Siquis a pupillo. se determina, que la venta, que se haze a pupilo sin autoridad del tutor, obliga al comprador a estar a ella, si está bien al pupilo; pero no le obliga al pupilo, si le está bien salirse a fuera. Siquis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus, nam qui emit obligatus est pupillo, pupillo sibi non obligat. Y §. Pupillus. in it. de in iust. stipulat. se determina lo mismo. Tutoris auctoritas necessaria sit, si ipse obligatur, nam aliam sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Y por las leyes del Reyno el contrato, que haze la muger sin licencia de su marido, es nulo, lib. 5. Noua Recop. tit. 3. l. 2. que es la ley 55. de Toro; y con todo esto es valido, en quanto haze en fauor de la muger, ó del marido, como dize Matienço sobre la dicha ley, y otros que allí cita. Por lo qual Fr. Luis Lopez, in iust. cap. 183. dize, que esta opinión es probable; pero por mejor opinion, y verdadera tengo, que ni el vno, ni el otro puede ganar cantidad notable, por que ningun seglar se quiere exponer a perder sin poder ganar: y quando expone al juego su caudal, es por el error, en que piensa, que puede licitamente llevar lo que ganare. Y si el seglar es mal Christiano, que sabiendo que no le es licito ganar, se expone a perder, tira a ganar iuste, vel iniuste, lo que pudiere; en este caso no se puede presumir, que cede liberalmente de su derecho, para que si el Religioso ganare lo lleve licitamente; porque con aquella codicia de quererle llevar al Religioso injustamente el dinero, que no puede perder, no se compone bien aquella liberalidad de ceder a su derecho, para que lleue el Religioso licitamente lo que ganare; y en fin, de todo jugador se presume, que quiere igualdad en la ganancia, y pérdida, y que de otra suerte no jugara. Y aunque el Derecho concede el priuilegio referido a las Iglesias, y menores en los contratos, que son de su naturaleza necesarios al conuicto humano, no concede tal priuilegio en el juego, ni parece decente, que se concediesse a los que sin tener potestad de enagenar el dinero lo exponen al juego: y assi es mas conforme a derecho, y assi lo demanda la razon natural, que por ambas partes sea nulo el contrato, y que qualquiera de las partes que ganare, esté obligado a la restitucion. Y esta es común opinion de los Doctores, Soto lib. 4. de iust. q. 5. art. 2. Siluest. verb. Ludus. q. 17. dicto. 3. Medina, lib. 1. Summ. cap. 4. §. 28. Bañez 2. 2. q. 2. art. 7. Aragón ibid. y otros muchos, que cita, y sigue Sanch. in Sum. lib. 7. cap. 19. n. 86. Si algun penitente se llegare a confesar



feñar, que ha jugado con algun Religioso, y ganado cantidad considerable: si excede la cantidad de 8. pesos lo que ganó en vna ocasion, se ha de mandar restituir a la Religion; y si ha ganado poco a poco muchas vezes, si en vn año no excede de 30. pesos, no es menester mandarle restituir. Pero si en conversació oye V.R. dezir, que ha ganado a vn Religioso, aun que sea mucha la cantidad: si no pregunta si debe restituir, se ha de dexar como si no lo oyera; porque la restitucion es cosa dificultosa, y a quien no pregunta, dexarlo en su buena fé, no sea que avisándole no quiera restituir: y antes por la ignorancia quizá estaua en gracia de Dios, y por el aviso quede en pecado mortal. De la misma fuerte al Confessor, que esculó de la obligacion de restituir al que ganó 600. pesos al Religioso, si no pide consejo, dexarlo: por que de avisar estas cosas se sigue mas daño, que prouecho ordinariamente. Otras consultas tocantes al juego de los Sangleyes, llamado Metua, se vean en la palabra Alcaldes mayores, y Gouernadores.

## CONTRATO, que llama el Derecho innominato.

### CONSULTA LVII.

*Acerca de la calidad del contrato innominato, y la obligacion, que tienen los Religiosos de la Prouincia del Santissimo Rosario en orden a los suffragios de Missas, Psalterios, y Rosarios por sus Religiosos difuntos.*

#### PROPOSTA.

Siendo V.R. tan nuestro Padre, y Maestro, claro está, que ofreciendosenos a los que nos reconocemos por tan hijos suyos, ocasion en que con especialidad necesitamos de la doctrina suya, nos hará fauor de declararnos la obligacion, que nos corre a los que no somos Sacerdotes, en orden a rezar los Psalterios de los Religiosos, que han muerto en esta nuestra Prouincia del Santissimo Rosario. Por vltimo, si es esta obligacion de justicia, ó solo de caridad? Tambien pedimos a V. R. que mire en que materia se podrán commutar los dos Psalterios, y en que cantidad de oficios menores, ó Rosarios, caso que nos corra debaxo de pecado mortal.

#### PARECER LVIII.

353. Al primer punto de la consulta se responde, que es obligacion de justicia, que obliga *sub peccato mortali*. La razon desto es, porque esta obligacion no nace precisamente de las Constituciones de la Orden,

ni de las Ordenaciones generales de la Prouincia; que ni estas, ni aquellas nos obligan a culpa, como consta del prologo de nuestras Constituciones §.4. sino de vn pacto, ó quasi contrato, asentado entre todos los Religiosos de la Prouincia, de dezir las Missas, ó Psalterios, que determinan las Ordenaciones: de suerte, que quando muere algun Religioso, cada vno de los viuos pertenecientes a la Prouincia, le dize las seis Missas si es Sacerdote, ó los dos Psalterios si es hermano de casa de Nouicios, ó los cie Padres nuestros, y Ave Marias si es Lego, có la mira, y atencion a que harán otro tanto por él quando se muera, los que quedaren viuos. Que aviendo pacto desto entre los Religiosos desta Prouincia, sea obligacion de justicia el cumplirlo, consta del Derecho, cap. Antigonus. de pactis. *Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut Conuentus Ecclesiasticam sentiat disciplinam, vniuersi dixerunt, pax seruetur, pacta custodiantur.* Y cap. Eleutherius. 18. q. 2. *Si apud te euidenti ratione constiterit, quia tempore, quo de dicatum est ipsum Monasterium, condiciones superius posita conuenerint, seruari eas ex nostra auctoritate precipimus.* Determino aqui el Summo Pontifice, que se averiguen los pactos, y condiciones, que se pusieron quando se fundó el Monasterio, y que las haga guardar, y les obligue a ello, como cosa a que de justicia están obligados. De la misma fuerte los pactos, que se hizieron quando se fundó esta Prouincia, nos están obligando de justicia. Y cap. Pactum, de pactis. in. 6. se refiere, que vnos Monjes avian hecho pacto con los Clerigos, de no enterrar tales personas seculares en su Iglesia; este pacto era contra vn priuilegio, que tenían dichos Monjes para enterrar en su Iglesia a qualesquiera seculares, que eligiesen sepultura en ella: y queriendo despues valerse del priuilegio, y enterrar allí seculares contra el pacto, acudieron los Clerigos a la Sede Apostolica, que determinó, que debian estar al pacto hecho, y dá el texto esta razon: *Cum perditum pactum indulto huiusmodi derogetur.* El pacto, si no es de cosa injusta, mala, ó prohibida, tiene mas fuerza que el priuilegio, y aun que las mismas leyes, y las vence, como dize la Glossa in reg. 85. de reg. iur. in. 6. *Pactum rumpit leges.* La obligació, que nace de los pactos, es mas estrecha, y mas fuerte, que la de las leyes, y Decretos: y la razon natural lo conuence, porque ambos Derechos Ciuil, y Canonico mandan, que se guarden los pactos; y assi la obligacion de guardar los pactos, tiene toda la fuerza de ambos Derechos, y demás desto del natural, que obliga mas que todos los otros: porque quando el pacto es justo, è igual, guardarlo vnos, y quebrarlo otros, es desigualdad contra

justi-

justicia, que pide igualdad entre las partes, y miembros de la Comunidad. Por lo qual si esta obligacion, de que tratamos, no nace precisamente de las Ordenaciones generales de Prouincia, sino tambien de pacto hecho, y contenido entre los Religiosos, que la fundaron, es cierto que es obligacion de justicia, y no solamente obligacion Monastica, como la de las otras Ordenaciones.

354. Resta aora averiguar, que esta Ordenacion está recibida comunmente de los Religiosos desta Prouincia, como pacto, ó a modo de contrato, lo qual se prueba con 4. razones. La 1. se saca de las palabras de la misma Ordenació, que lo dispone assi: *Visum est, ut pro quolibet defunctorum fratrum, quilibet Sacerdos sex Missarum celebret in solidum applicando pro quolibet Sacrificium, nec in hoc aliquam ad oppositum faciendum auctoritatem habeat Prelatus, fratres similiter nostri duplicatos Psalmos, atque suffragia similiter dicent.* De aquella palabra *in solidum*, de la qual no usan las Constituciones, y de la declaracion, que el Prelado no tenga auctoridad para dispensar en esto, se colige, que se propuso esto a los Religiosos, no como mera Ordenacion, que desta no podia declarar, que no tenia el Prelado potestad de dispensar en ella: porque las Constituciones le dan potestad al Prelado para dispensar en las mismas Constituciones, y mucho mejor en las Ordenaciones, in prolog §.4. Consideró el Vicario General la cortedad desta Prouincia, el corto numero de Religiosos, y que solamente podia aver vn Conuento, y los demás avian de estar esparcidos en los ministerios; y consiguientemente avia de ser muy corto el numero de Missas, que se diria a cada Religioso, si en esta materia se estaua a sola la disposicion de las Constituciones, que determinan, que los Religiosos del mismo Conuento digan tres Missas cada vno por el Religioso difunto de su Conuento, y que los demás Religiosos de la Prouincia digan vna Missa por los difuntos de toda la Prouincia, que assi está determinado en Capítulos generales, como se puede ver en las Constituciones de nuestra Religion, dist. 1. cap. 3. y en su Glossa: y para ocurrir a esta falta se arbitró, y determinó, que se entablasse este pacto, y quasi concierto entre los Religiosos, que durasse perpetuamente, y assi lo admitieron entonces aquellos primeros fundadores, y todos los que de nuevo venimos aceptamos esta carga de por vida, para recibir el fruto *post mortem*.

355. La 2. razon se saca de la comun aceptación de los Religiosos desta Prouincia, por que todos se dan por obligados a esta carga, y la tienen por bien, juzgando, que cumpliendo esta obligacion aseguran su patido. Vn Reli-

gioso avia en Cagayan (quando yo estaua allá) Sacerdote, que por ser muy escrupuloso queria verse libre desta obligacion virgente *sub peccato mortali, que suffocabat eum dicens, redde quod debes.* Preguntábalo a casi todos, y entre los demás a mi: hazia su argumento, de que siendo Ordenacion, no podia obligar a pecado. Respondile: Si fuera mera Ordenacion, no dixera *neque in hoc aliquam ad oppositum faciendum auctoritatem habet Prelatus.* Finalmente, vnos le dixerón, que estaua obligado a pecado mortal, otros dudaron, y otros le dixerón, que era cosa escandalosa, y mal sonante poner esto en duda, y ninguno se atreuió a dezirle, que con segura conciencia las podia dexar: con que se vido obligado a pedir Missas, y creo, que oprimido de escrupulos aplicó mas de las que debia. Esto he propuesto para que se advierta el comun sentir, y aceptación desta obligacion entre los Religiosos, y que la tienen admitida como contrato condicional, que tienen sentado todos los Religiosos, cada vno *in ordine ad alterum, & ad singulos*, si muere primero, le harán dichos suffragios, y si les alcaga en dias, los hará por ellos.

356. La 3. razon es, que en algunos Capítulos desta Prouincia he visto, que han admitido a algunos seglares a esta comunicacion de suffragios con los Religiosos desta Prouincia: (aora no apruebo, ni repruebo esto, sino refiero lo que he visto.) Advertian a los dichos seglares, que estauan obligados a mandar dezir seis Missas por cada Religioso, que muriese, y que en muriendo ellos, cada Religioso les diria seis Missas. Vide algunos seculares destes tan puntuales, que luego al punto que sabian, que avia muerto vn Religioso de la Orden, embiaban al Conuento tres pesos para que le dixesen las seis Missas. Y yo tuve noticia, que vno estando desafuziado hizo averiguacion de quantos Religiosos avian muerto en Cagayan, y Pangasinan, y embió a dezir a razon de seis Missas por cada vno: porque dixo, que solamente avia cuidado de dezir las Missas por los que morían en Manila, y de los de estas Prouincias no avia tenido noticia. Si a estos, que entraban *aliunde*, y no *per ostium professionis*, les notificaban los Padres Prouinciales, y Difinidores, que representan a toda la Prouincia, *ut capita Prouinciae*, esta obligacion precisa *sub peccato mortali*, por que injustamente querian asentar el derecho de que cada Religioso les dixesse seis Missas, si ellos no las avian mandado dezir por los Religiosos difuntos: por mayor razon obliga a los Religiosos, porque no es de diferente especie la obligacion de dichos seglares, de la de los Religiosos, pues eran admitidos a la misma comunicacion, y se obligaban a los Religiosos con el mismo genero de obligacion, que quedaban

daban los Religiosos obligados a ellos. Y sería absurdo, y desigualdad de injusticia decir, que el seglar quedaba obligado de justicia a aplicar Misas al Religioso, que muriese, y el Religioso no quedaba obligado al seglar: y no sería menor absurdo decir, que los Religiosos tenían mayor, y mas estrecha obligacion de decir las Misas a estos seculares, que a los Religiosos difuntos, pues el seglar no fue admitido a mas, que a la comunicacion con los Religiosos en los sufragios, como otro qualquiera Religioso.

357. La 4.ª razon es: esta obligacion de decir seis Misas los Sacerdotes, y dos Psalterios los de casa de Nouicios, y cien veces el Ave Maria los Legos, de la fuerte que está puesta en las Ordenaciones de la Prouincia, y aceptada de los Religiosos, es vn contrato *innominato*, que llaman comunmente los Sumistas *facio ut facias*, de que haze mencion el Derecho. *Iuris gentium ff. de pactis* donde determina, que este contrato induce precisa obligacion, si lo que ha de hazer la vna, y otra parte es cosa lícita, y no interviene engaño de ninguna de las partes. Y para que esto conste con exemplos, entre los Prebendados de la Iglesia Cathedral de Manila ay este pacto, de q̄ quando alguno de los Prebendados muere, le diga cada vno de los demás Prebendados seis Misas: esto lo tienen determinado por modo de estatuto, y tienen por pecado mortal de injusticia el no cumplir esta obligacion, porque sería tener obligados a los demás Prebendados a q̄ le hagan estos sufragios en muerte, sin averse él dado por obligado a hazerlos por los demás, que es desigualdad en orden a otros, en que consiste la injusticia: y en muerte no tiene titulo verdadero para que le digan estas Misas, sino titulo fingido, y falso, porque piensan los demás, que dezia las Misas, y que se daba por obligado a ellas, y que estava en preparació de animo para decir las por los que muriesen: y esto de querer obligar assi a los demás con titulo falso, es injusticia clara. Lo mismo es sin diferencia alguna en nuestro caso: menor es el titulo de la obligacion, quando dos Sacerdotes hazen pacto, de que muriendo el vno, el que quedare viuo le diga tantas Misas; porque el que alcanza al otro en dias, no recibe cosa alguna en virtud de dicho pacto, y con todo esto queda obligado: porque aunque el difunto no quedó obligado a hazer cosa alguna por el viuo *ex vi pacti*; pero durando la incertidumbre de qual morria primero, cargò sobre él igualmente la obligació pendiente de caso fortuito, de quien morria primero, y esto basta para obligar al que quedò viuo, como obligan las apuestas, que se hazen de casos fortuitos. Pues en el caso propuesto es mas fuerte el titulo de

la obligacion: porque el Religioso difunto, no solamente tuvo obligacion condicional, pendiente del futuro acontecimiento, de que si el otro muriese primero le haria los sufragios, que dize la Ordenacion; sino que tambien con efecto hizo los sufragios a todos los que murieron antes que él, para con esto dexar para despues de su muerte a todos los Religiosos de esta Prouincia obligados a hazerle dichos sufragios.

358. Se puede arguir contra esta resolucion, que asentando, que esta Ordenacion tiene calidades de pacto, se puede decir lo mismo de las demás, que se hizo pacto de observarlas, y obligarse a ellas, y assi obligarán a pecado, lo qual es absurdo: y el mismo argumento se podia hazer de todas las Misas, que manda decir la Constitucion, y su Glosa, dist. 1. cap. 3. Respondiese, que en las Ordenaciones generales de esta Prouincia, casi todo lo que se ordena está contenido en las Constituciones, y no se haze otra cosa mas de ordenar, que las Constituciones se guarden como están escritas, sin dispensar, con todo rigor, y las mismas Ordenaciones lo dizen assi; y consiguientemente las dexa en fuerza de Constituciones, sin añadirles pacto, ni otra cosa, mas de advertir, que se guarden exactamente: y quando añade alguna cosa, como de que no duerman en sacones laneos, lo qual permiten nuestras Constituciones, fue sin duda pacto, por el qual nos puede obligar a su observancia el Prelado; pero como esto no es *in ordine ad alterum*, no puede inducir obligacion de justicia: porque en dormir yo en vna tabla, no hago bien especial a otro, ni otro por dormir en tablas lo haze por mi, y assi solamente es punto de mayor austeridad Religiosa, que ha de hazer cada vno *in ordine ad se*: y assi el pacto entablò, que el dormir en tablas fuese Ordenacion, que de otra fuerte no lo podia ser, porque prohíbe lo que expressamente permite la Constitucion; pero no haze que tenga fuerza de contrato entre partes. A lo que se opondè de las Misas, que mandan decir las Constituciones, respondo, que no dizen, que se digan *in solidum*, en lo qual dá lugar a que se apliquen por segunda intencion, como se vfa en muchas Prouincias: y donde se dán a cada Religioso solas dos Misas cada semana, y de las limosnas dellas ha de salir el calgado, y otras cosas, que han menester, es forzoso que desta fuerte se cumpla dicha obligacion: y en esse sentido está admitida, y recibida, que de otra manera sería cosa imposible cumplirla; y ninguna ley, ó Constitucion puede obligar a cosa imposible. de reg. iur. in. 6. reg. 6. *Nemo potest ad impossibile obligari*. Y *Impossibile ff. de reg. iur. Impossibile nulla est obligatio*. Demás de

de esto, disponiendo la Constitucion, que se diga mas numero de Misas, y sufragios por el Reuerendissimo Padre General, y por los Definidores, y Visitadores, significò bastantemente, que atendió solamente a la proporcion de los meritos, y trabajos pasados por el comun, y no a pacto alguno, ni contrato, que induzca obligacion de justicia, porque este no mira a la dignidad de las personas, sino a la igualdad del pacto, que igualmente se obliguen las partes: y assi la obligacion de Misas, y sufragios por los difuntos, que ponen nuestras Constituciones, es solamente obligacion de la Constitucion, y de essa forma está recibida en la Religion; aun que no dudo, que el justissimo Juez de viuos, y difuntos, quando *reddè unicuique iuxta opera sua*, que todas las cosas hasta el mas minimo apice las ha de reducir a perfectissima igualdad, dispondrá, que el que no hizo dichos sufragios por sus hermanos en la forma, que en la Religion, ò en su Prouincia se hazen comunmente, no se le apliquen los que sus hermanos hizieren, como lo dá a entender S. Agust. cap. 108. Enchir. *Eis hoc profant, qui cum vixerent, hoc sibi, ut postea possent prodesse meruerunt*; y mas abaxo: *Hic omne meritum comparatur, quo post hanc vitam possit releuari quispiam, vel gravari*; y mas abaxo: *Etiam hoc meritum sibi quisque cum in corpore vixeret comparauit, ut ei possent ista prodesse*. Infiere S. Agustín de la Sagrada Escritura, 2. Cor. 5. donde dize el Apóstol, que cada vno ha de recibir en la otra vida segun lo que hizo viuiendo en este cuerpo: infiere de aqui S. Agustín, que quanto bien recibe el alma en la otra vida, lo mereció en esta: y consiguientemente, que se le apliquen, y aprouechen los sufragios, que se le hazen en la Iglesia, lo ha de aver merecido en esta vida, y si no lo mereció, no se le aplican; y aquel, que no haze los sufragios establecidos por los difuntos de la Comunidad, no merece que se le apliquen los sufragios, que los otros le hizieren quando él muera. Y assi digo, que no será pecado la omision de los sufragios, que disponen nuestras Constituciones; pero en cumplirlos está el merito de que se le apliquen los que hizieren por él, quando muera, otros Religiosos, obedeciendo a lo que disponen las Constituciones. Pero la disposició de las Ordenaciones generales desta Prouincia está en muy diferente forma: dizen, que se digan las Misas *in solidum*, con que excluye la aplicacion de segunda intencion, y que no pueda dispensar, ó disponer otra cosa el Prelado, en que le saca del estado de mera Ordenacion, y dispone con igualdad los sufragios, sin variarlos, segun la dignidad, ò meritos en la Religion de las personas; con que dá a entender, que es pacto, y está recibida con estrechez de

pacto entre todos los Religiosos de la Prouincia desde su fundacion: con que se acaba de afirmar la obligacion *ex iustitia*.

359. Al 2.º punto de la consulta se responde, que la obligacion de rezar dos vezes el Psalterio, que tienen los Religiosos de casa de Nouicios, se puede conmutar en otra cosa. La razon desto es, porq̄ este rezo se ordena precisamente al aliuio de los Religiosos difuntos de nuestra Prouincia, para que no tengan menos sufragios, que los de otras Prouincias, en que todos los Religiosos están assignados en Conuentos, y en muriendo alguno, cada Religioso Sacerdote del mismo Conuento le dize tres Misas, y los hermanos del Coro vn Psalterio cada vno, y los Legos 50. Padres nuestros, y Ave Marias; y en la restante de la Prouincia le dize cada Religioso Sacerdote vna Misa, y cada hermano de casa de Nouicios 7. Psalmos, y los hermanos Legos cada vno vn Rosario, y en esta Prouincia los menos están assignados en el Conuento, y todos los Religiosos de la Prouincia son muy pocos respecto de la multitud, que ay en otras Prouincias; por lo qual si se huiera de estar a lo dispuesto por las Constituciones, y Ordenaciones de Capítulos generales, tuvieramos los Religiosos desta Prouincia menos sufragios, que los de otras Prouincias. Y para remediar este, que pareció inconueniente, se estableció dicha Ordenacion, en que todos los Religiosos de la Prouincia se reputan como assignados a vn Conuento, en orden a los sufragios, y demás desto se duplican los sufragios, con que se evitan ambos daños, y gozamos en muerte de sufragios, como si viuiéramos en vn Conuento de mucho numero de Religiosos: y esto a que no podía obligar el Prelado, por ser mayor carga de aquella a que nos obligan las Constituciones, admitieron por pacto los Religiosos fundadores, y se obligaron a ello, como queda dicho. De aqui se colige, q̄ no se les puso a los de casa de Nouicios esta obligacion de rezar Psalterios, por especial devocion al Psalterio, sino por el aliuio de los difuntos; y assi no es esto tan incommutable como el rezo Canonico, cuya obligació no cumpliria, y pecaria mortalmente el que rezasse en lugar del rezo Canonico los Psalmos, y Rosarios, que equivaliesen; porque el fin de la Iglesia en el precepto del rezo, no pretende precisamente oracion, sino tal oracion determinada de tantas horas Canonicas, que significan especiales misterios. Al contrario, al que haze voto de rezar el Oficio Diuino, se le puede conmutar, porque el fin del voto es meramente el Culto Diuino, y mayor bien espiritual del que haze el voto, y assi se puede conmutar en otra cosa de igual culto, y servicio de Dios, y bien del

del que hizo el voto. El rezo de los dos Psalterios, y la Ordenacion, que los manda rezar, y el pacto de la obligacion, todo se ordena al sufragio, y alivio de nuestros Religiosos difuntos, y no a otra cosa; y assi se puede licitamente commutar en cosa, que sea de igual sufragio, y alivio a dichos Religiosos difuntos; porque aun entre los viuos no se satisface suficientemente, dando vna cosa por otra de igual valor, como consta del Derecho, l. Mutuum. ff. de reb. cred. §. mutui. *Aliud pro alio invito creditore solui non potest.* Y assi el que tiene vn caualllo ageno, no satisface pagando su valor, porque la recta satisfacion pide, que se buelua a su dueño lo que es suyo en su propia especie, si es possible; pero la razón desto es, porque para los vsos humanos se puede estar mejor al dueño su caualllo, que el precio que vale, y no puede ser priuado de este uso, ni obligado a venderlo contra su voluntad. Pero a las animas de los difuntos, que ya no tienen uso en las cosas desta vida, tan bien está vna cosa como otra, como sea el sufragio igual: de lo qual se presume, que no son inuitas, ni es contra su voluntad, que se les ofrezca vn sufragio por otro, si ambos son iguales, como dicen comunmente los Doctores, hablando de la commutacion de los votos.

360. Resta averiguar en quantos Rosarios, ó en quantos Oficios del menor de N. Señora se pueden commutar los dos Psalterios. Para ir con mas acierto se han de ver las commutaciones, que ha hecho la Sede Apostolica, y las tiene puestas por ley en el Derecho: cap. Magnæ. de voto, & voti redemp. se refiere, que vno hizo voto de ir a la tierra Santa, y hallándose despues impedido pidió a la Sede Apostolica commutacion del voto, y se lo commutò, en que hecha la cuenta de todo lo que avian de gastar él, y sus criados en la ida, y estada allá, y buelta, lo remita sin faltar cosa alguna a vn Religioso de los que están allá, para que se continúe en los gastos necesarios de aquella tierra; y que los trabajos, que avia de passar en los caminos, los recompensé con ayunos, viglias, y oraciones, todo el tiempo, que avia de gastar hasta bolver a su tierra. *Tibi pro te, & famulis tuis licentiam concedimus votum peregrinationis taliter commutare, ut expensas, quas fueras in eundo morando, & redeundo facturum, alicui Religioso committas in necessariis usus terra illius sine diminutione qualibet transferendas. Laborem etiam laboribus recompenses, sollicitus instando vigilijs, deuotius vocans orationibus, & in ieiunijs fortius te exercens.* Desta fuerte se miden, è igualan las commutaciones, para que sean licitas. Vn Psalterio rezado sin mucha aceleracion, y sin demasiada pausa, sino solamente la necesaria para que se diga con alguna atencion, y deuocion, es

trabajo de quatro horas, y poco menos de esse tiempo se gastará en rezar cinco Rosarios enteros con la misma forma, y pausa; y alli tengo por buena commutacion en lugar de los dos Psalterios, rezar diez Rosarios enteros, y el poco de tiempo mas, y mayor trabajo, que queda rezar los Psalterios, se suple; y recompensa con las Gracias, è Indulgencias concedidas al Rosario, entre las quales ay vna de facer vna Anima de Purgatorio. Si se ha de commutar en el rezo del Oficio menor de N. Señora, ocho Oficios enteros desde Maytines a Completas *inclusiue*, equivalen a vn Psalterio: con que satisfará igualmente a los dos Psalterios el que rezare 16. vezes el Oficio menor.

361. No obstante, que tengo por igual, y justificada a la dicha commutacion, y el que la siguiere satisfará adequadamente a la obligacion, que tiene al Religioso difunto; con todo esto siempre aconsejaré a qualquiera, que se anime a rezar los Psalterios, porque con esto se paga en su propia especie a los difuntos lo que se les debe, y se cumple a la letra lo que manda la Ordenacion, y se gozan los frutos, y suauidad del rezo del Psalterio, que solamente quien no los conoce puede pedir esta commutacion; por que en el Psalterio se halla a cada passo todo lo que se debe creer, obrar, y evitar. Hallanse de continuo palabras, que mueuen a todos los buenos afectos, efficacissimamente a amor de Dios, y de la virtud, a odio de lo malo, al desprecio de las cosas terrenas, al viuo desseo de las Celestiales, al consuelo en las aficciones; por lo qual dixo Titelm. in expof. Psalm. in præm. *Talis est ista cythara, ut quisquis illi aurem accommodauerit, impossibile sit absque fructu vacuum abscedere.*

## CONTRATOS de negociacion de los Eclesiasticos.

### CONSULTA LVIII.

*Sobre si qualquier trato en que se pueda tener alguna ganancia, les sea prohibido a los Eclesiasticos por el Derecho, ò Bula de Clemente IX.*

#### PROVESTA.

VN Clerigo ordenante, Sacristan de la Parroquia de N. comprò al Castellano de la Fuerça el derecho, que le competia de pescar en aquel mar, que está junto a la Fuerça, poniendo alli vnos bombones, ó corrales de pesqueria, y para coger el pescado se concertò con vnos Indios, è iba con ellos como superintendente. Vendian el pescado a los Sangleyes,

y repartian el dinero. Supo esto el señor Arzobispo, hizole dello causa por incurrido en las penas de la Bula de Clemente IX. y del Derecho contra los Clerigos negociantes, y remitiò la causa al Autor, pidiendo sobre ello su parecer.

#### PARECER LIX.

362. **R**esponde, que no ha incurrido en dichas censuras, porque el arrendamiento, inteligencia, y ganancia, que el contenido en esta causa ha tenido con los bombones de pescado, no está prohibido en dicha Bula, ni en los Canones del Derecho, que prohiben la negociacion a los Eclesiasticos. Con quatro fundamentos se prueba, y haze muy clara esta resolucion. El primero, porque la Bula de Clemente IX. solamente prohibe la negociacion, y mercancia, que prohiben los Sagrados Canones: esto consta, porque con los mismos terminos, que prohibe el Derecho los tratos de los Eclesiasticos, los prohibe la Bula. Los terminos de que usa el Derecho en esta prohibicion, son *mercatura, negotiatio*, como se puede ver en el Decreto en toda la distincion 88. y en las Decretales, tit. Ne Clerici, vel Monachi. y cap. Ex literis. de vita, & honestate Clericor. y Clem. Diocesanus, del mismo titulo; y de los mismos terminos usa la Bula de Clemente IX. en dicha prohibicion: *Ne mercaturis, & negotiationibus qualitercumque se ingerant, & immisceant.* Y assi la misma materia, y las mismas acciones, ó tratos, que prohibe el Derecho, significados con aquellos terminos de mercatura, y negociacion, prohibe la dicha Bula con los mismos terminos, y solamente añade nuevas penas, y modo especial de executarlas, y la misma Bula dá bastante a entender esto con aquellas palabras: *Sacris Canonibus, ac Decretis inherentes.* Se dispuso, y despachò la dicha Bula siguiendo, è imitando los Sagrados Canones, y Decretos, prohibiendo la misma negociacion, y mercancia, que ellos prohiben. Aora se ha de ver, que negociacion, y que mercancia, ò que genero de trato prohibe el Derecho, porque esse mismo es el que prohibe la Bula. El trato, que el Derecho prohibe a los Eclesiasticos, es aquel en que se compra alguna cosa para venderla en la misma forma, y especie, sin mudarla. Assi consta expressamente del Derecho, cap. Eijciens. dist. 88. *Quicumque rem comparat, non ut ita integram, & immutatam vendat: sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator, qui vero rem comparat, ut integram, & immutatam vendendo lucretur, ille est mercator, qui de Templo Dei eijcitur.* De fuerte, que para incurrir en las penas puestas contra los Eclesiasticos mercaderes, ó negociantes, se requiere, que con fin de ganancia compren alguna cosa, para

venderla en la misma forma, y especie, sin mudarla; y el que compra alguna cosa para obrar en ella algo, y bolverla a vender en otra forma para ganar en ella algo, no es tratante, ni mercader, ni negociante, ni quebranta los Canones Sagrados, que prohiben la negociacion, ni incurrir en las penas, que pone la Bula de Clemente IX. En el caso presente del arrendamiento de los bombones, no ay este genero de negociacion, porque no se compra cosa alguna para venderse en la misma forma.

363. Para que esto se vea con mas claridad, se han de considerar tres tratos, ò pactos, que hizo el contenido en esta causa. El primero, quando arrendò los bombones al Castellano de la Fuerça por 150. pesos: aqui solamente comprò el derecho para pescar en aquella parte; y como no comprò aquel derecho para bolverlo a vender mas caro, sino para obrar alli, y trabajar pescando, no fue negociador, como dize el Derecho en el texto citado: *Quicumque rem comparat non ut ita integram, & immutatam vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator.* Clarissimamente se colige deste texto de los Sagrados Canones, que no es negociador el que arrienda los bombones, y compra el derecho de pescar en aquel mar.

364. El 2. trato es el que hizo con los Indios de partir con ellos el pescado, que se cogiese en los bõbones: ni este trato es negociacion, ni mercancia, sino trato de compania, en que el Sacristan referido pone aquel lugar, y derecho, que tiene comprado para pescar, y los Indios el trabajo de la pesca. Y como no es negociacion illicita a los Eclesiasticos, que tienen tierras de labor, darla a los Indios con los demás instrumentos de la labrança, con pacto de partir los frutos: assi no es illicito pactar con los Indios, que poniendo ellos el trabajo del pescar, y el Eclesiastico los bombones, ò derecho de pescar alli, se parta el pescado que se cogiere. Seria negociacion illicita, si cóprara a los Indios la parte de pescado, que les pertenece, para venderla èl a los Sangleyes por mayor precio, porque ya se verificaria de dicho trato la distincion, que dá el Derecho a la negociacion illicita. Y deste modo dize el primer testigo de los 5. desta causa, que lo hazia el dicho Sacristan; pero todos los demás testigos concuerdan en que no fue assi, sino que todo el pescado, que se cogia, se vendia junto para repartir el dinero entre los Indios, y dicho Sacristan: y esto se ha de tener por verdad, assi por concordar en esto quatro testigos, y de lo contrario aver vno solo, como porque estos quatro deponen verisimilmente dando razón de su dicho. El trato 3. es el pacto, que dicho Sacristan tiene hecho con el Sangley, de que ha de comprar el pescado a razon de 5. pesos



peños el ciento: ni esto es negociacion ilicita, como no lo es la véta, que haze vno de los frutos de sus tierras, o de su trabajo, o industria.

365. Segundo fundamento: según derecho se deben distinguir dos modos de negociacion, vna impropria en significacion lata, que comprehende a qualquiera arte, o inteligencia, industria, o modo de grangear, y adquirir alguna cosa, y esta no la prohibe el Derecho a los Eclesiasticos, antes les manda, que la usen, y exerciten: cap. Nunquam de consecra. dist. 5. se manda, que los Monjes trabajen en algun exercicio en que tengan alguna ganancia para ganar el sustento, y lo necesario, a imitacion de los Apóstoles. *Si Apostoli habentes potestatem de Euangelio viuere, laborabant manibus suis ne quem gravarent, cur tu in usus tuos cessura non preparas?* Luego vá poniendo diuersas obras, en que los Religiosos han de ocuparse, y ganar el sustento, y al fin dize, que texan redes para pescar, y trasladan libros. *Texantur, & lina capiendis piscibus, scribantur, & libri, ut & manus operetur cibum, & anima saturetur lectione.* Y cap. Multa. ne Clerici, vel Monachi Sæcularibus negotijs se immisceant. despues de prohibir la negociacion dize, que no se prohibe la negociacion justa, porque esta negociacion tuvieron los Apóstoles; y en la Regla de S. Benito se manda, que se señalen Religiosos, que negocien las cosas necesarias para el Conueto. *Nec tamen iustum negotium est contradicendum propter necessitates diuersas, quia legimus Sanctos Apostolos negotiatos fuisse, & in Regula Sancti Benedicti præcipitur prouideri per quorum manus negotia Monasterij procurentur.* Y cap. Clericus. el 1. dist. 91. *Clericus victum, & vestitum sibi artificioso, vel agricultura paret.* Ganen los Clerigos su sustento con alguna arte, o labrando la tierra, o sembrando. Y cap. Clericus. el 2. *Clericus quilibet verbo Dei eruditus artificioso victum quarat. Item, omnes Clerici, qui ad operandum validi sunt, & artificiosi, & litteras discant.* Dize, q̄ todos los Clerigos aprendan arte con que ganar la comida. Y cap. Clericus. 21. q. 1. prohibe la negociacion, y torpe logro: y luego dize, que para las necesidades de esta vida ay diuersas ineligenias, y modos de adquirir el sustento, y que se valga cada vno de la que le estuviere bien, y lo prueba con el exemplo del Apóstol S. Pablo: *Ad uitæ vero huius necessitatem studia sunt diuersa. Ex his ergo, qui voluerit acquirat corpori opportuna, ait enim Apostolus, ad ea que mihi opus erant, & his qui mecum sunt, ministrauerunt manus istæ.* Otros muchos textos del Derecho, y Glosas se pudieran alegar, en que se manda a los Eclesiasticos (especialmente si son pobres) tener alguna negociacion, o officio, o arte, o inteligencia, para tener alguna ganancia con que

sustentarse, y remediar las necesidades de esta vida: de lo qual se colige evidentemente, que no está prohibida por Derecho toda negociacion, ni todo arte, y modo. de tener alguna ganancia; antes algunos modos de buscar la vida, y algunas negociaciones están dadas por licitas por los Sagrados Canones, y autorizadas con el exemplo de los Apóstoles. Otro modo de negociacion ay propria, y rigurosa, la qual está prohibida expresamente a los Eclesiasticos en los Sagrados Canones; cap. Fornicari. dist. 88. *Fornicari hominibus semper non licet, negotiari vero aliquando licet, aliquando non licet, ante quæ enim Ecclesiasticus quis sit, licet ei negotiari, factum vero non licet.* Y cap. Negotiatorem. dist. ead. *Negotiatorem Clericum, & ex mope dixit, & ex ignobili gloriosum, quasi quandam pestem fuge.* Y en otros muchos textos está prohibida con pena de deposicion, como se puede ver, cap. Clerici y cap. Canonum. 14. q. 4. Y cap. Ex litteris. de vita, & honestate Cler. se determina, que el Clerigo, que amonestado tres vezes por su Prelado, no dexa la negociacion, pierda el privilegio Clerical, y se le obligue a pagar de las cosas en que negocia, los tributos, y alcabala, q̄ pagan los meros seculares. Hallandose pues, en el Derecho vn genero de negociacion ilicita, y prohibida, y otro de negociacion licita, y mandada exercer a los Clerigos pobres, es forzoso distinguir dos modos de negociacion, vna propria, y rigurosa, mala, y digna de castigo en los Clerigos, y otra licita, y loable: esta es la que se exercer, mudando en algo la materia, usando alguna industria, o artificio, como dize los textos alegados en el fundamento primero; y aquella prohibida, es quando lo mismo, que se compra, sin mudarlo, se buelve a vender mas caro, como consta del Derecho, cap. Canonum. 14. q. 4. *Canonum statutis firmatum est, ut quicumq̄ in Clero esse voluerit, emendi vilis, & vendendi carius studio non utatur, quod si exercere voluerit, inhibeat a Clero.* Y consta mas claro de la definicion, que dá el mismo Derecho a la negociacion prohibida, cap. Eijciens. arriba referido. Y aunque algunas vezes se halla en el Derecho prohibida toda, y qualquiera negociacion vniuersalmente, cap. Clerici. 14. q. 4. *Nonerint ab omni cuiuslibet negotiationis ingenio, & cupiditate cessandum, in quocumque vero gradu sint, si cessare noluerint, mox a Clericalibus officijs abstinere cogantur.* No obstante esta vniuersalidad se debe entender, que no prohibe la negociacion, que el mismo Derecho dá por licita en otros lugares; porque según Derecho, quando ay textos, o Canones, o leyes, que parecen entres contrarias, se han de procurar concordar, y se han de entender las vnas de fuerte, que tengan lugar todas, si es possible. Auth. de exhibendis reis. collat.

collat. 5. §. fin. *Omnibus modis concordantia legi feruentur.* Y l. Cum omnia. C. de in off. dotib. *Leges legibus concordare promptum est.* En tanto rigor es esto verdad, que dize Felino, cap. Non potest. de sent. & re iud. n. 7. el Abad, cap. Cum olim. del mismo tit. al fin. Gutierr. lib. 3. pract. q. 15. n. 34. y comunmente los Doctores, que para evitar la correccion de los Sagrados Canones, y leyes, y concordar vnos textos con otros, se ha de dexar la propria significacion de los terminos, y entenderse en la impropria. Por todo lo qual hallandole en el Derecho muchos textos en que se dá por ilicita la negociacion, y mercancia, y otros en que se dá por licita; es forzoso concordarlos, y dar por licita la negociacion, que trae consigo alguna industria, o artificio en que la materia, que se compró, se muda, y altera, para assi venderla mas cara, y ganar algo, y aquella será negociacion ilicita por Derecho, en que lo mismo que se compró, sin mudarlo, ni alterarlo, se vende por mayor precio.

366. De la misma fuerte la Bula de Clemente IX. aunque no expresasse, que vá siguiéndole imitando a los Sagrados Canones, se debe entender de fuerte, que no se oponga a ellos, ni los contradiga, ni dé por ilicito lo que los Sagrados Canones dan por licito, y mandan, que se haga assi. Consta del Derecho, cap. Cum dilectus. de consuetud. donde se determina, que se observe vn estatuto en sentido, que no se oponga al Derecho comun, ni a privilegio particular. *Cum supradictum statutum ita sane posset intelligi, quod per illud, nec iuri communi, nec privilegio derogetur.* Y alli la Glosa: *Vbi aliquid a iure communi discrepare videtur, reducendum est ad ius commune si potest fieri.* Lo mismo se determina l. Si ferui. C. de noxalib. Esta ley, que es algo dilatada, la sumina alli Baldo: *Statutum disponens super eo, super quo disponit ius commune, interpretandum secundum ius commune;* y lo mismo dize alli la Glosa. Por lo qual se ha de entender, que la Bula de Clemente IX. prohibe solamente la negociacion propria, en que se compra para vender la misma cosa sin mudarla, ni alterarla, de la fuerte que la prohibe el Derecho comun.

367. El 3. fundamento es de exemplos autorizados, que comprueban esta resolucion. El primero es de los Sagrados Apóstoles, de los quales dize el Derecho, que negociaron, como se dixo arriba: la negociacion de los Apóstoles no consta que fuese otra, sino la pesqueria, a la qual bolvieron aun despues de aver dexado las redes, y barco para seguir a Christo, admitidos ya en el numero de los Apóstoles. Assi consta del Sagrado Texto, Ioan. cap. 21. y S. Greg. el Magno, Hom. 24. mueue question,

de como despues de la conversion, y seguimientito de Christo, S. Matheo no bolvió a la negociacion del Telonio, y S. Pedro bolvió a la pesqueria? Y responde, que buscar alguna ganancia para pasar la vida pescando, no induce a pecado, ni se opone al Discipulado de Christo; pero procurar el aumento del dinero con la negociacion del Telonio, rara vez se haze sin pecado. *Ad piscationem Petrus rediit, Mathens vero ad telonij negotium non rediit, quia aliud est victum per piscationem querere, aliud vero telonij lucris pecunias agere. Sunt enim plerique negotia, que sine peccatis exhiberi, aut vix, aut nullatenus possunt.* Y es verisimil, que los Apóstoles alquilaron barco, y redes para pescar, que ya no las tenían proprias, y con la pesca ganaban para pagar el alquiler, y sustentarse: y a esta llama el Derecho negociacion, y la aprueba, y la pone por exemplar a los Clerigos, y Religiosos, cap. Multa. nec Clerici, vel Monachi. El segundo exemplo es del Apóstol S. Pablo, que dize l. Cor. 4. *Laboramus operantes manibus nostris.* Trabajaba para ganar el sustento. Y mas claro lo dize Act. 20. *Argentum, & aurum, aut vestem nullius concupiui, sicut ipsi scitis, quoniam ad ea, que mihi opus erant, & his qui mecum sunt, ministrauerunt manus istæ.* Consta del Sagrado Texto, que S. Pablo con algun arte ganaba el sustento, y no consta que arte fuese. Algunos Autores graues dicen, que hazia frenos, y sillars para cauallos: para esto le era forzoso comprar los materiales, y vender despues las sillars, y frenos, en lo qual ay negociacion, y el Derecho lo pone por exemplar a los Clerigos, para que lo hagan assi, cap. Clericus. 21. q. 1.

368. El tercero pone la Glosa in cap. Canonum. 14. q. 4. dize, que pueden los Clerigos comprar cueros, y hazer zapatos, y venderlos para sustentarse, porque esta no es negociacion, sino artificio: *Possunt emere corium, & inde facere solulares, nec est negotiatio, sed artificium.* Quarto exemplo, de las boticas, que tienen muchos Conuentos de diferentes Religiones, en que se venden publicamente diuersas medicinas, como en las boticas de seculares, y ninguno lo tiene por negociacion, porque los simples, que compran, los mezclan, y alteran; pero sería contra la Bula, si comprassen cantidad de simples, o otras medicinas, para venderlas sin transmutarlas, por fin de ganar en ellas. Quinto exemplo, de los Eclesiasticos, que compran animales de cerda para engordarlos, y despues venderlos por mas precio. Esta ganancia está declarada por licita por la Sacra Congregacion de Cardenales: referelo Barbof. lib. 1. de iure Eccles. cap. 40. n. 127. y Lezan. to. 2. verb. Negotiatio. Llegase aqui lo que dize Gutierr. de gabellis. q. 93. n. 51. y Man. Rodr. to. 3. qq. reg. 974.

q. 74. art. 8. y otros muchos. Estos dicen, que puede vn Eclesiastico comprar mulas por domar, y domarlas, y despues venderlas por mas precio, que esta no es negociacion: de fuerte, que aunque compra los animales de cerda, y mulas para vender los mismos por mas precio, no es negociacion por aquella calidad, que tiene mas al tiempo de la venta de estar gordos, y las mulas domadas. Y Silvest. verb. Clericus. 3. n. 2. dize, que es licito al Clerigo comprar potros para criarlos, y venderlos hechos cauallos, y comprar tablas, y colores para pintar, y vender Imágenes: de lo qual se colige, que no es contra la prohibicion de la Bula de Clemente IX, ni de los Sagrados Canones, comprar para vender por mas precio por alguna calidad, ó mejora, que tenga la cosa quando se buelva a vender; y solamente está prohibido comprar para vender lo mismo, que compró, sin mudança alguna conducente a su mayor valor.

369. El 4. fundamento, es la autoridad de muchísimos Doctores, q̄ assi lo dizen. S. Thomas 2. 2. q. 77. art. 4. ad. 1. donde tratandó de la negociacion dize, que acontece quando *aliquis rem non immutatam curius vendit*; y prosigue; *Si enim rem in melius mutatam curius vendit, videtur premium sui laboris accipere.* En estas breues palabras dió el Santo Doctor toda la razon, y diferencia de estas negociaciones. La negociacion propia, y prohibida a los Eclesiasticos, es aquella de que se espera ganancia precíffamente de la compra, y venta: y esto acontece quando se compra la cosa para bolverla a vender, sin nuevo artificio, y sin mejora alguna; pero quando se compra la cosa para mejorarla; ó hazer en ella algun artificio, ó mudança, no se faca la ganancia precíffamente de la compra, y venta, sino del artificio, trabajo, ó industria. Cayet. en el mismo lugar explica, que en ambas ocasiones, quando se muda la materia, y quando no se muda, se compra mas barato, y se vende mas caro, y se intenta ganancia: pero con esta diferencia; que quando se muda la materia, se busca el premio del trabajo, y quando no se muda, se busca puramente la ganancia. *In primo apparet, quod premium sui laboris immutando intendit, in secundo autem nihil aliud apparet, nisi lucrum.* El señor Arçobispo Tapia in Catena Mor. to. 2. lib. 5. q. 16. en el art. 8. dize, que trata allí de la negociacion *stricta*, y dize, que negociadores desta arte son los que compran la cosa para venderla por mas precio en su propia forma, sin mudarla; y en el art. 9. dize, que la negociacion ilícita, y prohibida a los Clerigos, es la propia, y *stricta* de que trató en el artículo antecedente. Lo mismo enseña Silvest. verb. Negotium: n. 1. donde dize, que lo mismo es *negotium propria*, que mercatura, y lo

mismo es *negotium*, que mercader, que solo se diferencia en el nombre, y que pide de su naturaleza, que se venda la cosa en la misma forma que se compra, sin mudança alguna. Y verb. Clericus. 3. n. 1. & 2. dize, que la negociacion propia es la prohibida a los Clerigos, no aquella en que se muda la materia. Lezana, tom. 2. verb. Negotium. n. 4. donde dize assi: *Maxime nota negotiationem iure prohibitam Ecclesiasticis, solum esse negotiationem proprie dictam, in qua res comparatur, ut immutata curius vendatur, non illum, que minus proprie, vel improprie vocatur negotium, in qua res emitur, ut mutata ut altera, curius vendatur, hoc enim negotium proprius dicitur artificium, seu industria quam negotium, & videtur Clericis permissa.* Azor, to. 2. lib. 8. cap. 2. q. 5. pregunta allí, qual sea negociacion ilícita a los Clerigos? y responde, que es quando se compra alguna cosa para venderla, sin mudarla en cosa alguna. *Est illa qua aliquid emitur, ut profusus non mutatum curius vendatur.* Y que a los Clerigos no les está prohibido comprar cosas para mudarlas; ó alterarlas con arte, ó con industria, ó de otra qualquiera manera, y venderlas con alguna ganancia. Esto mismo enseñan Barb. in collect. in ius. Can. to. 2. lib. 3. tit. 50. c. 6. Molin. de iust. tract. 2. disp. 342. Lefcio, lib. 2. cap. 2. dub. 1. Maldero de iust. tract. 5. cap. 2. dub. 4. Silvio in 2. 2. D. Tho. q. 77. art. 4. concl. 4. ad 6. Turriano, ibid. to. 2. disp. 59. dub. 2. Tenorio. to. 3. disp. 4. q. 7. dub. 2. Caffr. Pal. tom. 2. tract. 12. disp. 1. pun. 9. y es sententia comun; y solamente llevan la contraria algunos pocos Juristas, poco afechos a los Clerigos, como dize Diana 5. p. tract. 1. ref. 26. Y la verdad es, que si a los Clerigos se les huvieran de prohibir todas las inteligencias, ó modos de ganar dineros, porq̄ en todo modo de ganar interviene compra de la materia en que se ha de trabajar, y venta; los que no tienen Capellanias, ó Beneficios suficientes, no les quedára mas remedio, que mendigar, ó alquilar sus personas para hazer obras ajenas, lo qual cederia en desdoro de los abitos Clericales; como dize el Sacro Concilio de Trento, Sess. 2. 1. de reform. cap. 2.

370. Para mayor claridad desta doctrina se propondrán tres argumentos, que se ofrecen contra ella. El 1. que si el Clerigo por sus propias manos, y por su persona trabaja, y muda la materia con algun artificio, y la vende mas cara, no es propia negociacion; pero si no haze mas de comprar la materia, y darla a otros para que la muden, ó alteren, para venderla él por mas precio, es con toda propiedad negociacion: porque en tal caso el Clerigo no pone artificio, ni trabajo, sino solamente el comprar barato para vender caro, en que consiste la negociacion prohibida. Assi lo dizen Gutierrez de gabellis,

bellis. q. 93. n. 51. y Man. Rodr. qq. reg. tom. 3. q. 74. art. 8.

371. Segundo argumento: si fuese licito a los Eclesiasticos comprar para vender por mas precio, mudando, ó alterando en algo la materia, se abriria camino a fraudes; porque al Clerigo, que quisiere fer mercader, le seria facil hazer alguna mutacion en la materia: como si quiere emplear en cera, y hazerla candelas en fraude del Decreto Pontificio; ó si está diuidida en tres, ó quatro marquetas, hazerlas todas vna; ó al contrario, si estaua en marquetas grandes, diuidirlas, y hazerlas pequeñas, que todo esto es mudança de la materia, y arte, y trabajo; lo qual evidentemente es fraude, que a ninguno debe valer, ni aprouechar. *Frans, & dolus alicui patrocinari nõ debent.* cap. Ex tenore. de rescript.

372. Tercero argumento: en el Derecho Canonico, cap. Multa. ne Clerici, vel Monachi, se prohibe a los Clerigos la negociacion, y allí llama negociaciones ilícitas a los Eclesiasticos a catorze tratos, que pone con estas palabras: *Multa sunt negotia secularia, de quibus pauca perstringamus.* Entre las negociaciones, que allí refiere, pone el arrendar possessiones de seculares, y fer sus procuradores, y cazar con perros. Y cap. Diocesanis Cler. de vita, & honest. Cleric. prohibe la negociacion, y allí entromete prohibiendo el fer carniceros, ó taberneros, ó exercer otros oficios indecentes al estado Clerical: de donde se colige, que por negociacion se ha de entender no solamente comprar para vender sin mudar la forma, sino qualquiera ganancia, y trato indecente, y que desdiga del honor de los abitos Clericales.

373. Respondefe al 1. que aquella opinion no es verdadera, y es contra el comun sentir de los Doctores, que no ponen aquella restriccion, y contra la definicion de la negociacion propia, que pone el mismo Derecho Canonico, y admiten todos los Doctores, que en la negociacion propia se vende lo mismo, que se compró, sin variacion en la misma forma, y no dize, que la variacion la haga el mismo, que compra, y vende, ó otra persona, como criado, ministro, ó oficial suyo. Demos caso, que vn Clerigo pobre sin congrua, tenga dos negros, que le dexó su padre, que sepan algun oficio, como si son herreros, y el Clerigo les compre hierro para que hagan bolos, y cuchillos, y los venda: ó que vn Clerigo, que tiene vn negro, le compre vna barca para que le gane cada dia vn real en oficio de barquero: ó si tiene madre, y hermanas pobres, que saben hazer medias, y les compra seda, y algodón para que las hagan, y el Clerigo las embia a Nueva-España a venderlas para sustentarse a si, y a su madre, y hermanas: ninguno puede tener esta por negociacion ilícita,

cita, y configuientemente no la haze negociacion ilícita el que se execute por ajenas manos. Confirmafe mas esto contra Rodrig. el qual dize, que es licito al Clerigo comprar mulas cerriles, para venderlas despues domadas: y sin duda alguna no será licito al Clerigo domarlas por su misma persona, que es oficio, y exercicio indecente, como se dirá respondiendo al argumento tercero; luego debe dezir, que las puede domar por sus criados, y ministros, y que esto no la haze negociacion ilícita. Lo mismo se ha de dezir de los que compran ganado de cerda para engordarlo, y potros para criarlos, que no sería licito, que el mismo Clerigo fuese porquero: y supuesto que lo dán por licito a los Clerigos graues Autores, es forzoso dezir, que es licito exercer esto por terceras personas.

374. Confirmafe mas esto: el Concilio Mexicano, tit. 20. §. 1. prohibe la negociacion, y mercancia debaxo de descomunió mayor *lute sententia*, y perdimiento del empleo, y otras penas pecuniarias, y explica, que no es su intencion prohibir en aquel Decreto otra cosa, sino lo que les está prohibido por los Sagrados Canones. Despues en el §. 2. prohibe debaxo de las mismas penas a los Beneficiados de partidos de Indios, dar a los Indios de sus Feligresias, que texan, ó hilen, ó hagan otras cosas semejantes, para venderlas para tener ganancia. De fuerte, que el Concilio Mexicano, aviendo prohibido con tanto rigor la negociacion, que prohibe el Derecho, dexa permisión a los Clerigos, que no son Beneficiados de Indios, para comprar seda, y algodón, y mandar hazer a los Indios medias, y mantas, y otras cosas, pagádoles, para venderlas los Clerigos, y tener ganancia, y a los Beneficiados les permite lo mismo, como no ocupé a sus feligreses en esto, sino que lo manden hazer a otras personas: de donde se colige, que los Padres de aquel Concilio sintieron, que comprar materiales para hazer alguna obra por mano, è industria de sus ministros, para venderla con alguna ganancia, no es negociacion prohibida a los Eclesiasticos en los Sagrados Canones, aunque la juzgó por cosa digna de prohibirse a los Beneficiados, respecto de sus feligreses Indios, para evitar la coaccion, que podian padecer, por el temor, y respeto, que tienen a su Parroco. Y cap. Diocesanis Cler. de vita, & honest. Cleric. prohibe el Derecho a los Clerigos exercer los oficios viles de carniceros, y taberneros publicamente por sus propias personas, y no se les prohibe usar dichos oficios por otras personas: y assi el hazer el oficio, ó artificio por tercera persona, no lo constituye negociacion ilícita; antes la que es ilícita hecha inmediatamente por el Clerigo, no por ser negociacion propia,

fino por ser indecente, se haze licita, y artificio honesto, si se executa por tercera persona.

375. A lo que opone el argumento, de que el Clerigo, que haze por agenas manos toda la variacion de la materia, no pone industria, ni arte, sino solamente la compra, y venta, se niega: porque el Clerigo comprando los materiales, y dandolos a hazer, dirige, y dispone la obra, y por su orden se haze, y assi pone la industria directiua, y dispositiua. Panaderos ay en España, y zapateros, que no hazen cosa alguna del oficio, sino que dan orden, que sus criados lo hagan todo, y a ellos se atribuye con verdad toda la obra. Y quando se concede, que ellos no ponen industria alguna por si mismos, basta que la ponga por sus ministros, como dize la reg. 72. de reg. iur. in. 6. *Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum.* Y como se dixo arriba, comprandose para venderle en otra forma, no se verifica la definicion de la negociacion propia, venga la variacion de donde viniere.

376. Al 2. argumento se responde, que quando la variacion de la materia conduce a los usos humanos, es precio estimable, y ay titulo para llevar la ganancia, distinto de la mercancia: y assi no es negociacion propia comprar cera, y hazer candelas para vender con ganancia; pero seria negociacion ilicita, si comprasse la cera en vna maqueta para venderla en muchos pedazos, o la comprasse en muchos pedazos, y la vendiesse toda junta en vn pedazo: porque esta variacion no conduce a los usos humanos, ni es precio estimable. Esta doctrina se colige de S Thom. y de Cayet en el lugar citado arriba, donde dize, que quando se muda la materia, que se compró para venderla, se lleva la ganancia no puramente por la compra, y venta, sino por premio de la industria, o trabajo: y dize mas, porque vende la cosa *in melius mutata*, la vende mejorada en orden a los usos humanos. Esta mejoría es precio estimable, y no seria fraude el hazer la cera candelas, sino usar vn Clerigo pobre de su derecho para sustentar sus obligaciones. l. *Quod & lex. ff. de libero hom. Dolo malo non videtur habere, qui iure suo vitium.* y l. *Nullus. ff. de reg. iur. Nullus videtur dolo facere, qui suo iure vitium.* No ay fraude, ni engaño en valerse deste trato licito, que no es propia negociacion prohibida, y es cosa vtil al bien comun, que se ocupen los hombres en mejorar las cosas convenientes a los usos humanos por si, o por sus ministros: lo qual no haze el negociante, que sin mejorar las mercaderias, solamente atiende a su ganancia comprando, y vendiendo.

377. Al argumento 3. se responde, que el cap. Multa. no trata de la negociacion propia, sino de todo negocio humano en latissima sig-

nificacion, y assi prohibe la negociacion injusta: *Negotium iniustum exercere*, y permite la negociacion justa: *Nec tamen iniustum negotium est contradicendum propter necessitates diversas*, y pone entre los negocios malos, seguir la gula, y embriaguez, y usar pesos injustos, y medidas desiguales. En la Cl. Diocesana prohibe la negociacion: entendiendose de la propia, porque habla absolutamente, y conforme a Derecho. Por negociacion se entiende comprar para vender la cosa sin variarla. Demás desto prohibe otros ejercicios, y oficios por indecentes al estado Clerical, como de carnicero, o tabernero por sus propias personas, traer armas, y generalmente prohibe alli a los Clerigos todos los oficios, o ejercicios, que desdizen de la decencia, y honor de los abitos Clericales, y encarga a los Obispos el cuidado, y observancia desto. De aqui consta, que en los Sagrados Canones se prohiben a los Clerigos muchas cosas, no por ser negociaciones, o mercaturas, que no lo son propriamente, ni les conviene la definicion de la negociacion, que los mismos Sagrados Canones dan a la negociacion, que prohiben, sino por ser indecentes a los Clerigos: y no se hallará texto, ni palabra, que indique prohibirse generalmente la negociacion impropria, que llaman artificiosa, o artificio; antes está permitida, y mandada exercer a los Clerigos pobres en los Sagrados Canones.

378. Coligese de lo dicho, que la Bula de Clemente IX. no prohibe a los Eclesiasticos todo lo que les está prohibido en el Derecho, ni todo lo indecente al estado Eclesiastico, sino solamente la negociacion, y mercancia prohibida por Derecho. Si en dicha Bula se entudiesse estar prohibidos todos los negocios, que el Derecho dá por indecentes a los Clerigos, incurririan en las censuras los Clerigos, que cazan con perros, los que traxessen armas, los que tuviessen pendencias, los que se pusiessen galas no convenientes al estado Clerical: porque todas estas cosas están prohibidas en el Derecho Canonico con nombre de negocios seculares, en los lugares que cita el argumento. Pues para no dar en este inconveniente se ha de dezir, que la Bula no prohibe todos los negocios, que el Derecho prohibe por indecentes, sino solamente la negociacion propia: y assi por indecente que sea la obra, que haze vn Clerigo, y prohibida por Derecho, no incurre en las penas de la dicha Bula, si no haze negociacion propia, comprando para vender con ganancia la misma cosa en la misma forma: y consiguientemente es cosa indubitable, que el contenido en esta causa no delinquirió contra lo dispuesto por la Bula de Clemente IX. ni incurrió en sus penas.

Pero

PROTESTA.

379. Pero es cierto, que delinquirió contra los Sagrados Canones, cap. Multa, nec Clerici, vel Monachi, donde entre otras cosas que prohibe pone esta de arrendar haciendas de seglares, *conductores secularium rerum*; y como el Castellano de la Fuerça tiene derecho adquirido a dichos bombones, y a la pesca de aquel lugar, y el contenido lo arrendó, contravino a este Decreto por ser Clerigo, que goza de beneficio Eclesiastico, que por tal está recibida en estas Islas vna Sacristia, y se ordenan de Sacerdotes a titulo della. Pero en el Derecho no ay censura alguna puesta contra los dichos arrendadores: y como es Derecho no muy sabido, y el reo es muchacho, se presume ignorancia digna de perdon, con vna reprehension, y advertencia para lo futuro. En todo lo demás no ay cosa expresamente prohibida por Derecho, ni en ir a ser superintendente de la pesca, ni en el concierto de compañía hecho con los Indios, que pescaban, ni en el trato con el Sangley de la venta, y compra del pescado: ni por la general prohibicion del Derecho, en que prohibe a los Clerigos todo ejercicio indecente a su estado, le están prohibidas; porque estas cosas no desdizen del estado, y calidad de vn Clerigo pobre, como se dixo arriba en los exemplos del fundamento tercero: por lo qual si huviera hecho el pacto con los Indios de pescar, y poner bombones en parte libre, en que no tuviera derecho alguno secular, fueran licitas, y decentes la pesca, pacto, y reparticion con los Indios, y venta al Sangley.

380. No obstante esto, si su Ilustrissima juzgare, que dichas acciones, o otros ejercicios de los Clerigos, que no están prohibidos especificamente en el Derecho, son indecentes a su estado, o por ser viles, o por indicar demasiada codicia, o por semejantes a la negociacion propia; si despues de amonestados, que los dexen, persisten en ellos, los puede castigar con penas arbitrarias: porque el juicio, y examen de los ejercicios de los Clerigos, si son indecentes, o no, y el castigo de los que persisten en los indecentes, lo comete el Derecho a los Diocesanos, cap. Diocesana. Clem. de vita, & honest. Cler. donde no pone censura, ni determina pena alguna, sino todo lo dexa a su arbitrio.

CONSULTA LIX.

Sobre si segun los Sagrados Canones del Derecho comun, y del Concilio Limese, o Mexicano, y las Bulas de Urbano VIII. y Clemente IX. le sea licito a vn Cura Beneficiado la labrança de vna mina de oro, o plata en Filipinas? Item, si en ellas obligue el Concilio Limese,

o Mexicano?

Asentado por cosa certissima, que está grauemente prohibido por Derecho Canonico a los Clerigos, y Religiosos la mercancia, y negociaciones, que segun S Juan Chrysost. *Ea dicitur negotium, quae res aliqua cantur eo animo, ut integritas, & immutata cum lucro vendatur*; y que es mas estrecha la obligacion en los que son Curas: se pregunta, si vn Cura Clerigo contravendrá a lo dispuesto por Derecho Canonico, y a lo que manda este nuevo Buleto, en que por su orden se labre, o haga vna mina, aviandola, y pagando a los que la trabajan de lo que tiene, sin que para ello tenga trato, y contrato? Y la razon, que mas haze dudar, es lo que está mandado por el Concilio Limese: *Insuper neque pecora quaecumque alere praeter necessaria ad victum, aut agros collere, ceterasque statuarias artes sibi esse penitus interdictas.* Lo primero, si estamos obligados a la observancia del Concilio Limese, que por no aver ayido hasta oy Manilano, parece que el inmediato nos competia observar, que era el Mexicano, y ni vno, ni otro juzgá algunos que nos toca: por que estos Concilios son Prouinciales, Synodales, y como tales sus leyes, y estatutos son municipales, y solo se estiende su observancia a Mexico, y al Perú: y si a las Filipinas tambien obligaran, avian de obligar tambien a todas las demás Prouincias, y Reynos, y en este caso no fueran Synodales Concilios, sino generales, como el Tridentino, que por serlo se guarda en toda la Iglesia? Lo segundo, si caso que obligue la observancia del Concilio Limese, o Mexicano a las Filipinas, si la prohibicion sobredicha *ceterasque statuarias artes, &c.* se entienda comprehender lo de la mina?

No propongo otras cosas, que se deben suponer en la pregunta, porque esta cae de que pueden los Clerigos, y Religiosos hazer negociacion en algunos casos, vender lo que les cae de su Beneficio, embiar a Manila a que se vendan para pagar, o comprar lo que ha menester: y es lo que los Doctores tienen por licito, y sin que sea vno mercader; y aunque el *exercere negotiationem* les está prohibido a los Clerigos, y Religiosos por Derecho, y otras Bulas, estas, y la nueva miran vn mismo objeto, y solo se diferencia esta en el rigor, y penas, que impone para su observancia: conque lo que los Doctores dizen no ser comprehendido en aquellas prohibiciones antes desta Bula, hemos de dezir, no estar tampoco comprehendido en esta nueva. En esto me hará v. md. fauor de tomar vn poco de trabajo, y perdonar la molestia, si bien su ciencia, y conocidas letras tendrán este por negocio muy cafero para su resolucion.

Notese, que esta consulta la hizo vn Cura

X Bene-



Beneficiado a vn hombre docto desta Ciudad, el qual por hallarse embarazado en graues negocios, la remitió al Autor, pidiendo su parecer, a quien respondió en la forma siguiente.

## PARECER LX.

381. Señor Maestro, bié se echa de ver, que quien remitió a v. md. esta dificultad la tenia ya estudiada, y entendida, pues la embia resuelta con los principales fundamentos, que hazen al caso, y solamente quito ver el parecer de v. md. para quietar, y asegurar mas su conciencia, que es propio de conciencias ajustadas, y buenas no querer ser Juezes en causas propias, ni quietarse bien, hasta tener otra persona de toda satisfacion que las juzgue. El que remite el caso elige por Juez a v. md. y con su dictamen quiere quietar el proprio: si v. md. le embia este mio solo, puede ser, que no sea tan de su satisfacion, ni se quite. Suplico a v. md. que lo vea, y apruebe lo que hallare ser conforme a su parecer, y lo que le disonare lo corrija, y enmiende, para que como vna sentencia pasada en vista, y revista, no dexa recurrir al curso para inquietar otra vez la conciencia.

382. Para satisfacer a todos los puntos, que toca la pregunta, se responderá con distincion. Primeramente, si segun los Sagrados Canones del Derecho es licita la labranza de dicha mina? Despues, si se la prohibe el Concilio de Lima, ó el de Mexico, y últimamente si no le es lícito por Bulas de Urbano VIII. y Clem. IX? Respondefe lo primero, que la labranza de la mina, que se propone, no está prohibida a los Eclesiasticos por el Derecho comun, y assi licitamente la pueden labrar, atendiendo precisamente a los Canones Sagrados.

383. La prueba desta resolucion consiste principalmente en averiguar, que cosa sea negociacion, y que tratos, ó acciones prohibe el Derecho, quando la prohibe a los Eclesiasticos: para lo qual se ha de ver como la define, y explica el mismo Derecho Canonico, el qual cap. Eijciens. dist. 88. la explica assi: *Ostendam ergo quis non est negotiator, ut qui talis non fuerit, eum intelligas esse negotiatorem. Quicumque rem comparat, non ut ita integram, & immutatam vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator. Qui vero rem comparat, ut integram, & immutatam vendendo lucretur, ille est mercator, qui de Templo Dei eijcitur.* De suerte, que para ser propria negociacion se requiere segun Derecho, que se compre la cosa con intenció de bolverla a vender en la misma forma, y especie, que se comprò: por lo qual comprar alguna cosa para obrar en ella, y ponerla en otra forma, y assi venderla, no es negociacion, como el que compra algodón, y haze medias, y las vende, y el que compra ropa, y haze

vestidos, y los vende, no son negociadores propriamente segun Derecho. No obstante que esto es assi, hablando con propiedad, como define, y explica el Derecho a la negociacion, algunas vezes esta palabra *negociacion* se toma en el mismo Derecho con mas estension por qualquiera arte, y modo, que se use para tener alguna ganancia. Cap. Multa. ne Clerici, vel Monachi. se prohiben a los Eclesiasticos 14. cosas con titulo de negociacion, y ninguna dellas es comprar para vender en la misma forma, y concluye con aquellas palabras del Apostol: *Nemo militans Deo implicat se negotijs secularibus*: donde se vé claramente, que este nombre *negociacion* se toma, no por la negociacion propia, que define el Derecho, sino laxissimamente, y con impropiedad; y assi dize alli, que los Sagrados Apostoles negociaron, y que S. Benito mandò en su Regla, que por mano de algunos Religiosos se negociasse lo que fuese menester para el Conuento. Llama negociacion de los Sagrados Apostoles al trabajo, y arte con que adquiria lo necesario para sustentarse, por no ser molestos, y de carga a los que se convertian, como dize S. Pab. 1. Thef. 2. *Memores estis fratres laboris nostri, & fatigationis, nocte, & die operantes, ne quem vestrum grauaremus.* y 2. Thef. 3. *Neque panem gratis manducauimus ab aliquo, sed in labore, & fatigatione nocte, & die operantes ne quem vestrum grauaremus.* y Act. 20. *Argentum, & aurum, aut vestem nullius concupiui, sicut ipsi scitis, quoniam ad ea, quae mihi opus erant, & his qui mecum sunt, ministrauerunt manus istae.* Y de la misma fuerte llama negociacion del Conuento el arte, y modo de procurar lo necesario para los Religiosos. Las palabras del Derecho son: *Legimus Sanctos Apostolos negotiatos fuisse, & in Regula Beati Benedicti praecipitur prouideri per quorum manus negotia Monasterij procurantur.* Esta no es propriamente negociacion, sino vna como negociacion. Assi llamò la Glossa in cap. Secundum. ne Clerici, vel Monachi. a los arrendamientos de posesiones ajenas, que hazian algunos Clerigos para tener alguna ganancia: *Quasi negotiatio est.*

384. Resta agora averiguar qual modo de negociacion está prohibido por el Derecho, lo qual (aunque parezca alguna prolixidad) se ha de ver, trayendo los capitulos donde la negociacion se prohibe. Primeramente cap. Consequens. dist. 88. se prohibe la negociacion a los Clerigos, con pena de deposicion a los que negociaren: *Non erint ab omni cuiuslibet negotiationis ingenio, cupiditate que cessandum, aut in quocunque gradu sint positi, mox à Clericalibus officijs cogantur abstinere.* Lo mismo, y con las mismas palabras se determina, cap. Clerici. 14. q. 4. y cap. Canonum. dist. ead. se determina lo mismo con estas

estas palabras: *Quicumque in Clero esse voluerit, emendi vilius, & vendendi carius studio non utatur, quod si exercere voluerit cohibeatur a Clero.* Y cap. Secundum. ne Clerici, vel Monachi. se pone pena de descomunion a los Eclesiasticos, que negociaren: *Sub interminatione anathematis prohibemus, ne Monachi, vel Clerici causa lucri negotientur.* Y la misma pena se infina cap. Negotiatorem. dist. 88. *Negotiatorem Clericum quasi quandam pestem fuge.* En todos estos textos se prohibe absolutamente la negociacion, y no ay termino alguno en que se denote estension del vocablo para comprehender la negociacion impropria; y assi se debe entender, que solamente prohibe el Derecho la negociacion, que el mismo Derecho define, y explica, y dize, que es negociacion, y no aquella, que el mismo Derecho excluye, y niega ser negociacion: y especialmente en el cap. Canonum. citado, se explica con toda claridad, que habla de la negociacion propia, porque dize: *Emendi vilius, & vendendi carius studio non utatur.* La negociacion, que prohibe el Derecho, es comprar barato, y vender mas caro: vn trato en que no interviene otra obra, ó artificio para mudar la materia, que se comprò, sino solamente comprar barato para vender despues por mayor precio.

385. Podia se oponer contra esto, que en algunos capitulos del Derecho está prohibida la negociacion impropria, ó quasi negociatio, como se puede ver cap. Secundum. citado, donde despues de prohibir la negociacion, tambien se prohibe a los Eclesiasticos so pena de descomunion arrendar posesiones de personas seculares, lo qual no es propriamente negociacion, y dá alli la Glossa la razón: *Quia suspicionem habet cupiditatis, & quasi negociatio est.* Y assi no solamente prohibe el Derecho la negociacion propia, sino tambien la quasi negociacion. Y cap. Pervenit. 86. se manda con pena de suspension, que ningun Eclesiastico tome en arrendamiento posesiones de seculares, ni las administre por la ganancia, que pueden tener en esso: lo qual no es negociacion propia de comprar para vender en la misma forma.

386. Respondefe, que no se hallará texto en el Derecho en que se denote, que la negociacion impropria, ó quasi negociacion generalmente esté prohibida, y en los lugares citados en el argumento se prohibe la negociacion absolutamente, que es la que el mismo Derecho dize, que se llama, y se debe entender por negociacion, y luego demás desto prohibe el arrendar posesiones de seculares para administrarlas por la ganancia, que de esso esperan; y dize alli la Glossa, que prohibe alli este arrendamiento, porque tiene sospechas de codicia, y es vna como negociacion: de lo qual no se colige, que

prohiba a todas las quasi negociaciones, porq no todas tienen especie de codicia, como no la tuvieron las que exercieron los Apostoles; y quando la tuvieran, prohibiendo el Derecho aquella accion de aquel arrendamiento, no se ha de estender la prohibicion a otras acciones, porque es cosa odiosa, y assi se ha de restringir a sola la accion, que prohibe. En el caso presente labrar minas, y tener a su cargo su labranza, no es arrendamiento de hacienda aiena, ni administracion de posesiones de personas seculares, ni es negociacion propia, y verdadera, porque no es comprar para vender lo mismo que se comprò, sin mudarlo, y assi de ninguna fuerte está prohibida.

387. Con otra razon fundada en Derecho se prueba esto mismo: quando se trata en el Derecho de negociacion impropria, se dá por licita a los Eclesiasticos. Cap. Multa. ne Clerici, vel Monachi, vá tratando de la negociacion impropria: pone alli 14. casos, y ninguno dellos es comprar para vender en la misma especie, y assi ninguno dellos es propriamente negociacion, y de todos manda, que se abstengán los Eclesiasticos, por razon de que todos 14. dizen alguna deformidad, ó de injusticia, y agrauio de tercero, ó de torpeza, ó indecencia al estado Eclesiastico; y cerca del fin reprueba toda negociacion injusta, *negotium iniustum exercere*, y aprueba, y concede a los Eclesiasticos la que fuere justa, porque tambien los Sagrados Apostoles negociaron: *Nec tamen iustum negotium est contradicendum propter necessitates diuersas, quia legimus Sanctos Apostolos negotiatos fuisse.* Habla de la negociacion, no propriamente, sino con estension, segun comprehende a todo arte, y modo de tener alguna ganancia con que passar la vida; y dize, que no teniendo otra deformidad especial contra el estado Eclesiastico, ni contra la ley natural, les es lícito a los Eclesiasticos, porque esso pide las necesidades ordinarias de la vida humana, que no se puede passar bien, y con decencia las mas vezes, sin algun arte, y modo de ganancia. Este modo de ganancia, que pueden tener los Eclesiasticos, ó negociacion impropria, se explica mas, cap. Qui autem. dist. 91. *Qui autem turpi lucro, vel inhonesto negotio victum sibi querere prohibetur.* Llama torpe lucro, è inhonesto negotio a la mercancia, como dize alli la Glossa, porque es torpe, inhonesto, è indecente al Eclesiastico, y supone ya, que les está prohibida en los Canones antecedentes, y por el Apostol. 2. *Nemo militans Deo, implicat se negotijs secularibus.* Y coligese claramente de la letra del texto, que habla de la mercancia, porque essa es la que está prohibida a los Eclesiasticos, y no a los demás: *De oblationibus Ecclesia stipendia consequatur, quod si Ecclesia ei sufficere non potuerit, proprio*

artificio, vel agricultura (exemplo Apostoli, qui de labore manuum suarum vivebat) sibi necessaria inveniat. Y cap. Clericus. dist. ead. Clericus victum, & vestitum sibi artificio, vel agricultura absque officij detrimento paret. De aqui consta claramente, que el Derecho Canonico dexa libres a los Eclesiasticos para tener sus ganancias en qualquier artificio, è inteligencia, como no sea la negociacion, que el mismo Derecho excluye, y explica, que es comprar para bolver a vender, sin mudarle la forma, y otros oficios, y artes, q̄ el mismo Derecho les prohíbe, como son oficios de Ecriuano, que se les prohíbe, cap. Sicut te. ne Clerici, vel Monachi, y oficio de Ministro de justicia, y de Executor, Juez en causas de sangre, ó ministerios de personas legas, ó administradores de sus hazienas, ó arrendadores de ellas; y demás desto prohíbe a los Eclesiasticos (como queda dicho) todo arte, ò trato, q̄ dize alguna injusticia, y agravió contra tercero, ò otra deformidad contra la razon natural, ò indecencia cõtra el estado Eclesiastico. La labrãça de la mina no incluye injusticia, pagãdo lo que se les debe a los que en ella trabajan, y no obligando por fuerza contra su voluntad a trabajar en ella a personas libres. Ni hallo, que diga otra deformidad contra la razon natural, ni indecencia contra el estado Clerical: porque es ocupacion en que puede ocuparse qualquiera hombre honrado, sin menoscabo de su reputacion, como en vna labrança del campo; ni es mercancia, ò negociaciõ rigurosa, ni es de aquellas acciones, y artes, que especialmẽte prohíbe el Derecho Canonico: y assi tengo por cosa cierta, que por Derecho no està prohibida la dicha labrança de la mina, antes està permitida: *Proprio artificio, vel agricultura (exemplo Apostoli, qui de labore manuum suarum vivebat) sibi necessaria inveniat. Y Clericus victum, & vestitum sibi artificio, vel agricultura absque officij detrimento paret.*

388. El argumento, que contra esto se podia oponer, es, que el Derecho dispone, que el Eclesiastico gane lo que ha menester cõ artificio proprio, a exemplo del Apostol S. Pablo, q̄ con el trabajo proprio de sus manos ganaba el sustento; pero quãdo el Eclesiastico compra la materia, como el algodõn, y mandã hazer medias, y hechas las vende, no haze mas que comprar, y vender por mayor precio, y la obra, artificio, y trabajo, que alli ay, es ageno: y lo mismo parece, q̄ se debe dezir de la labrãça de la mina.

389. Responde-se a esto lo primero, que siempre es cierto, que la labrãça de la miña no es la negociacion propria, que prohíbe el Derecho, sino vn genero de artificio: y dado q̄ este artificio sea ageno, no por esto es ilícito a los Eclesiasticos, ni se halla en todo el Derecho, q̄

les sea prohibido valerse del trabajo, è industria agena, para buscar lo q̄ han menester, como lo hagan sin daño de tercero. Y segun ambos Derechos. *Omnia intelliguntur concessa, que non inveniuntur prohibita.* l. Necnon. ff. ex quib. causis. & cap. Sunt nũnulli. 16. q. 1. Todo lo que no se halla prohibido, se ha de tener por licito. Concedese alli a los Eclesiasticos, que con artificio proprio de sus manos puedan procurar alguna ganancia para las necesidades desta vida; pero no se les prohíbe, que se valgã del artificio ageno. Lo 2. se responde, que aunq̄ en el texto primero, que se alegò, dize: *Artificio proprio*; y en el segundo dize: *Artificio, vel agricultura*; no dize, q̄ sea proprio artificio, ò trabajo: y assi segun este texto, no està obligado el Eclesiastico a labrar los campos por sus proprias manos, ni a hazer por si mismo el artificio, ni a usar de su propia arte; sino que puede, y le es licito labrar los cãpos, y la mina, y otro qualquiera artificio por mano agena. Lo 3. que la labor de la mina es artificio proprio del Eclesiastico, que manda labrarla, y conduce la gente, y la paga, aunque la industria, y trabajo sea de la gente cõducida; porque segun ambos Derechos, el que haze la cosa por otro, es como si la hiziesse por si mismo. de reg. iur. in. 6. reg. 72. *Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum.* Et l. Quod iussu. ff. de diuersis. reg. iur. *Quod iussu alterius soluitur pro eo est quasi ipsi solutum esset.* Y assi antes segun las reglas de ambos Derechos, la labrãça de dicha mina es propria del Eclesiastico, q̄ la haze labrar, y artificio suyo. Lo 4. porq̄ en todo rigor el artificio es proprio de aquel, que dirige la obra, y dá el orden de lo que se ha de hazer, y manda q̄ se trabaje en lo que se ha de trabajar, mãs propriamente, q̄ de los q̄ materialmente trabajã en èl: y assi por todos caminos es cierto, q̄ por Derecho no està prohibida la labrãça de la mina, sino antes expressemente permitida.

390. Algunas personas doctas han dicho, q̄ por Derecho comun antes de salir la Bula de Clemente IX. era licita la negociacion de comprar para bolver a vender en la misma forma, concurriẽdo dos condiciones. La 1. que la negociaciõ sea licita de su naturaleza. La 2. que se haga por necesidad, y no por codicia de aumentar el caudal. El fundamẽto desto se facia de algunos textos del Derecho, y de sus Glosas: cap. Secundum. ne Clerici, vel Monachi, dize: *Sub interminatione anathematis prohiberimus, ne Monachi, vel Clerici causa lucri negotientur.* Notense aquellas palabras: *Ne causa lucri negotientur.* Notolã la Glosa, y dize: *Sed causa necessitatis possunt.* Que el Derecho precissamente prohíbe exercer la negociaciõ por causa de logro, y codicia de aumentar el caudal, y assi pueden conforme a Derecho exercerla por causa de necesidad.

idad. Y cap. Clerici. 14. q. 4. *Clerici non erint ab omni cuiuslibet negotiationis ingenio, vel cupiditate cessandum.* Y alli la Glosa: *Licitas enim negotiationis possunt Clerici facere, & hoc cum eis sua non sufficiunt.* Esta Glosa parece, q̄ claramente denota, que la negociacion, que està prohibida a los Clerigos, les es licita quando padecen necesidad. Y cap. Multa. ne Clerici, vel Monachi. *Nec tamen iustum negotium est contradicendum propter necessitates diuersas.* Y alli la Glosa. *Iusta, & honesta negotiatio licita est Clericis, & hoc intellige cum non habent sufficiens beneficiũ.* Y cap. Decreuit. dist. 88. *Decreuit Sancta Synodus nullũ deinceps Clericum, aut possessiones conducere, aut negotijs secularibus se immiscere, nisi propter curã pupillarum, aut orphanorum, aut viduarum, aut si forte Episcopus Civitatis Ecclesiasticorum rerum sollicitudinẽ eum habere precipiat.* Y alli la Glosa. *Semper intelligo, causa cupiditatis hoc fieri, nisi necessitas probetur.* Por estos quatro textos, y sus Glosas han dicho algunos Theologos, q̄ antes que saliesse la Bula de Clemente IX. era licita la negociacion propria de comprar para vender en la misma forma, quãdo concurre necesidad del Eclesiastico, ò agena, de pobres, ò huérfanos, ò viudas, ò de la Iglesia. Otros Doctores con Silvest. verb. Clericus. 3. entienden estos textos de otro modo muy diferente del pasado: dizen, que la negociaciõ propria nunca es licita a los Eclesiasticos, ni para remediar la necesidad; y assi, que quando en el Derecho, y sus Glosas se halla, que es licita la negociaciõ por causa de necesidad, se habla alli de negociacion impropria: de donde coligen, que no es licito al Eclesiastico usar de negociacion impropria, ni usar de arte, ò exercicio alguno en orden a tener alguna ganancia, si no es por necesidad propria suya, ò agena.

391. Entre estos dos modos de dezir, lo que me parece mãs conforme a Derecho, es, que la negociaciõ propria nunca la permite el Derecho a los Eclesiasticos, ni por causa de necesidad se haze licita; y la negociaciõ impropria de vender en otra forma lo que se comprò, no es pecado mortal, ni se incurre por ella cẽsura alguna, aunque se haga sin especial necesidad. La primera parte consta del cap. Fornicari. dist. 88. *Fornicari hominibus semper nõ licet, negotiari vero aliquando licet, ante quam enim Ecclesiasticus quis sit, licet ei negotiari, facto iam non licet.* Y alli la Glosa: *Propter mutationẽ status, quod ipsi erat licitum, fit illicitum.* No es verisimil, que el Derecho, ni sus Glosas llamen licita a los Eclesiasticos la negociacion, que tienẽ dada por ilícita: y de los quatro textos citados, bien entẽdidos, no se colige ser licita la negociaciõ propria por causa de necesidad. No se colige del primero, que dize: *Ne ratione lucri negotientur*; porque la

negociacion propria siempre mira inmediatamente a la ganancia, y dize intrinseco respecto al logro, porque no se compra para hazer obra alguna, ò artificio, sino inmediatamente para vender mas caro lo mismo, que se comprò, para tener logro; y alli aquella palabra: *Ratione lucri*, se puso para dar a entender, que solamente prohibia alli la negociacion propria, que es la que se exercer formalmente, è intrinseca, è inmediatamente, *ratione lucri.* Y la Glosa, que dize alli, q̄ *ratione necessitatis possunt negotiari*, habla de la negociacion impropria, que no mira de su naturaleza al logro inmediatamente, sino a la obra de algun oficio, ò artificio, con que se remedie la necesidad: y que la Glosa no hable de la negociacion, q̄ consiste en mercancia, consta, por q̄ cita, y se remite al cap. 1. del mismo tit. al fin, y alli dize el texto, que es licita la negociaciõ por las necesidades ocurentes, pues la exercieron los Apostoles, y en la Regla de S. Benito se manda, que la exerçan los Religiosos Procuradores. Y es cosa certissima, que ni los Apostoles exercierõ la negociacion propria, ni esta se mãda exercer en la Regla de S. Benito, sino solamente aquella, que consiste en exercitar algun oficio, ò arte para tener alguna ganancia. El 2. texto, que se alega, no fauorece en cosa alguna a la negociaciõ propria, que se haze por necesidad; antes prohíbe todo genero de negociaciõ: la Glosa es la que parece, que la fauorece algo; pero la misma Glosa se remite al cap. 1. a que se remitia la Glosa antecedente, que trata de la negociacion impropria, que usaron los Apostoles: y al cap. Clericus. dist. 91. donde dize, que el Clerigo, que tiene necesidad, use la agricultura, ò de otro artificio, a esto llama alli la Glosa negociaciõ licita a los Eclesiasticos. El texto 3. les fauorece menos, porque acabando de dezir, que la negociacion justa no se ha de contradecir a los Clerigos por las necesidades diuersas, que ay en esta vida, pone luego inmediatamente el exemplo de los Apostoles, que negociarõ; y assi es cierto, que no habla de la negociacion propria de tratar, y contratar.

392. El vltimo texto, que dize, que no se mezclen en negocios seculares, excepto por las necesidades de pobres huérfanos, y viudas, no habla de la negociacion propria, sino de otro qualquiera modo de mirar por las hazienas, y causas de los desvalidos, y a esto llama negocios seculares. Y todo esto consta claramente si se considera, que Graciano despues de aver puestõ en la dist. 88. y en las siguientes, diuersos Canones, en que a los Eclesiasticos se prohíbe la negociacion, y otros oficios, y tratos, despues en la dist. 91. trata de como se ha de sustentar vn Clerigo pobre, que no tiene suficiente Beneficio, y para esto trae diuersos Canones, q̄ dizen, que

que se valga de algun arte, ó oficio, y que gane el sustento *agricultura, vel artificia*: y esta es la negociacion, que las Glosas llaman licita a los Clerigos, quando tienen necesidad, porque assi se la concede el Derecho, y no a la negociacion propia, que tan prohibida les está: de fuerte, q̄ en la letra del texto no ay suficiente fundamēto para entender, que sea licita la mercancia a los Eclesiasticos por causa de necesidad. En las Glosas parece, que ay algun fundamēto; pero esse se desvanece considerando, que hablan de la negociacion, que es arte, ó artificio, y no de la mercancia: y para que esto conste con mas claridad, vease la Glosa in cap. Cōsequens. dist. 88. Prohibe alli el Derecho a los Eclesiasticos la negociacion, con pena de deposicion, y dize la Glosa: *Nec sub qualibet fraude excogitata possunt exercere negotiationem, nec causa necessitatis, ut quidam asserunt, nec causa lucri captandi ad opus pauperum.* No puede ser mas claro. Y cap. Canonum. 14. q. 4. se prohibe la negociacion propia expresamente con pena de deposicion, y dize alli la Glosa: *Sed in rudi materia possunt emere corium, & cartas, & inde facere sotulares, & libros.* De aqui consta, que ni el Derecho Canonico, ni sus Glosas dan por licita la negociacion propia de comprar para vender en la misma forma, ni la permitē por causa de necesidad, sino solamente permiten la negociacion impropria, que consiste en usar algun arte, ó oficio para adquirir alguna ganancia.

393. La 2. parte de lo que propuse, es contra el segundo modo de dezir, y es, que la negociacion impropria, ó ganancia por algun arte, ó oficio, no es pecado mortal, aunque se haga sin necesidad especial, ni se incurre cēfura alguna, atendiendo precisamente al Derecho comun. La razon desto es, porque en el Derecho no se halla prohibicion, ni censura puesta generalmēte contra los que sin necesidad usan algun arte, ó oficio, en que puedan ganar alguna cosa: y de su naturaleza no es malo, ni indecēte al estado Eclesiastico, usar algun arte, ó oficio en que se gane algo: y consiguientemente no ay titulo, ni camino para condenar la negociacion impropria, y usar de artes, y oficios, como no sean de los que estān especialmente prohibidos en el Derecho, como se dixo arriba. La 2. razō desto es, porque en el Derecho, cap. Multa. ne Clerici, vel Monachi. se indica, que no es licita la negociacion impropria, quando no ay necesidad, y dize assi: *Nec tamen iustum negotium est contradicendum propter necessitates diversas.* Este texto no pide necesidad especial, antes dá a entender, que la negociacion justa, y permitida a los Eclesiasticos, q̄ es la impropria, es licita a todos ellos por las necesidades diversas, que ocurre, y suelen ocurrir en la vida humana. Lo mas que de-

nota este texto es, que qualquiera arte, ó modo de ganancia, que el Eclesiastico tuviere, aunque sea de los permitidos, no es conveniente, que lo exerça por codicia de aumentar el caudal, y atesorar, sino para remediar la necesidad propia, ó de la Iglesia, ó de los pobres; y esto quiere dezir aquellas palabras del cap. Multa. *Quidquid plus iusto appetit homo, turpe lucrum est.* Llama torpe logro a todo lo que se busca, y apetece sin ser necesario: y todas las Glosas, que para honestar la negociacion piden necesidad, hablan de la negociacion impropria, que es el vicio de algun arte, ó oficio; lo qual para que sea totalmente acto virtuoso, sin macula de codicia, se requiere, q̄ se exerça por causa de necesidad, y assi lo dize el Abb. sobre el dicho cap. Multa. n. 6. y como son tantas las necesidades desta vida, siempre avrá titulo para usar algun arte de ganar; ó quando no aya titulo de alguna necesidad, no será pecado mortal, sino venial, mayor, ó menor, segun fuere la necesidad: sino es que intervenga graue escandalo, ó descuydo en su oficio, y obligacion, que seria pecado mortal.

394. Lo 2. se responde, que labrar minas está prohibido por el Concilio de Lima a todos los Parrocos de Indias; pero no a los demás Eclesiasticos: pero dicha prohibicion obliga solamente a los Eclesiasticos de la Metropoli de Lima, y de las demás Iglesias sus sufraganeas. Aqui determino poner, y explicar lo q̄ dispone el Concilio de Lima, porque lo pide así la pregunta, y porque de su disposicion constará claramente lo que queda dicho de la negociacion propia, y de la impropria, y como esta no está prohibida por Derecho a los Eclesiasticos, y aquella si. Primeramente el Concilio de Lima en la acciō 3. cap. 4. refiere, q̄ la mercancia estaua en aquellos tiempos muy introducida en los Eclesiasticos, con graue descuido de su estado, y para evitar este daño, demás de las penas del Derecho contra los Eclesiasticos negociantes, pone de comunión mayor *lata sententia* cō estas palabras: *Stricte precipit ne qua persona Ecclesiastica cuiuscunque gradus, dignitatis v̄ sit negotiatioē Sacris Canonibus totius prohibitam quacunque arte colere v̄ exercent. Siquis autē Clericus mercatura operam dederit, preter p̄nas à iure impostas excommunicationis sententiā ipso facto incurrat.* Habla expresamente de la negociacion propia, llamandola con nombre de mercancia, q̄ es comprar para vender en la misma forma, y especie, y esta la prohibe generalmente a todos los Eclesiasticos, y a los Clerigos con de comunión *ipso facto incurrenda*. Aqui no prohibe labrar minas. Después en el cap. 5. siguiente prohibe debaxo de las mismas penas a los Curas, y Beneficiados de Indias especialmente, exercer la mercancia con los Indios, y añade, que *neque*

*per se*

*per se, neque per aliam interpositam personam*, la exerçan; y luego les prohibe expresamente labrar minas, y embiar Indios, que traba, en en ellas, aunque sea pagandoles su trabajo, y pone de comunión mayor *ipso facto incurrenda* a los que hizierē lo contrario: y debaxo de la misma de comunión prohibe a los mismos Curas tener labranças de campo, ó ingenios, ó trapiches, y otras qualesquiera artes de ganancia. Las palabras del Concilio son: *Insuper neque pecora quacunque alere preter necessaria ad victū, aut agros colere, aut vehendis mercibus animalia tenere, vel locare, neque Indos ad mineraria sibi curanda mittere, vel eorum operam locare, qui istorum quodlibet egerit etiam excommunicatione lata sententia eo ipso se noverit innodatum. Sciunt etiā Parrochi Indorum, mineralium officinas, siue ingenia pannorum quoque lanificinas, ceteras que questuarias artes sibi esse penitus interdictas.* De fuerte, que el Concilio Limense prohibe la negociacion propia a todos los Eclesiasticos; pero la impropria solamente la prohibe a los Curas de Indios, a los quales prohibe todo modo de ganancia, sino que solamente traten de su oficio de Ministros Euangelicos, y se sustenten cō el estipendio, que se les dá: donde se puede advertir, q̄ no dize *artes questuarias*, como dize la pregunta, sino *artes questuarias*. Prohibe qualquiera arte, è inteligencia para ganar dinero, en que se comprehende la labrança de minas, y demás desto la prohibe expresamente. Pero esto no obliga a los Eclesiasticos de Filipinas, porque aquel no fue Cōcilio General, sino Prouincial, que solamente obliga en aquella Prouincia: y aunq̄ dicho Cōcilio se remitió a Roma, y el Papa lo aprobò, y confirmò, menos algunas cosas muy rigidas, q̄ le reformò; pero esta aprobacion, y confirmacion fue solamente para q̄ obligasse en aquella Prouincia, no para toda la Iglesia.

395. Pero todas estas censuras puestas contra los Eclesiasticos negociantes en este Concilio de Lima, y en otro qualquiera de las Indias, estān revocadas por la Santidad de Paulo V. en vn motu proprio, que despachó el año de 1607. donde reduce esta materia de la negociacion de los Clerigos a los terminos del Derecho comun, y manda, que los Clerigos negociantes sean castigados con todo rigor conforme a Derecho. Montenegro en su Itinerario de Parrocos, lib. 1. tract. 13. sess. 3. dize, que tiene en su poder dicho motu proprio autentico.

396. Lo 3. se responde, que labrar dicha mina no está prohibido por el Concilio Mexicano: para lo qual se advierte, que el Concilio Mexicano, aunq̄ solamente es Prouincial, obliga a estas Islas, porq̄ assi se pidió a su Santidad, y lo concedió, y mandò, que aqui obligasse, y se guardasse. Las causas porque se pidió, y con-

dió son, porq̄ quando se celebrò el Concilio de Mexico, en estas Islas solamente avia vn Obispado, y esse era sufraganeo de la Metropoli de Mexico: y quando despues se erigieron otros tres Obispados, y el de Manila se instituyó Metropoli, se informó a su Santidad por parte del Arzobispo de Manila, que era conveniēte, que aqui se guardasse el Concilio de Mexico en interin que aqui se celebrasse Concilio Prouincial, por causa que se entendia, q̄ passarian muchos años sin que se celebre, por estar las Iglesias sufraganeas en estas Islas muy distantes de la Metropoli, de fuerte, que sin mucho trabajo, è incomodidad, no pueden juntarse los Obispos a Concilio; y aumenta la dificultad el aver ordinariamente guerras cō diversos enemigos, y lo que mas es, que de ordinario estān vacantes algunas de las Iglesias sufraganeas, y todas no son mas de tres. Por estas causas lo cōcedió su Santidad, y he visto el Breve, que se guarda en el Archivo del Juzgado Eclesiastico desta Ciudad. Veamos acerca de la negociacion, para que assi se vea, si prohibe la labrança de minas. En dicho Concilio en todo el tit. 2. se trata de la negociacion, assi propia, como impropria de los Eclesiasticos. En el §. 1. trata de la negociacion propia, que llama alli mercatura, y dize: *Non solum abstineat ab usurarijs contractibus, & iure Divino damnatis, sed etiam ab his qui quamvis secularibus permittuntur, Clericis ratione sui status à Sacris Canonibus prohibentur;* y despues: *Nemo negotiationes mercaturas exercent, aut alienius procurator, negotiorum que gestor sit, aut alienarum mercium Curam suscipiat, eas que administret, aut alio quouis modo in huiusmodi negotiationibus se immisceat.* Luego pone las penas contra los transgressores, que es de de comunión *ipso facto incurrenda*, y perdimiento de todo el empleo, y demás desto, que la primera vez sean multados en 200. pesos, la segunda en 400. y la tercera en 600. y al fin del §. dize, que no es la intencion del Concilio prohibir a los Clerigos lo que por los Sacros Canones del Derecho les es permitido. *Hoc tamen decreto qua Clericis per Canones licent, prohibita non intelligantur.* De aqui consta, que el Concilio Mexicano en tanto prohibe la negociacion, en quanto está prohibida por Derecho, y no se estien de en el §. referido a prohibir otra accion, sino solamente a la mercancia, en q̄ se compra para vender la misma cosa, sin mudarla en cosa alguna, que es la negociacion, que prohibe el Derecho, como se dixo arriba. En los parrafos restantes del mismo titulo trata el Concilio de otros generos de negociacion, que dize impropria, prohibiendo algunos, y permitiendo otros con diversas condiciones. En el §. 2. prohibe debaxo de las mismas penas a los Beneficiados de partidos



tidos de Indios, dar a los Indios de sus partidos, y feligresía, que texan, o hilen, o hagan otras obras seme, antes para venderias, y tener ganancia. De aqui se colige, y se confirma lo que se dixo arriba, que debaxo de este nombre *negociacion*, no está prohibido a todos los Eclesiasticos comprar la materia, como algodón, y mandar hazer medias, o telas, y venderias: pues el Concilio Mexicano, despues de prohibida la negociacion, que prohibe el Derecho, pone otra prohibicion para prohibir las dichas acciones, y no las prohibe a todos los Eclesiasticos, sino solamente a los Curas de Indios, y a estos no lo prohibe generalmente, sino que no hagan texer, o hilar, o exercer otras artes seme, antes a los Indios de su distrito, y feligresía. De suerte, q puede vn Beneficiado, sin contravenir al Concilio Mexicano, mandar hazer tejidos, y medias, y otras cosas seme, antes a Indios, que no son de su feligresía, aunque las mande hazer para venderlas despues; porque esta no es negociacion de las prohibidas en el §. 1. sino de las prohibidas en el §. 2. en el qual no se prohibe absolutamente, sino respecto de los Indios sus feligreses, y a estos puede mandarles hazer para su uso, y de su casa, pagandoles, pero no para vender. Quando vide este §. 2. del Concilio Mexicano, estuve con alguna duda, si se comprehenderia la labrança de las minas en aquella propolición general, en que prohibe que hagan exercer a los Indios de su feligresía otras artes seme, átes: porque aunque labrar minas es arte muy diferente de la de hilar, y texer; pero en ocupar, y molestar a los Indios, que es lo principal, que intenta evitar el Concilio, se asemejan. Sali de la duda leyendo despues el §. 5. donde trata expresamente de la labrança de minas, y agricultura, y alli manda, que los Beneficiados, o Curas de Indios, no tengan estas labranças dentro del termino de su jurisdiccion, ni 10. leguas en contorno, y que las tierras, y haciendas, que tuvieren en dicho distrito, las arrienden a otros, para que las labren; pero si no hallare personas, que las arrienden, en tal caso puede el Cura hazerlas labrar, con tal que no obligue a los Indios, que trabajen en ella contra su voluntad, sino q solamente ocupe a los q libremente quisieren, y que les pague su trabajo, y les trate benignamente. Contra los transgresores no pone censura alguna; pero dize, q el Obispo en constandole, que faltan en esto, les quite los Beneficios.

397. Aora se ha de ver, si por la dicha prohibición del Concilio será pecado mortal labrar dicha mina. En primer lugar es cierto, que si la tierra donde se labra es del Beneficiado, y no halla quie. a se la arriende, dandole lo que puede valer en arrendamiento, la puede labrar, guardando las condiciones, que dize el Concilio, de

pagar a los Indios, tratarlos bien, y no obligarles por fuerza a ir a trabajar, porque assi lo dispone expresamente el Concilio, para que el Beneficiado no pierda el fruto de sus tierras, o haciendas. Lo mismo digo, aunque la tierra, o donde está la mina, no sea del Beneficiado, si tiene ya adquirido algun derecho en la mina, como si la ha puesto en perfeccion, o ha gastado en ella en disponerla, o ponerla en forma, o en via para que se saque el metal, o cosa seme, ante por que en tal caso es ya como hacienda propia, y no aviendo quien la arriende por su justo precio, la puede labrar con las condiciones referidas. Queda aora la dificultad, quando el Beneficiado todavia no tiene derecho alguno adquirido a la mina, si puede labrar, o tomar a su cargo la labrança, y si incurrirá algunas penas haziendo lo contrario?

398. Respondefe, que guardando las condiciones, que el Concilio dize, de pagar a los Indios, que en dicha labrança trabajaren, y no obligar a los que no quisieren, sino que vayan a trabajar voluntarios por la paga buena, y bué trato, que se les haze, y no por temor, ni apremio, no será pecado mortal, ni se les puede poner la pena del Concilio, que es privarles del Beneficio, por tres razones. La 1. porq el Concilio no pretende directamente prohibir la labrança de campos, y minas al Beneficiado, sino el mal tratamiento de los Indios, y el obligar a trabajar contra su voluntad, siendo libres: y assi no interviniendo esto, no se quebranta lo que el Concilio prohibe allí *per se*, y principalmente: y no faltandose a lo que la ley pretende principalmente, no se comete culpa graue contra la misma ley. La 2. porque es sentencia probable, que cessando el fin de la ley (aunque sea en algunos particulares) cessá la obligació de la ley, respecto de aquellos particulares. El fin desta ley, que puso el Concilio de Mexico, fue escusar a los Indios la molestia, que sus Beneficiados les pueden hazer con la labrança de campos, y minas: pues guardando las condiciones sobredichas, no se sigue molestia a los Indios, y consequientemente cessá el fin.

399. La 3. porque quando se halla vna mina en tierras comunes, que no pertenecen a persona alguna particular, es del primero que la halla, y aquel tiene derecho a labrarla, y assi es como hacienda propia; y aunque se hallase en tierras de Indios, que no la quieren labrar, ni tienen arte, ni aplicacion para esto, y permiten su labrança de su voluntad al Beneficiado, tiene el Beneficiado derecho a su labrança, como hazienda propia, que le pertenece: y assi no aviendo a quien se arriende la dicha labrança commodamente (como de ordinario no ay en los partidos de los Indios, ni la labrança de la

mina

mina es cosa, que se suele, ni puede arrendar, si no es dandola totalmente, y perdiendo el Beneficiado todo lo que podia adquirir en su labrança, y todo el derecho, que tenia a dicha mina) y como el Concilio Mexicano les concede a los Beneficiados de Indios, que puedan labrar las tierras propias (guardando a los Indios las condiciones referidas.) para q no pierdan los emolumentos, y vtil, que dellas les pertenece; assi de la misma fuerte pueden labrar la dicha mina; pero si el Beneficiado en la labor de la mina no guardasse la condicion del Concilio, obligando a los Indios por fuerza a que trabajen, aunque les pague su trabajo, pecaria mortalmente, porque quebrantaria el precepto del Concilio totalmente, y en lo principal, q directamente pretende prohibir, y en materia graue, haziendose odioso a sus feligreses, dandoles con esto ocasion a que no reciban su doctrina, y pasto espiritual con la pia afecció que se debe; lo qual pretendió evitar principalmente el Concilio: y que esto sea materia graue de pecado mortal, se colige tambien de la pena graue, que puso el Concilio a los transgresores de privacion de los Beneficios, la qual deberá executar el Obispo, o Visitador quando le conste, que a esto se falta.

400. Lo vltimo se responde, que por las Bulas de Urbano VIII. y Clemente IX. no está prohibida la labrança de la mina. Primeramente Urbano VIII. en la Bula que despachó a 22. de Febrero de 1633. no prohibió cosa alguna a los Clerigos, que solamente habla con los Religiosos, y no con todos, sino solamente con los que están, y en adelante estuvieren en la India Oriental, y en Japon, y China, y a ellos les prohibe la mercancia, que es la negociación propia de comprar para vender en la misma forma: *Omnem, & quamcumque mercaturam, seu negotiationem.* Pone pena de descomunion mayor *lata sententia*, y privacion de voz actiua, y passiva, y de qualquiera officios, grados, y dignidades, y perdimiento de todas las mercaderias, y del precio en q las huvieré vendido, y de todo lo que en ellas huvieren adquirido, y comete la execución destas penas a sus propios Prelados.

401. La Bula de Clemente IX. agráuo, y estendió mas esta prohibicion: estendiola a todos los Eclesiasticos, assi Clerigos, como Religiosos, de qualquiera estado, y calidad que sean, y a todos los Prouinciales de la America, en q comprehende a estas Islas Filipinas, y pone las mismas penas de descomunion mayor *lata sententia*, y privacion de voz actiua, y passiva, de grados, dignidades, y officios, y perdimiento de las mercaderias, y de lo procedido dellas, y comete la execucion a los Ordinarios, aunq sean Religiosos los que incurrieren, y reserva la ab-

solucion de la descomunion, para que ninguno le pueda abolver, hasta que có efecto aya restituido todo lo q huviere adquirido en la mercancia. Pero quanto a la materia prohibida, no se estiende mas, que la Bula de Urbano VIII. prohibe solamente la negociación rigurosa, que es mercancia de comprar para vender en la misma forma: *Ne mercaturis, & negotiationibus secularibus huiusmodi quouis pretextu, titulo, colore, occasione, & forma, etiam semel per se, aut mediantibus ministris, seu alijs personis, directe vel indirecte se ingerant, vel immisceant.* De fuerte, que aunque sola vna vez vfen la mercancia, se incurre en las penas desta Bula. Esto se puso para excluir lo que algunos dezian, q comprar para vender alguna rara vez, no constituye al que assi lo haze mercader, ni tratante, y assi no incurre en las penas del Derecho el Eclesiastico, que alguna, o algunas raras vezes haze mercancia. Este modo de dezir lo excluye la Bula de Clemente IX. y dize, que de vna sola vez, q alguno haga mercancia, incurre en las penas de dicha Bula. Despues excluye otra elcapatoria de algunos, que dezian, que por causa de necesidad se puede usar la mercancia; y declara, q por esse titulo de necesidad no se honesta la mercancia, ni por el se dexan de incurrir las censuras, y penas desta Bula. *Et quia in praemissis delinquentes, ut plurimum pretextu necessitatis se excusare presumunt, excusationes huiusmodi eis nullo modo suffragari posse, vel debere decernimus, & declaramus.* Por estas palabras de la Bula, aunque fuessé verdad lo que dexamos arriba reprochado, que por Derecho comun no está prohibida la negociación propia, quando se haze por necesidad, no se pudiera ya usar la mercancia por razon de necesidad, despues de la Bula de Clemente IX. que quiso quitar a los Eclesiasticos este medio, y modo de remediar sus necesidades: y como la negociación no es medio vnico, ni necesario para remediar la necesidad, q puede remediar se con otros medios, que dize el Derecho, *artificio, vel agricultura*, o cosa semejante; quiso, y pudo el Papa quitar este medio. Ni es verdad lo que algunos despues que salió esta Bula han dicho, que alli no se prohibe el trato por necesidad verdadera, sino quando la necesidad es fingida, y paliada, y que esto quiere dezir: *Pretextu necessitatis*; no es esto assi, por que el pretexto de necesidad, no quiere dezir necesidad fingida, sino que la necesidad (aunque sea verdadera) no puede ser titulo, ni color para q se haga licita a los Eclesiasticos la mercancia, ni por esse titulo se escusan de incurrir las censuras. Y se colige claramente de las palabras de la Bula referida, que dize, que los Eclesiasticos negociantes, por la mayor parte pretenden escusarse con pretexto de necesidad: y es

Y cierto,

cierto, que no es lo mas común quererse escusar con necesidad fingida, especialmente quando pretenden escusarse en conciencia, y creer, que les es licita la negociación; que lo ordinario es procurar dar buen color, y honestar el trato con las necesidades desta vida, que las mas vezes son verdaderas. Todo el rigor referido pone contra los Eclesiásticos, que vsan mercadería; pero no se halla palabra en dicha Bula, que denote estension a la negociacion impropria, de buscar la vida cō algun arte, ò inteligencia; sino solamente prohibe la negociacion propia, que es comprar para bolver a vender, sin mudarle la forma. Y consta de la narratiua de la Bula, q̄ solamente prohibe la negociacion propia; por que vna de las razones, que dá para prohibir la negociacion, es, porq̄ está prohibida a los Eclesiásticos en los Sagrados Canones: y ya queda probado, que en estos folantes se prohibe la negociacion propia. *Considerans per Sacros Canones omnibus Ecclesiasticis mercaturam, & negotiationes seculares districte prohiberi.*

402. En resolucion digo, que la labranza de la mina no está prohibida a los Eclesiásticos en el Derecho, ni en las Bulas de Urbano VIII y Clemente IX. En el Concilio de Lima está prohibida con graues censuras, pero no obligan sus Decretos en estas Islas. En el Concilio Mexicano se permite con dos calidades, de no llevar Indios involuntarios, que trabajen en ella, y que a los que fueren assi por su voluntad, se les pague lo que justamente se debe a su trabajo. De fuerte, que quiere el Concilio, q̄ los Indios, que han de trabajar en la mina, sean llevados, y combidados al trabajo con el buen tratamiento, y buena paga, y no de otra manera, y prohibe conducir Indios de su jurisdiccion, para trabajar en minas, sin dichas calidades, no con censuras, sino con pena de priuación del Beneficio.

## CONSULTA LX.

*Si a los Eclesiásticos es licita la ganancia, que sacan comprando, y mudando la materia, que mas parece artificio, que negociacion? Y si a los que huvieren incurrido en la negociacion propia se les podrá mitigar la pena, y qual se les impondrá? Y si alguno alegare, que contratò por necesidad, si se le puede dar por no comprendido en la Bula? Y de la misma suerte, si se puede escusar de castigar con todo rigor de Derecho a los Beneficiados, que han hecho faltas en la residencia de sus Beneficios?*

## PROPUESTA.

**T**Rato de salir a la visita de todo este Obispado, y tengo algunas noticias de tratos de negociacion entre los Beneficiados (aunque con certeza no sé cosa alguna hasta ahora) pero

temo, que si se atiende al rigor de la Bula de Clemente IX. no quedaria Beneficiado, que administre a los Indios: pues no solamente les quita los Beneficios, que actualmente poseen, sino que también les pone inhabilidad perpetua de oficio, y Beneficio. Salgado, y Alberico, y la Glossa in Summ. 14. q. 3. dicen, que quando vsan de algun arte mudando la materia, no es negociacion. V. P. me diga lo que siente desto, y si a los que realmente huvieren vsado la negociacion, comprado, y vendiendo sin mudar la materia, les puedo mitigar la pena, y quanta les podré poner? Y si se le puede escusar de toda pena al que lo huviere hecho por necesidad? porque ay aqui Beneficios muy tenues. Y si se podrán moderar las penas, y rigor tan grande, que pone el Derecho a los que tienen Cura de almas, por las faltas en la residencia?

## PARECER LXI.

403. **R**espondo, que la negociacion prohibida a los Eclesiásticos, pide de su naturaleza, que se compre la cosa para venderla en la misma forma, sin mudarla; porque en dandole a lo que se comprò nueva forma, que tenga precio, ò estimacion para los vsos humanos, no se espera la ganancia inmediatamente de la negociacion, ò mercancia, sino del trabajo, oficio, ò arte con que se mudò la materia comprada; y el mayor, y mas fuerte fundamento de esta verdad es la definicion, que se halla en el Derecho de la negociacion, que prohibe el mismo Derecho, cap. Eijciens. dist. 88. de *substantia negotiatorum* *nouissime nihil remanet, nisi solum peccatum, sed omnes homines videntur esse mercatores, ostendam ergo quis non est negotiator, ut qui talis non fuerit, eum intelligas esse negotiatorem: quicumque rem comparat, non ut ipsam integram, & immutatam vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi; ille non est negotiator, qui autem comparat rem, ut illam ipsam integram, & immutatam dando lucretur, ille est mercator, qui de Templo Dei eijcitur.* Advierte bien, que todos los hombres se pudieran llamar negociadores, y mercaderes, si qualquiera compra, y véta confituyera mercader, ò negociador: porque no ay hombre en el mundo, que no tenga algunos negocios, compras, y ventas; y luego determina, que para que vno sea propriamente mercader, y negociador en el sentido, que el Derecho prohibe serlo a los Clerigos, y Religiosos, se ha de verificar, q̄ compra para vender en la misma forma, sin mudar lo que compra, para sacar ganancia inmediatamente de la compra, y venta. Y añade allí, que los que en esta forma cōpran son echados del Templo de Dios; esto es, del Clero: porque del mismo Derecho, en la misma distincion, cap. antecedente al ya referido, const-

consta, que los que no son del Clero pueden licitamente negociar, y consiguientemente no dize dellos, que ay an de ser echados del Templo de Dios por esta causa. Dize allí assi: *Negotiari aliq. modo licet, aliquando non licet. Ante quã enim Ecclesiasticus quis sit, licet ei negotiari. Postquam non licet.* Por lo qual siempre que no constare, que el Eclesiástico comprò para bolver a vender lo mismo en la misma forma, q̄ lo comprò, para tener ganancia, no se le puede declarar por incurso en las penas, que pone la Bula de Clemente IX. contra los Eclesiásticos negociadores. Pero tambien se ha de advertir, que si algun Eclesiástico se diessè notablemente a la negociacion impropria, como si comprasse seda, ò algodón para hazer medias, y venderlas, y especialmente si las mandassè hazer a otros, como criados, ò ministros suyos, para venderlas èl, y tener ganancia: aunque esto no es en rigor negociacion, ò mercadería prohibida por Derecho, pues no le conviene la definicion, que el mismo Derecho dá a la negociacion que prohibe; ni es la negociacion, que Clemente IX. prohibe con censuras en su Breue, porque en el mismo Breue claramente se dá a entender, que no se prohibe otro trato, sino el mismo que prohibe el Derecho, y assi dize dicho Breue: *Sacris Canonibus, & Decretis inherentes.* Se despachò dicho Breue conforme a los Sagrados Canones, prohibiendo la misma negociacion, que ellos prohiben: y el que por otros haze medias, ò texe paños para venderlos, no se llama propriamente mercader, ò negociante por interpositas personas, sino mediero, ò texedor por otros ministros; como el panadero, que compra trigo, y lo haze amasar por sus ministros para venderlo, no es mercader, sino panadero. No obstante esto debe el Obispo prohibir estos oficios, y ganancias a los Clerigos, que en esto se ocuparen notablemente; lo vno, porque indica codicia; lo otro, porque tiene apariencias, y vsos de mercancia, y negociacion. Y el Derecho, cap. Dicecesanis. Clem. de vita, & honest. Cleric. comete a los Obispos el juzgar de los oficios, y modo de viuir de los Clerigos, si es decente a su estado; y si hallaren, ò juzgaren no ser decente, dize allí el Derecho, que les amonesten, y si amonestados no se enmendaren, que los castiguen cō penas arbitrarias, que juzgaren convenientes. Pudiera acontecer, que algun Clerigo se ocupasse tanto en estos oficios, que en ellos tuviere tanto diuertimiento, embarazo, y codicia, como si fuera propriamente mercader: y en tal caso no ay duda, sino que debiera el Prelado cōpelerle a dexar semejantes oficios con grauissimas penas, si estas fuessèn necesarias para que los dexasse; pero como serian puestas por el Obispo, no ay duda sino que podrá moderar-

las, y aun remitirlas del todo, hallando esperanzas de enmienda en el culpado.

404. Ad 2. resp. que constando, que algun Eclesiástico hizo el trato de negociacion propia, se ha de tener por incurso en todas las penas, que pone el Breue de Clemente IX. porq̄ dicho Breue dize expre ssamente, que *ipso facto* se incurran con esta diferencia, que la delcomunion la incurren, aunque no aya declaracion alguna de Juez; pero las demás penas, que son priuacion de voz actiua, y passiua, y de oficios, y dignidades, y grados, y de habilidad para ellos, y otros qualesquiera, y perdimiento de las mercaderias, y de la ganancia q̄ se sacare dellas, por ser penas muy graues, y pedir para su execucion accion passiua, es necesario que aya sentencia de Juez, no que imponga las dichas penas, que ya están impuestas, è incurridas por el mismo hecho del trato, y negociacion, sino sentencia declaratoria de que están incurso en dichas penas, y assi lo debe declarar el Juez. Del modo que estas penas se pueden mitigar, es dis pensando al incurso en ellas, que el Obispo tiene potestad de hazer dicha dispensacion por Derecho, cap. At si Clerici. de Iudicijs. donde se determina, que de adulterios, y otros crimines menores puede el Obispo dispensar; y la negociacion del Clerigo, no es crimen mayor, que el adulterio. Y Silvest. verb. Pœna. q. 8. circa fin. dize, que el Juez aun despues de aver pronun ciado la sentencia puede mitigarla, si puede dispensar sobre el delito, por el qual fue impuesta: y si se mira bien el Breue de Clemente IX. no se hallará, que quite a los Ordinarios la potestad de mitigar, ò dispensar en dichas penas; solamente les encarga las conciencias, en que las mercaderias, y ganancia procedida dellas, no las apliquen a otros vsos, sino a los que allí refiere de Hospitales, Seminarios Eclesiásticos, y operarios. A los Prelados inmediatos de los Religiosos, y a los Prouinciales, y Generales de sus Ordenes, se les manda debaxo de las mismas censuras, y penas, que castiguen a sus subditos, que hallaren culpados en la negociacion; pero luego modera muchissimo este precepto, y dize, que los dichos Prelados por lo menos estén obligados a sacar al subdito, que en esto delinquiere, del lugar donde cometiò el delito. De aqui consta, que con sola esta pena, que los Prelados de Religiosos den a sus subditos delinquentes en la negociacion, cumplen lo que en el Breue se les manda, y pueden dispensar en las demás penas: y de la misma fuerte podrán dispensar los Obispos a los Clerigos sus subditos, pues no es creible, que quiso la Sede Apostolica castigar con mas rigor, y mas indispensablemente a los Clerigos, que a los Religiosos; siendo assi, que es mas culpable la negociacion

en los Religiosos, que en los Clerigos; pero se ha de notar vna clausula de rigor, que añade el Breue, diciendo, que el Eclesiastico, que en esto delinquiere, no pueda ser abtuelto de la censura haita que restituya las ganancias, que tuvo en la negociacion. De aqui colijo, que es forçoto en ambos fueros mandarles restituir, por lo menos todas las ganancias, que tuvieron en la negociacion: y en el fuero externo se le debe quitar todo el empleo con capital, y ganancias, porque el Summo Pontifice en dicho Breue dize, que *ex nunc pro tunc*, por el tenor de las presentes letras aplica a los vfos referidos todas las mercaderias, con qualesquiera ganancias, q̄ dellas ayã procedido: y despues añade, que los Ordinarios estén obligados a distribuir dichas mercaderias, y ganancias en dichos vfos, y no en otros. Por todo lo qual, juzgo, q̄ la pena irremissible, q̄ se debe poner al Clerigo, que constare en el foro externo por legitimas probanças aver negociado, es privación de todo el empleo, y sus ganancias, y en todo lo demás se le puede dispensar, y absolverles de las censuras, y vna reprehension, y conminacion de que se les cargarán todas las penas, si bolvier a delinquir. A esta moderación obliga la necesidad de Clerigos, que si a estos les privan de sus Beneficios, no ay otros buenos, ni malos a quien darlos; y el Breue (como queda dicho) no cierra la puerta a dicha moderacion.

405. Antes de llegar a estas penas se ha de ver si dicho Breue está promulgado en esta Diocesi. Vna promulgacion, que mandò hazer el señor D. Manuel de Leon, que era Governador de las Islas quando llegó dicho Breue, la tengo por invalida, è insuficiente para obligar a los Eclesiasticos. Hizo la promulgacion a son de caxas de guerra, por vn Escriuano Publico secular, por las calles: este no es estilo de promulgar Breues Apostolicos; y este Breue dispone, y dá facultad a los Ordinarios, y a sus Vicarios generales en lo espiritual, para que cada vno en los lugares de su jurisdiccion lo publiquen: y assi no tengo por abil, ni competente la publicacion militar, que hizo de dicho Breue. Y juzgando esto mismo el señor Doct. D. Fracisco Pizarro, Obispo de la Nueva Segouia, q̄ entonces era Prouisor en Sede vacante, hizo publicar dicho Breue en la Cathedral por sus Notarios, y remitiò a los Governadores de los Obispados sufraganeos trasladados autorizados, para q̄ lo publicassen. El Governador de esse Obispado, que se llamaba fulano de Espinosa, respondió, que no se aceptaua dicho Breue en esse Obispado. No escriuiò si lo avia promulgado, juzgo que no lo promulgaria; y si fue assi, no obliga todavia a esse Obispado: especialmēte, que no consta, q̄ se promulgasse en Roma,

ni se fixasse en los lugares que se acostumbra, para que obligue en toda la Christianidad, porq̄ como este Breue solamente se despachò para las Indias, solamente mandò, que se notificasse a los Superiores de las Ordenes, para que avisassen a sus subdiros, y mandò promulgarle en las Prouincias de Indios. Tambien se puede reparar en la aceptacion de dicho Breue, q̄ aunq̄ es verdad, que los subditos están obligados a aceptar las leyes puestas por sus Superiores, y no depende de su voluntad, y aceptación la obligacion de obedecerlas; lo qual tiene mas fuerza en los Decretos Pontificios, porque el Papa no recibió del pueblo la autoridad, y potestad de poner leyes, sino inmediate de Christo. No obstanté esto consta, q̄ los Decretos Pontificios, aun despues de aceptados, se derogan por la costumbre contraria, como consta del Derecho, cap. Cum tanto, de consuet. Y vn Breue, que desde principio no se aceptó, y nunca estuvo en posesion de observarse pacificamente, menos se requiere para q̄ dexé de obligar, y pierda su fuerza, que el que ya estuviere aceptado, y en pacifica posesion de obligar: por lo qual se ha de ver si dicho Breue se promulgò legitimamente, y si se aceptò en esse Obispado; y si nada desto ay hecho, no ay para que dar por incurfos en sus penas a los Clerigos negociantes, sino proceder contra ellos conforme al Derecho Canonico, que no pone penas *ipso facto*, sino *ferèdas*. Cap. Conséquens. dist. 88. dize, que sean echados del Clero: *Ab indignis quæstibus nouerint abstinendum, & ab omni cuiuslibet negotiationis ingenio cessandum, aut in quouunque gradu sint positi. Mox a Clericalibus officij abstinere cogantur.* Este rigor se halla moderado cap. Ex literis. de vita, & honest. Cleric. Manda allí, que los Clerigos negociantes sean amonestados tres vezes, y si no se enmendaren, pierdan el priuilegio Clerical. Y cap. Secundū. ne Clerici, vel Monachi. pone pena de decomunion ferenda: *Sub interminatione anathematis prohibemus ne Monachi, vel Clerici causa lucris negotientur.* Si no está promulgado dicho Breue, se puede proceder en la forma dispuesta por el Derecho comun, amonestandolos tres vezes, y si amonestados delinquen, penarles en perdimiento de las mercaderias, y ganancias, q̄ es pena adecuada, y mas apta para apartarlos de la negociacion, que otra alguna. En Manila el Cabildo Eclesiastico suplicò del Breue, y remitiéron la suplica a Roma por vn P. de la Compania, que fue por Procurador, y por esta causa dizé muchos, que no les obliga el Breue, y tienen fundamento, cap. Si quando. de rescript. dō. de dize: *Si quando aliqua tua fraternitati dirigimus, que animum tuum exasperare videntur, turbari. nõ debes, qualitatem negotij, pro quo tibi scribitur,*

*bisur, diligenter considerans, aut mandatum nostrũ reuerenter adimpleas, aut per literas tuas, quare adimplere non possis, rationabilem causam prætextas.* Si en la Metropoli se ha suplicado de dicho Breue, no es mucho q̄ en esse Obispado no se aya promulgado, esperádo los Clerigos conformarle con lo q̄ alcançaren los de la Metropoli.

406. Ad 3. resp. que estando en los terminos del Derecho Canonico, muchos Doctores afirman, que por necesidad es licita a los Clerigos la negociacion. Lleua esta opiniõ el Obispo Montenegro en su Itinerario para Parrocos de Indias, lib. 1. tract. 13. sess. 6. dōde cita a otros muchos, y estiene esta necesidad muchissimo con este fundamento: *Vnusquisque habet ius vt vinas secundum statũ suum.* De aqui se colige, q̄ si vn Beneficiado sacando del estipendio, y demás emolumentos, que tiene, los daños que ha de pagar al Obispo, y gastos de visita, no le queda suficiente para tratarse honradamente, para vestirse, y comer segun su estado, y para sustentar vn par de mulas, criados, y criadas que le sirvan, comprar libros, remunerar, y regalar a sus bienhechores; q̄ en este caso no tiene congruo sustento para la decencia de su estado, y podrá a titulo de necesidad tener algun trato, y negociacion. Mucha larga me parece esta, porque el Beneficiado de vn Beneficio corto no tiene derecho para sustentarse cõ tanto regalo, y decencia como vn rico, ni tiene derecho a hazer presentes quantiosos, que con vn poco de fruta cumple muy bien vn pobre: ni tengo por necesidad el que tenga mulas, ó cauallos, que solamente los tienen los ricos; y a vn Clerigo pobre basta vn criado, que le haga de comer, y vn muchacho que le lleue el payo.

407. Estando en los terminos del Breue de Clemente IX. es dificultoso escufar a alguno por causa de necesidad, porque dize el Breue, que prohibe las mercaderias, y negociaciones por qualquiera pretexto, titulo, color, ingenio, causa, ocasion, y forma. Esta clausula tan general, parece que excluye titulo de necesidad, y les quita este medio, y modo de remediarfe; y seria cosa increíble dezir, que no ay otro camino para sus necesidades, sino la negociacion propria, pudiendo ocuparse en otra cosa en q̄ ganassen algo con mas decencia, y menos trafago, que el empleo, y negociacion propria. Vn parecer manuscrito vide el año pasado, en q̄ se daua por licita la negociacion a los Clerigos por causa de necesidad verdadera, aun estando en los terminos, y rigor del Breue de Clemente IX. No ponía mas fundamento, de que el pretexto de necesidad, que excluye el Breue, quiere dezir, y significa color falso de necesidad, y assi no excluye la necesidad verdadera. Que el pretexto signifique falsedad, lo pro-

baba cõ autoridad de vn Autor graue antiguo, que no me acuerdo quien fueffe; y haziendo diligencia para ver la verdad de la significaciõ deste termino *prætextus*, hallé en el Lexicõ de Ximenez, que vulgarmente llaman Vocabulario Eclesiastico, verb. *Prætextus*, que cita a S. Geronom. in epist. ad Nepot. y a Teophilato. Math. 23. por este tentir, y buscandolo en estos dos Autores no lo hallé. Puede se alegar en fauor desto, que el Breue quando trata de los que escufan su negociaciõ con diferentes pretextos, determina, y declara, que no les deben valer dichos pretextos, escufas, colores, ocasiones, ó causas. Y aqui quando trata especialmēte de la necesidad, no excluye causa, ò ocasion de necesidad, sino solamente pretexto: y a esta clausula, que especialmente habla de la necesidad, se ha de atender, y esta deroga a aquella general: *Generi derogatur per speciem.* reg. 34. de reg. iur. in 6. y 1. In toto. ff. de reg. iur. *In toto iure generi per speciem derogatur, & illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.* A esta clausula se ha de estar, en la qual habla especialmente de la necesidad, y no a la antecedente, donde generalmente excluye pretextos, escufas, colores, ocasiones, y causas para negociar: y como en esta clausula solamente excluye pretexto de necesidad, y por pretexto de necesidad se entiene color, y focapa de necesidad falsa, y fingida; de aqui parece seguirse, que no prohibe la negociaciõ por causa de necesidad verdadera.

408. No obstante esto juzgo, que estando en los terminos del Breue de Clemente IX. no se puede escufar de incurrir la culpa, y penas de la negociacion, el que con necesidad verdadera se vale de la negociaciõ. Lo vno, porque no está averiguado, que esta palabra *prætextus* significa siempre color, ó titulo falso, sino que está indiferente para titulo, ó color verdadero, ò falso cõ que honestar algun hecho. Lo 2. porque la necesidad no es suficiente titulo para el trato, que ay otros medios con que sustentarse, y esto basta para verificar, que tiene alguna falsedad este titulo, y color para el trato, porque de verdad no es color, que realmente lo honeste. Lo 3. que de las mismas palabras del Breue consta, que excluye todo titulo, color, y causa; y lo especial de la necesidad no se opone a lo que generalmēte tiene dicho el mismo Breue, y assi no se puede entender, ni presumir, que quisiesse en el mismo Breue derogar por aquella clausula, lo que generalmente dexa establecido, no constando claramēte, que esta clausula especial se oponga a la general, sino antes pretende corroborarla mas. Lo vltimo, porque tēgo por cierto, que ningun Beneficiado padece verdadera necesidad, sino que todos tienen cõ sus Beneficios con q̄ sustentarse honradamēte, si no



si no quieren tener gastos superfluos, y juego.

409. Ad 4. resp. que no está muy rigoroso el Sacro Concilio de Trento en obligar a los Beneficiados a residir en sus Beneficios, como consta de la Sef. 23. de reform. cap. 1. donde explica lo que se avia determinado en el mismo Concil. Sef. 6. de reform. cap. 1. Primeramente en el lugar citado de la Sef. 23. concede a los Beneficiados, que pueden estar ausentes por poco tiempo, sin que para esto ayan menester licencia, ó causa especial, con tal que estas ausencias pequeñas en todo el año no pasen de dos meses, ó quando mucho de tres: *Quoniam autem, qui aliquantisper tantum absint ex veterum Canonum sententia non videntur abesse.* Estas ausencias pequeñas pueden ser 3. ó 4. dias, porque en el Derecho esto se reputa por tiempo cortissimo, sin derrocion, ni tardança. I. Sententijs. C. de errore advocator. *Ex continent, idest, triduo proximo.* Y I. Cum specialis. C. de iudicijs. *Illico autem, idest, intra triduum proximam, sine ulla dilatione.* De donde se colige, que el que se ausenta, y solamente falta tres dias, se reputan q̄ bolvió luego al punto sin dilacion, y para estas ausencias no es necesario dexar quie supla, si se previene antes si ay enfermos, que necessiten de recibir los Santos Sacramentos. Lo 2. les permite, que puedan no residir por notable tiempo, como no passé de dos meses, aunque la causa no sea graue; pero la causa ha de ser razonable a arbitrio del Obispo, cuya licencia han de llevar, y ha de quedar en el Beneficio quie supla, y administre los Sacramentos, y se le ha de dexar el sustento proporcionado a su trabajo. Lo 3. que por causa graue pueden no residir mas de los dos meses continuos, todo lo que fuere necesario segun el arbitrio del Obispo, cuya licencia han de llevar por escrito, dexando tambien quien supla, como se dixo arriba. Todo esto no lo tengo por rigido, sino por muy benigno, y proporcionado a la fragilidad humana, y necesidades que ocurren a los hombres.

410. Las penas de la misma fuerte no son rigorosas: dispone primeramente, que los no residentes fuera de los casos referidos, no hazen suyos los frutos del Beneficio, y rateádolos deben restituir a la fabrica de la Iglesia, ó a los pobres del lugar, los que al tiempo de la ausencia corresponden. Esto es pura justicia commutativa, y no rigor; y si con todo esto no residieré, los Ordinarios les pueden compeler censuras, embargo de bienes, y frutos del Beneficio, hasta priuarle del mismo Beneficio: y todo esto lo dexa al arbitrio del Obispo, sin poner estrecha obligacion, dexandole libertad para vsar de los remedios, que le pareciere convenientes, como consta de aquellas palabras: *Si per editum citati contumaces fuerint liberum esse vult Ordinarijs,*

*per censuras Ecclesiasticas, &c.* Qué cosa mas benigna?

## CONSULTA LXI.

*Sobre si a vn Ecclesiastico le sea licito llevar de ganancia cada mes 4. reales de cada 10. pesos que presta sin prendas, y dos reales con prendas seguras?*

## PROPOSTA.

VInome a preguntar vn Sacerdote, si podrá llevar cada mes vn tosto por cada 10. pesos con prenda, segun el trato corriente de tres contratos? Respondile entonces (no ofreciendoseme la Bula de Clemente IX. que prohibe a los Ecclesiasticos el trato, *sive per se, sive per alium*, con muchas censuras, obligandoles a restituir la ganancia) que podia llevar 4. reales sin prendas, y 2. con prendas, y que esto se entendia si no era mucha la cántidad: y a la verdad no era mas de 60. pesos, ó 70. Despues hize escrupulo, porque me pareció, que era tratar *per alium*, y se lo consulté a V.R. y me parece, que vino en que se podia pasar por ello: aora estoy con escrupulo, V.R. se sirva de dezir, si le dexaré, ó avisaré, que no prosiga?

## PARECER LXII.

411. **R**espondo, que esse trato es indecete al estado Ecclesiastico, porque tiene alguna apariencia de vsura: dixe a V.R. que no era menester mandarle restituir la ganancia, q̄ ha tenido hasta aqui, ni darle por incurso en las censuras; pero que dexasse esse trato, que solamente lo vsan en esta tierra negros, y gente miserable. Las razones de todo esto son: la 1. por la suplica, que tienen hecha los Clerigos al Papa, la qual (como se verá en el parecer siguiente) suspende la obligacion de la Bula. La 2. que aunque el Clerigo celebra aqui trato de compañía con aquel, que recibe el dinero, y por esto no es vsura llevar las ganancias, que no las lleva por razon de emprestito, sino de ganancia en el trato de mercancia, que exercita el que recibió el dinero: con todo esto el Clerigo, ni compra, ni vende, *neque per se, neque per alium*, hablando en todo rigor; y no haze otra cosa mas de entregar el dinero al seglar, para que como quisiere haga el trato, y no le meta en él mas de para darle sus dos reales por ganancia de 10. pesos. Hará escrupulo esto reparando en que este Clerigo trata *per alium*, porque tratar *per alium* no es otra cosa, sino dar mi dinero para que otro trate con él por mi cuenta, y llevar yo ganancias de aquel trato.

412. Respondo, que el que trata *per alium*, no se exime totalmente de la mercancia, su dinero se emplea para venderse mas caro por alcanzar aquel lucro, en lo qual está la deformidad del trato, que consiste en comprar barato

PARA

## PARECER LXIII.

para vender caro; pero el que del modo propuesto en el caso entregó a otro su dinero, ni cuyda de que tenga lucro, ó no lo tenga, ni se mete en mas, que en cobrar sus dos reales: no tiene mas cuidados, ni traginos, que el que cobra vn censo. Y notese, que muchos Autores dán este trato por vsurario, porque no le hallá razon alguna de trato, porque no corré con el dinero en cosa alguna, ni en el riesgo, ni en el mayor, ó menor lucro: parece que traspasó el dominio del dinero en el que lo recibió, para q̄ haga del lo que quisiere, y consiguientemente, que es mutuum, y no compañía; por esta causa dize indecencia, y ocasion de mal exemplo en vn Ecclesiastico. Otros Autores lo dán por licito, porque no transfiere el dominio, y assi no es mutuum, sino trato de compañía. Pues atendiendo a la precision destas dos opiniones, se saca dellas el camino por donde se honesta probablemente este trato de tres contratos, que no es vsura; porque en rigor no ay mutuum, pues no puede el que lo recibe vsar de aquel dinero en otros vsos, sino en el trato, y assi no está en él el dominio. I. In re mandata. C. Mandati. *Sua quisque rei est moderator, & arbiter.* El que recibe este dinero, no puede arbitrar, ni disponer del a su gusto: y assi no se verifica, que en él se aya transferido el dominio; pero de tal fuerte carga toda la mercancia, y trato en él, que el Clerigo no queda tratante, si no es con grandissima impropiedad. Y esta Bula como es odiosa se ha de restringir, que solamente prohiba el trato propio, y rigoroso, que haga al Ecclesiastico con todo rigor tratante, y mercader: *Odia restringi, fauores conuenit ampliari.* de reg. iur. in. 6. reg. 15. En el parecer siguiente se explica mas este trato.

## CONSULTA LXII.

*Sobre si a vn Ecclesiastico le sea licito el trato de correspondencia muy usado por acá, de dar a vno, que va, ó emplea para Nueva-España, mil pesos, para que a buelta de la Nao le dé 500. de ganancia, yendo en cabeza de dicho*

*Ecclesiastico el riesgo?*

## PROPOSTA.

VN Clerigo Sacerdote dá a vn Español mil pesos, que lleue empleados a Nueva España, con escritura de que le ha de dar a la buelta 1500. con el riesgo, que es trato corriente en la tierra. Preguntase, si puede hazerlo sin incurrir en las penas del Derecho, y de la Bula, por estar cogidos en ella todos los puertos en las particulas *nec per se, nec per alium, nec titulo necessitatis*, atendiendo a la suplica, que ha hecho el estado Ecclesiastico a su Santidad, y parecer, que dicen ay de Theologos?

413. **R**espondese, que puede hazerlo, porq̄ es comú sentir de los Doctores, que quando vn Principe embia vna ley, que en alguna Prouincia tiene especial dificultad su observancia, y notable incommodidad, pueden los súbditos suplicar della, y en interim no les obliga. Y esto es mas verdad en las leyes, que pone el Papa, porque su jurisdicció es mas dilatada en diuersas naciones, y assi no le puede contar la especial dificultad, que tendrá alguna de sus leyes en alguna región muy remota. Esta de las Filipinas es remotissima, y como aqui no ay Capellanias estables, ni rentas tantas Ecclesiasticas de importancia, que todas las viñas, y oliuares consisten en el trato; tiene la observancia desta ley particular dificultad, è incommodidad en los Clerigos: y assi parece, que tuvieron justo titulo para suplicar de dicha Bula. Si se opusiese contra esto, que esta prohibicion del trato es de Derecho Canonico, y se ha prohibido en otras Bulas, y assi no es posible, que el Papa la admita; y consiguientemente la dicha suplica no es conforme a razon, y la suplica, q̄ vá fuera de camino, y de razon, no puede tener esse efecto de suspender la ley, porque para que la suplica suspenda a la ley se requiere, que sea tan razonable, que prudentemente se espere, que el Principe la acepte: responde, que esto no conviene, porque no obstante la prohibicion del Derecho avia opiniones, q̄ en casos de necesidad, y por otros titulos podian tratar; y la Bula de Urbano, y otras no prohibian generalmente el trato en todas partes, sino en tierra de infieles: por lo qual algunas cosas especiales tiene esta Bula de que se puede suplicar, y el Derecho, y otras Bulas no ponen las censuras, y penas q̄ esta pone, y por huir las censuras se puede suplicar. En nuestra Prouincia suplicamos de todos los preceptos, y censuras, que vinieron en vnas Aetas pro Prouincijs Indiarum: recibieronse el año de 1665. y durante la suplica no nos hemos dado por obligados a ellas; siendo assi, que se admitieron las Aetas, y en las censuras, y preceptos se halló el inconveniente, y se suplicó. Assi puede aver suplicado la Clerecia en Manila, que quede la prohibicion del trato en los terminos del Derecho comun, y se le quiten las cargas, y penas de la Bula.

414. Confirmasé esto. El Concilio de Lima actione 3. cap. 4. refiere, que la mercancia estaua en aquellos tiempos muy introducida en los Clerigos de aquel Reyno, y para evitarla, y desterrarla pone grauissimas censuras *ipso facto incurrendas.* Este Concilio fue aprobado por la Sede Apostolica, y despues la Santidad de Paulo V. revocó todas las censuras puestas por dicho Concilio, y por otros qualesquiera Concilios

lios de las Indias, como se puede ver en el Itinerario de Montenegro, lib. 1. tract. 13. sect. 3. donde refiere las palabras formales del motu proprio en que reuocó dichas censuras, y dexó en su fuerza la prohibicion del Derecho, y mandó, que los Clerigos mercaderes sean castigados con todo rigor conforme a Derecho. De aqui se colige con toda evidencia, que se compadece muy bien, que perseverando la prohibicion del Derecho en todo su rigor contra los Eclesiásticos negociantes, puede aver causa justa para suplicar a la Sede Apostolica, que revoque las censuras, y demás circunstancias añadidas, que no están en el Derecho, y se puede esperar prudencialmente, que la Sede Apostolica las revoque, como revocó las censuras puestas por el Concilio de Lima, confirmadas por la misma Sede Apostolica.

415. Para mayor corroboracion desto se pueden traer muchos exemplares de Decretos santísimos, y justísimos de la Sede Apostolica, en que vnos Summos Pontífices con deseo de arrancar algunos vicios de raíz los prohibieron con penas grauíssimas, y añadieron en la prohibicion muchas circunstancias, que agravaban mucho la materia; y despues otros Summos Pontífices compadecidos de la fragilidad humana, minoraró las penas, y quitaró las circunstancias que agravaban, y hazía mas penosa la prohibición.

416. Sea el exemplo primero el Decreto de la Santidad de Clemente VIII. en que prohibió a los Religiosos subditos, y Prelados, y a los Generales de las Religiones, hazer donaciones, con muchas penas, y grauíssimas circunstancias, como son, que para hazer una donacion fuesse necesario, que se determinasse en Capitulo general, con todos los votos sin discrepar vno; y que para las cosas leues, que se diesen, aunque fuesse la donación de cosas de comer de vn Religioso a otro, precediesse licencia por escrito, y consulta de la Comunidad: y que lo que se diese sin estas circunstancias, no tuviessse valor, y estuviesse obligados los que lo recibiesse a restituirlo. Despues la Santidad de Urbano VIII. moderó todas estas circunstancias, y determinó, que qualquiera Religioso con licencia de sus Prelados, pueda dar por agradecimiento, o por otra qualquiera causa, que sea acto de virtud, sin las circunstancias de que la licencia sea por escrito, ni consejo de toda la Comunidad: excepto si estas circunstancias estuviesse determinadas en los estatutos, o costumbre recibida de la Religión.

417. Santísimo fue el Decreto de Clemente VIII. que arrancaba de raíz una cosa tan dañosa a las Religiones, como es, que los Religiosos hagan donaciones: y demás desto están prohibidas a los Religiosos por Derecho Canonico,

en muchos lugares, y por el voto de la pobreza, les son ilicitas; y quanto mal se puede dezir de la negociación de los Eclesiásticos, tanto se puede dezir contra las donaciones de los Religiosos: y no obstante esto Urbano VIII. prudentísimamente moderó aquel Decreto, pareciéndole rigor demasiado a la fragilidad humana, y dexó la materia de donaciones de Religiosos en los terminos del Derecho comun.

418. Segundo exemplo sea de vn Decreto de Sixto V. que empieza *Effrenatam*, en que có grauíssimas penas, y censuras, reservada la absolucion a la Sede Apostolica, prohíbe el aborto, y manda, que sean castigados como verdaderos homicidas los que hazen abortar, y que todas las censuras, y penas se incurran aunque el feto no estuviessse animado. Santísima constitucion para impedir vn crimen tan horrendo, de que sus propios padres maten a sus hijos. No obstante esto, Gregorio XIII. moderó este rigor, quitó la reservacion de las censuras, y todas las penas quando el feto aun no estaua animado. De aqui se colige, que no obstante que la Bula de Clemente IX. es justísima, dirigida para extirpar la negociación de todo el estado Eclesiástico, tan prohibida por los Sagrados Canones, se puede esperar, que suplicando a la Sede Apostolica mitigue el rigor de dicha Bula, dexando esta materia en los terminos del Derecho Canonico, y Sagrados Canones; que si los Eclesiásticos nos ayudamos a ellos, nos bastan para nuestra reformatión. Y no tengo por ajustados los dictámenes de algunos, que presumiendo de zelosos demasiadamente, se atreven a dezir: Para que Urbano VIII. moderó el Decreto de Clemente VIII. de las donaciones de Religiosos? y para que Gregorio XIII. moderó el de Sixto V. de los abortos? y por que se ha de suplicar de la Bula de Clemente IX. sino que en todo aya censuras *ipso facto*, y prohibiciones, y circunstancias que agraven? Los que dicen esto no consideran la fragilidad humana, ni saben la prudencia, y piedad de los Summos Pontífices, que ya con rigor, ya con misericordia, procuran el bien de sus ovejas; y especialmente no acaban de advertir, que no consiste la enmienda de la vida, ni la salvación de las almas en muchas censuras, y rigores; y no lleuen con amargura de corazón, que los Eclesiásticos supliquen desta Bula, que tantas censuras *ipso facto incurridas* contiene, ni desesperen de que su Santidad las modera, pues las que han puesto los Concilios de las Indias cótra la misma negociación, están confirmadas por la Sede Apostolica, las revoqué la misma Sede Apostolica. Este exemplo dá esperanças de que tambien moderará, o revoará las censuras desta Bula, y la dexará en los terminos del Derecho, mandando a los

Prela-

Prelados velen, y hagan guardar en esto con todo rigor los Sagrados Canones.

419. Puede tambien dezir probablemente, que el trato de correspondencia no es en todo rigor trato de mercancia, porque el Clerigo, ni compra, ni vende, *neque per se, neque per alium*, sino dá a vn mercader su dinero, que trate con él, y que el Clerigo vaya al riesgo, y que por este riesgo en que el Clerigo pone su dinero para que el mercader lo tragine, y gane con él, le dé los 500. pesos de ganancia: y no prohíbe la Bula arriesgar el dinero por alguna ganancia, que de esta manera tambien incurria en sus penas el que juega. Hazese esta doctrina mas clara si se advierte, que para verificarse con propiedad, que vno trata por otro, es necesario que se valga del otro, como ministro suyo para la negociacion, y que téga en el trato que el otro haze alguna superintendencia, o sollicitud, dirigiendo el trato, o dando orden del modo que se ha de disponer, o por lo menos cuidando de la cantidad en que se compran, y venden las mercaderias, y de lo que se dá, y recibe. Alguna cosa destas es necesario que aya, para que con verdad se verifique, que el que dá el dinero a corresponder trata *per alium*, porque si no tiene algun influxo, por lo menos mediato en el trato, por alguna direccion, o instruccion, o orde, que dé al que inmediatamente emplea, compra, y vende, sino solamente entrega el dinero, para que el otro compre, y venda, como, y quando le pareciere, sin meterse en si gana, o pierde, sino que solamente entrega el dinero con obligacion, que el mercader le haze de bolverlo con tanta ganancia determinada, si la Nao buelue salva a estas Islas; no se puede dezir con propiedad, que trató por otro, sino que el otro trató con el dinero deste, sin dependencia alguna deste.

420. Vease al Cardenal Lugo, to. 2. de iust. disp. 26. sect. 3. n. 36. donde con otros muchos que allí cita, dize, que si el Eclesiástico dá dineros al mercader para que trate con ellos, y le dé de las ganancias, no es licito si el Eclesiástico tiene alguna superintendencia en el trato, o recibe las cuentas de lo que se gasta en la compra de las mercaderias, y en lo que se venden; pero que quando el Eclesiástico de ninguna suerte se entromete en la negociacion, sino que todos los cuidados corren por cuenta del mercader, y el Eclesiástico no haze mas de entregar el dinero al mercader, y recibirlo quando se lo buelue có alguna ganancia, dize que es licito. Esta doctrina de Lugo, y de los que allí cita, parece cóforme a razon; porque el Eclesiástico, que de tal fuerte entrega al mercader el dinero, que él de ningun modo trata de compras, y ventas, ni sabe lo que el mercader compró, ni si perdió, o ganó en la mercaderia, sino que totalmente estuvo siempre apartado de los cuidados de la

mercancia, no se puede llamar con propiedad negociante, ni mercader por si, ni por otro, y esto, y no otra cosa haze el que dá el dinero a corresponder. Pero el que dá su dinero al mercader, dándole ordenes de los generos en que lo ha de emplar, o que concluida la compra, y venta le ha de dar cuentas de que generos compró, y en quanto los vendió, o de otra qualquiera fuerte se entrometa en los cuidados de la negociacion; este sin duda sería negociante con toda propiedad: por que aunque las acciones mas propias, e inmediatas de la negociacion, que son comprar, y vender, no las haze inmediatamente por si mismo, las haze realmente por otro, e influye aunque mediatemente en ellas.

421. Confírmase esto mas. Estos años pasados vn hombre de caudal destas Islas, dexó por clausula de su testamento, que se entregasse al Prouedor, y Diputados de la mesa de la Santa Misericordia una buena cantidad de dinero, para que todos los años la empleassen, y remitiesse a Nueva-España, y de su procedido (reservando el capital para que se fuesse empleando) hiziesse la mesa las obras pias, que allí determinaba. Y los dichos Prouedor, y Diputados determinaron en su Cabildo, que no podian admitir esta disposicion, porque les está prohibido por sus Ordenanças el trato de mercancia: y aviendose allí propuesto, que la mesa lo encomendasse a algun vezino de toda satisfacion, que cuidasse del empleo, y lo remitiesse en la Nao, y cobrasse lo procedido, y lo entregasse a la mesa para disponer las obras pias, que mandó hazer el testador; determinaron, que ni de esta manera podía recibir dicha cantidad para emplear en la forma referida, mediante otro, por que aun desta forma se verificaria, que la mesa mediatemente trataba, y no se eximia del todo de los cuidados del empleo; y no obstante esto han recibido, y recibén cada dia gruesas cantidades, que les dexan diuersos testadores para dar a corresponder, para hazer de la ganancia obras pias, y bolver a dar a corresponder el capital, y en esto no hallan razón de trato, ni empleo mediato, ni escrupulo contra sus Ordenanças; siendo así, que quanto hazen lo consultan primero con Theologos, y Juristas, y mercaderes, si es cosa que toca al trato, y averiguan los inconvenientes, y embarazos, que tiene cada negociacion, y en esto de dar dinero a corresponder, no han hallado embarazo alguno de trato, o mercancia.

422. No se puede negar, que en el trato de correspondencia tiene el que dá a corresponder algun influxo en la mercancia, porque dá su dinero al mercader, no para que lo guarde, sino determinadamente para que trate con él, y de los efectos de la mercancia lleva su ganancia el que dió el dinero; pero como el que dá el dinero al mercader para negociar, no tiene otra ac-

cion, ni cuydado, ni tráfigos de mercader, ni compras, ni ventas, parece que no es en todo rigor mercader, ó negociante, sino impropriadamente, y *secundum quid*, por razon de su dinero, que se pone al trato, quedando la persona libre de los cuydados de comprar, y vender.

423. De lo dicho se colige con claridad, que estando en los terminos de los Sagrados Canones, no está prohibido a los Eclesiasticos dar su dinero a vn mercader, ó darlo a correspondier del modo referido, y assi lo enseña doctamente el Cardenal Lugo, to. 2. de iust. tract. 2. disp. 342. Ioan. de Medina, Filiuc. Armilla, Lessio, y otros muchos, que citan Lugo en el lugar citado, y Diana, to. 1. tract. de conct. ref. 4. 1. los quales concordes afirman, q̄ el Eclesiastico que dá su dinero a vn mercader, para que junto con el suyo lo emplee, y le haga participante de las ganancias, no cótraviene a la prohibició de los Sagrados Canones contra los Clerigos negociantes.

424. Coligese tambien, que durante la suplica, q̄ el Cabildo, y Clerecia tiene puesta ante su Santidad de dicha Bula de Clemente IX. no incurren en censuras los que dán a correspondier, porq̄ durante la suplica está la prohibicion en los terminos del Derecho. Solamente queda dificultad en caso q̄ venga confirmada la Bula de Clemente IX. con todas sus circunstancias, de que *neque per se, neque per aliu* pueda negociar los Clerigos, y Religiosos: en tal caso se pudiera vn Clerigo pobre valer de la razón arriba propuesta, que parece probable, por estar el q̄ dá a correspondier totalmente apartado en su persona de las compras, y ventas, aunque no lo está su dinero. Lo que en esta tierra puede mover a seguir esta probabilidad, es la falta de rentas fixas, y estables. Las Capellanias, q̄ eran ordinariamente de 300. pesos de principal, cuyos renditos eran de 150. pesos cada año, que esta cantidad se tenia por congrua, se han ido rebaxando por la destruición de las fincas con los terremotos, y han quedado vnas de 300. y otras de 200. pesos de principal. Clerigo ay, que tiene 5. ó 6. Capellanias, y todas no llegan a ajustar los renditos a 100. pesos, que por aora se ha determinado por congrua suficiente para recibir los Ordenes Sacros: y el Clerigo pobre, que tiene la Capellania en muchos pedazos, padece muchissimo trabajo para cobrar de diferentes fincas su congrua. Capellania destas ay, q̄ ha quedado en 100. pesos de principal, y cobra el Capellan cada año della 5. pesos: por esta causa ya ninguno quiere imponer censo en esta tierra. Vna Capellania impuso el Ilustrissimo señor D. Miguel de Poblete, y el mismo año que la impuso, antes que llegasse el tiempo para que el Capellan cobrasse los primeros renditos, hubo vn terremoto, que fue el día de S. Bernardo del año de 1658. y se rebaxò el censo, y quedò en

poco mas de la mitad. El año pasado vna persona deuota quiso poner vn censo de 200. pesos para vna obra pia, y los embió a Nueva-España para que allá se imponga, teniendo por menos inconveniente imponerlos 300. leguas de aqui, y que de allá vengan los renditos por riesgos de mar, teniendo estos por menores, y mas tolerables, que los riesgos de las fincas de la tierra. Y en estos vltimos años los que dexan obras pias perpetuas, dexan ordenado en sus testametos, que la mitad del capital se dé a correspondier vn año, y otra mitad otro año, y de las ganancias se hagan las obras pias: y que si algun año se perdiera la Nao (que rara vez sucede en este viaje) có la otra mitad se buelva a enterar el principal, cesando en dos años la obra pia. En esta forma administra la mesa de la Santa Misericordia muchas cantidades, que han dexado diuersos testadores: y otros Albaceas, aunque sean Eclesiasticos, sin que se entienda, que por esta causa sean mercaderes.

425. Por estas causas si vn Clerigo pobre tuviere algun dinero, y por no imponerlo a censo, y en 2. años có vn terremoto se le pierda, lo diessè a correspondier, juzgo que: no incurriria en las censuras puestas por la Santidad de Clemente IX. contra los Clerigos, que en las Indias tratan de la mercaderia. No obstante esto, si alguno fuessè demasado en vsar este modo de ganancia, le debiera mandar el Ordinario, q̄ lo dexasse, por ser muy proximo, y semejante a la negociacion, y arguye mucha codicia, indecente a los Eclesiasticos. Y el Derecho, cap. Dioces. Clem. de vita, & honest. Cler. determina, que en qualquiera exercicio, ó ocupacion de los Clerigos, que no pareciere decente a su estado, les amoneste el Obispo, que lo dexen, y si no lo dexáren, los castigue.

#### CONSULTA LXIII.

*Sobre si vn Religioso Prelado pueda licitamente comprar cantidad de oro en Indias a como allí vale, para con dicho oro comprar en España libros, y otras cosas, que ha menester para sus subditos?*

#### PROVISTA.

HAnme traído 14. taes de oro de la Prouincia de N. para que compre, y remita lo q̄ me piden, y el P. Prouincial tomara de buena gana esse oro para embiar a España, para comprar Breuiarios; pero lo dexa de hazer, por no incurrir en el crimen de negociación, y trato de mercaderia, y penas puestas contra los Eclesiasticos negociantes: y assi pregunta a V. R. si avrá camino, ó titulo para poderlo hazer, sin incurrir en dicho crimen, y penas?

#### PARECER LXIV.

426. **R**espondo, que puede el P. Prouincial tomar esse oro a como vale aqui, para remitirlo allá para comprar dichos Breuiarios,

rios, ó otra cosa, que aya menester, aunq̄ tenga ganancia en el oro, sin incurrir en pena alguna, ni tener el trato de mercaderia, que prohibe el Derecho, y la Bula nouissima, por dos razones. La 1. porque el trato de mercaderia, y negociacion, que se prohibe a los Eclesiasticos, se define assi: *Est permutatio lucrativa*; assi la define Silv. in Sum. verb. Negotiatio. y la explica assi: *Idest, ad lucrum ordinatū*; y al negociante define assi: *Qui rem comparat ut integram, & immutatam vendendo lucretur*. Esta definicion se halla en el Derecho Canonico, cap. Eiciens. dist. 88. y todos los Autores, que tratan de la mercaderia, y negociacion prohibida a los Eclesiasticos, ponē en su definicion por diferencia esencial constitutiva, y distintiva, que se haga *cum spe lucri*: de suerte, que comprando qualquiera cosa có este fin principal de tener alguna ganancia bolviéndola a vender, es mercaderia; y que de hecho aya ganancia, ó no la aya, no conduce a la mercaderia, sino el fin que tuvo para hazer la compra. Por lo qual si vno comprò con esse fin, y despues no ganò cosa alguna, ó por averse echado a perder lo que comprò, ó por aver sobrenido a la tierra mucho de aquel genero, no por esso dexa de ser mercader, y tratante: y por el contrario, si vno con otro fin comprò para el gasto de su casa con abundancia algun genero de cosas, y luego por algun accidente lo vendió, y tuvo ganancia, no incurrió, ni fue tratante. Por lo qual si el P. Prouincial comprasse el oro con fin de tener ganancia vendiendolo en España mas caro, sería trato de mercaderia; pero si lo compra con otro fin, v.g. porque en oro se lleva con mas commodidad, ocupa menor lugar, y se gasta menos en portes, con este fin no avrá trato; y aunq̄ sepa el P. Prouincial, que en la venta ha de tener ganancia, no importa, porque no es el intento principal esse, ni el fin principal, y motiuo, que dá especie a la accion, sino vna ganancia, que accidentalmente se junta con el fin, que principalmente se pretendió. Acontece cada día en España, que los caminantes, que ván caminos largos, por escusar el trabajo de llevar 200. reales en moneda de cobre, que es dificultoso llevarlos en la maleta, los truecan en plata: y esto ninguno lo puede tener por mercatura, aunque vaya donde vale mas la plata, q̄ donde la comprò, y aunq̄ quando la trocò le ocurriessè, y se holgassè de la ganancia, que avia de tener en la plata en la tierra donde iba; porque ya el fin, y motiuo no fue comprar para vender mas caro, y tener ganancia, sino comprar aquella plata para su gasto, y a este fin se juntó aquella ganancia; que como es bien vtil, es fuerza que agrade, como todo lo bueno, en quánto bueno. Vna cosa he oído practicar (que nunca me ha parecido segura) y es, que vn Clerigo, ó Religioso quiere embiar a

Nueva-España por cacaò para su gasto: tiene para esto cien pesos, y dize, que embiarlos en dinero, es embiar agua a la mar, porque Nueva-España es la fuente de donde viene la plata: embió vnas piezas de seda, y se vendè allá, y le trae cacaò, y dizen, que esto no es mercaderia, sino govierno economico, para comprar mas barato el cacaò, que han menester para su casa: que si traxeran el cacaò para venderlo acá, y ganar con él, sería mercaderia; pero no quando lo quieren para gasto de su casa. Esta doctrina nunca me pareció segura, porque el que compra aqui las sedas, lleva por fin inmediato de la compra *spem lucri*, que ha de tener de venderlas allá mas caras. El comprar cacaò para su casa, es otra compra con fin bueno; que si huviera de venderlo acá, fuera otro trato segundo de mercaderia, y se conoce con claridad, distinguiendolo assi. Este Clerigo tiene 100. pesos para cóprar cacaò: no se contenta có el cacaò, que se puede comprar có ellos, y emplealos, y gana en el empleo otros 100. y compra 200. pesos de cacaò: qualquiera echará de ver, que antes de comprar el cacaò está ya completo el trato de mercaderia. El calo que se propone del oro es diferente, porque no mira primariamente al logro, que se ha de tener en la venta del oro, sino a la commodidad del porte, y ahorro del gasto en llevarlo.

427. La 2. razon es, porq̄ en el oro se pueden confiderar dos razones; la vna segun es *pecunia*, y precio de las cosas; la otra segun es *res quadam*, vna cosa q̄ se compra, y vende como mercaderia, y assi lo dize Silv. verb. Vsum. 4. n. 1. & 2. y Martinez de Prado, to. 2. Theol. mor. cap. 17. q. 2. n. 45. donde dize, que quando el dinero se presta *ut res quadam est*, se puede llevar precio por prestarlo, q̄ entonces es *commodatum*, y no *mutuum*, y es quádo se presta por obtencion, ó para otro fin, de suerte que su vso no consista en gastarlo; pero quando se presta como dinero para gastarlo, no se puede llevar nada por el prestamo, q̄ sería vfura. Supuesta esta distincion del dinero como dinero, y como *res*, aviendo menester el P. Prouincial dinero en España, commuta el dinero de plata en oro, y aqui no ay mercaderia, ni negociacion, sino vn trueque de vn dinero por otro. En Cagayá los negrillos venden cera, y otras cosas, y no recibè plata por la mayor parte, y si algunos la recibè, es a mas no poder, porque mejor recibirian tabaco, ropa, y sal, y por estas cosas sale muy barata la cera: y no ay duda de que si vn Religioso quiere embiar a comprar cera a los negrillos, puede cóprar tabaco, sal, ó ropa, que llevarles, q̄ esta es la moneda, q̄ corre entre ellos: y es cosa indubitable, que este no sería trato de mercaderia, porque no se compra el tabaco como mercaderia vendible, sino segun haze vezes de moneda, q̄ corre allá mejor. Porq̄ en los negrillos,



como gente sin policia, todavia no ay compras, ni ventas, ni cosa que tenga razõ de precio, sino al modo del tiempo antiguo, permutaciones de lo que no han menester, por aquello de q̄ necessitã. Lo mismo se puede hazer aqui: este oro se puede trocar por la plata, como vn precio por otro; que aunque allã no corra mejor, pero se lleva mejor, y no varia el caso, que allã no se han de comprar los Breuiarios inmediatamente cõ el oro, sino que se ha de bolver a permutar en la plata con ganancia: no obsta, porque aũ que se comute ciẽ vezes vn dinero por otro, no varia el trato, como no se venda como mercaderia, y esto seria si se vendiesse por la esperanza del lucro. De fuerte, que siempre que se comutare vn dinero por otro, ó por ser mas corriente en aquella tierra, ó por la facilidad de llevarlo, ò por otra razõ seme, ante, no ay trato; pero si se vendiesse *ut res quadam est pro spe lucri*, como si dixera, aqui vale barato el oro, pues empleo en oro, y porque en Mexico vale caro el oro, y barata la plata, vendo el oro, y lleuo plata, esto seria sin duda mercancia. Y no obsta, q̄ el oro nõ estẽ hecho moneda con sello Real, porque el oro, y la plata en qualquiera forma puede servir de moneda mejor que el tabaco, y sal, con que se permuta la cera a los negrillos.

## CONSULTA LXIV.

*Sobre si la compra del oro del parecer antecedente sea negociacion prohibida por la Bula de Clemente IX. en caso que dicho Prelado pudiesse la mira en la ganancia, y este fuesse el motivo de dicha compra?*

## PROPOSTA.

**M**I Prouincial vido la resolucion, y dixo, q̄ no se avia propuesto el caso de la fuerte que su Reuerencia lo proponia, pediselo por escrito, y dize assi: Que allã en España tiene su Prouincia dineros con que se podian comprar los Misales, y Breuiarios, que su intento principal es traerlos a menos costa, v. g. traer por 500. pesos los Breuiarios, que allã han de costar mil, y para esse efecto tiene 600. pesos en oro; que le han dado de contribucion, ò coleccion estos dos años en este genero; pero se holgã de poder embiar tambien estos 14. taes, y comprarlos para el efecto de traer mas Breuiarios, y siempre a menos costa de lo que allã valen. Y quãto a estos 14. taes no se acomoda a comprarlos, porque le parece es comprar con fin de ganancia, de necesidad embebido en el ahorro, y menos gasto de la Prouincia, que pretende unicamente en la compra de dichos Breuiarios; y dize, que se holgã de que V. R. hallã alguna salida que le adequara, y assi V. R. se sirva de responder a este punto, para que yo tambien quede enterado de lo que se puede hazer licitamente en esta materia.

Otro caso pregunto yo, y es: Este oro, que

dize el P. Prouincial, que le han dado de contribucion en estos dos años, no es creible que todo se lo ayan dado acafo a los Religiosos por limosnas de Misas, entierros, ò calamietos, que de essa fuerte rara vez dãn vn bexuquillo: y avrã sido desta fuerte, que los Padres Ministros de las Doctrinas, por dar gusto al P. Prouincial dandole la contribucion en oro para esse fin, q̄ lo ha menester, lo avrã comprado, y buscado de proposito. Preguntale, si sera trato de mercancia?

## PARECER LXV.

**R**esponderẽ al caso en la forma que aora se propone, con todo cuydado, y vigilancia; pero que la resolucion adegue al P. Prouincial, no puedo yo prometer: porque considerando las disputas, que buyo entre las mayores luzes de la Iglesia S. Geronimo, y San Agustín, y q̄ algunas resoluciones agudissimas de S. Agustín, no adequaban al entendimiento firme, y macizo de S. Geronimo, y de la misma fuerte las resoluciones doctissimas del Doctor Maximo de la Iglesia, no adequaban al Aguila de los Sagrados Doctores; no puedo persuadirme a que mis resoluciones han de quadrar a todos los hombres doctos del mũ. lo, siendo los dictámenes de todos tan diferẽtes como los rostros, q̄ ninguno se assemeya totalmente a otro.

429. Respondo al caso, que es licito tomar estos 14. taes de oro a como corre aora en Manila, y remitirlo a España para el efecto dicho. Con dos razones probẽ esta resolucion en el caso, que se me propuso los dias passados, y las mismas aplicare aora a este. Primeramente se aplica aquella razon de la materia, q̄ se compra, y vende. El P. Prouincial no pretende embiar a España mercaderia para q̄ allã se venda, sino dinero con que se compre lo q̄ ha menester para su Prouincia: no embia *rem apreciabilem*, sino *prætiũ omnium rerum*, que es el dinero. El tener allã dinero la Prouincia, y tener 600. pesos en oro, q̄ embiar, no deshaze esta razon, porq̄ tiene allã otras cosas que comprar, y gastos q̄ hazer, y embia esse dinero para todo lo q̄ fuere menester, y se ofreciere en adelante. Pongo este exemplo: Si en estas Islas fuera tambien corriente la moneda de cobre, q̄ corrẽ en España, y la Prouincia tuviera mil ducados de moneda de cobre, es cierto, que pudiera trocarla en plata, para no embiar tan grãde carga de cobre a España, y para ahorrar los portes de llevar tanto peso, y esto le seria licito, aunque ganasse mucho en la moneda de plata; v. g. si vn peso valiesse en España 30. reales de vellon, y aqui valiesse 8. reales. La razon porque seria licito, no es otra, sino porque en tal caso la plata no se compra como mercaderia vendible, y comprable, sino como precio mas facil de transportarse, se trueca por otro mas facil de llevarse de vna parte a otra

en

en cantidad; pero mas acomodado para las veltas, y compras menudas, del qual ay gran falta en esta tierra, por lo qual viãn de barrillas muy desiguales, que cada vno las haze como quiere.

430. En este exemplo de la moneda de cobre, y de plata seria trato de mercancia bolver los mil ducados de vellon en plata? ó se podia dezir, q̄ la Prouincia empleaba en plata como en mercaderia por la ganancia, que en España tenia con la plata? De ninguna fuerte; porque la intencion no era mas de tener allã en España dinero para comprar lo que ha menester la Prouincia, y para los gastos que se ofrecieren, y la ganancia que en esto se tenia no era trato de mercancia, sino seguida de la calidad de la buena moneda. Pues lo mismo digo del oro, y la plata, que ay en el caso presente, q̄ tanto, y mas excede en el peso, y embarazo la plata al oro, como la moneda de cobre a la plata: y quando el Papa prohibe a los Eclesiasticos el trato de la mercancia, no les prohibe otras ganancias licitas, como es embiar moneda, que valga mas en la parte donde ha de cõprar lo que ha menester para su casa. Quando los Sangleyes tratã de ir a China, dizen, dãn en el Parian 9. reales cencillos por vn peso vago entero: no es illicito q̄ vn Procurador busque de essa moneda vaga entonces, para comprar en el Parian mas barato lo que ha menester. La fuerza desta razon està solamẽte en que este oro se embia a España como precio para comprar cosas, no como mercaderia, ni como *res emptibilis vel vendibilis*, y la Prouincia puede tener en España quanto precio quisiere desta manera, y puede embiar de proposito el precio, q̄ le cuesta menos transportarle, y el q̄ vale mas allã. Si se embiasse oro en cantidad, para que se trocasse en España en plata, la qual se boviesse otra vez en oro, y assi anduviesse multiplicãdose el dinero, seria finisimo, y clarissimo trato de mercancia; porq̄ ya el oro no se embia como precio para comprar en España lo que quisiessẽ la Prouincia, sino como mercaderia cõ que se aumentassẽ el caudal. Pero del modo propuesto en el caso es licito, y juzgo, que se pudiera con mas fundamẽto hazer escrupulo de embiar plata a España para los gastos de la Prouincia, pudiendo embiar la moneda en oro, porq̄ es gasto escusado: como no careceria de escrupulo en el caso, que dixẽ si corriera en estas Islas moneda de cobre, y en ella se embiarian los mil ducados sin trocarlos en plata; porque seria mala disposicion, con detrimento de la hazienda del comũ, embiar moneda en que se perdiessẽ mucho, pudiendo licitamente embiar moneda en que se ganassẽ: y como ay leyes q̄ prohiben la negociacion, tambien ay leyes, que prohibẽ a los Prelados el detrimento de la hazienda del comun, y desto ay ley natural, y la prohibiciõ del trato es solamẽ-

te ley humana, y quando se puede cumplir esta sin contravenir a aquella, se debe hazer assi.

431. La otra razon del fin esencial del trato no corre menos en el caso propuesto en la forma de aora, para cuya inteligencia se note, que no se prohibe qualquiera ganancia, sino aquella q̄ se pretende sacar vendiẽdo la cosa mas cara, que se cõpro: de aqui se sigue que el ahorro en los portes no puede constituir trato de mercancia, porque essa ganancia no nace de vender la cosa mas cara, ni se origina formalmente de la mercancia, como mercancia, y en rigor no es ganancia, porq̄ no es adquirir, sino escusar gasto: y assi aunque se pretenda primariamente este ahorro, no se incurre en mercancia. Aora se ha de averiguar si siendo el intento principal, que los libros, que avian de costar mil pesos cuestẽ 500. es fin lucratiuo, que constituya mercancia. A esto està respondido en la razon antecedente, que aquella ganancia se originò de la calidad de la moneda que se embiò, no de mercaderia, que se comprassẽ, y vendiessẽ: porq̄ el fin esencial constitutiuo de la negociacion prohibida, no es qualquiera ganancia, sino la ganancia que se espera sacar de la venta de la misma mercaderia por mas precio. Si a esto se opusiere, que el fin principal de embiar este oro es la ganancia, para que se compren mas Breuiarios por menos precio: se responde lo primero, que aviẽdo vn fin bueno, y suficiẽte para vna acciõ, no es menester buscarle otro, que tenga mas dificultad. Lo 2. se responde, q̄ aun puesto el fin principal en esse lucro, no es trato de mercancia, porque el lucro, que es fin, y constitutiuo del dicho trato, es el que se espera, y pretende sacar de la venta mas cara, de la cosa, que se compra mas barata: y este lucro del caso presente, no se pretende sacar de la venta mas cara, sino de otra cosa muy diferente, que es la calidad de la moneda.

432. El caso que referi en la resolucion pasada, y no lo aprobẽ, es muy diferente, y es quãdo vno compra ropa, ò almizcle en Manila, y lo embia a Nueva-España para que alli se venda, y del dinero procedido de la venta se le cõpre cacao, y caxetas: en este caso no se embia dinero, ni precio, sino mercaderia. Los generos que embian todos los demã mercaderes, la plata, y el oro, es dinero, y a esto se ordena del mas comun vfo de la gente, especialmente quando no està en forma de vasos, ò de otro artificio, q̄ sirva a otros vfos humanos, y las menos vezes se reciben por mercaderia; y no se puede dezir, q̄ en Nueva-España sirva la ropa, ò almizcle de moneda. Notese para mayor claridad, q̄ en los casos que se embia el almizcle, y ropa, se ordena al que lo lleva, q̄ lo venda por precios subidos, y del precio compre cacao; y assi en esta compra de la ropa, ò almizcle està embebido necessariamente

mente el fin desta acción, que es la ganancia, no nacida de la bondad de la moneda, sino de la venta mas cara: ni se puede verificar otro fin de llevar con menos embarazo, ó costo, porq̄ mas embarazo, y costo es llevar ropa, y almizcle, que plata, y consiguientemente no ay allí mas fin, que *lucrum ex emptione, & venditione.*

433. Al 2. caso se responde, que si el P. Provincial mandara a los Ministros de las Doctrinas, que con el dinero, que le avian de dar de contribución, compraran este oro para embiar a España, tenia la misma dificultad q̄ los 14. taes de que se pregunta, porque la Bula prohibe la mercaderia *per se, & per interpositam personam.* y lo mismo sería en caso, que lo comprassen los Ministros de las Doctrinas, ó el P. Provincial, y en tal caso no sería mercaderia por las dos razones alegadas; pero si el P. Provincial no les mandasse comprar oro, sino solamente les indicasse, ó expresaméte dixesse, que gustaria de que le diesen en oro lo q̄ le debian de contribucion, sin meterse en que lo comprassen, ó no lo comprassen, en este caso está mas lexos de ser mercaderia: porque el P. Provincial no interviene en la compra, y aunque dá ocasion para que otros lo comprén, no se verifica en rigor, que compra *per se, vel per alium.* Porque demos caso, que vn Ministro de Doctrina tenia oro, que le avian dado por vn entierro (q̄ algunas vezes lo dán) y otro lo compró, y el dicho del P. Provincial fue igualméte propuesto a ambos, y como respecto del vno no fue causa influente *per se* en la compra, tampoco respecto del otro: y estas leyes odiosas, q̄ prohiben acciones, que alias de su naturaleza son buenas, se deben restringir a los casos, q̄ en rigor, y propiedad significan las palabras: *Odia restringi, & fauores conuenit ampliari.* de reg. iur. in. 6. reg. 15. Y allí la Glosa. *Si ergo ius vel privilegium odiosum est, restringendum est.*

## CONSULTA LXV.

*Si el oro, y plata sin el sello Real se puede llamar dinero, ó moneda, ó mercaderia?*

## PROPUESTA.

AL P. Provincial agradó la resolución, y compró el oro; y aunque quántos vieron la respuesta la aprobaron, despues el P. Fr. N. ha hallado la dificultad siguiente: dize, que toda la resolución, y sus dos razones se fundan en que el oro no es mercaderia, sino moneda, ó dinero, y q̄ esto sería verdad si el oro estuviesse sellado con el sello Real, como si fueren doblones; pero sin dicho sello no es dinero, ni moneda, sino mercaderia preciosa, que se compra en estas Islas, y se embia a España a vender. V. R. se sirva de enseñarnos lo que licitamente debemos hazer en esta materia.

## PARECER LXVI.

434. R. Espondese, que para ser formalmente moneda, no ay duda sino que se re-

quiere autoridad publica del Rey, y su sello; pero la resolución de la dificultad propuesta, y sus razones, no se fundan en que el oro, y plata son moneda formalmente, sino en que son precio comun de todas las cosas, y en que la compra, y la venta no piden esencialmente, que intervenga moneda formalmente con el sello de el Rey, sino que aya precio distinto de lo que es mercaderia. Assi consta del Derecho, l. Origo. ff. de contrah. empt. donde se refiere, que antiguamente no avia compra, ni venta, por no aver moneda, ni otra cosa, que fuellé precio comun de todas las cosas, por lo qual no avia mas que permutaciones: el que tenia cosa, que no avia menester, buscaba quien se la trocasse por otra, que huviesse menester. *Olim enim non ita erat nummus, neque aliud merc., aliud pretiū vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum, ac rerum utilitas inutilia permutabat, quoniam plerumque euenit, ut quod alteri superest, alteri deest.* El que tenia abundancia de ropa, y le faltaba que comer, buscaba a otro, que tuviesse abundancia de baltimentos, y le faltasse con que vestirse, y trocaba lo vno por lo otro: lo qual era de grandissima incomodidad, porque no siempre, ni con facilidad se hallaba quié tuviesse de sobra lo que al otro faltaba, y le faltasse aquello de q̄ el otro abundaba. Por esta causa se escogió en cada Reyno, y Republica vna materia, q̄ sirva de precio comun para todas las cosas; dizelo assi la misma ley: *Electa materia est cuius publica, ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum subueniret.* Desde entóces huvo compras, y ventas, porque huvo precio comun de todas las cosas, diferente de las cosas que se compran; dizelo assi Sal. *Aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor. Sic aliud est pretium, aliud merc., quod in permutacione discerni non potest, vter emptor, vter venditor sit.*

435. En esto ninguno puede poner duda: lo que pueden oponer es, que la plata, y oro sin el sello Real, no es precio común, sino mercaderia, y que lo mismo será llevar plata, y oro sin sello publico de moneda, que llevar otra qualquiera mercaderia para vender. Y es cierto, que si en todo el mundo no huviere mas de vna Republica sujeta a vn Principe, no huviere mas precio común, que la moneda determinada, y señalada por aquella potestad; pero como la compra, y venta sea de derecho de las gentes, como dize el Derecho, l. Origo. ff. de contrah. empt. *Est autem emptio iurigenitiū,* todas las gentes compran, y venden entre si, aunque sean de diferentes Reynos, y naciones, entre las quales no puede aver vna forma de moneda, ni vn sello comun, y assi es forzoso, que aya alguna cosa que sirva de precio comun de todas las cosas, que no dependa de Principe alguno, ni de alguna potestad determinada, sino comun a todos los Reynos,

por

porq̄ de otra fuerte no pudiera aver comercio de compras, y ventas entre naciones, y Reynos diferentes, porque sin precio comun no puede aver venta distinta de la permutacion, ni se pudiera distinguir el comprador del vendedor, como ya se dixo del Derecho, y de la inst. de empt. & vedit. § Pretiū. *Pretium autem constitui oportet, ut nulla emptio sine pretio esse potest.* Este precio común es la plata, y el oro: coligese de S. Thom. en los Opusc. lib. 2. Opusc. 20. cap. 13. donde dize, que los que van a comercio a otros Reynos en lugar de moneda llevan oro, y plata. *Accidit in partibus Theutonia, & regionibus circumstantibus, quod coguntur cum de loco ad locum transeunt, massam auri, vel argenti secum deferre quantum in commutationibus rerum venalium indigent.* Y la Summa Angelica, Rosela, y otros 4. Maestros Expositores de la Regla de S. Fracisco, q̄ citan, dize, que por este nombre de pecunia en dicha Regla se entiende todo aquello, que sirve de precio para comprar las demás cosas. Refiere lo Silv. in Sum. verb. Pecunia. y lo concede, aunque la propria, y estrecha significación desta palabra pecunia significa la que está sellada, y determinada por autoridad publica: y assi vemos, q̄ con cuidado los Doctores en la definición del contrato de venta, y compra, no ponen moneda, ni pecunia, sino precio: *Pactio mercis pro pretio;* y esta definición coligen del Derecho, l. Origo. ff. de contrah. empt. y Silv. verb. Vtura. dize coligiéndolo de S. Tho. lib. 2. de regim. cap. 14. *Pecunia vni possumus tripliciter, primo ut mensura venalium, secundo ut est pecunia commutando pro alia pecunia, tertio ut re quadam, quo casu est venalis.* De fuerte q̄ en la misma moneda se hallan tres razones diferentes, razon de moneda, razon de precio de las cosas venales, y la cosa, ó materia. La razón formal de moneda pide destinación de la potestad publica, que se haze cō el sello; pero la razon de precio comun no dize formalmente sello, sino vno como instrumento de q̄ vsan los hombres para las commutaciones. Si huviere puesto en duda esta materia persona q̄ no huviere salido de España, donde ordinariamente no se vsa por precio otra cosa sino la moneda acuñada, no fuera mucho; pero es de notar, q̄ en estas Islas aya quien dude, que el oro, y plata sin sello sirva de precio común de las cosas, donde es cosa ordinaria entre los Indios comprar tierras, y otras cosas por 2. ó 3. taes de oro, y a los Curas, y Ministros pagarles los derechos de entierros, y casamientos con vn taé, ó mas de oro: y en los títulos que se dán a los q̄ salen por Governadores de los pueblos de Indios se les dá por instrucion, que no pueden conocer, ni juzgar causa, q̄ exceda al valor de 2. taes de oro: y a esta tierra no llegan doblones, sino oro sin labrar, que los Indios cogen en los rios entre las arenas; y los que viené de la Costa con ropa, mejor reciben

oro por precio de sus mercaderias, q̄ otra moneda alguna, y en toda la India Oriental corre el oro sin labrar por moneda. En el Reyno de China corre la moneda de plata, que llevan de estas Islas, tan bien como en los Reynos, y Señorios del Rey de España, sin atender al sello, sino al pelo de la plata: por lo qual quando alguno vá a comprar cosa cuyo valor no se ajusta al peso de la moneda sellada, parten vn pelo para ajustar el valor, y entre la plata, que traen de Nueva-España a estas Islas fuellé traer algunos pesos sin sellar (seria descuydo de los q̄ labran la moneda) y corren por precio comun como los sellados: y a personas de todo credito, q̄ han viuido en Roma, y en otras Ciudades de Italia, he oido dezir, que la moneda de plata de España corre en toda Italia por precio comun; y a quien no asentare en esta doctrina le será forzoso negar el contrato de compra, y venta entre personas de Reynos estranos, cōtra toda la experiencia, pues este es el trato mas comun, y mas vsado entre diferentes naciones: por lo qual el que embia oro destas Islas a España para comprar libros para su Comunidad, no embia propriamente mercaderia, sino vna cosa comunmente admitida de todas las naciones por precio común de las cosas; que si se embiasse el oro no ordenado a comprar otra cosa, sino para aumentar la plata, sería embiarlo por mercaderia, y no por precio. Todo esto se verifica en el exemplo, que se dixo arriba de S. Thom. Opusc. 20. de los de Theutonia, y otras regiones, que van a comprar a otros Reynos, y porque la moneda de sus tierras no es vsual en otros Reynos, llevan masa de plata, y oro, que les sirve de precio, la qual aunque la vendan, y reduzgan a la moneda vsual de la tierra, para comprar con mas facilidad, siempre se verifica que llevaron aquella masa de plata, y oro por precio de lo que intentaba comprar; pero si embiasen la plata, y oro, no para comprar lo que huviesse menester, sino para aumentar el caudal vendiendo dicha masa, sería embiarla no como precio, sino en razon de mercaderia, y sería negociacion prohibida a los Eclesiasticos.

436. De lo dicho se responde a vn argumento, que se puede hazer aqui, y es: el oro, que se trueca aqui por plata, realmente se compra, y este es el comun modo de hablar, y vna moneda no se compra por otra, ni vn precio por otro, sino que es fuerza, que en la compra lo que se compra sea *merc.*, y no precio, porque a no ser assi, no se conoceria qual es el que compra, y qual el que vende. Y consiguientemente el oro, que aqui se compra, no es precio, sino mercaderia, y si fuera precio, ó moneda, no fuera compra la del oro, sino cambio, que assi se llama el trueque de vna moneda por otra. Respondese, que el oro se puede embiar de ambas maneras,

ò como mercaderia,ò como precio,como queda dicho, y de ambas maneras se puede trocar por plata; y quando se trueca cò fin de vsar del como de precio, es realmènte cambio, y no mercaderia, aunque le llamen compra, aunque no pocas vezes le suelen llamar en esta tierra cambio, y trueque, y rescate de oro.

437. Vn exemplo, que todos en estas Islas hemos experimentado, dá claridad a esta resolución. En esta tierra ha avido siempre falta de moneda menuda, porque la mas menuda, que traen de Nueva-España, es medio real de plata, y como cada dia se ofrece comprar,ò pagar cosas, que valen menos, se avian introducido por moneda vnos pedacitos de plata, que llaman barrillas, y cada particular partia vn real, y las hazia mayores,ò menores como le parecia, sin atender a igualdad. Para remediar este daño mandò la potestad publica, que no corriessen barrillas, sino que vsassen de cacao en lugar de moneda menuda: asíllò 60. cacao por vn real, y así corrió mucho tiempo, siendo el cacao precio comun de las cosas, que se trocaba, y cambiaba por vn real: tambien era, y es mercaderia, que se compra a gantas para el sustento; y esto corrió hasta que se hizieron por orden de la Real Audiencia barrillas iguales, doze de cada real, que corren aora.

## CONSULTA LXVI.

Sobre si vn Prelado a quien pagaron 100. pesos en 20. gantas de cacao sin recaudo, a razon de 5. pesos la ganta, pueda comprar el recaudo para vender dicho cacao a dichos 5. pesos, aviendo de valer a 3. sin el recaudo?

## PROPESTA.

VNa persona prometió a esta Iglesia 100. pesos, y me los ha pagado en 20. gantas de cacao a 5. pesos la ganta, y sin recaudo: recibilas, y embièlo a Manila para que allí se vendiera: avísanme q si tuviera recaudo se pudiera vender a 4. pesos y medio, pero sin recaudo no ay quien dé por dicho cacao mas de 3. pesos y medio. Ay aqui quié me venda el recaudo muy barato: preguntase aora, si comprar este recaudo para embiarlo a vender a Manila juntamente con el cacao, que tengo allá, será trato de mercaderia, y se incurriran por él las censuras de la Bula?

## PARECER LXVII.

438. R Espondese, q no es trato de mercaderia,ò negociacion el comprar dicho recaudo para venderlo con el cacao. La razon desto es, porque el cacao puede V.R. venderlo sin incurrir en trato, ni negociacion, porque cò esse cacao pagará la limosna que le avian prometido, que es lo mismo que darlo de limosna, y como es genero, q no lo ha menester para su gasto, le es conveniente venderlo, para que no se pierda essa limosna; y esto es licito, pues aqui

no ay negociacion, porq no hubo compra, sino puramente venta de lo que no ha menester, y el recaudo q V.R. compra, no lo compra para venderlo principalmente, sino para vender el cacao: de fuerte, que no se verifica, q vende recaudo, sino cacao, ni compra recaudo para bolverlo a vender, sino para vender con el cacao. Pongo vn exemplo: quando se haze falsa para comer la vianda, la falsa no es comida, ni se come, sino se haze para condimèto de la comida, y para que con ella se puedan comer convenientemente las viandas. Puedese confirmar con la reg. 42. de reg. iur. in. 6. *Accessorium naturã sequi congruit principalis.* y l. Cú principalis. ff. de reg. iur. En el caso presente la venta es del cacao, q sin negociacion alguna se haze licitamente: el recaudo es solamènte accessorio, y requisito para vender el cacao, por lo qual no haze de por si venta, ni negociacion, sino solamente se junta para que vna venta, q siempre fue licita, se haga convenientemète sin pérdida. Llegase aqui, que la prohibicion del trato a los Eclesiasticos con tantas censuras, y rigores, es odiosa, y así se debe restringir a que solamente se entienda del trato de mercaderia, que con todo rigor lo sea: *Odia restringi, & fauores conuenit ampliari.* Por lo qual, lo que se prohíbe aqui es la compra de cosa para ganar en ella, vendiendola mas cara, porque solamente es con todo rigor, y propiedad negociacion, y de qualquiera manera que degenera deste rigor del trato, no se incurre en lo prohibido, ni en sus censuras.

439. Añadese, que es materia leue, y así dado que se comprara esse recaudo suficiènte para 20. gantas de cacao, para venderlo de por si, y ganar en ello, fuera vna negociaciõ corta, y pecado venial contra dicha prohibiciõ, no suficiènte para incurrir las censuras: y dado caso, q comprado para vender el cacao, quisieramos dezir, q era trato de negociacion, bastaba para escusar el pecado venial essa causa de vender convenientemente el cacao, y no perder tanto en él; porq para escusar el pecado venial de vna materia leue en materias, que no está prohibidas por Derecho natural, ni Diuino, sino solamente por Derecho humano, basta essa causa, que es muy razonable.

## CONSULTA LXVII.

Sobre si a vn Prelado le sea licito vender vnas cadenas de oro de vna Imagen, quando vale el oro caro, para hazerlas quando valga barato?

## PROPESTA.

Tiene la Imagen de N. Señora desta casa algunos bexuquillos, y cadenas de oro: si en esta ocasion en que vale mucho el oro, por causa de q la gente de la Costa, q está de partida, lo busca, y paga a subido precio, me será licito venderlo, para despues (quando valga barato) hazer otras para adorno de la Imagen?

P.A.

## PARECER LXVIII.

440. A Ntes de responder a la dificultad, supongo, que si el intento principal fuèlle deshazerse de essas cadenas de oro, para hazerlas de otra mejor forma para mas decente adorno, y lustre de la Imagen, y supuesta esta intencion, ofreciendole esta ocasion en que se puede hazer sin costa, y aun con ganancia, se determinasse a ponerlo en execucion sin mas dilacion; en este caso no ay duda, ni dificultad que sería cosa licita, porque no ay venta, ni compra ordenada *ex prima intentione ad lucrum*; y conseqüentemente no ay trato de negociacion, o mercaderia, que esencialmente dize compra, y venta *propter lucrum*; antes viene a ser vna prudente, y loable disposicion, y diligencia para mejorar el adorno de la Virgen Santissima sin costa, y con ganancia. Y todos los que tienen a su cargo bienes de Iglesias, è Imágenes, y Obras pias, tienen obligacion a procurar, que no vayan en disminucion, sino antes en aumento: por lo qual, si aviendo de mejorar las dichas hechuras, y forma, se dexara passar esta ocasiõ, para mandarlas hazer despues cò costa, y sin ganancia, sería mala, è imprudente disposicion, disminucion, y pérdida culpable de los bienes de la Iglesia. Lo mismo digo, si no huvièsse avido antes tal intento de mejorar la forma de dichas cadenas; pero viendo la ocasiõ del subido valor del oro se determinasse a mejorarlas de hechura, viendo que sin costa, y con ganancia puede mejorarlas: lo qual no haria, si huvièra de gastar algo en dicha materia; porque tambien en este caso la venta del oro, y la compra que se haze despues, no se ordenan de su principal intencion a la ganancia: *Non est propter lucrum, neque ratione lucri*; sino lo que se intèta es la mejora de las cosas con que se adorna la Imagen, aunque del subido valor del oro se tomò ocasion para mejorarlas; y el ver que se podian mejorar sin costa, y con ganancia, fue la causa de que se tratasse de mejorarlas: porque en este caso tambien se verifica, que la venta del oro, y compra que se haze despues, no es *primo, & immediate propter lucrum*, sino para mejorar el adorno de la Imagen. Toda la dificultad está en caso que en esta venta solamente se pretenda la ganancia: de fuerte, que la hechura de las cadenas, y demás prefiças de oro de la Imagen no desfagraden, ni se pretenda hazerlas de otra forma, sino que solamente se busque, y pretenda la ganancia en la venta, y compra de dicho oro para venderlo aora a 20. pesos cada tae, para comprarlo (passada esta oca-

sion) en Pangasinàn a 12. pesos y medio, y pagar la hechura, quando mucho, a dos pesos cada tae, y sacar de ganancia 5. pesos y medio en cada tae.

441. Respondese, que esto es licito, y no es trato de negociacion, y mercaderia prohibida a los Eclesiasticos: esta resolución se prueba, porque la prohibicion de la negociacion a los Eclesiasticos es cosa odiosa, que los priva de vna accion, y ganancia licita de su naturaleza a todos los hombres, como dize el Derecho, cap. Fornicari dist. 88. *Fornicari omnibus semper non licet, negotiari vero aliquando non licet, ante quam enim Ecclesiasticus quis sit, licet ei negotiari, factò, iam non licet.* Y así se ha de entender con toda restriccion, sin estèderla a otra cosa, sino que solamente se entienda prohibida la que con toda propiedad fuere negociacion, y trato de mercaderia, porque con esta restriccion dispone el Derecho, que se reciban las disposiciones odiosas, reg. 15. de reg. iur. Ind. 6. *Odia restringi, & fauores conuenit ampliari.* Y negociacion, y trato de mercaderia con propiedad, es solamente quando se compra alguna cosa por esse fin de venderla por mas subido precio. Así consta del Derecho, cap. Eijciens, dist. 88. que define, y explica al negociante con estas palabras: *Qui comparat rem, et illam ipsam integram, & immutatam vendendo lucretur, ille est mercator, qui de Templo Dei eijcitur.* Y cap. Quid est, dist. eadem, define la negociacion, y dize, que es comprar barato para vender caro: *Vilius comparare carius velle distrabere.* De fuerte, que el trato prohibido a los Eclesiasticos dize esencialmente compra con intencion, y fin de bolver a vender lo que se compra para tener en ello ganancia. En el caso presente falta todo lo formal del trato, y negociacion, por quanto no ay compra de cosa para venderla despues por mas subido precio, porque las cadenas de oro ya se hallan compradas, no a fin de venderlas por mas precio, sino para adorno de la Imagen: y vender lo que vno tiene en su casa, quando ve que tiene buen precio, valiendose de la ocasion para tener ganancia, no es trato de negociacion, sino gobierno de su casa bueno, y prudente; y así es licito a todos los Eclesiasticos, que se hallan con arroz, ò cera, que han comprado para gasto de su casa, ò lo han avido por otro qualquiera modo, y se les ofrece ocasion de vender estas cosas por mas precio, juzgado, ò que no han menester por entonces tanto arroz, ò tanta cera, ò que despues (quando la ayan menester) hallarán dichos generos con mas comodidad, pueden venderlos, y en esto no ay

Aa

nego-



negociación, porque quando se adquirió, ó compró, no se lleuó este fin, ni intento de comprar para vender por la ganancia.

## ARGUMENTOS.

442. **P**ara que esta resolución quede mas clara, y quieta la conciencia, reduciré a dos argumentos los escrúpulos, que puede mouer el discurso contra ella. El primero argumento es, el trato de negociación, y mercancia, prohibido a los Eclesiásticos, es compra, y venta *propter lucrum*; y parece cosa muy material, que no varia lo formal del trato, que sea primero la compra, y despues la venta; ó al contrario, primero la venta, y despues la compra: porque lo formalísimo es pretender ganancia por este medio de comprar, y vender, ó vender, y comprar; y esto se halla en el caso presente, que se pretende vender el oro, porque vale caro, para despues comprarlo barato, y quedar con el mismo oro que tenia antes, y demás a mas con la ganancia que resultare de estas compras, y ventas.

443. Segundo argumento: de aqui se seguiria, que pudiera el tal Prelado tener este lucro, y ganancia todos los años, teniendo este oro expuesto continuamente al trato; v.g. este año vende las cadenas a la gente de la Costa, que es quien paga el oro a subido precio, y passada esta ocasion, compra en Panganinan el oro por mas baxo precio, y luego en viniendo la gente de la Costa, lo buelue a vender: y hazerlo así *per singulos annos*, esto no se puede negar, que será trato de negociación, por mas precisiones que se hagan de que se compra para el adorno de nuestra Señora, y no *propter lucrum*. Luego tambien es trato prohibido hazerlo así solamente este año, porque lo formal del trato no se varia, ni muda por hazerse vn año solamente, ó todos los años.

444. Responde al primero, que no está prohibido a los Eclesiásticos generalmente sacar ganancia de las compras, y ventas, y así le es licito véder qualesquiera cosas, que poseen, a los precios mayores que pudieren, y embiarlas a vender a otras partes donde valgan mas, y guardarlas para venderlas en tiempo que tengan mas valor; y de la misma fuerte comprar lo que han menester en las ocasiones, tiempos, y lugares donde valiere mas barato, lo qual es sacar ganancia de las compras, y ventas. Por lo qual, si vn Eclesiástico compra de vn genero de cosas, que ha menester para su gasto en grande cantidad, por ofrecerle ocasion de comprar

muy barato, y cree que en mucho tiempo despues no valdrá tan barato; y despues passados dias, viendo que las cosas de aquel genero se han encarecido, se vale de la ocasion, y vende toda aquella cantidad, juzgando, ó que no la ha menester, ó que quando lo aya menester lo hallará mas barato, ó porque apetece mas aquella considerable ganancia, que el regalo, ó commodidad de aquel genero: esto sería licito, porque no ay Derecho, ni Decreto de Pontífice, que obligue a los Eclesiásticos, que retengan lo que vna vez compraron, sin poder bolverlo a vender quando les pareciere; lo que les prohiben es el trato propio de los mercaderes, que es comprar para vender *ratione lucri*, por la ganancia que han de aver de comprar para vender por mayor precio. Y para que se vea claramente la diferencia que ay entre estas dos cosas, comprar para vender, ó vender aviendo despues de comprar el mismo genero, se note, que comprar para vender mas caro, es propio de los mercaderes, y es en lo que comun, y ordinariamente se busca el lucro, y se halla ganancia, y se aumenta el caudal. Pero vender para ganar en la ocasion que vale caro el genero, que con otro fin, y otra intencion se avia comprado, ó adquirido, ni es accion en que comun, y ordinariamente se busca logro, ó ganancia, sino vna ganancia casual, que ofrece vna ocasion de crecer el valor de vn genero, de que alguno tiene cantidad: y el Derecho, y Decretos de los Summos Pontífices miran a quitar de los Eclesiásticos el trato propio de los mercaderes, y aquellas acciones, que comun, y ordinariamente se ordenan a la ganancia, y aumento del caudal, en lo qual ay deformidad de codicia, y trafago secular, que disluena en los Eclesiásticos; pero no intentan prohibir a los Eclesiásticos la ganancia que se les ofrece, seguida de vender en la ocasion lo que tenian, y poseian, sin averlo adquirido con esta intencion de comprar para vender *propter lucrum*.

445. Esto se confirma con mas claridad si se considera, que las leyes miran lo que ordinariamente sucede, *ut in plurimum*, y no a los casos que raras vezes suceden, como dize el Derecho, l. iura. ff. de legibus: *Iura constitui oportet in iis, que sapius accidunt, non que raro*: y l. seq. *Ex his que forte vno aliquo casus accidere possunt, iura non constituntur*: y l. seq. *Ad ea potius debet aptari ius, que, et frequenter, et facile, quam que per raro conueniunt*: y l. seq. *Qua semel, aut bis accidunt, continentur legislatores*. Y es doctrina expresa de S. Thomàs, r. 2. q. 96. art. 1. Comprar para ven-

vender es el frecuente uso, y ordinario de los mercaderes para así aumentar el caudal. Y así esto es lo que los Sagrados Canones quisieron prohibir a los Eclesiásticos; pero no el vender lo que poseen, y tienen adquirido con otro fin, quando se les ofrece ocasion de ganar, que es caso, que acontece pocas vezes, y vn acaso del qual no determinan las leyes, ni los Sagrados Canones, ni Decretos de Pontífices.

446. Al segundo argumento se responde, que siempre que se comprare el oro con intencion de venderlo despues *propter lucrum*, será mercatura, y trato de negociación prohibido, sea vna vez sola, ó sea cada año; y por el contrario siempre que se comprare el oro para otro fin con verdad, y sin ficcion, no será mercatura, ni trato de negociación prohibido, aunque lo comprasen, y vendiesen muchas vezes, por ocasion de subir el valor del oro. Pero si se hiziese así todos los años, avria fundamento para presumir, que se compra con esta intencion de venderlo *propter lucrum*, y sería muy dificultoso de prescindir. Si el mismo que lo compra este año, sabe que lo ha de vender el año que viene, y luego lo ha de bolver a comprar, y el siguiente bolverlo a vender; este se presumiria trato de mercatura, prohibido a los Eclesiásticos, no porque vende el oro, que ya tenia para adorno de nuestra Señora, por la ocasion que se ofrece de venderlo caro, que esse sería trato licito; sino porque quando compra el oro todos los años, aunque se quiera dar a entender así, y a los demás, que lo compra para adorno de la Imagen, en realidad de verdad lo compra para bolverlo a vender *propter lucrum*: por lo qual en la venta del oro, que se halló en casa sirviendo al adorno de nuestra Señora, con intencion de tener esta ganancia, y bolver a comprar oro para el adorno de la Imagen, no ay peligro alguno de trato de negociación; mas puedo aver en la compra que despues hiziere del oro: Mire cada vno en su conciencia la verdad de su intencion; si lo compra para que sirva al adorno de la Imagen, ó por la ganancia del año siguiente, porque en la compra con esta intencion empieza formalmente el trato prohibido de la negociación, y se consuma en la venta de lo que así se compró; y no aviendo compra con dicha intencion, no ay trato de negociación, aunque aya venta con ganancia. Mire el que despues comprare el oro la intencion con que lo compra, con verdad, y sin ficcion, porque aunque pueda justificarse ante los hombres, diciendo que

la intencion pura es de comprarlo para adorno de la Imagen, si lleua fin de venderlo *propter lucrum*, será factor de los Sagrados Canones, y Decretos Pontíficos, e incurrirá en sus penas en los ojos de Dios. 1. Reg. 16 *Homo videt ea, que parent; Dominus autem intuetur cor*.

## CONSULTA LXVIII.

*Si a vnos Religiosos Ministros de Doctrina sea licito el trueque del vino, que compran para su gasto por otras cosas, sacando notable ganancia del trueque, como si lo comprasen a razon de 48. gantas al peso, y en el trueque lo vendiesen a real la ganta?*

## PROPUESTA.

**E**N los pueblos donde los Indios hazen vino, los Religiosos usan de vna de tres maneras sacar el vino, que han menester para sus casas, porque en vnas partes los Religiosos dan a los Indios los carahayes en que se haze el vino, porque a los Indios les cuesta mucho el buscarlos; y los Indios van pagando en vino todo lo que costaron los carahayes, a razon de 48. gantas al peso, y ajustado el precio del carahay, los Religiosos pagan con dinero a dicho precio todo el vino que van recibiendo. En otras partes los Religiosos no dan carahayes, ni otra cosa, sino que todo el vino que reciben lo pagan en dinero a dicho precio; pero en esta casa está en uso otra cosa, y es, que el Religioso da el carahay, y los Indios le dan el vino, tantas gantas cada semana, tomando lo demás que sacan para si; y esto dura lo que dura el carahay: si dura poco, no deben los Indios cosa, y si dura mucho, y le dan al Religioso mucho, no debe el cosa, ni tiene que pagar. Esto supuesto, digo, que si vno, que está en aquellas casas, donde se dan los carahayes, podrá con este vino buscar lo necesario para la casa? v.g. trocar, ó embiarlo al negrillo, para que le den manteca, ó cera, tomándolo él; no como se lo dieron al Religioso, sino como vale entre los demás, ó menos? Y de la misma fuerte, si puede buscar con él cebollas, ó comprar algodón, embiando a donde ay estos generos, para que se trueque por ellos? Y no pudiendo estos, que en estas partes reciben el vino de esta fuerte, si a lo menos él de esta casa, que no lo compra, ni da mas que los instrumentos con que se haze, si podrá todo esto licitamente sin escrúpulo alguno?

## PARECER LXIX.

447. **P**Ara responder a esta consulta se ha de suponer, que quando compra el Religioso el vino a razon de 48. gantas al peso, no son los Indios violentados para venderlo a esse precio, y que el tal precio no es injusto, ni demasadamente baxo, y menor de lo que vale alli el vino en el pueblo donde lo compra el Religioso. Supongo esto, porque si el vino passase a real la ganta en el mismo pueblo, o cerca, y el Religioso lo compra a 48. gantas al peso, tengo por vn precio exorbitantemente menor de lo que vale, y se estima alli el vino: y juzgo, que el Indio no lo dará de su voluntad a esse precio tan barato, sino violentado. Estando yo en Cagayan en nuestro Convento de Lallo, oi dezir, que el Alcalde mayor tomaba el vino que hazian los Indios de Babumbaya, y lo pagaba a precio muy barato, y el lo vendia muy caro, y que los Indios no tenian libertad para vender a otra persona vna ganta de vino, excepto lo que tomaba el Religioso para su casa, y aun en esto regateaba el Alcalde mayor, para que fuese lo menos que fuese posible. Si comprarlo el Religioso a razon de 48. gantas al peso, fuese desta manera, bien se echa de ver, que no seria justo, por el agravio que se haria al Indio en comprarlo así, aunque el Alcalde mayor por su arancel, o sin arancel, le huviera puesto esse precio; porque seria exorbitantemente menos de lo que comunmente se estima alli este genero. Viviendo yo en esta Prouincia, puso vn Alcalde mayor a dos reales la chinanta de pescado seco en Lallo, y obligaba so pena de azotes, a los Indios de Buguey, que traxessen cada semana tantas chinantas a Lallo, y las vendiesen a dicho precio. El Padre Prouincial mandò, que los Religiosos pagassemos el pescado fresco en Buguey a tres reales la chinanta, por ser injusto el precio demasadamente baxo, en que lo ponía el Alcalde mayor. En Batàn acontece, que valiendo el cabàn de arroz a tres reales, se pone para Vandala, y para el sustento del Alcalde mayor, a dos reales; y de Religiosos nuestros he sabido, que quando se les ofrece aver de comprar algun arroz, no se atreven a comprarlo a como ponen el arroz de la Vandala, y del sustento del Alcalde mayor, por tenerlo por precio mucho menor de lo que comunmente en aquel pueblo, y tiempo se estima el arroz, y lo venden así los Indios forçados a mas no poder. Bien co-

nozco, que todas las cosas que se venden por junto, tienen precio mas baxo, que si se vendieran poco a poco, y a menudo; porque el que vende por menudo, padece mas trabajo, y molestia en la venta, y esso paga mas el comprador: y así aunque el que compra por junto mucho vino, dà por el menor precio, que el que lo compra poco a poco, es precio justo. Pero es increíble, que aya tan graue exceso, y sea tanta la diferencia por esta causa: de fuerte, que en el mismo pueblo compte vno a razon de a 48. gantas al peso por junto, y los que compran ganta por ganta, lo compran a real la ganta.

448. Suponiendo, que no aya injusticia en la compra del vino a razon de 48. gantas al peso, se responde al caso, que el Religioso que no dà carahay, sino que compra el vino, no puede lícitamente comprar mas del que ha menester para el gasto de su casa: y de ninguna fuerte le es lícito comprar mas para venderlo al modo que dice la pregunta, porque esso es con toda propiedad trato de mercancia, comprar barato para vender mas caro la misma cosa en la misma especie, y forma: lo qual despues de estar prohibido a todos los Eclesiasticos por derecho comun, aora nueuamente lo prohibió con graues censuras Clemente IX. Solamente en vn caso podrá el Religioso comprar cera, y otras cosas, que venden los negrillos con dicho vino, y es, si los negrillos a quienes ha de comprar la cera, o manteca, o otros generos, no recibiesen dinero, sino generos, como vino, tabaco, o hierro, de fuerte que no estimasen la plata; en tal caso lícito será embiar vino, para comprar con él, conmutando la cera, o manteca, porque en este caso no seria este trato de mercancia, sino vna prudente diligencia, para embiar a los negrillos el precio que entre ellos corre, o cosa que ellos estiman por trueque: y en este caso, aunque le aya costado el vino 48. gantas al peso, puede conmutar mucho mas caro, conforme se vende, o se estima el vino entre los negrillos; porque quitada vna vez la razon formal de trato de mercancia, por no ser formalmente comprar para revender, sino comprar para tener genero apto, o instrumento con que buscar, o rescatar lo que ha menester, no haze al caso, que dà el vino por mucho mas que le costò, estimandose en aquel mayor precio en la parte donde lo vende, o conmuta. Siempre se ha de advertir, que lo formalissimo de la mercancia consiste en comprar para vender la cosa en la misma especie *cum spe lucri*: y aunque aya lucro, y *spe lucri*, si la razon, y fin porque se

se comprò el vino no fue para tener aquella ganancia, sino para embiar a los negrillos el precio, o genero que entre ellos corre, no es formalmente trato de mercancia. Lo mismo que he dicho de los que no dà carahay a los vinateros, sino que desde el principio van pagando el vino que les dà, se ha de dezir de los que dà los carahayes, y los Indios los van pagando en vino, y acabado de ajustar, y pagar el valor de los carahayes, pagan el demás vino que les van dando con dinero; porque lo mismo es comprar el vino inmediatamente con el dinero, que comprar primero los carahayes, para con ellos comprar el vino. No varia esta circunstancia el trato, y así será formalmente trato de mercancia, y negociacion prohibido, si no solamente compra lo que ha menester para su gasto, sino tambien para vender, excepto en el caso de arriba, que los negrillos no reciban la plata, o no sea entre ellos precio corriente de las cosas, sino que entre ellos corra todavia lo que al principio del mundo, que por comutaciones se vandeaba la gente, conmutando vnas cosas por otras, segun cada vno avia menester.

449. Resta responder, si en esta casa donde no se compra el vino, será lícito venderlo en precio mas subido, o comprar con él otras cosas. Respondeste, que si, porque esse es vn trato de compañía, que tiene el Vicario de esta casa con los vinateros, que ellos ponen el trabajo de hazer el vino, y el Vicario los instrumentos, como son los carahayes: por lo qual esse vino no es comprado, sino ganado con esta industria, y compañía. Y así lo puede vender en qualquiera parte en el precio que valiere, o en el que se estimare donde lo vende, aunque gane mucho en él; y configuientemente puede con esse vino adquirido de esta manera, comprar quanto quisiere, porque en este caso falta la razon formal del trato de mercancia, y ne-

gociacion, porque no compra para vender, como el que vende los frutos de su huerta, o lo que ganó con su trabajo, o industria.

## CONSULTA LXIX.

*Si es lícito llevar a los negrillos infieles vino, arroz, y hierro, por trueque de cera, y azeite.*

## PROPUESTA.

**A**Lgunos Religiosos Ministros de Doctrina compran vino, arroz, hierro, &c. para rescatar con ellos de los negrillos del monte cera, azeite, y otras cosas para su casa, e Iglesia, dando dicho vino, arroz, o hierro a como se lo dà el Indio al negrillo: si esto será lícito?

## PARECER LXX.

450. **A**La consulta se responde, que puede, como queda ya dicho en el parecer antecedente num. 2. solamente podia aver dificultad en el hierro, por la descomunión de la Bula de la Cena, en que se prohibe llevar a los infieles hierro, y otra qualquiera materia de armas, o pertrechos de guerra. Respondeste, que en la Bula de la Cena se descomulgan los que llevan armas, o materia de que se forman, a los Turcos, y Sarrazenos enemigos del nombre Christiano, no los que las llevan a estos negrillos, que no se presume, ni puede presumir, que puedan hazer guerra de importancia contra la Iglesia, y bucan el hierro para cazar venados, y carabaos, de que se sustentan, y aun esse poquillo de hierro, que a ellos se le vende, o conmuta, es materia tan corta; que no bastaria para incurrir las censuras, aunque se les diese a los Turcos, o Sarrazenos.



# CLASSE SEGUNDA,

## EN QUE SE PONEN LAS CONSULTAS tocantes à donaciones entre viuos, y causa mortis.

## CONSULTA I.

*Sobre si la donacion con condicion mental, ò sin  
acceptacion obligue, no cumpliendose la  
condicion.*

## PROPUESTA.



N señor Governador embió por medio de vna persona particular, a otra, que se hallaba con esclavos, à dezirle, que tenia necesidad de dos dellos para su servicio, y que si los quisiese vender, se le pagaria su valor. La tal persona dueño de los esclavos se los embió, diciendo a la que los vino a buscar, los llevase, y que si fuesen de gusto del señor Governador, entonces tratarian de la forma que avia de aver en la compra: y quando esto dixo, puso en su corazon interiormente, que si le dixese su Señoria, que eran buenos, ò de su gusto, ò otra palabra equivalente a esto, se los avia de presentar; mas deste pensamiento no dió noticia a persona alguna. Passaronse algunos meses; el Governador no bolvió los esclavos; ni sobre ellos habló palabra alguna.

En este estado, vna persona muy continua en Palacio, embió à dezir al dueño de los esclavos, que su Señoria le avia dado vno dellos, que le embiasse la escritura: a lo qual respondió el tal dueño, que su Señoria hasta aquel tiempo no le avia hablado palabra alguna, si tenia gusto dellos, y que quando le hablasse, haria de muy buena gana la escritura, y de otra manera, en ningun caso lo haria. Dió desta respuesta quexa al señor Governador; sin embargo, aviéndole visto el dueño de los esclavos muchas vezes, nunca le habló sobre el caso. Murio este Governador, y el dueño de los esclavos presentó ante la justicia las escrituras, y se los mandó volver. Esto supuesto, preguntase aora, si el dueño de los esclavos los tiene con buena conciencia, ò si debe restituirlos a los herederos, y hacienda del Governador que los queria comprar?

## PARECER LXXI.

**R**espondese, que en el caso propuesto, el dueño de los esclavos los tiene con buena conciencia, y no debe restituirlos a los herederos, ni à la hacienda del Governador que los queria comprar, ni a la persona, criado de su casa, a quien el Governador avia dado vno de los esclavos: antes digo, que hizo bien en pedirlos ante la justicia, y con toda justificacion los puede tener como propios. Esta resolución se prueba con quatro razones claras, y ciertas.

1. La primera, porque aquella donacion es condicional, que le presentaria graciosamente los esclavos al Governador, si su Señoria le dixese, que eran a su gusto, ò a su proposito; davalos debaxo desta condicion, la qual el Governador nunca cumplió: y así si nunca se purificó la condicion, ni tuvo efecto la donacion. Esta doctrina es certissima, y consta del Derecho Can. tit. de condit. apposit. cap. De illis, y cap. Super eo, y cap. Per tuas literas: de los quales capitulos claramente se colige, que las promessas, donaciones, y qualesquiera contratos, hechos debaxo de alguna condicion, especialmente si la condicion es licita, y honesta, no tienen efecto, ni valor, ni consistencia, hasta que se cumpla la condicion. Esto mismo se determina en el Derecho Civil, l. Si ita stipulatus fuero hanc summam. ff. de verb. obligat. donde se determina, que la condicion que se pone en vn contrato suspende su valor, y queda el contrato pendiente de la condicion, para que si ella se cumple, desde entonces comience a tener valor, y efecto el contrato; y si no se cumple, fenece tambien el contrato, y queda sin valor, como si tal contrato no lo huviera avido nunca. Lo mismo se determina en las leyes del Reyno part. 4. tit. 4. l. 1. donde dize, que si la condicion puesta en el contrato se cumple, confirma al contrato, y desde entonces queda firme, y fixo, y valdero; pero si la condicion desfallece, tambien el contrato desfallece, y queda sin valor, y que hasta que se sepa de cierto, que la condicion

dicion se cumplió, ò no se cumplió, está el contrato suspendido, y pendiente. En esto convienen comunmente los Doctores, sin discrepar vno, como dize Sanchez, lib. 5. de matrim. disp. 6. n. 2. especialmente, quando la condicion que se puso es licita, y honesta. La condicion que en el caso presente puso el dueño de los esclavos, es licita, honesta, y muy decente; porque es muy conforme a razon, que el que haze donacion graciosa a otra persona de alguna cosa, quiera saber primero, que la persona a quien haze la donacion, la estimará, ò le será la dativa gustosa; y mas quando la dativa se haze a persona poderosa, que como no passa necesidades, no estima qualquiera cosa, como la estimara otra persona de poco caudal, sino cosa que sea especialmente de su gusto: y es muy conatural a todos, que en las dativas graciosas, y liberales, donde no se pide paga, ni se espera retorno, se espere el agradecimiento, el qual no lo avia, si la persona que la recibe no estima, ò no le agrada la dativa, ò no es a su gusto. Y aun el mismo Dios, que tan liberalmente nos dá sus dones, quiere que se los agradezcamos, y que los apetezcamos, y deseemos: y así la condicion que puso en su corazon el dueño de los esclavos, de darlos al Governador si dezia, que gustaba de ellos, fue licita, y muy decente; porque es muy conforme a razon, no hazer la dativa graciosa a tales personas, hasta que expliquen, y manifiesten, que la dativa les es a gusto, para que por lo menos en esso den à entender que la agradecen, y que no se porten como si no huviesesen recibido nada, ò como si no huviesesen recibido en la dativa cosa de su gusto, ni estimacion: por lo qual tengo por cosa certissima, que el dueño de los esclavos obró justificadamente en pedirlos, y cobrarlos por justicia, y los tiene con toda justificacion, sin obligacion a restituirlos, aunque huviera dicho expresamente a la persona que embió el Governador, y al mismo que se los daba, si le dixese, que eran a su gusto; porque faltando dicha condicion, la dativa no tuvo efecto, ni valor.

3. La segunda razon es, porque aquella intencion de darle al Governador los esclavos liberalmente, no la manifestó al mismo Governador, ni a la persona que fue a pedirlos en su nombre, sino solamente las dixo en su interior; y de palabras interiores, y conceptos no manifestados, no se contrae obligacion alguna entre los hombres, ni se traspassa dominio de vna persona a otra; esta doctrina es de S. Thomas. 2. 2. q. 88. art. 1. y dá la prueba con vn lugar de la Sagrada Escritura

1. Reg. 16. *Homines vident ea, que parent, sed Deus intuetur cor.* Los hombres solamente ven lo exterior, que se manifiesta con palabras, ò con otras señales; pero Dios ve lo interior de los corazones: de donde infiere el Santo, que las promessas hechas a Dios en lo interior, valen, y obligan; pero las promessas, y dativas que vnos hombres hazen dentro de su corazon a otros, no obligan, ni tienen valor. La razon desto es, porque la promessa, y dativa, que haze vn hombre a otro, es vn trato en que vno promete, y otro acepta, ò vno dá, y otro recibe; y quando el otro no acepta, ò no recibe, no hay contrato, y consiguientemente no hay promessa, ni dativa; y mientras el que promete, ò dá, no manifiesta exteriormente que promete, ò dá tal cosa, no puede el otro aceptar, ni recibir justamente. Esta doctrina es muy comun entre Theologos, y Juristas, que comunmente afirman, que vn hombre no se obliga a otro, sino modo humano, por palabras exteriores, que se entiendan vnos à otros, y de ninguna fuerte por conceptos interiores, como se comunican los Angeles, y como hablamos con Dios. Veante el Maestro Soto, lib. 3. de iust. q. 5. art. 3. & in lib. 4. q. 5. art. 1. & in lib. 7. q. 2. art. 1. Aragon 22. q. 88. art. 3. Ludou. Lopez in 2. part. instruct. cap. 27. tom. 1. Sum. cap. 95. y Cordoua in qq. q. 133. y Turrecremata 17. q. 1. cap. 1. n. 2. Gutierrez, qq. Can. lib. 2. cap. 20. n. 4. y Julio Claro, tract. de donationibus, y es comun. Y así digo, que aunque el dueño de los esclavos no huviera puesto condicion alguna, sino que absolutamente huviera dicho en su interior, que dava dichos esclavos al Governador, y que desde luego le traspassaba el dominio; no obstante pudo en conciencia pedirlos, y no tiene obligacion a restituirse los, porq. por el acto interior no adquirió el Governador dominio alguno de los esclavos.

4. La tercera razon es, porque aquella intencion de darle al Governador graciosamente los esclavos en la forma, que se propone, aunque fuese sin condicion alguna, y la huviesse explicado al Governador, ò a su gente, no transferia dominio, ni inducia obligacion, porque no dixo: doyle estos esclavos, ni prometelos, sino que si le pareciesen buenos, ò a su proposito, se los presentaria. Estas palabras no significan, ni dan a entender voluntad de transferir el dominio desde luego, ni de obligarse para darlos despues, sino solamente vn proposito, que entonces tuvo de presentarlos, en caso que le pareciesen a proposito para servirse de ellos. Y es cosa certissima, que el proposito, que vna persona tiene



tiene de hazer vna dadiva, no induce obligacion: así lo enseña S. Thomás. 2. 2. q. 88. art. 1. ad. 1. Sc. ad. 3. donde dize, que el proposito que vn hombre tiene de hazer algo, no induce obligacion alguna, ni para con Dios: por lo qual si vna persona propone en su corazón de entrar en Religion, ò de guardar perpetua castidad, para servir en esto a Dios, no queda obligado, si no lo promete, obligandose a cumplirlo; y por mejor razon respeto de los hombres, aunque vna persona proponga de hazerles qualquiera donacion, y aunque lo explique, diciendo: tengo intención de hazeros esta donacion, ò este bien os tengo de hazer, no induce obligacion. Por lo qual el Maestro Soto, lib. 7. de iust. q. 2. art. 1. dize, que si alguno me pide vna cosa, y le respondo, que se la daré, ò que haré lo que me pide, manifestando el proposito que entonces tengo de darle, ò hazer lo que pide, no quedo yo obligado en conciencia, ni en justicia; porque ni manifesté, que le pasaba el dominio de la cosa, ni que me obligaba a cosa alguna, ni tuve tal intencion de obligarme, ni de prometer. Lo mismo afirma Fr. Luis Lopez. 2. p. instruct. cap. 30. y es comun de todos los Doctores, que vnanimes afirman, que por los propósitos que hazemos no quedamos obligados. Y consta de las leyes del Reyno, lib. 5. Recop. tit. 16. l. 2. donde dize así: *P. reciendo, que uno se quiso obligar a otro por promission, ò por algun contrato, ò en otra manera, sea tenido a cumplir aquello a que se obligo;* y al fin de la dicha ley añade: *Mandamos, que valga la dicha obligacion, y contrato, que fuere hecho en qualquiera manera, que parezca que uno se quiso obligar a otro.* Y part. 5. tit. 1. l. 1. se determina, que para que vn hombre quede obligado a otro, se requiere, que tenga intencion de obligarse, y que la signifique con palabras: de suerte, que segun las leyes del Reyno, para que vna persona quede obligada a estar a vn contrato, ò donacion, ò promessa, es necesario que confite, que se quiso obligar, ò transferir el dominio de la cosa en el otro. En el caso presente falta muchissimo para que huviesse translacion de dominios, ò donacion efectiva, y actual, ò obligacion de dar los esclavos, aunque demos caso, que el dueño de los esclavos no huviera puesto condicion alguna, y se huviera explicado con la persona que le habló en nombre del Governador, diciendole, que si a su Señoria le parecian a proposito, se los daria de gracia; porque en esta intencion, y en estas palabras no ay donacion efectiva, y actual, en que de a entender, que desde luego transfiera el dominio, ni se dá a entender

obligacion, que desde luego quiera cargar sobre si de darlos: sino solamente vna intencion, y proposito de darlos; y despues viendole que el Governador ni mostrò agradecimiento, ni se diò por entendido de que avia recibido, ni queria recibir los esclavos; hizo bien el dueño de los esclavos en mudar el proposito, è intencion, y cobrar despues lo que no estava todavia dado, ni se avia hecho obligacion de darlo. Esta razon se fortifica mas con el hecho de aver negadole las escrituras de esclavitud, y no averle querido hazer el traslado a la persona a quien el Governador diò el vno de los esclavos: de lo qual claramente se colige, que no tuvo intención de transferir de hecho el dominio, ni quiso darlos, ni obligarle a dexárselos, mientras no concurrían otras circunstancias.

5. La quarta razón es, porque para que vna donacion sea valida, es menester que la persona a quien se haze, la acepte, ò otra persona en su nombre, y mientras no ay esta aceptacion, la donacion no tiene valor, ni efecto. En esta resolucion concuerdan todos los Autores, que han escrito fuera de los Reynos de España; pero entre los Autores de estos Reynos ay dilencion, por vna ley de la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 16. l. 2. en la qual se determina, que constando, que alguno se quiso obligar a otro, de qualquiera manera que sea, aunque no se ay guardado en la obligacion, ò contrato las solemnidades del Derecho, vale la obligacion; pero la opinion mas corriente entre los Autores de estos Reynos, y que parece tener mas fundamento en el Derecho natural, es, que la donacion es de nungun valor, hasta que la acepte la persona a quien se haze, ò otro en su nombre, que tenga su poder. Así lo afirman Greg. Lopez in l. 4. tit. 4. part. 5. Azevedo, lib. 5. Recop. tit. 16. l. 2. n. 20. Auendaño, cap. Præto. 2. p. cap. 29. n. 4. 1. Perez, in addit. ad Seguram. l. Filius. ff. de verb. obligat. n. 75. Burgos de Paz, conf. 14. n. 20. Gutierrez, cap. Quamvis pactum. n. 59. Nauarro, lib. 3. de restit. cap. 1. p. 4. dub. 1. n. 270. Man. Rodrig. 1. to. Sum. cap. 67. n. 1. Sanch. lib. 1. de Matrim. disp. 6. n. 19. y Henriquez, lib. 13. de excomun. cap. 17. n. 6. y otros muchos, que afirman, que la ley del Reyno solamente excluye algunas circunstancias, y solemnidades, que el Derecho Civil pide, para que sean validas las donaciones; pero no excluye la aceptacion de la parte a quien se haze la donacion, porque esta es de derecho natural; y sin ella no puede aver donacion perfecta, ni contraerse obligacion, ni hazerse contrato entre los hombres, ni se puede presumir de ninguno, que quiera echar de si el domi-

dominio de la cosa que dá a otro, hasta que el otro la acepte, ni quiera quedar obligado, hasta que el otro admita la obligacion que se le haze. Y como dize muy bien el P. Fr. Luis Lopez. 2. p. instruct. cap. 27. q. 5. no basta para aceptacion, que el Governador aya recibido los esclavos, y tenidoslos en su casa, sirviendole dellos de hecho. Lo primero, porque el dueño de los esclavos los embió al Governador, para que los experimentasse si eran a su gusto, y deste modo los recibió el Governador; y así todo el tiempo que los tuvo en su poder no se puede entender, que fue aceptar el dominio de ellos, sino su servicio para hazer la experiencia. Lo segundo, porque el aprehender realmente, y de hecho vna cosa, que era de otro, no basta para la aceptacion del dominio: y así vn ladrón que aprehende lo ageno, no adquiere dominio dello; ni aquella se puede llamar aceptacion; porque la aceptacion es vna cosa moral, que se haze entre los hombres al modo humano, como los demás contratos en que intervienen palabras, y se acepta la cosa, ò en dadiva, ò en prefito, ò con alguna obligacion, ò puramente de gracia. En el caso presente no hubo aceptacion moral, ni humana, ni palabras que la indicassen, sino solamente vna pretencion de los esclavos en su casa, sin determinar de qué manera, si a titulo de compra, ò de donacion, ò de aprobacion, y experiencia: aunque se debe entender, que a este titulo de experimentarlos los tuvo, porque a este titulo se le embiaron. Lo tercero, porque el perfecto modo de aceptar la donacion, y tomar en si el dominio de los esclavos, era pidiendo las escrituras de sus esclavitudes, y que por otra escritura le hiziesse el traslado de ellos, y pudo, y debió entender, que no ay dominio fixo de los esclavos sin los instrumentos autenticos de su esclavitud; estas escrituras nunca las pidió, antes avisado de que el dueño no queria dar las escrituras, no hizo caso, ni diligencia alguna por adquirirlas: de donde consta, que no fue su intencion tomar el dominio de los esclavos, ni aceptarlos, sino solamente servirse de hecho de ellos mientras estuviesse en aquella tierra, suponiendo, que tenia para esto el beneplacito de su dueño, pues no se los pedía: y así hizo justamente el dueño de bolverlos a cobrar, muerto el Governador, pues no avian salido de su dominio. Podíase oponer contra esta razon, que supuesto que el Governador hizo donacion de vno de dichos esclavos, los tenia por propios, y avia aceptado el dominio dellos, porque no pudiera hazer donacion de lo que no era suyo,

ni tenia dominio dello. Respondefe con la regla *Nemo potest*, de reg. iur. In. 6. reg. 79. *Nemo potest plus iuris transferre in alium, quam sibi competere dignoscatur.* El Governador solamente transfirió, y pudo transferir en la tal persona el derecho que su Señoria tenia en los esclavos: y así se los entregò sin escrituras, ni se las procurò facer, y sin la propiedad, sino solamente para que se sirviessè del, mientras el dueño no lo pedía, de la fuerte que su Señoria los tenia. De todo lo dicho se colige, que el dueño de los esclavos pudo cò toda justificacion pedirlos, y con toda seguridad de conciencia puede retenerlos; porque a la donacion que quiso hazer dellos le faltaron todas las calidades, que se requerian para su valor. Lo primero, porque de parte de la persona a quien se daban, no fue cumplida la condicion con que se le ofrecian. La segunda, porque no se hizo con actos, ò palabras exteriores, al modo que entre los hombres se hazen todos los còtratos, y obligaciones. La tercera, porque no hubo intencion, ni forma de palabras, que indicassen obligacion, sino solamente vn proposito, y voluntad de darlos, si fuessen a su gusto. La quarta, porque faltò la aceptacion de la persona a quien se hazia la donacion.

## CONSULTA II.

*Sobre si la donacion condicional se deba estender a mas de lo que expresse la condicion, en caso que la estendiera el donador si previniera algun futuro contingente?*

## PROPUESTA.

Pedro hizo vna escritura de dar dos mil pesos a Maria, que casò con Juan, y que muriendo sin hijos deste matrimonio, los heredasse la mesa de la Santa Misericordia, para casar quatro huerfanos. Muriò Juan sin hijos, y ella tiene accion a gozarlos mientras viue. Duda Pedro, si por quanto no previno entonces, que podia tener hijos de otro matrimonio, y su intencion no fue excluirlos de que heredassen, sino a su padre de ella, estará aora obligado (aunque no los incluyó expresse, porque no los previno) a hazer la entrega del dinero, para que Maria los goze mientras viue, y despues sus hijos de otro matrimonio, que ha contraido con Antonio; y esto quanto al fuero interior, porque quanto al exterior ya se ve, que la clausula de la mesa està en contra; ò si depondrà el escrúpulo, y estará a lo escrito; puesto lo

vno, que ya le ha de obligar la mesa a cumplirlo: lo otro, porque fuerza es, que quando la escritura se hizo, despues se leyó, y la firmó, y luego se obligó, no a lo que tenia en el entendimiento, sino en la escritura; luego a esto debe estar. Fuera de que por no aver prevenido, que podia morir Juan su primer marido sin hijos, no pudo obligarle en el fuero interior (que en el exterior está claro, y no se duda) a lo que no previno: luego está en posesion la libertad de donar, y esta se ha de favorecer; que por no llevar leña al monte (como dize el adagio) no pruebo con Derecho, y Autores, y razones.

## PARECER LXXII.

6. **R**espondese, que por la escritura que se refiere, se obligó Pedro a esta donacion de dos mil pesos; la qual donacion en parte es absoluta, y en parte condicional: es absoluta, en quanto quiere que goze deste dinero, y de su vió Maria por todos los dias de su vida: es condicional, en quanto a la herencia de dichos dos mil pesos, que si Maria tuviera hijos del matrimonio, que contraxo con Juan, los heredasen sus hijos, y si no los tuviese de aquel matrimonio, los herede la mesa de la Misericordia, para casar a quatro huerfanos; y assi ay obligacion de entregar los dos mil pesos al marido de Maria, con obligacion que haga de entregarlos a la mesa, si alcanzare en dias a la dicha Maria, de la misma fuerte, que el marido queda obligado a conservar el dote, y todos los bienes que trae su muger al matrimonio, para restituirlas quando muera la muger, ó se disuelva el matrimonio, a quien le pertenecieren. Todo esto consta claramente, porque por la dicha escritura quedó obligado a entregar los dos mil pesos, en la forma que la escritura dize, y no de otra manera: assi lo determinan las leyes del Reyno, lib. 5. tit. 16. l. 2. de la Nueva Recopilacion, donde dize: *Pareciendo, que alg uno se quiso obligar a otro por promission, ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenido a cumplir aquello a que se obligó.* Y al fin de la dicha ley añade: *Mandamos, que valga la dicha obligacion, y contrato en qualquiera manera, que parezca que uno se quiso obligar.* Y p. 4. tit. 4. l. 2. dize, que si la condició puesta en el contrato se cumple, confirma al contrato, y lo dexa firme, y valedero en aquella forma a que las partes se obligaron. Consta tambien del Derecho Canonico, cap. De illis. y cap. Super eo. y cap. Per tuas. de condit. appofitis. y del Civil, l. Si ita. ff. de verb.

obligat. Pedro prometió, y se obligó a dar estos dos mil pesos a Maria, y en quanto al gozarlos todos los dias de su vida, no le puso condicion alguna; y assi desde luego le obliga la escritura a entregarlos. En quanto a quien los ha de heredar despues de los dias de Maria, puso condicion, que si tuviese hijos de aquel matrimonio, que contraxo con Juan, los heredasen sus hijos, y si no los tuviese, los heredase la mesa de la Misericordia. Faltó esta condicion en quanto hazia en favor de los herederos de Maria, que ya es imposible tener hijos de aquel matrimonio, y cumpliósse en quanto haze en favor de la mesa de la Misericordia, y assi los debe heredar.

## ARGUMENTOS.

7. **L**os argumentos que contra esto se traen en la pregunta, no enfraquezen esta resolución. El primero, que está en posesion la libertad de donar, y a esta se ha de favorecer. Respondese, que confiando por la escritura, que se obligó a dicha donacion con la condicion referida, no le quedó libertad para hazer la donacion de otra manera, y assi la debe cumplir en la forma, y modo que se obligó. El segundo argumento es, que su intencion en dicha condicion fue solamente excluir de la herencia de dichos dos mil pesos a su padre de Maria, no a los hijos, que tuviese de otro matrimonio, y por no aver prevenido, ni imaginado, que pudiesse tener hijos de otro matrimonio, puso la clausula de la escritura en dicha forma. Respondese, que no aviendo prevenido, ni imaginado, que Maria pudiesse tener hijos de otro matrimonio, no pudo tener intencion positiva de dexar por herederos de dicho dinero a los hijos de otro matrimonio; porque a los que totalmente omitió, é ignoró, y aun no los consideró posibles, no pudo tener intencion de darles cosa alguna, sino toda su intencion solamente miró a los hijos que podia tener de Juan, para que heredasen, y a falta de ellos, miró a que heredase la mesa de la Misericordia. Lo que colige aora de su intencion el dicho Pedro en esta condicional, que si le huviera ocurrido que Maria podia tener hijos de otro matrimonio, los huviera inducido en la herencia de los dos mil pesos; pero está condicional *nihil ponit in esse*, no aviendose verificado la condicion, y assi no dá derecho alguno para la herencia de los dos mil pesos a los hijos de Maria en otro matrimonio. La verdad es, que la dicha escritura se echa de ver que se hizo

hizo con poca atencion, y falta de consejo de quien previnieñe estos puntos, y contra la forma acostumbrada: es muy ordinario en esta tierra hazer escritura en estas donaciones de dotes a mugeres, que si la muger muriese sin hijos, buelva lo que se le donó a tal obra pia. Y algunas escrituras he visto, que especifican, si muere sin hijos legitimos, para excluir los ilegítimos, si la muger fuere impudica. Pero especificar, que si muriese sin hijos de tal matrimonio, ó de tal marido, vaya a parar a tal obra pia, quando el tal marido no era su pariente, ni le tenia especial amistad, ó obligacion, sino que daba los dos mil pesos por intuito puramente de la muger, fue la clausula contra toda buena razon, y en esto se podia armar litigio para anularla. Pero siempre juzgaré yo, que despues de los dias de Maria debe gozar la mesa estos dos mil pesos, para casar sus niñas: porque a la mesa de facto se los dexó, supuesta la dicha condicion, y no a los hijos de Maria del segundo matrimonio, a quienes los huviera dexado, si lo huviera considerado mejor.

## CONSULTA III.

*Sobre si la donacion violenta transfiera el dominio de la cosa de suerte, que el donatario no esté obligado a restitucion?*

## PROTESTA.

**V**N Alcalde mayor quitó a vn Indio 80. pesos: acabado su oficio, dixo a vn Español, que cobrasse lo que le debian. Embió desde Manila a otro Español, que tomase cuentas al cobrador, con orden de que si no le huviesen cobrado cincuenta pesos al dicho Indio, se los perdonasse. Este Español dixo al Indio, que le diese algo de albricias por la buena nueva, que le llevaba del perdón: el Indio por escusar vexaciones, le dió diez pesos. Preguntase, si ay camino para quedarle con ellos. *Inta contentia?*

## PARECER LXXIII.

8. **R**espondese a la consulta, que los debe restituir. Si a este Español le debiera otro 80. pesos, y el deudor le quisiera pagar solos cincuenta, claro está que no gustara, que el criado del deudor se le quedara con otros diez. Este Español es mandatario del Alcalde mayor, por lo qual el Alcalde mayor es quien le ha de pagar su trabajo de todas las diligencias que le encargó; y entre ellas es perdonar este dinero al Indio, ó por

mejor dezir, pagarlos, ó no quitarlos con rapiña, que rapiña sería cobrarle los 50. pesos debiendole 80. assi no debe el Indio pagarlos, ni dar regalo por esto. Y el Alcalde mayor, si llegase a saber esta codicia de su mandatario, debía bolver a pagar al Indio estos diez pesos, porque tiene obligacion a pagarle sin costas.

## CONSULTA IV.

*Sobre si la donacion que hizo vn hombre pobre a vn rico, porque de 350. pesos que le debía, pagasse 150. sea violenta, y nula, teniendo el tal hijo, y no teniendo con que satisfacer la dote de la muger?*

## PROTESTA.

**V**N hombre poderoso debia a vn pobre 350. pesos: murió el rico, y por decreto del señor Governador le fue mandado al Albacea del rico, que pagasse a el pobre dichos 350. pesos: llevó el pobre al Albacea el decreto, y por evitar contiendas, y dilaciones (a lo que parecerá despues) dixo, que le diera los 150. pesos, y que de los otros 200. pesos le hazia donacion libre, y espontanea. Ratificado el pobre en dicha donacion, y muchas vezes, sin averle negado el Albacea la deuda, ni averle pedido nada, ni amenazado con pleyto, le dixo el pobre, que el como podia jugar aquel dinero (pues era suyo) que tambien podia darlo a quien él quisiese: por tanto, que se los queria dar de su bella gracia. Por mas allegar su conciencia dicho Albacea, confesandose con vn Padre de la Religion de san N. le propuso el caso, y dicho Padre le dixo, que podia quedarle con dichos 200. pesos, que le daba el pobre: En virtud de la donacion, y parecer del P. de la Religion de san N. pagó el Albacea los 150. pesos, y se quedó con los 200. pesos dablemente. Murió el pobre, y en su testamento dexa una clausula en que confiesa aver recibido en dote de su muger 200. pesos, y que dexa vn hijo, y en la quinta clausula dize assi. Item declaro, que N. como Albacea que es de N. me es deudor de 200. pesos de resto de 350. que dicho difunto me debía, y por decreto del señor Governador se mandó, que se me pagasse de los bienes que quedarón por fin, y muerte de dicho N. y en su virtud me pagó dicho N. 150. pesos, restandome a deber dichos 200. pesos; y aunque le he dado carta de pago por entero de dichos 350. pesos, la verdad es, y para el passo

que estoy, que no he recibido mas de los dichos 150. pesos: y pido, y ruego al dicho N. como tan Catolico, y Christiano, vfe con dicha mi muger, y hijo fu acostumbrada piedad, atento a la pobreza en que los dexo, sirviendose de remediarlos con dichos 200. pesos, escusandoles gastos, y costas en su cobrança, que nuestro Señor le pagará la caridad, y buena obra, que en esto hiziere a mi muger, y hijo. Háfede suponer, que en el discurso del matrimonio se ha gastado el dote de la muger primera (que la segunda, y presente no traxo dote.) El muchacho es Español al parecer, y está pereciendo. Preguntase, si fue valida la donacion del padre, atento a la pobreza del hijo, y dote de la madre?

## PARECER LXXIV.

9. **R**espondese, que la remission de los 200. pesos fue nula, y el Albacea del hombre rico tiene obligacion de satisfacer los dichos 200. pesos al hijo del dicho pobre, ò a quien por él fuere parte, por quatro razones. La primera, porque para el valor de la remission de la deuda se requiere, que el que la perdona lo haga con plena, y espontanea voluntad: de fuerte, que faltando esta, es nula la remission de la deuda, y el deudor queda obligado a pagarla, como si no se le huviera perdonado; así consta del Derecho, l. Ait prator. ff. de eo quod metus: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebit.* y l. Continet. Si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc edictum restituitur. Y aunque en todos los contratos onerosos se requiere espontanea voluntad de ambas partes, y ay obligacion en conciencia de restituir al que consintió en el contrato por temor; pero en las donaciones que dependen solamente de la voluntad del que las haze, sin carga, ni obligacion del que los recibe, se requiere mas libertad para su valor, como se colige de Santo Thomas 2.2.q.89.art.7.ad 3. *Obligatio tollitur per coactionem, quia ille, qui vim intulit, hoc meretur.* Por lo qual los Doctores comunmente afirman, que para el valor de la remission de la deuda, es menester, que no se haga por temor, y que en haciendose por temor, es nula. S. Anton. 2. p. tit. 2. cap. 6. Nauarro, in Sum. cap. 17. n. 75. Lud. Lopez, lib. 2. de contrac. cap. vlt. Man. Rodr. in Sum. tom. 1. cap. 96. Molina, tract. 2. disp. 267. Saa, verb. Debitum. n. 27. Cayet. in Sum. verb. Restitut. cap. 7. Lessio, lib. 2. cap. 16. dub. 2. n. 35. Bonac. de restit. disp. 1. q. vlt. punt. 2. n. 3. Sanchez de matrim. lib. 4. disp. 9. n. 17. Trullench. 2. lib. 7. cap. 15. dub. 4. Silu. verb. Restitut.

2. §. 7. y restit. 7. q. 2. Angel. verb. Restitut. vlt. n. 2. Y explicando los Doctores el temor, que quita el valor de la remission de la deuda, dicen, que si perdona toda la deuda, ò parte della, por entender, que de otra fuerte no la podrá cobrar, siendo así que el deudor tiene con que pagar, no queda seguro en conciencia el deudor, sino que le queda obligacion de pagar por entero. Así lo dicen Silvestr. y Sanchez: otros, como Lessio, y Trullench. lo explican diciendo, que si perdona la deuda, ò parte della, por escusar las dificultades de la cobrança, como por escusar pleytos, ò detenciones, ò otras molestias, no es valido el perdon, y que esto acontece de ordinario, quando los poderosos deben a los pobres, como a oficiales; porque si perdonan, no es por liberalidad, ni de voluntad, sino por escusar molestias, dilaciones, y contiendas con personas superiores a ellos, a quienes tienen veneracion, y respeto: y en resolucion, todos los Doctores, sin discrepar vno, concuerdan en que siempre que se perdona la deuda por escusar algo desto, que es a mas no poder, pudiendo el que debe pagar, no queda el deudor seguro en conciencia. Que en el caso presente aya perdonado desta fuerte el pobre los 200. pesos, lo tengo por certísimo, aunque el Albacea no le dixesse palabra de amenaza: lo vno, porque siempre al pobre le es cosa ardua, y dificultosa llegar a cobrar del poderoso: lo otro, porque acontece, que los Albeceas por defender la hacienda de sus difuntos, no pagan luego que se les pide, y manda pagar por las justicias, sino que responden con vna, y otra evasion, y esto basta para que el pobre por escusar esta contienda con el que puede mas, perdona parte de la deuda, sin pleno consentimiento; y consiguientemente, para que la remission no sea segura en conciencia.

10. La segunda razon desto es, por la pobreza del que hizo la remission de la deuda, sin padecer necesidad alguna aquella quien se hizo. El Derecho no presume liberalidad en los que padecen pobreza, l. Rem legarum. ff. de adimendis, vel transf. *Cum nemo in necessitatibus liberalis existat.* Y allí la Glossa: *Nemo indigens donat.* Y la glossa in cap. Sedes. de rescriptis: *ubi necessitas ibi nulla liberalitas.* Para que la remission de la deuda sea verdadera, y dexe seguro en conciencia al deudor, es necesario que se haga liberalmente, como dize la Glossa in reg. peccatum. 4. de reg. iur. In. 6. donde dize, que obliga siempre la restitucion, y no se perdona el pecado, si no es que aquella a quien se debe la perdone

done liberalmente: *Nisi is cui facienda est restitutio, liberaliter remitteret.* Para que cesse la obligacion de pagar la deuda, se requiere perdon liberal del acreedor: en el pobre necesitado no se presume remission de la deuda, suficiente para que cesse la obligacion del deudor. Santo Thomas 2.2.q. 106. art. 3. ad 4. dize, que el pobre ha de pagar los beneficios que le hizieron, en reverencias, y sumisiones, y no en cosas precio estimables. Si del pobre obligado con beneficios no se previenen, ni esperan donaciones de cosas de valor, como se han de presumir, ni creer liberalidades, y donaciones, ò remisiones espontaneas de lo que se les debe?

11. Tercera razon: de ninguno se presume pecado, si no se prueba plenamente; así consta del Derecho, cap. Incunctis. 11. q. 3. *Nimia lenitatis est, si quis mala gravia credere studeat, que probari non possunt.* Y lo mismo consta de la Glossa in reg. semel. 8. de reg. iur. In. 6. por lo qual en qualquiera accion indifferente, que se pudo hazer con pecado, ò sin pecado, se ha de presumir, que se hizo licitamente. Si la dicha persona pobre huviera perdonado los dichos 200. pesos, juzgando que pudiera cobrar toda la cantidad sin mucha molestia, huviera cometido pecado mortal, porque quitaba a su hijo la legitima de su madre, para hazer donacion liberal a otro, que no tenia necesidad. Que sea pecado mortal dexar a su hijo sin la dicha legitima de su madre, pudiendo conservarcela en todo, ò en parte, no haciendo dicha donacion, consta del Derecho, l. In reb. cap. De iure dotium, y cap. Per vestras. y cap. Donatio. de donat. inter vir. & vxor. donde se determina la obligacion que tiene el marido a conservar la dote de la muger, y que esta es deuda legitima, que tiene antelacion a las demás deudas; de fuerte, que aunque tenga el marido otros muchos acreedores, en primer lugar se ha de pagar a la muger su dote, y si ella fuere difunta, a sus herederos. Pues si el hombre que tiene deudas no puede hazer donaciones, y peca mortalmente contra justicia en hazerlas, si no le queda hacienda con que pagar lo que debe, porque defrauda a sus acreedores; luego tambien peca mortalmente contra justicia el que recibió dote de su muger, si haze donacion, sin quedarle hacienda con que pagar el dote. Por lo qual no se puede presumir de la persona que hizo la remission de los 200. pesos, que quiso hazer libre donacion de ellos en tan graue detrimento de su hijo, y de su conciencia; sino que juzgò por cosa ardua, y dificultosa a su estado, y pobreza, vencer en litigio, y contienda

a vn hombre mas valido, y mas poderoso que él, y que perdonando parte sin pleyto, y molestia, hazia su negocio del mejor modo que podia, aunque perdiendo contra su voluntad la mayor parte de lo que se le debia. Y de la misma fuerte no se puede presumir del Albacea, que si supiese la pobreza, y deuda de la dote que tenia el que le hazia la donacion, la admitiese, sino que la aceptò creyendo que no tenia tal deuda, y que la poca cantidad con que se contentaba, le era suficiente para su parte, y calidad: por lo qual, sabiendo aora el Albacea, así por el testamento del que hizo la donacion, como de las demás conjeturas, que no la pudo hazer licitamente, ni la hizo con plena voluntad, debe pagar todo lo restante que debia su difunto; y no haciendolo así, ni satisfará a la obligacion del difunto, ni a su propia conciencia.

12. Quarta razon: en aviendo duda de la verdad de alguna donacion, se ha de presumir, y estar a que no fue donacion: así consta del Derecho, l. Cum de indebito. ff. de prob. *Numquam ita resursum est, ut facile suas pecunias iactet, & indebitas effundat.* Por lo qual, en aviendo alguna conjetura de que no fue verdadera donacion, no se ha de tener por donacion: así lo afirman Baldo, l. Cum te. cap. De donat. ante nupt. nu. 2. Menochio, lib. 2. de arbitrarijs. cont. 1. casu 8. Greg. Lopez in p. 5. tit. 12. l. 36. verb. Bienes. Mascardo, de prob. concl. 555. y otros muchos citados por estos. En el caso que se propone, aunque el acreedor dixo con palabras claras, que hazia donacion de parte de la deuda, ay tantas, y tan graves conjeturas de que no hizo, ni quiso hazer donacion, que no se puede presumir donacion. La primera conjetura, es la grande pobreza del que hazia la donacion. La segunda, es el estar con deuda tan graue, como la dote de su muger, y legitima de su hijo, por lo qual no podia hazer donacion con buena conciencia. La tercera, ver la entereza con que los Albeceas defienden los bienes de sus difuntos, que no los suelen entregar a la primera peticion, y mandato del Juez, sino precediendo el litigio por sus cabales; y a vn hombre pobre le es cosa ardua contender en litigio con otro poderoso. La quarta, que el que hizo la donacion, no pretendia, ni pretendió antes, ni despues alcanzar oficio, ni puesto, ni otra cosa de la persona a quien hizo la donacion, sino solamente cobrar su dinero: por lo qual no se halla otro titulo, ni razon por la qual se pueda creer, que se movió a hazer la donacion, sino que solamente la hizo para cobrar aquella parte, temiendo que de otra fuerte



fuerte no cobraria esa alguna, o le costaria mucha molestia, con que dexa de ser donacion espontanea. La quinta, porque el mismo que dixo, que hazia donacion se dexa en su testamento, pidiendo que se pague a su muger, y hijo lo restante de la deuda, haciendo demonstracion de la pobreza en que los dexaba; y asi el fundamento de que fue verdadera, y espontanea donacion, queda deshecho, porque era solamente la palabra del donante, y el mismo donante con la muerte a los ojos (quando suelen los hombres hablar con mas defengano, y verdad, y se les fuele, y debe dar mas credito, como dize el Derecho, l. Sancimus. C. ad leg. Jul. repetund. *Neminem Divini timoris arbitramur immemorem, ut saluti propriae ullum commodum anteponat.*) explica, que no fue su voluntad hazer donacion espontanea, cap. Omnis. de reg. iur. *Omnis res per quascumque causas nascitur, per easdem dissolvitur.* Segun el comun sentir de los Doctores, por conjeturas, e indicios se ha de conocer, si la remision de vna deuda es de voluntad espontanea, o por fuerza, y a mas no poder. En el caso que se propone, entre tantas, y tan graues conjeturas de que no fue donacion espontanea la propuesta, aviendo vna sola de que lo fue, y esta debilitada del modo referido, tiene obligacion en conciencia el Albacea a entregar los 200. pesos restantes de la deuda al hijo del acreedor, si esta emancipado, o a quien fuere su tutor, o curador.

12. Hasta aqui se ha probado la obligacion que tiene el Albacea de pagar dichos 200. pesos, por causa de no aver sido la donacion, y remision que se le hizo de los liberal, ni plenamente voluntaria. Restan ahora otras causas, y razones mas eficaces, por las quales esta obligado a pagarlos, aunque constase con toda evidencia, que la donacion que le hizieron huviera sido liberal, y espontanea.

13. La primera, porque el que hizo la remision, y donacion de los 200. pesos, estava debiendo la dote de su muger, y no tenia otra hacienda de que pagarlo. Que la dote recibida sea deuda legitima, y verdadera, que debe pagar el marido, disuelto el matrimonio por muerte de su muger, a los herederos de ella, consta de las leyes citadas en la razon tercera, y de leyes expresas del Reyno, part. 4. tit. 1. l. 17. y l. 26. y todas las donaciones que hazen los que tienen deudas, no quedando con que pagar a sus acreedores, se deben rescindir, y anular, porque son en fraude de los acreedores, y aquellos a quienes hizieron la donacion, deben restituir lo

que les dieron, aunque fuese dado con plena voluntad; asi consta del Derecho, l. Ait praetor. ff. quae in fraudem credit. *Necessario praetor hoc edictum proposuit, quo edicto consuevit creditoribus renouando ea, quaecumque in fraudem creditorum alienata sunt.* Y mas abajo: *Hac verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam, vel alienationem, vel quaecumque contractum.* Y l. In fraudem. dize: *In fraudem facere videtur etiam eum, qui non faciat, quod debet facere.* y l. sequenti: *Sed, et si rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat.* De fuerte, que el deudor, que no tiene bastante hacienda con que pagar sus deudas, no puede enagenar cosa alguna, ni hazer donaciones, ni contratos en que se puede disminuir su caudal, ni dexar de cobrar lo que le deben, ni descuydarle en la cobrança, ni dexar perder cosa alguna, porque todo esto seria en daño, y detrimento de sus acreedores, y contra justicia; y los que reciben del alguna cosa, quedan obligados a la restitucion. Silu. verb. Donatio. r. n. 3. explica las personas, que no pueden hazer donacion, y en el dezimo lugar pone por incapaces de hazer donacion a los que tienen deudas, y no les queda con que satisfacerlas; y verb. Alienatio. q. 29. refiere con Innocencio, que la donacion que haze el deudor en fraude del acreedor, no tiene valor, porque se debe revocar; y añade, que aunque la donacion no se haga con animo de defraudar a los acreedores, si de hecho con la donacion se les defrauda, no quedando de que pagarles, es contra justicia; y se debe revocar; y asi se colige del Derecho, l. Omnes. ff. quae in fraudem. §. Lucius: y asi lo afirman comunmente los Doctores, y la razon natural lo convence; porque el que tiene deudas, y haze donacion, sin quedarle con que pagar, pone impedimento a la paga que debia hazer, y es como si quitara injustamente a los acreedores lo que da, y a esta injusticia concurre el que recibe la donacion, si sabe, que el que la haze queda con deudas, y no tenia de que pagar, y si no lo sabia, no peca el que recibe la dativa; pero despues en sabiendolo, debe volver lo que recibio, porque era en daño de tercero.

14. Segunda razon: a la donacion que haze vn hombre, que tiene hijos, si con ella se defrauda la legitima de ellos, llama el Derecho inoficiosa, y se debe revocar; asi consta del Derecho, l. Non conuenit. C. de inoficiosis donat. y en las leyes del Reyno, p. 5. tit. 4. l. 8. se determina esto con estas palabras: *Si per venturam aliquo que huviere filios legitimos, quis fecerit aliquid in donatione, a se, vel a*

facere

## CONSULTA V.

Sobre si la donacion por causa illicita transfiera el dominio de la cosa, y no ay obligacion de restituirlo?

## PROPOSTA.

Pedro tiene mano con el Juez, que tiene presa a Maria por liviana: Pablo pretende, que Maria le deba a el su libertad, y pide a Pedro que se la alcance del Juez su amigo, de modo que sea ella libre, debiendoselo a Pablo, y le darà 50. pesos. Llega Pedro al Juez su amo, y dize: Señor, si v. md. me concede esta gracia, me valdrà 50. pesos a mi; dize el Juez: La gracia os harè, en lo demàs la vo las manos; y hecha, recibe Pedro de Pablo los 50. pesos. Preguntase si Pedro puede licitamente quedarle con ellos, o si esta obligado a restituirselos a Pablo? Mas claro, si Pedro puede, por la diligencia que hizo, quedarle con ellos?

## PARECER LXXV.

16. Responde a la consulta, que Pedro no esta obligado a restituir los 50. pesos, porque por esse precio hizo por dar gusto a Pablo vna cosa infame, y se envilecio con el oficio de alcahuete, perdiò la verguença ante el Juez, y vendiò su alma, y reputacion ante todos los que lo supieron. El Juez hizo propriissimamente el oficio de Pilatos, lavò sus manos, y no lavò la conciencia; antes aquellas palabras son testigos de que la enfuziò demasado, porque de ellas consta, que conociò la malicia para que se facaba aquella muger, como conociò Pilatos la injusticia de su sentencia, y con dezir, lavò mis manos, el vno, y el otro se arrojò a lo que conocian ser malo.

## CONSULTA VI.

Sobre si la muger deba restituir lo que le dà vn hombre con sin torpe, y deshonesto, no teniendo ella intencion de pecar con el?

## PROPOSTA.

Vn nombre de bastante caudal pretendia para fin torpe a vna donzella; ella aunque le mostrava agrado, siempre se escusaba para no entregarle su cuerpo, diziendo,



que era donzella, y que tenia parientes honrados. El mozo profiguió en su pretension mas de dos años, en los quales le dió muchas cosas de valor, y algunas cantidades de dinero, y nunca consiguió su intento: aora ella haze escrupulo, si tiene obligacion a reituirle lo que así le dió, especialmente lo que le dió en dinero, y de las cosas de valor, las que estuvieren en ser. Demás desto, el mozo viendo que trabajaba en vano, se ha retirado, y pide, que se le buelva todo; y parece que la razón natural dicta, que se le debe bolver, porque él no dió liberalmente cosa alguna, sino para conseguir su fin; y no aviendo ella condescendido con él, no tiene titulo para quedarle con lo que así recibió, y hubo fraude de parte della, que con sus halagos, y recibiendo lo que le daba, era causa de que se alentassen las esperanças del mozo, para conseguir su fin, y de que le diese mas. Y Man. Rodr. en la Sum. to. 1. cap. 173. dize, que esta es doctrina comun de todos los Doctores, y he oido dezir, que por consejo de V. R. en cierto pueblo destas Islas se mandó, que vna India restituyese 50. pesos a vn Español, que se los avia dado para que durmiese con él, y la India despues de recibido el dinero, se escondió, y dexó burlado al Español; y aun dizen, que vn Ministro dixo, que era lastima averle mandado restituir el dinero, por aver sido honrada, y se huviera quedado con él, si huviera executado la torpeza: lo qual seria ocasion para que en otra ocasion sea torpe por la codicia de aquella ganancia, y que por evitar este inconveniente, se deba buscar camino, ó alguna opinion, para que aviendo sido honesta, no se le obligasse a restituir; y que V. R. respondió, que no ay camino seguro, ni opinion para escusarla de la restitucion.

## PARECER LXXVI.

17. **R**espondese, que la donzella, que en el caso se propone, no está obligada a restituir cosa alguna de las que esse hombre le dió, ni él tiene derecho, ni justicia para pedir las. La razon es, porque el dinero, y demás cosas que dió el dicho hombre a la donzella, no lo dió por via del contrato que llaman *do ut facias*, obligando a la torpeza que él pretendia, sino como medio para ganarle la voluntad, y ablandar su dureza: y los medios que se ponen para alcanzar vn fin, quando no ay contrato, ni se obligan las partes, no inducen obligacion de restitucion, quando no se consigue el fin, como consta en muchas pretensiones, y negocios en que los hom-

bres suelen gastar dineros, poniendo los medios, que les parecen aptos para conseguir su intento, y muchas vezes se les frustra, y no piden, ni tienen accion a pedir lo que gastaron, y dieron en la pretension; porque no intervino pacto explicito, ó implicito, sino solamente poner los medios, que les parecen proporcionados para conseguir lo que pretenden. Buen exemplo tenemos desto en los criados, que entran a servir al Obispo, sin pedir, ni llevar paga, ó salario de su servicio, solamente para agradarle, y ganarle la voluntad, para que les dé vn Beneficio, y de tal fuerte es sin contrato, ni pacto explicito, ni implicito el servicio que hazen, que si el Obispo no les dá Beneficio, ni otra cosa alguna, no tiene obligacion a pagarles dicho servicio: y si fuera el intento de los que así sirven al Obispo, obligarle a que por su servicio les diese Beneficio, como por paga, sería simonia, porque dicho servicio es precio estimable; y consiguiientemente es simonia dar, ó recibir, ó pretender en recompensa algun Beneficio Eclesiastico. Otro exemplo se puede poner en el que tiene intento de pedir prestado a otro alguna cantidad de dinero, y antes de pedirse la le embia vn presente, para tenerle ganada la voluntad, y afecto; porque mediante dicho afecto juzga, que no le negará el empréstito, quando lo llegare a pedir. En este caso, si el que recibió el regalo dá el dinero prestado, no comete vñura; y si lo niega, no está obligado a bolver el regalo, porque no lo dieron con pacto explicito, ni implicito de que prestasse, sino que solamente procuró con aquel presente poner vn medio proporcionado para atraerle la voluntad, y tenerle grato, no obligándole a cosa alguna. Como el que pretende hazerse amigo de otro, y para esto le haze donaciones; y si el otro no le corresponde en la amistad estrecha, que él pretende, no le debe restituir las dadas. Las razones que ay para entender, que no hubo en este caso pacto implicito, son dos. La primera, por averse ella escusado de condescender con él en su pretension, por ser donzella, y tener parientes honrados; y no obstante esta escusa, él profiguió con sus dadas, y galanteos, de donde claramente se colige, que conociendo el mozo voluntad contraria a sus deseos en la donzella, pretendia con aquellos medios ganarle el afecto, y no poner precio, ni comprar lo que ella expresamente dezia, que no queria dar, ni vender.

18. La segunda razon es, porque en las cosas obscuras, y dificiles de averiguar, se ha de presumir lo mas verisimil, y lo que en se-

me antes estos fueren acontecer regularmente, como consta del Derecho, de reg. iur. In. 6. reg. 45. *Inspicimus in obscuris, quod est verisimilius, vel quod plerumque fieri consuevit.* Y l. In obscuris. ff. de reg. iur. *In obscuris inspicere solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.* En el caso presente lo que esse hombre alega, de que su voluntad, é intencion en las dadas que hizo a essa donzella, fue para conseguir su mal intento, y que de otra fuerte no le huviera dado cosa alguna, digo, que bien cierto, y claro está, que si entendiera él, que no avia de conseguir su intento, no le diera cosa alguna, porque sus dadas iban ordenadas a esse fin; pero no es cosa clara, ni cierta, que diese essas cosas como precio de la pudicia de la donzella. Lo cierto, y claro es, que las dió como medio proporcionado para atraerle la voluntad: y quando estuviera obscuro, y dificultoso de entender qual fue el intento del mozo, se debe presumir, que hizo las dadas como quien pone vn medio para atraerle la voluntad; porque esto es lo mas verisimil, y que mas de ordinario acontece, que los mozos distraidos gastan en diversas pretensiones, y vnas alcanzan, y otras se les frustran; y el modo connatural de pretender a vna muger, que no es ramera publica, sino es donzella recatada, no es darle luego algo por precio de su cuerpo, sino irle atrayendo la voluntad, y tenerla agradecida: por lo qual esse hombre no tiene razón, ni justicia en pedir a la donzella lo que le dió; y si cobrarle alguna cosa della, tendrá obligacion en conciencia a bolverla a restituir como cosa hurtada; porque lo que dió a la donzella ya no es suyo, porque pasó al dominio de la donzella.

19. De lo dicho se colige, que la donzella tiene titulo para tener lo que así la dieron. Este titulo es la donacion libre, y voluntaria del mozo, hecha como medio que puso para su pretension, y en la donzella no hubo fraude contra justicia en recibir lo que le daban, ni en mostrarse agradecida a quien le daba tantas cosas. En lo que puede averduda, es, si pecó mortalmente la donzella, quando recibia lo que esse mozo le daba? a lo qual digo, que regularmente hablando, la muger que va recibiendo dadas del que sabe que se las dá solicitandola para mal, peca mortalmente por dos titulos. El primero, porque se expone al peligro de consentir en la torpeza del que la regala, porque dadas quebrantan penas; y lo advierten las Letras Sagradas repetidas vezes. Exod. 23. *Nec accipies munera, quia etiam excacant prudentes, et subvertunt verba iustorum.* Deut. 16. *Non ac-*

*cipies personam, nec munera, quia munera excacant oculos sapientum, et mutant verba iustorum.* Eccl. 20. *Xenia, et dona excacant oculos.* Si a los sabios, y prudentes trastornan las dadas, si empiezan a recibir, y les hazen consentir, y hazer lo que no debieran; en quanto mayor peligro de consentir en la torpeza pondrán a vna muger donzella de poca edad, y poca experiencia?

20. El segundo titulo es por la ocasion, que dá al mozo para que persevere en su torpe pretension, especialmente si ella le mostró alguna liviandad con algun ademán, ó dexandose manosear, ó dandole alguna esperança, que qualquiera cosa destas sería sin duda pecado mortal. Recibir estas dadas en vna donzella, que las recibe para sus necesidades, si ella halla en su conciencia, que está firme, y que no le incitan mucho al consentimiento de la torpeza, porque es cierto, que vnas mismos ocasiones no son igualmente peligrosas a todas las personas: y demás desto, en las ocasiones que el mozo la sollicita, le defengaña con claridad de que ella nunca consentiria en torpeza alguna contra su honor, y nunca con obras, ó palabras le dé motivo, para que él entienda que ella se va dexando vencer: desta fuerte no peca la donzella mortalmente, recibiendo dichas dadas; porque recibirlas respecto de ella, no es peligro grave, ni ocasion proxima, y así no tiene obligacion grave de evitarla, ni ella es causa, ni le dá ocasion a él, para que persevere en su intento malo; antes le defengaña, diciendole con claridad, que se cansa en valde.

21. A lo que se refiere de Man. Rodrig. respondese, que al principio del cap. que allí se cita habla de la donacion, que se hizo a la muger con pacto, y concierto de que ha de consentir en la torpeza, y así resuelve, que antes de cometer el pecado tienen obligacion ambos de deshazer el contrato, y ella debe restituir el dinero, ó recibir, si aun no le avian pagado, y esto es comun de los Doctores. Pero en el caso propuesto, que no hubo pacto, sino vna pretension de atraer vna voluntad, y poner medios para conseguir vn fin falible, pendiente del libre alvedrio del otro, no ay obligacion alguna de restituirle lo que dió en orden a conseguir esse fin, y así lo dizen graves Autores. L. c. de iustit. lib. 2. cap. 18. dub. 16. Molin. to. 1. de iust. disp. 208. circa medium. Bonac. de restit. disp. 1. q. 3. p. 2. n. 6. Filiucio, tract. 33. cap. 10. q. 8. Rebello, lib. 18. q. 12. y otros muchos citados por estos. Y el mismo Man. Rodrig. en el cap. citado n. 5. y en el cap. antecedit. n. 4. dize

lo mismo; pero con vna condicion, de que la muger solicitada con dadas para fin deshonesto, proteste, que aunque las recibe no ha de cometer la torpeza. Y añade, que si la muger solicitada no es de mucho credito, no basta q̄ haga dicha protesta vna vez, sino mas. La razon de este Autor es, porque el que no obsta dicha protesta dà, se presume, que haze donacion liberal; però si no se haze la protesta, se presume, q̄ no haze donación, sino que dà aquella cantidad por la torpeza que pretende. Pero dicha condicion, ò protesta no la tengo por necesaria, ni los Autores citados la piden, para que la muger no esté obligada a la restitucion, sino basta, que no se aya hecho la dadas con pacto de condescender en la torpe pretension: y la mas legitima, y verisimil presuncion es, que aya, ò no aya protesta de parte de la muger, el animo del mozo no es hazer donacion puramente liberal, sino procurar vencer con aquel medio la constancia de la muger, solamente es necesaria dicha protesta, para que se escuse de pecado la que recibe las dadas, como se dixo arriba.

22. Al exemplo que se propone de vn caso, que ha mucho tiempo se me consultò, respondo, que alli hubo pacto muy claro, y explicito, porque el Español le embiò los 50. pesos, con vn recaudo de que le embiava aquello para que fuese a estar cò el aquella noche, y ella los recibió, y se escondió, y el dia siguiente acudiò el hombre a pedir su dinero, atestiguando con la tercera que lo avia llevado, que se lo embiò para que estuviere con él aquella noche. Conocióse claramente, que dicho hombre quiso negociar con brevedad por via de compra; però si él huviera ido regalandola con dadas, para despues quando la tuviera agradecida, y afectada, hazer con ella su pretension: en tal caso, aunque ella no consintiese en la torpeza, no debía restituir.

23. A lo que se propone, que dixo otro Ministro, respondo, que la causa de averle obligado a restituir, no fue por aver ella sido honrada, lo qual se convence con dos razones. La primera, porque no fue honra, sino mucha torpeza recibir dineros por precio de su pudicia: La segunda, porque no se le mandò restituir, porque fue honrada, ni porque dexò de serlo, sino porque fue injusta, llevando el precio de lo que no vendió. Y no tengo yo por bueno querer hazer a las mugeres honestas por este camino: de recibir, y quedar se con lo que desta suerte les dierén; porque dicha honestidad puesta en torpe venta, sería inutil, y no conduciría para

salvarse, por estar juntas con injusticia de llevar lo ageno, y retenerlo sin titulo justo: *Quicumque totam legem servaverit, offendat autem in uno, factus est omnium reus.* Iacob. 2.

## CONSULTA VII.

*Sobre si la donacion absoluta se puede revocar, y si el donatario este obligado a declarar la donacion, obligandole el juez debaxo de juramento, y censuras, a instancia del donador, que maliciosamente pide dicha declaracion?*

## PROPUESTA.

**J**uan diò a Pedro 300. pesos en tiempo que Juan juzgaba, que le convenia tener la amistad de Pedro. Pasado este tiempo, Juan pide a Pedro los 300. pesos, diciendo, que no se los diò, sino solamente se los prestò. Pídelos ante el Juez, el qual obliga a Pedro a que jure si recibió dichos 300. pesos, y de que fuerte los recibió, y aun dize, que con censuras le obliga el Juez Eclesiastico a declararlo.

Preguntase lo primero, si Juan puede pedir en conciencia dichos 300. pesos, y recibirlos? Lo segundo, si Pedro está obligado a pagarlos? Lo tercero, si está obligado a declarar ante el Juez, que los recibió, assi por el juramento, que le obligan a hazer, como por las censuras?

## PARECER LXXVII.

24. **R**esponde a lo primero, que en el fuero de la conciencia, si Juan diò a Pedro dichos 300. pesos, no prestados para que se los bolviere a pagar, sino dados, ò por ver a Pedro pobre, ò por grangear su amistad, ò por otra causa en que no interviniese trato oneroso, no puede Juan bolver a pedir los 300. pesos; y si los pide, y los cobra, estará obligado a restituirlos, como si se los huviese hurtado; però si se los huviese prestado, ò dado debaxo de algun pacto, ò concierto oneroso implicito, ò explicito, ò condicional que Pedro no huviese correspondido, puede Juá en conciencia pedir sus 300. pesos, y cobrar los: ambas son partes claras, y ciertas. La primera, de que si fue donacion sin pacto oneroso; ni condicion, no puede Juan bolver a pedir este dinero: Consta expressamente de ambos Derechos, del Canonico, cap. Verum. de condit. donde se determina, que la dadas ya hecha no se puede revocar, si no es que desde

desde el principio se huviese hecho con esta condicion, ò pacto, de que en tal caso se revocasse. Y del cap. Pontifices. 12. q. 3. Consta tambien del Derecho Civil, l. Arif. ff. de donationib. y comunmente los Doctores Theologos, y Canonistas afirman esta verdad, que fin discrepar distinguen entre la donacion, que se haze *inter vivos*, y la que se haze *causa mortis*, y dizen, que la donacion *inter vivos* desde el punto que se acepta es irrevocable, y passa el dominio a la persona a quien se haze la donacion irrevocablemente; pero la donacion que se haze *causa mortis*, es revocable en todo el tiempo que viue el que haze la donacion. Y S. Thom. en 1. dist. 18. art. 2. dize, que la donacion *est datio irredibilis*. Y lo mismo dize el Filosofo. 4. & hic cap. 2. que quiere dezir, que es dadas irrevocable, que lo que assi se dà no se puede bolver a pedir; ni otra cosa por ello en recompensacion. Y esto consta por razon natural; porque quando vno dà libremente de su voluntad vna cosa a otro, transfere en él el dominio de lo q̄ assi se dà: por lo qual el que diò la cosa no tiene ya dominio alguno en ella, y de ninguna fuerte es suya, ni le pertenece, porque totalmente es de aquel a quien la diò. Luego si arrepentido de la dadas, la buelve a cobrar contra la voluntad del que ya la avia recibido dada, es lo mismo que si se la hurtara, pues toma lo que no es suyo, y despoja de la cosa al que ya es verdadero dueño della.

25. La segunda parte, de que si Juan no diò los 300. pesos, sino que solamente los prestò, ò entregò con algun pacto oneroso, ò debaxo de alguna condicion, que no le cumpliese, puede cobrarlos, consta de los mismos lugares del Derecho Canonico, y Civil, donde expressamente se dize, que el que dà de su hacienda, puede poner qualquiera condicion honesta, ò titulo oneroso; y en tal caso, no cumpliendose la condicion, ò titulo, se revoca la dadas: y si fue emprestado, claro está que es entrega de la cosa que se dà en mutuo con obligacion de bolver otro tanto. Y mas expressante in l. Perfecta. C. de donationib. qua sub modo. donde se determina, que el que haze donacion puede, quando actualmente la haze, poner qualquiera condicion, la qual no cumplida, se le buelva lo que dà: y puede tambien dezir alli, que lo dà con tal, que se le ha de bolver dentro de tanto tiempo, ò puede revocar la dadas, que es no hazer perfecta donacion entre vivos; però si quando actualmente se hizo la donacion no puso condicion, sino que entregò el dinero, diciendo, que lo dava, no

lo puede ya pedir nunca, ni revocar la donacion, ni ponerle condicion, ni gravamen alguno. Todo esto se determina en la dicha ley, y en el Derecho Can. cap. Cum dilecti. de donation. y lo prueba Couarr. con otros muchos lugares, y textos elegantes del Derecho, in to. 2. var. lib. 1. cap. 14. n. 1. y Tiraq. in l. Si unquam. C. de reuoc. donat. y lo mismo dizen otros muchos Doctores, que estos citan, y es comun. Y assi Juan vea su conciencia, que si en ella halla, que prestò, puede licitamente cobrar lo que prestò; y si diò los 300. pesos sin pacto, ni concierto, ò por hazerle caridad, ò por grangear la voluntad, para lo que se pudiese ofrecer, ò para tenerle por amigo: en tal caso ni puede pedir los 300. pesos, ni cobrarlos; y si los ha cobrado, los debe en conciencia restituir.

26. A la segunda pregunta se responde con los mismos fundamentos, que si Pedro está cierto, que le diò Juan estos 300. pesos dados, sin ponerle obligacion de recompensárselos, ni bolverse los, y sin ponerle condicion, ni pacto alguno, no tiene obligacion de bolverlos, ni pagarlos, aunque Juan los pida, porque dichos 300. pesos ya pasaron al dominio de Pedro; y si Juan los pide despues de averlos dado, pide lo que no es suyo, y assi se le puede negar, como a todos los que pidieren lo ageno. Però si se los huviese dado prestados, ò con algun pacto oneroso, ò condicion, que no se huviese cumplido, los debe bolver, como consta de lo dicho. Si huviese alguna duda, si fueron dados graciosamente, ò prestados, ò entregados con algun pacto oneroso, quedando Pedro obligado a alguna cosa, en tal caso de duda se debe presumir, que no fueron dados graciosamente: la razon es, porque dadas graciosa nunca se presume, si no consta con toda claridad: por lo qual, en aviendo alguna razon, ò conjetura razonable para entender, que no fue dadas, sino otro genero de trato, no se debe presumir que fue dadas graciosa, como consta del Derecho, l. Cum. de in debito. ff. de probat. y l. Si cum aurum. ff. de solutionib. y alli la Glossa marginal, dize: *Presumi non solet donatio indubio maxime, quando verba possunt trahi in alium sensum.* Y es comun sententia de los Doctores, que en caso de duda, si se diò tal cosa graciosamente, ò con otro titulo oneroso, ò con obligacion de bolverla, se debe entender, y presumir, que no fue dadas graciosa. Felino. 2. p. in Decret. in cap. Si cautio. n. 73. donde dize: *Vbi est alia coniectura, quam donationis numquam presumitur donatio.* Couarr. to. 2. var. lib. 2. cap. 7. n. 4. dize lo mismo, y refiere muchos



Doctores que lo afirman, y Molina, to. 2. de iust. tract. 2. disp. 439. Por lo qual si quando Pedro recibió los 300. pesos hubo algun trato, ó palabras, que hiziesen dudosa la dadiua, como si Pedro le dixesse a Juan: He menester 300. pesos, para vn negocio que se me ha ofrecido, y Juan los sacó, y se los entregó sin dezir otra cosa, se debe presumir, que se los prestó; porque dadiua no se presume, si no consta con toda claridad, y la entrega del dinero del modo referido está indiferente a dadiua, y a emprestito; y así se debe presumir emprestito, y no dadiua: y así si huviesse sucedido desta suerte, Pedro estaria obligado a pagar los 300. pesos, y Juan los pudiera lícitamente cobrar; pero si Juan, sin pedirle Pedro cosa alguna, le dixesse, tomad estos 300. pesos, para que os remedieis, que sois pobre (así dicen que sucedió) en tal caso, ni Pedro está obligado a pagarlos, ni Juan puede con buena conciencia cobrarlos; y si los cobra, estará obligado a restituirlos, porque sin pedirlo no se fuele hazer emprestito, ni por causa de pobreza se hazen emprestitos, sino en algun caso, que se lo entregó para algun empleo que entonces se ofrecia, que en tal caso se presumiria emprestito. Finalmente, para que se presume dadiua, es menester, que claramente lo diese Juan a entender, que lo dava de gracia. Y si de las palabras que entre los dos pasaron en la ocasion que se entregó el dinero, y se trató de la entrega, se puede presumir, ó conjeturar prudentemente, que hubo pacto, ó contrato oneroso, ó emprestito, no fue dadiua, ni se ha de presumir dadiua, y si con claridad en las palabras significó Juan dadiua, debe tenerla por dadiua, y no puede lícitamente cobrar el dicho dinero.

27. A la tercera pregunta se responde, que si ay alguna duda en si fue dadiua, ó emprestito, ó contrato oneroso, debe Pedro responder claramente, y sin equivocacion al Juez, jurando, que lo recibió, y que no le consta si fue dado, ó prestado, ó con otro pacto oneroso, y se lo harán pagar: lo mismo es, si con censuras le obligan a que lo declare. Esta resolucion es clara, en que no puede aver duda; porque no constando con toda claridad, que fue donacion en sus principios, debe pagar la cantidad que recibió; porque esta presuncion de que en caso de duda no fue dadiua, es presuncion del Derecho, que obliga en ambos fueros, quando la cosa es dudosa, como dize Soto, lib. 7. de iust. q. 3. art. 2. y Aragon 22. q. 88. art. 9. not. 2. La razon es, porque los Derechos presumen con iustissimas razones, con mucho peso, y pru-

dencia; por lo qual sería imprudencia, y temeridad, quando no consta la verdad, apartarse de lo que los Derechos presumen; y como dize Menochio de presumpt. lib. 1. q. 4. §. 8. la presuncion del Derecho es vna verisimilitud suficiente, para creer prudentemente lo que está dado; de tal fuerte, que se tiene por la misma verdad. Y así en caso que no conste con claridad, que fue dadiua, no ay titulo alguno para negar la deuda, ni para excusar el juicio del Superior, que le pregunta iusta, y juridicamente, y así deberá responder sin equivocacion, jurando, que lo recibió, y de otra suerte sería perjuro, é incurriria en las censuras que le pudiesen.

28. Mayor dificultad es, si a Pedro le consta con claridad, que fue donacion desde sus principios, y no emprestito, ni contrato oneroso, si en tal caso puede Pedro jurar, que de ninguna fuerte ha recibido los 300. pesos de Juan. A esto se responde, que puede jurar, que no ha recibido dinero prestado de Juan, y que no le debe cosa alguna: en jurar esto no ay inconveniente alguno, ni falsedad, suponiendo, que con toda certeza consta a Pedro, que fue dadiua graciosa la que le hizo Juan, porque en dicha suposicion es verdad cierta, que Juan no emprestitó la dicha cantidad a Pedro, y que Pedro no debe cosa alguna a Juan. Pero si el Juez instase, obligándole a jurar, si en algun tiempo, ó en alguna manera ha recibido de Juan dichos 300. pesos, no le conviene a Pedro dezir, que los ha recibido por donacion graciosa, por que si lo confiesa así; el Juez en el foro externo le creará de su confesion lo que haze contra Pedro, que es aver recibido los 300. pesos; y como es presuncion del Derecho, que no ay donacion mientras no consta, le incumbe en tal caso a Pedro el *onus probandi*, que fue dadiua graciosa, que es carga pesada de trabajo, y quizá por aver pasado la donacion entre los dos solos no tendrá testigos con que probarlo, y le obligará el Juez a pagar los 300. pesos, que no debe por falta de prueba. Ni en este caso es lícito a Pedro jurar, que no ha recibido los 300. porque dicha proposicion en el sentido que haze, es falsa, y sería jurar falso, que es intrinsecamente malo, y pecado mortal. Para que con mas claridad conste la verdad desta resolucion, se advierte, que no pocos Autores afirman, que en casos semejantes a este, es lícito jurar con equivocacion, diciendo, que de ninguna fuerte ha recibido el dinero, entendiéndose para sí, que no lo ha recibido de modo que está obligado a restituirlo: y entendida la proposicion desta forma, dicen, que sería verdadera, y sería el juramen-

ramento conforme a la mente del Juez, que le pregunta; porque el Juez no intenta preguntarle de lo que no debe, porque siempre el Juez pregunta no en orden a agrauarle, ni a hazerle injusticia alguna, sino en orden a inquirir, y averiguar la deuda, y a que se haga la paga, si se debe: por lo qual, no debiendo Pedro a Juan los 300. pesos que le pide, responde conforme a la mente del Juez, diciendo, que no los ha recibido; y así es verdad, que en el sentido, y modo con que el Juez quiere que se le responda, no los ha recibido.

29. No obstante esto se ha de dezir, que no es lícito a Pedro usar de dicha equivocacion, negando con juramento aver recibido los 300. pesos, que realmente recibió. La primera razon es, porque la dicha proposicion negativa, atenta su significacion propia en que comunmente es recibida, es falsa: por lo qual diciendola de proposito, con animo de que entiendan, que de ninguna fuerte recibió el dinero, es en rigor mentira, y juramento falso, como consta del Derecho, cap. Beatus. §. Ille 22. q. 2. Ille ergo falsum iurando mentitur, qui scit falsum esse quod iurat, est enim mendacium falsa significatio vocis cum voluntate fallendi.

30. Segunda razon: mentira formalmente es, quando vna cosa se significa en las palabras, y otra cosa está en el concepto, como dize S. Thomás 2. 2. q. 110. art. 1. *Mendacium nominatur, ex eo, quod contra mentem dicitur*. Siempre que las palabras exteriores no se conforman con lo que está en lo interior, sino que el verbo interior, ó concepto significa vna cosa, y otra cosa opuesta se significa en el verbo externo, ó palabra, es mentira: por lo qual el que con palabras externas dá a entender, que Juan de ninguna forma le entregó los 300. pesos, sabiendo, y teniendo en la mente, que se los entregó, y hizo donacion de ellos, habla contra su mente, y no se conforman sus palabras con lo que tiene en lo interior; y configuientemente será falso, y juraria en mentira.

31. Tercera razon: estas amphibologias interiores en los juramentos, son grandemente injuriosas al nombre de Dios, porque no se tuviera por cierta, ni por verdadera qualquiera proposicion, aunque se afirmara con juramento, poniendo a Dios por testigo, porque en qualquiera proposicion que se dixera por falsa que sea, sería facil darle mentalmente algun sentido verdadero; y configuientemente sería lícito jurar qualquiera falsedad, y mentira, ó qualquiera proposicion que significue lo contrario de la verdad, poniendole

el que la dize vn additamento interior con que la haga para si verdad. Y si esta doctrina se asentara por verdadera, ó por probable, no se daría credito a juramento alguno, y lo mismo sería traer a Dios por testigo, que no traerlo, porque no se sabe en qué sentido habla, ni si jura lo que las palabras exteriores significan, ó otra cosa que el que jura tiene en su mente, y no sería el fin de las controversias de los hombres el juramento contra lo que dize el Apóstol ad Hebr. 6. *Omnis controversia eorum finis ad confirmationem est iuramentum*. Y la opinion contraria, queriendo favorecer con estas amphibologias a los que por dezir llanamente la verdad, les puede venir algun daño, echa a perder todos los juramentos, y les quita el credito, para que ni en la verdad llana se puedan defender con ellos, y consta expresamente del Derecho, que por hazer qualquiera bien, ó librar de qualquiera mal, no son lícitos semejantes juramentos, cap. Si quis. 22. q. 2. *Si quis ad te confugiat, qui mendatio tuo posuit à morte liberari, non es mentiturus*. Y mas abaxo: *Nam qui pro cuiusquam vita temporalis mentitum est*. Y cap. Omne. de la misma q. *Nec, ut prestes, mentiri studeas, nec quilibet fallaciam vitium cuius defendas*. Si fuesse lícito dezir proposiciones falsas, segun el sentido comun de las palabras, añadiendoles mentalmente alguna cosa, con que para el que las dize sea la proposicion verdadera, no pudiese el Derecho este aprieto tan grande, en que por guardar la vida del proximo no se puede mentir; que en tal caso sería facil sin mentir afirmar qualquiera falsedad, y mentira, y favorecer a todos con estas amphibologias, que realmente son falsedades, y mentiras, pues no se conforma la proposicion externa con la que está en lo interior: por lo qual iustissimamente la Santidad de Innocencio XI. prohibió, y condenó dicha opinion en 4. de Março de 1679. entre las proposiciones que entonces fueron condenadas, es la 26. como se sigue: *Si quis vel solus, vel coram alijs, sive interrogatus, sive propria sponte, sive recreationis, sive quocumque alio sine iuret se non fecisse aliquid, quod re vera fecit, intelligendo intra se aliquid aliud, quod non fecit, vel aliam viam ab ea in qua fecit, vel quodvis aliud additum verum, reuera non mentitur, neque est periurus*. Y la 27. dize: *Causa iusta utendi his amphibologijs est, quoties id necessarium, aut utile est ad salutem corporis, honorem, res familiares tuendas, vel ad quemlibet alium virtutis actum, ita ut veritatis occultatio censetur tunc expediens, et studiosa*.

32. Que no está Pedro obligado a explicar, que recibió de Juan los 300. pesos, es

cierto, porque le es licito ocultar la verdad, de cuya manifestacion le ha de venir daño, como dize S. Thomàs 2.2. q. 110. att. 3. ad 4. *Non est licitum mendacium ad hoc, quod aliquis alium quocumque periculo liberat, licet tamen veritatem occultare prudenter, sub aliqua dissimulatione.* Y lo dize el Derecho, cap. Nequis 22. q. 2. *Aliud est mentiri, aliud est verum occultare, si quidem aliud est falsum dicere, aliud verum tacere, ut si quis forte, vel ad istam visibilem mortem non vult hominem prodere, paratus esset debet verum occultare, non falsum dicere, ut neque produat, neque mentiatur, nec occidat animam suam pro corpore alterius.* Licito es ocultar la verdad callando, quando de manifestarla se pudiera seguir daño propio, ó del proximo; pero no es licito dezir proposiciones que son falsas en el sentido que exteriormente fueran, y atenta la significacion de las palabras, porque como el que las pronuncia no tiene poder para mudar la significacion publica, y comun que tienen aquellas palabras, así no puede darles otro sentido verdadero distinto del que las palabras hazen, segun su significacion, en que comunmente están recibidas.

33. Si el Juez le mandasse responder de rechamente, si ha recibido, ó no este dinero en alguna manera, no está obligado Pedro a responderle mas de que no debe cosa alguna a Juan, porq̃ el Juez no tiene derecho para mádarle manifestar la verdad de que se le puede seguir daño cōtra su justicia. Así lo enseña S. Thomàs 2.2. q. 69. art. 1. *Si index hoc exquirat, quod non potest secundum ordinem iuris, non tenetur ei accusatus respondere, sed potest, vel per appellationem, vel aliter licite subterfugere, mendacium tamen dicere non licet.*

34. De la misma fuerte se ha de portar Pedro, si el Juez le manda so pena de descomunión mayor, y otras censuras, que declare si ha recibido los 300. pesos de Juan; que si Pedro tiene certeza, que fue donacion la que Juan le hizo, puede responder, que no debe cosa alguna a Juan, porque en esto responde verdad contra la falsedad, è injusticia con que el contrario le quiere hazer pagar injustamente lo que no debe, y responde conforme a la mente del Juez, que puso las censuras para descubrir la verdad, y obligar al que debiere, no para que reciba Pedro esse daño de pagar lo que no debe, ò de verse obligado a probar que fue dádiva, ò emprestito; pero nunca le será licito declarar, que no los ha recibido por las razones de arriba.

## DONACIONES de congruas para las Ordenes Sacras.

### CONSULTA VIII.

*Sobre si aviendo uno hecho donacion de una congrua, y aviendose muerto sin dexarla, se pueda, y deba de sus bienes fundar una Capellania, para la sustentacion del que se ordeno a titulo de ella?*

#### PROPOSTA.

Francisco hizo escritura de obligacion de pagar cada año 70. pesos a Juan, para que con ellos, y vna Capellania que tenia, que le rentaba treinta pesos cada año, pudiese ordenarse de todas Ordenes, hasta la de Presbytero, como lo hizo. Obligó por dicha escritura la casa de su morada por hipoteca especial, y todos sus bienes generalmente por hipoteca general. Murió Francisco sin declarar, ni acordarse en su testamento de dicha obligacion; hallóse, que la casa en que estava la hipoteca especial, no podía rentar los 70. pesos, ni el Albacea queria obligarse a tener la dicha casa en ser con esta obligacion de pagar estos 70. pesos, y otros doze que tenia; antecedentemente cargados de otro censo que se paga a la Misericordia, y para enterar dichos 70. era menester suplir de otros bienes, y los que dexó Francisco eran pocos; y tambien era menester gastar en reparos, y aderezos de la casa, y cuydar della, y buscar quien la tome alquilada, ò pagar de vacio los 70. pesos, y por otra parte los 12. que se pagan cada año a la Misericordia, y los aderezos, y tenia reservados otros bienes para esto, que seria carga pesadísima: por tanto queria el Albacea entregar la casa a Juan, para que corriese por su cuenta el alquilarla, y aderezarla, y zafarse in totum de la obligacion, y que la casa bolviessse a los bienes de Francisco, quando Juan tuviesse Capellania, è otra congrua perpetua; porque Francisco se obligaba en la escritura, hasta tanto que el dicho Juan tuviesse congrua perpetua. Juan replicaba, que no le convenia cargar la casa, y obligarse a gastar en los reparos, y a pagar los 12. pesos cada año, con contingencia de no hallar quien la alquile, y que no le sea de prouecho, sino de costo. Pusieron pleyto ante el Prouisor, y despues se convinieron en que se le entregasse la casa, y se fundasse en ella Capellania perpetua

petua de todo su valor, y se le hiziesse Capellania para todos los dias de su vida al dicho Juan, y ambos metieron peticion al Prouisor para que viniessse en esto, el qual remitió al Autor los autos, para que viesse lo que en este caso se debia hazer.

#### PARECER LXXVIII.

35. HE visto estos autos, y para proceder con mas luz, y responder mas ajustadamente, embié a pedir a las partes tres instrumentos, que no estavan en los autos. El primero, la escritura de obligacion con que Francisco difunto se obligó a pagar los 70. pesos cada año a Juan: esta se me remitió sin mucha dilacion. El segundo, la clausula de testamento de dicho Francisco, en que dispone del remaniente de sus bienes, para ver por ella si el instituir en la casa, que fue de su morada, la Capellania perpetua que se pide, era conforme a su disposicion: esta no se me remitió, ni se me hizo sabidor della en mucho tiempo, lo qual ha sido causa de dilacion. El tercero instrumento que pedia, es de la cantidad de bienes, así muebles, como raíces, que dexó Francisco, de lo qual no hallaba razon, ni entera, y fixa relacion, hasta que con mucha diligencia vine a saber, que todos los bienes que dexó se reducen a la casa de su morada, y otra casa que dexó con disposicion que la posséa su hermana todos los dias de su vida, y despues buelva a sus bienes, la qual está cargada con otros censos, y que tendrá de valor demás del capital de dichos censos, algunos 400. pesos poco mas, y que en España tiene alguna poca de hacienda, que quando mucho llegará a 300. pesos, y que los demás bienes que dexó aqui se han gastado en el funeral, y honras.

36. Supuesto esto, digo, que a tres cosas se debe atender en la resolucion deste caso. La primera, que no queden damnificados los bienes del difunto, ni se disponga dellos contra la voluntad del testador, sino lo mas conforme a ella que se pudiere. Lo segundo, que no quede damnificado Juan en la obligacion que se le hizo, y derecho que adquirió a que se le pague cada año la cantidad, que dize la escritura de obligacion. Lo tercero, que no se contravenga a la disposicion del Sagrado Concilio de Trento, Sec. 21. de re-form. cap. 2.

37. Quanto a lo primero, vista la clausula del testamento en que dispone, que del remaniente de sus bienes se digan Misas por su alma, está muy conforme a su disposicion, y vltima voluntad del difunto, que se funde

Capellania perpetua en la casa donde está la especial hipoteca de la obligacion que hizo a Juan, por la perpetuidad de las Misas que se le dirán cada año por su alma, y por sus obligaciones, y por participacion del rezo del Capellan que la sirviere, y se ordenare a titulo della; y por ser obra mas accepta a Dios la Capellania perpetua, con que se sustente un Ministro mas de la Iglesia, y Sacerdote, y porque no solamente los reditos, sino que el capital, y raiz se hazen bienes Eclesiasticos, ofrecidos a Dios, y a su Iglesia, y sustento de sus Ministros, y Sacerdotes, especialmente aviendotele ya aplicado diversas Misas de los bienes muebles que le quedaron: y porque haziendose Capellania perpetua de dicha casa, con el pacto que tienen hecho entre sí el Albacea, y el dicho Juan, quedan los demás bienes desembarazados, para que se digan Misas, y se cumpla la voluntad del dicho Francisco, y de otra fuerte avian de quedar embarazados, y obligados al cumplimiento de la escritura de los 70. pesos cada año, sin poder disponer de ellos el Albacea.

38. Quanto a lo que toca a Juan, no se le haze agrauio, ni queda damnificado. Lo primero, porque *sciente, & volenti non fit iniuria*, y en su segunda peticion dize, que se le de la casa en Capellania perpetua, y que con esto se contenta. Lo segundo, porque aunque al presente mientras no tiene congrua segura, y perpetua, se le defraude parte de la cantidad de los 70. pesos de la obligacion; pero dandosele la dicha casa en Capellania perpetua, de fuerte, que aunque despues tenga congrua, no pierda su possession en toda su vida, restaura, ò tiene esperanças de restaurar en los tiempos futuros, teniendo otra congrua sustentacion perpetua, lo que aora mientras no la tiene llevare de menos. Lo tercero, porque el numero de Misas, que se obligó a dezir por la intencion de Francisco, en recompensa de la dicha obligacion, era de 35. Misas cada año, siendo la obligacion de pagarle 70. pesos, que salia la limosna de cada Misá a dos pesos; è instituyendose dicha Capellania le sale la limosna de cada Misá a 20. reales, segun la costumbre deste Arçobispado en las Capellanias perpetuas, con que respectivamente viene a tener menor carga de Misas. Por estas razones juzgo, que el dicho Juan no queda damnificado en dicho concierto, si solamente se atiende a su persona.

39. Quanto al Decreto del Sagrado Concilio de Trento tiene mas dificultad, porque en el lugar citado determina, que el patri-

patrimonio, o renta a cuyo titulo recibió alguno las Ordenes Sacras, no se puede enagenar, ni hazer cession, o renunciacion della, hasta que tenga Beneficio Eclesiastico seguro, o otra renta perpetua de donde se pueda sustentarse; y el dicho Juan solamente tiene de Capellania colada 30. pesos cada año, y lo menos que se ha determinado por congrua sustentacion a vn Sacerdote en este Arzobispado, son cien pesos de renta segura cada año, y por esso le hizo la escritura de obligacion Francisco de pagarle cada año 70. pesos, para que con los 30. ajustassen a los 100. que son necesarios para titulo de recibir las Ordenes Sacras; y ceder aora el dicho Juan para quedarle atendido a los 30. pesos de Capellania que tiene, y otros 40. o 45. que quando mucho le pueden quedar en la Capellania, que pide se funde en la casa que era de Francisco, ni le es licito, ni valido, porque no puede ceder contraviniendo a los Decretos del Sagrado Concilio de Trento, estando obligados todos los bienes del dicho Francisco por su escritura a la paga de los dichos 70. pesos cada año; porque no solamente obligò la dicha casa, sino tambien generalmente todos sus bienes, especificando en la escritura, que la hipoteca especial de la casa no derogue a la general de todos los demàs sus bienes, ni que la vna a la otra se perjudiquen en cosa alguna, a cuyo cumplimiento desde luego vnos, y otros los obligò.

40. Supuesto esto, es mi parecer, que primeramente se pague al dicho Juan todo lo que se le debiere de 70. pesos cada año, hasta el dia que se fundare la Capellania sobre la casa, donde està la finca especial de dichos 70. pesos: demàs desto, que en la misma casa en que està la dicha hipoteca especial, se imponga Capellania perpetua, que la goze desde luego por todos los dias de su vida el dicho Juan, con la obligacion de dezir las Missas, que correspondieren a la cantidad en que se vendiere, o se tassare dicha casa, a razon de 20. reales la limosna de cada Missa, sacando de aì la cantidad que se debe cada año a los censos que tiene anteriores; y que todo el tiempo q̄ tuviere vna Ración que aora goza en la Cathedral, o otra qualquiera congrua, aunque no sea perpetua, sino temporal, y al quitar, no se le debe otra cosa alguna de los bienes de Francisco; pero si por algùn caso quedare sin dicha Ración, ni otra congrua sustentacion temporal, ni perpetua, que quede obligada la otra casa que pertenece a los bienes de Francisco difunto, que està enfrente de las casas de N. a pagarle lo que rentare mas de los censos que aora tiene, y que en el

interim que dicho Juan no tuviere congrua perpetua de Beneficio, o Capellania colada, no se pueda vender, ni enagenar, ni imponerse otro censo, sino que quede obligada al saneamiento, y cumplimiento de dichos 70. pesos, en caso que el dicho Juan se hallare sin congrua temporal, como la que al presente tiene, hasta que tenga congrua perpetua, que desde entòces cessará esta obligacion. Esto me parece necesario para no contravenir al Decreto, y mente del Concilio, que no permite que Clerigo alguno ordenado de Orden Sacro quede sin congrua sustentacion por tiempo alguno; y esta obligacion que hizo Francisco sobre sus bienes para que se ordenasse Juan; y se diese cumplimiento al Decreto del Concilio, prevalece contra la manda graciosa, que despues hizo a su hermana de dicha casa por todos los dias de su vida, y contra toda obligacion a que despues quisiesse obligarse: y con este modo de obligacion, que queda referido, se satisfaze al dicho Decreto del Concilio, porque disiuntivamente se le señala, y asegura congrua suficiente perpetua, sin dar lugar a que se vea obligado a mendigar, ni a buscar el sustento de otra manera indigna al estado Clerical; porque mientras le durare la Ración, que tiene en la Cathedral, no le corre este riesgo, y mas teniendo juntamente el pedazo de Capellania a cuyo titulo se ordenò, que le renta 30. pesos cada año, y la Capellania que sobre la casa de Francisco se fundará en faltandole la Ración (si le faltare, y no tuviere otra cosa semejante) añade a los dos pedazos de Capellania referidos lo que renta la dicha casa de Francisco, que dexò por los dias de su vida a su hermana: todo lo qual si no haze congrua entera de 100. pesos al año, le faltará muy poco, con que se cumple en todo lo possible la ley del Concilio, y a la hermana del dicho Francisco no se le quita desde luego la possession de su casa, sino solamente le queda expuesta a vn suceso raro, y que lo mas verisimil es, que no sucederá, que el dicho Juan sea despojado de la Ración, sin darle otra cosa igual, o mejor.

41. Si el dicho Francisco tuviesse otros bienes raizes, tambien juzgo que debian conservarse obligados a sanear los dichos 70. pesos, para que sin faltarle vno se cumplierse, y pagassen por entero cada año, en caso que le faltasse la Ración a Juan; y aun en primer lugar avia de cargar sobre ellos la obligacion, que sobre la casa que dexò a su hermana. Pero tengo averiguado, que no tiene otros bienes raizes, è imponer de nuevo finca con los pocos bienes que han quedado,

dado, que son los que se esperan de Nueva España, que aun no llegarán a 300. pesos, que los dexò para Missas por su alma, es mucho dispendio, y pérdida, porque en comprar censo, o otra finca, y bolverla despues a vender quando el dicho Juan tenga congrua, se malbarata mucho, y mas en el estado que està la tierra, que con mucha dificultad se halla vna buena finca, y con mucha mayor se vende, y sale della. Y como dizen comunmente los Doctores, el deudor no està obligado a pagar luego vna cantidad de dinero con dispendio, y pérdida de mucha mayor cantidad: de la misma fuerte digo, que para cumplimiento de esta poca cantidad, que faltará a los 100. pesos de congrua a Juan, en vn caso raro, y que lo mas verisimil es, que no sucederá, no se debe imponer, ni comprar censo, ni finca de los pocos bienes que dexò Francisco, sino que fundandose la dicha Capellania, y señalando por primer Capellan della para todos los dias de su vida al dicho Juan, y para el caso que puede acontecer de hallarse sin la Ración que oy tiene, y sin otra cosa que sea congrua sustentacion, quede obligada la otra casa de Francisco, que està enfrente de N. hasta tanto que el dicho Juan tenga otra congrua qualquiera que sea, o Prebenda, o Capellania, o pensión, o patrimonio, o otra obligacion que le hagan, o Beneficio colado, o interino: la qual congrua si fuere perpetua, cessará in totum la obligacion de dicha casa, y si fuere *ad tempus*, se suspenderá por el tiempo que la gozare: y desta fuerte juzgo, que no se contraviene al Decreto del Concilio, sino antes se cumple en quanto se puede, ni se defrauda, ni damnifica al dicho Juan, ni se contraviene a la disposicion, y vltima voluntad del difunto, ni se damnifican sus bienes.

## CONSULTA IX.

*Sobre si el contrato que hizo vn Cura Beneficiado, de dar cada año tanta cantidad de dinero a vn Clerigo, para que a esse titulo se ordenasse, y le ayudasse a administrar en su Beneficio (como lo habeecho) passe al Beneficiado successor, aunque sea interino?*

## PROPOSTA.

Pedro quedò por Albacea de Juan, pidele cantidad de dinero Nicolás, que dize deberle el difunto; y aunque el dicho Albacea no ha querido hazer pagamento alguno de los que le han pedido, sin orden del Juez competente: en este caso, para escusar de

molestias al dicho Nicolás, se conviene en que se remita el caso al M. R. P. M. Fr. Juan de Paz, y que diziendo su Paternidad, que se debe, està prompto a pagarle. Por lo qual de comun consentimiento de ambos se remite a V. P. M. R. este caso, suplicandole ponga abaxo su sentir, con su firma.

El caso es: Nicolás fue ordenado a titulo de compañero del Beneficiado de N. la congrua fue vna escritura q̄ dicho Beneficiado de N. otorgò a su favor, de darle cada año 150. pesos, y por cada dia dos aves para su sustento. Por assensò de dicho Beneficiado propietario a otro Beneficio, fue a dicho Beneficio de N. por interino Juan (q̄ al presente es difunto) que lo administrò mas de tres meses, en ocasion que Nicolás con licencia de su Superior avia venido a Manila a curarse de vna grave enfermedad, y estando ya bueno della, ocupado en la plaza de Notario, estuvo prompto a bolver a su obligacion, y por conveniencias del dicho difunto no bolviò (esto no consta con adhuc, que no fuessè conveniencia del difunto.) Se pregunta si dicho interino le debió pagar, y no aviendolo hecho, si el Albacea de sus bienes debe pagar lo que importò el tiempo que administrò, aviendo cobrado estipendio, y demàs provechos dicho interino, lo que lo toca al dicho Nicolás de congrua, titulo a que fue ordenado, no teniendò otro titulo, ni otra congrua?

## PARECER LXXIX.

42. **R**esponde, que no estuvo obligado Juan a pagar cosa alguna a Nicolás, y consiguientemente Pedro, como Albacea del sobredicho, no debe, ni puede pagar cosa alguna de los bienes del difunto por esta causa. La razon desto es, porque quando se le dà a vn Beneficiado otro Sacerdote compañero que le ayude, es como darle vn Coadjutor, para que entre ambos puedan cumplirse todas las obligaciones del Beneficio, al modo que el Sacro Concilio de Trento, Ses. 21. cap. 6. de reform. determina, que a los Beneficiados, que por falta de suficiencia son menos aptos para su oficio se les den Coadutores, o Vicarios, señalandoles para su sustento parte de los frutos del Beneficio, que sea suficiente para su congruo sustento: *Coadiutores, aut Vicarios pro tempore deputare, partemque fructuum eisdem pro sufficienti victu assignare, vel aliter providere possint.* Y lo mismo se determina en el Derecho 7. q. 1. cap. Petisti, & cap. Quia frater. en los Beneficios de Indios, que son muy dilatados, y



están distantes de otros Beneficios, de fuerte que el Beneficiado no pueda sin mucha dificultad ir a confesarse, y consolarse quando tuviere necesidad, y en especial si tienen visitas muy apartadas, a que buenamente no puede acudir a administrar los Santos Sacramentos, sin hazer notable falta a los feligreses de la Cabeza, es muy justo que se dé Coadjutor, aunque el Beneficiado propietario sea muy docto, y capaz, porque siempre se verifica, que no es suficiente, ni acto para acudir como debe a sus feligreses, por la mucha distancia que tienen entre sí, y la que tiene el Beneficiado de otros qualesquiera Sacerdotes para sus necesidades espirituales: de fuerte que Nicolás fue vn Coadjutor que se dió al Beneficiado de N. y según Derecho, en espirando el Beneficiado a quien se dió el Coadjutor, cessa el oficio de Coadjutor, cap. Grandi, de supplenda neglig. Præl, in 6. donde la Santidad de Innocencio IV. dió vn Coadjutor a vn Principe, y dize, que debe serlo *in vita ipsius*, durante la vida del Principe a quien se dió el Coadjutor. Y allí la Glossa: *Nota coadjutoris officium expirare morte eius, cui adiutor datus est*. El dia que dexó dicho Beneficiado de N. el Beneficio, se acabó el oficio de su Coadjutor; por lo qual, ni el interino pudo obligar al Coadjutor a que le asistiese, y ayudase en su Beneficio, ni el Coadjutor que fue del Beneficiado antecedente, tiene accion para cobrar cosa alguna del interino.

43. Demás desto la escritura, que le hizo el Beneficiado de N. no pudo obligar al sucesor interino, ni propietario, l. Civitas, ff. de rebus cred. *Ipsi soli, qui contraxerunt, non Civitas tepebuntur*. La obligacion de la escritura es obligacion personal, que obligó al que la hizo por el tiempo que tuvo el Beneficio de N. el qual dexando aquel Beneficio, cessó la obligacion. Si quando entró Juan por interino en el Beneficio, le huviera asistido ayudándole Nicolás, quedaria obligado Juan a pagarle según la escritura que le avia hecho su antecesor, porque admitiéndole por Coadjutor, daba implicito consentimiento al contrato hecho con el antecesor, según la regla 55. de reg. iur. in 6. *Qui sentit onus, sentire debet commodum, & contra*. Y allí la Glossa: *Qui non sentit onus, non sentiat commodum*. Y l. Secundum, ff. de reg. iur. *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur in commoda*. Si Juán se viera allí ayudándole, y trabajando en la administracion del Beneficio, y callara, era consentimiento implicito en el trato hecho con su antecesor; porque recibiendo el ali-

vio de compañero, que le asistiese, y ayudase, se entendia obligarse a darle el sustento según el concierto, y pacto hecho con su antecesor, pues no hazia otro pacto de nuevo; pero no aviendo gozado deste alivio Juan, no ay razon para que se entienda aver consentido en la carga de pagar el sustento al Coadjutor; y este no aviendo lleuado la carga, y trabajo de ayudar, y asistir al interino, no tiene titulo para pedirle cosa alguna, ni para decirle, que cúpla la obligacion de la escritura, que él no otorgó explicita, ni implicitamente. Ni haze al caso el aver sido conveniencia del difunto el no asistirle el Coadjutor (aunque constase) porque no aviendole ocupado el interino en negocios propios, sino que la conveniencia estuvo solamente en que no le asistiese, se debe presumir, que la conveniencia del interino no fue el carecer de quien le ayudase, y aliviase del trabajo, que él nunca puede ser conveniencia, sino en no obligarle a pagarle la congrua pactada en la escritura del antecesor; porque no es creible que desechase el alivio, y admitiese la carga, y obligacion de pagar la congrua al Coadjutor, que esto seria querer pagarle el estipendio, y congrua, y remitirle, ó perdonarle el trabajo, que según derecho, es hazerle donacion graciosa, l. Cú hic status, ff. de donat. inter vir. & vxor. §. Oratio, *Sine autem res fuit, qua donata est, sine obligatio remissa potest dici donationem effectum habituram*. Y consta del Sagrado Euang. Lucæ 7. donde se refiere aquella parabola que traxo nuestro Redemptor para convencer al Fariseo de dos deudores, el vno debía 50. talentos, y el otro quinientos, y ambos no tenían de que pagar, y el acreedor les hizo donacion de las cantidades que le debian: *Vnus debebat denarios quingentos, & alius quinquaginta non habentibus illis unde redderent, donavit utrisque*. Llama especialmente donacion a la remision que les hizo de lo que le debian: y así perdonarle el interino a su Coadjutor la obligacion que tenia de asistirle, y ayudarle, quedandose con la obligacion de pagarle la asistencia, y trabajo, seria vna donacion graciosa, y esta nunca se presume si no consta con muchísima claridad. Así consta del Derecho, l. Cum de indebito, ff. de probat. l. Si cum aurum, ff. de solution. y allí la Glossa marginal dize: *Presumi non solet donatio in dubio, maxime quando verba possunt trahi in alium sensum*. Y es sentencia comun de los Doctores, que en duda nunca se presume donacion graciosa. Felin. 2. p. in Decret. in cap. Si cautio, n. 73. dize: *Vbi est alia coniectura, quam donationis, numquam presu-*

mitur

*mitur donatio*. Veanse a Couarr. to. 2. var. lib. 2. cap. 7. n. 4. y Molin. to. 2. de iust. tract. 2. disp. 439. que dize lo mismo, y citan a muchos Doctores: por lo qual nunca se puede presumir que Juan quiso perdonarle a Nicolás la asistencia, y trabajo que avia de tener administrando en el Beneficio, para cargar el trabajo solo, y darle graciosamente la congrua sustentacion, como si le huviera ayudado. Lo que en este caso es verifimil, es, que quiso cargar solo el trabajo, por escusar la paga del Coadjutor, y no llevar adelante el contrato hecho con el Beneficiado que le antecedió.

44. Dos dificultades se ofrecen contra lo dicho. La primera, que según Derecho, el estipendio, y sustento que se dà a los Sacerdotes por la obligacion, que toman sobre sí de administrar los Sacramentos, ó asistir a alguna Iglesia, no cessa, ni se les dexa de acudir con él quando no asisten por enfermedad, ó por otra causa necesaria. Cap. Significatum, de Præbend. se refiere como a vn Sacerdote dió el Cabildo vna Prebenda con obligacion de que avia de decir Missa de nuestra Señora todos los dias en su Iglesia, y pidieron al Summo Pontifice confirmacion desto, el qual lo confirmó así: *Quam institutionem eatenus confirmamus, ut prædictus Sacerdos nisi infirmitate corporis fuerit impeditus, assidue debeat obsequium suum impendere Ecclesie memorata, nec sibi liceat hoc sibi subtrahere causa voluptatis*. Y cap. Consuetudinè, de Præbendis in 6. se determina, que los que no asistieren a los Oficios Divinos pierdan las distribuciones quotidianas, y si las recibieren, estén obligados a restituir las: y luego exceptua a los que por enfermedad, ó otra causa justa faltaren: *Exceptis illis, quos infirmitas, seu iusta, & rationabilis corporalis necessitas, aut evidens Ecclesie utilitas excuset*. De fuerte, que no se le niega el estipendio si faltare a su obligacion por causa de enfermedad, ó por otra necesidad, sino quando se falta por negligencia, ó malicia. En el caso presente salió el Coadjutor del Beneficio obligado de vna graue enfermedad, y no volver luego a él, fue por voluntad del mismo Beneficiado interino, y así no fue negligencia, ni culpa del Coadjutor: por lo qual parece, que no se le puede negar su estipendio.

45. La segunda: Nicolás se ordenó a titulo de esta congrua, que se obligó a darle el Beneficiado de N. con obligacion de asistirle, y ayudarle en el Beneficio; y la congrua cuyo titulo vn Clerigo se ordena, es forzoso que sea firme, y estable, que no falte

por enfermedad, ó otro qualquiera impedimento que sobrevenga al Sacerdote, como consta de la disposicion del Sacro Concilio de Trento, Sef. 21. de reform. cap. 2. donde se determina, que la congrua, ó renta a cuyo titulo alguno se ordena, sea suficiente a sustentarse decentemente, y fixa: *Alienari, aut extinguere, vel remitti nullatenus possint donec Beneficium Ecclesiasticum sufficiens sint adepti, vel aliunde habeant, unde vivere possint*. Por lo qual se debe entender, que la obligacion que le hizo el Beneficiado de N. fue en nombre de todos los Beneficiados sucesores, para que nunca pudiese faltar; porque si solamente valiese por el tiempo que durase allí el Beneficiado que otorgó la escritura, seria vna congrua muy falible, y muy sujeta a faltar muy en breve, y no pudiera el Ilustrísimo señor Argobispo averle ordenado a titulo de semejante congrua, según lo determinado por el Sacro Concilio de Trento, y así se deberá entender, que su Ilustrísima ordenando a vn Sacerdote a titulo de Coadjutor de dicho Beneficio de N. quiso obligar, y obligó al Beneficiado que era entonces, y a los que le avian de suceder, a tener Coadjutor, y darle aquella congrua sustentacion; porque de otra manera es imposible que el Beneficiado de N. pueda cumplir con las obligaciones de aquel Beneficio, por ser muy dilatado, y tener visitas muy distantes de la Cabeza, y estar muy apartado de otro qualquiera Sacerdote, para que le acuda en la necesidad propia espiritual, que se le puede ofrecer; por lo qual pudo obligar su Ilustrísima a qualquiera Beneficiado, que lo fuere de dicho Beneficio de N. a tener Coadjutor, y a que de congrua sustentacion, y que está sea fixa que no le pueda faltar por enfermedad, y otro qualquiera impedimento, que le sobrevenga sin culpa suya, para que se ordene vn Sacerdote a titulo de ella.

46. A la primera dificultad se responde, que al Beneficiado se le deben los frutos, aunque no asista por enfermedad, ó otro qualquiera impedimento justo, como consta de muchos textos del Derecho, cap. Relatum de Cler. non resid. excusa (para que puedan poseer sus Beneficios, y los frutos de ellos) los ausentes con licencia de sus Prelados, ó por asistir a los estudios, ó por otras honestas causas. Y cap. Tuæ fraternitatis, del mismo titulo, se determina, que a los ausentes por causa de estudiar, se les den los frutos de los Beneficios, y los pierdan los que no asisten a los estudios. Y cap. Ex parte, se determinó, que si el Beneficiado no se ausenta por fraude, sino por qualquiera cau-

fa justa, se debe reputar como si asistiese a su Beneficio: *Ex hoc conferi debet residens*. Y cap. Cum dilectus. y cap. Ad audientiam. se determina lo mismo: *Canonici qui non resident in eadem suarum priventur fructibus Præbendarum, illis exceptis, quos infirmitas excuset, siue in Apostolica Sedis seruitio contingeret detineri*. Y mas abaxo: *Cum absentes dici non debeant, sed presentes*. Pero no corre la misma razon del Coadjutor, que el estipendio que se le dá no es como frutos de Beneficio, sino como paga de trabajo, y obligacion de que se encarga, y assi es al modo de las distribuciones quotidianas, que segun Derecho pertenecen solamente a los que asisten: cap. De cætero. de Cler. non resid. se determina, que a los Prebendados legitimamente ocupados, no se nieguen los frutos de sus Prebendas; y luego exceptua las distribuciones, que no se dan a los ausentes, aunque la causa sea muy legitima: *Nisi forte sunt victualia, quæ non consueverunt absentibus exhiberi*. Y cap. Cum non deceat. de elect. in 6. determina, que a los Clerigos ocupados en servicio de su Iglesia, se les den todos los frutos: *Quos recipent, vel possent recipere in ipsis Ecclesijs residendo, acsi personaliter residerent*. Y luego exceptua las distribuciones: *Quotidianis distributionibus dumtaxat exceptis*. Y cap. Quia per ambitiosam. de rescriptis. in 6. se refiere, que muchos privilegios ay concedidos a los ausentes por causa justa, para que puedan gozar los frutos de sus Beneficios; pero que en todos se han exceptuado las distribuciones, para que solamente las lleven los asistentes. Y el texto del cap. Consuetudinem, que se alega en el argumento que habla de las distribuciones, que se den a los enfermos, y ausentes por causa justa, es especial en aquella Iglesia, por la costumbre que ayia introducida, como consta del mismo texto, y de su glosa, que dize, que estas distribuciones no se dan, ni a los que están en servicio del Papa, porque son proprias de los que asisten. Desta suerte son los ayudantes de los Curas, y Beneficiados, que les dan aquel sustento puramente por paga de su trabajo; como dize la Glosa in cap. Significatum. de Præb. *Sic operas suas videntur potius locare*. Y consta del Derecho, cap. Charitatem. 1. 2. q. 2. *Aliquid laboris sui capiunt te disponente subsidij, iustum namque est, ut illi consequantur stipendium, qui pro tempore suum commodare videntur obsequium*. Por lo qual los Curas que tienen quien les ayude a su ministerio, solamente están obligados a pagar su trabajo a aquellos que realmente les ayudan, ó están asistentes en el distrito del Curato, para cumplir las

obligaciones del Cura, y no a los que no asisten, aunque tengan causas muy legitimas para no asistir, excepto si el Cura, ó Beneficiado se obligare con escritura, ó pacto especial que constare, a darle tanta cantidad por su cõgrua, aunque estè ausente por causa legitima. Si acaso el dicho Beneficiado de N. hizo esta obligacion, estuvo obligado el tiempo que fue alli Beneficiado a pagar la cantidad pactada al compañero, aunque estuviese ausente por causa justa; pero el interino, ó el sucesor no está obligado por la escritura del antecesor; y mas en el caso presente, llevando Juan toda la carga del Beneficio, no era conforme a razon, que pagase como si le ayudase de hecho el Coadjutor, que estava en Manila llevando sus prouechos en el oficio de Notario.

47. A la segunda dificultad se responde, que el intento del Concilio es, que los Clerigos tengan de donde sustentarse honestamente, porque no es decente, que con desdoro de los abitos Clericales anden los Sacerdotes mendigando, ó se vean obligados a buscar la vida con algun oficio vil, ó de algun modo que ceda en deshonor de su estado; y assi permite, que puedan dexar el Beneficio, ó pensión, ó patrimonio a cuyo titulo se ordenaron, con tal que tengan otra cosa con que puedan sustentarse: *Aliunde habeant unde vivere possint*. Por lo qual afirma Barbosa. in remif. doct. in varia loca conc. sobre este capitulo, que basta por titulo para poderse ordenar, que alguno le prometa, que le dará lo necesario para su sustento, y cita alli otros Autores que lo dizen: por lo qual quando vn señor Arçobispo ordena a alguno, que sabe la lengua de los naturales, y se obliga a asistir en qualquiera Beneficio a que su Ilustrissima le embiare; tiene segura congrua sustentacion, porque entre tantos Beneficios, que tienen solo vn Sacerdote, de ordinario ay alguno vacante, donde lo puede poner el Prelado por interino, ó ay algun Beneficiado enfermo, ó ausente por alguna causa legitima, donde pueda administrar en interim; y quando no aya vacante, ni enfermo, ni ausente, le puede poner el Superior en el Beneficio que tuviere visitas distantes de la Cabezera, ó en el que tuviere muchos feligreses a que commodamente no pueda el Beneficiado acudir, y assi siempre ay donde ponerlo; y donde quiera destas partes que le pongan, es forzoso que le den la congrua que señalare el Prelado, ó en que se conviniere los dos: por lo qual aunque no tengan congrua segura en vna parte determinada, la tienen segura vague en alguna de

de las partes, y modos referidos. Y es convenientissimo, que en esta Metropoli aya dos Sacerdotes ordenados a este titulo, buenas lenguas Tagalas, con obligacion de acudir a donde los embiaren, para suplir deste modo las faltas, y ausencias de todos los Beneficiados del Arçobispado, y nunca faltará donde ocuparlos en que tengan el sustento: y si acaso enferman de muerte, que no pueda administrar, por esto les señalan por su congrua mucho mas de lo que ordinariamente pueden gastar en vn Beneficio, para que les sobre para curarse en vna enfermedad; y por el peligro raro que puede acontecer, de que le de vna enfermedad muy larga, en que no pueda administrar, y se hallaria sin congrua, se fuele dispensar *in bonum indorum*; porque si no hubiera Sacerdote ordenado a este titulo, que pueda el Prelado embiarle a suplir, estarian los Indios expuestos a quedarse muchas vezes sin Parrocho, y sin quien les confiesse, y administre los Sacramentos en el articulo de la muerte, y en peligro de la condenacion eterna. Por lo qual pudo su Ilustrissima ordenarle, sin que aya esta obligacion perpetua en todos los Beneficiados que fueren de dicho Beneficio de N. sino solamente con la obligacion con que queda el que assi se ordena, de acudir a qualquiera Beneficio que le embiaren; y de esse modo, oy aqui, mañana alli, siempre tendrá congrua, y no es verisimil lo que dize el argumento, que el señor Arçobispo obligò al dicho Beneficiado de N. por tener Beneficio dilatado con visitas muy distantes, a tener siempre Coadjutor; porque si su Ilustrissima le hubiera obligado a esto, no hubiera sido necesario que el Beneficiado se obligasse con escritura: la obligacion nació de la escritura, y esta solamente obligò al que la otorgò; y aunque su Ilustrissima lo hubiera mandado assi, ya por su muerte hubiera cessado la obligacion, porque aquel mandato como no era estatuto Synodal, ni ley, que mirasse directamente al comun, sino a personas particulares, no podia tener razon de ley; sino solamente precepto particular, como dize S. Thomas 1. 2. q. 90. art. 2. y q. 96. art. 1. ad 2. y assi espirò con la muerte del que la puso.



## DONACION DE los padres, que tienen hijos legitimos.

### CONSULTA X.

*Sobre si vna persona de considerable caudal, adquirido con su trabajo, e industria, que tiene vn hijo legitimo, pueda antes de aver testado gastar, y distribuir lo que le pareciere de su hacienda en qualquiera cosa que se ofrezca, como en hazer donaciones, limosnas, obras pias, y otros gastos.*

### PROTESTA.

SI vna persona tuviesse caudal considerable adquirido en mar, y guerra, y en lo mercantil, y tuviesse vn hijo de matrimonio, y que de parte de su madre no huviesse avido dote, si podrá el padre gastar, y distribuir en qualquiera cosa que se le ofrezca, ó en hazer dadivas a sus amigos, y conocidos, y especialmente en buenas obras, la hacienda que le pareciere antes de aver testado, y si dexandole congrua bastante a su hijo puede distribuir lo demàs en vida, en dichas buenas obras, y en otros gastos?

### PARECER LXXX.

48. ANtes de responder a esta pregunta se ha de suponer, que aunque no aya traído dote la madre del hijo que se refiere, le deben pertenecer los gananciales por mitad, juntamente con lo que constare que traxo su madre quando se casò, poco, ó mucho, de tal suerte, que en ambos fueros debe reservar para su hijo por legitima de su madre todo lo que traxo quando se casò; y demàs desto, de todo lo que huviere ganado, ó se huviere aumentado su caudal en el tiempo que durò el matrimonio, la mitad, aunque aya ganado en lo mercantil, ó de otra qualquiera manera, excepto si huviesse adquirido alguna cosa por donaciõ del Rey, ó de otra qualquiera persona, ó por herencia, ó en la guerra, porque estas cosas no se reparten entre marido, y muger; pero todos los demàs aumentos, aunque sean bienes castrenses, ó quasi castrenses, son partibles, y pertenecen por mitad a la muger, aunque no huviesse traído vn real al matrimonio, y assi los debe reservar al hijo, como herencia legitima de su madre; y si no tuviesse hijo,

pertenecieran dichos bienes a los demás herederos de la muger. Esto consta expresamente de las leyes del Reyno en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 9. desde la l. 1. hasta la 6. y lo explica Antonio Gomez sobre la l. 50. de Toro, desde el n. 70.

49. Esto supuesto, para averiguar lo que vn hombre, q tiene vn hijo legitimo, puede gastar en obras pias, y profanas de su proprio caudal y hacienda, y si estará obligado por causa del hijo que tiene, a tasar los gastos, donaciones, y obras pias, y no exceder del quinto, se ha de ver en primer lugar lo que acerca desto disponen las leyes del Reyno, que es el fundamento desta materia. Primeramente part. 5. tit. 4. l. 8. dize así: *Si por ventura alguno, que huviese hijos legitimos quisiese fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia finque en salvo a los hijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte: e si el padre fiziere mayor donacion, pueden la revocar los hijos, fasta en la quantia de su parte legitima.* Bien claro dize aqui la ley, que el hombre que tiene hijos legitimos, ni en vida, ni en muerte pueda dar cosa alguna de la legitima de sus hijos; y que de tal suerte se ha de moderar en hazer donaciones de su hacienda, así en vida, como en muerte, que siempre dexé salva la dicha legitima. Y en el lib. 5. de la Nueva Recop. tit. 6. l. 12. que es la l. 28. de Toro, dize así: *El que tuviere hijo, o descendiente legitimo, pueda fazer donacion hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas.* Y adviértase, que antiguamente avia opiniones entre los Autores de los Reynos de España, sobre si el hombre que tiene hijos legitimos podía disponer de dos quintos, del vno dándolo a los estraños, y del otro mejorando a alguno de sus descendientes: originabante estas dos opiniones de dos leyes del fuero; la vna permitia hazer donacion de la quinta parte de la hacienda a los estraños, y la otra disponia, que pueda hazer mejora del quinto entre los descendientes: y la dicha ley 12. de la Nueva Recopilacion quitò las opiniones en este punto, determinando, que el padre, o la madre no pueda mandar mas de vn quinto de sus bienes en vida, y en muerte. Y en la ley 13. siguiente aprieta mas esto con estas palabras: *La cera, y Missas, y gasto del entierro se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.*

50. Primeramente, quanto a la primera parte de la pregunta, acerca de los gastos profanos, y desperdicios de la hacienda, se ha de advertir, que algunos Autores han queri-

do entender las leyes del Reyno con tanta estrechez, que casi vienen a constituir a los padres como administradores de las quatro partes de su hacienda, y como si no tuviese dominio en ellas, y les culpan como de hurto, si juegan, o desperdician cantidad que exceda a la quinta parte de su hacienda, porque solamente desta parte los hazen dueños, y señores absolutos. Así lo dà a entender Villalobos, 2. p. Sum. trat. 13. dif. 7. y se pueden ver acerca deste punto Baldo, Angelo, y Jasson citados por Greg. Lop. p. 5. tit. 4. l. 8. Gloss. fin. Pero lo cierto es, que el hombre que tiene hijos legitimos, como les reserve la hacienda que les pertenece de parte de su madre, como la dote, y demás bienes que traxo al matrimonio, y los gananciales, no comete pecado de hurto contra sus hijos, aunque juegue, desperdicie, y gaste prodigamente, porque es hacienda suya, en que tiene pleno dominio, y absoluta administracion, y no ay ley que le prohiba el gastar, y usar de su hacienda por causa de los hijos; porque las leyes del Reyno solamente le prohiben hazer donaciones que excedan el quinto, y estas leyes son odiosas, que impiden al hombre el vió libre de su hacienda, y configuientemente se han de entender estrechamente, de fuerte, que solamente prohiban las que fueren verdaderas donaciones, graciosas, y liberales, no los demás gastos, de reg. iur. in. 6. reg. 15. *Odia restringi, & favores convenit ampliari.* Y así consta de las leyes del Reyno, que expresamente lo determinan en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 9. l. 6. *Mandamos, que el marido, y la muger suelto el matrimonio, aunque casen segunda, o tercera vez, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el matrimonio, aunque ayen ayudo hijos de los tales matrimonios, durante los quales matrimonios, los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios, que no huviesen sido de ganancia, sin ser obligado a reservar a los tales hijos propiedad, ni usufructo, de los tales bienes.* No pudo dezirlo mas claro, de que el padre, y la madre por causa de tener hijos no están prohibidos por las leyes del Reyno de gastar su hacienda, en la forma que la pudieran gastar si no tuvieran hijos. No se puede negar, que el desperdicio de la hacienda es pecado, y qualquiera gasto que no vá dirigido conforme a razon, y a las reglas de la prudencia, porque es prodigalidad, como enseña S. Thomas 2. 2. q. 117. art. 3. donde prueba, que por muchas razones es menor pecado el del prodigo, que el del avariento. La prodigalidad segun su especie, es pecado venial, y será mortal quando los gastos se ha-

zen

zen por fines malos de pecado mortal, o quando por causa del desperdicio se dexan los hijos, o familias necesitadas, sin el sustento, y passadia necesaria, conforme a su calidad, que en tal caso sería pecado mortal contra la piedad paterna, y contra el amor natural, que vn padre debe tener a sus hijos.

51. Quanto a la segunda parte de la pregunta, acerca de las donaciones en que las leyes del Reyno ponen tasa a los que tienen hijos legitimos, es cosa certissima, que no puede hazer donacion de cantidades, que excedan al quinto de sus bienes (hablo aora de la donacion, que no es limosna, ni obra pia, sino puramente graciosa, y de pura liberalidad) porque así lo disponen expresamente las leyes citadas, que son justas, y disponen el medio necesario, que deben tener los padres en orden a lo q deben dexar a sus hijos, y así será pecado mortal semejante donacion, y se dará por nula, si lo piden los hijos despues de muerto su padre. La donacion, o donaciones, que no llegã al quinto, las puede hazer licitamente el que tiene hijos legitimos, pero han de ser a cuenta de su quinto de que puede disponer en su testamento, de fuerte, que quãdo haze testamento vn hombre, que tiene hijo legitimo, o quando dispone de su hacienda, tiene obligacion a quitar de su quinto todas las cantidades grandes que huviere dado, porque así consta expresamente de las leyes del Reyno citadas.

52. Puede hazer licitamente donaciones pequeñas, y moderadas, y no está obligado a descontar del quinto, de que puede disponer las cantidades, que con moderacion huviere dado liberalmente en toda su vida, por tres razones. La primera, porque las leyes que tassan las donaciones a los que tienen hijos legitimos, para que no las puedan hazer, ni en vida, ni en muerte en mas cantidad que hasta el quinto de su hacienda, las ha interpretado, y expresado la costumbre en esta forma, que se entiendan de donaciones quantiosas, y generalmente los hombres, en vida, y en muerte, quando hazen sus testamentos, y disponen de su hacienda, no atienden a las donaciones moderadas que han hecho en toda su vida, para descontarlas de su quinto, ni los Confessores, y hombres doctos no les advierten de que tengan tal obligacion, ni los hijos herederos piden jamás, que se anulen semejantes donaciones; y es cosa certissima, que las leyes humanas obligan en la forma, y sentido que están recibidas, y del modo que las tiene explicadas, y admitidas la costumbre, como consta de ambos Derechos, cap. Cum dilectus. de consuet.

*Consuetudo optima est legum interpretatio.* Y l. Si de interpretatione. de legib. *Optima cum q, legum interpretatio consuetudo.*

53. Segunda razon: sería cosa muy rigida, que todas las cosas que los hombres tuviessen en toda su vida se traxessen a cuenta, para eicalfarias del quinto. Siguierate de aqui, que muy pocos pudieran hazer manda alguna, ni obra pia en su testamento, porque si se ajustassen todas las cosas que vn hombre ha dado en toda su vida poco a poco, sería raro el que no huviese dado la quinta parte de los bienes que tiene al fin de sus dias, y sería molestissima carga aver de obligarse los hombres a ajustar, y contar todo quanto dan en toda su vida, como si lo tomaran de hacienda agena, para averlo de pagar del quinto, de que pueden disponer su funeral, y bien de su alma: lo qual no es conforme a Derecho, que siempre antepone la equidad al demasado rigor, cap. Placui. de iudicijs. *Placuit in omnibus rebus precipuam esse iustitiam, aequitatis que quam stricti.* Y cap. Licet. de rerum permut. in 6. *Aequitatem preferentes rigori.* Y l. Arrianus. ff. de actionib. & oblig. *Queras utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur: : : faciliores, simus, ad liberationem.* En esta question, y duda de si las leyes quisieron ligar las manos, y estrechar tanto a los que tienen hijos legitimos, que del quinto de que les permiten disponer, aya de salir qualquiera cosa que den en toda su vida, se ha de entender, que las leyes se allegan mas a la equidad que al rigor, y que no quieren ligar, ni estrechar demasado, no quisieron que entrassen en el quinto las dichas donaciones pequeñas, y ordinarias, que se hazen en el tiempo que dura la vida.

54. Tercera razon: estas donaciones ordinarias de cantidades pequeñas son como gasto ordinario, y pertenecen a la recta, y prudente administracion de la hacienda, porque si los hombres no diessen cosa alguna a sus amigos, y a las personas que comunican con ellos, sería su amistad, y comunicacion infalsa, y defabrida, e indecente, y notada de miserable, especialmente entre personas de reputacion, y caudal, aun a los Prelados de las Religiones, que no tienen cosa propria, y son solamente administradores de la hacienda de sus Conventos, les es licito hazer algunas moderadas donaciones, porque son absolutos, y vniuersales administradores, y esto pide la prudente, y decente administracion, como dizen Molina, tract. 2. de iust. disp. 276. y Villal. to. 2. tract. 35. dif. 2. y otros que estos citan. Y los Religiosos subditos, que viven fuera de sus Conventos por orden de sus Prelados en los estudios, y en otros ne-

go



gocios, pueden hazer las donaciones moderadas que pide la decencia, y modo de viuir, y calidad de semejantes personas; y los hijos de familia distantes de sus padres, ó curadores, pueden de la misma fuerte hazer donaciones moderadas, conforme su calidad, y cantidad con que les acuden sus padres. La razon desto es, porque el sustento que a los Religiosos embian sus Prelados, y los padres a sus hijos, no consiste solamente en comer, y vestir, sino tambien en el modo de portarse, y comunicar decente, y amigablemente, para lo qual se requieren algunos gastos, y donaciones. Así lo afirman Silvest. verb. Donatio. n. 3. §. 5. Molina de iustit. tract. 2. disp. 276. y 277. y Nauar. in cap. Non dicatis. 12. q. 1. n. 8. y se colige del Derecho, l. Cui iurisdictionis. ff. de iurisdic. omni iud. y l. Si longius. ff. de iudicis. y cap. Præter ea. de offic. iud. de leg. y la Gloss. in cap. Non dicatis. 12. q. 1. Pues de mayor cantidad, y por mayor razon podrán hazer donacion los Seculares que tienen hijos legitimos, porque no solamente son administradores absolutos de su hacienda, sino tambien señores de ella; y aunque por tener hijos les prohíbe el Derecho hazer donaciones a estraños, no por esto les quita el dominio que tienen en toda su hacienda, ni la absoluta, è independiente administracion de toda ella, y consiguientemente tienen potestad de hazer las donaciones ordinarias, que conducen a la administracion honrada, decente, y prudente. Esta es sentencia mas comun de los Doctores, llevanla Molina, tract. 2. de iust. disp. 282. Matienço, lib. 5. Recop. tit. 6. l. 12. y Glos. 3. Suar. l. Quonia in prioribus. C. de in offic. testam. Córdoba in Sum. q. 125. Sanch. de matrim. lib. 6. disp. 36. n. 10. y 11. y otros que estos citan.

55. No es facil determinar hasta quanta cantidad podrá dar, en vna, ó muchas vezes, vn hombre que tiene hijos legitimos, sin que le quede obligacion de descontarle de su quinto, porque los Autores solamente hablan en general, y dicen, que puede hazer donaciones moderadas, segun las que suelen hazer las personas de su calidad, y caudal, de tal fuerte, que las donaciones que hizieren no excedan notablemente lo que pide, y requiere la prudente, y decente administracion: por lo qual las donaciones que respecto de vna persona de mucho caudal son moderadas, y pequeñas, y consiguientemente licitas, y que no se deben descontar del quinto, respecto de otras personas de mas corto caudal, serán exorbitantes, y las deberá descontar del quinto por exceder lo que pide la prudente, y buena administracion.

56. Para determinar alguna regla por do se pueda arbitrar quanto pueda vn hombre dar liberalmente, sin exceder de lo que conduce a la recta administracion, se ha de notar, que la muger casada, que viue sujeta a su marido, que no tiene la administracion de los bienes, puede hazer algunas donaciones moderadas entre sus amigas, conocidas, y parientas, ocultamente, aunque su marido lo prohiba, porque no es esclava, sino compañera en el gobierno de la casa, y al decente estado, y modo de viuir de vna muger pertenece poder hazer las donaciones que hazen otras de su estado, y calidad: y arbitrando los Doctores quanta cantidad puede vna muger dar en esta forma, quando el marido no le da licencia para hazer donacion alguna, dicen, que hasta la vigesima parte de lo que en vn año se adquiere, ó se fuele adquirir, así en estipendios de oficios, ó trabajo, como en la mercancia, y creditos, ó frutos de las haciendas. Así lo afirman Bañez 22. q. 32. art. 8. Malder. ibid. Ledesin. in Sum. to. 2. tract. 4. cap. 3. Veg. in Sum. to. 2. cap. 17. casu. 23. y comunmente lo afirman los Modernos. Si la muger que no tiene administracion absoluta de la hacienda, puede hazer donacion de la vigesima parte de lo que se adquiere cada año, mucho mas podrá el marido, que tiene libre, y absoluta administracion de toda la hacienda: juzgo que puede dar la dezima parte de lo que se adquiere, doblando la cantidad de lo que puede dar la muger; y aun la octava parte de lo que al año se adquiere, quedando salvo el capital, parece cosa moderada, respectivamente; y el gastarla en donaciones no es prodigalidad, ni excede los limites de la prudente administracion.

57. En las donaciones remuneratorias ay dificultad, si puede licitamente hazerlas el que tiene hijos legitimos. Graues Autores sienten, que no las puede hazer, si no es de su quinto, de que puede disponer a su gusto, porque las leyes prohiben las donaciones que exceden al quinto de los bienes en vida, y en muerte, a los que tienen hijos legitimos; y las donaciones remuneratorias, que son las que se hazen por agradecimiento de algún beneficio, son verdaderamente donaciones, porque en realidad de verdad no son satisfacion de deuda legitima, que en conciencia se deba satisfacer, que en tal caso ya no seria agradecimiento, ni remuneracion, sino paga a que obliga la conciencia, y justicia commutativa, y así siendo dadas por puro agradecimiento, son verdaderas donaciones, y consiguientemente están comprehendidas en la prohibicion de las leyes. Esta opinion con-

llevan mas comunmente los Autores que escriben sobre las leyes del Reyno. Greg. Lopez, p. 5. tit. 4. l. 8. Tello, l. 28. de Toro. Azeved. lib. 5. Nouæ Recop. tit. 6. l. 12. Matienço, ibid. Gutierrez de iuram. i. p. cap. 5. n. 24. y qq. pract. q. 33. n. 16. y otros. No obstante esto, tengo por muy segura la opinion contraria, y aun por mas probable, por dos razones. La primera, porque lo que se da por remuneracion, y en agradecimiento, no es en rigor donacion graciosa, sino paga, y satisfacion de deuda legitima, y verdadera; y aunque no es obligacion de justicia commutativa el pagar esta deuda, ni tiene accion el bienhechor a pedir ante el Juez, que se le satisfaga (razon en que se funda la opinion contraria, para dezir, que realmente lo que se da por mero agradecimiento, es pura donacion graciosa) pero es deuda honrada, a que llaman los Doctores deuda moral, y deuda de decencia, porque es cosa indecente fea, y torpe no satisfacer al bienhechor, y es pecado no contra justicia, como el que hurta, ó no restituye lo ageno, sino contra la virtud del agradecimiento. Toda esta doctrina se colige de S. Thomas 2. 2. q. 106. y q. 107. art. 1. donde dize: *Debitum gratitudinis est debitum honestatis, quam virtus requirit, ex hoc autem aliquid est peccatum, quod repugnat virtuti. Vnde manifestum est, quod omnis ingratitude est peccatum.* Y allí Cayetano, §. Ad quartam. *Debitum morale est duplex, quoddam sine quo honestas morum non saluatur, quoddam ad bene esse, et gratitudo spectat ad debitum morale primo modo, sicut etiam veritas, et fidelitas.* Pues siendo deuda, y obligacion satisfacer a los beneficios, no es pura donacion lo que se da por este titulo, ni se debe sacar del quinto, de que puede disponer el que tiene hijos, ni se comprehende en las leyes que le prohiben las donaciones que exceden al quinto de sus bienes.

58. Segunda razon: segun la sentencia mas comun de los Doctores, es licito a los que tienen hijos hazer las donaciones que pide la prudente administracion de la hacienda, porque semejantes donaciones son como gasto ordinario, y como debidas, y conexas a la decente administracion de la hacienda, pues la satisfacion a los beneficios, y agradecimiento no es menos debido, ni menos conjunto a la decente administracion de la hacienda, y es como gasto ordinario, y necesario, que decentemente no se puede escusar, y aun obligatorio. Si es indecente a vn hombre honrado, que tiene, y administra hacienda, no hazer algunas donaciones graciosas, mucho mas indecente le será no hazer las

que no son puramente graciosas, sino en alguna manera obligatorias por razón de agradecimiento debido al beneficio recibido: y así siendo tan comun, probable, y segura la opinion que afirma, que no se deben sacar del quinto las donaciones graciosas, que pide la decente administracion, no lo puede ser menos esta de que las dadas que se hazen por remuneracion, y agradecimiento no se deben sacar del quinto, ni son contra las leyes, aunque excedan al quinto.

59. Para determinar quanto puede dar en agradecimiento vn hombre de caudal, que tiene hijos legitimos, se ha de advertir, que no es agradecimiento tasar el beneficio, ó servicio que liberalmente le hizo vn hombre pobre, y pagar tanto como vale la obra, ó su trabajo, como se lo pagaria a vn jornalero, si le hubiera alquilado para hazer aquella obra, por que el agradecimiento pide de su naturaleza, que al que hizo la obra en beneficio, ó servicio de otro liberalmente, sin estar obligado, se le remunere en mas de lo que la obra merecia, si la hiziera alquilado, ó obligado por otro titulo. Así lo afirma Santo Thomas 2. 2. q. 106. art. 6. *Recompensatio debet tendere ad hoc, quod aliquid minus faciat.* La razon que da allí el Santo es esta: Obra digna de remuneracion, y agradecimiento, es aquella que vno haze por otro liberalmente, y de gracia, sin estar obligado a hazerla; y consiguientemente es decente, y conforme a razon natural, y a buena correspondencia, que el que recibió el beneficio haga alguna cosa de gracia, y liberalmente por el que le hizo el beneficio: por lo qual, si solamente retribuyese lo que tassadamente vale, ó merece la obra que por él se hizo, se queda sin paga, y sin recompensa la liberalidad, y gracia con que le hizieron el beneficio, y así falta al agradecimiento, si no retorna mas de lo que recibió. Las palabras del Santo son: *Gratis beneficium contulit ad quod non tenebatur. Et ideo, qui beneficium accepit, adhuc obligatur ex debito honestatis, ut similiter aliquid gratis impendat, non autem videtur gratis aliquid impendere, nisi excedat quantitatem accepti beneficij.* Y aunque no siempre el agradecimiento se haze con dinero, pero lo mas ordinario, y conforme a razon, es, que al rico se le agradezcan los beneficios que haze, con señales de amor, y reverencia, y asistiendole, y refiriendo el beneficio, quando cede en loa del bienhechor, y al pobre se le agradezca con cosa que le sea de utilidad. Así lo dixo el Filosofo 8. & hic. cap. vii. *Super excellenti habet fieri honoris retributio, indigni autem retributio lucri.*

60. Por esta causa vn hombre que tiene hijos legitimos puede remunerar, y dar en agradecimiento algunas cantidades, sin contarlas en su quinto, con tal que no sea el agradecimiento muy excelsivo al bien, o servicio que le hizieron; porque si fuere demasiado el exceso, passaria del agradecimiento a donacion graciosa, y lo debena descontar de su quinto, y seria pecado, si excediese en ella al quinto, y lo debena restituir. Acerca de quanto podra dar, sin faltar al agradecimiento, ni hazer donacion, se responde, que esto consiste en vn dictamen prudencial, y arbitrio de prudentes. Puede seguir con toda seguridad lo que enseñan Barbosa, l. Quæ dotis. ff. soluto matrim. y Nauarro de redditib. q. 1. n. 91. Sanchez, de matrim. lib. 6. disp. 6. n. 9. Cenedo, de paup. Relig. dub. 17. n. 13. Los quales afirman, que por agradecimiento se puede dar la quarta parte mas de lo que merece la obra que se agradece, si se tassara su valor: de fuerte, que para agradecer cosa que su justo valor es hasta 150. pesos, dandole 200. pesos, queda agradecida, y excediendo de ai notablemente, sería ya donacion.

51. Quanto a la tercera parte de la pregunta de lo que puede dar, y gastar en obras pias, se responde, que en vida puede gastar en buenas obras mas del quinto, y lo que assi gastare, no tiene obligacion de descontarlo de su quinto al tiempo de hazer testamento, quando disponga de su hacienda, con tal, que dexa a sus hijos bastante congrua, con que puedan passar la vida honestamente, conforme a su calidad, y estado. Esta opinion no es la mas comun de los Doctores, pero no obstante esto, es segura en conciencia: llevanla Autores graves, Nauar. in Sum. lat. cap. 26. n. 36. al fin. El P. Fr. Luis Lopez, 1. p. instruct. cap. 170. y lib. 2. de contract. cap. 42. donde ambos alaban a vna illustre Matrona llamada doña Maria de Mendoza, que teniendo descendientes legitimos, hazia grandissimas limosnas, y obras pias, que excedian notabilissimamente a la quinta parte de sus bienes, y dizen, que dió santo exemplo en el mundo, excediendo en obras pias, y limosnas a las Reynas, y señoras: y Nauarro refiere alli, que dos vezes la defendió de la oposicion que le hazian algunos hombres doctos, que dezian, que no era licito hazer tantas limosnas, y obras pias en detrimento de sus herederos. Llevan tambien esta opinion Man. Rodr. to. 1. Sum. cap. 93. y Vega, lib. 5. Sum. casu 294. y Sot. in 4. dist. 45. q. 1. art. 4. Azuedo, lib. 5. Recop. tit. 6. l. 12. n. 19. La razon desto es, porque las leyes solamente prohiben a los que tienen hijos legitimos las

donaciones, que excedieren al quinto de su hacienda; y disponen, que todas las donaciones hechas en vida, o en muerte, se faquen de dicho quinto; y lo que se da, y gasta en obras pias, y limosnas, no es donacion, porque las limosnas, y obras pias se hazen por la salud del alma, y por alcanzar otros bienes de Dios, o para agradecerle los recibidos; pero la donacion se haze precisadamente por liberalidad, sin fin de retribucion, como dize la Glos. in cap. lam. verò. 23. q. 6. *Facias vim, & differentiam inter dare, & donare, ut donum dicatur, quod aliquis ex liberalitate dat, & excerta scientia, unde Episcopus non dicitur donare Prebendas, sed dare.* Pone diferencia entre *dare*, y *donare*, en que *donare* es dar por mera liberalidad, pero *dare* se verifica en qualquiera traspasso de dominio, aunque sea por obligacion precisa, y así el Obispo que da la Prebenda, o Beneficio al mas digno en oposicion, o al que presenta el patron, se dize con propiedad, que lo da, pero no que haze donacion del, porque lo da obligado. Consta esto tambien expresadamente del Derecho, l. Naturalis. ff. de præscriptis verbis, donde pone los contratos innominados, que obligan de ambas partes: *Do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias.* Al contrato oneroso le llama absolutamente dar, lo qual de ninguna fuerte se puede llamar donacion, como consta del Derecho, l. Donationes. ff. de donat. dat. *Aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, & propter nullam aliam causam facit, quam, ut liberalitatem, & munificentiam exerceas, hæc proprie donatio appellatur.* Lo mismo enseña S. Thomas, in 1. dist. 18. q. 1. art. 2. *Donum, ut dicit Philosophus, est datio irredibilis, non que recompensari non valeat, sed illa, que recompensationem non querit, unde donum importat liberalitatem indante.* Segun S. Thomas, la donacion esencialmente pide hazerse por la liberalidad, sin atencion, ni respeto a la paga, y retribucion, y por esto la llamó el Filosofo 4. & hic. cap. 2. *Datio irredibilis*, que es lo mismo que dativa liberal, que no pide retorno, ni que por ella le buelvan cosa alguna. De aqui se colige con toda claridad, que a quien tiene hijos legitimos no le está prohibido gastar, y dar para obras pias de la quinta parte de sus bienes, ni está obligado a descontar de su quinto quando haga testamento, lo que dió, o gasta en obras pias, porque las leyes solamente disponen esto en las donaciones, que se faquen del quinto, y que no lo excedan, y lo que se gasta en obras pias no es donacion, porque no se da liberalmente, sino en orden a conseguir el mayor bien a que pueden

den aspirar los hombres, que es la amistad de Dios, y la salud eterna, y el amparo de Dios en todos sus negocios, o como dixo Azuedo, lib. 5. Recop. tit. 6. l. 12. n. 19. las cosas que se dan por Dios, no son donadas, sino debidas, y Dios da luego ciento por vno.

62. Confirrase esto: demos caso que vn hombre, que tiene hijos legitimos, instituya vna Capellania con obligacion, que le digan tantas Missas cada año, y para esto da mas del quinto de su hacienda: certissimo es, que esta no es donacion, porque es contrato oneroso de ambas partes, porque la Iglesia, o los Capellanes se obligaron a dezir las Missas. l. Labeo. 2. ff. de verb. signif. *Contractum vitro citroque obligationem esse.* De la misma fuerte, que la institucion de Capellania no es donacion, por el bien espiritual, y temporal, que espera recibir el que la instituyó, mediante las Missas a que se le obligó la Iglesia, o el Capellan: así qualquiera obra buena no es donacion, porque lo que se gasta en obras pias no se echa en saco roto, ni se da sin fruto por mera liberalidad, porque toda obra pia, o en esta vida, o en la otra tiene muy colmada retribucion.

63. Confirrase mas esto: a los Religiosos subditos, y Prelados les está prohibido hazer donaciones por vn Decreto de Clemente VIII. *De largitione munerum*, y antes estava prohibido por Derecho comun; y realmente hazer donaciones, es contra el voto de la pobreza, y profesión Religiosa; y no obstante esto, es licito a los Religiosos dar, y gastar cantidades de dinero en obras pias, con tal que los subditos las hagan con licencia de sus Prelados, y los Prelados sin faltar a lo necesario de sus Conuentos. Así consta del mismo Decreto de Clemente VIII. donde expresadamente dize, que no pretende que se disminuyan, ni prohiban las obras de hospitalidad, y caridad. Y Urbano VIII. en vn motu proprio en que confirmó, y declaró el Decreto de Clemente VIII. declara, que pueden los Religiosos dar, y gastar en obras pias, con licencia de sus Prelados. De aqui se colige con toda claridad, que en la prohibicion de las donaciones no se entienden prohibidas las obras pias, y limosnas; y consiguientemente quando las leyes prohiben a los que tienen hijos legitimos hazer donaciones, que excedan el quinto, no se entiende estar prohibidas las obras pias que lo excedan; y quando disponen, que las donaciones se descuentan del quinto de que podia testar, no se entiende esta disposicion de las obras pias.

64. Ultimamente se prueba esta resolucion: vn hombre, que tiene hijos legitimos

no está obligado a descontar de su quinto lo que ha consumido en vida, en juegos, y otros gastos superfluos, porque no se gasta en donaciones, y solamente de lo gastado en estos disponen las leyes, que se descuentan del quinto, y esta es sentencia comun; luego ni las obras pias se deben sacar del quinto, pues no son donaciones, y no van contiguientes los que dizen, que lo gastado en obras pias ha de salir del quinto, y no lo gastado en juegos, y superfluidades: de la misma fuerte lo que se da por agradecimiento no debe sacarse del quinto, y lo puede exceder, y esto no lo prohiben las leyes por ser cosa en alguna manera debida, como se dixo arriba; luego de la misma fuerte lo que se emplea en obras pias, porque se da a Dios en agradecimiento por mejores titulos, que a todos los demás bienhechores.

65. La opinion contraria no se puede negar, que es probable, y la defienden muchos Autores. Gutier. lib. 3. practica. q. 61. y de juram. 1. p. cap. 5. n. 28. Azuedo, lib. 5. Recop. tit. 8. l. 1. n. 67. Couarr. in cap. Cum in officijs de testam. n. 11. Sanch. de matrim. lib. 6. disp. 36. Baeza, de nõ melior filiab. cap. 27. y otros. A los fundamentos desta opinion es forçoso responder, para que assi conste la mucha probabilidad de nuestra resolucion.

66. El primero, porque toda la hacienda de vn hombre, que tiene hijos legitimos, es necesariamente de sus hijos, excepta solamente la quinta parte, que es suya, y puede hazer della lo que quisiere. Así consta de las leyes del Reyno, lib. 5. Recop. tit. 6. l. 12. *El padre, o la madre no pueda mandar mas de vn quinto de sus bienes, en vida, y en muerte.* Aquí bien claramente se da a entender, que la hacienda que tiene vn hombre, que tiene hijos legitimos, no es suya, sino de sus hijos, y como de hacienda agena no puede disponer en cosa alguna, excepto el quinto, que esse solamente es suyo, porque así lo disponen las leyes para el bien comun; y con mas claridad se da a entender esto, p. 5. tit. 4. l. 8. *Si por ventura alguno, que huviesse hijos legitimos, quiesse fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia sinque en salvo a sus hijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte.* Notese, que dize, que ha de dexar en salvo a sus hijos su parte legitima, que son las quatro partes de la hacienda: estas dize, que son parte legitima del hijo, y así el padre no puede disponer dellas, ni en donaciones, ni en obras pias, que sería disponer de hacienda agena: de donde se colige, que las limosnas, y obras pias que hiziesen de la legitima de sus hijos, no serian

gratas a Dios, ni ferian obras pias, como el que hurtasse para dar limosnas: y así lo dize el Derecho, cap. Forte. 14. q. 5. *Si totum tribuat pauperibus, quod abstulerat addit potius peccatum, quam minus.* Y cap. Non est. 1. q. 1. *Qui male tollit, ut quasi bene praebeat, constat sine dubio, quia dominum non honorat.* No se honra a Dios, ni le agrada, que quiten a sus hijos lo que les pertenece por Derecho, para hazer limosnas, y obras pias.

67. El segundo: las leyes disponen, que las donaciones que hiziere el que tiene hijos legítimos, las saque del quinto, y le prohiben hazer donaciones que excedan al quinto: y es constante, que las limosnas, y obras pias son verdaderas donaciones, porque realmente no se deben, ni ay obligacion precisa de hazerlas, y entonces ay verdadera donacion, quando se dà alguna cosa sin aver derecho que obligue a darla, como dize el Derecho, l. Donari. ff. de rationib. *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.* Consiguientemente están prohibidas al que tiene hijo legítimo las limosnas, y obras pias, si no se hazen de su quinto.

68. Confirmasse esta razon, porque los hijos son herederos necesarios de las quatro partes de la hazienda de su padre; así lo determinan las leyes del Reyno citadas, por lo qual es deuda necesaria en el padre dexar a sus hijos dichas quatro partes de su hazienda: luego no le puede ser licito faltar a esta deuda necesaria por acudir a otra cosa libre, y voluntaria, como son las limosnas, y obras pias, que las comprehenden debaxo del nombre de donaciones, porque se hazen por mera voluntad, sin que aya derecho que obligue a hazerlas.

69. El tercero: las leyes expresamente disponen, que las obras pias, y limosnas se saquen del quinto, y no de todo el cuerpo de bienes, lib. 5. tit. 6. l. 13. *La cera, Missas, y gastos del entierro se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hazienda del testador, y no del cuerpo de la hazienda, aunque el testador mande lo contrario.* Missas, cera, y gastos de entierro es cierto que son obras pias mas necesarias que otras obras pias: luego si segun las leyes se deben sacar del quinto los gastos del entierro, Missas, y cera, tambien se deberán sacar del los gastos de las otras obras pias no tan necesarias.

70. El quarto, es expreso de S. Agustín, y del Derecho, que trae las palabras del Santo, cap. Quicumque. 17. q. 4. *Quicumque vult ex hereditate filio heredem facere Ecclesiam, quarat alterum, qui suscipiat non Augustinum, immo Deo propitio nullum inueniet.* No necesita

de ponderacion, porque claramente dize, que no es licito, ni agrada a Dios, quitar de la herencia de los hijos, para dar a la Iglesia.

71. El quinto, porque es practica recibida en todos los Reynos de España, de que los padres solamente puedan disponer de la quinta parte de su hazienda en vida, y en muerte, entrando en esto las obras pias, y qualquiera disposicion voluntaria. Así lo afirman Sanch. de matrim. lib. 6. disp. 36. n. 6.

72. Respondeste al primero, que los hombres por tener hijos no pierden el dominio de su hazienda, ni por esta causa dexa de ser suya; y quando las leyes señalan las quatro partes de la hazienda por legitima de los hijos, solamente les prohiben hazer donaciones de dicha legitima en vida, y en muerte; y que las que hizieren, que excediesen al quinto, las pueden los hijos revocar, y que en el testamento, y vltima disposicion de sus bienes no puedan mandar para Missas, ni en otras obras pias, ni para otra cosa alguna, ni para gastos del funeral mas del quinto. Pero no le prohiben el dominio, y uso de su hazienda en contratos onerosos, ni en gastos de su casa, y persona, aunque sean superfluos; y mucho menos le prohiben el gastar de su hazienda en bien de su alma, y en el Culto Divino: y es contra toda razon dezir, que vn hombre por tener hijos legítimos, dexa de ser señor de las quatro partes de su hazienda, y que aquella hazienda ya no es suya, sino de sus hijos, y que sus padres sean meros administradores. La verdad es, que los hijos no tienen dominio en cosa alguna de la hazienda de sus padres, hasta que sus padres mueren, y desde entonces las quatro partes de la hazienda son necesariamente de los hijos: de tal fuerte, que qualesquiera mandas pias, y no pias, o disposiciones, o gastos, que dexassen ordenados los padres, si exceden al quinto, son nulos quanto al exceso; y tambien las donaciones hechas en vida, quanto al exceso se deben dar por nulas, pero los demás gastos que haze en vida no se anulan, ni le están prohibidos: por lo qual si jugasse gran parte de su hazienda, o la gastasse superflua-mente, no debe descontar de su quinto lo que así jugó, o gastó, porque no solamente el quinto, sino toda la demás hazienda era suya, y jugó, y gastó de lo suyo, y no de lo ajeno; pues lo mismo por mayor razon se ha de dezir de lo que dió, y gastó en obras pias.

73. Al segundo se responde, que las limosnas, y obras pias no son donaciones puramente graciosas, y liberales, sino como contratos lucrativos: así consta del Euang. Marc. cap. 10. *Nemo est, qui reliquerit domum,* ant

*agros propter me, qui non accipiat centies tantum, nunc in tempore hoc, & in saeculo futuro vitam aeternam.* Y como los demás contratos humanos, que vn hombre haze libremente, porque quiere, sin obligarle Derecho alguno a hazerlos, no son donaciones, porque aunque antecedentemente no estava obligado, pero supuesto que quiere obligar al otro, y hazer el contrato, está por derecho natural obligado a gastar, y dar de lo suyo; así es el que haze la obra pia, o limosna.

74. A la confirmacion se responde, que los hijos son herederos forzosos, y necesarios de las quatro partes de la hazienda que queda, muriendo el padre, esta le señalan las leyes para su legitima; pero viuiendo el padre, ni son todavia herederos necesarios, ni el padre como deudor tiene obligacion de conservar dichas quatro partes, como expresamente lo dizen las leyes del Reyno, lib. 5. Recop. tit. 9. l. 6. solamente tiene obligacion a no hazer de ellas donacion graciosa, que esto solamente le prohiben las leyes.

75. Al tercero se responde, que todas las disposiciones, y gastos, aunque sean en obras pias, que dexa para que se hagan despues de sus dias el que tiene hijos legítimos, no valen en quanto exceden al quinto, porque así lo disponen las leyes con justissima razon; porque las disposiciones de la vltima voluntad no tienen valor hasta despues de la muerte del testador, y entonces ya los hijos son herederos, y señores de las quatro partes, y así no vale lo dispuesto en detrimento de ellas, aunque sea en obras pias, porque es disposicion de hazienda ya ajena, y aplicada ya por las leyes a los hijos; pero los gastos en limosnas, y obras pias que haze efectivamente en vida, son validos, porque los haze en hazienda que todavia es propia suya, y no ay ley que se los prohiba. Notese, que el P. Fr. Luiz Lopez, en el lugar citado afirma, que las obras pias que mandare hazer el testador para despues de sus dias, se pueden hazer, aunque excedan al quinto de sus bienes, porque las leyes (dize) solamente prohiben hazer donaciones que excedan al quinto, en vida, y en muerte, y las obras pias no son donaciones (como queda probado) y si las obras pias que exceden al quinto, mádadas para despues de los dias del testador, debierán sacarse del quinto, tambien se debierán sacar del quinto las obras pias que hiziesse en vida el testador, porque así en vida, como en muerte, prohiben las leyes las donaciones, y no otra cosa. No obstante esto se ha de dezir, que las obras pias, que mandare el testador para despues de sus dias, se han de sacar del quinto, y si lo exce-

dieren, no se deben cumplir quanto al exceso, porque las leyes del Reyno expresamente dizen, lib. 5. Recop. tit. 6. l. 13. que la cera, Missas, y gastos del entierro se saquen con las otras mandas graciosas del quinto, y no del cuerpo de la hazienda, aunque el testador mande lo contrario; y la misma razon corre de las Missas, que de las otras obras pias, que se mandan en el testamento; pero así Missas, como obras pias, que se hazen en vida, no se manda en las leyes, que se saquen del quinto, y corre diversa razon de las mandadas hazer para despues de la muerte del testador, como queda dicho: y fue convenientísimo, que las leyes pusiesen limite a los testadores en las obras pias, limosnas, y Missas que dexan en aquel trance, porque como ya se apartan totalmente desta vida, y por otra parte el afecto de hallar en la otra las cosas a su favor, les movieran a despojar a sus hijos, multiplicando demasado los legados pios, Missas, y otras limosnas: la qual razon no corre en las Missas que mandan dezir, y obras pias que hazen en vida.

76. Al quarto se responde, que el caso que S. Agustín refiere allí, es de vn hombre que no tenia hijos: dió toda su hazienda a la Iglesia Cartagenense, reservando para si el usufructo; despues le nacieron hijos legítimos, y el Obispo le bolvió toda su hazienda, sin pedirla él. Alaba allí S. Agustín el hecho deste Obispo, y con razon, porque el que dà toda su hazienda por causa de no tener hijos, la dà con aquella condicion implicita de si no los tuviesse, y así en caso que los tenga, se anula la disposicion: y así lo dize el Derecho, l. Si vnquam. ff. de reuocand. donat. y en las leyes del Reyno, p. 5. tit. 4. l. 8. y así lo dizen comunmente los Doctores que cita Gregor. Lopez sobre la dicha ley. Y añade S. Agustín, que hazer heredera a la Iglesia, desheredando al hijo, es ilícito, lo qual es verdad infalible, porque hazer heredera a la Iglesia, desheredando el hijo, es dexarle a la Iglesia por vltima voluntad todos los bienes, y dexar a su hijo pereciendo, que seria contra Derecho natural, y Divino, como dixo S. Pablo, 1. ad Timot. 5. *Qui autem suorum, & maxime domesticorum curam non habet, fidem negavit, & est infideli deterior.* Y contra Derecho positivo seria no dexarles las quatro partes de la hazienda, que queda por fin de sus dias; pero no es hazer heredera a la Iglesia darle en vida cantidad, que excede la quinta parte de la hazienda, ni es desheredar los hijos, porque todavia no ay herencia hasta la muerte, como no es desheredarlos quando su padre juega vna gruesa can-



cantidad, que exceda al quinto, la gasta superfluamente. Tambien es verdad, que tienen los padres obligacion de conservar para sus hijos la hacienda, que baste para vna razonable passada, segun su calidad, porque a esto les obliga la piedad por Derecho natural, y asegurando esta passada para sus hijos, no les hazen agravio en gastar en juegos, y cosas superfluas, y por mayor razon en obras pias.

77. Al quinto se responde, que la practica de España solamente está en la hacienda que queda, muerto el padre, de la qual son las quatro partes de los hijos, y se dan por nulas las mandas, y legados pios, que excedieren al quinto; pero no ay practica de anular lo que dió, y gastó vna vez el padre en vida. Y así refiere Nauarro, que defendió dos vezes en España las obras pias excesivas, que hazia vna ilustre Matrona, que tenia herederos forçosos, y si fueran contra la practica asentada, no las pudiera defender. Es verdad, que como esto se funda en opiniones, y los mas de los Juristas llevan la opinion contraria, puede ser, que puesto litigio contra las obras pias, que exceden al quinto hechas en vida, especialmente si son de cantidades muy grandes, se manden revocar en el fuero externo; pero por ser nuestra opinion probabilissima, puede el que tiene hijos legitimos, dexandoles suficiente passada, gastar en limosnas, y obras pias en vida cantidades, que excedan al quinto de su hacienda, con segura conciencia, y con grandes meritos para con Dios.

78. Conforme a esta doctrina aconsejé, y consolé a vna pobre muger los años passados. Esta tenia vn hijo legitimo, soldado, jugador, y muy distraido: quanto entrava en su poder lo llevaba luego a la tabla del juego, y en esta forma avia consumido mucho, q̄ diversas vezes le avia dado su madre, la qual tenia reservados como cié pesos, para dar la mayor parte para adorno de vna Imagen a quien tenia mucha deuocion, y lo demás a vna muger virtuosa su amiga, que passava muchas necesidades; aviale dicho vn Theologo, que tenia obligacion de dexar a su hijo las quatro partes de aquel dinero, aunque luego al punto lo jugasse, y echasse por ai, porque era su herencia legitima. A la muger se le hazia muy cuestion arriba, que aquella cantidad que ella avia ahorrado, quitandole de su sustento para bien de su alma, se llevassé al juego, lo qual tenia por infalible, por la experiencia de mucho tiempo. Consultóme el caso muy affigida, y respondile, que haciendo en vida aquellas obras pias,

quedava segura en conciencia, porque no contravenia a las leyes del Reyno, que estas solamente prohiben disponer para despues de sus dias mas del quinto, y no hazer donaciones en vida, ni en muerte que lo excedan; pero no prohiben el uso, y gasto de la hacienda en vida en otra forma, ni contravenia al Derecho natural, porque aquella cantidad en manos de su hijo distraido, y tan jugador, no era congrua sustentacion, ni remedio de su necesidad.

79. De la misma doctrina se podia valer estos dias vn virtuoso Sacerdote Clerigo, que estrechando su sustento, y gastos de su persona, avia juntado razonable cantidad, con intento siempre de emplearla en cierta obra pia, y hallandose enfermo de la enfermedad de que murió, le era impedimento para sus intentos su madre, a quien por Derecho del Reyno pertenecian, como a heredera forçosa, los dos tercios de su hacienda, y del otro tercio se avian de facer los gastos del entierro, y Missas, y así le quedava muy poco para la obra pia tan premeditada, y por cuyo respeto avia ido juntando aquel dinero. Aumentavassé el sentimiento del Clerigo, considerando, que su madre tenia bastantemente con que sustentarse con vn oficio, que exercia por medio de sus esclavos, y demás desto era muy jugadora, que todo quanto ganaba en el oficio iba a parar, y consumirse en el juego. Affigiale de considerar, que aquel dinero se gastasse en el tablero del juego, y no en la obra pia para que lo avia juntado. Pudiera en tal caso el dicho Clerigo, hazer en vida la obra pia de toda la cantidad que quisiessé, y que su madre despues heredasse las dos partes de la hacienda que tuviesse quando muriesse, y esto seria seguro en conciencia, porque no lo hazia con fraude por damnificar a su madre, sino por afecto a la obra pia, por lo qual avia quitado aquella cantidad de su sustento ordinario: y como pudiera aver gastado aquella hacienda en regalarle, y entretenerle, sin que por esta causa pudiera justamente quejarse su madre de que no le dexaba que heredara, como ni el hijo se pudo quejar de que su madre gastasse en el juego, sin cuidar de dexarle que heredara, si él la alcanzara en dias; de esta misma suerte pudo gastar la dicha hacienda en la obra pia, viviendo todavia antes de llegarse el tiempo de que su madre le heredasse. No obstante, que esto era seguro en conciencia, por quitar ocasiones de pleytos, que aviendo opiniones de ambas partes, se levantan facilmente, y mas en este caso, que era muy notoria, y publi-

ca la hacienda del hijo, y en quien paraba, le aconsejé que no lo hiziesse así, sino que rogasse a su madre, que muriendo él, recibiesse la mitad de su hacienda, y renunciassé por escritura publica en favor de la obra pia la demás herencia que le perteneciesse; y así se hizo, y huvo suficiente para la obra pia, porque todo el caudal passava de seis mil pesos.

## CONSULTA XI.

*Sobre si vn hombre, que tiene hijos legitimos, pueda perdonar vna deuda, haziendo de lo que le deben donacion?*

## PROPUESTA.

**A** Viendo muerto sin hijos Maria, hija de Juan, y muger legitima que fue de Nicolás, huvo cuentas entre los dos, acerca de la cobrança de la dote, arras, y ajuste de lo que el dicho Nicolás avia gastado en el entierro, funeral, y Missas; y aviendo ajustado las dichas cuentas entre ambas partes a su satisfacion, hallaron, que Juan debia al dicho Nicolás 200. pesos, en que convinieron ambas partes, y hizieron escritura publica, obligando el dicho Juan su persona, y bienes a la satisfacion de dichos 200. pesos, que la avia de hazer a buelta de viage de la Nao, que entonces estava para partir destas Islas a la Nueva-España. Sucedió que dicho Juan murió en la Nueva-España, y sus bienes entraron en poder de Pedro, yerno de Juan, casado actualmente con vna hija suya.

Preguntase lo primero, si Pedro está obligado en conciencia a pagar a Nicolás los 200. pesos referidos arriba?

Lo segundo, si Nicolás podrá con buena conciencia dexarlos de cobrar, y perderlos? y para que con mas fundamento se pueda responder a las dificultades propuestas, vá juntamente la escritura referida.

## PARECER LXXXI.

80. **R** Espondese a lo primero, que si por muerte de Juan entraron en poder de Pedro bienes, que valgan hasta 200. pesos, ó mas, está dicho Pedro obligado en conciencia a pagarlos a Nicolás. Y la razon desto es, porque es cosa certissima, que Juan quedó obligado en ambos fueros; porque como consta de la escritura, hechas las cuentas, se reconoció por deudor de la dicha cantidad, y confiesá que la debe, y obliga a la satisfacion todos sus bienes avidos, y por

aver; y la confesion de la parte, que llamamente confiesá la deuda, haze plena probaga, y es la mejor, mas firme, y relevante prueba, como dize Matcard. de probat. concl. 674. n. 1. *Partis confessio est maior, & praecepta probatio inter ceteris probationum formas.* Por lo qual todos los bienes, que quedaron por muerte de dicho Juan, quedaron obligados a la satisfacion de dichos 200. pesos, y a qualquiera persona que passén, van con esta carga, y obligacion, como dize Silv. in Sum. verb. *Hereditas*. 3. p. 5. *Solorg. in Polit. lib. 5. cap. 1. fol. 850.* en la segunda limitacion que alli pone, y es comun entre todos los Doctores, *nemine dempto.* La razon mas eficaz desto es, porque la hacienda que vna persona debe, no es suya, sino del acreedor, como dize vna ley. 1. *Non possunt. ff. de iure liti.* *Id enim bonorum cuiuscumque intelligitur, quod ere alieno de dulto superest.* Pues como consta, que Juan debia dichos 200. pesos a Nicolás, por esta razon de la hacienda que quedó por muerte de dicho Juan, en primer lugar, antes de qualquiera herencia, le debē los dichos 200. pesos; porque como dicho es, estos 200. pesos no son hacienda del difunto, sino del acreedor, por lo qual ninguno los puede poseer, ni retener a titulo de herencia, sino que en todo tiempo ay obligacion en conciencia de entregarlos al acreedor.

81. Pero si a dicho Pedro no huviesse quedado 200. pesos, ni cosa equivalente de los bienes del dicho Juan, no estará obligado en conciencia a pagar mas de aquello a que alcanzare el valor de los bienes, que entraron en su poder de dicho Juan. Esto es lo mas comun entre los Doctores, como dize Silv. en el lugar citado, y otros muchos que alli refiere; porque aunque segun las leyes, el heredero, que sin hazer inventario recibe los bienes, y hacienda del difunto, tiene obligacion a pagar todas las deudas, aunque no alcance la herencia a pagarlas, l. *vlt. ff. sint autem. C. de iure deliberandi.* Pero segun la mas corriente opinion, está solamente obligada en el fuero externo, porque son leyes que se fundan en la presumpcion, y así en el fuero de la conciencia no está obligado *ultra vires hereditatis*, haga, ó no haga inventario, solamente está obligado a pagar la deuda del difunto, en lo que alcanzare la hacienda que entró en su poder.

82. Para responder a la segunda pregunta, se supone lo primero, que perdonar vna deuda, ó no quererla cobrar, pudiendo, es lo mismo que hazer donacion de la cantidad que se le debia, como se colige ex *L. Modestinus*.

nus. ff. de donationib. y lo dize Panormin. cap. Statuimus. ad finem de transact. y Rebut. in l. Rei. de verb. signif. Lo segundo se supone, que vn hombre, que tiene hijos legitimos, no puede dar cosa alguna quantiosa, en vida, ni en muerte, de lo que toca a la legitima de sus hijos, sino que si quisiese hazer alguna dadiva, la ha de quitar de su quinto, que toca a su alma, de que pudiera testar. Esto está expresso en las leyes del Reyno, p. 5. tit. 4. l. 8. dōde dize: *Si por ventura alguno, que huviere hijos legitimos, quisiere hazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia sinque en salvo a sus hijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte.* Dize alli la Glossa, que el padre no puede disponer, ni dar en vida, ni en muerte de la legitima de sus hijos, que es toda la hazienda que tiene su padre, excepta la quinta parte, de la qual solamente puede disponer en vida, y en muerte. Esto mismo se determina, y manda en la ley 28. y 30. de Toro, y en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 6. l. 12. y 13. Estas leyes obligan en conciencia, como dizen comunmente los Doctores. Veanse a Couar. cap. Cum in officijs. n. 11. de testam. Greg. Lopez, part. 5. tit. 4. l. 8. Matienço, lib. 5. Recop. tit. 6. l. 12. Gutier. de iurament. 1. p. cap. 5. n. 24. y 25. & 3. practic. q. 43. n. 17. De lo dicho se infiere, que quien tiene hijos legitimos pecará mortalmente en hazer donacion, o perdonar deuda, que exceda la quinta parte de su hazienda, y aun en hazer donacion de toda la quinta parte, que esso sería quitar a sus hijos todo lo que forçosamente se ha de gassar en funeral, segun su persona, y calidad; y aun esta parte del quinto, que sin detrimento de la legitima de sus hijos puede dar, es mal hecho darla sin graue causa, porque en fin es quitarla, y defraudarla a su alma, y atarse las manos, para no poder en el testamento hazer vn legado pio, ni mandar dezir algunas Missas por su alma, y también sería ligarse para no poder hazer otra donacion quantiosa en toda la vida, si de vna vez diese todo lo que puede dar de su quinto, lo qual es gran detrimento en qualquiera persona, y muy graue en personas de calidad. Dize, que no podrá hazer otra donacion quantiosa, porque las dadivas, y limosnas menudas, que ordinariamente se suelen hazer, segun el porte, y calidad de las personas, y posibilidad de la hazienda, no entran en el quinto, ni lo disminuyen, porque así están entendidas, e interpretadas las leyes referidas por la costumbre: *Qua est optima legum interpret.* cap. Cum dilectus. de consuetud. y así lo afirman graues Docto-

res, Molin. de iust. to. 2. tract. 2. disp. 282. Matienço, lib. 5. Recop. tit. 6. l. 12. Gloss. 3. n. 3. Cordub. in Sum. q. 225. punct. 5.

## CONSULTA XII.

*Sobre si el que tiene vn hijo, a quien no puede enterar la dote de su madre, pueda dar libertad a vnos esclavos?*

## PROPUESTA.

Antonio se casó con Maria, la qual llevó de dote tres mil pesos, y durante el matrimonio tuvieron dos hijos, Juan, y Pedro. Murió Maria, dexando por su testamento mejorado a Pedro en tercio, y quinto de sus bienes. Antonio entregó a su hijo Juan, que es el mayor, la parte que le cupo de la legitima de su madre, por estar emancipado, dexando a Pedro su hijo menor sin la parte que le toca, debiendo su parte, y mejoras, y los corridos de los años que ha que murió su madre: ya está emancipado dicho Pedro, y hallandose el dicho Antonio muy viejo, y con pocos bienes, que no alcanzan con mucho a dichas cantidades, ha dado carta de libertad a vn esclavo mozo, de muchas, y muy buenas habilidades. Preguntase, si la dicha libertad es valida, o pueda serlo por alguna causa, o pretesto?

## PARECER LXXXII.

83. **R**espondese, que la libertad que dió Antonio, es nula, si no tiene otros bienes con que satisfacer a Pedro la legitima de su madre, con las mejoras del tercio, y quinto, y los gananciales, y demás deudas, que estuviesen liquidas, y ciertas antes de dar la libertad al esclavo, y no traxiese por entonces otra hazienda con que satisfacerlas.

84. La razon primera, y principal, es, porque dar la libertad graciosamente a vn esclavo, es vna donacion que se le haze, y la donacion que se haze de la hazienda agena no es valida: por lo qual, si como supone el caso que se pregunta, Antonio no tiene caudal proprio, sino que todo es de Pedro, por razon de la legitima de su madre, a que está Antonio obligado a satisfacer: figuese, que no pudo hazer la donacion, y que fue nula, como hecha de hazienda agena. Veanse Villalob. to. 2. tract. 13. dif. 7. donde especialmente dize, que el padre que haze donaciones de la hazienda que pertenece a sus hijos, cometió hurto, y consiguiente es nula la dadiva. Lo

mis-

misimo dize Nauarro, cap. 27. n. 151. y es comun de todos los Doctores, que quien tiene deudas, y no alcanza su hazienda a pagarlas, no puede hazer donaciones, porque serian *in damnum, & fraudem creditorum*; y así las tales donaciones son contra conciencia, y nulas, o las irritará la justicia.

85. La segunda razon es, porque todos los bienes del marido están obligados a la dote por tacita hipoteca, privilegiada a las demás hipotecas tacitas, aunque sean anteriores, y a las demás hipotecas expresas posteriores: por la qual no teniendo Antonio con que satisfacer la legitima, que pertenece a su hijo Pedro de la dote de su madre, está hipotecado el dicho esclavo con los demás bienes, y le darán por nula qualquiera donacion, o enagenacion, que hiziere del tal esclavo, o de qualesquiera bienes; ni pagar puede las deudas que tuviere, hasta satisfacer, y enterar al dicho Pedro lo que le dexó su madre de su dote, porque esta deuda es privilegiada, y tiene antelacion a las otras deudas, que no tienen hipoteca expresa, y anterior.

86. La tercera, para que fuese constante la libertad, que dió Antonio al esclavo, era necesario, que al dicho Antonio le quedase hazienda con que satisfacer toda la legitima, y mejoras, que tocan a su hijo Pedro de parte de su madre, y demás desto era necesario, que el valor del esclavo cupiese en el quinto de la hazienda, que pertenece al dicho Antonio, despues de pagadas las deudas. Esto es cosa constante, y cierta, porque el dar libertad al esclavo, como dize, es vna donacion que se le haze, y vn padre con hijos legitimos, no puede hazer donacion, que exceda al quinto de sus bienes, porque damnifica con ella a sus hijos en su legitima, y a semejante donacion llama el Derecho *inofficiosa*, porque es contra *officium pietatis paterna*. l. 1. & sequentibus. C. de inofficiosis donat. Y esto mismo está establecido en las leyes del Reyno en las partidas, p. 5. tit. 5. l. 8. donde dize así: *Si por ventura alguno, que huviere hijos legitimos, quisiere fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia sinque en salvo a los hijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte.* Pues si es nula, o por lo menos se debe revocar la donacion, que haze vn padre de sus bienes, si excede a la quinta parte de su hazienda, porque la hazienda del padre pertenece a sus hijos, excepto solo el quinto; por quanto mayor razon será nula, o se deberá revocar la donacion, que haze el padre de la hazienda, que toca a sus hijos de la herencia, o mejoras, que les dexó su madre? Por todas

estas razones está el dicho Antonio obligado en conciencia a revocar la libertad, que dió al esclavo.

## CONSULTA XIII.

*Sobre si vna persona pueda dar libertad a vnos esclavos, sin consentimiento de su hijo, que es heredero forçoso, excediendo essa donacion al quinto de la hazienda?*

## PROPUESTA.

Vna India llamada Magdalena, viuda, tiene vn hijo llamado Diego, de legitimo matrimonio: al presente está vieja, y tiene por sus bienes vna esclava con tres hijos, y algunas alhajas de casa; y por estar enferma la dicha Magdalena, ha hecho su testamento, y en él da por libre a la dicha esclava, y dichos tres hijos: y dando por libres los dichos esclavos, no quedará suficiente en los demás bienes, por ser pocos, para hazer el funeral, y otros gastos, que ha de aver por fin de la dicha Magdalena su madre, ni queda herencia para el dicho su hijo.

Preguntase lo primero, si puede dexar libres a los tales esclavos, sin consentimiento de dicho Diego su hijo, y si tendrá valor la libertad, que les da en dicho testamento: y es de advertir, que su marido le dexó dicho antes de su muerte, que si dichos esclavos le sirviesen bien, los dexasse libres, y en cumplimiento desta palabra les dá la libertad sobre dicha?

## PARECER LXXXIII.

87. **A**La consulta se respōde, que Magdalena no puede dar libertad a dicha esclava, ni a sus hijos, y si de hecho los dexa por libres en su testamento, será nula, y de ningun valor la libertad, y ella pecará en hazer testamento de esta forma. La razon de esto es, porque las leyes del Reyno, lib. 5. Nou. Recop. tit. 6. l. 12. y 13. disponen, que el que tiene descendientes legitimos, como hijos, o nietos, no puede disponer mas de la quinta parte de su hazienda, y de esta quinta parte se han de hazer todos los gastos del entierro, y las otras quatro partes son forçosamente de sus descendientes; y estas leyes no solamente obligan en el fuero externo, sino tambien en el fuero de la conciencia. Así lo dizen Couar. cap. Cum inofficijs. de testam. n. 11. Gutier. de iuram. 1. p. cap. 5. n. 24. y 25. y 3. pract. q. 43. n. 17. Greg. Lopez, in l. 8. tit. 4. p. Matienço; y es comun por lo qual, si ya tiene hecho el testamento,

Ff

y en

y en el dexa libertad a dicha esclava, y a sus hijos, tiene obligacion a revocarlo, por ser contra la piedad, y contra la legitima, que segun leyes del Reyno debe a su hijo. Y en el testamento que debe hazer, debe disponer, que su hacienda se aprecie, y el valor se haga cinco partes, y las quatro sean de su hijo legitimo Diego, y de la quinta parte que resta se haga su funeral moderado, y si de esta quinta parte sobrare alguna cosa, que alcance al valor del vno, o dos, o mas esclavos, que es su voluntad, que les de libertad; y puede señalar a qual de dichos esclavos quiere, que en primer lugar se le de libertad, y a qual en segundo lugar, y a qual en tercero, y desta manera fera el testamento licito, y valido, y en favor de dichos esclavos en todo lo posible: y no haze contra esto, que su marido antes que muriese le aya mandado, que diese libertad a dichos esclavos, porque su marido no le pudo mandar cosa alguna contra su conciencia, ni contra las leyes del Reyno, l. Filius. ff. de condit. insti. *Qua facta ledunt pietatem existimationem, ut recundiam nostram, & ( ut generaliter dixerunt ) quia contra bonos mores sunt; nec fadere nos posse credendum est.* y Glos. in reg. iur. l. 6. verb. Licite. *Id dicimur posse, quod licite possumus.*

## DONACION del marido.

### CONSULTA XIV.

#### PROPUESTA.

Si el marido pueda dar libertad a los esclavos de su muger, sin su poder, o licencia?

#### PARECER LXXXIV.

88. Para responder con toda claridad a este caso se ha de advertir, que a vezes reciben los maridos la dote apreciada, haciendose cargo de su valor: v. g. otorga, que recibe vna saya en seis pesos, vna esclava en 100. pesos, quatro fillas en 20. pesos; y esto es lo mas comun, y ordinario en esta tierra, y en todas las Prouincias de España. Otras vezes reciben el dote sin apreciar, haciendose cargo de cada cosa en su propia especie, como se le entrega: lo qual vide raras vezes en esta tierra, y en España. Esto supuesto, se respondera a la pregunta con distincion.

89. Si el marido recibio la dote apre-

ciada, puede vender, o dar libertad a qualquiera esclavos, que aya recibido en dote, y para esto no ha menester poder, ni licencia de su muger. La razon desto es, porque quando el marido recibe las cosas, que le dan en dote apreciadas, haze como vna compra de todas aquellas cosas, que le venden por tanto precio, y el se obliga a pagar todo su valor en dinero, quando se disuelva el matrimonio: assi consta expresamente del Derecho, l. Plerumque. ff. de iure dotium: *Estimatio datus venditio est.* y l. Rem in presenti. C. de rei uxoriae actione. Y alli explica el Derecho, como en la dote apreciada, los aumentos, y riesgos corren por cuenta del marido: como si recibio en la dote vestidos de su muger tallados en 400. pesos, aunque su muger los rompa vistiendo los, queda obligado el marido a pagar los 400. pesos: si recibe quatro esclavos, apreciados en 500. pesos, y si mueren en quatro dias, queda el marido obligado a enterar los 500. pesos quando le pidan la dote. Y assi el marido tiene el dominio de todo: por lo qual es cosa cierta, que a su voluntad, sin licencia de su muger, puede disponer de los esclavos, como de cosa propia, que ha comprado con su dinero. No dudo, que si la muger quiere mudar a vna esclava, o porque se crió juntamente con ella en casa de sus padres, o porque fue su chichigua, o por otra causa, no fera prudencia en el marido disponer de ella fuera de casa contra el gusto de su muger, si no ay causa muy grave, que obligue a quitarsela de delante; pero siempre valdra la disposicion, porque dispone de cosa propia.

90. Si los bienes dotales no los recibio apreciados, no puede el marido dar libertad, ni vender, ni enagenar el esclavo de su muger, sin licencia, y poder de ella. La razon es, porq. en tal caso retiene la muger el dominio de los bienes dotales, y el marido solamente tiene el uso, y administracion de ellos, y los riesgos, menoscabos, y aumentos corren por cuenta de la muger, como dize el Derecho, l. Plerumque. ff. de iure dotium: *Plerumque interest viri res non esse estimatas, ne periculum rerum ad eum pertineat.* Y mas abaxo: *Quoties igitur non estimatae res in dote dantur, & meliores, & deteriores mulieri sunt; si pradijs in estimatis, aliquid accesserit, hoc ad compendium mulieris pertinet; si aliquid decesserit mulieris damnatum est.* Por lo qual sera invalida la libertad, que el marido diere al esclavo que le dieron en dote, que recibio sin apreciarlo, porque es dar libertad al esclavo ageno, sin voluntad de su dueño. Si non proprietatem. C. de i. s. *quia non dominis*

Nemo

*Nemo alienum seruum, quamvis, ut proprium manumittat, ad libertatem perducere potest.*

91. Resta aora mayor dificultad: si el marido puede dar libertad, sin consentimiento de su muger a los hijos de la esclava, que recibio en dote, no apreciada? La razon de dudar es, porq. los frutos de la dote apreciada, o no apreciada, son del marido, y al marido pertenece el dominio de todos ellos, para sustentar las cargas del matrimonio, como dize el Derecho, l. Rem in presenti. C. de rei uxoriae actione. *Fetus inmentorum, & omnia, que fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonij. Sine estimata, siue non estimata sint?*

92. Respondefe, que no puede disponer de los hijos de la esclava, que recibio en dote sin apreciar; porque aunque puede vender, y disponer de todos los frutos de los bienes dotales, pero los hijos de la esclava no son frutos, ni se comprehenden en el Derecho con este nombre de frutos, porque son personas humanas, para quien se criaron todos los frutos de la naturaleza. Y assi lo dispone el Derecho, §. In pecudum. instit. de rer. diuisione. *In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac, pilus, & lana; itaque agni, hedi, & vituli, & equuli, & succuli statim naturali iure domini, fructuarij sunt; partus vero ancille in fructu non est. Itaque ad dominum proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

93. Por todo lo qual, si el marido otorgo la carta de dote, apreciando los bienes, que alli recibio, puede disponer, y dar libertad, y vender los esclavos, que recibio en dote; pero si recibio la dote sin apreciar las cosas que recibia, no puede dar libertad, ni disponer de las esclavas, o esclavos que recibio en dote, ni de sus hijos.



## DONACION DE los señores, en orden à sus esclavos.

### CONSULTA XV.

*Sobre si à vno, que se amanceba con su esclava, por razon del amancebamiento la haze libre à ella, y à sus hijos?*

#### PROPUESTA.

A Y algunos señores, que se amanceban con sus esclavas, y vno lo està al presente, y se duda, si por razon del amancebamiento la haze libre a ella, y a los hijos que tuviere en ella? La razon de dudar, es porque este amo haze igual a si a esta su esclava, pues se ajunta con ella, y se haze vna misma carne con ella.

#### PARECER LXXXV.

94. Respondefe a lo primero, que el amo por amancebarse con su esclava, no la haze libre. La razon desto es, porque las leyes del Reyno, part. 4. tit. 3. l. 1. determinan, que si alguno se casare con su propia esclava, luego al punto la haze libre: de donde se colige, que si no se casa con ella, sino solamente se amanceba, no la haze libre; porque *quod de vno affirmatur, de alio negatur.* Glos. in cap. Nonne. de praesumpt. Para que la esclava quede libre, pide la ley este requisito, que el amo se case con ella: el amancebarse con ella, no es casarse, sino mucho menos, y assi no basta para quedar ella libre. Segunda razon: el oficio de concubina, es de muy baxo precio, y con muy poco està suficientemente pagado. Prov. 6. *Prætiū scorti vix est vnius panis.* Talladamente puede valer vn pan, y assi fuera exorbitante precio querer por esso la libertad, que vale mas que todo el oro del mundo: *Non bene pro toto libertas venditur auro.* A la razon de dudar se responde, que no casandose con ella, no la haze su igual, si la sujeta a que le sirva en aquel vil, é indigno oficio de concubina; y aunque es verdad que el amo se haze vna misma carne, y vn mismo cuerpo con la esclava, por la fornicacion con ella. 1. Cor. 6. *Qui ad haret meretrici, unum corpus efficiunt, erunt enim (inquit) duo in carne vna.* Pero vn mismo cuerpo tiene muchos miembros, y vnos están destinados para servir a los otros.



95. A lo segundo se responde, que son esclavos de su propio padre, como dize Man. Rodr. in Summ. 1. p. cap. 164. n. 5. y lo prueba del Derecho, y se colige de la doctrina de Silueft. verb. Seruitus. q. 4. al fin, donde dize, que si el amo se casa con su esclava, entonces los hijos son libres, porque entonces la esclava se haze libre. De donde se colige, que no casándose, sino teniendo el amo hijos ilegítimos en su esclava, no adquiere libertad por el amancebamiento con su amo; y configuientemente, ni los hijos, que figuere según Derecho, la condicion de la madre.

## CONSULTA XVI.

*Sobre se la libertad dada por escritura autentica deba ser preferida a la que se dio primero por codicilo? Y si la libertad, que se da a un esclavo desde luego, con condicion, que este sirviendo al amo mientras dicho amo viuiere, sea donacion causa mortis?*

## PROPUESTA.

YA tengo dispuesta la resolucion del caso, que pregunté a V. R. solo me falta resumir en breve la resolucion de todo, para lo que deben hazer en la practica, y vaya con mas claridad; y para esto se me ofrece un poco de dificultad, acerca de aquel primer esclavo, a quien los testadores dieron por libre despues de aver acabado su testamento, si ha de ser preferido a los demás a quienes dió libertad por la escritura autentica: porque aunque parece, que la escritura tiene mas fuerza en el foro externo, para el fuero interior parece, que el primero debe ser preferido por ser primero, y tener tambien por su parte bastante numero de testigos, pues son los mismos que se hallaron en el testamento. Esto quisiera saber resolutivamente, para advertirlo a los que deben dar cumplimiento; y lo mas cierto es, que ya avrá muerto el testador, pues dizen era viejo, y han pasado ya años. Tambien he sabido despues acá, que la muger del testador, que concurrió con su marido, está viua, y muy vieja, y me dizen, que los hijos, y nietos la andan molestando, para que retrate la carta de libertad; debe de correr por su mano, y será facil la persuadan a esto: y aun según entiendo, a uno de los esclavos lo han vendido. Quisiera saber, si podrá, o no retratarla, quanto a la parte que le toca, porque por ser donacion causa mortis, y tambien por otra parte no es causa mortis, sino inter vivos, pues parece, que desde luego les dá libertad,

aunque con condicion, que les sirvan toda su vida. V. R. se sirva de avisarme lo que le parece en esto, y perdonarme, que como son de materias de restitucion, de ordinario obro con temor.

## PARECER LXXXVI.

96. **R**espondese al punto primero, que in utroque foro los esclavos a quienes se dió libertad por la escritura autentica, han de ser preferidos al otro esclavo, a quien dieron libertad los testadores luego inmediatamente acabado de hazer el testamento. La razon desto es, porque la libertad desta se concedió por testamento, o codicilo, o por donacion causa mortis, en lo qual juzgo, que no puede aver duda, por que según me acuerdo en el mismo sobre escrito del testamento se escribió dicha libertad, como fin, y remate del testamento, que aun estauan otorgando, o como codicilo añadido, y quando estavan disponiendo su vltima voluntad.

97. Pero a los otros esclavos se concedió libertad por donacion inter vivos, porque no se les concedió por testamento, ni por codicilo, sino por una escritura ordinaria, en que no explican, que dan dicha libertad causa mortis, ni por vltima voluntad; antes dá a entender (según me parece, aunque no me acuerdo bien de las palabras formales de la escritura) que desde luego por aquella escritura les dan libertad, con tal condicion, que les sirvan todos los dias de la vida de sus amos, y despues gozen de su libertad: en la qual disposición, aunque se les concede la libertad, para que la gozen despues de la muerte de los que se la conceden, no es donacion causa mortis, sino inter vivos, que desde luego se acepta, aunque pendiente de la condicion de servir a sus amos el tiempo que viuieren, porque no se expresa en la escritura, ni se colige della, que la muerte que aguardan, es la causa de darles libertad, si no por afecto, y voluntad, que les tenian: y quando huviera duda, si esta libertad es donacion inter vivos, o causa mortis, por causa de concederle para despues de la muerte de los concedentes, se ha de presumir, que es donacion inter vivos. Assi se colige del Derecho, l. Seya. ff. de mortis causa donat. donde se determina, que la donacion que uno hizo estando enfermo, y cercano a la muerte, fue donacion inter vivos, y no causa mortis: *Non tam mortis causa, quam morietem donare.* Y alli la Glossa: *Vnde dicenda est donatio inter vivos.* Y la Glossa, in l. Cum de mortis. C. de donat. causa mortis, pone esta dificultad: *Quid si dubium*

*est, an sit inter vivos, vel causa mortis? Responder: Presumendum inter vivos, nisi contrarium probetur.* Que en duda se ha de tener por donacion inter vivos; y lo dize Silueft. verb. Donatio. 4. n. 2. Julio Claro. §. Donatio. q. 4. Azor. 3. p. lib. 11. cap. 11. q. 4. Bonacin. de contr. disp. 3. q. 12. in fin. y dize, que es sentencia comun de los Doctores. Ya tenemos, que la libertad del viejo fue dada por testamento, o causa mortis, y la de los otros esclavos fue donacion inter vivos: pues la donacion inter vivos debe prevalecer, y se ha de preferir a la donacion causa mortis, aunque esta se aya hecho primero; porque la donacion causa mortis no corre desde el dia que la pronunció el testador, ni se dá por hecha hasta el dia que muere, l. In mortis. ff. de mortis causa donat. *In mortis causa donationibus, non tempus donationis, sed mortis intuentum est.* La razon desto es, porque la donacion causa mortis no tiene firmeza, ni valor, hasta que muere el donante, como consta de la Sagrada Escritura ad Hebr. 9. *Testamentum enim in mortuis confirmatum est, alioquin nondum valeret dum vivit, qui testatus est,* y de ambos Derechos, cap. Cum Marthæ. de celebr. Mis. *Novissimum, & enim hominis testamentum immobile perseverat, quia testatoris obitu confirmatur.* Y l. Quod si. ff. de adimendis. *Ambulatoria est voluntas defuncti, usque ad vite supremum exitum.* Y l. seq. *Sicut adimi legatum potest, ita, & ad alium transferri.* Pero la donacion inter vivos siempre tiene su valor, y firmeza desde el dia que se otorgó. En esto la distingue el Derecho de la donacion causa mortis, l. Senatus. ff. de mort. caus. *Mortis causa donatio longe differt ab illa vera donatione, quæ ita proficitur, ut nullo casu revocetur.* Y aunque la donacion sea condicional, tiene su valor desde luego a su modo, pendiente de la condicion, y queda desde luego irrevocable, como se dirá, respondiendo al segundo punto; por lo qual entre estas dos donaciones, la inter vivos es primero, aunque se aya escrito, o pronunciado despues, y assi debe preferirse a la otra, conforme a la regla 54. de reg. iur. In. 6. *Qui prior est tempore, potior est iure.*

98. Al segundo punto se responde, que si huvieran dado la libertad destes esclavos por testamento, o donacion causa mortis, la pudiera revocar la vieja testadora, dexando salva, e indemne la voluntad del otro testador su consorte ya difunto, de tal suerte, que se cumplierse todo lo que ordenó, y dispuso de los bienes, que a él le pertenecian, y de que podia disponer: y assi lo podrá revocar, quanto a los bienes solamente de que ella

podiera disponer independientemente de su marido. La razon es, porque es de razon formal del testamento, y vltima voluntad, y donacion causa mortis, que sea revocable; porque en estos casos no ay voluntad de dar, ni de obligarse, hasta que acabe de espirar. Y esto es, si no se obligó a otra cosa con otro pacto, especialmente si fuese oneroso, que en tal caso debería estar a lo pactado, o si huviera hecho juramento de no revocar el testamento, que entre ambos hazian, que en tal caso lo debería guardar, o feria perjurya. Pero aviendose de presumir la dicha libertad por dada por donacion inter vivos, no la puede revocar, aunque aya sido condicional; porque o se cumplió ya la condicion, o está todavia pendiente, o faltó la condicion. Si faltase la condicion, no avia que revocar, porque en tal caso no ay donacion: si se cumplió ya la condicion, queda la donacion pura, y absoluta, y configuientemente irrevocable, como dize el Derecho, l. Senatus. referida arriba, y l. Potior. ff. qui potiores: *Cum semel conditio stitit, per inde est, ac si sine condicione facta esset.* Si la condicion está todavia pendiente, de la misma suerte no puede revocarla, porque ya el donatario tiene adquirido aquel Derecho incepto ad rem donatam, y es un genero de contrato, que la una parte no puede revocarlo, sin consentimiento de la otra.

99. Ni es licito mudar de parecer en detrimento, y daño de tercero. reg. 33. de reg. iur. In. 6. *Mutare consilium, quis non potest in alterius detrimentum.* Y l. Nemo. ff. de reg. iur. *Nemo potest mutare consilium in alterius iniuriam.* Por lo qual debe llevar adelante esta donacion, sin revocarla: y si ha vendido a alguno de dichos esclavos, debe bolver el dinero, y deshazer la venta, porque no pudo venderlo, y solamente dexará de tener valor la dicha libertad, en quanto fuere inoficiosa, que es en quanto excediere al remanente del quinto de todos los bienes, como dizen comunmente los Doctores. Bart. y Baldo citados por Azor, 3. p. lib. 11. cap. 8. q. 6. y Couarr. 1. var. cap. 19. Julio Clar. q. 24. Molin. disp. 282. y se colige del Derecho, l. Si vt allegatis. C. de inofficiosis donat. y de las leyes del Reyno, l. 30. Tauri. y en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 6. l. 13.

100. Se debe notar tambien, que si el esclavo, a quien davan libertad en el testamento, murió antes de llegarle el tiempo de su libertad, por causa de aver muerto antes que se confirmase la donacion con la muerte de los testadores, en tal caso el valor del esclavo no debe contarse en el monton de los bienes.

bienes, ni por legado, sino omitirse, como hacienda que se consumió en vida de los testadores.

## CONSULTA XVII.

*Si aviendo vno dado libertad a vna esclava, con condicion que le sirva mientras él viviere, y despues de otorgada escritura de esto, tuviere dicha esclava vn hijo, este tal sea esclavo?*

## PROTESTA.

Antonio dió libertad a vna esclava, llamada Dominga, casta Vengala, y le hizo escritura de dicha libertad, dexandola con obligacion de que le sirva todos los dias de la vida de dicho Antonio. En este tiempo que servia en vida del dicho Antonio, tuvo la dicha Dominga vn hijo, y Antonio en su testamento lo dexa por esclavo. Consultase, pues, si pudo dexarlo assi por esclavo?

## PARECER LXXXVII.

101. **R**espondese, que es necesario ver la escritura de libertad, para responder con certeza a este caso; porque si Antonio le concedió de hecho libertad a la dicha esclava Dominga, desde el dia que se hizo la escritura, dexandole obligacion de servirle toda su vida, en tal caso el hijo es libre, y *partus sequitur ventrem*. Y consiguiétemente en tal caso no le puede dexar por esclavo en el testamento; pero si la libertad no fue concedida desde luego, sino para despues de sus dias, de suerte que conste por la escritura, que no le dava libertad, ni le hazia libre, mientras vivia dicho Antonio, sino que se la concedió para despues de su muerte, en tal caso el hijo, que nació antes de la muerte de dicho Antonio, nació esclavo, porque nació de madre esclava, y assi pudo disponer del, como de esclavo fuyo. Esto consta expresamente de la l. Statu liberum. 9. ff. de statu liberis. y l. Thais. 4. 1. in principi. ff. de fideicommiss. liber. y l. Aretusa. 1. 5. y l. seq. ff. de statu hominum.

102. Fueme mostrada la escritura, en que se le concede libertad con estas palabras: Otorgo, que de su libre, y espontanea voluntad dá libertad, y ahorra, y liberta de toda sujecion, y servidumbre a vna su esclava perpetua, nombrada Dominga, casta Vengala, de edad de 24. años, con calidad, y condició de que la susodicha aya de servir, y sirva a este dicho otorgante, durante su vida del, y

por su muerte aya de gozar, y goze della; y desde aora para quando acontezca su fallecimiento, le otorga esta su escritura, y para entonces le cede en ella misma sus derechos, y acciones, y le dá poder para parecer en juicio a pedir, y demandar otorgar escrituras, y su testamento, y hazer todos, y qualquiera recaudos, segun, y de la manera que este dicho otorgante lo pudiera hazer, y las demás personas libres.

103. Vista esta escritura, digo, que el hijo de dicha Dominga nació esclavo, y como de esclavo pudo disponer del Antonio en su testamento; porque aunque las primeras palabras referidas de la dicha escritura dan a entender, y fueran, que le dá libertad desde luego; despues en las palabras siguientes se explica bastantemente, que dicha libertad no se la dá desde luego, sino que es su voluntad, que sea esclava todos los dias de la vida del dicho Antonio, y que la libertad le concede solamente para despues de sus dias. Esto consta lo primero de aquellas palabras de la escritura: *Con calidad, y condicion, que la susodicha aya de servir, y sirva a este dicho otorgante, durante su vida del*. Aqui se explica, que esta libertad se concede debaxo desta condicion, y pende della: por lo qual hasta que se cumplió la condicion de aver servido al dicho Antonio toda su vida, no fue libre. Consta esto expresamente de la l. Statu libera. 16. ff. de statu liberis. y l. Cum libertatem. 3. C. de fideicommiss. liber. donde se determina, que quando se dá libertad a vn esclavo debaxo de condicion, no adquiere la libertad hasta que se cumpla la condicion. Lo segundo, consta de aquellas palabras de la escritura de libertad, que dicen: *Desde aora para quando acontezca su fallecimiento, le otorga esta escritura*. Aqui se vé claramente, que entonces le concedió libertad, no para entonces, sino para despues de su fallecimiento. Lo tercero, consta de todas las palabras siguientes de la dicha escritura, en que dize: *Que para quando acontezca su fallecimiento, cede en dicha Dominga sus derechos, y acciones, y le dá facultad para parecer en juicio, y otras cosas semejantes que alli dize, que es lo mismo que dezir, que muriendo él, tenga ella libertad, y pueda hazer todas las acciones propias de la gente libre, y antes no*. Y assi digo, que el hijo que tuvo la dicha Dominga antes de morir dicho Antonio, es en rigor esclavo, y assi pudo disponer del en su testamento, como de esclavo.

Otros pareceres tocantes a donaciones de libertad se hallarán en la nona classe, donde se ponen los pareceres de testamentos.

DO-

## DONACION de los Religiosos.

## CONSULTA XVIII.

## PROTESTA.

Sobre quanto pueda dar vn Religioso, assi Prelado, como subdito, a qualquiera personas Eclesiasticas, ó Seculares, ó Religiosos de otra Religion, ó de la fuya propria?

## PARECER LXXXVIII.

104. **A**La consulta se responde, que a ningun Religioso subdito, ni Prelado, aunque sea el General de la Religion, es licito hazer donaciones a Seglares, ni a los Religiosos, aunque sean de la misma Religion, porque assi está determinado por Clemente VIII. cuyo Decreto confirmó Urbano VIII. Y demás desto están prohibidas a los Religiosos todas las donaciones por Derecho comun, y son ilícitas, pecaminosas, y nulas por razon de la profesion Religiosa, y voto de pobreza: porque el que no tiene cosa alguna propia, sino que solamente es administrador de hacienda, que no es fuya, no puede hazer donaciones, ni ser liberal de lo que no es fuyo; y como los Religiosos, aunque sean Prelados, no son señores de bienes algunos, ni pueden tener dominio de cosa alguna, de aqui nace, que no pueden hazer donaciones, ni dissipar cosa alguna, aunque se la ayan dado sus parientes, ó amigos, ó la aya adquirido con su industria, ó trabajo, porque el Religioso no adquiere para si por titulo alguno, sino el comun tiene el dominio de todo lo que adquiere el Religioso, por qualquiera titulo que lo adquiriera. Assi lo dize el Derecho, cap. Non dicatis. 12. q. 1. *Si propinquus, vel amicus, vel quilibet fratrum cuiquam, aliquid offerre voluerit, primo quidem priori insinuetur; Et sic suscipiatur, si ipse mandauerit, de quo tamen nihil aliud fiat, nisi quod priori placuerit*. Solamente los Prelados, como administradores, pueden disponer de las cosas de la Religion, dispendiendolas conforme a las leyes de la misma Religion, y segun pide vna buena, y recta administracion.

105. Aunque todo lo dicho es doctrina cierta, y comun, ay tres titulos, por los quales pueden los Religiosos Prelados dar algunas cosas, y tambien los subditos, con li-

ciencia de los Prelados. El titulo primero está expresamente exceptuado en la Bula de Clemente VIII. que dize, que puedan dar cosas de comer, ó de beber en poca cantidad, ó cosas pertenecientes a deuocion, y Religion: *Præterquam leuiores esculenta, aut potuenta, seu ad deuotionem, vel Religionem pertinentia munuscula*. Y aunque Clemente VIII. mandó, que para dar estas cosas preceda consentimiento de toda la Comunidad, y que se den en nombre de la Comunidad, y que para dar vn Religioso a otro cosas minimas de muy poco valor, ha de preceder licencia del Prelado por escrito; pero Urbano VIII. quando confirmó el Decreto de Clemente, quanto a la prohibicion, y nulidad de las donaciones, lo moderó, y revocó, quanto a estas circunstancias. Y assi puede vn Religioso con licencia verbal de su Prelado inmediato, dar estas cosas de comer, y beber, y deuocion, y Religion de poco valor, a Seglares, y a Religiosos de su propria Religion, y de las otras Religiones. Algunos Autores entendieron esta excepcion de la Bula de Clemente VIII. estrechissimamente, de que solamente puedan dar los Religiosos estas cosas en cantidad tan poca, que si la hurtaffen, no llegasse a pecado mortal, porque la Bula dize: *Leuiores*, cosas más leues de comer, ó de beber, ó deuocion. Assi lo afirman Bart. de S. Faustino, in Thefan. Relig. lib. 8. q. 218. Fabro, in 4. dist. 15. q. 1. Berti, in expos. Bull. Clement. VIII. Y assi, segun estos Doctores, solamente pueden dar los Religiosos, con licencia de sus Prelados, vnas Medallas, Rosarios, vn poco de fruta, de suerte que lo que dieren no exceda el valor de tres, ó quatro reales, ni los Prelados les podrán dar licencia para dar mas: ni los Prelados, en virtud de dicha excepcion, podrán exceder dicha cantidad, porque la Bula habla a subditos, y Prelados.

106. Dexando esta opinion tan rigida, tengo por cosa muy segura en conciencia, que pueden los Religiosos dar materia mas considerable, y que la Bula de Clemente VIII. no se debe entender con tanta estrechez, por tres razones. La primera, porque es comun sentençia de los Doctores, que Clemente VIII. en la dicha Bula no introduxo Derecho nuevo, ni prohibió lo que antes era licito a los Religiosos, sino que mandó guardar lo que antes por Derecho comun estaban obligados a guardar los Religiosos. Luego quando exceptua las cosas de comida, y bebida en poca cantidad, se ha de entender esta excepcion cóforme a Derecho, y de la fuerte que el Derecho exceptua estas cosas: y quando el Derecho, cap. Statutu. de re iur. p. tis,

ris in 6. prohibe a los Juezes recibir dadas, y exceptua cosas de comida, y bebida, para explicar la cantidad en que puede recibir estas cosas, dize que sea tal, que se pueda gastar en pocos dias: *Ut gratis, & cum omni puritate iudicium coram ipso procedat, nullum munus, vel quidquid aliud (nisi forsam esculentum, vel poculentum mera liberalitate oblatum, quod paucis consumi possit diebus) recipere presumat.* El Derecho reputa por cosa leve, que puede recibir vn Juez de las partes litigantes cosas de comer, o de beber, que se pueden gastar en pocos dias: pocos dias vienen a ser quatro, o cinco dias, y alli la Glosa, explicando la cantidad destas cosas que se pueden dar, lo dexa al arbitrio de los prudentes, que considerada la calidad de las personas que dan, y reciben, arbitren qual dadiva sera exorbitante, y qual sera justa, y conforme a Derecho: *Arbitrio boni viri relinquendum habita consideratione personarum recipientis, & dantis.*

107. La segunda razon es, porque no es verisimil, que el Papa pusiese en su Decreto la excepcion dicha por vna materia tan leve, que sin pecado mortal pudieran los Religiosos darla a quien quisieran, aunque no estuviese exceptuado, especialmente, que se debe presumir, que exceptuó alli cosa, que si no se exceptuara, incurriera el que la quebrantase en las penas que pone la Bula; y es cierto, que por hazer donacion de vna materia leve en que no se comete pecado mortal, no se incurrir penas tan graves, que seria ley injusta la que pusiera tan desproporcionadamente penas tan graues por culpas leves. Añadese, que en dicho Decreto de Clemente VIII. se manda, que para dar las cosas de deuocion, que exceptua, se pida consentimiento a toda la Comunidad, y en nombre de toda la Comunidad se haga la donacion, y no es verisimil, que para cosa tan leve, como seria embiar vna poca de fruta, requiriese diligencia tan graue.

108. La tercera, porque está puesto en uso, y costumbre, que es la mejor interprete de las leyes, l. Si de interpretatione. ff. de legib. *Optima est legum interpretatio consuetudo*, que en las Religiones mas estrechas, donde resplandece mucha observancia regular, se embien a personas de autoridad regalos de mas valor. Por las razones referidas tengo por cosa licita, y segura embiar en las Pasquas a las personas de autoridad vn regalo de vna docena de gallinas, que vale en esta tierra tres pesos, o vna ternera, o dos, que vale cada vna en esta tierra doze reales; porque estas donaciones no hazen mucho daño en la Comunidad, y respeto de personas de autoridad

a quien se dan, son cosas de poca cantidad, y de la misma suerte se les podia dar vn libro de deuocion, que valiese tres, o quatro pesos.

109. Aunque el Decreto Pontificio solamente exceptua expresamente cosas de comida, y bebida, y pertenecientes a deuocion, se pueden tambien dar cosas del mismo valor, aunque no sean pertenecientes a deuocion, ni a comida, y bebida. Así lo afirman graues Autores. Soufa, in expos. Bullae Clem. VIII. fundam. 5. a n. 38. Fr. Juan de la Cruz, de statu Relig. lib. 1. cap. 3. dub. 5. concl. 3. Filiucio, to. 2. tract. 34. n. 71. La razon desto es, porque quando se exceptuan algunos casos de vna regla, se deben entender exceptuados los casos semejantes en que corre la misma razon, porque la ley no puede expresar todos los casos singulares dignos de excepcion, que pueden suceder, y así pone algunos, para que dellos se colijan los demás. Tiene esta doctrina fundamento en el Derecho, l. Generaliter. C. de reuocandis donat. Pone alli el Derecho vna ley general, de que todas las donaciones sean firmes, y estables, y no se puedan revocar; y luego exceptua cinco casos, o causas, por las quales se pueden revocar: y alli la Glosa pone otra causa, por la qual dize se puede revocar la donacion, aunque no la pone la ley; y comunmente los Doctores añaden otras muchas por correr en ellas la misma razon. Silv. verb. Donatio. l. q. 13. n. 17. Lessio. de iust. lib. 2. cap. 8. dub. 14. n. 104. el Abbad in cap. Propter eius de donat. n. 3. y Silvest. verb. Lex. desde el n. 17. hasta el 20. explica, y prueba, como lo dispuesto por la ley en vnos casos, se debe entender estar dispuesto en todos los demás casos semejantes, en que corre la misma razon; y que interpretar la ley de fuerte, que comprehenda todos los casos semejantes, no es interpretacion extensiva de la ley, sino comprehensiva, è intelectiva, porque el alma de la ley, es su razon, y aquellos casos comprehende formalmente la ley, que comprehende su razon, aunque las palabras de la ley no los expresen. Por estas razones podrá vn Religioso, sin contravenir a dicho Decreto, dar con licencia del Prelado vn libro que tiene a vso, aunque no sea de deuocion, o vn estuche: y a personas de autoridad se pueden dar como cincuenta buxias, o vnos paños, o cosas semejantes, que valgan como tres, o quatro pesos, y estas donaciones son licitas, aunque no aya otro titulo para hazerlas, sino amistad, o liberalidad, por dos razones. La primera, porque el Decreto de Clemente VIII. y el motu proprio de Urbano VIII.

VIII. prohibiendo las donaciones graciosas, exceptuan estas; y así se deben entender licitas, y exceptuadas de la prohibicion, siendo donaciones liberales, y graciosas.

110. La segunda razon es, porque aun el Prelado no es señor de los bienes de su Comunidad, sino administrador; pero su administracion no es limitada, como la de vn mayordomo, que administra la hacienda de otro, para ir entregando los frutos a quien su señor dispusiere. La administracion del Prelado es plena, general, y libre, y así tiene potestad de disponer de los bienes comunes, como le pareciere mas conveniente para el gouerno de su Comunidad; y esta administracion libre, y general pide para que se haga con decencia, que se puedan hazer algunas donaciones moderadas; porque vna administracion plena, sin poder hazer donacion alguna, seria muy atada, y miserable: y tiene esta doctrina fundamento en el Derecho, cap. Cum in generali. de officio Vicarij. in 6. *Nec regulariter donare valeat is, cui bonorum administratio etiam libera est concessa.* La Glosa advierte sobre aquella palabra *nec regulariter*, que aunque regularmente, y de ordinario no puede hazer donaciones; pero en algunos casos, quando se ofrece alguna causa justa, puede hazerla el que tiene administracion libre. Las palabras de la Glosa son: *Quia casualiter secus, ut si iusta ratione motus donauerit.* Y así lo afirman Nauarro, in cap. Non dicatis. n. 11. Palud. in 4. dist. 15. Molina de iust. tract. 2. disp. 276. Villal. p. 2. tract. 25. dif. 32. y es comun. Lo que puede dar los Prelados por pura donacion ha de ser con mucha moderacion, y no tiene potestad de hazer donacion con abundancia. Lo primero, porque el Decreto de Clemente VIII. y motu proprio de Urbano VIII. solamente conceden donacion de cosas muy leves de comer, o deuocion: y aunque, como se dixo arriba, se pueden dar otras cosas, por correr la misma razon, es forzoso que sean tales, que se verifique que son de las mas leves, de poco valor, y que facilmente se suelen dar, como quien dá vna caxeta de conserva, o vnas medallas, o vn libro de deuocion. Lo segundo, porque la donacion, si no se haze con grande causa, y con la moderacion que pide la recta administracion de hacienda agena, es perder, y dissipar, como consta de ambos Derechos, cap. Quia verisimile. de praesumpt. dize, que no es verisimil, que vn Presbytero de su Prebenda a otro. Y la Glosa dá alli la razon, porque de ninguno se presume, que eche por ai sus bienes: *Quoniam de nemine praesumendum est, quod bona sua iactet.*

Y cap. Super hoc. de renunci. dize, que no ay razon que haga creible, que el Beneficio, que vno tiene para sustentarse, lo resigne para otro, sin grande causa. Y l. Filius. ff. de donat. se determina, que el hijo de familias, aunque tenga libre administracion de sus bienes, no puede hazer donacion, porque no le dieron la administracion para que pierda, y destruya: *Non enim adhuc ei conceditur libera peculij administratio, ut perdat.* Y luego añade, que si con justa razon hizo la donacion, vale. Los Prelados en las Religiones no son señores de hacienda alguna, sino administradores puestos no para dissipar, ni echar por ai la hacienda, sino para su recta administracion, como dixo el Apost. 2. Cor. 13. *Secundum potestatem, quam Dominus dedit mihi in edificationem, & non in destructionem.* Y así lo que pueden dar los Prelados por pura donacion, es muy corta, y muy moderada, que quando mucho algunas raras vezes puede llegar a tres, o quatro pesos, como se dixo arriba. Estas donaciones pequeñas, que pueden hazer los Prelados, han de ser muy raras, y con alguna causa razonable; porque si fueran continuas, o ordinarias, sin esperar que aya causa justa, seria dissipar los bienes de la Comunidad, que tanto daño recibiria con muchas donaciones pequeñas ordinarias, como con vna grande. Y el Derecho, diziendo, que regularmente no puede hazer donacion el que tiene plena administracion, como se dixo arriba, es como si dixera, que rara vez, y en caso especial solamente puede hazer donacion: y lo mismo dá a entender la Glosa, quando dize, que *casualiter*, que solamente a caso, y quando insta justa causa, puede hazer donacion. En conclusio, particularizando mas esta doctrina, podrá vn Prelado dar vnas lanillas, que valgan dos, o tres pesos a vn Religioso, aunque sea de diferente Religion, para hazer tunicas, y alguna curiosidad del mismo valor a vn pariente, o amigo Secular en alguna ocasion, sin que aya titulo de limosna, ni de necesidad, ni de agradecimiento, ni de otra cosa, sino amistad, y agasajo del Prelado: y en semejantes donaciones pequeñas, con causas razonables que se ofrezcan, podrá gastar vn Prelado hasta diez, o doze pesos, en las Provincias de Indias, donde ay mas plata que en España, y se estima en menos el dinero que en otras Prouincias, donde vale mas el dinero, juzgo, que podrá gastar en vn año, ofreciendose causas justas, y razonables, hasta seis, o siete pesos en semejantes donaciones, y no hallo razon para estender mas esta materia, hablando de donaciones graciosas, sin



otro titulo, porque a estas donaciones las estrecha mucho el Derecho, y los Decretos de Summos Pontifices, y la profesion, y pobreza Religiosa, que de verdad es hazer donacion de lo ageno: y aun las dichas donaciones las podrá hazer con tal calidad, que lo que así diere, no haga falta notable a su Comunidad, que en los Conuentos muy pobres será muy rara, y muy corta la donacion que puede hazer vn Prelado, como en la necesidad no ay lugar de liberalidades, como dize el Derecho, l. Rem legatam. ff. de adimendis: *Cum nemo in necessitatibus liberalis existat.* Y allí la Glossa: *Nemo indigens donat.*

III. Demás desto pueden los Prelados dar de comer a los Religiosos de otros Conuentos, no solamente de la misma Religion, sino tambien de otras Religiones, y a los Seglares, que vienen a su Conuento por causa de deuocion, o de amistad, o retirados, o por otra qualquiera causa: y para su regalo, segun la calidad de las personas, puede añadirles a la comida ordinaria, aunque no sean pobres, ni tengan necesidad, porque así se colige de la Bula de Clem. VIII. §. 6. donde dize, que no es su intencion, que se disminuya la obra de hospedar en los Conuentos, especialmente a los pobres, y peregrinos: y mas abaxo dize, que los ricos que se hospedaren en los Conuentos por deuocion, o por otra causa, sería decente cosa, que se contentassen con la comida ordinaria del Refectorio. Bien claro se ve, que no prohibe hospedar hombres ricos: y Urbano VIII. explicando, y moderando la dicha Bula, dize en su motu proprio, que las comidas, y combites que hazen en los Conuentos a los huéspedes, solamente se entienden prohibidas, quando defizen de la decencia del estado Religioso, como si fuesse extraordinarios, y muy costosos, y superfluos: *Cominia in excipiendis presertim benefactoribus, protectoribus, vel ordinarijs honorifice, & laute censeri, tantum modo prohibita si decencia status regularis aduersentur.* No prohibe, que para honrar, y regalar a los huéspedes, segun su calidad, se añadan algunas viandas, pues supone, que se les ha de hazer aquel regalo, y honra, que esto quiere dezir *honorifice, & laute.* Y no solamente dize, que se haga este regalo a las personas que se les debe por titulo de agradecimiento, como a los bienhechores, y protectores, sino tambien a los ordinarios, y por la misma razon a las personas de calidad, y aquella palabra *presertim* no excluye a las otras personas, sino antes incluye, y permite hospedar a las de qualquiera calidad. De los Religiosos sub-

ditos con mas dificultad se hallará causa justa para hazer alguna donacion graciosa, porque como no tienen administracion de hacienda, no les es cosa indecente no hazer donacion: no obitante esto, no se puede negar, que puede aver justa causa, para que hagan algunas donaciones, porque aunque no tienen administracion de cosa alguna, la tiene el Prelado, que les puede dar licencia para hazer la donacion; y aunque Clemente VIII. mandò, que las cosas leues de comer, o de deuocion no se puedan dar en nombre de Religioso particular, sino de todo el comun, con orden del Prelado, y consentimiento del Conuento; o comunidad: *Præterquam leuiter esculenta, aut poculenta, seu ad deuotionem, vel Religionem pertinentia munuscula communi tantum, numquam uero particulari nomine (ubi Superiori de consensu. Conuentus uidebitur) tradenda.* Pero Urbano VIII. moderando este Decreto determinò, que basta la licencia verbal del Prelado, para que los subditos hagan semejantes donaciones.

112. Por lo qual vn Religioso subdito podrá con licencia de su Prelado, hazer donacion de vno, o dos, o tres pesos, con causa justa, y razonable que se le ofrezca, por la misma razon que puede, segun el motu proprio de Urbano VIII. dar con licencia de su Prelado cosas de deuocion, o de comer: y ha de advertir, que para donacion graciosa se requiere licencia expresa, porque para esto no la ay presumpta, porque a las donaciones de los que no tienen cosa propia, ni administracion de cosa alguna, resiste el Derecho, y la razon natural, como queda dicho, y de ninguno se presume, que quiere hazer donacion graciosa, aunque tenga hacienda propia, si plena administracion della. Así consta del Derecho, l. Cum de in debito. ff. de probat. *Nunquam re supinus est, ut facile suas pecunias iactet, & in debitas effundat.* Y lo prueba Mascard. de prob. vol. 1. concl. 555. Pues por mayor razon no se puede presumir del Prelado, que quiere hazer donacion, ni que sus subditos la hagan, si expresamente no dà licencia para hazerlas. Exceptuanse desta regla los que tienen administracion de algunos bienes de la Comunidad, porque la misma administracion dize, y pide, que pueda el que administra hazer donaciones de alguna cosa moderada, como el Religioso procurador, o cozinero, pueda dar vn almuerzo alguna vez, no solamente a los Religiosos del mismo Conuento, que esto no es propriamente donacion, sino gasto ordinario del Conuento, sino a otro Religioso de fuera, y a vn Secular; y vn Religioso, que administra

vna

una hacienda, puede dar de comer al que pasa por allí, aunque sea rico, y no tenga necesidad. La razon desto es, porque aunque estos oficiales no tienen administracion libre, sino coartada, y limitada, como la tienen los mayordomos de las haciendas de los Seculares; no obstante, aquel modo de administracion limitada, pide para que se haga decentemente, potestad de hazer dichas donaciones limitadas, y se presume con justo titulo, que el Prelado que le concedió la administracion, le concedió facultad de hazer dichas donaciones: como tambien se presume, que la concede qualquiera Secular, que tiene hacienda, a los que pone por mayordomos de ellas; y se colige del Derecho, cap. Præterea. de off. & potest. iud. de leg. donde se determina, que quando se comete a alguno algun oficio, o ministerio, se entiende cometersele todo lo que conduce a la decente, y recta execucion del; pero no les es licito hazer donaciones mayores, ni de otras cosas. Esta doctrina parece comun, veanse a Sanchez, in opere mor. lib. 7. disp. 19. n. 98. Villal. 2. p. tract. 35. dif. 32. Nauar. com. 4. n. 68. de regul. y lib. 3. conf. tit. de donat. conf. 6. y Man. Rod. in Summ. to. 1. cap. 90. n. 7. Lo mismo puede dar el Religioso que va de camino, o viue por qualquiera causa fuera de su Conuento, con licencia del Prelado, que de aquello que administra, o depende para su sustento, puede hazer en la forma dicha alguna corta donacion.

113. Y por la misma razon, todos los Religiosos subditos pueden hazer donacion de lo que dexan de su comida, porque aunque no tienen dominio della, sino solamente el uso, en aquel uso pleno está presumpta licencia de dar, y disponer en cosa licita de lo que dexassen, con tal que el Prelado no les limite este uso, mandando, que lo que así quedare, no lo pueda repartir cada vno, sino el que el Prelado señalare; que en tal caso en lo que cada particular diere de su comida, quebrantará el voto de la pobreza: es verdad, que de ordinario será pecado venial, por ser la materia leve, y solamente será pecado mortal quando la materia fuere grave, o fuere la voluntad continua de darla cada dia, contra la voluntad del Prelado, que en tal caso es materia graue, y pecado mortal, como el que hurta muchas vezes poca cosa cada vez, pero con proposito de continuar los hurtos, aunque llegasse a materia graue. Así lo afirma Sanchez in opere mor. lib. 7. cap. 19. n. 103. y Peirinis, tom. 1. de off. subdit. q. 2. cap. 2. §. 8. De aqui se colige, que no es segura la doctrina, que refiere, y aprueba Cruz, lib. 1. cap. 3. de voto paupertatis. de que vn Reli-

gioso subdito, que va de camino, de las limosnas que le dá, o de lo que adquiere puede dar a sus parientes, aunque sean ricos, hasta diez ducados, o cosa que los valga; porque dize, que esta donacion no es prodiga, sino razonable, y ay licencia presumpta del Prelado. No tengo esta doctrina por segura, ni por verdadera, porque en este caso no se pone otro titulo para dar al pariente diez ducados, sino por el parentesco, y amistad, lo qual es pura donacion liberal, que es ilícita a los Religiosos, porque no tienen cosa propia por el voto de la pobreza, y porque hazer donaciones les está prohibido por Derecho, cap. Non dicatis. 12. q. 2. Y en el Decreto de Clemente VIII. explicando el Derecho, dize, que solamente pueden dar los Religiosos cosas leues de comer, o de deuocion, como queda explicado arriba; y esto mismo declaró Urbano VIII. y así no ay razon por donde se pueda arbitrar, que puede vn Religioso hazer donacion de diez ducados, ni ay licencia presumpta del Prelado para semejante donacion, porque (como se dixo arriba) de ninguno se presume, que quiere hazer donacion, y mucho menos se puede presumir del Prelado, que quiera que el subdito haga donacion de lo que no es suyo, ni el Prelado puede dar tal licencia, ni el propio puede hazer tal donacion, porque tambien tiene hecho voto de pobreza, y no tiene cosa propia, que poder dar: y al mismo Prelado le prohibe el Derecho, y el Decreto de Clemente VIII. y de Urbano VIII. el hazer donaciones, ni puede ser donacion razonable, ni ay causa justa, para que vn Religioso pobre haga liberalidades con vn pariente rico, dándole diez ducados: lo que sería conforme a razon, es, que el pariente diessé al Religioso caminante de limosna los 10. ducados, y q el Religioso le diessé alguna cosa de deuocion. Man. Rod. en la Sum. to. 1. cap. 90. n. 1. dize, que vn Religioso puede dar a otro, sin licencia de su Prelado, vn libro, que valga cinco ducados: la razon que dà, es, que se presume, que no disgustará el Prelado, porque todo se queda en casa. Tres limitaciones pone allí a esta doctrina: la primera, que ambos, el q dà, y el que recibe, sean del mismo Conuento, porque de otra suerte no se verificaria que todo se queda en casa, ni se presumiria, que el Prelado del q haze la donacion la tendria por bien, pues quedava damnificado el caudal de su Conuento.

114. La segunda, que el Religioso a quien dà el libro, no sea desperdiciado, porque en tal caso quedaria el libro de peor calidad. La tercera, que no es licito en la Religion de S. Francisco de la Observancia, en la

Gg 2

qual

qual se professa pobreza en comun, y en particular. Esta doctrina por las dos limitaciones primeras no parece muy disonante: y que lo puede dar con licencia del Prelado, y que el Prelado pueda dar la licencia, aunque el libro valiesse mucho mas, es doctrina muy verdadera, porque en tal caso realmente no se haze donacion de los bienes de la Comunidad, ni se les disminuyen, sino con orden del Prelado se desaplica el uso del vno, y se aplica al otro: y como esto lo puede hazer el Prelado por si solo, aplicando segun pide la recta administracion, a cada vno lo que le es conveniente, assi lo puede hazer, mediante el Religioso que quiere dar el libro a otro; pero que sin pedir licencia al Prelado, lo pueda dar, no lo tengo por doctrina segura. Lo primero, porque si la razon en que se funda valiesse algo, fuera licito a qualquiera Religioso dar a otro de su Conuento de lo que tiene a uso, de qualquiera valor, sin pedir licencia al Prelado, porque todo se queda en casa: y no ay razon, ni texto del Derecho en que se funde, que pueda dar valor de cinco ducados, que es materia grave, y no pueda dar valor de diez, y doze ducados; y mucho mas de donde se seguiria, que respecto de los Religiosos de vn mismo Convento, son licitas qualesquiera donaciones, y que el voto de la pobreza no obliga, o no impide la trasfacion del uso respecto dellos, lo qual es contra la comun sentencia de los Doctores, que vnanimes afirman, que de la misma fuerte es acto de dominio, y de propiedad la donacion, y recepcion entre los mismos Religiosos, que respecto de Seculares, y de qualesquiera personas. Veanse acerca deste punto Azor, to. 1. lib. 2. de iust. cap. 4. dub. 9. Sanchez, in opere mor. lib. 7. cap. 19. n. 46.

115. Lo segundo, porque la dicha donacion en la Religion de San Francisco es illicita, no tanto porque sea contra la pobreza en el comun, porque la dicha donacion no se opone a la pobreza comun, pues la Comunidad no adquiere, ni pierde cosa alguna, ni el uso de ella en dicha donacion, pues todo se queda en casa en la misma forma que estava, sino porque es contra el voto de la pobreza de los particulares, porque el vno trasfiere en el otro el uso que tenia en aquel libro; y como el voto de la pobreza en los particulares, es esencial en todas las Religiones, de si se sigue, que en todas sea illicita dicha donacion, por la misma razon que lo es en la de San Francisco, sino es que en dicha Religion aya precepto especial de que los Religiosos no den, ni gasten cosa alguna, sin licencia expresa del Prelado, q en tal caso avra

en dicha Religion especial razon para que sea pecado la dicha donacion, porque no ay licencia tacita, ni presunta, porque la excluya el dicho precepto que manifiesta la voluntad del Prelado, que no quiere que del se presume tal licencia. Assi lo afirman Fr. Luis Lopez, to. 2. de contract. cap. 20. y 1. p. instr. cap. 156. Man. Rodr. en la Summ. to. 2. cap. 31. n. 7. Sanch. lib. 7. oper. mor. cap. 19. n. 4. Y esto no es especial en dicha Religion, que en otras Religiones suelen poner dicho precepto, como afirman los dichos Autores.

116. Lo tercero, porque el Religioso no tiene el usufructo de cosa alguna, porque el que tiene el usufructo, aunque no tiene el dominio, y propiedad de la cosa, pero tiene dominio, y propiedad en los frutos della, que realmente son del usufructuario, lo qual no puede tener el Religioso, que por el voto de la pobreza es incapaz de toda propiedad, y assi solamente tiene el Religioso el uso desnudo de las cosas de que usa, y el que tiene assi el uso, no puede concederlo a otro a distincion del que tiene el usufructo, como dize el Derecho, instr. de usu, & hab. §. 1. *Minus iuris est, in usu quam in usufructu*, y mas abaxo: *Nec ulli alij ius, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest, cum is qui usufructum habet, possit hac omnia facere*; y mas abaxo: *Is qui adium usum habet, hac tenus ius habere intelligitur, ut ipse tantum in habet, nec hoc ius ad alium transferre potest*. Lo mismo se determina en las leyes del Reyno, part. 3. tit. 13. l. 20. & 21. El usufructuario ( assi llama alli la Glosa, y el Derecho, l. Si alij. ff. de usufructu, al que tiene el uso solo de la cosa) no tiene potestad de transferir el uso a otra persona, y esto dispone el Derecho del que tiene derecho adquirido en el uso, que se llama usufructus, que es quando a alguno le dan, o por tiempo determinado, o por toda su vida, que use de alguna cosa, y este tiene propiedad, y derecho adquirido en aquel uso, que sin agravio no se lo pueden quitar; pero el Religioso tiene mucho menos que esto en las cosas que tiene a uso, que solamente tiene el usar de hecho de la cosa mientras el Superior no se lo impide, que se llama *usus facti*; y el que tiene este uso no tiene propiedad alguna, ni derecho en el mismo uso, y siempre que el Prelado quisiere se le puede quitar, y en quitarlo no le haze agravio. Todo esto se colige del Derecho, cap. Exijt. de verb. signif. §. *Nec ququam: in 6. Cum in rebus temporalibus, sit considerare proprietatem, possessionem, usufructum, ius vendi, & simplicem facti usum*. Aqui distingue el dominio, y propiedad de la posesion, que puede

puede estar sin la propiedad, y el usufructo del uso de derecho, y a este le distingue de uso de hecho; y luego dize, que este uso del hecho es necesario para pasar la vida, y se compadece con el voto de pobreza, y sin propiedad alguna, y cap. Exiui. C. de verb. signif. §. *Pro inde dimisso ipsi fratribus tantum modo usu facti simplicis*. Con este uso tan desnudo, que tienen todos los Religiosos, no se compadece que puedan transferirlo a otro.

117. Lo quarto, porque en el Decreto de Clemente VIII. *De larg. mun.* se prohiben las donaciones de vnos Religiosos a otros, como las que se hazen a los Seglares; dize assi en el §. 4. *Neque verò quisquam ab hac generali prohibitione se excusare valeat etiam si munera miserit cuius persona*. Luego va expresando todo genero de personas Seculares, y subditos, y añade mas abaxo: *Ita, ut inter ipsos, quoque Religiosos (ne prava ambitione impulsu pro consequendis in sua Religione gradibus, & dignitatibus alter alterius gratiam, aut benevolentiam aucupetur) quacumque que largitio (nisi rerum minimarum de licentia expressa, & inscriptis Superiorum) sit penitus interdicta*. Determina aqui, que vn Religioso no pueda hazer donacion a otro de su Conuento, sino de cosas minimas, y con licencia expresa, y por escrito del Prelado, por escutar el peligro de ambicion, que por donaciones de mas cantidad se podia temer: y Urbano VIII. en su motu proprio moderó esta clausula, solamente en aquella circunstancia de que no sea necesaria licencia por escrito, sino que basta licencia verbal del Prelado, y que esto se entienda quando no ay sospecha de ambicion, que en aviendola, dexa la clausula de Clemente, con todas sus circunstancias, en su fuerza, y vigor. Con estos Decretos tan apartados en que para dar cosas minimas a Religiosos del mismo Conuento se requiere licencia expresa, no se compadece que pueda dar vn Religioso a otro valor de cinco ducados, sin pedir licencia, ni se presume con razon de los Prelados, que contra lo que disponen dichos Decretos quieran, que entre sus subditos se hagan donaciones de tanto valor, especialmente, que estas donaciones de tanto valor, con sola licencia presumpta causan relajacion en las Religiones en el voto de la pobreza, como afirma Man. Rodr. en la Summ. to. 2. cap. 31. n. 7. y Fr. Luis Lop. lib. 2. de contract. cap. 20. y 1. p. instr. cap. 156. y Sanch. in opere mor. lib. 7. cap. 19. n. 4. Y assi no se puede creer facilmente de los Prelados, que consientan en tales donaciones hechas en esta forma, y consiguientemente no ay licencia interpretativa para hazerlas.

118. Mas conforme a razon, y a dichos Decretos, es lo que dize Ledesma, de statu Relig. in com. cap. 4. dub. 6. y Peirinis, to. 1. q. 2. cap. 2. §. 6. que vn Religioso puede dar a otro del mismo Conuento, con licencia presumpta, cosa que valga hasta doze reales, que es conforme a lo que dize el Decreto de Clemente VIII. y Urbano VIII. de que pueden dar vnos Religiosos a otros cosas minimas, al modo que arriba queda explicado, lo que se entiende en dichos Decretos por cosas mas leves, comestibles, o tocantes a deuoció; y aun en las Prouincias de Indias se podrá entender esto hasta dos, o tres pesos, porque tiene en ellas el dinero menos valor, como se haga raras vezes: y aunque Urbano VIII. moderando el rigor del Decreto de Clemente VIII. dize, que basta la licencia verbal, en que parece que da a entender, que se requiere licencia expresa, se puede dezir, que la licencia tacita equivale a verbal, quando ay suficiente fundamento para presumirla, porque *taciti, & expressi eadem est virtus*, como se colige del Derecho, cap. Ex parte. de rescriptis. y l. Cum quid. ff. de rebus creditis. y alli dize la Glosa: *Tacitum pro expresso habetur*. Y es sentencia de S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 8. ad 1. y comun de los Doctores, y sin duda ay fundamentos para presumir licencia del Prelado en estas cosas menudas, que conforme a dichos Decretos, pueden dar vnos Religiosos a otros, especialmente, que en donaciones tan cortas, y raras, no se teme relajacion del voto de la pobreza, ni ambicion, y pretensiones, como dize el Derecho, cap. Et si quaestiones. de simonia. *De illis donis dictum est, que accipientis animum allicere, vel pervertere solent*. Y mas abaxo: *Si offerat que modici pretij fuerint, & que votum recipientis inclinare, vel mouere non debeant, non tamen Ecclesia Romana interpretari consuevit accipientem in his delinquere, vel donantem*.

119. El segundo titulo, por el qual pueden dar, es por la limosna: assi está expresso en el Decreto de Clemente VIII. §. 5. *Nisi re ipsa pro Diuino Cultu, & veris Christi pauperum indigentis, seruato in hoc charitatis ordine, & habita necessitatis ratione de consilio, & consensu Superiorum subleuandis*. Tratando en primer lugar de los Prelados, es cierto, que están obligados debaxo de pecado mortal a dar limosna en dos casos. El primero, quando alguno está en extrema necesidad: y el segundo, quando el Conuento, o Comunidad tiene mas de lo que ha menester. Assi lo dize S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. *Dare eleemosinam de superfluo est in precepto, & dare eleemosinam ei, qui est in extrema necessitate, alias autem elec.*

*elemosinas dare est in consilio.* Y la razon lo convence, porque el que ve perecer a su proximo, y no le socorre, pudiendo, por no dar, o gastar de lo que tiene, falta evidentemente al amor que debe tener al proximo, y es como si le matara, como dize el Derecho, cap. Pasce. dist. 86. *Pasce fame morientem, si non pavisti, occidisti.* Y en este caso está obligado a dar limosna, aunque lo quite de lo necesario, y venda los Calizes de la Iglesia. También falta evidentemente al amor del proximo el que teniendo mas de lo que ha menester, le ve padecer necesidades, y no le socorre, como dize el Apóst. 1. Cor. 11. *Alius, quidem esurit, alius autem ebruius est.* Graue desorden es, contra caridad, que uno esté harto, y sobrado, y no dé de lo que le sobra al que está hambriento, y necesitado.

120. En estas dos ocasiones obliga el precepto de dar limosna a todo hombre, por ser Derecho natural: y por mayor razon al Prelado Religioso, por ser de mas perfecto estado, que los Seculares. La cantidad que está obligado a dar en estos casos, es clara, porque al que padece extrema necesidad, está obligado a darle todo lo que es necesario, para sacarle de aquel aprieto, y necesidad; y en caso que tenga superfluo, está obligado a socorrer las necesidades que se ofrecen, hasta lo que alcanza lo superfluo: de tal suerte, que si las necesidades que llegaren a su noticia fueren muy urgentes, y de mucha molestia a los que las padecen, estará obligado a gastar todo lo que es superfluo, de que no tiene necesidad la Comunidad; pero en las necesidades comunes, y ordinarias, será mal gouerno gastar todo lo superfluo, porque en tal caso deberá aumentar las cosas que pertenecen al Culto Divino, o perficionar, o mejorar la viuienda del Monasterio, o poner reditos perpetuos en las Religiones, que se permiten para que se sustente mayor numero de Religiosos, que es mayor bien que el abundante repartimiento de limosnas, para las necesidades comunes, y ordinarias. Así lo afirman Suarez, to. 4. de Relig. tract. 1. lib. 2. cap. 26. Peñino. to. 2. q. 1. cap. 5. n. 57. Diana, p. 5. tract. 8. resol. 33. Y sin duda alguna sería mala administracion, y dissipacion de la hacienda comun, contra la voluntad de los que dieron sus haciendas al Conuento, si se gastasse demasado en dichas limosnas, faltando al aumento de la obra pia del Culto Divino, Iglesia, y Conuento, para que se dió primariamente dicha hacienda. En las necesidades extremas gastese hasta lo muy necesario, y los Calizes se vendan; en las muy urgentes gastese todo lo que no es necesario, y no se

aumente cosa alguna, aun de las pertenecientes al Culto Divino; y aun las obras empezadas cesen, si no son muy necesarias, si de otra suerte no se pueden remediar semejantes necesidades; pero en las necesidades comunes, y ordinarias, que nunca se pueden remediar del todo, y siempre las ha de aver, basta gastar lo que ya tiene en uso cada Comunidad, añadiendo algo, si fuere menester, para que no se vayan sin comer los que acuden a las porterías de los Conuentos.

121. Quando ni se ofrece necesidad extrema del proximo, ni el Conuento tiene superfluo, es licito al Prelado dar limosnas de lo que tiene el Conuento para sus necesidades, concurriendo dos condiciones. La primera, que no haga notable falta a sus subditos, y obligaciones de su Comunidad, porque con detrimento notable de sus subditos, y obligaciones de su Conuento, no le es licito hazer limosnas, quando no infa extrema necesidad, como dize S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. *Prus oportet, quod unusquisque sibi prouidiat, & his quorum cura ei incumbit, & postea de residuo aliorum necessitatibus subueniet.* Y lo dize el Apóst. 1. ad Timoth. 5. *Si quis suorum, & maxime domesticorum curam nam habet fidem negauit, & est infideli deterior.* La segunda, que aya verdadera necesidad en el que recibe la limosna, porque si no tiene verdadera necesidad, no es limosna lo que se le da, sino donacion; y así dixo S. Thom. en lugar citado: *Ex parte recipientes requiritur, ut necessitatem habeat alioquin non esse, ratio quare elemosina ei daretur.* Y en el Decreto de Clemente VIII. se advierte, que las limosnas que pueden dar los Religiosos, han de ser para remediar las verdaderas necesidades de los pobres de Christo, y con atencion a lo que demanda, y pide la necesidad: *Re ipsa prouenit Christi pauperum indigentis subleuandis, & habita necessitatis ratione.*

122. De aqui se colige, que el Prelado de un Conuento pobre, no puede licitamente alargarse a hazer tan grandes limosnas, como el Prelado de un Conuento rico, y que mayor limosna se puede dar licitamente a un pobre vergonzante, que a un mendigo, que ordinariamente ha menester menos para remediar su necesidad: y no hallo fundamento razonable, para poder determinar quanto pueda dar de limosna, para remediar las necesidades ordinarias, que ocurren en un año, un Prelado que no tiene cosa superflua, y solamente hallo esta regla, y es, que el Prelado puede dar de limosna todo aquello que fuere menester para remediar las necesidades verdaderas de qualesquiera personas, sin exceder lo

lo que basta para remedio de la necesidad, con tal que no haga falta notable a las obligaciones, y necesidades de su Conuento, y Comunidad; y así no haciendo falta a su Comunidad, ni dando al que no tiene verdadera necesidad, ni con exceso mas de lo que pide la necesidad, no ay peligro de culpa en los Prelados, aunque gastasen en esto grandissima summa de dinero: y a la prudencia de los Prelados pertenece considerar quales sean verdaderas necesidades, dignas de socorrer con el dinero de las Iglesias, y Conuentos, y quanto bastará para remediarlas, y quanto ha menester, para no hazer falta a las obligaciones de su oficio.

123. Quanto a los Religiosos subditos, es cosa certissima, que no pueden dar limosna sin licencia de sus Prelados, excepto solamente el caso de extrema necesidad; y entonces están obligados a remediarla, aunque sea contra la voluntad del Prelado, y aunque sea menester hurtarlo de qualquiera parte. Así lo afirma S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 8. *Monachus, quia nihil proprium habet, non potest facere elemosinam, sine licentia Abbatis, vel expresse habita, vel probabiliter presumpta, nisi forte in articulo extremae necessitatis, in quo licitum esset ei furari, ut elemosinam daret.* La primera razon desto es, porque el precepto natural de socorrer al proximo en extrema necesidad, es primero que el voto de la pobreza, y obediencia, y así la profesión Religiosa no puede impedir, ni embarazar la dicha obligacion natural. La segunda razon es, porque en tal necesidad todas las cosas son comunes, como dixo S. Thom. 2. 2. q. 187. art. 4. Por lo qual en aquel articulo son del necesitado qualesquiera bienes, donde quiera que estén, y los puede tomar, y en ello no haze agrauio; y otra qualquiera persona los puede tomar para darlos al necesitado, porque son suyos, no quanto al dominio, y propiedad, sino quanto al uso del hecho necesario, para remediar aquella necesidad, como se dixo arriba del uso que tienen los Religiosos en las cosas que consumen: y por esta razon, el que no socorrió al que estaba en necesidad extrema, no está despues, pasada la necesidad, obligado a pagar lo que no dió al pobre, aunque aquello era del pobre, porque no era, ni nunca fue del pobre en la propiedad, y dominio, sino solamente quanto al uso del hecho en aquel articulo, mientras duraba la necesidad.

124. Por causa de tener superfluo, no está el subdito obligado a dar limosna, ni la puede dar sin licencia del Prelado, porque el subdito no tiene cosa alguna, ni en la pro-

priedad, ni en la administracion libre, y absoluta, y configuientemente no puede tener superfluo; y si acaso le parecen superfluas algunas cosas de las que tiene a uso, las debe poner en manos del Prelado, para que vea si son superfluas, respecto del comun, y disponga de ellas. Los Religiosos subditos, que tienen alguna administracion de hacienda, como su administracion no es general, ni libre, sino limitada, y sujeta a la disposicion del Prelado, no pueden dar limosna sin licencia del Prelado. Acerca de qué cantidad podrá el subdito dar de limosna, se ha de dezir, que puede dar aquello que el Prelado le concediere, el qual le puede dar licencia para todo aquello que bastare para remediar las necesidades que se ofrecieren, como no haga falta a la Comunidad, segun lo que se dixo arriba, que puede dar de limosna el Prelado, porque todo lo que el Prelado puede dar por su mano, lo puede dar por mano de sus subditos, y dar licencia para que sus subditos lo den, segun la regla 67. de reg. iur. In. 6. *Potest, quis per alium, quod potest facere per se ipsum.*

125. Cierto es, que no es siempre necesaria en el subdito licencia expresa del Prelado para dar limosna, y que la podrá dar con licencia presumpta. Dize lo S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 8. ad 1. *Non potest facere elemosinam sine licentia Abbatis, vel expresse habita, vel probabiliter presumpta;* y se colige del Derecho, que como se dixo arriba, da la misma fuerza a lo tacito, y subintellecto, que a lo expreso. La dificultad está en averiguar quando el subdito tiene licencia tacita del Prelado, y quando puede juzgar prudentemente, que gustará el Prelado de que dé la limosna, y quando será imprudencia, y arrojamiento, y pecado el darla, sin aguardar a pedirla expresamente. Graues Autores dizen, que el subdito solamente puede dar limosna con licencia interpretativa, quando el Prelado está ausente, e infa la necesidad del proximo, de suerte que sea imposible, o muy dificultoso por entonces pedirla, y que siempre que le es posible pedir expresamente la licencia no es licito dar limosna con la interpretativa: y algunos añaden, que quando aya oportunidad, debe proponer al Prelado la limosna hecha, protestando con esto, que el no pedirla expresamente, fue por no averlo permitido la prietad de la necesidad, y esperando la aprobacion del Prelado; y sin duda que hazerlo así, sería en el subdito mayor perfeccion, que si hiziesse muchas limosnas, y remediasse muchas, y muy graues necesidades; pero la mas comun sentencia dize, que aunque no aya imposibilidad de pedir la licencia expresamente,



ya, y sin dificultad se pueda pedir, se puede dar limosna con la interpretacion, como se juzga prudentemente, con bastante fundamento, que gusta el Prelado de que la dependa conocer quando ay este fundamento, se ha de advertir, que no puede aver licencia interpretativa del Prelado, para que los subditos den limosna siempre que quifieren, ó se ofreciere ocasion, sin pedir licencia, porque esto seria demasiada relaxacion del voto de la pobreza, porque en tal caso, no por arbitrio, y voluntad del Prelado, sino de los subditos, se repartirian las limosnas, y se dispondria de los bienes que tienen los subditos a vfo: y la dependencia de los subditos del Prelado en dicho dispendio, seria fantástica, y no real, y verdadera, segun le pareciere a la fantasia del subdito; y como los subditos son muchos, y a vnos no consta lo que los otros daran, y a ninguno dellos consta de lo que necesita el comun, seria cosa expuesta a mucho daño, y detrimento del comun, si cada particular diese limosnas a su gusto, y le tocasse arbitrar, y juzgar de la voluntad del Prelado, que seria no aver ya obediencia, ni pobreza, como dize Man. Rodr. qq. reg. to. 3. q. 29. art. 10. al fin. *Si subditis huiusmodi iudicium committeretur, obediencia simul cum paupertate corrueret.*

126. La regla prudencial que se puede tener para juzgar quando ay licencia interpretativa del Prelado para dar limosna, es, que los Religiosos que tienen a su cargo la administracion de alguna cosa, como el procurador, y cozinero, y estanciero, pueden dar sin licencia expresa a los pobres mendigos las limosnas menudas, que suelen darse a semejantes personas, y a personas de mas calidad necesitadas algo mas, para que lleuen para comer aquel dia en sus casas; pero los demás Religiosos, que no tienen administracion alguna, no tienen titulo para presumir justamente dicha licencia, ni puede tomar de la Comunidad para dar limosna, sino en extrema necesidad, ni ay licencia presumpta para pedir cosas del comun, con titulo de averlas menester para si, y darlas de limosna, ni para dar las cosas que tienen para sus usos, aviendo de hazer despues gasto al Convento para proueerles, porque todo esto es tomar cada particular del comun para hazer limosna, que es grandissimo desorden, y detrimento del comun, en que no puede consentir prudentemente el Prelado; pero de lo que cada vno quitare de su sustentó, gusta el Prelado, que lo dé de limosna: y el Religioso que va de camino, ó viue fuera de su Conuento, puede dar limosnas menudas, co-

mo se dixo de los procuradores. Esto se collige de la mas común doctrina de los Doctores, y de su modo de hablar en esta materia. Silv. verb. Eleemosina. q. 5. Angelo, ibid. n. 5. Armilla, ibid. n. 5. Sanch. lib. 7. oper. mor. cap. 15. n. 98. Peirino, to. 1. q. 2. cap. 2. Ledesma, de statu Relig. in com. cap. 4. concl. 3. dub. 6. Nauarro, in cap. Non dicatis, n. 8. y 9. Rodr. to. 2. Summ. cap. 32. Grañis, 1. p. decil. lib. 3. cap. 5. Demas desto las necesidades, que no son extremas, tienen mucha latitud. Vnas son mas graues que otras, como dize S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 6. pues quando la necesidad es muy grave, y mucha la molestia del que la padece, se presume licencia del Prelado, para que qualquiera subdito la remedie, dando de lo que tiene a vfo. Silv. loc. cit. y Panorm. cap. Si quis, de furtis. Nauar. in Summ. cap. 17. n. 105. Man. Rodr. qq. reg. to. 2. q. 58. art. 2. Sanch. n. 97. y otros muchos, que estos citan. Y adviertase, que estos Autores dizen, que para que se haga licitamente la limosna en este caso con licencia presumpta, se requiere, que no sea posible, ó sea muy dificil el recurso al Superior, para pedirla expresa; y así lo tengo por cierto, excepto quando la limosna que se huviere de dar fuere muy corta, como de quatro, ó seis reales, porque de ningun Prelado se puede creer, que no gusta de que se remedie la molestia graue del proximo, quando se puede con tan poca costa; y aun quando el remedio pide mayor gasto, no se debe presumir, que quiere que se quede el proximo padeciendo graue molestia, por el impedimento del recurso para pedirle licencia.

127. Acerca de los Religiosos, que ganán alguna cosa con su industria, ó trabajo, por limosna de sus Misas, ó se la dan sus parientes, ó amigos, si se presume licitamente licencia tacita para dar limosna de lo así adquirido? A esto se responde, que si el Prelado no tiene noticia de que le han dado, ó ha adquirido estas cosas, no le es licito darlas de limosna, ni tiene licencia interpretativa para esto, antes peca en recibirlas, y en retenerlas, y en darlas, pues tenia obligació de manifestar lo que le dieron, al Prelado, para que dispusiese de ello, como dize expresamente el Derecho, cap. Non dicatis. 12. q. 1. *Si propinquus, vel amicus cuiquam aliquid offerre voluerit, primo quidem priori insinuetur, et sic suscipiatur, si ipse mandauerit, de quo tamen, nihil fiat aliud, nisi quod priori placuerit.* Y quando todo se le encubre al Prelado, no puede aver licencia presumpta, sino actos de dominio, y propiedad en el subdito; excepto si ocurriese la necesidad graue que se dixo arriba, no aviendo recurso al Prelado: Pero en caso que el Religioso

gioso tenga licencia de su Prelado, para recibir dichas cantidades, y gastarlas en sus usos, tengo por cierto, que puede dar limosnas de ellas. Peirino, to. 1. q. 2. cap. 2. §. 8. dize, que puede hazer limosnas, como sean moderadas, y convenientes al citado Religioso; esto es, que no sean profanas, y excesivas a las necesidades que socorren, y cita a Molina. Y quando sabe el Prelado, que el Religioso Cathedralico lleva la renta de su Cathedra, y que tiene padres, ó hermanas pobres, y no le pide cosa alguna, prudentemente se presume, que le dá licencia para darla de limosna a sus padres, ó hermanas; y lo mismo es de un Religioso, que con licencia de su Prelado va á predicar a un pueblo vna: Quaresma, de donde suelen sacar de limosna cincuenta, ó sesenta ducados, que sabiendo el Prelado, que tiene parientes cercanos, que pasan muchas necesidades, se presume licencia para darlos. Y en las Religiones donde se permite, que los Religiosos particulares tengan depositos, con licencia de sus Prelados, de lo que adquieren con sus Misas, y otros trabajos, para sus usos, y necesidades, pueden creer, que gustan los Prelados, que socorran con limosnas a las necesidades verdaderas de sus parientes pobres.

128. En todos estos casos tengo por segura en conciencia la licencia presumpta, concurriendo dos condiciones. La primera, que el Prelado, ó las constituciones no prohiban dar limosna con licencia tacita, como se dixo arriba. La segunda, que el Conuento no padezca notables necesidades, que entóces, como al Prelado no es licito hazer limosnas gruesas, de la misma fuerte no le es licito dar licencia de que sus subditos las hagan, y así no ay lugar de presumir licencia tacita.

129. Para hazer limosnas grandes en necesidades no muy urgentes, a personas con quien no tienen parentesco cercano, ni otra obligacion semejante, juzgo, que no se presume prudentemente licencia, ni en los que tienen caudal adquirido con su industria, porque respecto de estos, no es la limosna tan conatural, y quasi debida; ni es decente al estado de un pobre Religioso particular, intentar remediar todas las necesidades, que a qualquiera Secular rico es imposible, como dize S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. *Cum non possit ab aliquo vno omnibus necessitatem habentibus subveniri.* Y tanta gana de dar limosnas, sin particular obligacion, ni ocurrencia de especial necesidad, parece que se ordena mas a consumir aquel caudal que no es suyo, que al remedio de las necesidades; y se debe pre-

sumir, que el Prelado quiere con aquel caudal rehazer su Conuento, y aumentar el Culto Diuino, y no que se gaste en semejantes limosnas, porque a esto tiene obligacion, como se dixo arriba.

130. El titulo tercero, por el qual pueden dar los Religiosos, está expreso en el motu proprio de Urbano VIII. con estas palabras: *Declarat munera a Religiosis vtriusque sexus tribui posse ex causis gratitudinis, conciliationis, beneuolentia, eiusque conseruationis erga ipsam Religionem, vel Conuentum, alijs ve causis, ex sui natura actum virtutis, et meriti continentibus, modestè tamen, ac discretè.*

131. Tres motivos, ó causas aprueba aqui la Santidad de Urbano VIII. por los quales se haze licita la donacion que hazen los Religiosos, que son por agradecimiento a beneficios recibidos, para atraer, y conseruar el afecto a la Religion, y Conuento, y por otras causas, que de su naturaleza sean virtuosas, y meritorias; y por estas causas no es licito hazer donaciones tan quantiosas, que sean dissipacion de los bienes de la Religion. Por esto dize el Decreto: *Modestè tamen, et discretè;* se han de hazer dichas dadas con moderacion, y atencion a las causas que ay para dar; porque si se diese con demasia, seria quanto al exceso mera donacion graciosa, prohibida en dichos Decretos, y dissipacion contra el voto de la pobreza. Para explicar quanto se puede dar por cada vna destas tres causas, sin contravenir al voto de la pobreza, y a dichos Decretos, y a Derecho comun, se ha de tratar de cada vna en particular.

132. Por agradecimiento se puede dar al bienhechor mas de lo que vale el beneficio recibido: así lo dize S. Thom. 2. 2. q. 106. art. 6. y los Doctores, que mas indiuidualmente hablan desta materia, afirman, que sin exceder los limites de agradecimiento, se puede dar al bienhechor la quarta parte más de lo que vale el beneficio: por esta causa puede el Prelado dar cosa de algun valor demás de su salario al Medico, que acude a curar con mucha puntualidad, y al Abogado, y a otros, que con especial fidelidad, y cuydado sirven al Conuento en otros officios. Así lo afirman Lezana, to. 2. verb. Dare. n. 8. Valero, in diff. vtriusque for. verb. Munera. n. 97. Diana, 1. p. tract. 6. resol. 16. y otros que estos citan. Pero se ha de advertir, que no seria licito, por qualquiera beneficio, limosna, ó donacion, que se haze a los Conuertos, é Iglesias de Religiosos, dar al bienhechor en agradecimiento otra cosa de tanto valor, ó mayor que lo recibido, porque esto seria dissipar el patrimonio

nio de Christo; y obiar a este inconveniente fue el principal motivo porque se despachò el Decreto de Clemente VIII como dize en su §. 1. porque las donaciones, y beneficios, que se hazen a los Conuentos, è Iglesias, los hazen para sustento, y conservacion de los Conuentos, y para aumento del Culto Divino: y si se diera al bienhechor cosa de mayor valor, ò del mismo, no quedaria con que sustentarse la Comunidad, ni se aumentaria el Culto Divino, ni sería conforme a razon bolverle a vn rico otro tanto, ò mas valor de lo que dió, y así se contraviene en dicha remuneracion al Decreto de Urbano VIII. que dize, que lo que se dá en agradecimiento, se dé modestè, & discretè. Pues para que si los Religiosos sean ingratos a sus bienhechores, ni disipen el patrimonio de Christo, con titulo de agradecidos, se ha de advertir la doctrina del Filosofo 8. & hic, cap.vlt. *Super excellenti habet fieri honoris retributio, indigenti autem retributio lucri.* La recta razon dicta, que al pobre se le agradezca el beneficio con dinero, ò otra cosa que le sea útil; pero al rico se le agradece venerandole, honrandole, refiriendo, y reconociendo el beneficio, y acudiendo con puntualidad al consuelo espiritual, y corporal suyo, y de su casa, quando fuere menester, y tal vez si se ofrece vn regalo, ò cosa curiosa, que agrade al bienhechor, que no sea de mucho valor, es conforme a dicha declaracion de Urbano VIII. y a recta razon, que se le dè; pero despojar el Conuento, è Iglesia de las limosnas, y bienes que le han dado los Fieles, ò de las prefcas con que han aumentado el Culto Divino los bienhechores, a titulo de agradecerlas, es contra toda razon, y contra lo que disponen dichos Decretos de Clemente VIII. y no pueden parecer bien a los bienhechores, que pretendieron aumentar con sus donaciones el Culto Divino, y tiene obligacion a restituir lo que assi le dieran el que lo recibiere, porque ya tenia hecho el beneficio, y donacion a la Iglesia, y transferido en ella el dominio, y quando se le buelve lo que dió, ò su valor, es nueva donacion que le haze el Religioso; y como esta donacion es contra razon, es nula, y la irritan, y anulan dichos Derecho comun, y voto de pobreza; excepto en caso que el bienhechor, que huviesse hecho grandes limosnas, y beneficios a la Religion, viniere a pobreza, ò necesidad, que entonces es conforme a razon, que se le acuda, y remedie su necesidad en mas de lo que dió a la Religion, si fuere necesario, porque estando ya en necesidad el bienhechor, pide la recta razon, que se le haga el

agradecimiento en cosa útil: y expresamente lo dispone, y manda assi el Derecho, cap. Quicumque. el 2. i. 6. q. 7. *Quicumque fideliū devotione propria de facultatibus suis Ecclesie aliquid contulerit, si forte ipse, aut filij eorum redacti fuerint ad inopiam, ab eadem Ecclesia suffragium vite pro temporis usu percipiant.* Y cap. Nobis. de iur. Patr. se dispone, q al Patron, que viene a pobreza, le focorra la Iglesia: *Si ad inopiam vergat, ab Ecclesia illi modeste succurritur.*

133. La segunda causa, que aprueba la Santidad de Urbano VIII. por la qual se haze licita la donacion de los Religiosos, es para atraer, y conservar el afecto, y benevolencia a la Religion, ò al Conuento, donde se debe advertir, que no es licita, ni valida la dadiva que se haze para atraer el afecto para con el Religioso Prelado, ò subdito, q haze la dadiva, ò para otro particular, sino para con el comun. Así lo dize expresamente el dicho Decreto de Urbano VIII. *Erga ipsam Religionem, vel Conuentum;* y ambos Decretos reprueban por ambiciosa a la donacion, que se haze en orden, ò a pretension de algun particular.

134. Cierto es, que para atraer el afecto del pueblo a la Religion, ò Conuento, es licito repartir cosa de poco valor, como Medallas, Rosarios, ò Estampas, aunque mejor, y por camino mas derecho, y mas proprio de la Religion se atrae el afecto del pueblo, acudiendoles a sus necesidades espirituales, hallando ellos en los Religiosos la Misa, la Confesion, el consuelo, y consejo con agrado, y puntualidad. Pero no se puede negar, que las dichas dadivas ayudan a atraer el afecto, para que con mas suavidad se les imprima la enseñanza, y se consiga el fruto espiritual, y aprouechamiento de sus almas, que mas principalmente se ha de pretender en esto: y ya se dixo arriba, como expresamente se concede en el Dereto de Clemente VIII. y declaracion de Urbano VIII. dar estas cosas de deuocion. De aqui se colige, que concediendose con especialidad hazer donacion para atraer el afecto a la Religion, se debe entender de donacion de mayor cantidad, y a personas que sea conveniente a la Religión tenerlas afectas, como Principes, Señores de titulo, Virreyes, Gouernadores, y Magistrados; y será conveniente averiguar, que cantidad se podrá dar a personas desta calidad por esta causa. La regla que en esto puede aver, es; que si la donacion fuere excesiva, será ilícita, è invalida, y pecará el Religioso que la hiziere, ò la consintiere, è incurrirá en las penas del Decreto de Clemente VIII. y el que

que recibió la donacion, tendrá obligacion a restituir a la Religion. Excesiva donacion es la que excede a lo que se espera, que apruebará a la Religion, ò Conuento el afecto, y amistad de semejantes personas, así de honor, y favores, como de utilidad de la Comunidad, y aumento en el Culto Divino. La primera razon con que esto se convence, es, porque la declaracion de Urbano VIII. dize expresamente, que la donación por esta causa se haga con moderacion, y discrecion: *Modeste tamen, & discrete;* y lo que no se dice con esta moderacion, y atencion, lo dexa comprendido en la rigorosa prohibicion de Clemente VIII. Esta moderacion, y discrecion, que pide dicho Decreto, consiste en que se atienda en la donacion lo bien que le puede estar a la Religion el afecto de personas tales, y que se modere la donacion, conforme a lo que así se espera. Esto se colige claramente del Decreto de Clemente VIII. que todo se ordena a que no se disminuya el patrimonio de Christo: así llama en dicho Decreto al caudal, y bienes de la Religion; y la declaracion de Urbano va ordenando las donaciones que permite por esta causa a que cedan en utilidad, y bien de la Religion; y consiguientemente siempre quedan prohibidas, ilícitas, y nulas las donaciones quantiosas, que no se moderan con dicho fin, y atencion a mayor emolumento de la Religion.

135. Segunda razon: las donaciones que se permiten hazer a semejantes personas, no se ordenan a enriquezerlas, ni para aumentarles el caudal, porque se supone, que son ricos, y poderosos, sin necesidad de cosa alguna temporal: y para que las donaciones que se les hiziesen aumentassen sus riquezas, y se estimassen por su valor, sería necesario que fuesen muy quantiosas; y con todo esto entre las riquezas de estos señores harian poco bulto, y disminuirian demasiado el patrimonio de Christo; y consiguientemente lo que se les puede dar, es alguna curiosidad, con que se les dè a entender el afecto que se les tiene.

136. Tercera razon: la dadiva que aprueba Urbano VIII. para atraer el afecto de semejantes personas a la Religion, ha de ceder en mayor bien de la Religion, de suerte, que no sea solamente perder; porque si de vn hombre Seglar rico, que es señor de su hacienda, y puede disponer de ella como quisiere, no se presume que quiere hazer donacion pura sin esperanza de mayor utilidad, porque sería perder, como dize el Derecho, l. Cum de in debito. ff. de prob. *Numquam ita*

*respinus est, ut facile suas pecunias iactet, & indobitas effundat.* Pues semejantes donaciones, que ni de vn Seglar rico las presume el Derecho, antes las tiene por ineptas, y contra toda razon, no es posible que las apruebe, ni permita el Derecho, ni los Decretos Pontificios en Religiosos, que las hagan de hacienda que no es suya, y que con tanta cuenta, y razon dispone el Derecho, y Decretos Pontificios, que se disponga della,

137. Cuarta razon: conforme a toda razon es, que las Iglesias, y lugares pios se illustren, y se aumente el Culto Divino, y favores de personas de grandes puestos, y calidad, y a ninguno parecerá decente lo contrario, que para hazer donaciones a personas ricas, y de tanta calidad, se despojen los Templos, y Religiones de sus haciendas, y se disminuya el Culto Divino, l. Sunt personæ. ff. de Relig. *Nam summa esse rationem, que pro Religione facit.* Y esta doctrina alientan por verdadera los Doctores, que han escrito desta materia. Lezana, qq. reg. to. 2. verb. Diana. n. 8. Diana, l. p. tract. 6. resol. 15. y otros que estos citan. Segun esta doctrina, tengo por cosa licita, que el Prelado de qualquiera Religion, que llega a la Ciudad donde asiste vn señor Virrey, o Gouernador, pueda darle vna curiosidad de las que especialmente se hallan en otra Provincia distante, aunque valga mas de 50. pesos; y aunque esto se hiziese cada año, no es mucho, por lo que personas semejantes pueden favorecer a vna Religion; y si alguna persona que estuviere en España, de quien se esperasse recibir favor grande, ò utilidad para la Religion, se le embiasse vna curiosidad de filigrana de plata, ò de oro, aunque valiesse docientos, ò trecientos pesos, ò algunas curiosidades de China, en que mas procure mostrar el afecto, que enriquezer a semejantes personas, y darles gusto, y atraerles el afecto por lo raro, y curioso, que por lo costoso, no sería ilícito, porque en tales donaciones no se pierde, ni se disipa el caudal de la Religion, porque ceden en mayor bien, y utilidad de la misma Religion.

138. Por la misma razon, y aun mayor, tengo por licito, que en China a los Virreyes, y Mandarines se hagan algunas donaciones de algunas curiosidades de Europa; pero no tengo por licito darles gruesas cantidades con que enriquezerlos, despojandolos los ministros Euangelicos de lo que han menester para su sustento, y de los pobres, y para adorno de sus Iglesias, y aumentos del Culto Divino, lo qual sería hazer costosissima la predicacion del Euangelio a los infieles, y comprarla a costa de dinero, contra el estilo



que guardaron los Apóstoles, y ha observado siempre la Iglesia, y demás desto se figuran otros graues inconvenientes de que se les den dadas quantias, porque los Mandarines se llenan de codicia, y mas atienden a lo que el Maestro de la Ley Euangeica les ha de dar, que a la Doctrina que enseña, y si cesan de darles, que no siempre avrá que, ó no les dan lo que ellos piensan que les pueden dar, levantan persecucion, y a vezes por envidia, creyendo, que a otros Mandarines dieron mas que a ellos: por todo lo qual tengo por cosa cierta, que no es licito hazer donaciones de mucho valor a los Principes, y Magistrados de Reynos de Infieles, sino que los Ministros Euangelicos se declaren por pobres, y mas aptos para recibir limosnas, que para hazer galanterias, y que estas curiosidades de Europa, que tal vez dieren a los Virreyes, den a entender, que las quitan de su pobreza, para mostrarles afecto, y viendo ellos, que lo que les sobra, ó lo que se quitan de su sustento, lo gastan en socorrer las necesidades de los pobres, y en cosas del Culto Divino, no puede dexar de edificarles.

139. Siempre en estas donaciones, que se hazen para atraer el afecto a la Religión, demás del fin que se pretende en ellas, se ha de atender la calidad de las personas a quien se hazen, y de las cosas que se dan, para que sean tales, que se agraden, y contenten, porque si no son cosas que semeñan personas suelen estimar, no les mueven el afecto, y por esto a personas de mas autoridad se pueden dar cosas de mas valor, aunque no se atiende principalmente al valor, sino a que sea cosa de su gusto, en que se les muevra el afecto, en la forma que queda dicho.

140. De la misma suerte, y con las mismas limitaciones se puede hazer donación para redimir la vexacion, ó agravio, que quisiere hazer a la Religion algun poderoso, como dize Peirinis, to. 1. de subdito. q. 2. cap. 2. §. 6. y Bart. a S. Faust. de vitio prop. q. 2. Por esta causa aprobé la donacion de cien pesos, que unos Religiosos hizieron en Isla Hermosa a vn ministro del Rey infiel Chino, que tratava de perturbar la Mision; pero se ha de atender a que con estas donaciones no se les dé ocasion a que para que les den mas, muevan cada dia persecuciones. En el caso que se dieron los cien pesos no avia esse riesgo, porque el que los recibió quedó obligado, de que si el Rey sabia lo que avia recibido por callar, lo mandaria clavar manos, brazos, y piernas en vna puerta, que es el castigo, y muerte mas rigorosa que se da en aquel Reyno a los delinquentes, que es como cru-

cificar, excepto que ambas manos se las enclavan juntas, vna sobre otra, con vn solo clavo, mas arriba de la cabeza, y las piernas abiertas las clavan cada vna de ellas en dos clavos, y suelen vivir en aquel tormento seis, ó siete dias.

141. La tercera causa, que aprueba Urbano VIII. para honrrar las donaciones de Religiosos, es, que se hagan por causas, que de su naturaleza sean virtuosas, y meritorias: *Alijque causas ex sui natura actum virtutis, & meriti continentibus.* De aqui se colige, que ningun Religioso Prelado, ni subdito tiene potestad de gastar, ó dar cosa alguna para vfos torpes, profanos, ó superfluos; pues expresamente exceptua lo que se da, ó gasta para cosas virtuosas, y meritorias; y todos los demás gastos, y dadas para otros fines, los dexa comprehendidos en la rigorosa prohibicion del Decreto de Clemente VIII. el qual en el §. 7. determina, que quien recibiere alguna cosa de Religiosos subditos, ó Prelados, no adquiriere dominio della, ni la haze suya, y está obligado a restituirla; y no puede ser absuelto, hasta que con efecto la restituya; lo qual se colige tambien del Derecho comun, cap. Non dicatis. 12. q. 1. y cap. Cum ad Monasterium. de statu Monach. no de se determina, que el Religioso no tiene cosa propia, y si es Prelado, solamente tiene la administracion de hacienda que no es suya, y assi no tiene potestad de distribuir en otros vfos particulares, sino en aquellos para que la tiene el comun. Por lo qual si alguno me ha parecido regular en conciencia vna opinion, que refiere, y lleva Diar. p. ro. tract. 14. resol. 2. vel 2. por la qual cita a Pelizari. tract. de Monach. cap. 4. sect. 1. y al Card. Lugo de inst. chap. 3. n. 142. y otros. Dize esta opinion, que si el Prelado da licencia a vn Religioso para gastar alguna cosa, sin determinar para que vfos, buenos, ó malos, no se presume, que limita la licencia, para gastar en vfos pios, sino que el Prelado, quanto es de su parte, quita el impedimento que tenia el subdito, por el qual no podia gastar; por lo qual si el subdito la gasta en cosas torpes, peccara en la torpeza, pero no contra el voto de la pobreza, en el gasto que haze, porque en aquel dinero con licencia legitima se gasta, y se saca de los bienes del Conuento, al qual no se haze mas daño que se gasten en cosas torpes, que si se gastasen en alguna recreacion honesta, que es lo mismo que decir, que el subdito no pecca en la substancia del gasto de aquel dinero, porque para esto tiene licencia legitima, sino en el modo torpe con que lo gasta.

Esta

142. Esta doctrina no la tengo por segura, porque el Prelado no es señor de cosa alguna, sino administrador, y assi no tiene potestad de gastar el mismo cosa alguna en vfos no pios, sino solamente en aquello para que se cometen la administracion, que esto es de razon esencial del administrador de hacienda que no es suya, que solamente disponga a gusto, y orden del dueño de la hacienda. Pues si el Prelado no tiene potestad para dar, ni gastar en vfos profanos, ó torpes, por la misma razon no puede dar licencia, ó facultad para que el subdito gaste en semejantes vfos, porque no puede dar al subdito mas facultad para gastar de la que el mismo Prelado tiene, como consta del Derecho, de reg. iur. In. 6. reg. 79. *Nemo potest plus iuris transferre in alium, quam sibi competere dignoscatur.* Y *Nemo ff. de reg. iur. Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet.* Y cap. Daibertum. 1. q. 7. *Quia nihil habuit nihil donare potuit.* Y alli la Glosa: *Pro non dato habetur, quod datur ab eo, qui de iure dare non potest.* El Prelado no tiene potestad de gastar en malos vfos, porque no es señor, sino puro administrador, y porque le está quitada por Derecho, y por Decretos de Summos Pontifices, la potestad de gastar en otra cosa, sino en las necesidades de lo comun, y cosas de virtud, y meritorias; y assi no puede dar al subdito facultad para gastar en otros vfos, sino en los que el puede; y si la intentara dar para otros vfos, no valiera; y si generalmente da licencia, sin restringir, ni limitar para quales vfos se entiende que da la facultad que puede dar, que es para vfos virtuosos, y el subdito que tiene dicha licencia para gastar, sin limitarle en quales vfos, y lo gasta en vfos malos, no solamente pecca en el modo del gasto, sino tambien en la substancia, y realmente lo da, ó gasta sin licencia legitima contra el voto de la pobreza, como el Albacea quien dexasse mandado el testador, que diese 50. pesos de limosna a pobres, ó a otras obras pias, y el los gastasse en otros vfos profanos, no solamente peccara en el modo, sino tambien en la substancia a la voluntad del testador, y estaria obligado a restituílos a la misma obra pia, en que se los mandaron gastar. Es esto tan cierto, que aunque vn Secular le diese a vn Religioso algun dinero expresamente, para que lo diese, ó gastasse en vfos malos, peccara contra el voto de la pobreza el Religioso, que assi lo gastasse, ó diese, y quien lo recibiese del Religioso, estaria obligado a restituílo al Conuento, porque desde el punto que el Secular dio el dinero al Religioso, adquirió el dominio el Conuento;

y se hizo del comun, y no pudo disponer de ello el Religioso, sin licencia del Prelado, y en vfos virtuosos, para que la puede el Prelado dar: solamente en caso que el Secular retuviese en si el dominio del dinero, que dava para vfos profanos al Religioso, no avria peccado contra la pobreza, ni tendria obligacion a restituir quien lo recibiese, porque en tal caso el Conuento no adquiria dominio del dinero, ni el Religioso recibia, ni dava, sino seria vn mero portador.

143. Para complemento desta doctrina se ha de advertir, que segun el Decreto de Clemente VIII. para que fuese licita, y valida la donacion que haze vn Religioso, se requeria, que la causa por que se haze fuese primero examinada, y aprobada en Capitulo General, por comun consentimiento de todos, sin discrepar vn voto, y que se hiziesse con licencia de los Prelados: *Nisi in generali Capitulo re nante discussa vniuersi consensu omnium, Superiorumque permissu causa approbata fuerit.* Y cosas de comer, ó de deuocion de poco valor, dispone, que no se puedan dar sin licencia del Prelado; y consilia, y consentimiento de los Conventuales, y en nombre de toda la Comunidad: *Præter leuora et cõsuetudina, seu ad deuotionem pertinentia munuscula, Communitati tantum, namquam vno particulari nomine (ubi Superiori de consensu Conuentus videbitur) tradenda.* Y para que vn Religioso pudiera dar a otro alguna cosa, por minima que fuese, ponia por requisito, que precediese licencia expresa del Prelado por escrito: *Inter ipsos quibus Religiosos quocumque largitio (nisi reuertit minimum de licentia expressa, & inscriptis Superiorum) sit penitus interdicta.*

144. Todo este rigor del Decreto de Clemente VIII. lo moderó Urbano VIII. en esta forma, que los Religiosos subditos, para hazer qualquiera dadas de las que aprueba la dicha declaracion de Urbano VIII. y quedari explicadas en esta resolucion, les basta licencia verbal de su Prelado inmediato, y no se requiere, que sea por escrito, ni que se tomen para esto los votos, y consentimiento de los Conventuales; y para que los Prelados hagan las donaciones referidas, no han menester licencia de otro Prelado Superior, ni consejo de la Comunidad, excepto en los casos que se requiere por Derecho comun; ó por los estatutos, ó costumbres de cada Religion, ó mandato de sus Superiores, que en estos casos, assi subditos, como Prelados, se deben ajustar al Derecho comun, y a sus constituciones, y loables costumbres, y voluntad de sus Prelados en qualquiera do-

nacion



nacion: *Si talis consensus de iure, vel ex constitutionibus, seu consuetudinibus cuiusque Religionis respectu in huiusmodi casibus requiratur.* Y por Derecho común, solamente para enagenar bienes raíces, ó muebles preciosos, se requiere consentimiento de la Comunidad, y licencia del Prelado Superior, como se dixo en otro lugar. En quanto a lo que está mandado, ó en vfo en cada Religión, no se puede aquí determinar, por ser mucha la diversidad de cada Religión; y aun en vna misma se haría por diferentes ordenaciones, y mandatos de Prelados, que ponen limitaciones a las donaciones de sus Religiosos, segun les parece convenir.

## CONSULTA XIX.

## PROPUESTA.

**Q**uanto podrá dar vn Religioso, para sustento de sus padres cada mes? Y si siendo Prelado, podrá tomar del común, que no ha recibido *inuitu persona*, y qué cantidad cada mes; y si lo podrá dar a otro Religioso, que tenga dicha obligacion de sustentar a sus padres?

## PARECER LXXXIX.

**145.** **R**esponde, que si los padres del Religioso estuviesen en extrema necesidad, tiene obligacion el Religioso á darles todo aquello, que fuere necesario para sacarlos de aquella necesidad; y aunque no sea Prelado, puede tomarlo de los bienes de la Comunidad, y de qualquiera parte, si no halla quien le dé para suplirla; y mucho mejor, si es Prelado, puede de los bienes del común suplir la necesidad extrema de sus padres, y la de los padres de otros qualquiera Religiosos, y la de otro qualquiera hombre: y qualquiera hombre, que sabe que alguno está en semejante necesidad, tiene obligacion precisa de hazerlo assi. La razon es, porque en extrema necesidad todas las cosas son comunes; y la division de las cosas, y diversidad de dominios, se introduxo por Derecho de las gentes, que desde el principio Dios crió todas las cosas comunes para todos los hombres, por lo qual instando necesidad extrema, cessa la division, y dominio de las cosas, en quanto es impeditiva del remedio de la extrema necesidad de qualquiera hombre, y entra el Derecho natural, prevaleciendo contra el Derecho de las gentes, y haciendo las cosas comunes, en quanto se remedia aquella necesidad. Consta esta doc-

trina del Derecho, l. Si laborante. ff. ad leg. Rhod. de lectu. y Cum eadem. *Si cibaria deficerent quod quisque haberet, in commune conferret.* Y allí la Glosa: *Omnia sunt communia, id est, communicanda tempore necessitatis.* Y cap. Paice. dist. 86. *Paice si me moriente, si non pauperis, fame occidisti.* Y allí la Glosa: *Tempore necessitatis cibaria omnia communia sunt.* Y la enseña S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. *Non omnis necessitatis obligat ad preceptum, sed illa sola, sine qua is, qui necessitatem patitur, sustentari non potest.* Y art. 8. ad 1. dize del Religioso subdito, que no puede dar limosna, sino es que tenga comission del Prelado para darla, y luego pone excepcion del caso de extrema necesidad, en el qual es licito al Religioso subdito harrar para dar limosna: *Nisi in articulo extremae necessitatis, in quo licitum est et furari, ut elemosinam daret.* Y Cay. in 2. 2. q. 101. art. 4. §. Ad huius. dize, que si vn hijo sabe, que su padre está en extrema necesidad, le debe pedir licencia al Prelado para focorrerle; y aunque el Prelado no se la dé, le debe focorrer, y dá la razon siguiente: *Quia preceptum iuris natura, & Divini in extrema necessitate praecedit omni voto, & vinculo, nec solum pro patre, sed pro quocumque homine in saeculi necessitate tenetur quilibet: non enim debent vota esse impeditiva operum iustitiae. Unde sicut licet furari propter extremam alterius necessitatem, ita licet actualem obedientiam Praelati subtrahere, & furari bona Ecclesiae, si aliter non potest patri subveniri.* Y Silv. verb. Elemosina, q. 5. dize del Religioso subdito, que *potest, & debet dare elemosinam, si viderit aliquem indigere ad mortem, non obstante contradictione Praelati.* Y este es comun sentir de los Doctores.

**146.** Pero la necesidad extrema succede pocas vezes, y de ordinario dura poco, porque ó le focorren, ó perece en breve el necesitado, y assi juzgo, que la necesidad de que se pregunta, no es extrema, ni quasi extrema, que consiste en caer notablemente de su estado: y quando vna persona está en este peligro, ó de venir a vna grande calamidad, y miseria, ay obligacion de focorrerle, casi como quando está en extrema necesidad. Supongo, pues, que en el caso presente no avrá esta necesidad, sino otras necesidades graves; v.g. que los padres de alguno, ó algunos Religiosos viuan con pobreza, y trabajo, y falta de muchas cosas; pero pasan, y viuen, y han viuido, y pasado assi muchos años. Esto presupuesto, se responde a las tres partes de la duda.

**147.** A la primera se responde, que el hijo está obligado a focorrer a sus padres, que pade-

padecen muchas necesidades, y pobreza, como dize S. Thom. 2. 2. q. 101. art. 2. y Cay. ibi. & in art. 4. Pero esta obligacion en el hijo Religioso está limitada de fuerte, que ha de focorrer a sus padres, salvo su estado, y la obediencia, y obligaciones de Religioso. Assi lo dize S. Thom. q. cit. art. 4. *Religio, & pietas sunt duae virtutes, nulla autem virtus alij virtuti contrariatur, quia secundum Philosophum bonum non est bono contrarium, unde non potest esse quod pietas, & Religio se mutuo impediunt, cuiuslibet enim virtutis actus debitis circumstantiis limitatur, quas si praetereat, iam non erit virtutis actus, sed vitij. Unde ad pietatem pertinet officium, & cultum parentibus exhibere secundum debitum modum.* De fuerte, que si acude a la piedad de los padres, mas de lo que permite la Religión, no será piedad, ni virtud, sino vicio. Allí Cayetano explica con vn exemplo el modo como vn hijo ya Religioso debe acudir a sus padres: *Religiosus tenetur ad iuvare patrem, salvo suo statu, hoc est, salva obedientia, sicut filius uxoratus non tenetur patri, nisi salvo statu conjugali.* Vn hijo, que se halla libre de obligaciones de Religioso, y de casado, está obligado a aplicarse todo a ayudar, y sustentar a sus padres, que padecen mucha pobreza, y necesidades, porque a esso le obliga el precepto de la piedad; pero el hijo que está casado, está obligado a focorrer a su padre, como casado, en lo que le diere lugar su estado, porque el precepto a sustentar a los padres, es afirmativo, y assi no obliga *semper, & pro semper*, sino a su tiempo, y con las debidas circunstancias: de la misma fuerte el Religioso debe focorrer a sus padres pobres, salvo su estado, y regular observancia, y assi no les puede visitar, ni dar limosna sin licencia de su Prelado, porque lo ha de hazer *salvo voto obedientiae, & paupertatis.* Por lo qual lo mas cierto, y seguro que se puede responder a esta primera parte de la duda, es, que le pueda dar cada mes la cantidad que el Prelado le diere licencia; pero qué cantidad le puede dar el Prelado licencia, contará, respondiéndole a la segunda parte de la duda.

**148.** Responde a la segunda parte de la duda, que algunos Autores dizen, que puede vn Prelado de vn Conuento dar de limosna de los bienes del Monasterio hasta 10. ducados, q. hazen 14. pesos. Assi lo dize Nauar. lib. 3. de restit. cap. 1. p. 3. dub. 1. n. 169. Fr. Luis Lopez, 1. p. infr. cap. 155. y lib. 2. de contr. cap. 40. Cordub. in Summ. q. 45. dub. vlt. Otros Autores lo estienden a que pueda dar en vn año diez ducados: otros dizen, que pueda dar hasta doze ducados, y otros a quinze,

y otros dizen, que cada mes dos ducados, y otros, que tres. Todas estas opintiones retiere Azor, to. 1. inst. mor. lib. 12. cap. 12. q. 4. y los mismos Autores dizen, que puede dar licencia para que lo mismo dé de limosna otro Religioso su subdito; pero no hallo razon, conveniente para passar a todos los Prelados, que no puedan passar de dicha cantidad, ni para que puedan darla, y assi lo mas comun de los Doctores, y mas bien fundado, y que se debe seguir, es, que se debe atender a la facultad, y posible del Conuento, y a las necesidades de las personas a quienes se ha de focorrer, y segun esso se ha de medir la limosna. Ningun Prelado puede dar de limosna, ni dar licencia para que la dé el subdito, de lo que el Convento tiene necesidad: y si la facultad del Convento es muy moderada, las limosnas deben ser muy moderadas, de fuerte, que no hagan falta a su Comunidad. Assi lo explicó S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. *Prius oportet, quod unusquisque sibi provideat, & his quorum cura ei incumbit, & postea de residuo aliorum necessitatibus subveniat.* Hase de atender tambien a la necesidad de los padres del Religioso (que no son iguales las necesidades de todos:) se ha de atender a si la familia, que necesariamente deben sustentar, es mucha, y si en algun tiempo se vieron en mucha prosperidad, que semejantes personas han menester mas que otras para vna moderada passada.

**149.** No es posible poner punto fixo de lo que ha menester vna familia, ó vna casa; pero se ha de atender a que no sea mucho mas de lo que han menester, porque ya no será obra pia, sino gasto superfluo, que no es licito al Prelado hazerlo de los bienes del Conuento: lo qual dize S. Thom. en el art. 5. citad. *Ex parte recipientis requiritur, quod necessitatem habeat, alioquin non esset ratio quare elemosina ei daretur.* A personas, que ha muchos años que viuen con pobreza, y se sustentan, y pasan, aunque con trabajo, qualquiera cosa que se les añada, es buena limosna: me parece, que esse Conuento, que es pobre, y sin rentas, que no tiene otra cosa, sino lo que le dan de limosna, quando mucho puede dar a los padres de vn Religioso de la calidad dicha (que es lo ordinario que puede suceder) hasta dos pesos cada mes; y esto es lo summo, porque no será solo vn Religioso, que tenga padres pobres, y ay otros pobres a quien acudir, y dos pesos cada mes, siendo cosa fixa, será suficiente limosna, excepto si fueran personas enfermas, que llegassen a estado, que no pudiesen buscar cosa alguna por otra parte, porque en tal caso,

caso, sería ya necesidad extrema, de la qual se dixo arriba, que se ha de dar todo lo que para remediarla fuere necesario. Demás de los dos pesos cada mes se le pueden dar quatro, ó seis pesos de vna vez en el año, para comprar ropa quando vale barata: y si alguna vez recibiese el Conuento alguna limosna muy considerable, como de mil pesos juntos, podia añadir algo mas; y en estas cantidades se incluye lo que el Prelado dá a los padres del Religioso, y lo que dá licencia para que les dé su propio hijo, porque todo lo que el Religioso adquiere, tambien es de la Religion.

150. Aunque si el Religioso, que tiene padres pobres, ganasse con su industria mucho, le podia el Prelado dar con segura conciencia licencia para dar vna buena parte de lo que adquiere a sus padres, porque esto cede en provecho, y utilidad de la Religion. Así lo dize Man. Rodr. in Summ. to. 1. cap. 190. y trae por exemplo al Conuento de San Estevan de Salamanca, que concede licencia a los Padres Cathedralicos, que den vna buena parte de las rentas de las Cathedralas a sus padres pobres; y quando algun Religioso vá a predicar a vn pueblo, le dan licencia los Prelados, para que la mayor parte de las limosnas de sus Sermones la dé a sus padres, si son pobres, y quando es poco, como hasta cien reales, le suelen dar licencia que lo dé todo a sus padres pobres. Manuel Rodrig. en el lugar citado, dize, que no es licito darle licencia, para darle a sus padres todo lo que el Religioso gana: y juzgo, que si el Prelado a bulto diese licencia al Religioso, que diese siempre a sus padres todo quanto adquiere, sin atender a las cantidades gruesas que pudiera adquirir, y a las necesidades de los padres del Religioso, sería licito, como dize Man. Rodr. Pero atendiendo a la cantidad que el Religioso ha adquirido, ó puede adquirir en el estado, y exercicio en que se halla, y conociendo, que no puede exceder dicha cantidad a lo que han menester sus padres para remediar medianamente sus necesidades, le puede conceder, que todo lo que ganare lo dé a sus padres: y regularmente hablando, al Religioso que con su industria, ó con limosnas que le dan amigos, adquiere alguna cosa, aunque lo así adquirido, es en rigor de la Comunidad, se le puede dar licencia para que lo dé a sus padres, si constare, que pasan graves necesidades, y el Conuento no necesita demasadamente de aquella limosna.

151. A la tercera parte se responde, que puede el Prelado dar la limosna dicha a sus

propios padres pobres, y a los padres de otro qualquiera Religioso, y dar licencia al mismo Religioso, para que la dé a sus padres: y otro qualquiera Religioso puede con licencia de su Prelado, socorrer del modo referido a los padres pobres de otro Religioso, porque de qualquiera manera destas que se haga, no se varia el caso, porque dello el Prelado, ó qualquiera de los subditos, siempre es cosa de la Comunidad, y el Convento es el que socorre la necesidad, porque todo quanto adquiere el Religioso es de su Conuento.

152. Ahora se me ofrece a mi otro caso: mas obligacion tienen los padres de socorrer a sus hijos, que los hijos a sus padres, porque la obligacion de socorrer los padres a los hijos, es natural, y *per se*, porque los padres son principio de sus hijos, y les dieron ser imperfecto al principio, y así tienen obligacion a socorrerlos, y sustentarlos, hasta ponerlos en perfeccion; pero los hijos *per accidens* están tal vez obligados a sustentar a sus padres: v. g. quando sucede, que los padres empobrezen, y el hijo tiene que darles. Todo es doctrina de S. Thom. 2. 2. q. 101. art. 2 ad 2. *Patet habet rationem principij, filius autem habet rationem a principio existentis, ideo per se patri conuenit, ut subueniat filio, sed quod filius aliquid conferat patri, hoc est per accidens ratione alicuius necessitatis.* V. R. es el Padre de esta Casa de San N. que le ha dado lustre, yo el Vicario della, y aora ay necesidad de que V. R. le aplique ciento y sesenta Missas, para que hagan docientas con las quarenta que me aplico quatro meses ha.

#### CONSULTA XV.

*Acerca de las licencias que puede vn Prelado dar a sus subditos, para gastar dineros, y las limosnas que puede dar.*

#### PROVESTA.

Muy escrupuloso me ha puesto su resolución de V. R. porque este Conuento viene a dar cerca de treinta pesos cada mes de limosnas, computandolo todo: mire V. R. que hemos de hazer con dos pesos? Doze pesos se dan solamente en la porteria, seis al que sustenta a sus padres, seis a otro, tres a otro, y luego yo limosnas sueltas cerca de dos pesos cada mes, y a vezes mas, y luego otras licencias extraordinarias, con lo qual son vnos treinta pesos, y a vezes mas: quitar esto, es como dar con el puño en el

Cielo;

Cielo, ni sé yo como otros Piores ayan podido escusar esto; y así corro, *sicut usque ad huc*, porque no veo remedio alguno: Dios me perdonará, que *ad impossibile nemo tenetur*.

Las Missas 160. quedan apuntadas, no se fatisará tan presto, porque tengo muchas obligaciones.

#### PARECER LXXX.

153. Agradezco mucho las Missas, y el perdón del pecado, que V. R. dize, me ha parecido semejante al del P. Fr. N. quando venia a estas Islas, que le mandaron recibir vna ayuda, porque se hallaba achacolo, rehusó, hasta que sabiendo el Prelado le mandó por obediencia, que la recibiese, y viendo que ya no podia rehusarlo mas, preparando se para ella, dixo: *Echenmela, y Dios nos perdone si pecamos.* Llama V. R. muy escrupulosa a esta resolución, porque la varia, y equívoca. La pregunta fue, de quanto puede dar vn Prior a los padres pobres de vn Religioso? Y la respuesta dize, que a los padres pobres de vn Religioso, que no están en extrema necesidad, y que ha muchos años que pasan con su pobreza, se pueden dar dos pesos cada mes: y añado otras cosas, que se pueden ver, y V. R. equívoca la resolución, como si en ella dixera, que juntas todas las limosnas, que se hazen en el Conuento, no deben exceder de dos pesos. No se colige de mi resolución esto, antes me aparté de todas las opiniones que señalan cantidad, que pueda dar el Prelado de vn Conuento, y no pueda exceder de allí, y medi las limosnas con la necesidad de los pobres, y bienes del Conuento. Averiguando aora, si es licito dar los 30. pesos, que dá este Conuento de limosna cada mes, en la forma que V. R. refiere; primeramente los 12. pesos, que se dan en la porteria, juzgo, que estos no se dan en dinero, sino que entra aqui la comida de lo que sobra en el Refectorio, que se reparte a los pobres, y algun arroz, que añadirá, por no bastar para tantos la morisqueta (es el arroz cozido en agua, y sirve de pan en las Indias) que sobra, y algun real, que se dá para pescado las noches que no cená la Comunidad.

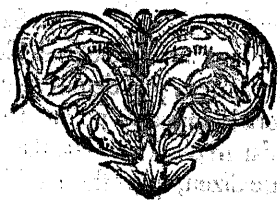
154. A esto digo, que dar esta limosna, es cosa tan asentada en este Conuento, y en todos, ó casi todos los Conuentos de nuestra Religion, que ya es como cosa de obligacion: y así quando en la bendicion de la mesa dezimos: *Edent pauperes*, se combida a todos los pobres, que quisieren venir a comer

a nuestra casa; y lo mismo se significa en la otra bendicion: *Oculi omnium in te sperant Domine, Et tuas escaam illorum.* En nuestros Conuentos se toca a comer para todos los pobres, que bastantemente pobres son los que van a comer a vna porteria; y de muchos Religiosos de especial virtud se lee en nuestras historias, que dexaban la mayor parte de su comida para los pobres: y si en ocasion no huviera bastante para comer los Religiosos, juzgo, que sería conveniente partir lo poco que huviesse con los pobres de la porteria, como commensales nuestros, si no se temiese, que lo llevarian muy malos Religiosos, y así lo hizo tal vez N. P. Santo Domingo. Y así esta limosna de dar de comer a los pobres lo que sobra, y añadir todo lo que fuere necesario, para que todos alcancen vna mediana comida, está aceptada, y canonizada en la Religion, como el mismo sustento de los Religiosos; y a esto mismo se reduce vna limosna de dos cabanes de arroz en cascara, que se dan en la porteria cada Sabado. Los dos pesos de limosnas menudas, de la misma fuente: no entran en cuenta. Comúnmente dizen los Doctores, que vn hijo de familias, y la muger casada, y vn mayordomo puede hazer estas limosnas, porque son como parte del sustento ordinario: dar a vn pobre vn pedazo de pan, ó vn quarto en España, y en esta tierra vna ganta de arroz, dos barrillas (son los quartos de por acá): ó vn real, que hagan al cabo del mes dos, ó tres pesos.

155. Quanto a las limosnas a padres, ó madres pobres de los Religiosos, dize, que quando ha muchos años, que padecen pobreza, y han pasado sin ayuda de su hijo, antes con la carga de sustentarlo, les puede dar dos pesos cada mes vn Conuento pobre, que viue de limosna: Lo mismo digo, si huviesse otros Religiosos, que tuviessen padres pobres de la misma calidad, que a cada vno puede dar los dos pesos cada mes: con esto se compadece, que si los padres de algun Religioso fuesen de mas calidad, caidos de mas riqueza, se les pueda socorrer con mas cantidad, como 4. pesos, ó seis cada mes, si se pudiesse, sin hazer notable falta al Conuento; porque lo licito destas limosnas se mide con la necesidad del pobre, y facultad del Conuento. Si quando el P. Fr. N. no era Sacerdote, y su madre estava sana, le diese el Conuento dos pesos cada mes, y lo demás que dize en el parecer, era lo mas que podia darla: aora se le puede dar mas, por dos causas. La primera, porque dizen, que está tullida, y no puede trabajar por sus manos, con que la ne-

cesidad ha crecido, y es quasi extrema. La segunda, que estos 6. pesos no los desembolfa el Conuento, sino que su hijo los busca con las tres Misas, que se conceden a todos los Religiosos; y ya dixe en el parecer, que mas cantidad, y con mas facilidad se puede dar al padre pobre del Religioso, quando lo gana el mismo Religioso. A mi parecer se les puede dar licencia para dar a sus padres de lo que el Religioso ganare licitamente, sin detrimento de su Comunidad, todo lo que no excede al remedio de la necesidad de sus padres.

156. Quanto a los demás Religiosos, que sin tener padres pobres, piden licencia para dar, o gastar dineros, si es para cosa necesaria, o conveniente al uso del mismo Religioso, o de otros de la misma Religion, o para otra obra conocidamente pia, o perteneciente a alguna virtud, se puede conceder, como la cantidad no exceda mucho a lo que se requiere para lo que la pide; porque aunque todo lo que el Religioso adquiere de su Conuento, con todo esto es mas facil darle la licencia, quando el lo ganò con su trabajo, è industria; pero si pide la licencia para gastar en cosas superfluas, juzgo, que alguna vez se puede conceder la licencia en alguna poca cantidad, como vno, y dos pesos; para condescender en algo con los flacos: *Quis infirmatur, & ego non infirmor.* 2. Cor. 11. con que les gane la voluntad, para entrar en las cosas austeras de Religion con suavidad; porque todo lo que se entabla con violencia dura poco: *Nullum enim violentum est perpetuum.* Y en este caso respecto del Prelado, que lleva esse fin, no es gasto superfluo, sino muy Religioso, y prudente; pero dar licencia general para gastar tanto cada mes, no lo tengo por conforme a Religion, y mucho menos a la Religion Observancia desta Prouincia, sino que pidan cada vez, que ruyeren que gastar, especificando la cantidad, y en que se ha de gastar. Y aunque tal vez se omitan estas circunstancias, por condescender, como se dixo arriba, siempre debe el Prelado procurar que se entable en la Religion con perfeccion el voto de la pobreza.



## CONSULTA XXI.

Sobre quanto pueda un Prelado, dar de limosna, hablando en comun?

## PROPUESTA.

HANME dicho, que vna resolucion de V.R. (es la del paretet antecedentemente) ha puesto timido, y escrupuloso al P. Prior, en materia de quanto se puede alargar en limosna, que dè por si, o con licencia, que dè a sus subditos, para darlas. Estimare mucho saber la regla, por donde en esta materia podamos guiarnos.

## PARECER LXXXI.

157. EN questiones, que por vna parte parece, que la caridad tira para ensanchar la resolucion, y por otra parte quiere estrechar la observancia Religiosa, es dificultoso, y peligroso señalar el medio de la razon, y prudencia; porque si la resolucion llega a manos de alguno, que pica mucho de austero, y Religioso; la tendrà por menos observante en la pobreza, y si llega a manos de otro amigo de dar a todas manos, sin limite, a titulo de caritativo, lo tendrà por de poca caridad. Cierto Religioso desta nuestra Prouincia (quando era Prouincial) dixo, que con mis pareceres ensanchaba las conciencias: otros por el contrario (y es lo mas comun) me juzgan en ellos por escrupuloso, y esto me sirve de consuelo, porque si todos tuvieran por largas mis opiniones, o todos por escrupulosas, no dexara de tener mucho fundamento, y verisimilitud lo que todos vnànimes juzgassen, como dixo el Philosopho 7. & hic. cap. 14. *Opinio non perditur quam populi multi famant.* Pero diziendo vnos, que son anchas; otros, que estrechas; no puede ser muy cierto, ni muy evidente, que sean estrechas, ni que sean demasadamente anchas. La verdad es, que siempre he procurado huir de ambos extremos, no teniendo por acertado andar estrechando las conciencias, ajustandome en esto a lo que dize la Glossa sobre el prologo de nuestras constituciones, lit. 1. refiere alli tres cosas, que impiden la salud de las almas: *Tria sunt precipue, qua salutem impediunt animarum, licet non sint contra ordinem.* Y la tercera dize, que es el llevar opiniones muy austeras. *Tertium est nimia austeritas in consilijs, & opinionibus, terrentur enim homines ex hoc, in tantum, ut salutem propriam negligant.* Y mas abaxo nos man-

manda suavizar nuestras opiniones: *Relaxanda est (quoniam fieri potest) rigiditas, & austeritas in consilijs.*

158. Procurè en mi resolucion no ser muy rigido, y estrecho, para dar lugar a la caridad, y misericordia; pero fue forçoso no dilatarla demasado, para que lo tuviera el voto de la pobreza Religiosa, y Decretos de Santos Pontifices, que estrechan mucho las dadivas de la hacienda de los Conventos. No pue limite fixo en las limosnas, de fuerte que no se pudiese passar del, porque la materia es arbitraria, que no lo permite: y asi referidas las opiniones, que señalan cantidad fixa, de que no se pueda passar, me apartè de ellas, y pulè latitud, no tan estendida, que cada vno pueda dar quanto quisiere de la hacienda comun, sino *clausa* entre dos terminos, entre los quales se ha de medir, y ajustar la limosna, que haze vn Prelado de vn Conuento para ser justificada. Estos son el caudal del Conuento, y la necesidad del pobre, con su calidad, y otras circunstancias de familia, &c. que hazen mas urgente la necesidad que se va a remediar: no es obra pia, ni limosna, sino donacion prohibida en la Bula *De largitione munerum.* Y aun quando ay necesidad verdadera que remediar, como el remedio no consiste en indiuisible, diferentemente la ha de remediar el Prelado de vn Conuento pobre, que el de vn Conuento rico. El Conuento de la Cartuxa de Seuilla sustenta a los padres pobres de los Religiosos de alli, y para esto arbitran quanto han menester, conforme a la calidad de las personas, para su sustento en vn año: y aun al que tiene padres pobres, que trata de entrar en su Religion, ofrecen de sustentarlos, y lo hazen con la abundancia, que no exceda la razon de limosna, y obra pia. Esto puede hazer licitamente vn Conuento tan rico, como el de la Cartuxa de Seuilla, y aun todos los Conventos de dicha Religion; pero los Conventos pobres, que viuen de limosna, no podrán remediar las necesidades ocurrentes con tanta abundancia, que los necesitados no las sientan, sino harto haràn de focorrerlas, para que con menos trabajo las puedan passar.

159. Finalmente digo, que el Prelado para dar limosnas, y conceder licencia para que sus subditos las den, debe atender a tres cosas. La primera, que no falte a lo necesario de su Comunidad, que esta corre mas especialmente por su cuenta, como ensena S. Thom. 1. 2. q. 32. art. 5. *Prims oportet, quod unusquisque sibi provideat, & his quorum cura ei incumbit, & postea de residuo aliorum neces-*

*statibus subveniat.* Dirà el demasadamente limosnero, que dar limosna, y confiar en Dios: contra cito dize S. Thom. 2. 2. q. 101. art. 4. que es tentar a Dios, aguardar el auxilio Diuino, dexando los medios humanos, y prudentes: *Hoc esse tentare Deum cum habeas ex humano consilio, quid ageret periculo Communitatem exponeret sub spe Diuini auxilij.*

160. Lo segundo que ha de atender, es, que a titulo de limosna, no se relaxe la observancia regular, y voto de pobreza, dando licencia para que cada Religioso busque, y dè de limosna lo que pudiere adquirir, en lo qual ay mucho que reparar. S. Thom. en el lugar citado dize el modo con que vn Religioso debe focorrer a sus padres necesitados: *Tenetur salva sui Prelati obedientia, & sue Religionis statu pium studium adhibere qualiter eius parentibus subveniatur.* La limosna mas pia que ay, es la que haze vn hijo a su Padre necesitado, y para hazer esta dize S. Thom. que no ha de hazer el Religioso cosa, que no sea conforme a su estado, y de la misma fuerte el Prelado para dicho fin no ha de conceder cosas, en que se disminuya la observancia regular, y mucho menos para hazer limosnas a estraños, que no aviendo extrema necesidad, es mas meritorio en el Religioso, que no tiene administracion de hacienda, estar libre de estos cuydados, que hazerla, como dize S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 8. ad 1. *Bonum est facultatis cum dispensatione pauperibus erogare, sed melius est absolutum sollicitudine eger e cum Christo.*

161. Lo tercero, que se entienda, que aquel a quien se dà la limosna, tiene verdadera necesidad, y que la limosna no exceda notablemente la necesidad, porque faltando esto, no serà limosna, sino donacion, como dize S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. *Ex parte recipientis requiritur quod necessitatem habeat, alioquin non esset ratio quare elemosina ei daretur.* Las limosnas que se hizieren con estas circunstancias, son justificadissimas, y observandolas, de tal fuerte se acudirà a las obras de caridad, y misericordia, que no se relaxará el voto de nuestra pobreza Religiosa, ni se irá contra el Decreto *De largitione munerum*; y de tal fuerte se zelará la estrechura de nuestra pobreza, que no se falte a la caridad, ni se haga el Prelado odioso a los Religiosos subditos, que sienten mucho a vezes, que no se les dè licencia para remediar con la limosna que les dan por sus Misas, alguna necesidad graue, que alcançan a saber.



## CONSULTA XXII.

*Quantum possit dare Religiosus suo filio spurio?*

## PROPVESTA.

**Q**uæritur, an Religiosus ex his, qui beneficium habent Parrochiale, qui vulgo Priores, & Vicarij, &c. dicuntur, aliquid suo possit dare spurio, & quantum in ordine ad alimenta, vel alio quouis titulo, & utrum ad hoc requiratur Prælati licentia?

Proponitur hoc quæsitum latino idioma te, ut si forsam pervenerit ad manus aliquorum, quorum hæc scire non interfit, in ipso contenta non intelligant, quam ob causam supplex exoro, ut latino idiomate resolutio fiat?

## PARECER LXXXVII.

**162.** **C**um latino sermone conscriptum offeratur quæsitum; superflua vix est exoratio, quia mos mihi est, naturalisque ratio exigit, ut interrogatio, & responsio idiomate convenient. Qui enim idioma te Hispano interrogatus, idioma te responderet Græco, vel Latino; incongrue responderet, ac plane conuinceretur satisfacere nolle, sicut nec intelligi.

**163.** Ut ergo solutio clarius pateat, notandum est, duplici obstaculo clausam esse patri Religioso viam donandi proprio filio spurio. Primum obstaculum est ex parte patris, quia Religiosus professus est. Secundum ex parte filij, quia spurio est: unde ex parte utriusque reperitur conditio obstans donationi, illam reddens illicitam, atque invalidam. Professio quidem obstat donationi, quia reddit Religiosum totius incapacem dominij, ut constat ex cap. Non dicatis. 12. q. 1. *Cum non solum facultatibus, sed voluntatibus proprijs renunciantur.* Et cap. Duo sunt eiusd. q. *Nullam inter se proprietatem habentes, debent habere omnia communia.* Et cap. Scimus. *Quicumque vestrum communem vitam susceptam habet, & vovit, se nihil proprium habere, videat ne pollicitationem suam irritam faciat, sed hoc, quod domino est pollicitus, fideliter custodiat, ne damnationem, sed premium sibi acquirat, quoniam melius est non vovère, quam votum non perficere.* Et licet ista ita perspicua non essent; ratio conuincit, quod per professionem excludit à se Religiosus omnem proprietatem cuiusque rei, omneque dominium ob votum strictissimæ paupertatis, quo omnibus rebus

renuntiauit suis, ac incapacem se constituit cuiuscumque rei dominij, incapax igitur est donandi, quia donans transfert in alterum dominium, quod ipse habebat in re. Unde, qui nullius dominium rei habebat, nec habere poterat, nec in alterum transferre dominium aliquod potuit. Quod perspicue habetur in iure. l. Nemo. ff. de reg. iur. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.* Et cap. Nuper. de donat. inter virum, & uxorem. *Nullus plus iuris in alium transferre potest, quam eum constat habere.* Et cap. Dairbertum. 1. q. 7. *Quia nihil habuit, nihil dare potuit.* Neque hæc certissima, ac generalis doctrina exceptionem patitur. Ex eo quod Religiosus beneficium habeat quasi Parrochiale, & quidquid donaturus esset, proprio acquireret labore in administratione indorum, quia ex hoc nullum dominium sibi acquirunt Religiosi, utpote incapax dominij ex vi professionis, & voti paupertatis in professione emissi; ex quo quidquid acquirunt, non sibi, sed Monasterio acquirunt, ut decernitur in iure Canonico, cap. Abbates. 18. q. 2. *Omnia qua acquisierit, ab Abbatibus auferantur secundum regulam Monasterio profutura.* In hoc capite est sermo de Religioso, qui extra Monasterium, & extra obedientiam existens, aliqua acquisiuit bona, ac decernitur, omnia non Religioso, sed Monasterio acquisita. Potiori igitur iure, quæ Religiosus acquisierit in prælatura, ac ministerio indorum, in quo ab ipsa Religione institutus est, Religioni acquiruntur, & non Religioso. Et cap. Quanto. de off. iud. ord. decernitur, quod quidquid Religiosi acquisierint: *In manibus Prælatorum suorum sine difficultate resignent, convertendum in utilitatem domus secundum Abbatis consilium.* Et cap. Cum ad Monasterium de statu Monach. sic habetur: *Si quidquam alicui fuerit specialiter destinatum, non presumat illud accipere, sed Abbati, vel Priori, vel cellerario assignetur.* Ex quo evidenter colligitur, quod bona, quocumque Religiosi labore, ac industria, parta, non acquiruntur Religioso, nec Religioso, cuius labore acquisita sunt, ea distribuendi, vel consumendi ad libitum suum gaudet facultate: quia non sibi acquisiuit, sed Religioni, sicut de bobus, ouibus, auibus, & apibus dixit Poëta.

Si vos non vobis fertis aratra boues.

Si vos non vobis vellera fertis oues.

Si vos non vobis nidificatis aues.

Si vos non vobis melificatis apes.

Quia dominium, quod brutis ob rationis carentiam denegauit natura, amplectentes vitam Religiosam, à se ob perfectionis amorem abiecerunt.

Se-

**164.** Secundum obstaculum, ex parte filiorum se habeas, ostenditur ex legibus donationum filijs spuris fieri prohibentibus ex bonis paternis, & si fiant, irritas penitus decernentibus. In primis, in legibus partitarum perspicua est hæc prohibitio. l. 10. tit. 13. p. 6. ibi: *Decernitur filios spurios, nihil posse capere ex bonis paternis, neque ex testamento, neque ex donatione, & si pater aliquid eis donauerit, donatio non tenet.* Unde disponit lex, ut alij, ad quos bona sic data filio spurio pertinerent, ea exigant, & accipiant, at si non sint heredes, ad quos pertinere possint, fisco capiat. Ex quo constat secundum leges Regni, bona data filio spurio ex bonis paternis esse vacantia, nullumque habere legitimum possessorem, sed tantum esse iniuste occupata à spurio incapaci dominij bonorum patris. Deinde in Noua Recop. l. 6. tit. 8. lib. 5. Prohibetur filios spurios Clericorum siue ex donatione, seu alia quavis via, aliquid ex bonis paternis accipere. Et l. seq. Extenditur hæc dispositio ad filios spurios Religiosorum. Præterea in authent. quibus modis naturales. § vlt. Excluduntur penitus filij spurij à bonis paternis, ita rigide, ut etiam alimenta decernat esse deneganda, & eodem prorsus modo in authent. licet. C. de natur. liber. excluduntur spurij ab omni bonorum paternorum participatione. Idem reperitur in authent. ex complexu. C. de incestis. his verbis. *Ex complexu nefario, aut incesto, seu damnato liberi, nec naturales sunt nominandi, omnis paterna substantia indigni beneficio, ut nec alantur à patre.*

**165.** Propter has leges communis sententia tenet, filios spurios ex bonis paternis nihil accipere posse (præter alimenta, ut postea dicitur) & si acceperint, restituere tenentur, quia per leges prædictas fiunt, incapaces accipiendi, ac retinendi huiusmodi bona, quia prædictæ leges non sunt pure penales, sed dispositiue, ac iustæ, in habiles reddentes spurios ad acquirendum prædictorum bonorum dominium. Et ideò ante iudicis sententiam ipso iure tenentur bona restituere paterna, si illa acceperint: sic Doctores communiter tam antiqui, quam moderni. Bart. in l. fin. ff. de his quibus, ut indigni. Couarr. in 4. Decret. 2. p. cap. 8. conf. 1. Julius Clarus, lib. 3. q. 13. Soto, lib. 4. de iust. q. 5. art. 1. ad 4. Bañez 22. tract. de dominio. Molina, to. 1. de iust. tract. 2. disp. 167. Cruz, in Summ. præcep. 7. de domin. dub. 12.

**166.** Occlusa ex veraque parte via, ut bona paterna ad filios, nequeat peruenire spurios, ostiolum quoddam, quo aliqua, licet non omnia, possint ad ipsos intrare, appertum re-

manit, iure naturali eius totali occlusioni resistente: quia obligatio patris tribuendi alimenta filio, quando ea aliunde non habet, omnino naturalis est, ex visceribus naturæ orta, quæ sicut animantia ratione carentia, instinctu ac propensione naturali, ita homines naturali præcepto ad filios constringuntur alendos, quandiu ipsi inhabiles ad quaerenda alimenta sunt.

**167.** Et quidem, quod filij spurij, ex eo quod spurij sunt, non impediuntur alimenta à patribus capere, nec patres ea ipsis præbere, ius Canonicum statuit cap. Cum haberet de eo, qui duxit, ubi præcipit quemdam virum à femina separari cum qua, relicta propria uxore, matrimonium contraxerat, ac publice in adulterio, & periurio ex certa scientia perdurans, Ecclesiam grati scandalo perturbauerat. Ex qua detestabili coniunctione, cum decem haberent filios, decernitur ibi, ipsis necessaria ab utroque parente ministranda, his verbis: *Uterque liberis suis secundum, quod eis suppetunt facultates necessaria subministret.* Et ibi Gloss. *Ius istud præfertur civili.* Immo leges Regni, licet in criminis detestationem filios spurios à bonis arceant paternis, clarissime indicant, non de alimentis ipsas loqui, ut videre est in lib. 5. Nou. Recop. tit. 8. l. 8. Vbi præcipit, quod si aliquando pater, aut mater teneatur ad alimenta præstanda alicui ex filijs illegitimis, nequeat ipsi præbere ultra quintam bonorum partem. Ecce leges Regni supponunt dari posse casum, in quo pater teneatur alimenta præstare filio illegitimo, & casum huius legis occurrere, quando filius aliunde alimenta habere nequit, nisi ex bonis paternis, & ratio conuincit: quia alimenta præstare filijs, etiam spurijs, est præceptum iuris naturalis, cap. Ius naturale. dist. 1. *Ius naturale commune est omnium nationum, eoque ubique instinctu naturæ, non constitutione aliqua habetur, ut liberorum successio, & educatio.* Et inst. de iur. natur. §. ius. ita habetur. *Ius naturale, quod natura omnia animalia docuit, hinc descendit liberorum educatio, hinc procreatio.* Idemque omnino habetur. l. Iuris. ff. iust. & iur. & est communis sententia Doctorum. D. Thom. 2. 2. q. 189. art. 6. & q. 101. art. 2. ad 2. Suar. de Relig. lib. 5. cap. 6. Sanch. in Summ. lib. 4. cap. 20. n. 34. Leand. de iuram. tract. 1. disp. 23. q. 2. Quibus addendus est Cicero. lib. 3. de finibus inquiring. *A natura ipsa impellimur, ut eos quos genuimus, nutriamus, & amemus.* At quod iuris naturalis est per nullam legem humanam, aut potestatem potest abrogari, vel mutari. Ut docet D. Thom. 1. 2. q. 94. art. 5. & constat ex cap. Neque hæc. dist. 5. *Naturale ius, nec variatur, sed immutabile sem-*

*semper per manet.* Addit ibi Gloſſ. *Immutabile, quoad præcepta, & prohibitione.* Et cap. Non est. diſt. 6. Oſtendit legem antiquam abrogatam fuiſſe, quo non obſtante præcepta moralia permanere, quia naturalia ſunt. Sic enim ait: *Moralia mandata ad naturale ius pertinent, atque idè nullam mutabilitatem recipiſe monſtratur.* Et poſt pauca: *Naturale ergo ius ab exordio rationalis creatura incipiens manet immobilitate.* Et ratio demonſtrat, quia quæcumque humana iura vim habet à iure naturali: idè enim leges ac præcepta humana obligant, quia ius naturale præcipit: *Vt omnis anima poteſtatibus ſublterioribus ſubdita ſit.* ad Rom. 13. *Et obedite præpoſitis veſtris, & ſubiaceite eis.* ad Hebr. 13. Vnde ſi leges humane legi nature præiudicium poſſent inferre, vel in aliquo derogare; ſe ipſas deſtruerent, ſi quidem fundamentum à quo ipſe robur capiunt, labefactarent. Deinde ius naturale ab authore nature ſimul cum ipſa natura conditum eſt: ergo nulla poteſtate inferiori abrogari poteſt: ergo nulla humana poteſtas, ut poteſt inferior, ac dependens ab authore nature, poteſt iuri nature in aliquo derogare. Tertio denique; ius naturale in eſt naturaliter ipſi nature ac in nature viſceribus radicatum eſt, quia propter quidquid contra ius naturale eſt, lumini naturali opponitur, rationique naturaliter diſſonat: ergo niſi natura deſtruatur, naturaliaque inuertantur; non poteſt ius naturale abrogari, vel immutari, ac ſimiliter quidquid contra ius naturale fuerit, non poteſt non opponi rationi, ac lumini naturali, ac conſequenter non poteſt non habere deformitatem. Si ergo ius naturale immutabile eſt, nec cõtra ipſum leges poſſunt prævalere humane, & hoc alimenta præſtanda filiis à parentibus ſtatuit, manet ſtabile hoc ſtatutum, parentes que poſſunt, immo tenentur alimenta præſtare filiis, quamvis ſpurij ſint, quia ex hoc non deſinunt eſſe filij, quidquid in contrarium ſtatuant leges humane, quæ in hoc ſenſu explicandæ ſunt, ut præter alimenta, nihil aliud filij ſpurij ex bonis paternis capere poſſint.

168. Secundum ſimiliter obſtaculum profeſſionis, alimentorum non clauſit omnino oſtium, quod ratione nuper allata oſtenditur, quia Religioſa profeſſio iuri non opponitur naturali, nec eius obſeruantiam infringit, aut debilitat, ſed potius ad maiorem eius obſeruantiam ordinatur, nec enim eſſet bona Religio, ſi opponeretur iuri naturali. *Quod numquam in iuribus, ſed naturalibus æquum quæ habetur.* cap. Ius. diſt. 1. Quia eſſet requiſiti naturali contraria, & conſequenter ab æquitate, & reſtitutione deſiceret. Quæ om-

nia docuit elegantiffime D. Thom. 2. 2. q. 101. art. 4. *Religio, & pietas ſunt due virtutes, nulla autem virtus alij virtuti contrariatur, aut repugnat, quia ſecundum Philoſophum in prædicamentis bonum non eſt bono contrarium, unde non poteſt eſſe, quod pietas, & Religio ſe mutuo tuo impediant, ut propter actum vnius, actus alterius excludatur. Cuiuslibet enim virtutis actus debitis circumſtantijs limitatur, quas ſi prætereant, iam non erit virtutis actus, ſed vitij.* Ex quibus verbis perſpicue colligitur: non eſſe contra profeſſionem Religionis filiis alimenta ex pietate paterna præbere, neque contra paternam pietatem prædicta alimenta propter paupertatem reſtringere Religioſam, ita ut alimentorum limites non excedant. Colligitur eadem veritas ex doctrina eiufdem Angelici Doctõris. 2. 2. q. 189. art. 6. dicentis: *Non liceret aliis filios habenti Religionem ingredi omnino prætermiſſa cura filiorum, id eſt, non pro viſo qualiter educari poſſint.* Præterea q. 101. art. 4. Ait filios Religioſos, quorũ pareres graues patiuntur neceſſitates: *Teneri parentibus ſuccurrere ſalua ſui Prælati obedientia, & ſue Religionis ſtatutis.* Et hæc eſt communis ſententia Doctõrum. Videantur Sanchez in Summ. lib. 4. cap. 20. n. 10. D. Anton. 3. p. tit. 16. Silv. verb. Relig. 6. q. 9. Nauarr. in Summ. cap. 14. n. 14. & comment. 3. de regular. n. 48. Ludou. Lopez, 1. p. in ſtr. cap. 54. Saa, verb. Relig. n. 2. Roſel. verb. Relig. 2. n. 7. Cordub. in Summ. q. 14. 1. Paſarel. in priuileg. Minimor. cap. 42. Immo nullum reperi authorem, qui abſolute filium eximat Religioſum ab obligatione ſuccurrendi parentibus, graues patientibus neceſſitates: at grauior, & vrgentior eſt obligatio parentum ad alendos filios, quam filiorum ad alendos parentes, ut docet D. Thom. 2. 2. q. 101. art. 2. ad 2. Et ratio, qua probat eſt manifeſta, quia parentibus per ſe conuenit alere filios, quia ſunt principia filiorum, & eis eſſe, & vita contulerunt, unde ad ipſos per ſe pertinet alimenta præbere filiis, quoad uſque in ſtatu conuenienti conſtituantur: filijs autem per accidens, & ocaſione neceſſitatis competit parentibus alimenta tribuere, & hoc indicat ſacra pagina 2. Cor. 12. *Nec debent filij parentibus theſaurizare, ſed parentes filijs.* Ergo parentes Religioſi tenentur alimenta præſtare filiis, etiam ſpurij, quia ex eo quod ſpurij ſunt, non deſinunt eſſe filij.

169. Oſtenſa obligatione parentum Religioſorum erga filios ſpurios; examinandum eſt, an ad alimenta filiis præſtanda Prælati prærequiratur licentia? Et quidem ſi is qui alimenta daturus eſt, eſt Prior, vel Prælatuſ Conuentus, ſeu domus (licet ipſe ſolus in Conuentu, vel domo habet)

ret) non indiget licentia Prouincialis ad alimenta ſpurio filio præſtanda. Ratio eſt, quia ipſe Prælatuſ eſt ſecundum regulas Religionis conſtitutus, & conſequenter ei à Religione commiſſa eſt cura, ac adminiſtratio Conuentus, ac bonorum ipſius, & eidem competit alijs, vel alijs Religioſis, qui in eodem habitarent Conuentu, licentiam præbere adſumptus moderatos, rationabiles; ac decentes faciendos. Ergo ipſe Prælatuſ poteſt ſumptus ſimiles facere, quia quidquid Religioſi ſubditi facere poſſunt de licentia Prælati localis, poteſt ipſe Prælatuſ facere abſque alterius Superioris licentia, quia ſibi ipſi indulgere poteſt, ſicut indulget alijs, ſe cumque diſpenſare, ſicut diſpenſat cum alijs. Ut tenet communis ſententia Doctõrum cum D. Thom. 2. 2. q. 185. art. 8. dicente de Epifcopo Religioſo: *Poteſt diſpenſatione uti, ſecundum quod requirit neceſſitas perſona, vel officij, vel conditionis hominum, cum quibus vinit, per modum quo etiam Prælati Religionum in talibus ſecum diſpenſant.* Videantur D. Anton. 3. p. tit. 20. cap. 2. Silv. verb. Religio. 6. q. 10. & Relig. 7. q. 12. & verb. Teſtamentum. 2. q. 2. Turrecr. de Monach. 16. q. 1. Angelus, verb. Monachus. n. 7. & triplici ratione conuincitur. Prima, quia poteſtas diſpenſandi, aut licentiam tribuendi, ut ſubdito liceat, quod ſine licentia facere ei non liceret; non eſt iuriſdictio contentioſa, cum non requirat teſtium probationem, nec partis citationem, ſed ſolum cognitionem extraiudicalem cauſæ ſufficientis, ut licentia, vel diſpenſatio concedatur: & huiufmodi licentia, aut diſpenſatio non confertur per modum ſententiæ abſolutiuæ, vel condemnatiuæ, ſed per modum ſimplicis conceſſionis, & gratiæ, quod nullatenus exigit diſtinctionem perſonarum, & conſequenter poteſt Prælatuſ huiufmodi licentia, ſeu diſpenſatione uti.

169. Secunda, quia ſi Prælati inſimilibus rebus indigerent licentia alterius Prælati Superioris; eſſent peioris conditionis quam ſubditi, ſi quidem hi ſemper habent Prælatum localem præſentem, cuius licentia, aut diſpenſatione vtantur, quoties ipſis opus ſit; Prælatuſ autem localis ad Prouincialem recurrere deberet, quod eſſet valde moleſtum.

170. Tertia: *Conſuetudo eſt optima legum interpres.* cap. Cum dilectus. de conſuet. & l. Si de interpretatione. ff. de legib. At conſuetudo obtinuit, ut Prælati locales licentiam, aut diſpenſationem non exigant a Prælato Superiore circa res, in quibus ipſi licentiam, aut diſpenſationem tribuunt ſubditis ſuis, ſiquidem non exigunt à Prouinciali licentiam, ut è Conuentu exeant, neque ut ſumptus fa-

ciant neceſſarios ad Eccleſiæ, vel domus reparationem, aut ad ſui veſtimentum, ſeu ad Medicum conducendum ad ſui curationem, & generaliter ad omnes ſumptus ſibi, vel Conuentui neceſſarios, aut conuenientis: ergo ſimiliter non indiget licentia alterius Superioris Prælati, ut filio alimenta tribuat, quia hæc alimentorum miniſtratio non eſt exitimanda donatio, ſiue largitio ex liberalitate, ſed ſumptus obligatorius, ac neceſſarius Religioſo habenti filium, ſiue ſpurium, ſiue naturalem, vel legitimum.

171. Nec obſtat, ſi opponas Religioſos Prælatos in domibus miniſterij indorum ſæpius non habere ſubditos, quibus licentiam conferant, aut diſpenſationem, cum ſolus Prælatuſ in qualibet harum domorum ſæpe habitet, & aliquando vnum, vel ad ſummum duos ſocios habeat ad adminiſtranda indiſta Sacramenta deputatos.

172. Reſp. Eſſe veros Prælatos, licet ſubditi ſæpe carant: quia ſi ad Conuentus, ſeu domus miniſterij ipſorum, Prælatuſ Superior mitteret alios Religioſos; ſubditi eſſent Prælati illius domus miniſterij, ac ab ipſo licentias, ac diſpenſationes exigerent: ergo ſignum eſt, ipſos vere eſſe Prælatos, habere que facultatem concedendi licentias, ac diſpenſationes ſubditis, ſi eſſent, quod ſufficit, ut ſibi ipſis concedere poſſint. Quod limita, niſi in Religione ſit ſtatutum, aut à Superiori Prælato præceptum, aut ordinatum, ut ſimiles ſumptus non fiant ſine licentia Superioris Prælati: quia huiufmodi mandatum (ſi fuerit) æquum eſt, ac rectæ rationi, & Religioni conſentaneum, & conſequenter ligat, & aufert à Prælatiſ localibus facultatem prædicta alimenta largiendi ſine Prælati Superioris licentia.

173. Si Religioſus habens filium ſpurium ſubditus ſit, licentia eget, ut licet, & validè poſſit ei alimenta præbere, ut decernitur. cap. Non dicatis. 12. q. 1. *Cum non ſolum facultatibus, ſed voluntatibus proprijs renuntiauerint, & ſe per promiſſam obedientiam penitus aliorum poteſtati, & imperijs pro Chriſto, & in Chriſto ſubdiderint, certum, & eos nihil habere; poſſidere, dare, vel accipere debere, ſine Superioris licentia.* Et ratio eſt, quia Religioſus ſubditus non habet à Religione generalem adminiſtrationem rerum, cum hæc committatur à Religione ſolum Prælatiſ, cum iuxta regulam inſtituuntur, & ſi ſubditis aliqua rerum adminiſtratio committatur, eſt limitata ad certos, & determinatos fines, quos nefas eſt prætereire. Vnde ſi nec licentiam Prælati habeat ad conferenda alimenta filio, quo non obſtante, alimenta tribuat ei;

uitur pecunia tamquam dominus, quia ille usus non est ex commissione ordinis, neque ex facultate Prælati, sed propria autoritate: ergo contra paupertatis votum agit, quo à se omne rerum dominium abiecerat, omnem quæ usum ex propria descendente voluntate, immo agit contra septimum Decalogi præceptum, furtum committens, cum pecunias non suas, sed Religionis distrahat, ac alienet sine Religionis consensu. Filius quæ accipiens restituere tenetur, quia pater Religiosus non potuit transferre in filium rerum dominium, quod non habebat, quia nemo plius iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. l. Nemo. ff. de reg. iur.

174. At si petita licentia, & non obtenta filius non haberet aliunde alimenta, misere quæ degeret; posset Religiosus subditus, & similiter Prælati localis (si ei prohibitum esset similes facere sumptus, absque Provincialis licentia) occulte tribuere alimenta filio, etiam renuente Prælato, ac sub censuris prohibente. Ratio est, quia Religiosus tenetur iure naturali filio alimenta præbere, vt supra ostensum est, si filius aliunde alimenta non habeat; ergo Prælati tenetur huic obligationi non obstare, dum Religiosus sine Religionis dedecore, ex his quæ saluo Religionis statu adquiri potest, & vult huic oneri satisfacere. Vnde si Prælati licentiam denegando obstat; iniuste obstat, iuris naturalis ad implectiōem resistens. Tunc ergo Religiosus vt potest licentia non concessa, sed naturaliter debita concedi: colligitur hæc doctrina, ex cap. Licet. de regular. Vbi dicitur, quod Religiosus ad aliam Religionem strictiorem transire cupiens tenetur prius licentiam postulare à Prælato suo ob duplicem rationem. Prima est: *Ne bonum obedientia contemneret videatur.* Secunda est: *Quia si probabiliter dubitatur, utrum velit ad ordinem arctiorem ex charitate, an ex temeritate transire, Superioris est iudicium requirendum, ne forte Angelus Satana in lucis Angelum se transformet.* At si Prælati licentiam denegat ita statuit: *Libere potest sanctioris vitæ propositum adimplere, non obstante præterua indiscreti contradictione Prælati.* Et huius determinationis triplicem subdit rationem; prima est, quia priuilegium meretur amittere, qui concessa sibi abutitur potestate.

175. Secunda: *Quia Prælati subdito sine difficultate, & prauitate qualibet debet transferendi licentiam indulgere, ne videatur propositum impedire diuinitus inspiratum.* Tenet in præsentis casu, vtraque ratio. Prima, quia Prælati denegans patri licentiam Præbendi alimenta filio illi indigenti; videtur amittere

ius, vt ei in hoc obediatur: *Quia concessa sibi ab utitur potestate.* Secunda, quia si Religiosus non cum animo diuitem faciendi filium cum detrimento Religionis, sed ne præceptum iuris naturalis transgrediatur similem licentiam postulat; Prælati sine difficultate, & prauitate debet licentiam indulgere, ne videatur propositum impedire diuinitus inspiratum. Tertia ratio textus est: *Cum Romanus Pontifex, qui in Ecclesia supremam obtinet potestatem Archiepiscopis, & Episcopis cedendi licentiam ex iusta causa petentibus, sine difficultate concedit.* Est probatio ab exemplo, in quo non obscure datur intelligi, quod si Prælati aliquis licentiam debitam iniquè neget; præsumitur ad esse licentiam alterius Prælati Superioris, & Romani Pontificis, qui supremam in Ecclesia obtinet potestatem. Quia non aliud potuit ibi exemplum Romani Pontificis adduci, & mentio fieri supremæ eius potestatis, nisi ad hanc licentiam præsumptam significandam. Neque hæc resolutio nuda est grauium autoritate Doctorum, perspicue asserentium posse Religiosum alimenta præbere filio eis indigenti, etiam si adhuc denegetur ei licentia à Prælato. Sic tenet. Fr. Ludou. Lopez. i. p. instr. cap. 54. Cordub. iu. Summ. q. 14. art. 2. opin. 4. Sanch. in oper. mor. lib. 4. cap. 20. n. 19. Leandr. de iurament. tract. 1. disp. 23. q. 19. Qui licet non loquantur de obligatione parentum erga filios, sed tantum de obligatione filiorum erga parentes suos in sæculo relictos, quia frequentissime Religiosi habent parentes indigentes, rarissime filios; Doctores autem doctrinam generalem scribentes de his tractant, quæ regulariter, ac frequenter accidunt: at quia eadem currit ratio vtrouique, immo magis vrget in nostro casu, quia vt ostensum est, vrgetior est obligatio parentum erga filios alendos, ac educandos, quam filiorum erga parentes; censendi sunt prædicti auctores istam meam resolutionem, simul approbare, ac defendere.

176. Restat nunc examinandum quantum possit conferre Pater Religiosus filio spurio? In primis certum est patrem Religiosum non posse tribuere filio spurio omnia, quæ ad usum, seu ad depositum suum pertinent, sed tantum ea quæ ad alimenta sufficiant. Hoc constat ex supradictis in principio: quia leges omnino prohibent, vt bona Religiosorum ad filios de veniant ipsorum, & filios ipsos inhabiles reddunt ad accipienda à patribus bona, & solum patet ostium alimentorum. Vnde per hoc ostium intrare debet quicquid à Religioso parente peruenerit ad filium spurium, & quod intra-

ret

ret aliunde, rationem excedens alimentorum, iniquè tribueretur, & contra leges iustas, ac filium spurium in obligatione poneret restituendi. Similiter Religiosus licet Prælati sit, non est dominus rerum, quas acquisiuit labore suo, sed tantum administrator, vt supra ostensum est, & administratori alienarum rerum donare non licet, vt constat ex cap. Cum in generali. de offic. Vicar. Cum nec regulariter donare valeat is, cui bonorum administratio etiam libera est concessa. Et ibi Gloss. explicando illam particulam: *Regulariter.* Probat textibus, quam raro, & quantum moderatione possit administrator rerum alienarum donare. Similiter non potest sumptus facere non necessarios, sed tantum eos, quos recta administratio postulat, quæ omnia lumine naturali patent, quia administrator cum non sit dominus, nec de re sua disponat, non habet potestatem distrahendi res, vel pecunias adhibere, sed magna cum circumspectione, ac moderamine, vt non excedat limites rectæ administrationis, quæ ex natura sua exigit, vt sumptus non excedat notabiliter id quod requirit negotium, quod agitur. Vnde ex hac etiam parte, quod pater Religiosus est, excedere nequit id quod ad alimenta requiritur.

177. Secundo. Certum est, quod si aliunde filius spurius alimenta habeat, patri Religioso non licet ei alimenta præbere: ita tenent fere communiter omnes Doctores. Videantur Bart. in l. Si gener. ff. de his quæ vt indignis. Matienço, lib. 1. ordinam. tit. 8. l. 8. Gloss. 1. n. 13. Tello, l. 10. Taur. n. 6. & 7. Guttierr. lib. 4. pract. q. 110. Antonius Gomez, in l. 10. Tauri, n. 39. & 40. Vterque Molina Theologus, tom. 1. de iust. tract. 2. disp. 168. Iurista verò, lib. 2. de primog. cap. 15. n. 46. & ratio probat, quia filius spurius, nihil potest accipere de bonis paternis, vt supra ostensum est, exceptis tantum alimentis iure naturali debitis. At obligatio tribuendi alimenta cessat, si filius habeat aliunde, quo alatur, quia debitum alimentorum est debitum subsidiarium, quod tantum debetur, quando indiget, vt constat, ex l. Siquis à liberis. ff. de liberis agnosc. *Competentes iudices ali te à patre tuo inbebunt, pro modo facultatum eius, si modo (cum opificem te esse dicas) in ea valetudine es, vt operi sufficere non possis.* Ergo si filius spurius aliunde alimenta habeat, pater non potest ei alimenta præbere: hoc etiam constat ex legibus Partitarum, part. 4. tit. 19. l. 6. vbi postquæ asseritur obligatio parentum alendi filios excipiuntur aliqui casus, in quibus pater eximitur ab huiusmodi obligatione, ex quibus alter est, quando filius habet aliunde quo ala-

tur, & hoc indicat. l. 8. tit. 8. lib. 5. Nouæ Recop. Vbi non asseritur absolute, quod pater teneatur tribuere alimenta filio illegitimo, nec absolute negatur: sed sub conditione ponitur sic: *Mandamus, quod in casu, quo pater teneatur ad tribuenda alimenta alicui ex filiis suis illegitimis non possit ei tribuere ultra quintam bonorum partem.* Ecce datur intelligi aliquando patrem teneri, aliquando non teneri tribuere alimenta filio illegitimo; tenetur igitur, quando filius indiget, aliter non. Similiter cap. Cum haberet. de eo qui duxit: corrigitur ius ciuile, quod filio spurio alimenta dare prohibet, ac magna cum limitatione iubetur dari huiusmodi filiis alimenta, sic enim ait: *Vterque liberis suis necessaria subministret.* Qua propter cessante necessitate, alimenta præbenda non sunt secundum dispositionem iuris Canonici, præsertim (cum odiosa sit iuris correctio) strictè accipienda sunt verba iuris, aliud ius corrigentia: ius ergo Canonicum, quando contra dispositionem iuris Ciuile præcipit dari spuris necessaria ex bonis parentum; intelligendum est de necessariis vera necessitate, videlicet, quando spurij vere egent alimentis, aliunde ea non habentes, qua non existentē necessitate iura Ciuilia in suo permanent robore. Ex quo constat, quod si filius spurius matrem diuitem habeat, seu quæ sufficienter eum alere possit, aut eum aliquis adoptaret in filium, vel ipse artem addiceret, qua victum acquirere possit, vel quomodo cumque habeat vnde valeat sustentari, non potest pater Religiosus ei alimenta præbere ob tot leges, quamcumque donationem filiis spuris fieri à patre prohibentes, irritam quæ statuentes; nec non propter votum paupertatis, ac Religionis decorem, quibus dissonat talium alimentatio filiorum, nisi ius naturale pietatem cogat paternam filio indigenti succurrere.

178. Tertio certum est, non expectandam esse necessitatem extremam, vt pater teneatur filio spurio alimenta præbere; sed sufficere si constet eum graues pati necessitates, vel passurum, nisi pater succurrat: hoc constat ex doctrina D. Thom. 2. 2. q. 101. art. 4. Vbi ostendit, quod intuitu Religionis non licet patri negare auxilium filio egenti, neque è contra, licet filio hoc ipsum negare patri, & non loquitur D. Thom. de necessitate extrema, vt non rectè interpretatur D. Thom. Suar. to. de Relig. lib. 5. cap. 5. n. 10. quia ibi, ad 4. ait: *Tenetur salua sui Prælati obedientia, & sua Religionis statu pium studium adhibere qualiter eius parentibus subueniatur.* Si D. Thom. loqueretur de necessitate extrema non atenderet ad saluandam obedi-

Kk

tiam,



tiam, & Religionis statum. Cum ipse dicat. q. 2. art. 8. quod ad succurrendum in extrema necessitate, non requiritur licentia Prælati. Sic ibi ait: *Quia nihil proprium habet, non potest favore elemosinam, sine licentia Abbatis, nisi in articulo extreme necessitatis, in quo licitum esset ei furari, ut elemosinam daret.* Si ad succurrendum extraneis in extrema necessitate non potest obitare Prælati, nec Religionis status secundum doctrinam D. Thom. quomodo obstat ad succurrendum patri, vel filio in extrema necessitate? Cum ipse D. Thom. eadem q. art. 5. dicat: *Præsertim oportet quod unusquisque provideat his, quorum cura ei incumbit, & postea de relictis aliorum necessitatibus subveniat.* Videat. Caiet. in 2. 2. q. 101. art. 4. Vbi optime explicat D. Thom. dicens, quod quando Angelicus Doctor requirit in patre necessitatem, ut filius ei teneatur subvenire, & similiter in filio, ut pater teneatur ei; non loquitur de necessitate humana, qua quilibet homo alteri tenetur subvenire; sed specialiter de necessitate paterna, in qua specialiter filius patri, & pater filio subvenire tenetur. Unde non loquitur de necessitate extrema, quia in hac sicut Religio licet furari propter extremam cuiusque hominis necessitatem; ita licet actualem obedientiam Prælati subtrahere, & furari bona Ecclesiarum, si aliter non potest subvenire, quia præceptum iuris naturæ, & Divini in extrema necessitate præeminent omni voto, & vinculo, quia vota non debent esse impeditiva obligationis iuris naturalis, & Divini. Si ergo Religiosus tenetur subvenire cuilibet extraneo in necessitate extrema, ita stricte, ut etiam contradicente Prælati, & relictæ pro tunc Religione, & habitu, si ad hoc opus esset; potiori iure tenetur pater filio, & filius patri in simili necessitate. Loquendo vero de necessitate paterna, aut filiali, quia pater filio, & filius patri specialiter tenetur subvenire, quæ quidem non est extrema; inquit Caietanus, quod filius tenetur adiuvare patrem, & pater filium salvo suo statu, & non aliter, id est, salva obedientia, & regulari observantia. Sicut filius vxoratus tenetur succurrere patri indigenti, at salvo suo statu coniugali, quia non licet ei relinquere vxorem, & familiam propter patrem. Et ut clarius constet qualis esse debeat necessitas filij, ut pater Religiosus ei teneatur subvenire; attendatur doctrina D. Thom. 2. 2. q. 189. art. 6. Vbi docet filium Religiosum teneri ad subveniendum patri, quando pater multum indiget auxilio filij, & quando pater commode non potest vitam agere. Hic loquendi modus non indicat extremam necessitatem, sed grauem, ut si pater

incommoda pateretur tenui, ac paupere victu, veste quæ trita, aut magno labore præmeretur, ut statum suum conseruaret. Ergo potiori iure pater Religiosus tenetur subvenire filio in consimilibus necessitatibus iuxta D. Thomæ Doctrinam. Cum fortior sit obligatio patris ad alendum filium, quam filij ad alendum patrem.

179. His suppositis, haud difficile est quaesito principali satisfacere, & quidem filios, dum in tenera ætate cura indigent parentum à matre alendos, usque ad triennium completum, à patre autem post triennium iura itatuunt. cap. Ex literis. de conuer. in fid. Pueri post triennium apud patrem non possunt ali debent. Et ratio huius ibi assignatur: *Puer adhuc infans magis materno indiget solatio, quàm pater. Et l. Nec filium. C. de patria potest. & in legibus Partitarum. part. 4. tit. 19. l. 3. vbi ait: Criar deben las madres a sus hijos, que fueren menores de tres años, è los padres a los que fueren mayores desta edad: empero si la madre fuere tan pobre, que non los pudiese criar, el padre es tenido de darle lo que huviere menester para criarlos.* At si pater Religiosus est, ab hac eximitur obligatione, quia non habet quo post triennium alatur ob votum strictæ paupertatis, dummodo mater potens sit alere, ac educare usque ad ætatem, in qua emancipari potest: hoc patet ex supradictis, quia obligatio alimentorum subsidiaria est, & durat dum is, cui alimenta præbentur, eis indiget: si verò mater pauperula fuerit, onus alendi usque ad emancipationem patri incumbit, immo si propter aliquod impedimentum mater primo triennio nutrire nequeat, pater hoc sustinebit onus, nutricem quaerens cui quæ salarium assignans, ac deinde præbere omnia, quæ ad educationem, ac rectam vitæ instructionem requiruntur, ius naturale patrem etiam Religiosum constringit, si alius non est, qui hoc onus suscipiat. Cui oneri decentius, ac facilius satisfaciet, si filium, vel filiam in aliquo Ciuitatis Manilensis collocet Collegio. Hic decentis educationis, ac rectæ instructionis sumptus in euitabilis est patri Religioso, si ex matre, vel aliunde non suppetat. At quia huiusmodi patri illicita est quælibet donatio erga spurium, ut probatum manet; curandum est ne sumptus rationem alimentorum notabiliter excedat. Excessus enim notabilis rationem donationis induit, quæ in isto casu illicita, ac irrita est.

180. Præter educationem, ac instructionem, emminet patri alia erga filios obligatio constituendi illos in statu, in quo decenter, ac honeste possint ducere vitam, immo hæc est potissima parentum obligatio, ex visceribus

brutorum innata propensio ad alendos, curadofq; ceribus iuris naturalis orta, quam euidenter demonstrat auium, cæterorum quæ filiolos, quo vique ætate, viribus, ac instrumentis naturalibus præditi sint, quibus sibi ipsis prospicere queant: vires autem hominis sufficientes ad prospiciendum sibi non sunt natura ipsa nuda, adulta ætas, ac naturalia instrumenta, sicut in brutis, quibus non est in dicta illa poena: *In sudore vultus tui visceribus pane.* Gen. 3. Atque ab authore naturæ alimentata reperitur præparata, vel saltem faciliter consequibilia iuxta modum naturæ vnus cuiusque. In hominibus enim requiruntur artes, quibus sibi prospiciant, ac instrumenta artium, & si fœmina sit, cui inditum est. *Sub viri potestate eris, & ipse dominabitur tui.* Gen. 3. Exigitur regulariter, ut decenter, ac honeste degat, ut in statu permanenti constituatur, vel Religionis, vel matrimonij, quod sine dote sufficienti regulariter non fit, quam ob causam, communiter Doctores dotæ filiarum inter necessaria alimenta connumerant. Videantur Siluef. verb. Alimenta. q. 7. Euerardus in Centuria, cap. 29. & in topicis, loco ab alimentis ad dotem. n. 1. Abbas, in cap. Cum haberet, de eo qui duxit. n. 5. Tiraq. de primog. q. 62. n. 4. & 5. Molina de primog. lib. 2. cap. 15. n. 8. & ob eandem rationem, ob quam filius dos inter necessaria alimenta tribuitur; debet, & filij aliquid impendi, vel in aliqua arte, officio, vel ministerio institui; quo sibi prospicere deinceps possit. Ut constat ex l. De bonis. ff. de Carboniano edicto: *Non solum alimenta præstari debent pupilo, sed, & in studia, & in cæteras necessarias impensas debet impendi.* Et l. Si quis à liberis. ff. de liber. agnosc. Vbi decernitur, filium à patre alendum, donec filius artem addiscat, qua se alere possit, & idem colligitur ex cap. Non liceat. de Præbendis.

181. Postquam habitum est, patrem Religiosum obligatum esse filio spurio præstare alimenta, educationem, instructionem, dotem, seu statum, & modum quo sibi in vita prospicere possit; pulsatur animum questio illa, an totum hoc abundanter, atque magnifice tribuere possit, si pater magnum depositum habeat suo labore acquisitum, an moderate, ac stricte? Et quamvis supra probatum maneat, alimenta præstare præstanda spuris, ac si quod notabiliter alimenta excedat, illicite, ac inualide donari; adhuc habet hæc questio locum: possit enim dubitari, an alimenta, educatio, ac dos assignanda sint iuxta dignitatem, ac facultatem patris, an iuxta indigentiam naturæ?

182. Huic difficultati respondetur, non

licere Religioso magnifice educare filium seu filiam dotare, iuxta valorem sui depositi; attamen educatio, seu dos non est ita rigide restringenda, ut præcisè ad vitæ sustentationem attingat. Ut vtraque huius alicui pars planior fiat, notanda est duplex opinio Doctorum circa moderationem alimentorum, quæ pater secularis, suarum habens dominium rerum, præstare potest, & tenetur filijs spuris. Prima alicui alimenta præstanda non secundum dignitatem personæ, sed iuxta necessitatem viuendi: quia excessus supra id quod prædicta exigit necessitas, donatio esset illicita, ac irrita, legibus reprobata. Ita Bald. l. Si maritus. ff. soluto matrimon. Palac. rubr. in repet. cap. Per vestras. de donat. inter vir. & vxor. notab. 3. §. 24. n. 3. & alij.

183. Secunda: Opinio communiter, & verior tenet præstanda alimenta spuris iuxta dignitatem personæ patris, ac facultatis ipsius, ita Siluef. verb. Alimenta. n. 1. Bart. in l. Legatis. ff. de alimentis, & cib. Couarr. de spons. 2. p. cap. 8. §. 6. n. 7. Molin. de primog. lib. 2. cap. 15. n. 55. Greg. L. op. in leg. Part. l. 3. tit. 19. p. 4. Et colligitur ex vtroque iure. cap. Cui haberet. de eo qui duxit: *Vterque liberis suis secundum, quod eis suppetunt facultates, necessaria sub ministret.* Et loquitur de filijs spuris, & ibi ait Gloss. *Hoc est regulare, quod secundum facultates alimenta ministrentur.* Et l. Si quis à liberis. ff. de liberis agnosc. *Competentes iudices alite à patre tuo habebunt pro modo facultatum eius.* Et iterum ead. l. *Alimenta autem pro modo facultatum erunt præstanda.* Et tertio ead. l. *Arbiter solet dari arbitraturus, quantum sit in facultatibus, ut per inde possit alimenta moderari.* Et l. Sed, & liquid. ff. de usufructu. *Sufficienter alere, & vestire debet secundum ordinem, & dignitatem mancipiorum.* Hic statuuntur mancipijs alimenta, non præcisè iuxta necessitatem naturæ, sed iuxta statutum, & opinionem mancipiorum; decentius enim oportet vestiri, ac tractari mancipia, quibus grauiora negotia committantur, quam quæ vilibus detinetur ministerijs: ergo potiori titulo filijs alimenta præstanda sunt iuxta ipsorum, ac parentum dignitatem. Et certe indecenter, ac verecunde inter homines conuersaretur filius viri nobilis opulenti, ac ditius, vili vestitus amictu, tenuique degens victu; quod necessarium esset, si præcisè ad necessitatem naturæ ei tribuerentur alimenta, quo usque ipse filius officium, vel artem addiceret, qua decentius degeret, ac indignum, & indecorum esset parentibus, si filius eorum (licet spurius) sic incederet, & forsam indignius, si officium assumeret indignissimum, quo lautiori victu, decentiori quæ appareret or-

natu. Quia propter in legib. Nou. Recop. lib. 5. tit. 3. l. 3. quæ est 10. Taur. Rectissime institutum est. Ut quoties aimenta tribuenda sunt illegitimis, non excedant quintam bonorum partem, qua in lege duas restrictiones repererunt commentatores, vt videri potest in Tello, in Com. l. 9. Taur. an. 26. & l. 10. n. 5. & in Auendaño, in l. 10. Taur. n. 2. & Molina de primog. lib. 2. cap. 15. n. 50. Prima est, quod quintam bonorum partem non excedat alimentorum ratio, quia in prædicta lege non præcipitur eis dari totum quantum, sed aimenta, cum præcisione, vt non excedant quintum bonorum. Secunda est, quod non detur eis totum quantum, etiam si ad alimenta non sufficiat, si filij legitimi sint plures, quam quatuor, ne legitimi sint peioris conditionis, quam spurii. Absurdissimum quippe esset si spurii plus de bonis caperet paternis, quam legitimi, immo si æqualiter. Vbi clare videtur, quod ad assignanda spurio aimenta attenditur facultas patris, & præcauetur ne æqualiter prouideatur legitimis, ac spuriijs; sed quadam cum proportione, vt non nimis distinet educatio, & statutus spurij à facultatibus parentum, & simul discernatur inter legitimos, & spurios.

184. Ad rem igitur deueniendo, vt perpendatur quid in educatione, ac alimentis filij spurij possit expendere Religiosus; præ oculis habendum est, Religiosum esse omnino pauperem, nihil quæ habere proprium, licet Prælati sit, ac in administratione indorum plura adquisierit bona, quia hæc non sibi acquisiuit, sed Religioni, & ipse præcisse administrator est; ac præterea si curet filium opulenter tractari, per lucide ornari splendida veste, sicut solent indui filij diuitum; non credit in patris decorem, vel decentiam; sed potius ex hoc sequitur non mediocriter actura honoris parentis, dedecus Religionis, ac scandalum plurimorum, qui intuentes splendore educationis pueri, perferuntur quisnam sit; qui illius parentes? Quis curam illius gerit, unde nec Religionis, nec patris, nec filij honori; aut statui, aut decentiæ attenditur in huiusmodi splendida educatione, nec potest dici prudens administrator rerum Religionis; qui in huiusmodi educatione decori Religionis inferat, illas consumeret, nec potest ad esse, neque præsumi assensus Religionis in sumptu sic indecoro, ac pernicioso.

185. Nec propter hoc in alterum est deueniendum extremum, vt filios scissa, vel sordida veste, aut nudis pedibus mote indorum cogatur incedere. Media igitur via procedenda est, ac curanda, vt huiusmodi

puer, vel puella veste decenti, ac munda, non serica, & præiosa vtatur, ad eum modum, quo multi Hispanorum tenui victu ob inopiam degentium legitimi filij Manilæ scholas frequentant, hæc quæ eadem mensura mentendus est victus, & quidquid hoc cum moderamine in spurij educatione consumatur licite contumittur, quia huic moderamini, nequit iuste resistere Prælati, aut Religio, pietatis non inimica paternæ teste D. Thom. 2. 2. q. 101. art. 4. dicente: *Non potest esse, quod pietas, & Religio se mutuo impediant, vt propter actum vnius, actus alterius excludatur.* Quod decentius, ac commodius fiet, si in aliquo Collegio instruendus, vel instruenda, vt orphanus, vel orphana collocetur.

186. Eadem mensura metienda est dos filie spurie à patre Religioso assignanda. Cum enim non sit diues, sed potius pauperimus voto strictissimæ paupertatis obstrictus, nequit filiam dotare ad modum diuitis, ac opulenti, & cum non sit dominus rerum, ex quibus constituenda est dos, non potest assignare dotem ad modum habentis dominium, sed administratoris alienarum rerum; & consequenter magno cum moderamine procedendum est, vt tribuatur præcise id quod necessitas requirit, vt filia non remaneat in nupta, periculis exposita viuendi incontinenter, abique protectione proprii mariti. Et quidquid ad hoc, vt honeste matrimonio copuletur, exigatur; potest ei in dotem conferri. Cauenda tamen est, ne appetitus sublimandi filiam fallat, vt apprehendatur necessaria dos mille, aut plurium ducatorum, vt honeste nubat, certe si exquiratur vir prædiues, vel nobilis, aut officijs honorificis eleuatus, dotem requiret amplam. Sed non congruit parenti pauperi alienarum tantum administratori rerum tale matrimonium filie spurie præparare, neque hoc absque scandalo fit, ac parentis, & Religionis dedecore, vt supra de educatione dicebam, nec tam amplæ donationi Religio, in qua dominium residet rerum, assentiri præsumitur. Quotidie exeunt de Collegio Sanctæ Misericordiæ puellæ Virgines, Hispanis maritis decenter nupturæ, quibus à dicto Collegio assignatur dos non excedens trecentas monetas, quas pesos, seu patacones vocant, tamen hæc dotem strictam esse, licet aliquando strictiori videtur honeste nupsisse puellas viris, quibus decentissime tractauerunt; sed hoc raro contingit. Vnde, vt decenter, ac honeste nubat puella; patet, quæ Religiosus ab onere, & cura prouidendi ei penitus liberetur, existimo posse ei assignare pro dote in his insulis Philippinis sexcentas

centas monetas, ex his quas explicui per hoc nomen pesos. Quia is pecuniarum numerus sufficiens videtur, vt maritus possit initium habere mercaturæ, qua Hispani frequentius in Prouincijs Indiarum victum querunt; vel emere officium aliquod, in aliqua Indorum Prouincia exercendum, quo vxorem, ac familiam honeste, decenter quæ alat. Et quia existimo non defuturum virum bonæ famæ, de quo rationalis habeatur spes, quod puellam honeste tractabit, qui hac dote contentus vellit eam accipere vxorem; non audebo opinari, vt plus notabiliter supra prædictam pecuniæ summam doti addatur à Religioso parente. Et hoc assero verum, dum Prælati est, qui dotem tribuit, vel subditus cum licentia Prælati. Si verò renuente, seu contradicente Prælati dos tribuenda est, non audebo, asserere, vt possit notabiliter excedere summam trecentarum monetarum prædictarum; quia in huiusmodi euentu contradictionis Prælati, id solum tribuere potest, quod Prælati tenebatur concedere, ac immerito, & contra pietatem negat, vt ex supradictis patet. At Prælati solum tenetur dare facultatem tribuendi id, quod communiter reputatur sufficiens dos puellæ pauperis, & quidem sufficiens dos regulariter reputatur summa trecentarum monetarum prædictis; siquidem hæc summa, vt sufficiens dos, assignatur puellis ex Collegio Misericordiæ nubentibus.

187. Si spurii masculus sit, facilius ei prouidetur: quia si studijs, & Ecclesiæ applicari velit; facilius consequetur beneficium, seu Sacrificiam, cuius ad titulum Sacerdos fieri potest, quo pater ab ipsius cura penitus liberetur. Si Ecclesiæ non aplicetur, militiæ à scribetur, vt mox est omnibus Hispanorum filijs, in his Insulis commorantibus stipendio quæ sustentabitur militari, cui quia tenue valde his temporibus est; potest addi aparente, quod ad moderatam sufficiat sustentationem, iuxta superius dicta, quo vsque ipse aliunde habeat, vel vxorem ducat, cuius doti, si tenuis sit, licebit patri addere ducentas, vel quasi trecentas monetas, seu pesos: quia videtur decenti sustentationi congruere, illum quæ ex tunc à cura remouere paterna, dummodo ad sit licentia Prælati, vel Prælati sit qui tribuit: quia ex quo statum matrimonij, vel officium militare assumpsit, nihil sine assensu Prælati tribui potest ei à Religioso parente; quia iam potens sibi prospicere effectus est doti vxoris, statu, & officio, quibus per multi in hac Ciuitate honeste degunt absque alio addito. Vnde non existimo ita necessarium sustentationi hoc auxilium pa-

ternum, vt Prælati teneatur omnino licentiam concedere, ad illud conferendum, ac iniuste negare licentiam iudicetur.

188. Deinceps quoties pater Religiosus viderit filium grauibus necessitatibus præmi; poterit ei tribuere quidquid ad liberandum eum à graui oppressione sufficiat, immo tenebitur, si nimis virgens sit necessitas: quia hæc reciproca obligatio succurrendi in huiusmodi necessitatibus, naturaliter in est inter patrem, & filium, vt docet D. Thom. 2. 2. q. 101. & q. 189. art. 6. & Sanch. & Lean. & Suarez locis citatis, cui generali doctrinæ hanc exceptionem vnicam addo, nisi filius per ludum in hac constitutus sit necessitate, à ludo quæ abstinere nolit: quia tunc inutilis esset quilibet largitio pecuniæ, immo iniqua: quia ex bonis Religionis tribueretur non ad necessitatem subleuandam, sed ad ludum, qui sicut ignis: *Nunquam dicit sufficit.* Prou. 30.

## CONSULTA XXIII.

*Sobre quanto pueda dar vn Prior, ó Vicario á sus criados, y quanto el Religioso compañero con licencia de su Prior, ó Vicario.*

## PROPUESTA.

**P**Reguntase lo primero, quanto tiene obligacion de pagar vn Prior, ó Vicario a vn Indio despenfero de la casa, a cuyo cargo está la despenfa, el tambobo, la cozina, y el gobierno de toda la casa, y muchachos de ella, cumpliendo en todo muy bien con su obligacion? Item, quando deberá pagar a vn chiquillo, que cuyda de la celda, al tiempo que le quiere despedir de su servicio, y quanto a los otros muchachos de casa, como Sacristanes, Porteros, Refitoleros?

Lo segundo se pregunta, si demás de la obligacion será licito al dicho Prior, ó Vicario dar alguna cosa mas al despenfero, y demás muchachos; y quanto les podrá dar, y si el Religioso compañero del Prior, ó Vicario podrá con licencia de su Prelado dar alguna cosa al muchacho, que le ha servido, al tiempo que le despide, y quanto les podrá dar de lo que el dicho Religioso buscare de sus Misas, y de otros trabajos suyos?

## PARECER LXXXIII.

189. **R**esponde a la primera dificultad, que al despenfero se le debe pagar demás del sustento a peso cada mes: a los muchachos que asisten en la Sacristia a ayu-

dar a Miffa, no ay obligacion de darles otro salario mas del sustento de cada dia, y de vestir, y procurar que aprendan a leer, y escribir, y a otro oficio, que les sea de provecho, quando tengan mas edad; y lo mismo de los demás muchachos, que firven en los Conventos, y ministerios en qualesquiera officios, dandoles lugar, y tiempo, y commodidad para aprender, como queda dicho. Otros muchachos, que firven en los Conventos, y ministerios, que no aspiran a aprender cosa alguna de las referidas, sino que solamente están allí, para ocuparlos en servicio del Convento, o ministerio, se les debe dar demás del sustento quatro reales cada mes, y a algunos algo mas, y a otros menos.

190. Para dar razon desta resolucion se ha de notar, que la paga, y salario de los que firven se debe arbitrar, y tasar al modo de las cosas que se compran, y venden; y por las mismas razones, y reglas que se averigua, y determina el justo precio en las compras, y ventas, se debe regular, y arbitrar el justo salario de los que siendo libres, entran a servir a otros. Así consta del Derecho, l. Locatio. ff. locati, de locatione. *Locatio, & conductio proxima est emptioni, & venditioni, ijdemque iuris regulis consistit.*

191. Esto supuesto la primera razon de esta resolucion, quanto al despenfero, es, porque el precio justo de las cosas es aquel que comunmente corre en la Republica, l. Prætia. ff. ad legem falcidiam: *Prætia rerum non est ex affectu, neque utilitate singulorum, sed communiter funguntur.* Y alli la Glossa: *Idest communi prætio æstimantur.* En toda esta Republica los hombres trabajadores, que no tienen particular arte, ni officio, se alquilan por vn peso, y el sustento de la comida cada mes, y trabajan en todo quanto los quieren ocupar, como remar en las bancas, ir a cortar leña, traerla embarcada, y el arroz, y agua, quanto es necesario en vn Convento, y servir de peones si ay obra. El officio de despenfero en vn ministerio, no es mas penoso, ni de mas trabajo, que el de los sobredichos, ni requiere especial arte, que le aya costado trabajo, y tiempo en aprenderlo; antes los dichos trabajadores tienen mucho mas trabajo, porque andan de ordinario al Sol, y al agua, llouiciendoles encima, y cargan a vezes palos, y piedras de mucho peso; pero lo que estos tienen de mas trabajo corporal, tiene el despenfero de mas cuidado, del qual no descansa, ni los dias de fiesta: y así tengo por precio ajustado, así del despenfero, como de dichos trabajadores, vn peso cada mes, demás del sustento de la comida: y quitarles desto, lo tengo

por cosa injusta; y si ellos callan, y lo reciben quando les dan menos, lo hazen a mas no poder, porque no se atreven a replicar, por ser pusilánimes, y siempre se les deberá restituir, porque este parece precio muy moderado, y tasado a su trabajo, que no es muy grande, y está puesto en vño, y comunmente recibido.

192. La segunda razon con que se justifica la costumbre de pagar a los Indios trabajadores a peso por cada mes, se forma de aquella regla vulgar, que comunmente traen los Doctores: *Multitudine mercium vilescunt merces.* Aviendo muchedumbre, ó abundancia de algun genero de cosas que se compran, y venden, abaratan, y se disminuye, y baxa notablemente su valor, como en aviendo carestia se encarecen, y crece su justo precio. Así lo afirman, y tienen por cosa cierta Nauarro. in Man. cap. 23. n. 78. Silv. verb. Emptio. n. 7. Caiet. 2. 2. q. 77. art. 1. §. Simpliciter. Serra. ibi. dub. 3. Mol. de iust. tract. 2. disp. 348. Y la experiencia general de todos los Reynos, y Prouincias lo comprueba, que las cosas que abundan se estiman en menos, y las que rara vez se hallan, se estiman en mas. En esta tierra ay muchísimos Indios trabajadores desta calidad, que no saben arte alguno, y para despenfero hallará el Religioso, ó Clerigo, que haze officio de Cura, tantos quantos Indios ay en el pueblo. Por esta causa es forzoso que abarate este genero de sirvientes a vn peso cada mes, y el sustento, que es precio bastante moderado.

193. La tercera razon es semejante a esta, porque es comun adagio, que las mercaderias que se venden rogando con ellas, valen menos: *Utrona merces vilescunt.* Así lo afirman Nauarr. en el lugar citado. Soto de iust. lib. 6. q. 2. art. 3. Molina de iust. tract. 2. disp. 348. Medina de rest. q. 31. De aqui coligen, que las cosas que se venden en almoneada con justo titulo, se venden por mas baxo precio, que si se vendiesen en otra forma, porque a voz de pregonero se ruega, y comida con ellas; y quando los soldados venden los despojos, que ganaron en guerra justa, por desembarazarlos de ellos, se les paga su justo valor, que tienen en aquel modo de venta, dandoles vn tercio menos de lo que valieran si se vendiesen en la tienda del mercader; y lo mismo es, de qualquiera persona, que para mudar domicilio, é ir a vivir a otra tierra, vende los trastes de su casa, por escusar el costo de llevarlos. Y aunque Cayetano 2. 2. q. 77. art. 1. dice, que no es suficiente causa para abaratar la cosa el rogar con ella el vendedor, pero luego dice, que de ordi-

nario

nario quando ruega el vendedor, que le compren alguna cosa, ay abundancia de la tal cosa, y falta de compradores della, y por esta razon dize, que justamente se disminuye su valor; pero la mas comun sentencia de los Doctores afirma, que rogar el vendedor para que baxe su valor la tercera parte: y Cayetano concede alli, que este es comun proverbio, y así parece, que no niega ser sentencia mas comun, y recibida. En esta tierra los Indios trabajadores, que no saben arte alguno, están rogando (especialmente en los Conventos, y en las demás partes, que no temen que les traten mal) que les admitan por trabajadores, y para despenferos en los ministerios, y estimará qualquiera, que lo admitan los Padres, que hazen officio de Curas, y este es vn modo de ruego, y así por esta causa se disminuye mucho el precio, que se debe por razon de este officio. Comprueba mas esto vna regla que pone Lesio, lib. 2. de iust. cap. 24. que es buena, y muy conforme a razon, y es, que quando ay muchos en la Republica, que quieren tomar aquel genero de trabajo por tal salario, el tal es justo, y suficiente.

194. Quarta razon: precio justo de qualquiera cosa, es aquel en que se halla quien la compra, y quien la venda. Dizelo el Derecho, l. Siquis vxori. ff. de furtis. in fine: *Tanti æstimandus est quanti est emptorem potest inuenire.* Y l. Si feruus. ff. de condic. furt. *Index æstimare debet quanti emptorem inuenieris.* Y alli la Glossa: *Res tantum valet quantum vendi potest.* Lo qual se verifica, quando no interviene engaño, ni violencia, ni monopolio, sino que sabiendo el que compra, y el que vende la substancia, y calidades de la cosa, se convienen en el precio, sin que la violencia, ni el temor, ni la urgente necesidad obligue a comprar, ó a vender al vno, ni al otro. Así lo afirman S. Antonin. 2. p. tit. 2. cap. 16. §. 2. Nauarr. in Man. cap. 13. n. 8. Silv. verb. Emptio. n. 20. Los que trabajan en los Conventos se concertan, y se les dize, que si quieren trabajar alli, se les ha de pagar a peso cada mes, y la comida: y esto lo experimentan, y assientan en ello sin violencia, pues quando quieren se van, y buelven quando les parece; por lo qual el dicho precio, aunque parece muy moderado, es justo respecto dellos, y por la misma razon en el despenfero.

195. Podia se dificultar si del peso que se determina, que se debe dar cada mes al despenfero, se avrá de descontar el costo de vestidos, que se le dan cada año, porque a los trabajadores no se les dà de vestir, sino pre-

ciamente la comida, y vn peso, y del se viltan: y pues no es mayor el trabajo del despenfero, parece que no se le debe dar de vestir, y si se le diere, debe facarse del peso que se le dà cada mes. Responde se, que para dar al despenfero de vestir demás del salario referido, ay suficiente titulo, el qual no ay en los trabajadores, porque el despenfero ha de parecer ante el Padre en la Iglesia, Sacristia, y entre las visitas de personas honradas, porque es el instrumento inmediato del Religioso, y el que manda a los demás, y les intima la voluntad del padre, y así es conveniente, que de ordinario trayga vestido decente, porque lo requiere su officio; y así como a los trabajadores se les dan todos los instrumentos, que han menester para el trabajo que se les manda, y ellos no los compran con su dinero: así al despenfero se le debe dar de vestir razonablemente, para exercer decentemente su officio. Pero los trabajadores en su officio gastan muy poco en vestir, porque la tierra con los calores continuos no pide mucha ropa, y para la honestidad con qualquiera cosa se acomodan; y si alguno haze algun vestido bueno, lo haze para lucirse los Domingos, y fiestas para su particular lucimiento, y no porque lo pida su officio. Lo dicho se debe entender, si el despenfero es capaz, y diligente, y haze todo lo que se propone en la pregunta; pero si fuesse como vn mero executor de lo que el Religioso le ordena, sin ser suficiente para descuydarle del gouerno de la despensa, casa, y cozina, como acontece mas de ordinario, será suficiente salario vn peso cada mes, sacando de ai lo que se gastare en hazerle de vestir, ó quatro reales cada mes, y de vestir.

196. Quanto a los que viuen en casa del Religioso, y firven para ayudar a Miffa, y a otros ministerios, se prueba la resolucion dada, porque los que hazen dichos officios son muchachos de diez a quinze años, aunque algunas vezes ay algunos vn poco mayores: el trabajo de cada vno es poco, y de calidad, que lo pueden hazer muchachos de diez a quinze años, porque aquellos officios, y trabajos no piden mas fuerças, ni mas industria, ni mas edad, y consiguientemente se les paga bien con el sustento, y vestuario, y enseñandoles a leer, y a escribir, porque el salario se ha de ajustar con el trabajo a que en realidad de verdad se obligan, como dispone el Derecho del precio de las mercaderias, l. In falcidia. ff. ad l. Falc. *Æstimatio præij rerum ex veritate est.* Puede se probar esto tambien con las tres razones vltimas de arriba,

ba,



ba, porque ay muchísimos muchachos, que se ofrecen a servir en esta forma, rogando, que los admitan, y en esto convienen comunmente los Doctores. Nauarr. in Man. cap. 17. n. 109. donde dize, que los estudiantes en la Vniuersidad de Salamanca suelen recibir por criados a otros muchachos estudiantes pobres, y que el justo salario destes es la comida, y vestido, dandoles tiempo para estudiar, y que si no les dan este tiempo, les deben pagar mas salario; y lo mismo dize de los muchachos, que entran a servir en casas principales, cuyo trabajo, y servicio se paga bastantemente con el sustento, y vestido, y enseñanza de vrbánidad, y de algun arte; y lo mismo afirma, lib. 3. conf. de locato conf. primero; y Villalob. to. 2. tract. 25. dif. 13. y Nauarr. in Summ. cap. 16. n. 109. Man. Rodr. in Summ. to. 2. cap. 48. n. 5. & 8. el qual dize, que a qualquiera muchacho de diez años y medio se le debe por su servicio por lo menos la comida, y vestido. De aqui se colige, que a los muchachos Indios, que entran a servir a Colegiales, y estudiantes para aprender a leer, y escribir, se les paga suficientemente con la comida, y los vestidos que desecha su amo, y dexandoles algun tiempo cada dia, para que puedan aprender; y aun los que vienen de sus tierras a Manila, para aprender la lengua Española, que no hallando otra cosa en que acomodarse, entran a servir a vn Español pobre, el qual cumple con su obligacion, dandole de comer, y vestir, aunque le ocupe a todas horas, porque la enseñanza que estos muchachos pretenden, se alcanza con la ocupacion, y comunicacion con los Españoles.

197. Por mayor razon los Sacerdotes, que hazen officio de Curas en los pueblos de los Indios, satisfacen a los muchachos, que los firven, con el sustento, y vestido, porque demás desto tienen allí escuela, y tiempo para aprender a leer, y escribir, y cantar, con que los que tienen abilidad, y aplicacion salen cantores, con que despues adquieren salario perpetuo, y reserva de tributo, y servicio personal de las obras comunes a que asisten los demás Indios; y muchos Indios tienen a sus hijos en el pueblo, para que aprendan en la escuela, sin aprouecharse del trabajo dellos en las sembreras, para que aprendan: y tuvieran por ahorro, y alivio grande, que el Padre, que haze officio de Cura, los tuviéssse en su servicio, donde sin costo de sus padres aprendieran mejor; pero siempre sería injusticia tirana tener a dichos muchachos sirviendose dellos, y hazer que sus padres les acudan con el sustento, y vestuario, porque a

qualquiera firviende se debe el sustento necesario. Math. 10. *Dignus enim est operarius cibo suo.*

198. Quanto a los demás muchachos, que entran a servir en los Conuentos, y ministerios, sin atencion, ni afecto a aprender arte alguna, sino solamente a servir por su salario, se les debe dar demás del sustento quatro reales cada mes, sin vestuario, porque a vn hombre, que entra a trab. jur. capaz de todo trabajo, se le dà demás de la comida vn peso, como se dixo arriba, y conguientemente a los muchachos, que son de menos fuerças, y trabajo, se debe baxar de ai proporcionablemente lo que tiene de menos su trabajo: a los de doze a quinze años, de ordinario se les deberian tres, o quatro reales cada mes; y a los mayores, que tienen fuerças, y abilidad, pero no se aplican a todo genero de trabajo, a cinco, o seis reales. Esto consta de los fundamentos ya propuestos, y Autores referidos.

199. A la segunda dificultad respondo, que por donacion graciosa, y liberal no les pueda dar cosa de importancia, pero por agradecimiento (si han hecho obras dignas del) o por limosna (si realmente se hallan en necesidad) se les puede dar más de lo que se les debe por su servicio.

200. La primera parte desta resolucion consta, porque a los Religiosos subditos, y Prelados les está prohibido hazer donaciones por la Bula de Clemente VIII. *De largitione munerum*, que empieza: *Religiosa*, despachada a 20. de Agosto de 1594. donde prohibe a los Religiosos, y Religiosas qualquiera donacion: *Regularibus personis vtriusque sexus omnem, & quamcunque largitionem, & missionem mulierum poenitus interdicens.* Luego especifica por comprehendidos en esta prohibicion; no solamente a los Religiosos subditos, sino tambien a qualesquiera oficiales, y Prelados de los Conuentos, y a los Prouinciales, y Generales de las Religiones, a todos prohibe hazer donacion oculta, o publicamente, o en nombre proprio de la Comunidad, si no es aviendose examinado la causa de hazer la donacion en Capitulo General, y aviendo aprobado todos los del Capitulo de comun consentimiento; y a las personas, que recibieren donaciones de Religiosos, manda, que restituyan lo que recibieren al Conuento donde pertenecia el Religioso, porque no adquieren dominio de lo que así reciben, y determina, que no puedan ser absueltos, hasta que restituyan: y quando dicho Decreto no se huviéssse aceptado, sino que se aya suplicado del en España, como dize Sanchez,

to.

to. 1. oper. mor. lib. 3. cap. 19. n. 42. y en Italia la costumbre lo aya derogado, como dize Peirini. to. 1. de subdito. q. 2. cap. 2. §. 6. con todo esto ha buuelto a cobrar su fuerça, y valor, porque Urbano VIII. en vn motu proprio, que empieza: *Nuper a congregatione*, despachado a 16. de Octubre de 1640. lo innovò, y confirmò, quanto a todo lo referido, moderandolo en algunas circunstancias, que parecian muy rigurosas, para quietar las conciencias de los Religiosos mas timoratos, que aun antes del dicho motu proprio de Urbano VIII. tenian recibido, y en vfo el Decreto de Clemente VIII. como dize Lezana, to. 2. verb. Dare, seu donare, quoad Regulares. Y así có dicha moderacion está en vfo, y recibido: y en nuestra Religion en estas Islas, dichos Decretos de Clemente VIII. y Urbano VIII. se leen publicamente en Comunidad los dias, que en ellos se manda, que se lea; y aunque no huviéssse dichos Decretos, de la misma fuerçe fueran ilicitas, y nulas las donaciones de los Religiosos por Derecho comun. cap. Non dicatis. 12. q. 1. *Certum est eos, nihil habere, possidere, dare.* Y cap. Cum ad Monasterium. de statu Monach. *Si cuiquam aliquid fuerit specialiter destinatum, non presumat illud accipere, sed Abbati, vel Priori assignetur.* Y lo mismo consta del Concilio de Trent. Ses. 25. cap. 2. de Regul. donde se ve claramente, que los Religiosos no tienen, ni pueden tener cosa alguna propria, y que los Prelados no son señores, sino meros administradores de la hacienda, que no es suya; y conguientemente no tienen potestad de hazer donacion, como no la tiene el administrador de hacienda agena, como expresamente dize el Derecho, cap. Cum in generali. de offic. Vic. in 6. *Nec regulariter donare valetis, cui bonorum administratio etiam libera est concessa.* Por lo qual es comun sentencia de los Doctores, que tratan de dicha Bula de Clemente VIII. que no se prohibe en ella cosa alguna de nuevo, y que todo quanto se prohibe en ella, era antes illicito, y pecaminoso, por razon de la profesion Religiosa, y voto de la pobreza, y por Derecho comun. Así lo afirman expresamente, Souf. in expof. Bullæ Clementis VIII. n. 8. & §. 3. n. 72. Bert. ibid. fol. 418. Cruz, in epit. lib. 1. cap. 3. dub. 5. concl. 3. Valero, in different. vtriusque fori. verb. Munera. n. 1. & 21. & 73. & 98. Ortiz, in Summ. cap. 5. n. 10. Los quales dizen, que en dicha Bula solamente se añadieron de nuevo las penas de privacion de officios, e inhabilidad para ellos, y priuacion de voz activa, y passiva, y algunas circunstancias, que moderò Urbano VIII. pero la donacion que

prohibió, siempre ha sido illicita a los Religiosos.

201. La segunda parte, de que por agradecimiento, o por limosna, pueden los Religiosos que son Prelados, como los Vicarios, y Priors, dar algo mas a los que les han servido, y lo mismo pueden los subditos con licencia de su Prelado, se prueba, porque en la Bula de Clemente VIII. solamente se prohiben las donaciones, que es lo que se dà puramente por liberalidad, la qual a ninguno es licita de lo que no es suyo, y así expresamente dize en dicha Bula, que no pretende, que por ella se disminuyan, ni prohiban las obras de hospitalidad, y caridad, que tanto alaban, y encomiendan los Sagrados Canones. Y Urbano VIII. en su motu proprio, explicando la Bula de Clemente VIII. dize, que los Religiosos pueden dar por causa de agradecimiento, y por otras qualesquiera causas, que de su naturaleza dizen acto virtuoso, y meritorio, como sea con moderacion, y con licencia del Prelado: *Declarat munera a Religiosis vtriusque sexus tribui posse ex causis gratitudinis, alijs ve ex sui natura actum virtutis, & meriti continentibus, modeste tamen, & discrete, dummodo id non fiat, nisi de Superiorum localium licentia.* Y así por dos titulos se puede dar al despenfero, y demás muchachos algo mas de lo que merece su servicio, que son por agradecimiento, y por limosna, y obra pia.

202. Resta averiguar quanto se le puede dar a cada vno por estos titulos, a lo qual se responde, que por titulo de agradecimiento no se les puede dar a todos, sino solamente a aquellos, que sirvieron con particular cuidado, y afecto, o cuydaron con especialidad de las cosas que estaban a su cargo, o se reconoció en ellos mucha fidelidad; porque aquellos en quien no hubo cosa especial, no ay que agradecerles, pues con verdad puede decir aquello del Euangelio. Lucæ. 17. *Servus inutilis sumus, quod debuimus facere fecimus.* Que se les pueda dar mas de lo que merecia su servicio a los que sirvieron con especial cuydado, lo dize S. Thomas, 2. 2. q. 106. art. 6. donde dize, que el agradecimiento está en que se recompensa en mas de lo que se debe, porque el que dà solamente lo que debe, no dà cosa alguna de gracia, y así no es agradecido: *Quandiu recompensat minus, vel equale non videtur facere gratis, sed reddere, quod accepit, illi vero plus soluendum est.* Y cap. Si quos. 12. q. 2. se refiere, que vn Obispo dió libertad a vnos esclauos de la Iglesia, y juntamente les dió de los bienes de la Iglesia, por agradecimiento de los muchos servicios,

que avian hecho a la Iglesia: despues el Obispo sucesor quito bolverlos a la seruidumbre, y que restituyessen lo que les avia dado su antecesor. Propusose esta causa en el Concilio Agatense, donde aviendole reconocido los especiales servicios de los esclavos, se determinò, que se les dexè su libertad, y el dinero que les dieron, hasta veinte solidos, y que restituyan a la Iglesia lo que les dieron, que excediere a dicha cantidad. Aqui se ha de considerar con quanta atencion el Concilio atendió a que se diessè a los esclavos de agradecimiento lo justo, y que no excediesse demasado, porque no llegasse a ser donacion, que sería ilícita, por ser de los bienes de la Iglesia. Allí la Glosa explica, que meritos, o servicios han de ser para que se les pueda dar remuneracion, y agradecimiento, que realmente no sea donacion, y distingue dos modos de benemeritos; vnos porque no tienen demeritos, al modo que se dice digno, qualquiera que no es indigno, como consta del Derecho, cap. Dudum. de præsump. y a estos no se debe premio especial, por agradecimiento, y assi al esclavo, que ni se emborracha, ni es huidor, ni ladrón, llamamos benemerito; pero no por esto se le debe cosa especial por agradecimiento. Otros se llaman benemeritos, porque han hecho servicios grandes de mucha estimacion: *Benemeriti sunt qui aliquod in fide servitium fecerunt Ecclesie*, dize allí la Glosa; y estos son los que merecen dicho agradecimiento. Por este modo se ha de ver si el despenfero, y demás sirvientes merecen algo por agradecimiento, que no basta, que no desmerezan, sino que han de tener meritos notables, que excedan mucho a lo ordinario; y aun entonces (dize Villalobos, to. 2. tract. 25. dif. 13. n. 6.) no se les debe pagar en dinero, sino en otros agradecimientos, lo qual aprueba Dian. 4. p. tract. 4. resol. 176. Pero esta doctrina se debe entender assi, que los criados no pueden licitamente tomar de la hacienda de su amo, para hazerle pago de lo que se les debe en agradecimiento, porque esta deuda no es de justicia, sino de decencia, y puede el amo pagarla en otros buenos tratamientos, que haga al criado: no obstante esto, es cierto, que a la gente pobre es mas conveniente, y connatural, que el agradecimiento se le haga en dineros, o cosa que lo valga, como dixo Aristotel. 8. & hic. cap. vlt. *Super excellenti habet fieri honoris retributio; indigenti autem retributio lucri.*

203. Para averiguar quanto se puede dar por agradecimiento al despenfero, y demás muchachos, quando su servicio merece agradecimiento, se ha de advertir, que los

Doctores mas comunmente dexan esto al arbitrio de los prudentes, tratando de las donaciones remuneratorias entre marido, y muger, y dizen, que si la remuneracion excede demasado, es realmente donacion liberal, y se debe restituir, porque toda donacion entre marido, y muger, es nula por Derecho. Assi lo afirman Julio Claro, lib. 4. præceptorum. §. Donatio. q. 3. & 8. y Tiraq. l. Si vnq. l. C. de reuocat. donat. verb. Donatione largitus. n. 84. y otros que estos citan. Pero dexandolo todo al arbitrio de prudentes, sin determinar en algun modo la cantidad, es dexar esta materia muy confusa, sin darles a los prudentes algun exemplo para poder arbitrar; este se puede tomar de la opinion de Nauarro, de redditibus. q. 1. n. 91. donde dize, que en agradecimiento se puede dar la quarta parte mas de lo que valen los servicios, y obsequios. Esta misma opinion sigue Barbosa, l. Quæ dotis. ff. soluto matrim. n. 60. Cenedo, de paup. Relig. dub. 17. n. 13. Sanchez. de matrim. lib. 6. disp. 6. Y assi aviendo servido el despenfero dos años, en que se le avian de dar 24. pesos, si su cuydado ha sido tal, que merezca agradecimiento, se le pueden dar 32. para que en toda la cantidad exceda la quarta parte al debito. Esta misma proporcion se ha de guardar en los demás muchachos, que ganan algun salario. A los muchachos de quien se dixo arriba, que no se les debe mas salario, que el sustento, y vestido, si han servido de fuerte, que merezcan agradecimiento, juzgo, que vn vestido que se le dé, o su valor, al despedirse, o despedirlos, es suficiente remuneracion.

204. Para determinar quando, y quanto se les puede dar mas de lo que se les debe, por via de limosna, se ha de suponer, que en tal caso el despenfero, y demás sirvientes no están en necesidad grauissima, como extrema, que esto rara vez sucederà. Tambien supongo, que el Religioso no tiene caudal superfluo, que son las dos ocasiones en que vna persona està obligada a dar limosna; como dize S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. *Sic ergo dare elemosinam de superfluo est in precepto, & dare elemosinam ei, qui est in extrema necessitate, alias autem elemosinam dare est in consilio, sicut de quolibet meliori bono dantur consilia*; sino que el Religioso tiene en el ministerio lo que ha menester para su sustento, y demás obligaciones de la Iglesia, y Conuento, y de la Religion, pero con tanta estrechez, que no pueda quitar algo de ai, ni con tanta abundancia, que se pueda llamar superfluo, que es lo ordinario que passa en los ministros de nuestra Religion; y que los Indios,

aunque no tengan necesidad extrema, tienen a vezes necesidades comunes, y ordinarias, como si no tiene con que dotar a vna muger de su calidad, y por esto se dexa de casar, o lo dilata, o no tiene casa donde vivir; en tales casos licitamente le puede dar el Prelado de la casa lo que ha menester para dotar vna muger de su calidad, conforme fueren los Indios dotar a las mugeres con quien se casan; y de la misma fuerte le puede para suplirle las demás necesidades, porque dar con este titulo, y ocasion, no està prohibido a los Religiosos, como se dixo arriba; y mas loable cosa es dar la limosna a los que han servido en nuestra casa, que a otros, como se colige de S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. *Ex parte recipientis requiritur, quod necessitatem habeat, alioquin non esset ratio quare elemosina ei daretur*. Limosna es lo que se dà para remedio de la necesidad agena, y assi todo lo que se diere, que excede al remedio de la necesidad, no es limosna, sino donacion. De la misma fuerte si le diessèn a vn despenfero mayor cantidad de dinero, para que dotalle, y se casasse con muger de mayor calidad que la suya, no sería limosna, sino donacion, porque no es necesidad, que vno quiera subir a mejor estado, y fortuna, sino lo necesario para no caer del estado en que se halla: de la misma fuerte no sería limosna, si le diessè para dotar a la muger mas dinero del que fueren dar las personas de tu calidad quando se casan.

205. En estos casos sería donacion ilícita, prohibida en los Decretos de Clemente VIII. y Urbano VIII. y en el Derecho, y contraria a la profersion, y pobreza Religiosa, y el que la recibió estaría obligado a restituir; de fuerte, que tres titulos ay para dar alguna cosa a los que sirven en nuestras casas. El primero, es deuda de justicia commutativa, que es paga de su salario por lo que han servido, la qual se les debe, sean ricos, o sean pobres. El segundo, es por via de agradecimiento, y remuneracion: esta no es deuda forzosa, que obligue a restitucion, sino es vna obligacion honrada, por la decencia, que naturalmente dize el ser agradecido, è indecencia el no agradecer, lo qual explicó assi S. Thom. 2. 2. q. 106. art. 1. ad 2. *Retributio gratitudinis fit ex solo debito honestatis*. Esto que se dà por agradecimiento, tambien se puede dar al rico, como al pobre, pero requiere, que aya meritos dignos de agradecimiento, que si no los ay, sería donacion pura, y consiguientemente ilícita, y nula en los que no pueden hazer donaciones. El titulo tercero, es de limosna, este pide necesidad de

parte del que la ha de recibir, como queda dicho.

## CONSULTA XXIV.

*Sobre si un Religioso pueda dar notable cantidad de dinero a otro Religioso.*

## PROPUESTA.

VN Padre desta Prouincia murió, y acaso tenia en algun dinerillo, que eran 50. pesos, los dió a otro Religioso, que hiziesse de ellos lo que le pareciesse mejor. El otro Religioso me los dió a mi, para que yo hiziesse a mi voluntad, y segun mi conciencia, que a él le dió escrupulo, por no ser Prelado, de manexarlos. Ahora pregunto yo a V. R. si este dinero pertenece directe al Padre Prouincial, o si se podrá aplicar a alguna, o Sacristia, o Religioso pobre? porque supongo, que el Padre muerto lo adquirió siendo Vicario en estas casas, y assi no me parece fuera de camino aplicarlo a la Sacristia para ropa, &c. Pido el consejo, y parecer de V. R. y lo seguiré sin duda.

## PARECER LXXXI.

206. R Espondese, q si esta cantidad fuera mas moderada, como de vna dozana de pesos, se avia de entender, que el Religioso moribundo, que la entregò, pudo licitamente gastarla. La razon es, porque si el Religioso moribundo era Vicario, pudo sin pecado alguno entregarla; porque aunque los Religiosos no adquieren dominio de cosa alguna, sino que quanto adquieren es de la Comunidad, y por las Ordenaciones generales desta Prouincia, quanto adquiere vn Religioso es de toda la Prouincia, y no tiene licencia para adquirir, o recibir cosa alguna de otra fuerte, sino en nombre de toda la Prouincia; no obstante esto no se puede negar, que los Prelados de qualquiera Conuento, o Vicaria, son verdaderos administradores de todo lo que les dan, o adquieren, y pueden dispenderlo, y gastarlo como vn administrador, que tiene allí puesto la Prouincia, para que disponga prudenter, & rationabiliter de lo que allí le dieran, o adquiriere, o hallare en aquella casa, donde le ponen por Prelado: y se debe presumir, que el Religioso que assi diessè (estando bueno, y sano, o ya para morir, que en esto no ay diferencia) vna cantidad de dinero moderada, como administrador, y dispenfero, que era de aquel dinero, juzgo, y hallò en su conciencia, que aquella

era buena administracion, y dispensacion de aquel dinero, y por buen concepto, que tenia de aquel Religioso, le cometió para que lo gastaſſe, ó ya en trasladar Arte, ó Vocabulario, y otras cosas de la lengua de los naturales, de que ordinariamente necesitan los Religiosos vagos, y subditos, ó ya en otros usos buenos, y licitos. Y en este caso pudiera el Religioso subdito, à quien el moribundo los entregó, gastar dello todo lo que huviera menester, sin incurrir en culpa. Si el Religioso, que entiega dicha cantidad moderada fuere subdito, se debia entender, que tuvo la licencia de su Prelado requiſita para entregarlos, por las mismas razones de arriba, y como dicho queda, el Religioso subdito pudiera gastar dicha cantidad moderada, pidiendo licencia a su Prelado. Y si el Religioso que le entregó el dinero, y murió, era su Prelado, no avia menester mas licencia. porque aunque el Prelado que dió el dinero al subdito estava ya difunto, persevera la licencia ya dada, que es *gratia facta*.

207. Pero en el caso presente ay mayor dificultad, por ser la cantidad demasiada, y desproporcionada a lo que ha menester vn Religioso subdito, y el efecto de aver el Religioso entregado esse dinero a V. R. es manifiesto indicio, que tanta cantidad de dinero excedia mucho a lo que avia menester; y assi juzgo, que quanto a el exceso fue desperdicio, y no pudo el Religioso, que murió, darlo tan a bulto, sin determinar, ni dar a entender cosa necesaria, ó conveniente en que se gastaſſe. Puedeſe dar al Religioso, a quien el moribundo lo entregó, todo lo que huviera menester para sus libros de lengua de naturales; porque quanto à esta cantidad moderada, es justa, y prudente la entrega, y administracion de esse dinero. Lo demás se puede aplicar a otros Religiosos, que necesitan de ello para sus libros, y otras cosas, pidiendo beneplacito al Padre Vicario Prouincial de esta Prouincia, a quien pertenece el cuydado de todas las casas; y assi todo aquello, que excede a lo que ha menester el Religioso subdito, a quien lo entregó el moribundo, se ha de distribuir por beneplacito del Vicario Prouincial de ai, y no puede hazer la aplicacion el Vicario de vna casa particular, porque es dinero perteneciente a otras casas, y assi ha de disponer del el que tiene jurisdiccion en todas las casas de ai, que es el Padre Vicario Prouincial, y no ay necesidad, ni obligacion de entregarlo al P. Prouincial.

## CONSULTA XXV.

*Sobre si la muger deba restituir lo que obturpenciam le da vn Religioso, aviendo pedido licencia al Prelado para hazer de ello donacion?*

## PROPUESTA.

Vn Religioso dió vna cantidad de dinero a vna muger *ob turpem causam*, y despues para librarla a ella de la obligacion de restituir, pidió al Prelado licencia, con tanto disimulo, y rebozo, que el Prelado entendió otra cosa muy diferente, y perdonó lo que la muger debia restituir. Preguntase, si queda todavia obligada a la restitucion?

## PARECER LXXXV.

208. Respondeſe, que no queda obligada a restituir. Para prueba desto se pudiera traer vna opinion, que algunos dan por probable, que dize, que quando el Prelado dà licencia a vn Religioso para gastar alguna cantidad moderada, aunque la intencion del Prelado es, que la gaste en cosas licitas, y honestas; con todo esto, no poniendo el Prelado condicion alguna, ni restriccion, aunque el Religioso la dà a vna mala muger *ob turpem causam*, vale la donacion. Por esta opinion suelen citarse Bañez, 2.2. q. 62. art. 5. Ludouic. Lop. lib. 2. de contrat. cap. 40. Rebello, tract. de iust. p. 2. lib. 12. q. 4. sect. 2. y otros. El fundamento desta opinion es, porque en tal caso ya el Prelado dà potestad para que se dispenda aquella cantidad, y se gaste; y aunque el modo de gastarla, y la cosa en que se consume es mala, y contra la voluntad del Prelado, pero el gastarla, y consumirla, es conforme a la voluntad del Prelado; y por consiguiente pecará el que gastare la tal cantidad contra el voto de castidad, pero no cõtra el voto de la pobreza. Y no cõvence el exemplo, que suelen traer los Autores de la contraria opinion, contra esto de el que le dà a su mayordomo vna cantidad de dineros, para que la dà a pobres, si la gasta en otra cosa, debe restituirla: y no solamente el modo de gastarla, sino tambien gastarla en otra cosa, es contra la voluntad del señor; y que lo mismo es en caso, que el Prelado dà licencia para gastar en cosas licitas, porque està manifiesta la diferencia, porque el que dà el dinero para repartir a pobres, lo principal, y vnico que pretende, es el socor-

ro de los pobres, y este es el objeto vnico de aquella comision: por lo qual no dandose a los pobres, se saltó totalmente a la voluntad del señor del dinero; pero el Prelado quando dà al subdito la licencia de gastar, sin determinarle particular uso de aquel dinero, lo que mas inmediatamente concede, es la dispensacion, y gasto de aquel dinero, y quitar al Religioso el impedimento que tiene por el voto de la pobreza, quanto al gasto de aquella cantidad: pero el uso, y modo de gastarla (quando no lo determina) se colige, que quiere que se gaste en cosas licitas, de otro principio, y en orden a otras virtudes, y assi se compadece muy bien, que el gasto de aquel dinero sea con voluntad del Prelado, y el modo de gastarlo sea contrario.

209. Compruebase mas esta opinion con los muchos bienes, que Dios nos dà, para que usemos de ellos en obras virtuosas, y de qualquiera mal uso ha de pedir estrecha cuenta, como dize el Euangelio, que la pedirà de qualquiera palabra ociosa: y no obstante esto, si destos bienes hazemos instrumentos de culpas, y los gastamos en obras malas, no por esto pecamos contra justicia, porque Dios no los dà *sub conditione*, ni con aquella restriccion, antes nos haze señores absolutos de los bienes que nos dà. Assi el Prelado, que aunque no haze, ni puede hazer al subdito señor absoluto de aquella cantidad, dà potestad para que la eche fuera del dominio del Convento, y dispone, que se gaste por disposicion de aquel Religioso; y aunque es su voluntad, è intencion que se gaste *in rebus licitis*, no le pone esta restriccion, por escusarle de lazos, y escrupulos, que para Religiosos de estrecha conciencia, suele ser ocasion de escrupulos dicha restriccion, temiendo, que si interviene algun pecado venial en el gasto, como de gula, ó cosa superflua, será nula la licencia: por lo qual aquella buena intencion que tiene el Prelado, de que el dinero, para cuyo gasto dà licencia, se gaste en cosas licitas, no restringe la licencia de gastar, ni anula a la enagenacion del dinero, aunque se gaste en cosa torpe, y pecado mortal.

210. Pero no tengo por verdadera esta opinion, ni me parece suficientemente probable, ni segura, porque el Prelado no tiene potestad para gastar dinero en semejantes usos, porque no es señor de los bienes que pertenecen a su Monasterio, ni de otros algunos, sino vn mero administrador de la hacienda, que no es suya, y assi la debe administrar prudentemente, y en qualquiera desperdicio, y mal uso, peca contra la pobreza; y

pues el Prelado no tiene potestad para tales usos, no puede darla a sus subditos. Assi consta del Derecho, de reg. iur. in 6. reg. 79. *Nemo potest plus iuris transferre in alium, quam sibi competere dignoscitur*. Y l. Nemo. ff. de reg. iur. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Y alli la Glosa pone varios exemplos, en que se comprueba, que qualquiera potestad q̄ vno dà a otro sobre alguna casa, passà al que la recibe, con las mismas restricciones, dependencias, y cargas, que la tenia el que la dió: y es grandissima la diferencia que ay entre los bienes que Dios dà a los hombres, y la licencia que dà el Prelado a sus subditos para gastar; porque Dios, como Supremo Señor de todo, reparte sus bienes, y haze a los hombres absolutos señores dellos, mandandoles, que usen bien dellos, y si usen mal, no por esto les quita el dominio; pero el Prelado no es señor de la hacienda, ni puede dar al Religioso subdito dominio alguno, ni darle licencia para que la desperdicie, ó gaste mal, porque to lo esto excede la facultad de administrador de hacienda agena.

211. Dexada, pues, la dicha opinion, digo, que en el caso propuesto, el subdito quando dió el dinero a la muger, sin licencia del Prelado, pecó contra ambos votos de pobreza, y castidad, porque uso del dinero sin dependencia del Prelado, como si fuera señor absoluto del, por fin torpe; y aunque huviera alcanzado licencia del Prelado, fuera lo mismo, porque tal licencia es nula, y assi quedó la muger obligada à restituirla. Despues, quando pidió al Prelado licencia con rebozo, y disimulo, quedó la muger libre de la obligacion de restituir; porque no obstante el disimulo, para que el Prelado no entendieſſe el caso, es cierto, que entendió que se le pedia, que perdonase vna cantidad oculta, que vna persona debia a la Comunidad, y el Prelado la perdonó, y dió por gastada. Aqui no hubo error en la substancia de la remision de la deuda, ni la remision de la deuda fue contra la recta administracion, y assi fue valida: porque aunque al principio la donacion fue illita, y deshonesta, y el uso del dinero malo: la remision es licita, y honesta, porque cede en honor de la Religion, y le evita el descredito, porque de pedir a mugercillas lo que assi se les dió, se sigue desdoro à la Religion, porque es certissimo, que todas ellas son hijas del interès, pues por el dinero tienen vendida la reputacion, y el alma, y por qualquiera cosa que les quitan, que ellas juzgan, que lo ganaron muy bien, dan clamores, y gritos, y se querellan a todo el mundo:



Et sunt nonisima illius Religioſi peiora Prioribus. Por lo qual dando el Religioſo a entender al Prelado, que perdonar aquella deuda era cauſa licita, y honeſta, no fue falſo, ſino verdad; y configuienmente fue valida la remiſion, pues la hizo libremente el Prelado, ſin interuenir fraude, ni error alguno en la ſubſtancia, ni mala adminiſtracion.

## MANDAS, O DONACIONES CAUSA MORTIS.

### CONSULTA XXV.

Si à un eſclauo, que dexan un legado, y la libertad deſpues que aya ſervido diez años, ſe aya de entregar el legado antes del tiempo de ſu libertad?

#### PROVESTA.

EN vna clauſula del teſtamento, que otorgò Maria: *Item, mando al Conuenro de S. N. un eſclauo llamado Domingo, caſta Mindanao, de edad de 19. años, por tiempo de 10. años, y ſe le den de mis bienes à dicho eſclauo 20. peſos, y luego quede libre.*

Sobre eſta clauſula ſe duda ſi dichos 20. peſos ſe pueden entregar al dicho eſclauo, ó es forçoſo eſperar a que aya ſervido los 10. años: parece, que ſe le puede entregar luego, porque la clauſula no dize, que para darle los 20. peſos ſe aguarde a que cumpla los 10. años de ſervidumbre, ſino abſolutamente dize, que ſe le den al dicho eſclauo 20. peſos.

#### PARECER LXXXVI.

212. **R** eſpondeſe, que los teſtamentos, y todas ſus clauſulas ſe deben cumplir enteramente, ſin faltar en coſa alguna, como ſi fueſſen verdaderas leyes. Aſi eſtà determinado en ambos Derechos, en el Canonic. cap. vltim. 13. q. 2. *Vltima voluntas defuncti modis omnibus conſeruari debet.* Y cap. Indicante. de teſtamentis. tratando de los legados, que avia dexado vna difunta, dize: *Voluntatem eius per omnia volumus ad impleri.* Y cap. Cum Marthæ. de celebrat. Miſſarum. *Noniſimum hominis teſtamentum immobile perſeuerat.* En el Ciuil. l. Habeat. C. de Sac. Ecclieſ. ſe determina, que los dictámenes del teſtador ſe cumplan como lo dexò diſpueſto en ſu teſtamento, por ſer lo vltimo que quiſo, y determinò: *Non ſunt caſa iudicia eius, nihil enim eſt, quod magis hominibus debeatur,*

*quam ut ſuprema voluntatis ( poſtquam iam aliud velle non poſſunt ) liber ſit ſtylus.* Y l. Quoniam indignum. C. de teſtam. *Quibuslibet conſecta ſententiæ, vel in quolibet loquendi genere formata inſtitutio, valeat, ſi modo per eam liquebit voluntatis intentio.* Y Auth. de Nuptijs. §. Diſponet. colat. 4. *Diſponat unusquisque in ſuis, & ſit lex eius voluntas.* Y mas abaxo: *Vti legaret quisque de ſua re, ita ius eſto.* El Derecho natural enſeña lo miſmo, porque cada vno puede diſponer de ſus bienes como le pareciere, y ninguno puede diſponer de hacienda agena de otro modo, ſino de la manera que quiſo ſu dueño, que ſe diſtribuyeſſe, como dize Molina, de iuſt. to. 1. tract. 2. diſp. 249. De fuerte, que todos los Derechos claman, que las vltimas voluntades, y teſtamentos de los difuntos ſe han de cumplir en todo, y por todo riguroſamente en todas ſus clauſulas, y palabras, al modo que ſe guardan las leyes, y Derechos.

213. Supueſto eſto, digo, que ſegun la clauſula pueſta arriba del teſtamento de Maria, no ſe le pueden dar al eſclauo Domingo los 20. peſos, haſta que aya cumplido los diez años de ſervidumbre en el Conuenro de San N. que eſta ſea la voluntad de la teſtadora, ſe prueba con quatro razones. La primera, porque las clauſulas de los teſtamentos tienen fuerza de leyes, y ſe han de cumplir, y explicar, como las leyes, y al modo de las leyes, como conſta de los Derechos alegados arriba, y las leyes ſe deben entender, é interpretar de fuerte, que ninguna palabra quede ſuperflua, como conſta de ambos Derechos, del Can. cap. Si Papa. de priuileg. *Cum verba aliquid operari debeant.* Del Ciuil. l. Ait prætor. ff. de iure iurando: *Nec fruſtra adijcitur.* De la miſma fuerte las clauſulas de los teſtamentos ſe han de entender de fuerte, que ninguna quede ſuperflua, ſino que cada vna tenga ſu efecto, y a todas ſe de cumplimiento. En la dicha clauſula primero dize, que manda al Conuenro de San N. al eſclauo por tiempo de diez años; y añade inmediatamente: *Y ſe le den de mis bienes veinte peſos à dicho eſclauo.* Y proſigue: *Y luego quede libre.* Aquella palabra luego pueſta en la clauſula, no ha de quedar ſuperflua, ſino que ſe le debe dar ſu ſignificacion; y ſignifica, ſegun el eſtilo ordinario, y comun de hablar, vn modo de confeccion inmediatamente, como ſi dixera: ſirva diez años al Conuenro de San N. y denſe veinte peſos, y dados los veinte peſos, quede libre. Que eſte ſea eſtilo comun de hablar, ninguno lo puede negar, porque quando mandamos a vn criado, que haga alguna coſa, y que luego haga otra; v. g. oye Miſſa,

Miſſa, y luego traeme tal libro; no es ſolamente dezirle, oye Miſſa, y traeme el libro, ſino que primero la oygá, y deſpues inmediatamente, y confeſcutivamente trayga el libro: y por eſſo ſe vía deſta palabra luego, para inferir vna concluſion de algun antecedente, que es dezir, que la concluſion ſe ſigue inmediatamente del antecedente propueſto. Eſte es comun modo de entender eſta palabra luego: y en los teſtamentos, y contractos, y eſcrituras, y en qualquiera materia ſe han de entender las palabras, legun el eſtilo, y vſo comun de hablar, como conſta del Derecho. l. Lebes. ff. de ſupell. leg. *Non ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi uſu nomina exaudivi. debere.* Lo miſmo ſe determina, l. Cum de lanionis. ff. de fundo inſtructo, vel inſtrum. §. Item cacabos. y l. Librorum. de legatis. 3. §. Quod tamen. Y ſe prueba en la Gloſſ. in cap. Non nulli. de reſcriptis. y es comun. Dizenlo muchos Doctores, a quien citan, y ſiguen Silveſt. verb. Vidua. y Angelo, y Tabien.

213. La ſegunda razon es, porque qualquiera clauſula de teſtamento, ó eſcritura, quando tiene alguna dificultad ſu inteligençia, ſe ha de entender, é interpretar de fuerte, que la diſpoſicion tenga efecto, y valor. Conſta de ambos Derechos, del Can. cap. Abbate. verb. Sign. *Profecto ſic intelligenda ſunt verba, ut res, de qua agitur, valere poſſit potius quam perire.* Y cap. Inter dilectos. de fide inſtr. *Vt tamen intelligatur eo modo, quo magis poſſet valere.* De fuerte, que ſe ha de entender aquella clauſula, y legado de modo, que tenga valor, y ſea proficuo a aquel a quien ſe haze. Lo miſmo ſe determina en el Derecho Ciuil. l. Quoties in actionibus. ff. de rebus dub. *Quoties in actionibus ambigua oratio eſt, commodiſimum eſt, id accipi quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.* Y l. Si quando de legat. 1. ſe determina, que ſi vn hombre en ſu teſtamento manda, y lega a ſu muger las coſas, que en vida le ha dado, ſe debe entender de las coſas, que en vida no le pudo dar, y avia ſido la donacion nula, porque ſi hablara de las coſas, que validamente le avia dado en vida, ſeria la clauſula de ningun efecto. Si la clauſula del teſtamento de Maria ſe entendieſſe, de que ſe dieſſen al eſclauo los veinte peſos en el tiempo de ſu eſclauitud, ſeria la manda de ninguna utilidad para el eſclauo, porque el eſclauo, como ſu propio cuerpo no es ſuyo, ſino de ſu amo, aſi quanto adquiere, ó le dexan por legado, no es ſuyo, ſino de ſu amo; como conſta del Derecho. inſt. Per quas perſonas. donde dize: *Ad mōnem ad ſumum acquiri nobis non ſolum per nos metipſos, ſed per eas quoque perſonas, qua in noſtra po-*

*teſtate ſunt, veluti per ſeruos noſtros nobis acquiritur, totum noſtrum ſiat.* Y inſt. De hiſ qui ſui, vel alieni iur. ſunt: *Quod cunque per ſeruum acquiritur, id domino acquiritur.* Y l. Seruus. ff. de peculio. *Nec ſeruus quidquam debere poteſt, nec ſeruo poteſt deberi.* y otros muchos textos del Derecho: y aſi lo dizen, y aprueban eficazmente graues Autores. Azor. to. 2. inſt. mor. lib. 2. cap. 26. q. 1. y 2. y Lugo, to. 1. de iuſt. diſp. 3. ſect. 3. y Sanchez de matrimon. lib. 7. diſp. 24. n. 22. Por lo qual la dicha manda de veinte peſos no fuera vtil, y de provecho, ni de valor al eſclauo, ſi ſe le huviera de dar para el tiempo de ſu eſclauitud, porque el dominio del dinero lo adquiriria el amo del eſclauo, y no el eſclauo: lo qual no pretendió la teſtadora, pues conſta, que quiſo hazer al eſclauo eſte beneficio de veinte peſos, juntamente con otro mayor de la libertad. Y aun en la opinion que llevan algunos, Molina de iuſt. to. 1. tract. 2. diſp. 38. Trull. in Decal. to. 2. lib. 7. cap. 2. dub. 5. Leſſio, lib. 2. cap. 4. dub. 4. que dize, que los eſclauos adquieren dominio de los legados, que eſpecialmente le dexan a ellos, quando conſta de la voluntad del teſtador, que fue ſu intencion, que no lo adquirieſſe el amo, ſino el eſclauo, corre eſta razon, porque el eſclauo todo el tiempo que le dura la eſclauitud, corre por cuenta de ſu amo el veſtido, y ſuſtentarlo, y darle todo lo neceſſario para paſſar la vida, y aſi el dicho eſclauo todo el tiempo que duraffe ſu eſclauitud es quando menos ha menester el dinero, y ſi ſe le dà en eſſe tiempo, y lo gasta en coſas neceſſarias de ſu ſuſtento, ó veſtido, cede en utilidad del amo mas que del eſclauo; y ſi lo gasta en coſas no neceſſarias, ó inutiles, es perderlo: por lo qual juzgo, que dichos veinte peſos ſe le deben dar quando ya aya cumplido los diez años de ſervicio, para que aſi le ſea vtil, y provechoſa la manda, y le valga algo: *Intelligatur eo modo quo magis poſſit valere.*

214. La tercera razon ſe ſaca de ambos Derechos, del Can. de reg. iur. in. 6. reg. 45. *Inſpicimus in obſcuris, quod eſt veriſimilius.* En las clauſulas de los teſtamentos obſcuras, ſe debe entender lo que es mas veriſimil, que quiſo el teſtador. Lo miſmo ſe halla en el Derecho Ciuil. l. In obſcuris. ff. de diuerſis reg. iur. *In obſcuris inſpici ſolet, quod veriſimilius eſt.* Mas veriſimil es, que la teſtadora no quiſo, que a ſu eſclauo, que dexaba libre, deſpues de diez años de ſervidumbre, ſe dieſſen los veinte peſos en el tiempo que duraba la ſervidumbre, porque bien ſabia, que en tal eſtado no los avia menester para coſa neceſſaria, ſino para quando acabaffe el tiempo de la

la seruidumbre, y huviere de sustentarse por si mismo, que entonces ha menester dinero para pasar la vida, y asentar algun modo de viuir: y assi es mas verisimil, que quito la testadora, que al fin de la seruidumbre de los diez años, se le diessen los veinte pesos, para que empezase a viuir libre, lo qual explico con aquellas palabras: *Se le den de mis bienes a dicho esclavo 20. pesos, y luego quede libre.* Sanchez, in Opusc. to. i. lib. i. cap. i. dub. 10. dize, que ordinariamente los esclavos, que quedan libres por testamento de sus amos, dan en ladrones, y acaban la vida en las carceles, ó en las horcas, porque hallanse pobres, sin tener conque sustentarse, y no se aplican a buscarlo, porque ni estan experimentados a esto, ni se aplican: y yo he visto a otros esclavos mas virtuosos de lo que dize Sanchez, que dexados libres sus amos, pasan la vida mendigando, y pidiendo limosna de puerta en puerta, y otros, que por no tener con que empezar a buscar la vida, se quedan toda la vida sirviendo como esclavos a los Albaceas, ó a los que empezaron a servir algun tiempo, aunque les digan, que son libres, que se vayan, obligando a esto la necesidad: por lo qual es mas verisimil, que la testadora, queriendo hazer bien a su esclavo, quiso que se le diesse esse dinero quando mas le aproueche, que es quando empieze a ser libre, para que pueda con efecto gozar de su libertad, y no se quede toda la vida esclavo por necesidad, ni se vea obligado a mendigar, ni de en ladron, y pare en vna horca.

215. La quarta razon se faca de la segunda parte de dichas reglas; la del Derecho Canonico dize: *Inspicimus in obscuris, quod plerumque fieri consuevit.* La del Civil: *In inspicis solet, quod plerumque fieri solet.* En las cosas dudosas, y obscuras se ha de hazer lo que mas ordinariamente se acostumbra, y suele hazerse en cosas semejantes. Cosa muy ordinaria es, quando se dexa por libre algun esclavo, dexarle alguna cosa con que empieze a pasar la vida: assi lo he visto en varios testamentos, que he visto hazer, en que han dado libertad a diuersos esclavos; pero al esclavo, que queda por esclavo sin libertad, nunca he visto mandarle cosa de importancia, sino quando mucho vn vestido viejo de su amo: y creo, que sera cosa rarissima dexar manda de dinero a vn esclavo, para que se le de siendo esclavo; por lo qual se debe entender, que la testadora dexò dicha manda a su esclavo, para quando fuese libre, que es el estilo usado de dexar mandas a esclavos, quando se les dà libertad, y no para quando estan en esclauitud. Y esto hizo la misma testadora

en otra clausula del mismo testamento, donde dà libertad a otro esclavo de la misma calidad, y edad deste; dize la clausula assi: *Item, m. vido a Francisco vn esclavo, llamado Joseph, Criollo, de diez y nuene años, casta Malabar, el qual sirva diez años, y luego quede libre, y se le den veinte pesos.* Esta clausula tiene el mismo sentido, que la que se propone en la dificultad, y aun las mismas palabras tienen ambas, y solamente està la diferencia en que esta dize primero: *Luego quede libre,* y despues añade: *Se le den 20. pesos;* pero en la otra dize primero: *Denlele 20. pesos;* despues añade: *Luego quede libre.* Mas clara està la que despues de aver dicho la libertad, dize, que se le den veinte pesos; pero por la mas clara se ha de explicar la obscura, y de ella se colige el dictamen de la difunta, que fue seguir lo mas usado, y mas conforme a razon, dexandoles la manda para quando sean libres.

CONSULTA XXVII.

*Sobre si se deben ratear ciertas mandas, por estar obscuras las clausulas del testamento en que se hazen.*

PROPOSTA.

Disponiendo Diego su testamento, hizo quatro mandas, a Pedro, Juan, Francisco, y Antonio, y hechas estas quatro mandas, dize luego assi vna clausula: *Satisfechas estas cantidades, lo que quedare buelvo de nuevo a mandar en la forma siguiente, &c.* Va poniendo otras mandas, y al fin de todas dize: *Y es declaracion, que si a estas cantidades no alcançare, se ha de ratear entre todos.* Parece, que esta segunda clausula contradize a la primera, y quiere, que todas estas mandas se rateen.

PARECER LXXXV.

216. Responde a la pregunta, que aquellas quatro mandas primeras, que haze Diego en su testamento a Pedro, Juan, Francisco, y Antonio, se deben cumplir enteramente, sin entrar en la prorrata, porque aquella clausula està muy clara; que despues de dichas quatro mandas, dize: *Satisfechas estas cantidades, lo que quedare buelvo a mandar de nuevo en la forma siguiente.* Estas palabras son tan claras, que no admiten duda, porque expresamente dize en ellas el testador, que las mandas que despues se figuen, se hagan del remaniente, y de lo que

CONSULTA XXVIII.

*Sobre si aziendo vn difunto en su testamento dexado vna manda para pobres pordioseros (assi llama a los que piden limosna por las calles) se pueda dar parte de dicha manda a los pobres vergonzantes?*

PROPOSTA.

Pedro difunto dexò dispuesto en su testamento, que se diessen cien pesos de limosna a los pobres pordioseros, que piden por las calles; y preguntado si a vergonzantes, ó soldados? respondiò, que no, sino solamente a ciegos, mancos, y tullidos. Preguntase, si avrà alguna larga, conociendose la summa necesidad de algunos pobres vergonzantes, para que se les pueda dar alguna cosa?

PARECER LXXXVIII.

218. Responde, que no se les puede dar de esta limosna cosa alguna a los pobres vergonzantes, aunque tengan mucha necesidad, porque constando con toda claridad, y certeza la intencion del testador, y siendo obra pia, como de hecho lo es, dar esta limosna a los pobres pordioseros, no es licito mudarla en otra, aunque sea mejor, ni dar esta limosna a otros pobres, aunque conste, que estan mas necesitados. Assi se determina en ambos Derechos, cap. Indicante de testamentis: *Voluntatem eius per omnia volumus adimpleri.* Y cap. Tua nobis. *Secundum defuncti voluntatem vniuersa procedant.* Y l. Habeat. C. de Sac. Eccles. *Nihil est, quod magis hominibus debeat, quam ut supræ voluntatis postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stilus.* Y l. Et nomen. C. de caducis tollendis. §. *Voluntati testatoris pareatur.* El testador quiso disponer de su hazienda en esta forma, y quiso dar esta limosna a los pobres, que piden limosna de puerta en puerta, y no a los vergonzantes, y no puede el Albacea, ni otro alguno disponer en otra forma de esta limosna, que teria distribuir, y disponer de la hazienda agena contra la voluntad de su dueño.



que quedare, despues de satisfechas aquellas quatro mandas, y legados, que ya tiene referidos. Y la otra clausula, que pone despues de todas las mandas, de que todas se rateen, cae sobre todas las mandas que haze despues de las quatro, que dexaba ya referidas.

216. Dos razones hallo para entender esto assi. La primera es, que para deshazer vna clausula tan clara, y expressa, como la primera ya referida, era menester otra, que con la misma claridad dixese expresamente, que es su voluntad, que las mandas que haze a Pedro, Juan, Francisco, y Antonio, se rateen tambien, porque *omnis res per quas cumque causas nascitur per easdem dissoluitur.* cap. i. de reg. iur. l. Nihil tam naturale. ff. eodem titulo. Lo qual no dize en su testamento, y assi queda aquella clausula en su valor, de que se satisfagan aquellas quatro mandas, y quede lo que quedare; despues de satisfechas, se cumplan las demàs, que se figuen en el mismo testamento.

217. La segunda razon es, que no se debe presumir, que el testador se contradize a si mismo, quando se pueden salvar ambas clausulas con sentido legitimo, sin contradiccion alguna: y assi acontece aqui, porque aquella clausula, que dize: *Satisfechas estas cantidades, lo que quedare buelvo de nuevo, a mandar en la forma siguiente,* cae expresamente sobre aquellas quatro mandas. La otra clausula, q està despues de todas las mandas, cae solamente sobre las que se figuieren despues de las quatro primeras: de fuerte, que las quatro mandas primeras, las dexa como separadas, y priuilegiadas con aquella clausula, que dize: *Satisfechas, &c.* y luego empieza otro genero de mandas, a las cuales para que no se entienda, que quiere priuilegiar alguna de ellas, puso la otra clausula, que empieza: *Y es declaracion, &c.* Notense aquellas palabras desta vltima clausula: *Y es declaracion, que si a estas cantidades no alcançare,* dize: *Estas,* para denotar, que no habla en esta clausula de aquellas cantidades, y legados primeros, que dexa ya priuilegiados, y como separados por clausula especial, sino que solamente habla de estas mandas mas cercanas, que haze despues, todas las cuales quiere que se rateen a falta de bienes. Y assi digo, que en conciencia debe el Albacea cumplir por entero aquellas quatro mandas de Pedro, Juan, Francisco, y Antonio, y despues ratear todas las siguientes. Este es mi sentir.



## CONSULTA XXIX.

## PROPOSTA.

Si los pobres de la carcel se pueden tener por pordioseros, en orden a poderles repartir de la limosna dexada a pobres pordioseros, de que se habló en el parecer antecedente?

## PARECER LXXXIX.

220. **R**espondefe lo primero, que si en la carcel ay algunos, que quando estavan libres pedian por las calles, es certissimo, que estando presos pueden gozar de esta limosna, porque la causa, y razon por que le dexan a los pobres, que piden por las calles limosna, no es porque andan por las calles, sino por la miseria, y pobreza, que les obliga a perder el pundonor, y buscar asi su sustento; y porque encarcelen a vn pobre de estos, no se haze menor su pobreza, y miseria, antes se aumenta: por lo qual se le puede repartir de esta limosna, como si va pobre pordioso cayese enfermo, y no pudiesse pedir de puerta en puerta, es certissimo, que se le puede dar de esta limosna, porque asi el enfermo, como el preso tienen librado su sustento en pedir de esta manera, y esse es como su oficio, y habitualmente lo conservan, y no dexan de ser pordioseros, aunque por razon del impedimento no lo exerciten por entonces: como el Pescador, y el Albañil, que no dexan de ser Pescador, y Albañil, quando estan presos, o enfermos, aunque entonces no lo exerciten por el impedimento.

221. Respondefe lo segundo, que a los pobres de la carcel, que publicamente piden limosna a los que pasan por la calle, o entran en la carcel, se les puede dar de esta limosna, porque ya aquellos en aquel estado son pordioseros, y la necesidad les ha obligado a perder el pundonor, y pedir como por las calles, porque respeto de ellos no ay mas calles, que la carcel, o calabozo donde estan. Finalmente piden en lugar publico, y comun, que basta para que les llamemos pobres de los ordinarios, y pordioseros.

222. Respondefe lo tercero, que a todos los presos, que acuden, o fueren acudir a las limosnas comunes, que fueren embiarseles a la carcel, se puede repartir de esta limosna. Pongo vn exemplo: quando el Licenciado Manuel Suarez embiaba todos los dias a la carcel vna olla de morisquita, y otra de pescado, llegada esta comida, acudia la chufma de pobres a manifestar su hambre; todos

estos son pordioseros. Avia otros, que con mas recato, verguença, y pundonor llegaban a pedir, que les echasen en vn plato de aquella comida; tambien estos son pordioseros todo el tiempo que estan alli, que se allanan a pedir, o recibir aquella miserable limosna publica para comer. Otros ay, que no se allanaran a tal cosa, y alla en su rincón pasan sus necesidades; y a estos no fue su intencion del difunto darles desta limosna, y la necesidad destes es de otro genero, aunque a vezes es muy graue; pero de ordinario tiene mas de moral que de fisico. Digo, que las mas vezes mas han menester la limosna para no caer de su estado, y pundonor, que para llenar la barriga, y sus necesidades piden limosna mas gruesa. Finalmente todos los presos, que acuden a recibir las limosnas publicas, y menudas, que fueren repartir en la carcel, como quando algun Alcalde haze repartir seis, o ocho pesos, que echa de pena a vn preso para soltarlo de la carcel, todos los que llegan alli a recibir su real, son pordioseros.

## CONSULTA XXX.

*Sobre si la manda, o donacion, que hizo vno en su testamento, perezca aviendo muerto la persona a quien se hizo antes que el testador, o donador?*

## PROPOSTA.

Vn hombre, aviendo ido a la Nueva-Espana desde Manila, murió allá, y hizo su testamento, en el qual dexò vna manda, o legado a vna muger a la qual avia dexado en Manila; y aora consta, que quando murió en la Nueva-Espana el testador, que dexò dicha manda, era muerta antes la dicha muger, a quien dexaba dicha manda.

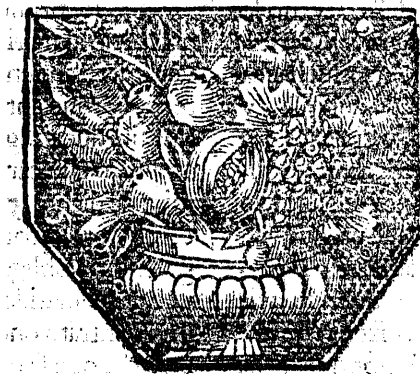
Pregútese si el dicho legado, o manda pertenece a los herederos de la dicha muger, o ha de quedar en el monton de bienes del difunto, para las personas, o obras a que dexò el remaniente de sus bienes?

## PARECER C.

223. **R**espondefe, que constando, que la muger a quien dexaba el legado, murió antes que muriesse el testador, perezca el legado, y no ayva efecto alguno, como si tal legado, y tal manda no se huviera hecho: y asi el legado, o cantidad, que dexaba el testador en su testamento a la dicha muger, de ninguna suerte pertenece a los herederos della, porque pertenece a las personas, que el dicho testador dexò por herede-

redes del remaniente de sus bienes. Esto consta expremamente de las leyes del Reyno, part. 6. tit. 9. l. 25. que dize asi: *Cayendo el testador, que era viuo algun ome a quien el fiziesse manda, si entonces fuese muerto, no le valdria, ni la podria demandar el heredero del. Esso mismo seria si fuese viuo quando fiziesse la manda, e se muriere despues naturalmente en ante que el testador muriesse, e maguer de esso diximos, que luego que muriesse el testador, passa el señorio de la cosa a aquel a quien es mandada.* En esta ley se determinan tres cosas. Vna, que luego al punto que muere el testador adquieren el dominio de la cosa, que les manda, y delega, aquellos a quienes se les haze la manda, o legado, si viuen. Otra, que si al tiempo que se haze el testamento, ya es muerta la persona, a quien se haze la manda, o legado, no vale la tal manda, o legado, ni lo puede pedir, ni demandar el heredero de la persona a quien se dexò el legado. La tercera, que aunque la persona a quien se hizo el legado en el testamento estuviesse viua, quando se hizo el testamento, si despues muere antes que muera el testador, no vale el legado, ni lo puede pedir el heredero del legatario. Esto mismo se determina en el Derecho Ciuil, l. Et nomen. C. de caducis tollendis. §. Cum igitur. donde dize asi: *Sancimus omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem, simili que modo legatorum, & fideicommissorum pure, vel in diem certam, relictorum diem a morte testatoris cedere.* 224. De suerte, que herencia, y legados dexados por testamento, pertenecen al dominio de los herederos, y legatarios, desde el punto que muere el testador, y no antes. Y lo mismo se halla determinado. §. In nouissim. de la misma ley. *Censemus dies legatorum a morte defuncti cedere.* Y lo mismo dize la Gloss. in cap. Statutum est. r. 8. q. 1. *Ius succedendi non competit, nisi post mortem defuncti.* Y de la Doctrina del texto de dicho

cap. y de su Glossa se colige claramente, que los herederos, y legatarios, quando todavia viue el testador, no adquieren Derecho alguno a la herencia, ni a los legados: *Sed solum spes, sed illa spes evanescit, ex quo illa persona definit esse.* Y asi lo dize Silvest. en la Summ. verb. Legatum. r. q. 8. donde dize, que si el legatario muere antes que el testador, se queda el legado para los herederos del testador, y no del legatario; pero que si el legatario muere despues de ya muerto el testador, pertenece el legado a los herederos del legatario, aunque aya muerto antes de entrar en la herencia los herederos del testador. Lo mismo dize Molina, to. 1. de iust. tract. 2. disp. 181. donde dize, que este es comun sentir de los Doctores. Demàs de estar esto tan expreso en todos los Derechos, lo convence la razon, porque el legado, y manda, que se dexa por testamento, y vltima voluntad, no dà al legatario derecho alguno antes de la muerte del testador, que en esto se diferencia la manda, y legado, y vltima voluntad de la donacion *inter vivos*, o promessas, que por esta adquiere algun derecho aquel a quien se dona, o promete la cosa aun viuiendo el que la dà, o promete; pero en la manda por vltima voluntad *causa mortis*, no adquiere aquel a quien se haze la manda derecho alguno, y asi puede el testador revocar el legado siempre que quisiere, y en revocarla no haze agrauio a nadie, y consiguientemente no quita derecho adquirido a persona alguna, porque hasta que muera el testador no tiene derecho alguno el legatario. Luego si el legatario muere antes de la muerte del testador, muere sin derecho alguno al legado: luego en dicho legado no tienen sus herederos cosa que heredar del. Otros muchos pareceres acerca desta materia se hallaràn en la Classe nona, y Classe dezima.





# CLASSE TERCERA,

## EN QUE SE PONEN LOS PARECERES tocantes à simples promessas, mandatos, y fideicommissos.

### P R O M E S S A S.

#### CONSULTA I.

*Subre si el que haze una simple promessa la deba cumplir, sobreviniendo un agravio, que si se previniera, no se huviera hecho la promessa?*

#### PROPOSTA.

**V**Na señora principal de Manila criaba en su casa entre sus criadas a vna huérfana natural, a la qual toca de sus parientes hasta cantidad de 35 pesos. La señora viendo quan poca era para dote dicha cantidad, la prometió de darla quando se casasse 50 pesos. La moza acepto, diziendo, que lo agradecia; y aunque quisieron casarla con diferentes personas con dote de los 85 pesos referidos, ella se escusó, hasta que despues dixo, que se queria casar con vno. La señora dixo, que no era a proposito, procurólo estorvar, y viendo que la moza estava firme, dexólos casar, y al efectuarse, se supo, y publico, que ella avia estado amancebada con vn sobrino de dicha señora dentro de su casa, lo qual sintió la señora notabilissimamente, porque en su casa avia mucho recogimiento, y tratabase de virtud muy especial, y dicha señora le avia conservado siempre donzella, y con mucha reputacion suya, y de su casa (que lo tenia antes en vn entreuelo della) y no le habló mas, hasta aora, que está muy de riesgo de vna graue enfermedad. A la muchacha luego al punto le mandó salir de su casa, y que no le entrasse mas en ella, y dióle los 35 pesos, que de sus parientes le tocaban, y dixo, no le queria dar los 50 por el agravio que avia hecho a su casa. Aora se pregunta, si en conciencia está obligada a darlos? Y preguntada dicha señora, si esta muger le avia servido con las demás criadas, dize, que solamente tenia a cargo hazer bujos, que dicha señora gastaba, y para esto la sustentaba de

vestidos, y comida, doctrinandola, y que no la tuvo jamás para servirse della, que para esto tenia muchas esclavas, sino para ampararla, y criarla, y que por otro titulo no le debe cosa alguna, sino solamente por razon de la promessa. Preguntada mas, si la dicha muchacha le huviera pedido seguridad de escritura, ó juramento de darle dicha cantidad, si huviera asentido a ello, ó huviera respondido, que no queria echar sobre si obligacion tan grave, sino que ella lo haria a su tiempo, y cumpliria su palabra? Esto le pregunté para ver si fue la intencion de prometer, y obligarse, ó si solamente fue vna manifestacion de vn proposito, y buena voluntad de darle aquellos 50 pesos, sin gana de obligarse, que en este caso cierto es, que no obligaria como promessa, de la suerte que no obligan los propósitos, que hazemos de servir a Dios, de hazer buenas obras, y diuersas penitencias, y obras de perfeccion, porque no son votos, ni promessas, aunque las digamos a Dios con toda intencion, y afecto de cumplirlos. Respondió la señora, que su intencion fue prometerla muy de veras dicha cantidad, y que si le huviera pedido ella, ó sus parientes escritura de obligacion, ó juramento, ó otra qualquiera caucion, para seguridad de la promessa, la huviera dado.

#### PARECERES.

**I.** Para responder a este caso, supongo lo primero, que dicha señora no prometió al marido los 50 pesos, para moverle al casamiento, ni le habló de esta materia, porque antes procuró estorvarlo, porque sin duda alguna, si el marido huviera aceptado esta carga del matrimonio con la mira de dichos 50 pesos, prometidos a él por esta señora, si tomasse estado con dicha muger, estaria obligada, porque ya el trato, respecto del marido, no seria simple promessa, sino contrato oneroso *ultra citra*, que es obligatorio, que se dize *do ut facias*. No hubo nada desto; y aunque ella huviesse dicho al marido,

rído, y a otros, que pretendian se huviesse el matrimonio, y aun al sobrino de la señora, que gustaba de que se efectuasse, que la dicha señora la dotaba en 50 pesos, no por esto queda obligada dicha señora, porque la relacion que las demás personas hazen al marido de dicha promessa, no varian la promessa, ni añaden obligacion a dicha señora, ni por esto queda obligada en orden al marido, por razon de la carga matrimonial, que con este intuito toma:

**2.** Lo segundo supongo, que la simple promessa (que no es solamente proposito como esta, que fue con total animo de prometer, y obligarse) obliga en conciencia, segun la mas comun opinion a pecado mortal, siendo la materia graue, como lo es al presente, aunque tambien es muy probable la opinion, que dize ser solo pecado venial; porque la promessa simple de su naturaleza no dize obligacion de justicia, ni de otro contrato oneroso, sino solamente *ex liberalitate*, & *fidelitate*; y es grandissima la diferencia que ay de ser infiel a Dios, a serlo a los hombres, como tambien la ay de traer a Dios por testigo de vna falsedad, ó traer a los hombres. Y la virtud de la Religion, à la qual pertenece el cumplimiento del voto, aunque es parte potencial de la justicia, y no puede ser especie propria, y rigurosa de la justicia, como la fidelidad en las promessas, pero por diferentes titulos, y causas, porque la fidelidad precisamente *secundum se*, no es especie propria de justicia, porque le falta la razon de debito civil, y legal, y solamente mira vna deuda *secundum quid ex honestate*; pero la Religion mira a debito *simpliciter*, y faltale la razon de justicia *stricta*, porque no puede dar igual. Y desta opinion, que no obliga a pecado mortal la simple promessa, aunque la persona aya querido con todas veras prometer (como consta de la propuesta del caso presente) son gravissimos Autores. Fr. Juan de S. Thom. 2.2. q. 88. disp. 29. art. 9. Pedro de Ledesma, de matrim. q. 47. an. 5. dub. 2. conf. 1. Bañez, 2. 2. de dominio, fol. 160. Soto, in 4. dist. 20. q. 2. art. 2. Armilla, in Summ. vt perfidia, & ibi Caiet. & 2.2. q. 113. art. 1. dub. 4. Lessio, Lugo, Molina, Regin. y otros muchos, y parece ser de S. Thom. 2.2. q. 88. art. 3. ad 1. & q. 80. art. 1. & q. 110. art. 3. ad 5. & in 4. ad Anib. dist. 38. art. 1. Y la razon desta sentencia es gravissima, porque no constando, que el que prometió quiso obligarse con otro genero de obligacion; v.g. ó con juramento, ó donacion graciosa, en que de hecho traspasasse el dominio, ó le diessse derecho *saltem ad rem* a lo prometido, sino que solamente

conste de que quiso prometer, y obligarse *ex vi promissionis*, queda solamente obligado *ex fidelitate*, porque esta es la naturaleza de la promessa, obligacion de verificar la palabra que dió, y no se ha de trasladar à otro genero de obligacion *ex iusticia*, si no constare claramente, que hizo otro genero de obligacion: por lo qual, si de hecho huviesse hecho escritura, se entiende, que por ella le dió Derecho *ad rem*, y por este Derecho de que le hizo ya donacion, queda obligado *ex iusticia*. Segun esta doctrina tan probable, tengo por cierto, que dicha persona no peca mortalmente, aunque no cumpla la promessa, aunque no huviesse otra causa, sino solamente no querer cumplirla. Pero atendiendo, que siempre el no cumplir dicha promessa por la opinion dicha, es pecado venial, del qual no escusa opinion ninguna, el qual se debe evitar siempre, como ofensa de Dios, especialmente de persona, que está en el peligro proximo de morir, y aviendo de repartir mucho de su hacienda en obras pias por bien de su alma, seria mal caso mandarla con este pecado venial, por no dar dichos 50 pesos, si *sub peccato veniali* está obligada a darlos. Y así se pregunta, si por la culpa referida, y agravio, que hizo a su casa, está escusada, y desobligada totalmente de cumplir la dicha promessa?

**3.** Responde, que si, por las razones siguientes. La primera se funda en doctrina de S. Thom. 2.2. q. 210. art. 3. ad 5. donde dize, que no obliga la promessa: *Si sunt mutatae conditiones personarum, & negotiorum*. Y lo prueba el Santo con el dicho de Seneca, lib. 4. de beneficijs, cap. 34. & 35. donde dize: *Ad hoc quod homo teneatur facere, quod promissit, requiritur quod omnia immutata per maneant alioquin, nec est infidelis non implendo, quod promissit, quia eadem conditiones non extant*. Y confirmalo con el Apostol San Pablo, que aviendo prometido de ir a Corintho, no fue, por mudança de las cosas, que trataba; y como dize el Apost. 2. Corinth. 1. no fue liviandad de animo, ni quebrar la promessa, sino que la promessa de su naturaleza cesó, mudandose los negocios, y ocasiones: *Cum ergo hoc voluisssem, nunquid lenitate usus sum?* Y Santo Thomas en el lugar cit. dize: *Apostolus non est mentitus, qui non iuit Corinthum, quo se turium esse promiserat, propter impedimenta, qua supervenerunt*. De suerte, que no se quebranta la fidelidad, ni se contraviene a virtud alguna, quando no se cumple la promessa por averse mudado las cosas de tal suerte, que si tal mudança previniera, ó pensara el que prometió, no huviera prometido. Esto

Esto mismo dize Cayet. 2.2.q.80.art.2. Soto, de iust. lib.7.q.2.art.1.ad.1. Nauarr. in Man. cap.18. n.7. Martinez de Prado, in Theolog. mor. cap.29.q.4.n.18. y es comun, y consta del Decret. 22 q.2. cap. Beatus Paulus Apost. donde dize: *Beatus Paulus Apost. non ideo (quod absit) sefellisse credendus est, aut sibi exitisse contrarius, quoniam cum ad Hispanos se promississet iturum dispositione Diuina maioribus occupatus, ex causis implere non potuit, quod promissit.* Y mas abaxo: *Nec, quia Beatus Petrus Apost. pro affecto Diuina reuerentia ipsi Domino respondit (non lauabis mihi pedes in aeternum) sefellisse (quod absit) aut in sua putabitur minime constituisse sententia, quia mox eadem Diuina voluntati ceserit, & quod se dixerat non esse facturum, causis adstrictus humana salutis, passus est prona voluntate faciendum.* En el caso presente se han mudado las cosas, y personas de tal fuerte, que si la que prometió, tal cosa supiera, de ninguna manera prometiera, antes la echara luego al punto de su casa: luego la obligacion de la promesa no subsiste.

4. Lo segundo se prueba, porque el que promete con intencion de obligarse, es como el que a si proprio se impuso vna ley: de fuerte, que como los subditos estan obligados por la ley del Superior, así el que prometió se obliga por sus palabras como por vna ley. En las leyes quando se ofrece alguna duda, si tal caso está comprehendido en ellas, la mejor interpretacion es la que dá el mismo legislador, y a ella se ha de estar siempre necesariamente. Lo primero, porque solo el que puso la ley puede saber con certeza la intencion que tuvo en ella, y el sentido, y mente de la ley, y hasta quanto quiso que obligasse. Lo segundo, porque así lo dize el Derecho Canon. cap. Inter alia de sententia excommunicationis: donde dize: *Vnde ius prodijt, interpretatio quoque procedat.*

5. Lo tercero, porque consta de la practica de los Summos Pontífices; Sixto V. hizo vn motu proprio acerca de los illegítimos, y despues lo interpretó, y explicó por otro, y a dicha interpretacion se debe estar: y Pio V. despachó vna Bula, acerca de la clausura de los Religiosos, y despues la interpretó con vn motu proprio, por algunas dificultades, que avia acerca de su inteligencia. En el caso presente la que prometió dize con toda certeza, que si tal huiera imaginado, que la dicha huiera de tener, o tenido tal atrevimiento en su casa, no le huiera prometido nada, sino echadola luego al punto de ella. Y en efecto, así que lo supo, se echó de ver, que la despidió, y a su sobrino tambien, que es mas, por tenerle mas afecto por razon del

parentesco. La mejor interprete desta promesa es la que prometió: *Vnde ius prodijt, interpretatio quoque procedat.* Ella dize, que de ninguna fuerte tal prometiera, si tal supiera, y qualquiera lo interpretara así (aunque la misma prometidora no lo dixera) viendo como la echó, juntamente con el complice, de casa, diciendo, que no le queria dar nada, luego al punto que supo el desfacato: luego no debe cumplir la promesa, porque en este caso ya cesó, o por mejor dezir, no prometió, ni fue su intencion prometer.

6. Lo tercero se prueba por la epiqueya: la epiqueya se distingue de la interpretacion en esto, que por la interpretacion se busca, y halla el sentido de la ley, y configuientemente, quando por interpretacion de la ley se halla, que algun caso no se comprehende en ella es, porque en el sentido en que la pronunció el legislador no se comprehendia el tal caso; pero la epiqueya supone, que al caso lo comprehende la ley, y está debaxo de la vniuersidad de su sentido; y no obstante esto, corrige a la ley, y saca aquel caso de su obligacion: por lo qual Arist. 5. & hic. cap. 10. llamó a la epiqueya enmienda, y correccion de la ley, y todos los Doctores comunmente la admiten, quando se ofrece tal caso, que si el legislador se hallasse presente, dixera, que no era su intencion, que en aquel caso se guardasse la ley, o si el legislador quando puso la ley, le ocurriese, huiera exceptuado. Y así dixo Arist. loc. cit. que a la epiqueya pertenece interpretar la intencion del legislador. En el caso presente es certísimo, que la promitente no quiso prometer, o que si le huiera ocurrido el caso, no prometiera: luego segun recta epiqueya se debe tener por no obligada a su cumplimiento.

7. Lo quarto se prueba del Derecho, reg. in generali, de reg. iur. in. 6. que dize: *In generali concessione non veniunt ea, que quis non esset verisimiliter in specie concessurus.* La promesa fue general, sin exceptuar caso alguno de dar los 50. pesos; pero si consideráramos, que dicha muger a quien se hizo la promesa avia de ser tan mala, especialmente con agrauio de su casa, no le concediera tal promesa, y así se ha de tener por no concedida.

8. Lo quinto se prueba del cap. Quem admodum de iur. iurand. donde se determina, que si vn hombre prometió con juramento casarse con vna muger, y despues desta promesa, ella se rebuelve con otro, el hombre no está obligado a cumplir la promesa: dá la razon: *Quia in illo iuramento talis debet conditio subintelligi si videlicet illa contra regulam desponsationis non venerit.* Esta misma condic-

cion se debe entender en la promesa de dicha señora.

9. Lo sexto se prueba con razon, que la promesa solamente obliga en quanto, y del modo, que el promitente tuvo intencion de obligarse, porque en la promesa puramente gratuita, y liberal, la obligacion nace solamente de la intencion, y voluntad del que promete, y configuientemente no se estiende la obligacion a mas de aquello a que se estiende la intencion, y voluntad del promitente. En el caso presente la promitente no tuvo intencion, ni voluntad de obligarse; porque aunque es verdad, que quando prometió no exceptuó este caso, ni le ocurrió, pero así que supo el desfacato, la echó de casa, y le negó la promesa, en el qual acto manifestó la adersion al hecho de la huerfana, y la virtual intencion de su interior de no dar a quien tal hiziesse.

10. Lo septimo, porque es muy conforme a razon, que las que así se malcan, y echan a perder, pierdan la gracia que se les hazia, y sirva de exemplo a las otras: especialmente, que siendo persona tan virtuosa la promitente, se debe presumir, y creer, que hizo la promesa por ver a la huerfana viuir honrada, y virtuosamente: por lo qual si despues constó, que no era así, faltó el motivo, y causa porque le hazia dicha promesa, y cesó la promesa.

## CONSULTA II.

*Sobre si la promesa condicional se deba cumplir faltando la condicion, que puso el que la hizo?*

### PROPUESTA.

Pedro dió palabra de casamiento a Maria, prenden a Pedro para averiguar, si es casado en otra parte (porque así lo han supuesto del sus enemigos, dize él) el qual está preso, y viendo a Maria triste al prenderle, le dixo: Señora, viuid bien, sin dar mala nota de vuestra persona, que en viniendo el Nauio de Castilla, os daré tres mil pesos, para que passéis la vida. Ha vn año que Pedro está preso, y en el interin Maria se rebolió con otro sujeto: preguntase si estará Pedro libre de la promesa, como lo está de las esponsales, porque parece corre la misma razon? Añadese, que Pedro andando el trato de Maria, por respecto de ella mandó otros dos dotes a dos donzellas pobres de las obligaciones de Maria: ora como ha quebrado con Maria, hallándose enfermo, y ofendido, ha mudado el

testamento en quanto aquellas dos donzellas, poniendo otras en su lugar, de las mismas calidades, y les dexa los dotes, que a las primeras mandó. Preguntase si puede hazer esto *intra conscientia*, o si en quanto a esta parte no puede mudar la manda, por quanto *sapit vindictam*? Aunque por otra parte parece, que los legados puede mudarlos *dum vivit*. Y tambien porque *accessorium sequitur principale*, y estas mandas son accesorias de la primera de Maria, mientras valian sus ruegos: luego suponiendo, que la principal, que es Maria, perdió el *ius ad rem*, tambien le han de perder sus accesorias; salvo, que aquellas mandas no se hizieron *intuitu mortis*, sino a modo de donacion entre viuos.

### PARECER C.II.

11. **R**espondese, que no está obligado a darla tres mil pesos, que la prometió. La razon desto es, porque la promesa no obliga mas, que en quanto el promitente tuvo intencion de obligarse, porque como la promesa es puramente liberal, y gratuita, la obligacion, que nace della, no tiene otro origen, ni fundamento, sino la intencion del promitente: el qual en la misma promesa dió a entender, que la hazia con presupuesto de que ella no se rebolviese con otro, pues le dixo, que viuiessse bien, sin dar mala parte de su persona, y en viniendo la Nao le daria tres mil pesos; y aunque no lo huiera expresado, se debiera entender así, porque generalmente los hombres sienten mucho, que las mugeres con quien han tenido comunicacion venerea se rebuelvan con otros, especialmente si ellos tratan de remediarlas, y así se debe entender, que todas las promesas que las hazen llevan esta condicion implicita de que no se ha de rebolver con otro, y que en reboliéndose, cesó toda obligacion, y toda promesa.

12. La segunda razon es, porque los tres mil pesos parece que los prometió como en recompensa de las esponsales, por verte impedido de casarse con ella, y configuientemente fueron como subrogando, y substituyendo en lugar de las esponsales. Estas se disuelven con la falta de ella con otro hombre, y configuientemente se disuelve la promesa, que estava supliendolas. l. Publius. ff. de condit. & demonstr. se determina, que con mas eficacia quiso el testador lo que primeramente determinó, que lo que en su lugar se subrogó, o substituyó. Y allí dize Bartulo: *Non est verisimile quod testator plus diligit substitutum, quam primo loco positum.*

La

13. La tercera razon es de S. Thom. 2. 2. q. 110. art. 3. ad 5. donde dize, que mudados los negocios, ó personas, no obliga la promesa, y lo prueba con San Pablo, que prometió de ir a Corinto, y no fue por nuevas causas, que sobrevinieron, y no por esto faltó a la fidelidad, porque se entendia la promesa: *Rebus non mutatis.*

14. Quanto a la promesa de dotar las otras dos donzellas pobres, se ha de distinguir, que si Maria la que faltó a la fidelidad, fue solamente una como condicion, que le propuso las donzellas, y él a ellas les prometió la dote, no cesó la obligacion por la falta de Maria, porque a las donzellas inmediatamente se prometió, y aunque falta la condicion proponente, no por esto falta la promesa, porque el proponente es muy extrinseco; pero si por dar gusto a Maria solamente se prometieron, feneció la promesa, y la obligacion. Puede este hombre conocer si Maria fue toda la causa, y razon del prometer dotes a dichas donzellas, ó si solamente fue proponente extrinseco, atendiendo a si quiso hazer esta buena obra a dos donzellas por amor de Dios, ó por otro respecto bueno, y Maria le propuso aquellas dos. En este caso no feneció la obligacion; pero si no tenia tales intentos de dotar donzellas, y solamente por ser parientas, ó amigas intimas de Maria, se determinó a dar dotes, en tal caso feneció la promesa, porque en este caso la manda de los dotes es puramente accesorio, y conseguida al amor que tenia a Maria, solamente por darle gusto; y en el caso antecedente tuvo otro motivo para dar los dotes mas principal, y lo accesorio fue la proposicion de Maria, que propuso a las de su obligacion, para que a ellas, y no a otras se hiziese aquel bien. Coligese del Derecho, l. Socium qui. ff. pro socio. §. fin. donde se determina, que los provechos, ó daños, que acontecen a uno por ocasion del trato de compañía que tiene con otro, no son partibles entre ambos; y dá la razon: *Quia id non in societatem (quamvis propter societatem) impensum sit.* Coligese tambien de la Doctrina de Bart. l. Sed si plures. ff. de vulgar. §. Inarrogato. n. 3. y de Silv. verb. Peculium. 1. q. 15. y de Greg. Lóp. part. 5. tit. 10. l. 3. Esta promesa si fue hecha *causa mortis*, no le obliga cosa alguna, porque a la voluntad del testador la llama el Derecho ambulatoria, porque puede mudar las mandas quantas vezes quisiere, y no haze en esto agravio a nadie, porque la manda *causa mortis* no es promesa fixa, ni tiene efecto alguno, hasta que muere el testador. En el caso presente fue promesa simple, hecha en

tre vivos, que está en opiniones si obliga a pecado mortal, ó solamente a pecado venial de veracidad, y ambas opiniones son probables: por lo qual si él está muy fixo en no darles nada a estas dos donzellas, y lleva muy mal, que se las nombren, se le puede tolerar, aunque no fuese la razon formal de hazer la promesa el dar gusto a Maria.

## CONSULTA III.

*Sobre si el que no cumple las esponsales, ó palabra de casamiento, deba pagar la pena pactada, y los gastos, que hizo la otra parte en la prevencion de las bodas?*

## PROPOSTA.

Mateo trató de casarse con Geronima, entregó veinte pesos de dote, y se obligó a gastar otros diez pesos en vestir a la novia: hizieron trato de que si se dexaba de hazer el matrimonio por causa de Mateo, perdiese los veinte pesos, que tenia entregados; y si por parte de Geronima no se efectuase, bolviese a Mateo los veinte pesos que avia recibido, y otros veinte mas. Ya hechas las amonestaciones, el dia mismo que se avian de casar traxo Mateo un vestido ya traído, que le dió su hermana: descontentó a la novia, y a sus padres el vestido, y viendo esto Mateo, ofreció luego diez pesos, para que comprasen otro a su gusto, y dixo, que con vestido, y adorno prestado se hiziese luego el casamiento; pero la novia, y sus padres dixeron, que ya no querian que se efectuase. Litigaron ante el Prouisor, el qual remitió los autos al Autor.

## PARECER C.III.

15. R Espondese, que en estos autos se cometió yerro considerable, porque despues de aver dado su probanza una de las partes, pidiendo la otra los autos, se le entregó juntamente con ellos la probanza de la otra parte contraria, y entre las preguntas de su interrogatorio puso las tachas que le parecieron contra los testigos de la otra parte. De ninguna suerte se han de manifestar a las partes las probanzas, y testigos, hasta que dadas las probanzas por ambas partes, se mande hazer publicacion de testigos, para que en el termino de seis dias, que dispone la ley, aleguen las partes de bien probado, y si les parecieron tachen a los testigos de la otra parte. En esta causa se conoce claramente la desigualdad con que se ha procedido, porque la una

una parte dió su prueba, sin tener noticia del camino, y modo conque la otra parte probaba su justicia, y sin noticia de los testigos que avia de presentar, y de sus dichos; y la otra parte dió su prueba con noticia clara de ambas cosas, y procuró tachar los testigos de la otra. Para enmendar este yerro debe v. md. proveer el auto siguiente.

16. Dixo, que atento a tener estado la causa, y estar pasado el termino probatorio, debia mandar, y mandó, que se haga publicacion de testigos, y se entrieguen los autos a cada una de las partes, por termino de tres dias, y se les notifique, que en el termino de seis dias aleguen de bien probado, y si les conviniere, tachen los testigos.

17. Despues de notificado dicho auto a ambas partes, si ofrecieren probanza de tachas de testigos, y alegaren de bien probado, se les ha de oír. La verdad es, que en el caso presente no ay necesidad, porque consta de lo alegado, y probado el estado, y justicia de la causa, y la sentencia que se debe dar. Despues que ayan alegado, y probado las tachas, si no ofrecieren dicha prueba, pasado el termino de los seis dias, que ayan, ó no ayan alegado de bien probado, se han de citar las partes para sentencia definitiva, en la qual juzgo, que debe v. md. declarar por bien probada la intencion de Mateo, y mandar, que Geronima pague los veinte pesos que recibió, y otros veinte por el duplicado a que se obligó por el pacto hecho; porque la escusa, y ocasion que alega del vestido usado, no era bastante causa para apartarse del matrimonio ya tratado, y de las esponsales contraidas, especialmente aviendo Mateo ofrecido, y hecho oblacion allí incontinenti de los diez pesos, para que comprasen vestido a su gusto, como está plenamente probado, y en el concierto no se avia obligado a mas, que a gastar diez pesos en el vestido. Quáto a los 37 pesos y 5. reales, que dize hizo de gasto para el dia de las bodas, debe v. md. absolver a la dicha Geronima, y darla por no obligada a pagarlos. Lo vno, por lo excessivo dellos, que aun los testigos presentados por él mismo, no asienten en que se hiziese tanto gasto. Lo otro, porque mucho, ó lo mas de lo que allí pone por gasto, lo pudo aprouechar, y lo aprouecharia. Lo tercero, y mas principal, porque el no aver comprado vestido decente, como debia para el dia de las bodas, y aver traído allí vno viejo, y maltratado, dió bastante causa para detener el casamiento, y que no se hiziese hasta estar hecho el vestido: y esto lo debió prevenir, y no hazer el costo, hasta estar de su parte ajustado todo lo que le có-

petia; y no concurda bien tanto gasto en la comida, con tanto ahorro en el vestido con que se avia de luzir su esposa.

## CONSULTA IV.

*Acerca de la resolucion antecedente, si el pacto que se haze en las esponsales, de que pague cierta pena el que se hiziere a suera, sea licito, y valido?*

## PROPOSTA.

EN el Juzgado Eclesiastico se dió sentencia de que una muger buelva veinte pesos, que un hombre le avia dado en dote para casarse con ella, y que le pague ella otros veinte mas, porque ella no quiso casarse, y aver impuesto ellos mismos esta pena, quando contraxeró las esponsales: y creyendo yo, que esta sentencia se originaba de la poca experiencia del Provisor nuevo, por ser comun sentencia de los Sumistas modernos, y aun de los antiguos, como se puede ver en Sanch. de matrim. lib. 1. disp. 30. que la pena que se ponen los que contraen esponsales, que pague aquel que no las cumpliere, es ilícita, y nula, y que ni en el fuero de la conciencia, ni el de la justicia se debe pagar; me dixeron, que se avia dado por consejo, y autoridad de V. R. conque no dudo, que tendrá solidos fundamentos; pero quisiera saberlos, porque en este ministerio cada dia se ofrecen casos semejantes.

## PARECER C.IV.

18. R Espondese, que no es tan comun la sentencia de Sanchez, que no sea la contraria probable: llevan la Basilio Ponze, de matrim. lib. 12. cap. 19. Dian. 3. p. tract. 4. ref. 211. Leandr. de Sacram. tract. 9. disp. 1. q. 52. y otros que estos citan: los quales afirman, que es valida la pena que se pone contra el que sin justa causa no quiere cumplir las esponsales, y la debe pagar, y que solamente está prohibida, y no se puede llevar la pena al que con justas causas se aparta de las esponsales.

19. Pero no fundé en dicha probabilidad la resolucion que di al Juez, que debe dar la sentencia, no segun qualquiera opinion, que parezca probable, sino segun lo que hallare ser mas conforme a Derecho: y sin duda alguna, que lo es la sentencia, que afirma ser ilícita, y nula la pena que se pone contra el que se aparta de las esponsales, cap. Gemma. de spons. donde se refiere, que avié-



do dos conraido esponsales con cierta pena, que pagasse aquel que contraviniese al contrato: despues la muger no queria casarse, y el hombre pedia, que le pagasse la pena, que se avia pactado. Consultote a la Sede Apostolica, que determinò, que dicho pacto se debe reprobado, por la pena que en el se puso, la qual dize, que es contra la libertad que debe aver en los matrimonios, y manda, que con censuras se le obligue al hombre a que desista de pedir el cumplimiento de dicha pena: *Cum libera matrimonia esse debeant, & ideo talis stipulatio propter pœnam interpositionem sit merito improbanda, mandamus quatenus eundem ab extorsione predicta pœna desistat, Ecclesiastica censura compellas.* Bien claro està el texto, que no se le escuta de la pena, porque tuviesse justa causa para apartarse de las esponsales, sino porque la pena puesta en estos contratos, es contra la plena libertad, que debe aver en los matrimonios: *Propter pœnam interpositionem sit merito improbanda.* La pena impuesta en las esponsales, es justo titulo para reprobado tal pacto. Lo mismo se determina, l. Titia. ff. de verb. obligat. *In honestum visum est vinculo pœna matrimonia astringi.* Y l. Mulier. C. de sponsal. *Si cautio pœnam stipulationis continens fuerit interposita, ex vtra què parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat.* Y lo mismo consta de las leyes del Reyno, part. 5. tit. 11. l. 39. Estando tantos Derechos reprobando la pena puesta en las esponsales, y dandola por nula, no sería acertado, que el Juez la mandasse pagar.

20. En el caso presente no fue pena impuesta contra la que se aparta de las esponsales, sino perdimiento de las arras, que es cosa muy diferente, licita, y permitida por Derecho, l. Arrhis. C. de sponsal. *Arrhis sponsalorum nomine datis, si inter sponsus, vel sponsa deceaserit, que data sunt, inbemus restituere, nisi causam, ut nuptia non celebrentur, defuncta persona iam prœbuit.* Lo mismo se determina, l. Mulier. del mismo tit. y en las leyes del Reyno, part. 3. tit. 18. l. 84. y part. 4. tit. 11. l. 1. y estas leyes no están corregidas por el Derecho Canon: como dize la Gloss. cap. Gemma. de sponsal. y comunmente los Doctores antiguos, y modernos afirmã, que es licito, y valido este contrato de que pierda las arras el que faltare a las esponsales: pueden se ver citados por Sanchez, lib. 1. de matrimon. disp. 35. donde pone la diferencia, que ay de la pena, que se pone, y del perdimiento de arras; porque aunque ambas cosas parecen pena, y obstan a la mucha libertad que se requiere en los matrimonios, ay mucha diferencia de vna a otra,

porque la pena como no se paga de presente, sino que solamente se promete para quando el vno falte a la palabra, y los hombres son faciles en prometer, especialmente, que entonces como tienen afecto al matrimonio que pactan, juzgan, que nunca quedará por ellos, y assi nunca se verán obligados a pagar la pena, y assi presume el Derecho, que serian largos en echarse penas, y por evitarlas, se casarian, aunque ya no les agradasse el consorte. Por estos inconvenientes prohibe poner dicha pena, y la dà por nula. Esta razon no corre en las arras, que se dan de presente, en señal del matrimonio futuro, y assi regularmente se dan en menor cantidad.

## CONSULTA V.

*Si la dote que acostumbra dar los Indios para casarse, sean arras?*

## PROPUESTA.

VNa dificultad me queda de la respuesta pasada, y es, que el Derecho permite solamente, que pueda perder las arras la parte que se apartare de las esponsales, y no otra cosa, y en el caso presente los veinte pesos no fueron arras, sino dote, segun el uso comun destas Islas, q los Indios varones para casarse, dan el dote a las que han de ser sus mugeres: y no solamente le hizieron pagar a la muger los veinte pesos, que avian sus padres recibido en dote, sino tambien otros veinte: esto es pena, y no tiene que ver con arras.

## PARECER C.V.

21. R Espondese, que arras no es otra cosa sino lo que se dà en señal, y como prenda del matrimonio, que han de contraer, de la forma, que quando se compra alguna cosa, que no se entrega de presente, ni se acaba de ajustar, fuele dar el comprador parte del precio en señal de la compra futura, y esto que assi se dà, se llama arra. Assi se colige del Derecho. C. de sponsal. l. Arrhis. & l. Mulier. y mas claro en las leyes del Reyno, part. 4. tit. 11. l. 1. *Segun las leyes de los sabios antiguos, esta palabra arra, quiere tanto dezir como peño, que es dado entre algunos, porque se cumpla el matrimonio, que prometieron de fazer: è si por aventura el matrimonio no se cumpliesse, que fincasse en salvo el peño a aquel que guardasse el prometimiento que avia hecho, è que lo perdiessse el otro que non guardasse lo que avia prometido; que como*

MANDATOS,  
y fideicommissos.

## CONSULTA VI.

*Sobre el numero, y calidad de tratos, que buvo en un caso en que vno instituyò a otro por su heredero en confianza, con pacto de que empleara su hacienda, y la remitiesse a sus legitimos herederos. Item, qual sea la calidad del fideicommissos, Albaceazgo, y mandato, y de lo que de dicha hacienda se pueda aprovechar dicho heredero, y de lo que deba restituir, aviendo empleado a su cuenta dicha hacienda, y retardado la restitucion?*

## PROPUESTA.

Pedro vino con Paulo en compañía de Nueva-España a Filipinas, tenia Paulo de caudal 1660. pesos: murió en el camino Paulo, y dexò por heredero en confianza a Pedro, por escusar vexaciones de justicia. Antes de espirar le pidió Paulo a Pedro su heredero, que empleasse su caudal, que le dexaba en confianza, y se le embiasse a sus hijos; prometióle Pedro de hazerlo assi, y cri llegando a Filipinas, cumplido el testamento en quanto a mandas, y Missas, quedaron del principal 1100. pesos. Empleò Pedro esta cantidad, y llevòla a la Nueva-España, a donde ganò mas de 150. por 100. y solo embió a los herederos forçosos de Paulo difunto los 1100. pesos del principal, quedandose Pedro con todas las ganancias del empleo.

Preguntase, si está Pedro obligado en virtud de la palabra, que diò a Paulo difunto, a pagar a los herederos todas las ganancias del empleo, con que se quedó, sacando los gastos de la administracion en Filipinas, en la mar, y en Mexico; ò si podrá quedarle en conciencia con dichas ganancias, aviendo entregado con legalidad el principal?

Añadese, que Pedro olvidado de la palabra que diò a Paulo difunto, lo empleò por su cuenta, con intencion de asegurar el principal, y consiguientemente se puso a todos los riesgos, porque si dicho empleo se pudriera, ò perdiere, ò tuviera mas averias, ò gastos que ganancia, todo era por su cuenta, teniendo dicho Pedro obligacion de asegurar el principal a dichos herederos.

Haze tambien en su favor, que aviendo Pedro consultado a vn Religioso docto, le aconsejó, que pagasse a 5. por 100. del tiempo que Pedro gozó dicha cantidad, que fue-

*como quier, que pena fueße puesta sobre pleyto de matrimonio, non debe valer; pero peño, ò arra, ò postura, que fueße fecha en tal razon, debe valer.* En el caso presente consta, que dichos veinte pesos se dieron por prenda, y señal del casamiento futuro, con pacto expreso de que las perdiere la parte, que no cumpliesse lo prometido. Esto es con toda propiedad prenda, señal, y arra, que se dà para asegurar el matrimonio futuro, aunque le llamen de otra qualquiera manera, porque las leyes no se ponen para las palabras, sino para los contratos, y cosas, que realmente se tratan, l. Omne verbum. C. comm. delegat. *Non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus.* Y cap. Intelligentia. de verb. sign. *Non sermoni res, sed rei est sermo subiectus.* Y cap. Propterea. del mismo tit. *Plerumque dum proprietates verborum attenditur, sensus veritatis amittitur.* Por esta misma razon si pactassen, que el que faltasse a las esponsales, pagasse al otro tanta cantidad, y no la dieran de hecho en señal, para seguridad del matrimonio, sino que se pagasse despues no sería valido este pacto, ni se debería pagar, aunque le diessse nombre de arras, porque realmente no se diò en prendas, y assi no es arra, como dize Greg. Lop. part. 5. tit. 11. l. 39. lit. 1. donde cita otros Autores.

22. Quanto a los otros veinte pesos, que se obligò a pagar mas de los veinte que avia recibido, fue cosa muy justa, para que el pacto fueße igual, y justo, porque si solamente se obligara a bolver los veinte pesos, que recibió, no se obligaba de su parte a perder cosa alguna, y sería el partido injusto, y desigual, y consta del Derecho, que la muger que falta a las esponsales, debe perder otro tanto como fueron las arras que diò el varon. l. Mulier. C. de sponsal. *Mulier arrharum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur: id est, in id quod accepit, & aliud tantumdem.*



ron dos años, vno de arribada, y otro que el mismo Pedro se embarcò, y la lleuò consigo a Nueva-España. Hizolo assi dicho Pedro, y remitiò a dichos herederos lo que montaba el principal a razon de a cinco por ciento: no obstante esto, padece Pedro ciertos temores, è inquietud en la conciencia, y para salir de ellos deslèa saber, si podrà assegurarle con dicho parecer? ò si serà de nuevo conveniente hazer mayor satisfacion? ò si bastará pagar a dichos herederos a razon de 50. por ciento, a riesgo de Nao, que es el contrato mas subido de la tierra? ò si finalmente està obligado en conciencia a pagar por entero a los herederos de Paulo las ganancias, sacando los gastos?

Haze tambien contra Pedro, que à averle perdido la Nao, y con ella el empleo, ò de otra qualquiera manera, no quedaba a dichos herederos instrumento, ni recurso para pedir a dicho Pedro su herencia. Lo vno, porque Pedro parecia con la Nao; lo otro, porque si se perdiera en tierra Pedro, no tenia con que satisfacer por entonces, aunque tiene de presente. Ni tampoco quando Pedro empleò dicha cantidad se le ofrecieron los discursos, que aora ha significado en el §. que comienza: Añadese.

PARECER C.VI.

23. Toda la dificultad deste caso consiste en averiguar, si aquella promessa, que Pedro hizo a Paulo de emplear el caudal de Paulo, y remitirlo a sus hijos juntamente con las ganancias, tiene solamente fuerza de vna simple promessa, ò si passa a otro contrato mas obligatorio? porque si solamente fuesse promessa simple, està entre los Doctores en opiniones, si de semejantes promessas nace obligacion de justicia, que obligue debaxo de pecado mortal a cumplir lo que se prometió. Ay Autores muy graves por ambas partes: vnos dizen, que obliga a pecado mortal el cumplimiento de la promessa en materia muy considerable, y que si falta a la promessa, queda obligacion en conciencia a restituirla, como cosa debida de justicia. Otros Autores llevan, que solamente es pecado venial, por ser còtra la virtud de la fidelidad, cò la qual debia verificar con el hecho lo q̄ prometió cò palabras, y que faltar a esto no llega a pecado mortal, sino solamente es pecado venial: y aun en el caso propuesto, si fuesse puramente simple promessa, ni pecado venial sería, porque el olvido total de la promessa le escusaria totalmente de cumplirla, y verificarla: y si el caso propuesto

fuesse simple promessa, la rectitud, y fidelidad de Pedro en remitir el capital a los herederos, merecia, que en su favor se determinasse el caso, segun la vltima opinion referida, porque teniendo en su poder toda la hacienda q̄ dexò Paulo, y no tenièdo sus herederos instrumèto, ni recurso, por dõde cobrarla, hallandose Pedro amparado en el fuero exterior de la justicia, con el titulo colorado de heredero, y con todo esto les embiò fielmente todo su capital, y despues por confesio de vn Theologo, les remitiò demàs a mas otra cantidad, correspondiente a cinco por ciento del capital, y en tiempos tan trabajosos, en que vemos quedarle tantos con la hacienda agena, que se les encomienda, ò hazerle dificultissima la cobrança; fue dicha de los hijos, y herederos de Paulo aver acertado a tener su padre tan buen Albacea, y fideicommissio, que despues de averles remitido con fidelidad el capital que les dexò su padre, y el cinco por ciento, todavia procura hazer la causa de los herederos, ajustando su conciencia, averiguando si aun les debe mas, que es lo que convicne: *Quid prodest homini si mundum uniuersum lucretur, anime verè sua detrimentum patiatur, aut quàm dabit homo commutationem pro anima sua?* De què prouecho: le es a vn hombre ganar todas las riquezas del mundo, si por ellas pierde su propria alma? Què hacienda, ò què caudal puede aver tan precioso, que valga tanto como el alma? que en fin todo se ha de quedar acá, y se ha de bolver polvo, y ceniza; y el alma ha de viuir para siempre. Averiguemos, pues, segun verdadera Theologia, si Pedro debe otra cosa mas a los herederos de Paulo.

24. Para que se vea si en el caso propuesto ay simple promessa, ò otros pactos, ò contratos, y què obligaciones inducen, y a què està obligado Pedro; se han de considerar, y averiguar cinco puntos. El primero, quantos pactos, ò contratos ay en este caso, y quales sean. El segundo, què obligaciones nacen dellos. El tercero, si Pedro puede llevar vn tanto por ciento por el empleo, y administracion de la hacienda de Paulo. El quarto, si Pedro debe pagar alguna cosa a los herederos de Paulo, por la demora de averles detenido aqui muchos años la hacienda de su padre, que les debia aver embiado desde luego que acabò de concluir el empleo, que Paulo le avia encargado. En el quinto finalmente se recopilara, y explicara lo que Pedro debe a los herederos de Paulo.

PVN-

P V N T O I.

Del numero, y calidad de tratos, que intervinieron en este caso.

25. AL punto primero se responde, que en primer lugar huvo en el caso presente vn fideicommissio aparente, y en lo exterior: fideicommissio es, quando el testador nombra en su testamento heredero que herede su hacienda; pero le manda, que la restituya a otro, ò al fin de sus dias, ò despues de tantos años, ò luego que el testador muera. Esto consta del Derecho inst. de fideicommissis. hered. §. In primis: *Sciendum est opus esse, ut aliquis testamento heres instituat, eiusq̄ fidei committatur, ut eam hereditatem alij restituat: cum aliquis scripserit, lucius heres esto, potest adijcere rogote luci, ut cum primum poteris, hereditatem meam adire, eam caio restituas: Et liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.* Y consta tambien de las leyes del Reyno, p. 6. tit. 5. l. vltim. y tit. 11. l. vlt. y del Derecho Canon. cap. Raynutius. y cap. Raynaldus. de testam. La herencia que se dexa en esta forma, se llama: *Fideicommissum*, y el heredero deste modo se dize: *Heres grauatus*, heredero grauado; y aquel a quien se ha de restituir la herencia, se dize: *Fideicommissarius*. En el caso presente Paulo nombra por heredero en su testamento a Pedro, y le dexò dicho en secreto, que tenia herederos forçosos, y quienes eran, y que a ellos les avia de restituir toda la herencia. Por esta causa podemos llamar a Pedro heredero grauado, aunque en la realidad no fue heredero, y consiguientemente no pudo ser heredero grauado, y assi no puede sacar de la herencia la quarta Trebellianica. Es de advertir, que el Derecho en el lugar citado de la inst. dize, que de la herencia que assi se dexa por fideicommissio, puede sacar para si el heredero grauado la quarta parte. Dispuso assi el Derecho, para que huviera quien recibiesse estas herencias de fideicommissio, porque de otra manera raro sería el que quiesse admitir la herencia, para restituirla luego al fideicommissario, sin prouecho alguno: y lo mismo disponen las leyes del Reyno, y el Derecho Canonico en los lugares citados; pero en nuestro caso es cierto, que Pedro no puede sacar de la hacienda que dexò Paulo la quarta Trebellianica, por dos razones. La primera, porque el Derecho quando determina, que el heredero grauado, obligado a restituir a otro la herencia, puede quedarle con la quarta parte,

habla del heredero instituido validamente; pero la institucion de heredero hecha en Pedro, es nula, y solamente tiene apariencia exterior, porque el testador tenia herederos forçosos, por lo qual no pudo instituir validamente, y con efecto por heredero a Pedro, y assi Pedro no fue realmente heredero *grauato*, sino solamente tuvo vn titulo de heredero *Sinere*. La segunda, porque Paulo tenia herederos forçosos descendientes, a los quales necesariamente tocan las quatro partes de la hacienda, las quales en ningun fuero se las puede quitar, como consta de las leyes del Reyno, l. 30. Taur. §. l. 13. Nou. Recop. tit. 6. lib. 5. y la otra quinta parte, que resta de la hacienda, es para el funeral, y obras pias, y otras cosas en que quisiere distribuirla el testador, porque las dichas leyes del Reyno la dexan a su voluntad: de lo qual infieren comunmente los Doctores, como dize Molto. 1. de iust. disp. 187. que del quinto no se puede sacar la quarta Trebellianica, porque las leyes lo conceden al testador, que disponga libremente del, no obstante q̄ tenga herederos forçosos, y assi es cosa certissima, que por razon desta herencia aparente, y en lo exterior, no puede Pedro tomar para si de la hacienda que dexò Paulo la quarta parte, que llaman Trebellianica.

26. Demàs deste fideicommissio huvo en este caso el Albaceazgo, en que Paulo dexò a Pedro por Albacea de toda la hacienda, que llevaba alli consigo. El Albaceazgo es vn verdadero contrato, que se celebra entre el testador, y Albacea, desde el punto que acepta el Albaceazgo. A este contrato llama el Derecho mandato: consiste este contrato, llamado mandato, en que vn hombre encomienda, y encarga sus negocios a otro hombre, el los acepta, y queda obligado a hazer lo que se le encomendò. Deste contrato trata el Derecho ff. Mandati. en 62. leyes que tiene aquel titulo. Tratase tambien del mandato en el Codicego del mismo titulo, en 24. leyes, y en la Instituta de mandato, en 8. paragrafos; y en las leyes del Reyno, p. 5. tit. 12. desde la 1.20. hasta la 25. Y alli el Comẽtador Greg. Lop. y comunmente los Doctores. Siluest. in Summ. verb. Mandatum. Azor, in Summ. in 4. lib. C. Rubrica Mandati. Azor, to. 3. inst. mor. lib. 9. cap. 6. Bonac. to. 2. de contract. disp. 1. de rest. q. 2. punct. 6. an. 9. Regin. in praxi, to. 2. lib. 25. tract. 8. cap. 50. sect. 1. Molina, to. 2. de iust. disp. 548. y las dos siguientes. Lugo de iust. to. 1. disp. 8. sect. 8. Vazquez, Opusc. de rest. cap. 2. §. 2. dub. 6. Diana, p. 8. tract. 7. resol. 34. y otros muchos. Y aunque en el Derecho Canonico no ay titulo

lo

lo especial de mandato, ay muchos textos, que tratan del cap. Alia. & cap. Cum pro causa. & cap. Mandato. de procurator. & cap. Is, qui del mismo tit. in 6. y en casi todos los capitulos siguientes, y cap. Instrumento. C. de procur. De fuerte, que quando vn hombre entrega a otro sus negocios, y el otro acepta, se contrae este contrato, llamado mandato, y el que encomienda sus negocios se llama mandante, o mandator, y el que acepta los negocios agenos se llama mandatario. Y aunque determina el Derecho, que el mandato cessa con la muerte del mandante, o del mandatario. l. Inter causas ff. Mandati. Inter causas mandati omittendi etiam mors, mandatoris est, nam mandatum soluitur morte. Y l. Mandatum. C. Mandati. Mandatum re integra domini morte finitur. Y l. Ei, qui ff. de solut. Mandatum morte dissoluitur. Y §. Recte quoque. inf. de mandato. Si adhuc integro mandato mors. Alterutrius interueniat, eius qui mandauerit, vel illius, qui mandatum suscepit, soluitur mandatum. No obstante esto, el Albaceazgo es verdadero mandato, y no se acaba por la muerte del mandante, antes empieza entonces. Consta expresamente del mismo Derecho. l. Si verò. §. Idem Marcellus. ff. Mandati. Si ut post mortem, sibi monumentum fieri quis mandauit, haeres eius poterit mandati agere, ut perficiatur. Et l. sequenti dize: Idem est si mandari tibi, ut post mortem meam haeredibus meis emeris fundum. Y alli la Glosa explica, que ay vnos mandatos, que se encargan, para que se hagan en vida del mandante, y de stos disponen las leyes, que cesan con la muerte del mandante: Ibi fuit mandatum, ut fieret in vita mandantis, ideo que finitur. Y otros mandatos ay, que se dan para que duren, y se ejecuten despues de la muerte del mandante; y de stos disponen las leyes, que no cesan por la muerte del mandante: Hic actum fuit, ut duraret. El Albaceazgo es mandato deste modo, que se dà, y encarga al mandatario, para que lo execute despues de la muerte del testador: lo qual explica mejor la Glosa. in l. Mandatum. C. Mandati. dispone alli el Derecho, que el mandato se acaba con la muerte del mandante, y dize alli la Glosa: Quod hic dicit est verum nisi sit tale mandatum, quod suscipiat initium à morte testatoris. El mandato, que empieza a tener valor desde la muerte del testador, es el Albaceazgo, que dexò el testador encargado a su Albacca en su testamento.

27. Otro tercero pacto huvo entre Pedro, y Paulo, en el qual està principalmente la dificultad presente, y es, que despues que Paulo huvo hecho su testamento, y Pedro le

avia dicho, que aceptaria el Albaceazgo, y herencia, y la remitiria a sus legitimos, y verdaderos herederos, encargò Paulo a Pedro, que empleasse su hacienda, y lo que residuasse del empleo, juntamente con el capital, le remitierse a los dichos sus herederos, y Pedro aceptò, que lo haria assi. Este es otro mandato segundo, que Paulo encargò a Pedro, para que lo executasse despues de sus dias, de la misma calidad que el Albaceazgo: y de ninguna fuerte es simple promessa la que Pedro hizo a Paulo, de emplear su hacienda, sino fue aceptación del mandato; para lo qual se ha de ver que es mandato, y como se contrae, y en que se diferencia de la simple promessa. El Derecho explica la forma como se haze este contrato. l. Obligatio ff. Mandati. Obligatio mandati consensu contrahentium conficit. Y mas abaxo dize con que palabras se celebra: Sine rogo, sine volo, sine mando, sine alio quocunque verbo scripserit, mandati actio est. Y en las leyes del Reyno, p. 5. tit. 12. l. 24. se dà la misma forma con estas palabras: Estos mandamientos sobredichos, de que hablamos fasta aqui, se pueden fazer por tales palabras, diciendo vn home a otro: Ruego, o mando, o quiero, que des tantos maravedis, o que fagades tal cosa, o que me fiedes, por qualquiera de las tales palabras, como estas, o por otras semejantes dellas, porque se puede entender, que si el que haze el mandamiento, lo haze con intencion de se obligar, vale el mandamiento, è finca por ello obligando el mandador à aquel que recibe el mandato. De fuerte, que este contrato consiste en que vn hombre encomienda, y encarga algunos negocios a otro hombre, el qual lo acepta; y este que lo acepta, queda obligado a hazer con diligencia los negocios encomendados, y el mandante queda obligado a pagar los gastos, y costas, que en aquellos negocios hiziere el mandatario, y a passar por todo lo que hiziere, como no exceda de lo que se le encargò: y en esto se distingue de la simple promessa, porque esta no dize obligacion de ambas partes, sino solamente el que promete se obliga a dar, o hazer tal cosa por el otro, y este no se obliga a cosa alguna, ni encarga, ni encomienda cosa alguna al promitente, sino solamente acepta la promessa que se le haze, y la promessa de su naturaleza; y en su concepto esencial no dize otra cosa: por lo qual la promessa no es contrato con propiedad, como dize Martinez de Prado, in Theolog. mor. to. 2. cap. 26. q. 2. el qual despues cap. 29. antes de la q. i. entre los contratos que lo son propriamente, pone al mandato. Y Molina, to. 2. de iust. disp. 252. prueba, que la promessa no es propriamente contrato, por-

que

que no induce obligacion alguna de parte de aquel a quien se haze la promessa: y disp. 548. dize del mandato, que es vno de los contratos nominatos. Y Azor, to. 3. inf. mor. lib. 6. cap. 2. & 3. pone al mandato entre los contratos, que lo son propriamente, porque dizen obligacion de ambas partes, y a la promessa por la razon contraria las pone entre los que no son propriamente contratos. Y Siluest. verb. Restitutio. 2. §. 16. dize, que el mandato es vno de los contratos Reales, como la venta, y compra, arrendamiento, y compania. Ya tenemos, que el mandato es verdadero contrato, y se distingue realmente de la simple promessa; veamos aora, si en este caso de encargar Paulo a Pedro, que empleasse su hacienda, para q con los intereses del empleo la gozassen sus herederos, se celebrò mandato entre Pedro, y Paulo. Responde, que lo huvo, porque este contrato, como ya se dixo, no pide palabras determinadas, sino con qualesquiera que consiste, que vn hombre encargò a otro sus negocios, y el otro los admitiò, basta para este contrato: ni se requiere escritura, porque basta, que consiste del consentimiento de los contrayentes, como ya se dixo, y consta mas claramente inf. de obligat. ex consensu. donde dize: Consensu fiunt obligationes in emptioibus, venditionibus, locationibus, societatis, mandatis, ideo istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia nec scriptura opus est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos qui negotia gerunt consentire. Y consta de la Clem. instrument. de Procur. donde dà por obligado a vn Procurador, o mandatario a defender todas las causas, y negocios de otro, y dà la razon el texto, porque ya avia admitido el mandato para ello: Cum ad omnia tuum praestitisse videaris assensum. Y Azor, loc. citat. dize, que aviendo consentimiento en ambas partes, explicado en lo exterior, que vno encomendò negocios a otro, y el otro los admitiò, quedò hecho este contrato, y no pide otra cosa: y deste mismo modo hablan todos los Doctores, que tratan de mandato. En el caso presente huvo todo esto, porque Paulo encomendò a Pedro emplear su hacienda, y remitirla a sus hijos, o herederos con sus intereses, y Pedro lo admitiò, y dixo, que si, y se entregò del dinero, y caudal de Paulo, y assi huvo entre los dos este genero de contrato.

28. Tres dificultades se ofrecen, por las quales parece, que no fue verdadero contrato de mandato este trato que Pedro, y Paulo hizieron, pidiendole el vno, que empleasse su hacienda, y aceptandolo el otro. La primera es, porque el mandato requiere, que

aya en los contrayentes intencion de obligarle: dizenlo las leyes del Reyno, p. 5. tit. 12. l. 24. Por qualquiera de tales palabras, porque se puede entender, que el que haze el mandamiento, lo haze con intencion de se obligar, vale el mandamiento, y finca por ello obligarlo. Y generalmente, para quedar obligado con qualquiera obligacion de contrato, se requiere intencion de obligarse. l. Obligationum subiecta. ff. de actionib. & oblig. Non satis est dantis esse numus, & fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari, & accipi, ut obligatio constitutur. Y es comun sentir de todos los Theologos, como dize Silv. verb. Pactum. q. 4. y Prad. in Theol. mor. cap. 26. q. 2. donde refiere aquella sentencia de Baldo, que al contrato sin intencion de obligarse llama: Corpus sine spiritu; cuerpo sin alma: y en el caso propuesto no consta, que huviere en Paulo, y Pedro esta intencion de obligarse.

29. Responde a esto, que en este contrato llamado mandato, y en todos los demàs, no es necessaria intencion reflexa de obligarse, que llaman los Theologos in actu signato: de fuerte, que no es necesario, ni que digan los contrayentes: Quierome obligar, ni que piensen, ni entiendan la obligacion de por si, diciendo, o entendiendo con reflexion, a tal cosa me obligo, o a tal obligacion me pongo en este contrato, sino basta que en el exercicio, que llama el Theologo in actu exercito, quiera obligarse. Como el que se casa, aunque no declare las obligaciones del matrimonio, solamente con querer casarse queda obligado, porque alli en confuso queriendo casarse, quiere las obligaciones de aquel estado, y a todas ellas se obliga. Lo mismo es el que entra en Religio, y lo mismo se ha de decir de los que hazen qualquiera contrato, que celebrandolo quieren obligarse a todas las obligaciones, que al tal contrato estàn anexas. Y esto se colige del Derecho. l. Si remunerandi. ff. Mandati, donde dize, que si vno haze los negocios de otro, sin encargarfelos, viendo, o entendiendo el dueño de los negocios, y callando, resultan en ambos a dos las obligaciones del mandato; porque consintiendo, que el otro haga sus negocios, consiente en este contrato, llamado mandato, y quiere tacitamente obligarse. Las palabras de la ley son: Si passus sim aliquem pro me fide iurare, vel alias interuenire, mandati teneor. Y l. Qui patitur. dize lo mismo assi: Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur. Y l. Qui fide. dize: Qui fide alterius pro alio fide iussit praesente, & non recusante, utroque obligatos habet iure mandati. Y alli dize la Glosa.

Glosa.



Glossi. *Quia tacite mandare videtur.* Y lo mismo consta de la l. Si fide iussor. C. Mandati. Aunque no aya palabras que manifiesten la obligacion que vno quiere echar sobre si, si expresa, o tacitamente recibe algun cargo, o oficio, consiente, y admite todas las obligaciones, que están anexas al tal oficio: y las leyes del Reyno dan a entender esto. l. 24. tit. 12. p. 5. dizen: *Si por ventura alguno, despues que huviesse fecho el mandato, quisiere desir, que lo non hizo con intencion de obligarse, non debe ser oido.* Generalmente hablando, constando, que hizieron el contrato en lo exterior, no se puede admitir duda, ni falta en lo interior. l. Ille. ff. deleg. 3. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio.* En el caso propuesto Paulo se obligo a Pedro, porque encomendandole, que empleasse su hacienda, quedo obligado a pagar las cosas, y daños, y pérdidas, que resultassen del empleo, y a todos los riesgos, y lo asegurò lo mejor que pudo, supuesto que dexò todo su caudal en poder de Pedro, para que se pagasse de su mano. Pues obligado ya el mandante, y asegurado a Pedro las cosas, y admitiendo Pedro lo que se le encomendaba, quedò naturalmente obligado, aunque no pensasse en la obligacion reflexamente, basta que admitiesse el mandato, que se debe entender, que lo admitió con intencion derecha, y como pide aquel trato, y como se haze siempre entre personas honradas, y de conciencia, como dize Suarez, lib. 1. cap. 3. n. 9. o como dize Soto, lib. 7. de iust. q. 1. art. 2. que quando vno admite qualquiera contrato, o oficio, que trae consigo anexa alguna obligacion, quiere implicitamente la obligacion, y no es creible, ni verisimil otra cosa: por lo qual quedò Pedro obligado de justicia, y en conciencia a emplear la hacienda de Paulo, aunque no hiziesse especial advertencia de la obligacion, que sobre si cargaba. Pero demos caso, que Pedro advirtiesse en la obligacion dicha, y no consintiesse en ella, sino que tuviesse positiva intencion de no obligarse al mandato que Paulo le hazia, ni de celebrar este contrato, que llaman mandato; y aunque en la pregunta se dà a entender, que Pedro no se huvo con este engaño, ni tuvo intencion de no obligarse, sino que sencillamente, y con verdadera intencion de hazer lo que le rogaba Paulo, dixo, que lo haria: con todo esto es bien que con brevedad se diga la obligacion en que Pedro quedaria en este caso. Responde, que tambien quedaria obligado en conciencia, porque aviendo Pedro admitido con expresas palabras lo que Paulo le encargaba, y en virtud de aver-

lo admitido Pedro, hizo Paulo de su parte todo lo que le tocaba para celebrar este contrato, y asegurar a Pedro de los gastos, que hiziesse en él, y conservar le indemne, debió Pedro corresponder, obligandose tambien al mismo. Y aunque està en opiniones entre los Doctores, q el que no consintió en el contrato, que se hizo exteriormente con engaño, y falta de intencion, està obligado a consentir en él, y hazer valido el contrato; pero todos los Doctores convienen en que el que así procedió fingidamente, sin consentimiento interior, està obligado á satisfacer todos los daños del lucro cessante, y daño emergente, como dizen Molina, to. 2. de iust. disp. 352. y Bonac. to. 2. de contract. q. 1. §. 2. y se colige de las leyes del Reyno, p. 5. tit. 5. l. 36. y del Canon. cap. Si culpa. de iniurijs, & damno dato: *Si culpa tua datum est damnum, vel iniuria irrogata, aut imperitia tua, sine negligentia enegerant, iure super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse contingere, vel iacturam.* Y la razon lo convence, porque el que con verdad celebra vn contrato, quanto es de su parte pretende conseguir las ganancias de aquel trato, y para esto entiega su dinero, y se obliga a los riesgos, y gastos, y el que procede con ficcion, sin intencion de hazer aquel contrato, impide injustamente con su ficcion, y engaño, que el otro tenga las dichas ganancias, y así es causa injusta de que el que procedió con verdad no las tenga, por lo qual se las debe pagar, como si en verdad se huviesse celebrado el contrato, para así conservar le indemne: por lo qual aviendo Pedro dicho a Paulo, que admitia, y aceptaba lo que le encargaba de emplear su caudal, para remitirlo con las ganancias a sus herederos, tuvo obligacion de justicia, y en conciencia a hazerlo así, que tuviesse, o no tuviesse intencion de hazer lo que Paulo le encargaba.

30. La segunda dificultad se indica en la pregunta, y es, que Paulo no encargò a Pedro desde el principio el empleo de su hacienda, sino solamente le encargò el Albaceazgo, y la herencia en confianza, para que la remitiesse a sus verdaderos herederos, y despues le pidió, que la empleasse: ya mucho antes estava hecho el pacto del Albaceazgo, y herencia en confianza, y a esso parece que se ha de estar, porque para averiguar la naturaleza del contrato que aqui huvo, se ha de atender al principio, y causa del contrato, y no a lo que despues le rogò del empleo, como dize el Derecho, l. Si Procuratorem. ff. Mandati. *Unius cuiusque enim contractus initium*

*est, et causam.* Y l. Depositi. ff. de positi. §. Idem pomponius. *Si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati, un depositi tenearis? Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.* Y §. Non solum. *Initium enim contractus spectandum est.* Y lo mismo se determina, l. Si id quod. ff. pro socio. §. Si filius. *Initium enim contractus est, et causa.* Responde, que ni por esta causa dexa de ser mandato el averle encargado el empleo, por tres razones. La primera, y por que aunque se ha de atender al principio del contrato, no por esso se ha de dexar de atender a los progressos, y fines del, como consta de la l. Si id quod. ff. pro socio. §. Si filius, donde se determina, que si vn hijo de familias, viiendo debaxo de la patria potestad, hizo trato de compañía con otro, y despues se emancipò, y prosiguiò emancipado la compañía empezada desde que estava debaxo de la patria potestad, y se dificulta allí si todavia dura el mismo trato de compañía, y responde: *Eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspicendum.* Y luego inmediatamente determina, que del tiempo que estuvo el hijo debaxo de la patria potestad, tiene el padre accion contra el socio de su hijo, y el socio contra el padre, pero del tiempo que ya estava emancipado el hijo, no tiene accion el padre contra el socio, ni el socio contra el padre: y así aunque se atiende al principio del contrato, no por esso dexan de variarse las obligaciones por otros contratos, o circunstancias, que se les junten despues; y así aunque al principio solamente tratò Paulo de hazer a Pedro su Albacea, y heredero en la apariencia, y en confianza; pero despues añadió el mandato del empleo, y Pedro lo admitió, y quedò obligado a él. Lo segundo, que el Albaceazgo es vna especie de mandato, que se encarga a vno, para que lo haga despues de la muerte del mandante, como se dixo arriba, y así fue mandato el Albaceazgo, en que le dexò encomendada la disposicion, y cuidado de su hacienda en el testamento. Tambien fuè segundo mandato, aunque con apariencia de fideicomisso, el que le hizo de palabra, de que aquella hacienda la remitiesse a sus verdaderos herederos, aunque en la apariencia, y testamento ponia a Pedro por su heredero, sin gravamen alguno. Tercero mandato fue, que empleasse su hacienda, y remitiesse las ganancias que resultassen del empleo a sus herederos, juntamente con el capital, que fue encargarle tres cosas, para que las hiziesse todas tres despues de su muerte: y no ay dificultad alguna, ni in-

conveniente, en que el mandante encargue al mandatario tres cosas, o muchas más, para que las haga despues de su muerte, como consta de las leyes; y Glosas alegadas en la primera parte deste punto, aunque mande la vna primero, y las otras mucho despues. Lo tercero, porque la ley de los contratos es la que se colige de las palabras, o consentimiento de los contrayentes, como consta de ambos Derechos, del Canon. reg. 85. de reg. iur. in 6. *Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur.* del Civil. l. Depositum. ff. de positi. §. Si conveniat. *Contractus legem ex conventionem accipiunt.* Y solamente ponen por excepcion, quando los contrayentes conviniessen en alguna cosa injusta, o ilícita: En el caso presente consta, que Paulo encargò a Pedro, que empleasse su hacienda, para remitirla con ganancias a sus herederos: Pedro aceptò lo que le encargaba, y echò sobre si esta obligacion, y en este trato no ay cosa injusta, ni ilícita; ni de que aya precedido el Albaceazgo, y demás cosas que le encargò, se sigue, que esta sea ilícita, y así se ha de estar a la obligacion, que tomó sobre si, añadida al Albaceazgo, que ya tenia aceptado. La tercera dificultad es, porque en este empleo, que Paulo pidió a Pedro, que hiziesse de su hacienda, y Pedro se prometió, que lo haria, parece, que no pudo aver el contrato, que llaman mandato; porque el mandato pide de su naturaleza, que el mandatario haga su paga, ni salario de su trabajo lo que el mandante le encarga, como consta del Derecho, l. Obligatio. ff. mandati. *Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio, & amicitia trahit.* Y l. Si remunerandi. del mismo titulo, se determina, que bien puede ser propriamente mandato, aunque aya remuneracion, y la espere el mandatario, como sea por via de agradecimiento, y no como paga, y salario debido: *Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.* Y allí la Glosa: *Quia non ut merces intervenit.* Y de las leyes del Reyno se colige lo mismo, p. 5. tit. 12. l. 20. dize, que el mandato lo reciben vnos hombres de otros, para hazerles amor: y la l. 2. dize, que el mandatario debe hazer de gracia, y por amor todo lo que le encarga el mandante, lo mas bien, y lealmente que pudiere. Y despues hablando de lo que el mandante debe pagar al mandatario, solamente dize, que debe pagarle todo lo que gastò, o se le menoscabò en la execucion del mandato, donde se ve, que excluye otra qualquiera paga, de suerte, que por el mandato no lleva cosa alguna el mandatario por el trabajo, sino solamente le paga el mandante.

dante los gastos que hiziere el mandatario, y todos los menoscabos, que por razon del mandato le sobrevinieron, porque el mandante tiene obligacion de conservarle indemne en todo, porque no reciba daño alguno por razon del mandato, que haze liberalmente; pero no ay obligacion de justicia de darle cosa alguna por razon del trabajo, y cuydado que tuvo en cumplir lo que se le encargò: y no parece verisimil, que Pedro quisiese obligarse al trabajo, y cuydado del empleo sin provecho alguno, especialmente, que como el mandato era para que lo executase despues de la muerte de Paulo, no podia Pedro esperar del cosa alguna por via de agradecimiento; por lo qual se puede entender, que Pedro tuvo intencion de llevar por su trabajo lo que mereciese, y la intencion de Paulo avia de ser esta, y assi no fue contrato de mandato el que intervino entre Pedro, y Paulo en este caso.

33. Responde, que el mandato, que lo es con toda propiedad, y rigor, pide, que se haga de gracia, sin llevar el mandatario cosa alguna por precio de su trabajo, de tal suerte, que quando se lleva algo por el trabajo, degenera de la razon de mandato, y se haze otro contrato diferente, que es alquiler de su trabajo. Assi consta del Derecho, l. Obligatio. ff. mandati. *Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio, & amicitia trahit. Contrarium porro est officio merces, interveniente enim pecunia res ad locationem, & conditionem potius respicit.* Y inst. de mandato. §. in Summ. *Sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit in aliam formam negotij cadere, nam mercede constituta incipit locatio, & conductio esse, & ut generaliter dicamus quibus casibus, sine mercede suscepto officio mandati contrahitur negotium his casibus interveniente mercede locatio, & conductio intelligitur contrahi.* En estas palabras està explicada toda esta materia: dize, que en vnos mismos casos, quando se encarga vn negocio, sin determinar paga alguna por el trabajo, es propriamente mandato; pero si se promete, ò determina paga, ya degenera de mandato, y viene a ser vn genero de alquiler: por lo qual colige bien del Derecho Molin. to. 2. de iust. disp. 548. que en estos negocios, que vnos hombres encargan a otros, si no interviene paga, ò salario por el trabajo, se salva con toda propiedad, y rigor el contrato, llamado mandato; pero interviniendo paga, es mandato latamente, y con impropiedad, y por esta razon el Derecho algunas vezes le llama mandato, aunque intervenga salario, l. Adversus. C. mandati; y l. Salarium. ff. mandati. por-

que aun entonces es mandato lato modo.

34. Si hubo aqui mandato proprio, ò solamente improprio, y lato modo, se verá en el punto tercero, que en este solamente queda probado, y averiguado, que quando Paulo encargò a Pedro, que emplease su hacienda, y assi la remitiese a sus herederos, y Pedro aceptò lo que se le encargaba, no fue simple promessa de Pedro, sino vn contrato, que se hizo entre los dos, ò mandato proprio, y rigoroso, ò improprio, por aver pasado a alquiler por la paga de su trabajo.

## P V N T O II.

*De la obligacion que induce el contrato del mandato.*

35. **N**O obstante, que de lo dicho en el punto antecedente se colige bastante la obligacion del mandatario a cumplir el mandato, que se le encargò, y aceptò, se ha de tratar en este punto mas de asiento de esta obligacion, y se probarà, y fundará con solidos fundamentos.

36. El fundamento primero, es del Derecho Ciuil, en que se hallan muchos textos, que dizen clarissimamente la obligacion mutua, que induce este contrato en el mandante, y mandatario. Primeramente, acerca de la obligacion en que incurre el mandatario, l. Diligenter. ff. mandati. *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud facere videtur, & si susceptum non impleverit tenetur.* Y l. Remunerandi. Si cui fuit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus, nec recte negotiorum gestorum cum eo agitur, nec enim ideo est obligatus, quia negotia gessit, verum id circò, quia mandatum suscepit, denique teneretur, & si non gessisset. Pone aqui el Derecho diferencia entre el mandatario a quien le encomiendan, y cometen, que haga el negocio ageno, y el lo admite, y se obliga a ello, y entre aquel, que sin encomendarlo se mete a hazer el negocio ageno, por estar su dueño ausente, ò impedido, al qual llama el Derecho *gestor negotiorum*, si no haze el negocio ageno fiel, y diligentemente, como si fuera proprio, està obligado a resarcir los daños, que por su fraude, ò negligencia se originaron al dueño del negocio, y los emolumentos, que pudiera tener si en el negocio ageno huviera puesto el cuydado, y diligencia, que pusiera en el proprio; porque aunque no estava obligado a hazer el negocio ageno, ya que se puso a ello, y lo hizo, debió hazer-

hazerlo con el cuydado, y diligencia, que los negocios de aquella calidad piden, de fuerte, que si dexara perderse el negocio ageno, y no se metiera en el, no estaria obligado a cosa alguna; mas aviendose metido en el, si no lo hizo con la diligencia que el negocio pedia, queda obligado a pagar los daños, é intereses, que por negligencia, ò malicia dexò detener al dueño: esto es en el *gestor negotiorum*. Pero el mandatario a quien se encomendò el negocio ageno, y el lo admitió, queda obligado al negocio ageno, aunque no lo haga, porque ya lo aceptò, y se encargò del. Y l. Si mandauero. explica mejor la obligacion, que nace deste genero de contrato, que llama mandato, con estas palabras: *Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consumari oportet, nisi renuntiatum sit, renuntiare autem ita potest, ut integrum ius mandatori reserveetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi, aut si non, reddendat in eum captio, qui suscepit mandatum, & quidem si is, cui mandatum est, ut aliquid mercaretur, mercatus non sit, neque renuntiaverit se non empturum, mandati actione teneri eum convenit.* Y l. Si quis. del mismo tit. explica mas la obligacion del mandatario con estas palabras: *Qui suscepit mandatum, si potest id eximplere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris interfit damnabitur, si vero intelligi eximplere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori renuntiare, ut is, si velit alterius opera utatur, quod si cum possit renuntiare cessauerit, quanti mandatoris interfit tenebitur.* Y l. Si maritus. C. Mandati. se determina, que vno que encomendò a su cuñado sus negocios, y que pidiese la possession de sus bienes, y el cuñado se huvo negligentemente, por lo qual se perdió la ocasion de cobrarla, la debe pagar. Y l. Procuratorem. C. del mismo tit. *Procuratorem non tantum pro his, qua gessit, sed etiam pro his, qua gerenda suscepit prestare necesse est.* Y l. Ad comparandas. està el caso que se propone mas individualmente, dize: *Ad comparandas merces data pecunia, qui mandatum suscepit fide rupta quanti interest mandatoris tenetur.* Y l. In re mandata. explica mas expremamente la obligacion del mandatario, dize assi: *In re mandati non pecunia solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est, nam sua quidem quisque rei moderator, atque arbiter, non omnia negotia, sed plera que ex proprio animo facit. Aliena vero negotia exato officio geruntur, nec quicquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum, culpa vacuum est.* Y en la Instituta se halla la misma doc-

trina, especialmente §. Mandatum. int. de mandat. se determina como se incurre en la obligacion del mandato, assi: *Mandatum non suscipere, cuilibet liberum est, susceptum autem consumandum est, aut quum primum renuntiandum, ut per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur, nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reserveetur eandem rem explicandi nihil omnino mandati actio locum habet.*

37. De la obligacion que resulta en el mandante consta tambien en el Derecho, l. Si remuner. ff. Mandati. *Si passus sum aliquem pro me fide iubere, vel alias intervenire, mandati teneor.* Y alli la Glosa: *Quia videor ei mandare.* De fuerte, que este contrato de mandato se haze aun sin palabras, sino solamente de que vno vea, que otro toma a su cuenta vn negocio suyo, resulta obligacion deste contrato en ambos; y mas adelante en la misma ley: *Si tibi manduero, quod mea non intererat, veluti, ut pro seyo intervenias, vel titio credis, erit mihi tecum mandati actio, & ego tibi suam obligatus.* De fuerte, que si yo le encomiendo a Juan vn negocio de Pedro, Juan queda obligado a mi, y yo a Juan por razon del mandato, aunque el negocio sea de Pedro. Y l. Si verò. ff. Mandati. §. Si mihi. se explica con claridad la obligacion en que incurre el mandante, dize assi: *Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, ego que emero meo pretio, habeo mandati actionem de pretio recuperando, sed, & si tuo pretio impendero tamen aliquid bona fide, ad emptionem rei erit contraria mandati actio, etiam si rem emptam nolis recipere, simili modo, & si quid aliud mandaveris, & id sumptum fecero, nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar.* El mandante està obligado a passar por las compras, y demás tratos, que el mandatario hiziere con buena fé, sin exceder la forma del mandato, y a pagar los gastos, y costas, que hiziere por sus negocios el mandatario. Y l. Si mandassem. del mismo tit. *Si mandatum tibi, ut fundum emeris, postea scripsissem ne emeris, tu antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno officiat is, qui mandatum suscepit.* Y l. Si quis. ff. Mandati. §. Morte. *Impendia exequendi mandati gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is, qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.* Y l. Si mandato. del mismo tit. *Si mandato meo fundum emeris utrum cum dederis pretium, agis mecum mandati, an & ante quam des ne necesse habeas res tuas vendere? Et recte dicitur in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, que adversus te venditori competit, nam, & ego te-*

*enim agere possum, ut prestes mihi aduersus venditorem empti actionem.* Y l. Qui mutuam. del mismo tit. *Sumptus bona fide necessarios factos ( & si negotio sine adhibere procurator non potuit ) iudicio restituit necesse est.* Otros muchos textos del Código, y de la Instituta declaran esta obligacion, que induce el mandato en el mandatario, y mandante, que por no alargar demasiado este punto, se dexan.

38. Podiafe responder a este fundamento, que las leyes Ciuiles no inducen obligacion en los Reynos de España, porque están establecidas por quien no tiene, ni tuvo jurisdiccion alguna en estos Reynos.

39. Respondefe, que aunque no obligan en España, en quanto son leyes puestas por los Emperadores, que no tienen en los Reynos de España jurisdiccion alguna; pero obligan en quanto están admitidas por la costumbre en todo el Reyno de España, la qual costumbre consta de la practica de todos los Tribunales, y Audiencias de España, que en todas se juzga por las leyes Ciuiles, excepto solamente en los casos que están opuestas a las leyes del Reyno: y así lo afirman los Autores Españoles, que escriuieron sobre las leyes del Reyno. Anton. Gom. l. 1. Taur. al princip. Burg. de Paz. l. 1. Taur. n. 520. Cifuent. l. 3. Taur. n. 3. y lo dize Molina, to. 1. de iust. tract. 2. disp. 176. y Sanch. de matrim. lib. 7. disp. 87. n. 29. Y esta costumbre está admitida, y consentida por nuestros Reyes Catolicos, que ven, que así se juzga en sus Tribunales, y lo consenten; y tienen en el Reyno Cathedras dotadas, en que se leen, explican, y enseñan las leyes, ff. Código, y Instituta: de lo qual se colige, que dichas leyes Imperiales están admitidas por leyes, por costumbre antiquissima, consentida, y favorecida de nuestros Reyes. Y aunque dize Greg. Lopez, in l. 6. tit. 4. p. 3. que en los Reynos de España estava establecida pena de muerte contra los que en juicio alegassen leyes de los Emperadores Romanos, por quanto de la obferuancia de dichas leyes parece, que se inducia alguna superioridad de los Emperadores en los Reynos de España; pero ya ha cessado esta disposicion, y cada dia en los Tribunales se alegan leyes del Derecho Ciuil, y por ellas juzgan los Juezes, que es indicio grauissimo, que están ya admitidas por leyes; y dado que no estén admitidas por leyes, por lo menos obligan en conciencia, en quanto son disposiciones rectas, y conformes a la razon natural, y al recto dictamen de la prudencia: por lo qual dize Greg. Lop. en el lugar citad. *Vtendum est legibus Imperatorum tanquam ratione natu-*

*rali.* Y Baldo, in cap. sui. de constitut. dize: *Vtuntur lege Romana non quia lex, sed quia bona.* In l. Nemo. C. dize: *Non allegant constitutiones Imperatorum, quia imperatorum, sed quia sunt naturales, & bona quoniam de naturali ratione procedunt, & de fonte equitatis, quia ratio naturalis non circumscribitur loco, quia ipsa cum humano genere nata est à principio.* Y Andreas de Iser, in prelu. d. feud. q. 2. dize, que obligan: *Non quia leges Imperatorum, sed quia rationabiles.* Y Ioannes Fab. in proémio inst. dize, que aunque las leyes Imperiales, en quanto son de los Emperadores, no obligan a la Iglesia, como consta del cap. Quae in Ecclesiis. de constit. no obstante esto, en las causas Ecclesiasticas se sentencia por ellas, sino son contrarias a los Sagrados Canones: *Debet per eas in causis Ecclesiasticis iudicari si Canones non repugnent, nam intelligendum est, non quia leges, sed quia rationabiles.* Y así queda firme en toda opinion, que las leyes Imperiales, en lo que no se oponen a las leyes del Reyno, obligan en España, no como leyes de Emperadores, sino en vna opinion, como leyes introducidas por la costumbre, con assento de nuestros Reyes Catolicos, y de sus Consejos, y en otra opinion no como leyes, sino como disposiciones muy conformes al Derecho natural, y a la recta razon.

40. El segundo fundamento es de las leyes del Reyno, donde está determinada, y explicada clarissimamente la obligacion, que induce el mandato en el mandante, y mandatario, p. 5. tit. 12. l. 20. donde dize así: *Faz en algunos omes por mandado de otros algunas cosas a las vegadas, porque finca cada uno de ellos obligado, tambien aquel que lo haze, como aquel otro que lo manda, que es otra manera de obligacion, que es semejante de la fiadura.* Y mas abaxo: *Si aquel a quien manda hazer la cosa, recibe el mandamiento, tenuto es de cumplirlo, è si alguna cosa pechar, ò pagare, ò despendiere en cumplir el mandamiento, tenuto es el otro de se lo pechar, è aquel por cuyo mandado lo hizo.* Otro si dezimos, que si aquel que recibe el mandamiento, haze algun engaño en no cumplirlo, ò por su culpa viene daño al otro, que es tenuto de pecharle todo el daño que le viniere, por razon de que tal mandamiento como este reciben los omes unos de otros por hazerles amor, è non por hazerles daño.

41. Contra este fundamento solamente se podia poner en duda, si estas leyes de Principes Seculares obligan en el fuero de la conciencia? A lo qual se responde, que es certissimo, que las leyes hechas por los Reyes, y Principes legitimos, obligan en conciencia

ciencia. Así lo dize S. Thom. 1. 2. q. 96. art. 4. y allí todos sus Expositores, S. Ant. 1. p. tit. 18. cap. 1. Sot. de iust. lib. 1. q. 6. art. 4. Couar. in reg. peccatum. p. 2. §. 3. in cap. 1. de sponsal. n. 18. Nauar. in Summ. cap. 23. an. 54. y es comun de todos los Doctores Theologos, y Juristas, de los quales muchos la tienen por cosa de Fè, y otros por proxima a la Fè, porque se colige de expressos lugares de la Sagrada Escritura. Prou. 8. *Per me reges regnat, & legum conditores iusta decernunt, per me Principes imperant, & potentes decernunt iustitiam.* Y ad Rom. 13. *Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit. Non est enim potestas, nisi a deo, qua autem potestati, Dei ordinationi resistit, qui autem resistunt, ipsi sibi damnationem acquirunt.* Y mas abaxo: *Necessitate subditi estote, non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam, ministri enim Dei sunt in hoc ipsum seruientes.* Y 1. Petri 2. *Subiecti estote omni humanae creaturae propter Deum, sine Regi, quasi praecellenti, sine Ducibus, tanquam ab commissis ad vindictam malefactorum, laudem vero bonorum, quia sic est voluntas Dei.* De donde claramente se colige, que los Principes gobiernan, y ponen las leyes, como ministros de Dios, y con potestad, que para esto recibieron del mismo Dios; y consiguientemente el que quebranta los preceptos, ò leyes del Principe, aunque sea Secular, se opone por lo menos mediatemente a la disposicion Diuina, y al precepto Diuino, y desprecia al ministro de Dios formalmente, en quanto ministro de Dios, no sujetandose a guardar sus preceptos. Y por esto dize el Apostol, que estemos sujetos al Rey, y a sus ministros, no solamente por temor de la pena, que esto quiere dezir: *Non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam;* sino tambien por evitar la culpa, y no manchar la conciencia, de lo qual deducen comunmente los Doctores, con Santo Thom. en el lugar cit. q. es principio moral, y natural este: *Obediendum est preceptis iustis Principum.* Es principio en lo moral, que ay obligacion en conciencia de obedecer a las leyes, y mandatos justos de los Principes, por lo qual es certissimo, que lo dispuesto por la ley referida de las Partidas, obliga en conciencia; y las obligaciones que allí explica, que ay entre el mandante, y mandatario, ligan sin duda la conciencia.

42. El fundamento tercero se faca de los Sagrados Canones, que tambien determinan, y explican esta obligacion del mandante, y mandatario, cap. Instrumento. C. de Procuratoribus. *Instrumento, vel literis, qui-*

*bus te aliquis in causis suis Procuratorem constituit a te scienter receptis non potest postea recusare defensionem illius, immo cogi poteris ipsum defendere in omnibus causis, & negotijs, ad quae predicta instrumenta seu literae, se extendunt, cum per haec ad omnia tuum praestitisse videaris assensum.* Y cap. Cum pro causa. de Procurat. se propone, que vn Arcediano avia ido a ciertos negocios, que le encomendó el Capitulo, y despues pedia satisfacion de los gastos, que en procurar dichos negocios avia hecho: negabanselos, porque el negocio no avia tenido el efecto que el Cabildo desseo, y respondió la Santidad de Innocencio III. *Expensus Archidiacono restitui faciat, si legitime probare potuerit se mandato Capituli suscepisse predicta negotia.* Y dize allí la Glosia, que aviendo precedido mandato del Cabildo, le deben pagar las expensas, aunque se frustre el negocio a que fue, y suceda mal; pero si lo huviera hecho sin mandato, y tuviesse buen suceso, avia obligacion de pagarle los gastos; pero si no sucediesse el negocio bien, no se le deben pagar: *Sibi imputet, quia sine mandato Capituli hoc accipiebat.* De suerte, que por Derecho Canonico el mandato induce esta obligacion en ambas partes, la qual sin mandato no la huviera.

43. Contra estos tres fundamentos de la determinacion de las leyes Ciuiles, y Canonicas, y del Reyno, se puede oponer, que esta obligacion, que dicen las leyes, que tiene el mandatario, no lo es en el fuero de la conciencia, sino solamente para el fuero exterior, y judicial, como las leyes, que irritan los testamentos hechos sin la solemnidad del Derecho, que segun muchos Doctores no obligan en conciencia. Y las leyes, y Canones, que en las ventas, y compras solamente dan accion al que fue engañado en mas de la mitad del justo precio, para rescindir el contrato, y al que fue engañado en menos de la mitad del justo, no le conceden esta accion; y es certissimo, que en el fuero de la conciencia se le debe la cantidad en que fue engañado, aunque sea menos de la mitad del justo precio. Y S. Thom. 2. 2. q. 63. art. 2. ad 3. enseña, que las leyes, que solamente requieren, que se elija al digno, miran, y atienden al fuero judicial, y no al de la conciencia. De la misma fuerte se podia dezir, que la obligacion que del mandato resulta en el mandatario, mira solamente al fuero judicial, y externo, y no obliga en el fuero de la conciencia.

44. A esto se responde, que no se puede negar, que aya algunas leyes justas, que no obligan en conciencia, como son las leyes que son puramente penales, y segun senten-



cia de muchos Doctores, aun las mismas, que contienen precepto, y juntamente ponen pena temporal a los transgresores, y otras, que se fundan en presuncion, las quales cesando en el fuero de la conciencia la presuncion en que se fundan, no obligan en conciencia, y otras, que claramente consta, que se hizieron para el fuero judicial, para que de tal fuerte se determinen tales causas, y litigios, que ellas solamente ponen obligacion a los Juezes, y no a los demás de la plebe, y así las leyes, que irritan los testamentos que no tienen la solemnidad del Derecho, en la opinion que dize, que no obligan en conciencia, se fundan en presuncion de la fraude que puede aver, y así en contando, que no ay fraude, y que fue la voluntad del difunto dar su hacienda, o tal legado a tal persona, que le es licito tomarla, no obstante, que las leyes den por nulo aquel testamento, porque se fundan en presuncion, y contando con toda certeza la verdad, cessa toda presuncion. Y las leyes que determinan, que se rescinda el contrato de compra, y venta, en que se defraudó en mas de la mitad del justo precio, obligan sin duda en conciencia a rescindir el tal contrato, si no es que la parte defraudada quiera mas que se supla el precio en que fue defraudada. En quanto a no dar las leyes accion al defraudado en menos cantidad del justo precio, no quita la obligacion natural de restituir al defraudado en menor cantidad, sino que las leyes por evitar pleytos no quisieron dar accion en el fuero externo, para pedir el que fue defraudado en menor cantidad: de lo qual no se sigue, que las leyes no obligan en conciencia en aquello que mandan, y disponen, sino solamente se sigue, que las leyes humanas no determinan en todas las materias todo lo recto, sino que omiten, y permiten muchas cosas, porque no lo puede comprehender todo la potestad humana, sin incurrir en otros inconvenientes mayores. De la misma fuerte las leyes que determinan, que se elija al digno, es certísimo, que en quanto a esto obligan en conciencia, y pecaria el que eligiese al indigno, no solamente contra la ley Divina, y natural, sino tambien por contravenir a la ley humana; pero en quanto no obligan a elegir al mas digno sean las dichas leyes humanas *permisive*, o por mejor dezir omiten esta disposicion, para que no se multipliquen los litigios, sobre si se ha de aprobar, y confirmar la eleccion hecha en vno digno, dexando al mas digno, que sin duda alguna se multiplicarian mucho los pleytos, si las leyes humanas reprobaban la eleccion hecha en el dig-

no, dexando al mas digno, sobre averiguar qual es mas digno: y así las leyes humanas obligan solamente a elegir al digno por evitar mayores daños, y en quanto a elegir al mas digno lo dexan omitido en la obligacion de la ley natural, y Divina: de donde se sigue, que todas las leyes de su naturaleza obligan en conciencia en aquello que determinan, y dizen precepto del Superior a pecado mortal, o venial, segun la capacidad de la materia, y solamente salen desta regla aquellas leyes, que el mismo Superior precipiente no quiso que obligasen en el fuero de la conciencia, contentándose con alguna pena temporal, que pone el mismo a los transgresores, y por esta razon, segun opinion probable, no obligan en conciencia las leyes penales: y las leyes que se fundan en presuncion, por esta misma causa dexan de obligar, porque se presume, que el legislador solamente quiso poner el precepto, quando ay la dicha presuncion, o peligro de fraudes.

45. Pero todas las leyes, que son dispositivas, o declarativas de la equidad natural, è igualdad que ha de aver en los contratos, y las obligaciones, y a que està obligada cada vna de las partes, para que mejor se guarde la igualdad entre ellas, obligan en el fuero de la conciencia, como dize Thomàs Hurtado, to. 2. tract. 8. cap. 4. donde afirma ser esta sententia comun de los Doctores, y así las leyes que disponen, y declaran las obligaciones, que resultan del contrato, que llaman mandato, obligan en el fuero de la conciencia al mandatario a cumplir exactamente aquello que se le encargó, y él aceptó; y si no se cumple, le obligan a restituir los daños, y lucro cesante, que por no aver executado el mandato, se siguió al mandante: y tiene esta obligacion mas fuerza, por estar así dispuesto por todas las leyes Imperiales del Reyno, y Sagrados Cánones.

46. El quarto fundamento es la autoridad, y comun sententia de los Doctores, que tratan deste trato, que suele aver entre los hombres de encomendar vno sus negocios a otro, que todos unanimemente afirman, que está obligado en conciencia el mandatario a pagar los daños, y menoscabos, intereses, y lucro cesante, que dexó de tener el que se encomendó su negocio, por no aver hecho lo que se le encomendó. Silvest. in Summ. verb. Mandatum q. 1. explica muy bien, como entre el mandante, y mandatario resulta obligacion de ambas partes: *Hinc ind.* y dize así, que el mandatario al principio no podía ser obligado a aceptar el mandato; pero ya aceptado, queda obligado a todos los emolumentos,

tos, que importaban, o se acrecentaban al mandante; de que se huviera efectuado su mandato. Y verb. Restit. 2. §. 16. dize, que si alguno está obligado a otro por contrato Real, si omite, y dexa de hazer aquello a que se obligó, queda en conciencia obligado a pagar los intereses que avia de tener el otro; y luego pone los contratos Reales de donde se sigue esta obligacion, con estas palabras: *Putat emptione, venditione, locatione, mandato, & societate*. Y de aqui infiere, que todos los que se encargan de algun negocio, o lo toman a su cargo, están obligados a pagar los daños, è intereses, que suceden por su omision. Lo mismo dize Azor, in Summ. in 4. lib. C. Rubrica mandati. Azor, tom. 3. inf. mor. lib. 9. cap. 6. donde trata de las obligaciones, que nacen deste trato entre el mandatario, y mandante. Bonac. to. 2. de contrat. disp. 1. de rest. q. 2. punct. 6. an. 9. Regin. in praxi. to. 2. lib. 25. tract. 8. cap. 50. sect. 1. Molina. to. 2. de iust. disp. 349. Diana, p. 8. tract. 7. resol. 35. donde supone, que el mandatario está obligado a cumplir el mandato, y a restituir los daños, que resultaren de no cumplirlo; y disputa si está obligado a restituir los daños, que provinieren de leve, o levissima culpa del mandatario, y cita a Lugo, de iust. to. 1. disp. 8. sect. 8. y a Vazq. Opusc. de rest. cap. 2. §. 2. dub. 6. Y Martinez de Prado, to. 2. Theol. mor. cap. 29. q. 4. tratando de la simple promission, y como se distingue de los contratos, dize, que es cosa indubitable, que si a la simple promission se añade otro contrato, de fuerte que no queda pura, & nuda promission, nace obligacion de justicia en el fuero de la conciencia. Y cap. 26. q. 2. dize, que del contrato nace obligacion en conciencia *sub precepto*, porque es deuda de justicia, si el contrato es propriamente contrato: y al principio del cap. 29. pone al mandato entre los contratos propios, y rigorosos. Y Cayetan. in Summ. verb. Perfidia. despues de aver determinado, que la promission simple no dize obligacion de justicia en el fuero de la conciencia, dize: *Cum promissio transit in debitum legale, tunc supra debitum morale* (llama debito moral al que nace de la simple promission, que se debe ex honestate, & fidelitate) *ad iungitur debitum iustitie, & si non servantur promissa, incurruntur duo crimina, scilicet perfidia, & iniustitia quam constat ex suo generet esse peccatum mortale*. Con esta restricción habló comunmente los Doctores, que dizen, que la simple promission no obliga de justicia, ni a pecado mortal, que añaden, que esto se entiende de la simple promission pura, y desnuda de otro qualquiera contrato, porque si

passa a otra especie de contrato, o se viste del, obliga de justicia, y a pecado mortal. De fuerte, que los Doctores, que tratan especialmente del mandato, todos dizen, que obliga en conciencia, y de justicia, y ninguno dize lo contrario: y los que no tratan desta especie de contrato, suficientemente dan a entender, que obliga de justicia, y no se queda en la obligacion de fidelidad, que induce la simple promission.

47. El quinto fundamento es vna razon fundada en la naturaleza de los contratos, porque los contratos que son propriamente contratos, inducen obligacion en el fuero de la conciencia en ambos contrayentes, como se ve en las compras, y ventas, arrendamientos, y fianças, y lo dize expresamente el Derecho. l. Labeo. ff. de verb. ac rerum signif. donde dize, que el contrato *est ultro, citro que obligatio*. Y el M. Soto. 6. de iust. q. 2. art. 1. define así al contrato: *Contractus est actio inter duos, ex qua utrinque obligatio nascitur*. Por lo qual en rigor no ay contrato, si no ay obligacion de ambas partes, y esto quiere dezir contrato, que trae a ambas partes, y las vne con obligacion mutua, y así lo define, y explica Martinez de Prado, in Theolog. mor. cap. 26. q. 1. *Est actus iustitie, utramque partem collig. utris*. Y comunmente los Doctores Juristas, y Theologos distinguen tres acepciones deste nombre contrato. La primera, quando se toma por el contrato proprio, y riguroso, y entonces dize obligacion de justicia de ambas partes. La segunda, quando se toma impropriamente, estendiendo impropriamente el vocablo, y así se pueden llamar contratos aquellos, que solamente dizen obligacion de vna parte. La tercera, quando se toma impropriamente en latissima significacion, que es quando de ninguna parte dize obligacion estrecha de justicia, sino solamente *ex honestate*. Así lo dize Baldo, al qual citan, y figuen comunmente en esto los Doctores, como dize Martinez de Prado, in Theolog. mor. cap. 26. q. 1. y Silv. verb. Contractus. y Molina, to. 2. de iust. disp. 252. Y el mandato es propriamente contrato de los nominados, del qual tratan expresamente todos los Derechos, y le dan proprio nombre; y todos los Autores referidos arriba, tratando de los contratos, ponen a este entre los contratos propios, y rigorosos nominados, y así dize obligacion de justicia en ambas partes, por lo que obliga en el fuero de la conciencia.

48. Lo sexto se funda en razon natural, porque esta obligacion es muy conforme a la misma naturaleza, y necesaria al convic-

to humano: por lo qual Azor, tom. 3. lib. 9. cap. 1. de mandato. q. 3. dize, que este contrato, llamado mandato, es de derecho de las gentes, y no solamente de derecho positivo, y se conoce con claridad, porque muchos negocios se ofrecen a los hombres, que por si mismos no los pueden tratar, y asi es forzoso encomendarlos a otros, y fiarse de otros: y la misma razon natural dicta, que el que admittió la comision para tratar el negocio ageno, se obligó a tratarlo, como si fuera proprio, como el fiador, que el negocio ageno, y la deuda que otro tiene, la haze propria, y queda obligado a pagarla por falta del otro, y por esto la leyes del Reyno, p. 5. tit. 12. l. 20. dizen, que esta manera de obligacion del mandatario, es semejante a la *fiducia*, porque en ambas cosas el negocio ageno lo haze como proprio, y queda con obligacion de justicia a él, y aun mas obligado queda el mandatario a hazer el negocio ageno, que si fuere proprio, y el Derecho da la razon desto, l. In re mandata. C. mandati. *Num sua quidem quis que rei modeste, atque arbitrio, non omnia negotia, sed plerumque ex proprio animo facit, aliena vero negotia exacto officio geruntur, nea quidemquam in eorum administratione neglectum, ac desinatam culpa vacuum est.* Encargandose del negocio ageno, se obligó con obligacion de justicia a hazerlo, y si ya encargado, y admitido, lo dexa de hazer, la misma razon natural dicta, que está obligado a pagar todos los intereses, que dexó de ganar: aquel cuyo era el negocio encomendado: donde se vé quan diverso sea esto de la promision simple, porque el que promete meramente, no se encarga de negocio ageno, sino solamente promete de darle de lo que es suyo, ó hazer por él alguna cosa; pero el mandatario encargado de negocio ageno, y se obliga a tratarlo, como el negocio pide tratarse.

49. El vltimo fundamento es la experiencia, y practica comun de los hombres. Si vn hombre encomienda a otro vn negocio, que le importa, y el otro lo admite, y despues no lo haze, y se pierden los emolumentos, que podia conseguir, si el mandatario hubiera sido diligente, no ay duda, sino que debe pagarlos: y quando vn vezino de Manila embia sus mercaderias a vn vezino de Mexico, para que las venda a los mas subidos precios que pudiere, y le remita lo proccedido, si el vezino de Mexico admittiese la encomienda, y despues olvidado, ó negligente dexasse estar allí la ropa, sin venderla, ofreciendole buena ocasion para hazerlo, no se puede dudar, que este está obligado a pagar los daños. De la misma fuerte, si vn ve-

zino de Mexico embia a vno de Manila diez mil pesos, para que le los emplee, y remita empleados, y el vezino de Manila recibiese el dinero, y no lo emplease, sino lo dexasse estar en la caja, no ay duda, sino que estaria obligado a pagar los intereses al de Mexico: y por mayor razon, si el vezino de Manila tomase los diez mil pesos, y los emplease por su cuenta, como si fueren suyos, claro está que no cumpliria con el vezino de Mexico, embiándole los diez mil pesos, despues de averle valido de sus ganancias, sino que está obligado a pagarle las ganancias, que el vezino de Mexico avia dexado de tener, pues lo mismo es en el caso propuesto: por lo qual tengo por cosa certissima, y sin duda alguna, que Pedro está obligado a restituir a los herederos de Paulo todas las ganancias, que resultaron del empleo, que hizo de la hacienda de Paulo.

50. A esto se podia responder en favor de Pedro: lo primero, que Pedro no tuvo culpa en no emplear por cuenta de los herederos de Paulo la dicha hacienda, por el olvido natural, que tuvo de que tal cosa le huviese encomendado Paulo, y así por razon de la culpa no está obligado a pagar el lucro cesante. Lo segundo, que el dinero de su naturaleza no es fructifero, sino totalmente estéril, como asientan todos los Sumistas por cosa cierta, y solamente de ganancias por la industria, y trabajo del que lo maneja, y emplea, por lo qual el ladrón, que hurtó mil pesos, y los empleó, y ganó con ellos otros mil, cumple con pagar al dueño los mil que le hurtó, y no está obligado a pagarle los mil que ganó con ellos, aunque los huviese arrendado, luego de la misma fuerte, y por mejor razon no estará Pedro obligado a pagar las ganancias, que tuvo con el dinero de Paulo, pues fueron fruto no del dinero, sino de la industria de Pedro. Lo tercero, por que en el dicho empleo todos los riesgos, y averias, y gastos iban por cuenta de Pedro, el qual quando determinó de emplear el caudal de Paulo por su cuenta, determinó de asegurar todo el capital de Paulo, y tomar a su cuenta, y riesgo las averias de los generos que llevaba: y es conforme a razon, y justicia, que el que iba expuesto a los riesgos goze las ganancias, de reg. iur. in 6. reg. 55. *Qui sentit onus sentire debet commodum.* *Et contra.* Y l. Secundum ff. de reg. iur. *Secundum naturam est commoda cuiusque rei cum se qui quem sequuntur in commoda.*

51. No obstante esto, Pedro está obligado a pagar las ganancias, que tuvo con la hacienda de Paulo. La primera razon no ob-

ta, porqué no cumplir lo que se le avia encomendado, y de que se avia hecho cargo, por aversele olvidado, y empleado para si, no carce de culpa, l. In re mandata. C. mandati. *Aliena negotia exacto officio geruntur.* Dize allí la Glossa: *Idest, geri debent, nec quidquam in eorum administratione neglectum, ac desinatam culpam vacuum est.* Pedro aviendose encargado de emplear el caudal ageno, debió tener cuidado, y acordarse: y como no le puede escusar el olvido al vezino, que recibiese la plata de otro de Mexico, para emplearla, el dezir, que se le olvidó, y por esto no la empleó, ó la empleó por su cuenta propia; así no le puede escusar su olvido a Pedro. Y admitiendo, que no tuviese culpa alguna, este contrato del mandato, en que vno haze confianza de otro, y le encomienda su hacienda, y negocios, no es como el que acafo se halló con hacienda agena, y se validó della, y la empleó: no es de la misma fuerte el que recibió hacienda de otro, encargandose de emplear, que este tal no puede quedar con cosa alguna procedida de la hacienda del otro. l. Ex mandato. ff. de mandati. *Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicut nec damnum pati debet.* Y con mas claridad se pone el caso presente en sus propios terminos, l. Idem que ff. mandati. §. Si Procurator. donde trata del mandatario, que dá por su cuenta a logro, ó ganancia el dinero del mandante, y dize así: *Si pecuniam meam fanori dedit, vsuras que consequutus est, consequenter decemus debere eum prestare quantumque emolumentum sensit sine ei mandati, sine non, quia bona fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat, quod si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit in vsuras convenietur, que legitimo modo in regionibus frequentantur.* Determinase aquí, que el que recibió desta fuerte el dinero ageno en confianza, si trató con él, aunque no le huviesen ordenado que tratase, debe dar a los dueños todas las ganancias, sin reservar para si cosa alguna, porque no es bien que reciba ganancia del dinero ageno, que se fió de su fidelidad; pero si no empleó, ni tuvo trato con él, sino que se aprouechó del en sus necesidades, debe pagar con las ganancias, que son mas ordinarias en la Prouincia. En el caso presente Pedro recibió este dinero de Paulo, y se obligó a emplearlo, y de hecho lo empleó, aunque no por cuenta de Paulo, sino por la suya: pues está obligado a dar las ganancias del empleo a los herederos de Paulo: *Quia bona fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat.* Estos contratos, que llama el Derecho de buena fé, y confianza que se haze de otro, piden esto, que todos los

emolumentos que resultan de la hacienda del mandante, se le den al mandante, y no tenga el mandatario emolumentos procedidos de la hacienda agena. Si Pedro no huviera empleado la hacienda de Paulo, sino que la huviera gastado en otras necesidades propias de Pedro, en tal caso estaria obligado a pagar las ganancias, que fueren sacarle ordinariamente en la tierra, y juzgo, que satisfaria pagando lo que se paga aquí, dando el dinero a corresponder, que es a 50. por 100. pero aviendo Pedro con efecto empleado el caudal de Paulo, debe entregar a los herederos de Paulo todo lo que ganó con su dinero.

52. Ni la segunda razon obsta, porque así que el dinero de su naturaleza no es fructifero, pero quando el dueño lo dió para que se emplease, tiene derecho el empleo, y ganancias que del resultarán, por el contrato del mandato proprio; y si no fuere mandato proprio, porque Pedro llevase vn tanto por su trabajo, tiene Paulo, y sus herederos por mayor razon derecho a las ganancias, porque dió su dinero para el empleo, pagando el trabajo al que lo avia de emplear: por lo qual no es la misma razon del ladrón, que emplea el dinero ageno, que avia hurtado. Demás desto el ladrón, aunque no está obligado a pagar las ganancias que tuvo con el dinero ageno; pero está obligado a pagar el lucro cesante, que dexó de ganar el dueño en el tiempo que el ladrón tuvo en su poder el dinero ageno: y también por esta razón está obligado Pedro a restituir las ganancias que tuvo, porque estas avia de tener los herederos de Paulo, si se huviera empleado por su cuenta, como debía.

53. Ni obsta la tercera razon, porque aunque Pedro en su intencion aseguró la hacienda de Paulo, en quanto al capital, y tomó por su cuenta los riesgos, y gastos del empleo, no lo debió hazer así, porque le avian entregado aquella hacienda no para que asegurase el capital, sino para que lo emplease, y expusiese al trato, a riesgo, y costas de los herederos, y de esta fuerte lo avia aceptado; y así quedó obligado a pagar las ganancias, como si de hecho lo huviera empleado por cuenta de Paulo, pagando los costos, y averias por cuenta tambien del mismo Paulo, porque por el contrato del mandato quedó obligado Pedro a pagar a los herederos de Paulo no solamente lo que resultare del empleo hecho a cuenta, riesgo, y costas de Paulo, sino tambien a pagarles lo que avia de resultar del empleo, si lo emplease, como consta del Derecho, l. Procuratorem. C. mandati. *Non tantum pro his, que gestis sed etiam pro his, que geranda suscepit prestare*

re necesse est. Y l. Ad comparandas. del mismo tit. *Ad comparandas merces data pecunia, qui mandatum suscepit fide rupta, quanti inter est mandatoris tenetur.* Del contrato que hizo, en que se obligó a emplear esta hacienda, quedó obligado a pagar las ganancias deste empleo, pocas, ó muchas, con averias, ó sin ellas, a los herederos de Paulo: y así empleelo por cuenta suya, ó de otro, y a costa propia, ó de otro, ó no le emplee, siempre está obligado a pagar las ganancias desta hacienda a los herederos de Paulo, haciendo las costas, y averias, y nunca le es lícito tomar por su cuenta el empleo, que es ageno, y enriquecer con pérdida de los herederos de Paulo, á quienes pertenecen por el trato los intereses deste empleo, de reg. iur. in. 6. reg. 4. *Locupletari non debet aliquis cum alterius iactura.* Especialmente, que nunca aseguraba bien a los herederos de Paulo del capital; porque a perderse la Nao, no tuvieran de que cobrar, ni instrumentos por donde cobrar, y por consiguiente irían expuestos a la pérdida de su propia hacienda, que iba allí empleada, y no a la ganancia, y venía a ser riesgo sin provecho, ni esperanzas de tenerlo, que es contra la regla del Derecho traída en contra: *Qui sentit onus sentire debet commodum.* Por lo qual es certísimo, que Pedro está obligado a entregar a los herederos de Paulo todas las ganancias, é intereses, que procedieron de la hacienda de Paulo, haciendo las costas, y gastos, y averias, que huviesse tenido el dicho empleo.

### P V N T O III.

*Si Pedro puede sacar de la hacienda de Paulo tanto por ciento, por el empleo, y administracion de su hacienda?*

54. YA se dixo al fin del punto primero, que en el contrato, que es mandatorio llevar cosa alguna por su trabajo, y administracion, sino solamente ha de sacar los gastos, y menoscabos, que huviere tenido por causa de la administracion de la hacienda agena. Pero si no intentaron hazer este contrato del mandato con toda propiedad, sino que lo vistieron de otro, que llama el Derecho conduccion, y alquiler de su trabajo, puede sacar de la hacienda de Paulo no solamente los dichos gastos, y menoscabos, sino tambien tanto por ciento por su trabajo. Todo esto queda probado en el punto primero; ora se ha de averiguar si hizieron contrato de mandato propio, y rigoroso, ó

de mandato improprio, con conduccion, y alquiler del trabajo.

55. Ante todas cosas se ha de suponer, que si a Pedro le consta, ó se acuerda, que prometió de hazer el empleo de amistad, ó de gracia, no puede llevar cosa alguna de su trabajo, porque en tal caso es proprio mandato, y este trato de su naturaleza pide hazerse de gracia, sin llevar cosa alguna por el trabajo, como queda probado; y lo mismo es, aunque expresamente no prometiesse hazerlo de valde, si se acuerda, que essa fue su intencion, quando aceptó lo que Paulo le encomendaba, porque *taciti, & expressi, idem est iudicium.* cap. Si infantes. de despons. impun. in 6. & l. De quibus. ff. de legibus. & l. Cum quid. ff. de rebus creditis. Y por el contrario, si huviesse sido el trato, de que avia de llevar tanto por su administracion, a esto se ha de estar, porque en tal caso no fue propriamente mandato, sino conduccion, y alquiler: y lo mismo, si quando Paulo le encargó el empleo, y Pedro lo aceptó, fue la intencion de que se pagasse de su trabajo, y administracion.

56. Toda la dificultad está suponiendo, que no se trató deste punto, ni se hizo particular intencion de llevar tanto por la administracion, ni de no llevarlo, sino solamente Paulo encargó a Pedro dicho empleo, y Pedro lo admitió, y desta fuerte parece estar el caso, según se pregunta. Dudase, pues, si debe presumirse, que en este caso fue mandato proprio, ó conduccion, y mandato improprio, con obligacion de que a Pedro se le pague el trabajo del empleo: esto como no puede constar con evidencia, se ha de colegir por buenas, y razonables conjeturas, como dize el Derecho, l. Non omnes. ff. de re militari. *Sed licet hoc liquido constare non possit argumentis tamen cognoscendum est.* Se ha de estar a lo que pareciere mas verisimil, y mas de ordinario acontece, l. In obscuris. ff. de reg. iur. *In obscuris inspicit solet, quod verisimilius est, aut quod plerunquè fieri consuevit.* Y reg. 45. de reg. iur. in. 6. *Inspicimus in obscuris, quod est verisimilius, aut quod prerunquè fieri consuevit.* Quando se debe entender, que se debe pagar la administracion, y quando no, y quando fue puramente mandato, y quando pasó a conduccion, se ha de colegir de las circunstancias que aqui concurren, como dize muy bien Molina, to. 2. de iust. disp. 548. Si de las circunstancias se colige, que el mandante encargó, ó fue su intencion encargar al mandatario, que por amistad, y de valde hiziesse el empleo, y el mandatario lo aceptó así, no puede llevar cosa alguna por su trabajo,

bajo, porque en tal caso es propriamente mandato. Y quando de las circunstancias concurrentes se colige, que ni el mandante pediria, que se hiziesse la administracion de valde, ni el mandatario lo aceptaria de esta manera, en tal caso puede llevar precio por su trabajo.

57. Ora se han de especificar mas en particular las circunstancias, que pudo aver para colegir lo vno, ó lo otro. Si huviera muy estrecha amistad entre Pedro, y Paulo, se debe entender, que fue verdadero mandato, y no puede llevar cosa alguna por la administracion: y lo mismo es si Pedro tuviesse grandes obligaciones a Paulo, ó si Paulo huviesse en otra ocasion administrado de valde hacienda de Pedro, ó le huviesse dado de alguna manera principios para emplear, ó tener caudal: si huviesse avido alguna cosa destas, es bastante principio para colegir, que celebraron verdadero contrato de mandato, y que Pedro no puede llevar cosa alguna por la administracion.

58. Pero no aviendo cosa destas, sino solamente vna amistad ordinaria entre Pedro, y Paulo, como solemos dezir camaradas, ó de vn rancho, se debe presumir, que el trato no fue puro, y rigoroso mandato, sino conduccion, y puede Pedro llevar el diez por ciento, que llevan los que administran haciendas agenas en esta tierra: esto se prueba con cinco razones. La primera, porque el uso comun desta tierra, es llevar precio por la administracion de la hacienda agena. Quando vn vezino de Mexico embia a estas Islas cantidad de plata, para que algun vezino de aqui se la emplee, lleva el que la emplea a diez por ciento; y al que la lleva por la mar, cuidando della hasta entregarla a Nueva-España, paga vn tanto: y el vezino de Manila, que embia sus mercaderias a algun vezino de Mexico, que se las venda allá, y le remita el dinero procedido, tambien paga. Pues se ha de entender, que Pedro, y Paulo quisieron proceder según el modo comun, y ordinario, y deste modo lo encargó el vno, y lo aceptó el otro, si no avia de por medio las obligaciones extraordinarias, que dize, que les obligassen a salir del modo ordinario. La segunda, porque entonces no tenia mucho caudal, ni le sobraba para hazer liberalidades, y esto lo sabia Paulo: luego se debe presumir, que ni Pedro tomaria esse trabajo de valde, ni Paulo se atreveria a querer encomendarlo, que lo hiziera de valde.

59. Para que se vea la eficacia destas dos razones se ha de ver la Glosa in l. Adversus. C. mandati. que dize: *Si autem non erat*

*alias facturus, aut tale factum consuevit locari tunc est locatio.* Y Glosa in §. In summam. de mandato. *Mercede constituta, et quis alius non erit pariturus mandatio.* Y mas abaxo: *Hac regula generalis est vera, nisi sit talis persona, que non consuevit locare operas suas, vel res suas, que non consuevit locari tunc etiam non locari agitur.* De la calidad, y uso de las personas, y negocios se ha de colegir, si puede Pedro llevar la paga viada por la administracion del empleo, si las personas de su calidad usan llevar essa paga, y si el negocio es de calidad, que se suele llevar paga por hazerle. En el caso presente es cosa certissima, que por el empleo de hacienda agena se llevan diez por ciento en esta tierra; de fuerte, que los negocios desta calidad, de ordinario se hazen con esta paga, aunque sea entre personas de calidad, y este es el uso, y costumbre, y especialmente no siendo entonces Pedro persona de mucho caudal: por lo qual assi de la calidad del negocio, como de la persona, y uso de la tierra se colige, que no fue el intento celebrar contrato liberal de mandato, sino que llevassé Pedro la cantidad, que se usa llevar en estos empleos de la administracion, assi en la compra de generos en Filipinas, como del cuidado dellos. La tercera razon, porque el Albaceazgo es verdadero mandato de su naturaleza, como se dixo en el punto primero, y consiguientemente se avia de hazer de valde, y ya comunmente se recibe con paga del trabajo, y lleva ordinariamente el Albacea tres por ciento de lo que entra en su poder en dineros, y de los demás generos, que han menester mas beneficio, y ocupacion, cinco por ciento, y esto se ha introducido aun entre muy amigos, por ser el Albaceazgo cargo penoso, y trabajoso, y por esta causa ya el uso, y costumbre ha pasado al Albaceazgo de mandato verdadero, que era a vna conduccion honrada, y mandato *secundum quid*: luego por la misma razon de ser los empleos de hacienda agena penosos, y trabajosos, no se hazen ya de ordinario por mandato rigoroso, sino que han pasado ya a vn genero de conduccion, y locacion. La quarta, que Pedro fue Albacea de Paulo, y llevaria sin escrupulo alguno los tres por ciento del dinero, y los cinco por ciento de los generos, y alhajas, porque así está en uso: luego por la misma razon puede llevar los diez por ciento por el empleo, y administracion, porque de la misma fuerte, que el empleo que le encargó es mandato, lo es el Albaceazgo; y de la misma fuerte, que el Albaceazgo pasa a ser conduccion, assi la encomienda del empleo: pero se ha de advertir,



que no puede sacar de la misma cantidad el tres por ciento por razon del empleo, sino que de la cantidad que se gastó en funeral, y obras pias, ha de sacar sus tres por ciento, ó cinco, si no estava en dinero, y de la cantidad que empleó solamente se ha de sacar los diez por ciento, porque desde antes que Paulo muriese estava dicha cantidad destinada para el empleo, y Pedro la recibió para emplearla, y assi no tuvo mas beneficio que este de recibirla, y guardarla hasta el tiempo del empleo, y entonces emplearla, y assi no puede recibir dos salarios por la misma cantidad, sino vno solo: por lo qual si sacó sus tres por ciento de la cantidad que empleó de Paulo, puede descontar ahora otros siete por ciento.

60. La quinta razon es, porque el tutor, y curador hazen officios de mandatarios, como consta de la Gloss. in l. Obligatio. ff. mandati. *Idem in procuratore, in tutore, & curatore, quia, & isti mandatum habent, vel à defuncto, vel à lege.* Y lo explica Molina, to. 2. de iust. disp. 548. lo qual no obstante, el tutor lleva salario, y las leyes del Reyno lo determinan. l. 2. tit. 7. lib. 3. fori, que hablando del tutor, dize assi: *Anteengalos* (a los pupillos) *de los frutos, y tome para sí el diezmo de los frutos por razon de su trabajo, y quando vinieren a edad, dexeles lo que es suyo.* Esta ley del fuero dize Gutierrez de tutel. 3. p. cap. 2. n. 17. que la vido guardar siempre en la practica en los Reynos de España. Y Espino, in Speculo testam. Gloss. 29. n. 72. dize, que oy se guarda esta ley en España, y para esto la cita Molina, to. 2. de iust. disp. 224. y otros muchos Doctores citados. Y Pedro Barboza, in l. Fructus. ff. soluto matrimo. y Molina, loco citat. dizen, que en Portugal conceden las leyes la vigésima parte de los frutos al tutor, lib. 1. ordinam. tit. 65. §. 56. y Gutierrez refiere muchos Autores, que dizen, que en Francia, è Italia llevan los tutores salario por razon de su officio. De la misma fuerte se ha de entender, que estos mandatos trabajosos, de que emplee otro su hacienda, ó de sus herederos, no se encargan como puro, y proprio mandato, para que se hagan pura, y amigablemente, sino con algun interès, ó paga, quando no intervienen otras obligaciones grandes de por medio, para que aya quien los acepte, por que rarissimo fuera el que quisiera ser Albacea, tutor, curador, ó Procurador, ó mandatario en negocios trabajosos, sino huviera de tener alguna recompensa, ó precio estimable. Por esta causa dispusieron las leyes, que quando vno dexa por heredero a alguna persona, con cargo, que la herencia la restituya por entero a otro, que e-

pueda el tal heredero gravado quedarle con la quarta parte, porque de otra fuerte raria el que admitiesse teme ante herencia, como consta de la instr. de fideicommissis hered. y. Sed quia, donde dize assi: *Sed quia heredes scripti cum aut totam hereditatem, aut pene totam plerumque restituere rogabantur adire hereditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguiebantur fideicommissa, senatus, censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, per inde liceret quartam partem retinere.* Por lo qual no aviendo otras graves obligaciones de por medio mas de vna amistad ordinaria, y venir de camaradas, se debe presumir, que no fue la intencion de hazer contrato de mandato proprio, y rigoroso, sino de que Pedro llevase lo que se fuele llevar en esta tierra por la administracion, y empleo de hacienda agena: y de la misma fuerte de que llevase lo que fuele llevar los que llevan hacienda agena de aqui a Nueva-España, y tambien lo que fuele llevar en Nueva-España los que allí venden mercaderias agenas, para remitir lo procedido a sus dueños.

61. Se ofrece aqui vna dificultad, y es, que supuesto que Pedro puede llevar paga por el trabajo, que tuvo en lo que le encargò Paulo, no fue verdadero, y proprio mandato, y consiguientemente no le incumbe la obligacion, que segun Derecho nace del mandato.

62. Responde se, que aunque no aya sido con toda propiedad mandato, sino impropriamente, incurre en la obligacion del mandatario, que es de cumplir lo que se le encargò, y de no cumplirlo, pagar los intereses, y lucro cessante, que avia de aver el mandante, si se huviera puesto en execucion su mandato, por dos razones. La primera, porque todo el fundamento de donde nace la obligacion en el mandatario, de cumplir exactamente el mandato, y si no pagar los intereses, y lucro cessante, es porque se obligò, y encargò de negocio ageno, y lo hizo como proprio al modo del fiador. En esto se funda toda la obligacion, pues todo esto ay en el que recibe estipendio, ó paga por hazer lo que se le encomienda, y assi, aunque quando el mandatario recibe paga por su trabajo se disminuye la razon de mandato, no se disminuye la razon de la obligacion del mandatario, antes se aumenta, porque mas obligacion tiene en ambos fueros a cumplir lo que se le encarga aquel que recibe paga por hazerlo, que aquel que lo haze liberalmente; y assi las leyes, que (como se dixo arriba) distinguen del que es mandato proprio,

## PUNTO IV.

*Si Pedro debe restituir alguna cosa a los herederos de Paulo por la demora de averles detenido muchos años la hacienda, que les debia aver remitido desde que se acabò de concluir el empleo, que se le avia encargado.*

63. **R**esponde se lo primero, que Pedro no debe restituir lo que huviere ganado con la hacienda, que debia a los herederos de Paulo, aunque la huviese empleado muchas vezes, y huviera tenido con ella grandes ganancias. Assi lo afirman comunmente los Doctores, generalmente de todos los que tienen dinero ageno, que lo ayant hurtado, ó lo tengan en deposito, ó mal adquirido, que si tratan con él (aunque lo pongan a riesgo) no están obligados a restituir lo que ganaron. Vase Silve. in Summ. verb. Rest. 3. n. 9. Sot. lib. 6. de iust. q. 1. art. 4. Medin. de rebus per vsuram, acq. q. 4. y lo que mas es, està expreso en S. Thom. 2. 2. q. 78. art. 3. y es del Derech. l. Quia aliena. C. si quis alteri, vel sibi. que dize assi: *Qui aliena pecunia comparat non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi tantum actionem empti, quam dominium querit.* Y mas abaxo a vno, que pedia a su primo, que le restituyese diuersas cosas, que avia comprado con su dinero, le responde, que pida, que le pague su dinero, que a esto tiene accion, y no que le de lo que con dinero ageno ha comprado. Y l. Si pecunia. del mismo titulo, dize de vna muger, que con el dinero de su marido ya difunto, que pertenecia a su hijo, avia comprado para sí vnas tierras, y resuelve, que la muger adquirió el dominio de las tierras, y el hijo no tiene accion para pedir las, aunque puede pedir, que le pague su dinero. Y l. Qui vos. ff. de furtis. donde se determina, que el ladron, que hurtó vn cauallito, y lo vendió, adquirió dominio del dinero, que le dieron en precio. Consta tambien esto de las leyes del Reyno, p. 5. tit. 5. l. 49. y la razon lo convence, porque el dinero de su naturaleza no es fructifero, por lo qual todas las ganancias que dá son por la industria del que lo manexa, y emplea: por lo qual Pedro por esta parte no debe restituir lo que con empleos huviese ganado con dicho dinero, porque por vna parte este dinero no ha dado fruto por sí de su naturaleza, sino por la industria de Pedro; y por otra parte Pedro no se ha obligado por pacto, ni contrato a emplearlo por cuenta de los herederos de Paulo.

64. Lo segundo se responde, que de todo

prio, y el que no lo es, sino que passá a conduccion, y alquiler, y dizen del modo que este puede pedir su paga, l. Aduersus. C. mandati. y l. Salarium. ff. mandati. y l. Qui naturam. §. Salarium. ff. mandati. siempre dizen, que el que recibe el mandato, queda obligado al lucro cessante, sin exceptuar al que recibe paga. La segunda razon es, porque el que recibe paga para cumplir el mandato, que se le encomienda, haze otro contrato con el mandante, que el Derecho llama conduccion, y alquiler, l. Obligatio. ff. mandati: *Interueniente enim pecunia res ad locationem, & conductionem potius respicit.* Y inst. de mandato. §. fin. in Summa. *Sciendum est mandatum nisi gratuitum sit in aliam formam negotij cadere, nam mercede constituta incipit locatio, & conductione esse.* Y mas abaxo: *Interueniente mercede locatio, & conductione intelligitur contrahi.* Y este contrato de su naturaleza induce obligacion en ambos fueros de cumplir aquello, que se le encomendò, y aceptó, y recibió paga por hazerlo, y si no lo cumple, debe pagar los intereses del lucro cessante, porque este contrato de locacion, y conduccion corre parejas con el contrato de compra, y venta, y se gobierna por las mismas leyes, como dize el Derecho, inst. de locacione. §. locatio. *Locatio, & conductione proxima est emptioni, & venditioni, iisdem iuris regulis consistit, nam, ut emptio, & venditio ita contrahitur, si merces constituta, sit, & competit locatori locati actio, conductioni vero conductioni.* Recibiendo Pedro tanto por ciento de su administracion, es como vn trato de compra, y venta, en que Paulo comprò la industria, cuydado, y trabajo, que Pedro avia de poner en el empleo: por lo qual Pedro no pudo en el fuero de la conciencia dexar de hazer el empleo en nombre de Paulo, y poner en él su cuydado, è industria, y a no hazerlo, quedò obligado al lucro, que avian de tener los herederos de Paulo del dicho empleo: y assi sea mandato proprio, ó improprio, de qualquiera fuerte quedò Pedro obligado a cumplir lo que se le encargò, ó a pagar los intereses, que del empleo avian de aver los herederos de Paulo, que son los mismos que Pedro sacò de las mercaderias, que comprò con el dinero de Paulo.



todo el tiempo que Pedro ha tenido culpablemente este dinero con mala fé, debe pagar a los herederos de Paulo aquellas ganancias, que ellos huvieran tenido en su tierra con dicho dinero: esta es doctrina comun de los Doctores, S. Thom. Soto, Molina en los lugares citados, y verb. Vñra. 6. q. 2. Couar. 3. var. cap. 3. n. 6. Bonac. to. 2. de rest. disp. 1. q. 3. punct. 2. n. 12. La razon desto es, porque el que detiene culpablemente el dinero ageno, sin restituirlo a su dueño, es causa con su injusta detencion de que el dueño pierda las ganancias, que avia de tener si le entregaran su dinero: por lo qual el que así le detiene su dinero, no cumple, ni satisface con restituírle el dinero, que le debía, sino tambien le debe restituír las ganancias, que avian de aver tenido con él.

65. Lo tercero se responde, que del tiempo, que Pedro ha dilatado la paga de dicho dinero, sin culpa suya con la buena fé, no debe pagar las ganancias, que huvieran tenido los herederos de Paulo. Así lo afirman los mismos Autores citados arriba, y la razon es clara, porque como dize Cayetano in Summa. verb. Restitutio. dos raizes ay, de donde nace la obligacion de restituír, que son *res accepta, è iniusta acceptio*, y todo el tiempo que Pedro huviere detenido la paga deste dinero sin culpa, y con buena fé, no ha tenido injusta accion, ni injusta detencion, porque no ha tenido culpa en la detencion de dicho dinero, y así no está obligado por razon de la injusta acepcion, ni está obligado por razon de cosa que aya recibido, porque las ganancias, que no han tenido los herederos de Paulo, no han ido a parar en poder de Pedro, ni tiene Pedro otra cosa, que sea de dichos herederos, sino solamente lo que resultó de aquel primer empleo a que Pedro quedó obligado, y esto debe restituír.

66. Resta averiguar, qué tiempo detuvo Pedro este dinero culpablemente, de suerte, que deba restituír el lucro cesante a los herederos de Paulo, y qué tiempo le detuvo sin culpa, para que deste tiempo no deba restituír el dicho lucro cesante?

67. Responde a esto, que todo el tiempo que pasó desde que Pedro concluyó el empleo, y lo hizo dineros, hasta que consultó el caso con el Religioso arriba dicho, estuvo con mala fé, y detuvo el dinero culpablemente, porque aviendo hecho tan grande ganancia con hacienda agena, que estava obligado por contrato a empiear por cuenta de otros, y a remitirles todo lo procedido, no es verisimil, que por lo menos dexasse de dudar, y tener remordimientos de

la conciencia, lo qual causa mala fé, hasta que se haze la diligencia debida, para saber lo que debe hazer: por esta detencion debe pagar las ganancias, que en aquel tiempo se cree, que huvieran tenido los herederos de Paulo. Por allá en España la tierra adentro no ay estos tratos gruesos de mercancia: lo que se haze creible es, que con dicha cantidad huviera redimido algun censo, si acaso lo tienen sobre sus casas, o haciendas, o lo huviera impuelto para gozar sus reditos, que esto es por allá lo ordinario a quien se le ofrece ocasión de tener cantidad de dinero, que luego tratan de imponer algú censo, para asegurar la cantidad, que al presente tienen en alguna renta perpetua: por lo qual si la cantidad que Pedro ganó con el caudal de Paulo llegó a dos mil pesos por cada año de demora, desde que los pudo embiar, ya concluido el empleo, hasta que por consejo del dicho Religioso embió los cinco por ciento, debe pagar cien pesos a los herederos de Paulo; desto debe descontar los cinco por ciento del capital de Paulo, de dos años que remitió a dichos herederos, que de mil y seiscientos pesos, que era el capital de Paulo, les embió ciento y diez pesos, lo qual no debía, porque en dichos años no hubo demora culpable, por donde debiesse cosa alguna, pues estava solamente obligado a emplearlos, y hazer diligencia, para que en Nueva-España se vendiesen, y remitir lo procedido a los herederos, y los dos años que los detuvo en estas Islas, por la arribada de la Nao, no fue culpa suya.

68. Después que por consejo del dicho Religioso remitió los cinco por ciento, juzgo, que tuvo buena fé, y no fue la detencion culpable. La razon desto es, porque quando alguna persona duda, o tiene escrupulo de algun trato, o de alguna cosa, que haze, o posee, tiene obligacion a hazer diligencia para saber la verdad, y si hecha la diligencia debida, no halla, que aya allí cosa, queda con buena fé, y no peca en tal obra. Así se colige del exemplo que trae S. Thom. 1. 2. q. 6. art. 8. *Cum aliquis diligentia adhibita nesciens aliquem transire per viam projicit sagittam, que interficit transeuntem, talis ignorantia causat in voluntarium simpliciter.* Toda la dificultad de este caso está en averiguar si Pedro hizo toda la diligencia, que debió hazer para saber si está obligado a mas: el comun sentir de los Doctores es, que quando alguno tiene duda de alguna cosa que ha de hazer, debe preguntar a personas doctas de la justificacion de aquel negocio, segun la calidad, y grauedad del negocio, porque no todas las cosas

piden

piden la misma diligencia, y cuidado: y como sería imprudente el que en vn negocio grauissimo se contentara con poca diligencia, y consultara a solo su Confessor, especialmente si no es hombre muy docto, así lo sería si en cosas de menos importancia hiziera exquisitas diligencias, con dispendio de mucho tiempo, porque a negocio ordinario basta la diligencia comun, y ordinaria, y la prudencia dicta, que la grauedad de la diligencia se ha de conmensurar con la grauedad de los negocios. Zumel. 1. 2. q. 76. art. 2. in dub. Appendice ad disp. 4. dize, que en qualquiera negocio cumple vn hombre rustico en consultar a su Parroco, porque la capacidad del rustico, y de la gente ignorante comunmente no alcanza, que ay mas diligencia que hazer, y plenian, que han hecho todo lo que deben, si han consultado al que está puesto legitimo por director de sus conciencias; pero que vn hombre Ciudadano, y capaz, que sabe, que entre los Sacerdotes ay vnos, que saben mas, y otros, que saben menos, y que no todos alcanzan todas las materias, tiene obligacion a consultar negocios graues, y de mucha dificultad a personas mas doctas: y añade, que si vn hombre destes capaces vá buscando entre los doctos quien le asegure la conciencia, que peca mortalmente, porque ya lleva torcida intencion de proseguir su trato, o negocio con adhesion demasiada, y no lleva la recta, y debida intencion de hallar la verdad, y obrar segun ella. Y esto mismo prueba Adriano, Quodlib. 2. q. 1. & Quodlibeto. 4. q. 1. art. 1. En el caso presente Pedro no se contentó con consultar al Parroco, ni a qualquiera Confessor, sino que consultó a vn Religioso, que tenia mucha opinion, y fama en materias morales, y resolucion de casos, y noticia del Derecho, con quien el Ilustrissimo señor D. Miguel de Poblete, Arçobispo que era destas Islas, consultaba muchos de los casos morales, que en el gobierno Eclesiastico se ofrecian. Pudo Pedro con segura conciencia, y bastante prudencia juzgar, que no tenia obligacion a hazer mas diligencia. Nauar. in Man. cap. 27. y Adrian. Quodlib. 4. q. 1. y Henric. Quodlib. 4. q. 33. y Zumel. 1. 2. q. 76. art. 2. disp. 5. y Silvest. verb. Dubium. n. 4. dize, que esto es comun de todos los Doctores, y añade: *Qui consuluit virum bonum, id est peritum, & conscientiam, etiam si deinde consilio eius erret, excusatur, quia laborat ignorantia inuincibili, qua excusat.* Dizen, que regularmente hablando, basta en vn negocio graue consultar a vn hombre docto, que comunmente sea reputado por docto, y acertado en sus pare-

ceres: todo esto tenia el Religioso. Contra esto se podia oponer, que Pedro, no obstante la resolucion del dicho Padre, ha andado con escrupulos, y temores, de lo qual se colige no estar la conciencia asegurada, y aver sido culpable la detencion del dinero ageno. Responde, que los escrupulos, dudas, y rezuelos, que quedan despues de aver hecho la debida diligencia por saber la obligacion que tiene, no quitan la buena fé, y se compadecen con la buena conciencia. Así lo dizen comunmente los Doctores del que duda si la cosa que está poseyendo es suya, que debe hazer la diligencia para salir de la duda: y si despues de hecha suficientemente queda en la misma duda, puede poseerla con segura conciencia, porque aquella duda ya no es practica, sino especulativa, como dizen Sanchez de matrimon. lib. 2. disp. 4. r. n. 4. vsque ad 12. Bonac. de rest. to. 2. disp. 1. q. 2. punct. 2. n. 4. el qual dize, que es comun. Para mayor claridad desto se advierte, que Pedro asintió firmemente a la resolucion del Padre, pues por ella pagó, y remitió a los herederos de Paulo a razon de cinco por ciento por cada año, que retuvo el capital de Paulo en su poder, aunque lo avia retenido sin culpa suya: aqui se echa de ver, que no iba buscando Pedro quien le asegurasse para no restituír cosa alguna, sino que buscaba quien le dixesse la verdad, aunque le obligasse a restituír. Halló a dicho Padre, y no avia oído a otro, que le obligasse mas; creyólo, y remitió a los herederos la cantidad que le dixo: es cosa muy verisimil, que quedó con muy buena fé por entonces, porque no es creible de persona alguna, que quisiesse exhibir el dinero, y pagar, quedandose con mala conciencia. De aqui consta, que quedó por entonces con buena fé, y es sentencia comun, que la buena fé ya adquirida, no se pierde por las dudas, y escrupulos, que sobrevienen, si ay razon, y autoridad de hombre docto para deponerlos. Llegate aqui mas en favor de Pedro, que despues que comunicó al dicho Padre, y remitió por su consejo dicha cantidad, ha consultado otras vezes este caso, por los temores de conciencia, que le han sobrevenido: de donde se colige claramente, que desde que lo comunicó con el dicho Padre, nunca ha sido su intento cerrar los ojos para no saber la obligacion de restituír, sino antes ha procurado adquirir luz para saber la verdad, para restituír mas, si mas debiesse: y quando otro se abroquelara con la autoridad de dicho Padre, para excusarle de hazer mayor diligencia, y no restituír mas; Pedro no lo hizo así, de donde tambien se colige la preparacion

ración de ánimo, que tenía para restituir mas, siempre que constase deber mas: por lo qual yo no le hallo en demora culpable, por lo qual no debe restituir el lucro cesante, que han tenido los herederos de Paulo, por no averles remitido luego todo lo procedido del empleo, que mandó Paulo, que se hiziese de su hacienda.

69. Podia ser contra Pedro, que al dicho Padre quizá no se le propuso este caso por escrito, con todas las circunstancias, que aora se propone, sino de palabra, en que facilmente se dexa de proponer alguna circunstancia, que varia mucho el caso, o no se percibe, o se olvida. Sucede vezes, que vna persona Secular, que no tiene noticias de casos morales, propone de palabra vn negocio fuyo a tres, o quatro Theologos, a cada vno de por si, y todos le responden con diuersidad, y luego averiguado en que está la diferencia, es, que al proponer el caso, se variaba alguna circunstancia. Tengo por cierto, que si al dicho Padre se le huviera propuesto el caso por escrito, como se propone aora, no se diferenciara en substancia deste parecer, y lo mismo le huvieran respondido otras personas, a quienes de passó lo ha consultado vezes, porque es caso arduo, y difícil, que pide mucho estudio su resolucion, y no es de materias muy verdadas en los Sumistas, y tiene apariencia de promessa simple, y de fideicomiso, y consiguientemente pide este caso verse de espacio, y pedirse la resolucion muy de assiento: no obstante juzgo, que Pedro ha tenido bastante titulo con la respuesta del dicho Padre, para deponer las dudas de su conciencia, y para aver poseído lo que ganó en el empleo con buena fé desde entonces; y consiguientemente no está obligado a restituir a los herederos de Paulo el lucro cesante, desde que se quietó su conciencia por el consejo de dicho Padre, pagando el cinco por ciento de cada año, que estuvo en su poder el capital.



## PUNTO V.

*En que se recopila en breue todo lo dicho; y se explica a que está obligado Pedro.*

70. **R**educiendo a breue epilogo lo que haia aqui se ha dicho, y probado, digo lo primero, que Pedro estuvo obligado a remitir a los herederos de Paulo todo el capital, que le dexó, con todas las ganancias, que procedieron del empleo. El capital era mil y cien pesos, despues de pagado el funeral, y mandas del testador: deste capital ha de baxar Pedro el diez por ciento, que se vá llevar en esta tierra por el trabajo (suponiendo, que no estuvo obligado a hazerlo de valde, segun lo dicho arriba) y porque de dichos mil y cien pesos avria ya sacado sus tres por ciento por el Albaceazgo, pudo sacar antes del empleo siete por ciento, y assi el empleo se ha de reducir a mil y veinte y tres pesos. Dize, que se ganó en el empleo a mas de ciento y cincuenta por ciento, y no especifica la pregunta, si esta ganancia se cuenta despues de sacadas las costas del tragino, y porte hasta Mexico, o Acapulco, y de la venta, y administracion en Nueva-España, que todo esto se ha de sacar del empleo, y ver lo que quedare. Ya se remitió el capital, debe pagarse todo lo procedido del empleo: quanto sería lo debe Pedro ajustar lo mejor que pudiere, y sacar (como está dicho) costas, y gastos, y lo que se lleva comunmente de la administracion; y de lo que quedare ha de baxar los setenta y siete pesos, que remitió de mas, quando remitió el capital, que le tocaban de su administracion desde antes que lo empleó. Hecho esto, ha de cargar contra si a razon de cinco por ciento cada año, de los años que se detuvo sin remitir a los herederos de Paulo esta cantidad, antes de consultar con el dicho Padre, porque fue dilacion culpable. De toda esta cantidad hecha vn monton, ha de sacar lo que remitió por el consejo de dicho Padre, y lo demás debe remitir, y con esto juzgo, que queda seguro en conciencia.

71. Despues de dado este parecer, se propusieron de nuevo al Autor algunas dudas acerca del, en la forma siguiente, a que en la misma forma fue dando satisfacion.

## PRIMERA DVDA.

72. **L**a primera duda se funda en vna circunstancia, de que quando Paulo hizo el testamento, y dexó por Albacea a Pedro

Pedro, no le trató de que empleasse, ni se habló de esto cosa alguna, porque el testamento se avia hecho en Mexico, estando ambos buenos, y sanos; y despues estando Pedro enfermo, quando venian nauegando a Filipinas, se trató de que empleasse la hacienda de Paulo, y empleada la remitiesse a sus herederos.

## SATISFACION.

73. **A** Cerca del caso, que resolvi el mes de Diciembre del año pasado, propone V. R. dos circunstancias, que despues se han ofrecido, y manda, que las vea por si varian notablemente el caso. Demás de estas circunstancias añade V. R. con erudicion, y afecto a no grauar el caudal de Pedro, algunas replicas, y vn caso que resolvió el P. Fr. Domingo Gonzalez, que parece tener alguna semejança con el presente. Responderé a todo.

74. Responde a la primera duda, y circunstancia, que no varia el caso, porque la obligacion de la restitucion, no se origina de los testamentos, que quanto a la herencia, que se dexaba, eran aparentes, y solamente conducian para que la justicia no impidiese al que quedaba viuo entrar en los bienes del otro, y le dexasse disponer dellos sin impedimento: y assi sean los testamentos como se fueren, o ayanse hecho mil años antes, como no pende, ni se origina dellos la obligacion del empleo, ni la varia qualquiera variacion de los testamentos, y aun quando pendiera dellos alguna cosa, no se variara por esta circunstancia, que es muy accidental del tiempo en que se hizieron los testamentos.

## SEGUNDA DVDA.

75. **L**a segunda duda: si anula, o debilita este contrato del mandato, el aver sido ocasion de hazerlo otro quidan, que dixo al enfermo: Y fuera bueno, que el señor Pedro empleasse la hacienda de v. md. y la embiasse empleada? y respondió Pedro: Si, por que no? A esto se llega, que estava presente aquel en cuyo fauor respondió Pedro lo sobredicho, y lo aceptó.

## SATISFACION.

76. **R**esponde, que esta circunstancia no varia el caso; porque el quidan, que dixo incidentemente aquellas palabras (o porque tuvo gana de hablar, o porque quiso mirar por el bien de la vna parte, y sus herederos) no fue la causa deste contrato, ni de la obligacion que del se siguió, sino meramente ocasion extrinseca: y como la ocasion no haze los contratos, ni della se originan, como de causa, o principio *per se*, por esto no

los varia. S. Thom. 2. 2. q. 43. art. 1. ad 3. dize: *Nihil potest esse homini sufficiens causa peccati, nisi propria voluntas.* Y de aqui infiere el Santo, que el escandalo *non dicitur dans causam ruinae, sed dans occasionem.* Y en el Derecho, cap. Solita. de maiorit. & obed. A vn Emperador, que avia entendido mal vn lugar de Escritura, y por él pretendia tener superioridad sobre todo el Clero, le escriue Innoc. III. que aquel lugar de Escritura, *non causam, sed occasionem praebeat.* El dicho de aquel quidan (digalo como quisiere) no haze al caso para el contrato, ni para su obligacion, sino la voluntad, y consentimiento del que respondió, que si, delante de la parte, que luego en su favor lo aceptó. En el Derecho, §. Consensu. inst. de obligat. ex consensu, dize assi: *Consensu sunt obligationes in emptionibus venditionibus, conditionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu; quia nec scriptura, neque praesentia opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio. Sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.* El consentimiento expresado ante la parte, y aceptado por ella, fue la causa, y origen desta obligacion, y no haze al caso, ni la varia el que aya dado vn quidan la ocasion con su pregunta.

## TERCERA DVDA.

77. **L**a tercera duda se propone assi: Por aver respondido: Si, por que no? a vn tercero, que le dió gana de hablar en abono de vna parte, parece rigor hazer tan pesado tiro de restitucion, interponiendose tantas dificultades, como leguas ay de aqui a España.

## SATISFACION.

78. **R**esponde, que en aquellas palabras sobra la mitad: para causar la obligacion bastava el Si: con solo vn Si en vn casamiento, queda vna pobre muger ligada a vn Leopardo para toda su vida, quando topa a vn marido cruel, y de poco temor de Dios; y lo mismo digo de aquel pobre mozo, que a V. R. consultó, que con vn Si quedó ligado a vna muger pobre, fea, y vieja. Vn Si, *emissum volat irrenocabile verbum*, y causa su efecto, y obligacion. §. Verbis. inst. de verb. obligat. *Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione, & responsione.* Pregunta vn tercero, respondió obligandose con vn Si, aceptó la parte, no se requiere mas para contraer la obligacion. *Verba ligant homines taurorum cornua funes.* A vn Toro con vn cintero lo llevarán hasta el cabo del mundo, porque con el cintero se vencen todas las dificultades para llevarlo muchas leguas. De la misma fuerte todas estas leguas, que ay de aqui a España, con otras tantas dificultades, se vencieron con aquellas



palabras: *Si, por que no?* porque le ligaron, y obligaron con vn contrato firme, y real. El Derecho expresamente determina, que para contraer la obligacion bastan aquellas palabras: *Por que no?* aunque no dixera el *Si*. *Stipulatio. ff. de verb. oblig. §. Si quis. dize allí: Si quis ita interroget dabis? Et responderit: Quid ni? Is vique in ea causa est, ut obligetur.* Y allí la Glosa explica aquellas palabras: *Quid ni? id est: Cur non?* Solamente por aver respondido: *Por que no?* aunque no huviera dicho otra cosa, quedaba obligado. Que las aya dicho a vn tercero, preguntado de vn tercero, no deshaze el contrato, hallandose la parte presente, y aceptandolo; porque aunque se responde al tercero, aquella respuesta se dirige a la parte, en cuyo fauor se obliga; y aunque la parte no estuviere presente, como constasse, que consentia en el contrato, bastava. *§. Consensu. inst. de oblig. ex consensu. Et substantiam capiat obligatio sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. Vnde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur veluti per epistolam, vel per nuntium.* Para este contrato, y su obligacion solamente se requiere, que consentan el mandante, y mandatario, y que de qualquiera manera se manifesten sus consentimientos por cartas, ó por terceros, ó por si mismos. En aquellas dos letras *Si*, manifestó claramente, que consentia en lo que le proponian, y son suficientes para causar la obligacion del contrato; y en las palabras siguientes: *Por que no?* corroborò el consentimiento, y lo confirmó, que fue dezir, que no avia razon, ni causa para no hazerlo assi.

#### QUARTA DVDA.

79. **A**quellas palabras: *Si, por que no?* si dixo quizá para afiançar mas a Pablo en seguridades, ó quizá con intencion de que si Pablo muriese (que era viejo) aprovecharse de su dinero; ó las dixo impenfidamente, sin la necesaria deliberacion, y advertencia, que parece ser necesaria en contratos. En fin aquellas palabras fueron dichas acaso, ó por cortesia, ó por estar distante la cosa.

#### SATISFACION.

80. **T**odo esto se reduce a tres puntos. El primero, si dixo aquellas palabras con deliberacion suficiente para el contrato: esto denota en dudar, si las dixo impenfidamente, y acaso. El segundo, si las dixo con fraude, con intencion contraria a lo que prometia: esto denota en dudar, si las dixo para afiançar en seguridades a la parte, ó para aprovecharse de su dinero. El tercero, si las dixo por mero cumplimiento, sin intencion

de hazer lo que se le pedia, ni de hazer lo contrario, sino por no contratarlo dixo, que si: esto denota quando dize, que dixo por cortesia, ó por estar distante la cosa.

81. A esta duda, y a las que della resultan se responde, que en todas estas dudas se ha de presumir, que dixo el *Si, por que no?* con intencion deliberada, y consentimiento pleno. *l. Labeo. ff. de supell. & leg. Quorsum nomina, nisi ut demonstrent voluntatem dicentis, & quidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiat.* Y mas abaxo: *Nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitauerit.* Constale, y se acuerda, que dixo *Si*, y duda de la deliberacion, ó de la intencion con que lo dixo: pues debe presumir, que deliberò lo que dixo, y que tuvo intencion deliberada de hazer lo que dixo, y de hazer el contrato, que las palabras significaban. Y *l. Non aliter. ff. de leg. 3. Non aliter à significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse.* Y cap. *Ad audientiam.* de decimis. y allí la Glosa: *A forma verborum sine certa scientia non est recedendum.* Y es comun de los Doctores, que qualquiera accion, ó contrato, que se haga, si no consta, que se hizo sin deliberacion, ó sin intencion, se debe creer, que se hizo con la intencion, y deliberacion necesaria para su valor. No dexaré de poner las palabras formales del Maestro Soto, lib. 8. de iust. q. 1. art. 4. ad 4. *Quacumque actio exterior secum natura sua affert agendi intentionem, & ideo nisi per formalem negationem mentis excludatur, semper intelligitur unã concurrere cõ actione.* Constandole a vn hombre el *Si*, que diò, no debe dudar de la deliberacion, ni de la verdad, y verdadera intencion con que lo dixo, sino que debe entender, que lo dixo *scienter, & prudenter*, con la advertencia, que todos los hombres de razon hazen sus negocios, y hablan, y con recta intencion, sin engaño, ni fraude; si no es que le constasse, y se acordasse, que no lleuò intencion, ó que la lleuò torcida, ó fraudulenta, que en tal caso a esto se ha de estar: y aunque esto fuera assi, no le fauorece cosa alguna, porque si huviesse lleuado intencion fraudulenta, y engañosa de no hazer lo que dezia; sino de aprovecharse de la hacienda del otro, assegurandolo mas con aquella palabra fingida; si huviesse fido assi, ay dos opiniones. La vna dize, que tiene obligacion a hazer el trato que prometió, bueno, y verdadero, como si realmente lo huviera hecho con intencion recta, y llana. La otra opinion dize, que no tiene esta obligacion, mas la tiene de conservar al otro indemne, restituyendole todos los aumentos, y creces, que huviera tenido, si se huviesse he-

cho

#### SATISFACION.

85. **R**espondese, que en todos los pactos, que hazen entresi los hombres, se ha de considerar la razon formal de ellos. La opinion, que dize, que no obliga de justicia la promessa simple, se funda en que no dize en su razon formal razon de contrato, ni debito al tercero a quien prometió, sino solamente vna obligacion de verificar lo que pronunciò: si no cumple lo prometido, falta a la verdad, y no a la justicia commutativa; y para que la promessa llegue a obligar de justicia, segun esta opinion, es menester que se vista de otro contrato, ó se le junte, v.g. promette a Paulo mil pesos, no estoy obligado de justicia a darlos; pero si demás de la promessa le digo, que se los doy, y que desde entonces me constituyo deudor fuyo de mil pesos, ya esta no es promessa simple, sino otro diuerso trato de donacion, que se le llegó a la promessa. De fuerte, que la promessa en esta opinion, por mas solemnidades, que le den, si la dexan en razon formal de mera promessa, nunca obliga de justicia: mas el mandato de su razon formal es contrato obligatorio, que induce obligacion de justicia entre ambas partes, como se probò largamente en la resolucion, que di el mes de Diciembre pasado; y assi aunque le quite toda solemnidad, si se dexan en la razon formal de mandato, siempre será obligatorio de justicia.

#### SEPTIMA DVDA.

86. **E**n vn libro del P. Fr. Domingo Gonzalez está este caso ad vnguem. *Si a vn hombre le embiaron de aqui a Isla Hermosa mil pesos para emplear, y el los emplease para si, y no para el dueño, y retardandose los vn año, ganasse para si otros mil: si se puede llevar esta ganancia, ó tiene obligacion de partir con el dueño? porque no parece, que ay título para llevarla: y tambien porque si se perdiera el dinero sin culpa de la persona a quien se embió, para su dueño se perdera; luego tambien si gana, gana para su dueño? y el dueño no es aquel, que aunque pasa el dominio quando se presta, pero allí no se lo presta, sino fian del, que lo emplee. Y para mayor fuerza supongase, que no lo emplee por si, sino que le da a otro de las mismas ganancias alguna cosa porque lo emplee, y que sin trabajo, ni cuidado suyo alguna se los traen despues con otros ocho cientos, ó mil de ganancias. Pidesse que se expliquen todas las trampas, que acerca desto puede aver.*

87. **R**espondese, si el que está en Isla Hermosa lo prometió de emplear, peca contra la fidelidad, si no los emplea para el que se los embió;

Qq 2

pera

cho el contrato, y lo mismo es, si por cortesia, ó por otra qualquiera causa huviera dicho, que *Si*; sin intencion de cumplirlo, porque tambien era engaño, que huviera dicho el *Si* con total deliberacion. No es creible, porque las cosas, que se dizen sin deliberacion, no quedan en la memoria para acordarse despues de tanto tiempo.

#### QUINTA DVDA.

82. **A** Pedro se le olvidò este trato, segun el olvido natural, sin duda le escusò de culpa, y parece que tambien de la restitucion.

#### SATISFACION.

83. **R**espondese, que es verdad, que el olvido natural le escusò de culpa todo el tiempo, que durò el olvido, è inadvvertencia; como si tambien se huviera olvidado, que la herencia que se dexaba era en confianza para que la remitiesse a sus hijos, y se quedara con todo: no pecaria, si el olvido fuesse tan grande, que no le dexasse duda, ni escrupulo, ni resquicio para empezar a dudar; pero quando se acordò, que aquella hacienda era agena, y que se le entregò con obligacion de emplearla por cuenta de otros, y se hallò con el empleo ya hecho, y la garantia ya fixada, debe darla toda a aquellos cuya era aquella hacienda, y cuyo debía ser aquel empleo, y lo precedido del, como dize expresamente el Derecho, hablando de las ganancias, que sacò el mandatario de los bienes del mandante. *l. Idem. que. ff. mandati: Si pecuniam meam seniori dedit, usuras consequutus est, consequenter dicimus debere eum prestare quantumcumque emolumentum sensit, quia bona fidei hoc congruit, ne de alieno lucro sentiat.* Esto que se le obliga a restituir, no es pena de culpa, y assi no ay que admirar, que escusandole el olvido de culpa, no le escuse de la restitucion: no es castigo, ni pena, por que no se le obliga a pagar de lo que es suyo, sino que aquella hacienda agena, y aquel empleo, que debía ser ageno, y todo lo precedido del, lo restituya a sus dueños. *Reddite que sunt Cesaris. Cesaris.*

#### SEXTA DVDA.

84. **S**i como ay promessa simple, que obliga de fidelidad, segun opinion probable, y promessa solemne, que obliga de justicia, assi en los mandatos.

pero por esta parte no tiene obligacion de justicia, y assi no está obligado a restitucion: pero si el concierto era dándole (como suelen) cinco por ciento, ya el contrato es de justicia, y obliga a restitucion: y en todo caso tuvo obligacion a si no los queria emplear por el dueño, bolverse los luego, y deteniendolos, está obligado a restituir el lucro cessante, que es lo que el otro ganara si se los embiara, pero no lo que él ganó; porque como el dinero sea de suyo infructifero, toda aquella ganancia corresponde a su industria, y assi es suya: y lo mismo es quando lo dió a otro para que tratasse, que la industria de darlo a este es la causa desta ganancia, y assi es suya. Lo mismo parece que ha de ser en nuestro caso.

## SATISFACION.

88. **R** Esta aora determinar la pariedad del caso, que se consultó al R. P. Fr. Domingo Gonzalez, cuya doctrina venero, como es justo, y digo, que es diferente caso; porque no dize, que huviesse procedido pacto entre los dos, quando embió el dinero, sino que solamente se lo embió para que lo empleasse, y el que estava en Isla Hermosa no admitió la encomienda, sino aprouechóse del. Ay mas otra diferencia, que el vezino de Manila pedía al de Isla Hermosa, que le empleasse aquellos mil pesos en los generos, que avia en Isla Hermosa, y le embiasse el empleo a Manila, y el de Isla Hermosa no hizo el empleo, que le pedian, sino que allá en Isla Hermosa compró, y vendió, y se aprouechó aquel año. En el caso de aora precedió contrato, en que vno entregaba todo su dinero, obligandolo a las costas del trato, y el otro lo recibió, ya obligado al trato. Demás desto el empleo, que el mandante dispuso, de que se empleasse en los generos, que huviesse en Manila, y se llevassen a vender a Nueva-España, se hizo, aunque el mandatario tuvo intencion de hazerlo para si. En el caso de Isla Hermosa es cierto, que no aviendo precedido pacto alguno, pudo el de Isla Hermosa no querer admitir el mandato; pero si admitió el dinero, que se le remitía con esse fin, confintió en el mandato, y tuvo obligacion de justicia de embiar la ropa empleada aquel año quando se lo encomendaban. No lo hizo assi, sino que allá detuvo el dinero del otro, aprouechandose del en otros tratos allá en Isla Hermosa: no debe pagar lo que en aquellos tratos que hizo ganó, que esos fueron frutos de su industria, que el dinero no es fructifero; pero debe pagar todo aquello, que huviera ganado el vezino de Manila, si le huviera remitido sus mil pesos empleados,

porque a esso quedó obligado el de Isla Hermosa, quando aceptó el dinero. Esta resolucion no discrepa de la del P. Fr. Domingo Gonzalez, que dize, que por la detencion del dinero debe restituir el lucro cessante, que el otro avia de tener. Este lucro cessante es el que el de Manila avia de tener en el empleo, que el de Isla Hermosa se obligó a embiarle quando recibió el dinero, y esto es lo mismo que queda dicho en el caso de Pedro.

89. En lo que parece que ay diferencia de mi resolucion a la del P. Fr. Domingo Gonzalez, es, que dize al principio, que si prometió el de Isla Hermosa de emplear los mil pesos, y los buelve a embiar luego sin detenerlos allá, sin emplearlos, peca contra la fidelidad, y no está obligado a restituir. Respondo a esto, que el P. Fr. Domingo Gonzalez no habla aqui de aquel, que antes de embiarle los mil pesos tenia prometido de emplearlos para el que los embiaba, y debaxo de essa promessa se los embiaron; que en tal caso haze agrauio claro en remitirlos sin emplear, pues se arriesgaron a la ida a Isla Hermosa, y a la buelta a Manila sin fruto, ni prouecho, y dexaba el de Manila de hazer el empleo por otra parte: y demás de esto era ya contrato de mandato, en virtud del qual el de Manila arriesgó su dinero, y lo obligó a las costas del empleo, que avia prometido de hazer el de Isla Hermosa; y assi en este caso es forzoso, que aya obligacion de justicia. Habla el P. Fr. Domingo Gonzalez en caso, que no precedió palabra, ni promessa, sino que el de Manila remitió los mil pesos a Isla Hermosa, para que se diesse a Pedro, el qual encomendaba, que se los embiasse empleados. Pedro dixo al portador, que si; y después en breue tiempo, antes que se passasse la ocasion de que se pudiesse valer de otro, bolverió el dinero, diciendo, que no queria encargarse de aquello: en tal caso es cierto, que no peca contra justicia, porque aunque ya avia aceptado el mandato, lo renunció *re integra*, dexandole al dueño su dinero en el estado que se lo dieron, sin que se huviesse perdido tiempo, ni ocasion de encomendar el trato a otro; ni de hazer el empleo por medio de otra persona. Y lo mismo digo del caso de nuestro Pedro, que si viviendo todavia el dueño de aquel dinero, huviesse renunciado el mandato, ó se huviera escusado de emplear, de fuerte, que el dueño tuviesse lugar de encomendarlo a otro, si quisiesse (lo qual llama el Derecho renunciarlo *re integra*) huviera quedado libre desta obligacion. Esto consta expressamente del Derecho, §. Mandatum.

datum in st. de mandato. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est. Susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur, nam nisi ita renuntietur, ut integra causa mandatori referretur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet.* Lo mismo se determina l. Si quis. ff. mandati. y l. Si mandauero. §. Sicut. ff. mandati. y en otros muchos lugares; y assi no viene a ser contraria la determinacion del P. Fr. Domingo Gonzalez, mas breve si, y compendiofa, y assi no se detuvo en hazer estas distinciones.

## CONSULTA VII.

*Sobre si el mandatario, ó confidente, a quien entregaron cantidad de hacienda para que la llevasse en registro a beneficiar a Nueva-España, este obligado a restituir dicha hacienda en caso, que la embargasse el Rey, por averla llevado fuera de registro.*

## PROTESTA.

**E**L año de sesenta y ocho, Juan difunto entregó con instrumento publico a Pedro difunto, ya que iba embarcado en la Nao Capitana San Joseph para la Nueva-España, nouenta y nueue onças de almizcle bueno, en ciento y diez y siete buches, para que se lo beneficiasse, y vendiesse al mejor, y mas subido precio, y le remitiesse en dinero lo procedido, pagados los costos, y Alcaualas en registro, &c. como consta de la escritura que otorgó: y dicho Pedro en el camino, sacando dicho almizcle de la caja de registro donde iba, lo metió en vna caja extraiada de Francisco por su proprio motiuo, la qual caja se dió por extraiada, y perdida con dicho almizcle, no aviendo padecido dimento la hacienda, que dicho Pedro lleuaba suya. Y se advierta, que dicho Francisco pagó a los acreedores todo lo que en dicha caja lleuaba contra la voluntad de sus dueños. Vendióse en almoneda dicho almizcle por el Rey, y montó mil y quinientos pesos, como testifica Francisco, que se halló presente.

Dicho Pedro visto en Acapulco, que todos le condenaban, que lo debía pagar por averse perdido por su culpa, escriuió a Antonio, como consta de su carta, que lo consultasse con personas doctas, y condenandole, que lo pagasse de los bienes suyos, que en su poder tenia. Consultólo, como dixo dicho Francisco, y le condenaron, que lo pagasse, como consta. Viendo mal parado el nego-

cio dicho Antonio, como hombre sagaz, y poderoso, y cauiloso, le dió docientos pesos a cuenta de dicho almizcle a Juan, por hallarse con necesidad, y de partida para Cebù, pidiendole, que le otorgasse escritura, que si se defembargasse dicho almizcle bolveriesse los docientos pesos, y si no se defembargaba, que se contentasse con solos docientos pesos.

Preguntase, si *in utroque foro conscientia, & contencioso*, se deba pagar toda la cantidad del almizcle *deductis expensis*, aunque pocas, ó ningunas hizo ya pagados al dicho Antonio, ó herederos los docientos pesos?

## PARECER C. VII.

90. **R** Espondese, que Pedro por averse perdido el almizcle por culpa suya, quedó obligado a pagar, y satisfacer de sus bienes toda la cantidad, que valia en Acapulco aquel año el almizcle, sacando de ai solamente lo que avian de montar los derechos Reales, y Alcaualas, y beneficios del que lo lleuaba a su cargo, y traida de la plata. La razon desto es, porque el dicho Pedro fue causa deste daño con la accion de poner el almizcle en caja, que iba fuera de registro, contra la voluntad de su dueño, expresada quando entregó dicho almizcle, y Pedro se obligó a llevarlo en registro, y a pagar por cuenta de su dueño derechos Reales, y Alcaualas, y el por su voluntad lo puso en el riesgo, y peligro, en que de hecho se perdió; por que consta por razon natural, que el que fue causa del daño lo debe satisfacer por entero, y lo dize el Derecho, cap. Si culpa de iniurijs, & damno dato. *Si culpa tua datum est damnum, vel iniuria irrogata: aut hac imperitia tua seu negligentia euenerunt, iure super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse contingere, vel iacturam.* Demás desto, el que lleva hacienda agena a su cargo, está obligado a qualquiera daño, que por su causa se cause. ff. mandati. l. 9. *Cum per procuratorem causam tuam lesam esse dicas mandati actio adversus eum tibi competit.* Y alli summa Baldo: *Procurator, qui domino lesit in causa, etiam in minimo articulo, tenetur domino.* Y l. Diligenter. ff. mandati. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud quid facere videtur, & si susceptum non impleuerit, tenetur.* Por lo qual en este punto no ay dificultad, ni duda, porque es cierto, que Pedro tenia obligacion en ambos fueros a satisfacer toda la cantidad de dinero, que del almizcle se avia de hazer en Acapulco, si no se huviera dado por perdido, porque con su hecho fue causa

causa de que el dueño perdiere toda esta cantidad, haciendo solamente de ai lo que se avia de pagar del Alcauala, y derechos Reales, porque esta cantidad se mandaba pagar al dueño, para asegurar con esto toda la demás cantidad, y librarla del riesgo en que cayó, y se perdió por no averle cumplido la voluntad del dueño. Se ha de sacar de ai tambien lo que se debia pagar a Pedro por el beneficio, como si lo huviera beneficiado, y vendido, y lo que avia de costar el embarcar, y traer la plata, porque Pedro no estava obligado a mas, que a conservar indemne a Juan entregandole aquella cantidad, que avia recibido, si no se huviera dado por perdido el almizcle. Y es cierto, que si no se huviera perdido el almizcle, debia recibir toda la cantidad, que en Acapulco, valiò aquel año el almizcle, menos todo lo que queda dicho de Alcauala, derechos, beneficios, y traída de la plata. Resta aora que averiguar, si por el pacto, y escritura, que hizieron Antonio, y Juan se variò la dicha obligacion de Pedro, y el derecho de Juan.

91. A esto se responde, que Juan por dicha escritura perdió de su derecho, y no se le debe por entero toda la dicha cantidad, que se le debiera pagar, si no huviera otorgado dicha escritura, por tres razones. La primera, porque Antonio con el poder general, que tenia de Pedro para obrar, y disponer en todos sus negocios, pudo con dicho pacto, y escritura mejorar la fuerte, y causa de Pedro, aunque no podia deteriorarla, como consta del Derecho. l. Ignorantis ff. de Procuratorib. Ignorantis domini conditio deteriorari per procuratorem fieri non debet. y l. seq. Quacunque ratione procurator tuus a me liberatus est, id tibi pro de se debet. Y alli la Glosa. Quando generalis habet administrationem licet deteriorem non potest facere conditionem domini, tamen deteriorem sic. Y Bast. fundando estas dos leyes dice afir. Procurator non potest facere conditionem domini deteriorem, sed meliorem sic. Y l. Diligenter ff. mandati. Melior causa mandantis fieri potest. Y alli se traen muchos exemplos en que se vé, que si el mandatario mejora con pactos, o escrituras, o de otra qualquiera fuerte la condicion del mandante, vale lo que dispone, aunque aya obrado fuera del orden del mandante, pero si le daña, y le haze de peor condicion, no tiene valor. Y de parte de Juan es cierto, que pudo deteriorar su condicion, porque cada vno puede disponer, y arbitrar a su gusto de lo que es suyo. l. In re C. mandati. Nam si quis quæ sit reus est moderatus. C. arbitri. Y afir. aviendo en dicha escritura, y pacto Antonio

como personero de Pedro, mejorado la condicion del que le avia dado sus poderes, y aviendo Juan empeorado la suya propia, no carece por esta parte de valor la dicha escritura, y pacto, pues ni al vno, ni al otro le faltò segun derecho poder para lo que hizo.

92. La segunda razon es, porque la dicha escritura, y pacto se hizo entre personas legitimas, como lo eran Juan para disponer, y pactar acerca de su hacienda, y Antonio con poder general, que tenia de Pedro para todas sus causas, pleytos, negocios, cobranças, y conciertos, como consta del traslado, que se me ha mostrado de la escritura de dicho concierto, en que afirma el Escriuano, que Antonio, ystando de dicho poder, aceptò dicha escritura, y pacto a favor de su parte, donde claramente consta, que en hazer dicho pacto, y escritura, no salió, ni excedió el poderatario del poder general autentico, que tenia de Pedro, al qual se ha de estar, y no a cartas misivas, que no hazen entera fé, ni bastante para mudar, ni alterar el poder juridico. Demás desto no consta, que excediese, ni saliese el dicho Antonio de las ordenes, que en cartas priuadas le daba Pedro, porque en la carta de Pedro, que remitió a Juan desde Nueva-España, presentada en los autos, solamente dize acerca deste punto las palabras siguientes: Si fuerit iusticia, que yo le pague, vea vna carta de Antonio, que le avisò, que se le en conciencia habla, que debo pagar, lo pague de lo que tuviere, no, haciendo sus costos, que son muchos. En estas palabras no le manda absolutamente, que pague, ni que consulte hombres doctos, sino lo dexa a la conciencia del dicho Antonio, para que lo ayuste, o pagando toda la cantidad, o parte, o nada, segun hallare en su conciencia: al qual le pareció licito hazer dicho pacto a favor de su parte, confirmandolo Juan, porque scienti, et consentienti non fit iniuria, neque dolus. de reg. iur. in 6. reg. 27. Y se debè creer, que el orden, que Pedro embió por carta a Antonio, es el que avisa el mismo Pedro a Juan, porque el mismo Pedro vido, escriuió, y firmò ambas cartas, y en ambas dispone del mismo negocio proprio suyo, acerca del qual no es creible que variase, dando vn orden a su poderatario, y avisando otra cosa a Juan. Y aunque Francisco (a quien se embargò la caja en que iba dicho almizcle) dize en una carta, que está presentada en los autos, que Pedro escriuió a Antonio, que comunicase el caso con personas doctas, y que si estas dize, que debe pagar toda la cantidad, lo pague, no tiene este dicho firmo, porque en la misma carta dize el mismo Francisco, que le parece, que lo mismo escriuió Pedro a Juan, y que el traxo

ambas cartas: pues consta, que en la carta, que traxo para Juan solamente le dize, que hallando en su conciencia, que lo debe pagar, lo pague. Pues esto mismo, como le parece al mismo Francisco, se ha de presumir, que escriuió, y ordenò a Antonio; y no es mucho, que Francisco se engañase en algunas palabras, que no leyò, ni viò escritas, sino oyò de passò, que se avian de escriuir, o se escriuian, y que quando se le preguntaron, avia ya muchos años, que lo avia oido, y en negocio ageno, en que vn hombre embarazado en negocios propios, no repara en todos los apices. Lo demás que añade Francisco, de que oyò dezir a Antonio, que avia comunicado a personas doctas, y le avian dicho, que debia pagar toda la cantidad, de la misma fuerte no tiene firmeza por las mismas razones, y porque el mismo Francisco lo dize dudando con aquellas palabras: A lo que me quiero acordar. Ni de la otra carta de otro vezino desta Ciudad, que quedò por Albacea de dicho Pedro, se colige cosa en contra, por que esta no haze mas de referir lo que le escriuió Juan de que Pedro escriuió a Antonio que le pagasse: y aqui se echa de ver con claridad, que no se puede estar con fixeza a los terminos con que vnos hombres refieren las cartas, y palabras de otros, porque cada vno las refiere, y traslada a su modo. El dicho vezino refiere, que le escriuió Juan, que Pedro escriuió a Antonio, que le pagasse el almizcle, y esto lo escriue al mismo Juan; y consta que la carta de Pedro a Juan no dize, que le ordena absolutamente, que le pague, sino que lo dexa a lo que hallare en su conciencia. Por todo lo qual juzgo, que Antonio en el pacto, y escritura, que hizo con Juan, no excedió, ni salió en cosa alguna del poder general, ni del orden particular por cartas, que tenia de Pedro.

93. Tercera razon: No es cosa fuera de razon, que a las personas, que llevan a su cargo hacienda agena, y padecen alguna pérdida grande, aunque sea con alguna culpa, y descuydo suyo, por el qual debiera pagar por entero, se les haga alguna equidad, especialmente quando no hubo dolo, y fraude manifesto, de quererle quedar con la hacienda agena, o perderla de proposito: y assi vemos, que haciendas que se dán por perdidas, y se aplican al Fisco por extraviadas, las suelen sacar los mismos dueños por precios muy moderados, sabiendolo los mismos Juezes; y aun siendo avisados, llevan mal el aviso, y tienen por malevolos a los que desto dán parte, teniendo por bien, que el que perdió su ha-

zienda la saque con alguna equidad, y relarga assi algo del daño recibido. Y en la ocasion, que se dió por perdido el almizcle de Juan, se perdieron otras mayores cantidades, que de diferentes personas lleuaba a su cargo Francisco, y todos se convinieron en que solamente les pagasse lo que les avian costado en Manila los generos, que se perdieron, sin recibir cosa alguna por las ganancias, que huvieran tenido en Nueva-España dichos generos, si no se huvieran embargado, y dado por perdidos: excepto el Sargento mayor N. que demás de lo que los generos que remitió le avian costado en Manila, lleuò alguna cosa mas por las ganancias, no todo lo que se huviera ganado, si por su cuenta se huviera vendido en Nueva-España, sino mucho menos, remitiendo todo lo demás por razon de equidad; porque es cosa muy conforme a razon, que las partes interesadas (cuyas haciendas se perdieron por descuydo, o negligencia del que las lleuaba, o por alguna culpa, o codicia, que pensò por aquel camino escusar gastos) no quieran llevar las ganancias, como si todo huviera sucedido bien, a costa del que perdió tantas cantidades, sino que se contenten, o con no perder cosa alguna de su capital (que no es conforme a equidad, que lo pierdan por descuydo, o culpa agena) o con alguna cosa moderada de ganancia, y para esto se halla fundamento en ambos Derechos: cap. Licet. de rerum permut. in 6. se refiere, que el Papa hizo gracia a vn Clerigo de la primera Prebenda, que vacasse en la Iglesia Pictavienfe. Estando dicho Clerigo esperando con instrumentos suficientes de dicha gracia, a que vacasse alguna Prebenda, dos Prebendados de aquella Iglesia resignaron sus Prebendas en manos del Obispo, para permutarlas conforme a derecho. En esto acudió el que tenia hecha la gracia de su Santidad, diciendo, que se le debia dar vna de aquellas Prebendas. Alegaban los Prebendados, que no avian vacado absolutamente dichas Prebendas, sino solamente por causa de la permuta. Consultò el Obispo a la Sede Apostolica, y resolviò, que en rigor dichas Prebendas avian vacado, y vna dellas se debia al que tenia las Letras del Papa para la primera vacante; pero que la equidad se debe preferir al rigor: Equitatem præferentes rigori; y alli dize la Glosa: Nota quod equitas est præferenda rigori. Aunque atento el rigor de el Derecho aquellas dos Prebendas estauan ya vacantes, y vna dellas se debia al que tiene ya hecha merced de la primera vacante, juzgò el Papa, que era conforme a equidad, y razon, que esperasse todavia el que tenia hecha



hecha la gracia, y no gozasse della con tanto detrimento de los que avian resignado. Lo mismo digo en el caso presente, que en rigor debía pagar Pedro el almizcle, y todas las ganancias, que avia de tener Juan, si se huviera vendido en Acapulco por su cuenta; pero es conforme a equidad, y a razon qualquiera pacto de que no lleue Juan tantas ganancias del almizcle perdido, con tanta pérdida del que lo lleuaba a beneficiar. l. Placuit. C. de iudicijs. *Placuit in omnibus rebus precipuam esse iustitiam, equitatis que scripta quam stricti iuris rationem;* y alli la Glosa: *Vbi equitas ex vna parte, ius strictum ex alia est, & contradicunt, equitas preferenda est;* y mas abaxo dize: *In omnibus rebus tam civilibus, quam criminalibus, & tam publicis, quam privatis.* Antes que se hiziesse la dicha escritura, y pacto entre Antonio, y Juan, por derecho stricto, y rigoroso estaua obligada la hacienda de Pedro a pagar a Juan toda la cantidad, que valia el almizcle en Acapulco, sacando de alli solamente los costos, que avia de tener en derechos Reales, y beneficio, en la forma que se dixo al principio desta resolución, y a este derecho rigoroso no se oponia la equidad; porque aunque siempre seria conforme a razon, que al que tuvo tan grande pérdida se le hiziesse alguna equidad; pero como Juan no se avia obligado a hazer equidad alguna, tenia derecho sin contradiccion alguna a cobrar todo el valor de su almizcle; pero hecho ya el pacto de equidad, y obligado Juan con escritura a guardarlo, esta ya la equidad (a que se obligo Juan) opuesta al derecho stricto, y rigoroso que tenia: y estando opuestas entresi el derecho rigoroso, y la equidad, ha de prevalecer la equidad, como dize expresamente el Derecho citado con sus Glosas.

94. No obstante que fue cosa muy conforme a razon, y equidad, que a Pedro se le hiziesse rebaxa, para que aviendo padecido tanta pérdida de todo, no pagasse por entero a Juan todo el capital, y ganancias; que pudiera aver tenido: tengo por demasiada la rebaxa tan grande, que se le hizo, y exorbitante, y juzgo, que se debe moderar por quatro razones. La primera, porque en rigor de derecho debía Pedro pagar todo el capital, y ganancias, como se dixo al principio, y balante equidad se le haze en remitirle todas las ganancias, que avia de tener el dueño del almizcle, conservandole indemne en su capital, como hizieron con Francisco los dueños de la hacienda, que lleuó a su cargo; porque esto en rigor, y hablando con propiedad, no es perder hacienda, que ya tuviesse adquirida; sino no ganar, y es tolerable, y conforme a

equidad, no querer ganancias en la pérdida agena, aunque se le deban: y aun no era poca equidad, si le obligassen a pagar demas del capital alguna cosa moderada de las ganancias, perdonandole la mayor parte de ellas, como hizo el Sargento mayor N. con el dicho Francisco; pero que el dueño de la hacienda no solo pierda las ganancias, sino tambien gran parte de su capital, sin aver tenido culpa alguna en la pérdida, pues se perdió por culpa del que lleuaba la hacienda a su cargo, que obró contra la orden del dueño, es intolerable, y fuera de toda razon, que por culpa, o descuido ageno pierda su capital. Ni puede ser dictamen razonable, ni pacto conforme a razon, que el culpado en la pérdida no conserve indemne (por lo menos en su capital) al que no tuvo culpa en ella, como consta del Derecho, cap. Si culpa. de iniurijs, & damno dato.

95. Segunda razon: quando en algun pacto, o contrato se halla, que la vna parte recibe notable nocumento, o lesion, se debe moderar el contrato, para que quede con igualdad, y equidad. Assi consta del Derecho Canonico, cap. Cum causa. de emptione. donde se refiere, que el Monasterio de S. Martin del Monte avia vendido a la Ciudad de Viterbo vna possession, y se halló despues de hecha la venta, que el precio en que se concertaron no llegaua a la mitad del justo precio del valor de la possession, y se determina, que por constar de la grande lesion, que padeció el Monasterio en dicho precio, se le restituya lo que falta al justo precio, o se rescinda el contrato de la venta. *Cum constitisset nobis Monasterium in venditione ultra dimidium iusti pretij fuisse deceptum, sententiando decreuimus, ut prefati ciues aut recepto pretio possessiones restituerent, aut supplerent quantum constaret legitima venditionis tempore iusto pretio de fuisse.* Y lo mismo se determina en el Derecho Ciuil, l. Rem. C. de rescind. vendit. *Rem maioris pretij si tu, vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pratum restituente emptoribus fundum venundatum recipias, vel si emptor elegerit, quod de est iusto pretio, recipias, minus autem pratum esse videtur si nec dimidia pars veri pretij soluta sit.* Y l. Si voluntate. del mismo tit. dize lo mismo; y l. Vnde si. ff. pro socio. se determina, que si las partes de comun consentimiento eligen vn Juez arbitro, y en lo que arbitrar se halla que la vna parte recibe notable lesion, se debe moderar, y enmendar su arbitrio. *Si Nerua arbitrium ita prauum est, ve manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.* Y l. Si libertus. ff. de operis libertor. dize,

dize, que si el liberto hizo pacto con el Patron, y juró de guardarlo, de que acudiria a servirle en todo lo que el Patron juzgasse; si el Patron le pide demasiado trabajo, no está obligado, porque se ha de entender, que se quiso obligar a cosa moderada, y conforme a razon: *Non quia vel immodice obligari velint.* Y en las leyes del Reyno se halla esta misma doctrina determinada con mas generalidad, lib. 5. Nouae Recop. tit. 1. l. 1. Determinase alli, que si el vendedor halla, que el precio que le dieron es mas de la mitad menor, que el valor de la cosa; o el comprador halla, que le lleuaron mas de la mitad mas de lo que valia, se ha de enterar el precio, o deshazer la venta: y esto mismo dize, que se ha de guardar en las rentas, y cambios, y en todos los demás contratos. En este pacto, y escritura, que hizieron Antonio, y Juan, se halla defraudado Juan en muy notable cantidad, en mas de la mitad de lo que se le debía: por lo qual segun ambos Derechos, y con mas especialidad segun las leyes del Reyno, se debe moderar dicho pacto, para que quede razonable, y no quede la parte, que no tuvo culpa en la pérdida, con tan graue nocumento.

96. Tercera razon: el que prodigamente prometió alguna cosa, no queda obligado a cumplir la promesa en aquello, que excede a la justa razon, y dize prodigalidad, aunque aya jurado la promesa, porque es viciosa, y pecaminosa, y el juramento no puede ser vinculo de maldad, ni obligar a cosa, que sea pecado. Assi lo afirman Soto, lib. 4. de iust. q. 7. art. 1. Bañez 2. 2. q. 62. art. 5. dub. 5. Salon ibid. controu. 4. Ledesma 2. p. 4. q. 18. art. 5. fol. 268. Palacios, lib. 5. de contract. cap. 1. l. fol. 479. Sanch. de matrim. l. 1. disp. 14. Lessio cap. 18. dub. 1. Bonac. de contract. disp. 3. q. 1. pun. 1. n. 15. y otros citados por estos. Pues el pacto de no cobrar de Pedro por lo menos el capital, es prodigo, porque no se ordena a obra pia, ni a otro fin virtuoso, y assi no se debe cumplir como fuena, sino reduciendo a equidad.

97. Quarta razon: si por alguna parte pudiera ser valida la escritura, de que recibiendo Juan docientos pesos, no pudiesse pedir mas, seria por via de donacion, porque se entendiesse, que Juan quiso hazer donacion de todo lo restante a Pedro: por lo qual no aviendo donacion de toda la cantidad restante, no se debe estar a dicha escritura, ni puede ser valida respecto de toda la cantidad, pues Juan no tuvo voluntad de hazer donacion de su capital; lo qual consta primeramente de la carta del Albacea de dicho Pedro en respuesta de otra, que le avia escrito

Juan, y está presentada en los autos, de la qual consta, que dicho Juan intentaba cobrar todo su dinero del dicho Albacea de dicho Pedro, y que se quejaba contra Antonio, porque no le pagaba por entero su dinero. Lo segundo, porque en las escrituras de contratos, y conciertos onerosos, no se presumen donaciones, como dize Man. Rodrig in Summ. to. 2. cap. 176. n. 14. y lo prueba Covarrub. lib. 2. var. cap. n. 11. Por lo qual Sanch. lib. 1. de matrim. disp. 14. n. 1. dize, que el que por modo de contrato promete cantidad mayor notablemente, no está obligado a pagarla toda, sino que se ha de reducir a lo iusto, y conforme a razon; porque en los contratos no se presume donacion, si no consta con claridad. Y assi consta del Derecho, l. Cum de indebito. ff. de probat. y l. Si cum aurum. ff. de solut. y alli la Glosa marginal. *Presumi non solet donatio in dubio maxime quando verba possunt trahi in alium sensum.* Y Felino, 2. p. in Decret. cap. Si cautio. n. 73. dize: *Vbi est alia coniectura quam donacionis, nunquam presumitur donatio.* Y es comun sentencia de los Doctores, que en caso de duda, si alguna cosa se dió por donacion, o por otro titulo, se debe presumir, que no huvo donacion. Assi lo afirman Molina, to. 2. de iust. tract. 2. disp. 439. Couarr. to. 2. var. lib. 2. cap. 7. n. 4. y otros que estos citan. En la escritura, que otorgaron Antonio, y Juan, no ay palabra, que signifique, ni indique donacion: por lo qual se ha de entender, que Juan no tuvo intencion de hazer donacion de su capital, sino solamente de hazer la equidad, que la recta razon dictasse, que se haga al que culpablemente perdió la hacienda agena, que lleuaba a su cargo.

98. Arbitrando aora determinadamente quanto se le puede dar a la parte de Juan de los bienes de Pedro, para que quede moderada, y conforme a razon la equidad, que se pretendió hazer a Pedro en la escritura: digo, que dandole otros docientos pesos sobre los docientos, que tiene recibidos, queda hecha la equidad razonable, que se debe.

99. Para que conste, que en este ajuste no pierde demasiado la parte de Juan, ni paga mas de lo que debe Pedro, se ha de notar, que el almizcle de Juan, que se dió por perdido, no se vendió en mil y quinientos pesos, como se propone en la pregunta, porque en Mexico por orden de la justicia se vendió a razon de a ocho pesos la onça, y aquel año en Acapulco el precio en que se vendieron cantidades de almizcle bueno, fue a razon de a siete pesos y medio la onça: assi me he informado del dicho Francisco, y de otros, que

fueron aquel año a Acapulco. El almizcle de Juan eran nouenta y nueue onças, que a razon de a siete pesos y medio la onça (por que lleuò orden de vender en Acapulco) montan seiscientos y quarenta y dos pesos y medio: desbos se avian de rebaxar veinte por ciento de los derechos, Alcaualas, y beneficio, que hazen ciento y quarenta y ocho pesos, y quatro reales, reitan quinientos y noventa y quatro pesos: de estos se han de descontar todavia quatro por ciento, que se pagan por traerlos en registro, restauan los que avia de recibir Juan quinientos y setenta pesos, y dos reales; por lo qual recibiendo aora otros docientos pesos, no viene a perder de sus ganancias mas de ciento y setenta pesos, y dos reales. Con los quatrocientos pesos, que viene a recibir la parte de Juan, no perderà cosa alguna del capital: costòle dicho almizcle en Vanta cincuenta pesos; pero no se ha de ajustar a como le estubo en Vanta, por que lo tenia en Manila vencido el riesgo por su cuenta. El precio que el almizcle tuvo en Manila aquel año, fue a razon de quatro pesos la onça (assi me han informado personas, que lleuaron almizcle aquel año a Nueva-España) segun esto el almizcle, que entregò a Pedro, valia en Manila al tiempo que lo entregò trecientos y nouenta y seis pesos, y segun esto si recibe aora otros docientos pesos, recibe todo el capital, y quatro pesos mas.

## CONSULTA VIII.

*Sobre si el que lleva la hacienda agena de Acapulco a Mexico sin sciencia, ni consentimiento de el dueño, y con peligro de no poderla pagar si se perdiere, se pueda quedar con las ganancias?*

## PROPUESTA.

EN esta carrera de Acapulco lleuò vna persona cantidad grande de hacienda a beneficiar, con obligacion de corresponder segun los precios de la feria de Acapulco; mas como no hallasse la feria a su gusto, remitiò a Mexico la dicha hacienda a su gasto, y riesgo (que lo ay, y no ordinario) y ganò sobre el precio de Acapulco, y quitados los gastos: de fuerte, que pagados los acreedores segun el precio de Acapulco, le sobraba ganancia considerable. Preguntase, si supuelto el riesgo, peligro de perder, y el gasto, que se ha dicho, pueda *tuta conscientia* ocultar dicha ganancia a las partes, y quedar se con ella, aun que el tal hombre no tuviese suficiente caudal para pagar a las partes en caso de tal per-

dida? bien si, abilidad, disposicion, y valor para salir de qualquiera empeño, y deigracia. Esto se ofrece para consuelo de muchos.

## PARECER C.VIII.

100. **P**OR aver de predicar mañana en la Cathedral el Sermon de Santa Rosa, y avermelo encargado oy el Padre Prouincial, quise dilatar esta resolucion, y por instar el portador, que se ha de ir oy la embarcacion, me veo obligado a duplicar el trabajo: Dios duplique el merito.

101. Responde se, que puede con seguridad conciencia ocultar dicha ganancia, y quedar se con ella, y pagar solamente a las partes segun el precio de la feria en Acapulco. La razon es, porque estos contratos, y conciertos, que hazen entresi los mercaderes, tienen fuerza de ley, y quedan ambos obligados segun lo que pactaron precissamente. Assi consta de ambos Derechos, del Canonic. reg. 85. de reg. iur. in. 6. *Contractus exconuentione legem accipere dignoscuntur.* No ay mas ley en los contratos, que aquella, que se ponen entresi los contrayentes, y lo que entresi pactan. Y cap. Antigonus. de pactis. *Aut inita pacta obtineant firmitatem, aut Conuentus Ecclesiasticam sentiat disciplinam, vniuersi dixerant, pax seruetur, pacta custodiantur.* Y cap. Qualiter. de pactis. *Sindiose agendum est, ut ea qua promittuntur, opere compleantur.* Del Ciuil, l. Huius. ff. de pactis. *Quid enim tam congruum fidei humane, quam ea seruare, qua inter eos placuerunt? Pactum a pactione dicitur, inde etiam pacis nomine appellatum est. Pactio est duorum, plurium ve in idem placitum, & consensus.* Y l. Stipulationum. 5. ff. de verb. obligat. *Conuentionales sunt, qua exconuentione fiunt, quarum totidem genera sunt, quot pane dixerint rerum contrahendarum nam, & ob ipsam verborum obligationem fiunt, & pendent ex negotio contracto.* Lo mismo consta de las leyes del Reyno, lib. 5. Recop. tit. 16. l. 2. donde dize assi: *Pareciendo, que vno se quiso obligar a otro por promission, o por algun contrato, o de otra manera, sea tenido a cumplir aquello a que se obligò.* Y al fin de la dicha ley añade: *Mandamos, que valga la dicha obligacion, y contrato, que fuere hecho, en qualquiera manera, que parezca, que vno se quiso obligar a otro.* De fuerte, que los pactos siempre son validos, y tienen fuerza de ley, y solamente dexan de obligar quando son de cosa imposible, o son de cosa iniqua, como consta del Derecho, cap. Pactiones. de pactis. *Pactum turpe, vel rei turpis, aut impossibilis de iure, vel de facto nulla obligationem inducit.* Y l. Generaliter. de verb. obli-

obligat. *Generaliter nominus turpes stipulationes nullius esse momenti, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat.* Y l. Si stipuler. del mismo tit. *Si stipuler, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio constitit quam cum stipulos, ut detur quod dari non potest.* Y l. Siquis. C. de pactis. *Pacta conuenta, qua neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo obseruanda sunt.* Por lo qual en estos pactos, y contratos, que los hombres hazen entresi, se ha de citar a aquello, que pactaron, si no es que confite, que fue pacto iniquo. En el pacto, y trato, que se refiere, no ay cosa torpe, ni injusta. Lleuaron estas personas de aqui a la Nueva-España hacienda a beneficiar segun la feria de Acapulco, pues quedaron obligados por este pacto a pagar segun la feria de Acapulco: y si estas personas en llevar la hacienda de Acapulco a Mexico huviessen tenido perdidas, y no las quisieran tomar por su cuenta los que dieron la hacienda a beneficiar, sino que se atuvieran a su pacto, de que se vendiessen en Acapulco, y las costas de subir la hacienda a Mexico, es fuerza que las paguen estos que la lleuaron; y si huvieran sido mayores, que el exceso que hizo la venta, y feria de Mexico a la de Acapulco, no pasaran por estas costas los que embiaron esta hacienda a beneficiar atenedos a su pacto. Segun esto, el que pagò estas costas, y se expusò a los riesgos, ha de llevar el vtil. reg. 55. de reg. iur. in. 6. *Qui sentiet onus sentire debet commodum.* Y l. Secundum. ff. de reg. iur. *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur in commoda.* Y l. Et nomen. C. de caducis toll. §. Sed omnes. *Sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam grauamen, quod ab initio fuerat, complexum omnino sentire, siue in dando sit constitutum, siue in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implenda gratia, vel alia quacunque via excogitatum. Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.*

102. A lo que se opone en contra de esto, que arriesgò la hacienda lleuandola a Mexico, y que en caso de total pérdida no tenia de que satisfacer: se responde lo primero, que de Acapulco a Mexico no aconrece pérdida total de hacienda gruessã. Lo que fuele acontecer es, pérdida de alguna cantidad, y esta la pudiera satisfacer, aunque no tuviese mas que los emolumentos, y ganancias, que le avian de tocar de la hacienda, que lleuò a beneficiar.

103. Lo segundo se responde, que da-

do que se perdiere toda la hacienda, no le admitirian esta escutã los que le dieron su hacienda a beneficiar en Acapulco, sino que le molestarian en su persona, y a los fiadores en sus haciendas: por lo menos tenían derecho a esto. Lo tercero, que arriesgando la hacienda, que lleva a beneficiar, sin tener con que satisfacer en caso que se perdiere, pecaria; pero los emolumentos, y ganancias son suyas. Como el depositario, que emplea el dinero, que tiene en deposito, y lo arriesga sin tener con que satisfacer, en caso que se pierda, peca, y no obstante las ganancias del empleo son suyas: y en caso que se pierda, el queda expuesto a la pena, y molestias, que le harán en la cobrança, y quedará obligado en conciencia a satisfacer quando pudiere, y en lo que pudiere, como dize Molina de iust. tom. 2. tract. 2. dist. 327. concl. 2. y Regin. in praxi. lib. 25. tract. 7. n. 558. & 572. y Manuel Rodrig. in Summ. tom. 1. cap. 138. n. 6. y consta del Derecho, l. Si ex ea pecunia. C. de rei vendic. *Si ex ea pecunia, quam deposueris, is apud quem collocata fuerit, sibi possessiones comparauit ipsique tradite sunt: tibi vel omnes tradi, vel quosdam ex his compensationis causa ab inuito eo in te transferri iniuriosum est.* Y lo mismo es del ladron, o de qualquiera, que tiene dinero ageno, y lo emplea, y arriesga, sin tener despues de que pagar: si lo perdieren, pecan mortalmente en arriesgarlo; pero si ganan con el, las ganancias son suyas, como dizen Soto. 6. de iust. q. 1. art. 4. concl. 2. Medina, de rebus per vsuram acquif. q. 4. ad. 4. y se colige de S. Thom. 2. 2. q. 78. art. 3. y del Derecho, l. Si pecunia. C. *Siquis alteri vel sibi, donde se determina, que si la muger, muerto su marido, compra para si, y en su nombre vna possession con el dinero del marido difunto, perteneciente a su hijo, la possession es de la muger, y no de su hijo, y la muger está obligada a pagar el dinero a su hijo, y los daños, si se le huviessen seguido algunos.* Y l. Qui aliena. del mismo titulo está clarissimo esto, dize assi: *Qui aliena pecunia comparat, non ei, cuius nummi fuerunt, sed tibi tam actionem empti, quam dominium querit, cum ita quò de rebus communibus fratrem patruelem tuum quadam comparasse contendas, de tua pecunia hunc conueniendo, facies consultius, nam in rem de rebus ab eo comparatis tibi contra eum petitio non competit.* Y consta de las leyes del Reyno, part. 5. tit. 5. l. 49. De la misma fuerte el que arriesgò la hacienda agena, lleuandola desde Acapulco a Mexico, por este riesgo en que la puso, no está obligado a pagar mas ganancias de las que tocan a los dueños por el contrato hecho con ellos, porque el

riesgo en que las puso, no varió el contrato: pecaria en arriesgar el dinero ageno, si el riesgo de perder cosa, que no podia pagar, fue

verisimil; pero deste riesgo no adquirieron derecho de cobrar mas, los que dieron la hacienda a beneficiar.



## QVARTA CLASSE, EN QUE SE PONEN LOS PARECERES de restitucion por causa de la injusta accion, ò acepcion de la cosa.

### GUERRA INJUSTA.

#### CONSULTA I.

*Sobre si hubo causa bastante para hazer cierta guerra sangrienta a vnos infieles, y despojarles de sus haciendas: y acerca del modo, y orden de la restitucion de los despojos.*

#### PROUESTA.

**D**os he recibido de V. R. vna escrita a treinta de Mayo, y la otra a quinze de Junio: en esta propone V. R. vna dificultad, y en aquella tres, y todas quatro son acerca de vna misma accion, que han hecho los Indios Principales de esse pueblo de A. El hecho es en esta forma, segun se colige de ambas cartas de V. R. Los Indios del pueblo de A, tenian trato con vn Indio infiel Principal Ygolote: este no guardaba la palabra a los Principales de A, en el rescate del oro, por lo qual iban perdiendo de su hacienda, y estaban indignados contra el Ygolote, hasta que a veinte y dos del mes de Enero, con comission del Alcalde mayor, fueron con engaño (como que iban a otra cosa) y dieron sobre el dicho Principal, y le hirieron, mataron a su muger, y hijos, robaron el oro, que pudieron hallar, y bolvieron al parecer contentos: repartieron los despojos como ellos quisieron, y dieron cantidad al Alcalde mayor, y a otros, y para nuestra Señora de dicho pueblo de A, dieron vna cantidad de oro, que vale quarenta pesos. El dicho Principal Ygolote escapó con la vida, porque viendose herido, y que le tiraban a matar, se arrojó de vn bar-

ranco abaxo, de donde despues le sacaron los suyos, y oy viue con ansias de vengarse, y este mes veinte y nueue de Mayo empezó a executar su furia. Vino a las tres, ó a las quatro de la mañana con otros muchos Ygolotes, mataron a dos Indios, hirieron a otros, robaron lo que pudieron, y se bolvieron. Dizen, que han de bolver, y entrar en el mismo pueblo de A, para vengarse mejor: será como fuelen, de noche, y haciendo todo el daño que pudieren a fuego, y a sangre, y que V. R. corre riesgo a, y la Iglesia de que vna noche la quemén, y quiere sacar las Santas Imágenes, y llevarlas al pueblo de B, para que el daño sea menor. Añade V. R. que su parecer siempre fue, que conservasen la paz, que tenian con los Ygolotes, especialmente que los del pueblo de A, se la tenian prometida, y ellos la quebrantaron: y a estos Indios no les iba mal con los Ygolotes, sino bien, exceptos los Principales en el rescate del oro, y en esto no era la pérdida mucha, y lo podian remediar por otro medio, y no con derramar sangre a traycion con el seguro de la paz. V. R. no pudo estorvarles este disignio, porque se lo encubrieron totalmente: despues les ha afeado el hecho, y en el fuero de la conciencia les manda restituir; pero el modo de restituir, y de hazer las pazes, es muy dificultoso, porque los infieles agraviados no admiten treguas, ni tratos para poderse convenir, y los fieles no se atreven a ir a hablar, por el miedo que les tienen. Las quatro dificultades, que V. R. pregunta sobre este caso son.

La primera, si fue bastante razon para hazer guerra sangrienta al Ygolote infiel, el no corresponden conforme le pedian los

los de el pueblo de A?

La segunda, si los de dicho pueblo de A, juntamente con el Alcalde mayor, están obligados a restituir todos los daños, y robos que han hecho?

La tercera, si aviendo empezado los infieles a hazerse Juezes en su propia causa, perseverara todavia la obligacion de restituirles?

La quarta, si acafo ay obligacion a restituirle al Ygolote, qué modo se tendrá para hazer la restitucion, porque el no dá lugar a treguas, ni a trato de composicion, ò restitucion?

#### PARECER C.IX.

**R**espondese a lo primero, que en el caso propuesto no hubo razon, ni causa, que justificasse la guerra contra el Ygolote; ni fue, ni se puede llamar guerra la que hizieron, sino robo con homicidios alevosos; ni hubo soldados, ni enemigos, que hiziesen guerra, sino ladrones, que con traycion acometieron a robar, y matar. El Derecho, l. Hostes. ff. de captiuis. pone la diferencia, que ay entre guerra, y robo, entre enemigos, que guerrean, y ladrones, que roban, con estas palabras: *Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decreuit, vel ipsi populo Romano, ceteri latrunculi, vel pradones appellantur.* Y l. Hostes. ff. de verb. signif. *Hostes ij sunt, qui nobis, aut quibus nos publice bellum decreuimus, ceteri latrones, aut pradones sunt.*

2. Las razones porque el dicho asalto, y acometimiento no pudo ser guerra justa, son siete. La primera, porque se valieron para hazer robos, y muertes de la amistad, que tenian con los Ygolotes, lo qual dize grauissima deformidad de traycion, que por ninguna via se puede honestar, ni ser licito, y por esto se abomina tanto la maldad del traydor de Judas, que con beso de amistad entregó al Señor a sus enemigos, como lo pondera la Iglesia en el Oficio Diuino de la Semana Santa: *Per osculum impleuit homicidium;* y en otro Responso: *Judas armis doctus sceleris, qui per pacem didicit facere bellum.* Todo lo que es valerse de la amistad, y debaxo de esse titulo hazer daño, es maldad inexcusable. Por ella dexó el Santo Rey David en su testamento a Salomon, que castigasse con pena de muerte a Joab. 3. Reg. cap. 2. *Effudit sanguinem belli in pace.* Con la capa de paz derramó sangre, como si fuera en guerra. Alguna semejança tiene el trato doble, que usaron los Indios en el caso pre-

sente, con el que usaron Simeon, y Leui con los de Sichen, como refiere cap. 34. Genes. porque en estos precedió el daño, que hizo el Principe Sichen en el estrupo de Dina, y en aquellos la mala correspondencia de el Ygolote en la venta del oro, y en ambas partes hubo asalto, y acometimiento con robos, y muertes, valiendose de fingida amistad para hazer el daño; lo qual reprobó, y horroró grandemente el Santo Jacob: y despues estando a la muerte bolvió a reprehender a los agresores, y a dar por mala, y maldita la accion. Genes. cap. 49. *Simeon, & Leui vasa iniquitatis bellantia in consilium eorum non veniat anima mea. Maledictus furor eorum, quia pertinax, & indignatio eorum, quia dura.* Siempre es malo, è injusto acometer con titulo de paz, aunque antecedentemente se aya hecho algun daño a los que assi acometen.

3. La segunda razon es, porque dicho acometimiento fue contra la palabra de paz, que tenian los de dicho pueblo de A, prometida al Ygolote, la qual palabra, y se le debian guardar, aunque fuera enemigo, como consta del Derecho, cap. Noli. 3. q. 1. *Fides quando promittitur, etiam hosti seruanda est quanto magis amico.* Y Santo Thomas 2. 2. q. 40. art. 3. explica de qué fuerza es licito enganar al enemigo, y dize, que es licito hazer estratagemas, y usar de ardidés, que el enemigo no alcance a saber, para vencerlo; pero nunca es licito saltarle a la palabra, y se prometida. Las palabras del Santo son: *Dupliciter aliquis potest falli ex facto alterius. Vno modo ex eo, quod ei dicitur falsum, vel non seruatur promissum, & istud semper est illicitum, & hoc modo nullus debet hostes fallere; sunt enim quadam iura bellorum, & fœdera, etiam inter ipsos hostes seruanda.* De lo qual consta, que fue contra toda razon, y justicia quebrantar la se prometida al Ygolote.

4. La tercera razon es, porque acometer con armas, y hazer guerra contra alguno, es como dar vna sentencia de muerte contra el; y aun es cosa mas acerva, y mas graue: porque en la guerra amenazan muchas muertes, robos de hacienda, y otros muchissimos daños: por lo qual assi como antes de dar sentencia de muerte contra alguno, se le ha de hazer cargo, y oír sus descargos; assi por mayor razon antes de prorumpir a la guerra, se le ha de proponer al que agravió, el daño que ha hecho, y como lo debe satisfacer; y antes de hazer esta diligencia no es justa la guerra, y hecha esta diligencia, si el assi advertido ofrece satisfacion, no será justa la guerra, porque cessa el agrauio, y se re-



recompensa el daño: y solamente avrá justa razon para hazerle guerra, quando constando del agrauio, ó daño hecho, no quiere restituirlo, ni ofrece satisfacion; y assi dize el Derecho, cap. Dominus. 23. q. 2. que para que la guerra sea justa, se ha de hazer por vna de dos causas; ó porque la Republica contra quien se mueue la guerra, no quiere castigar el agrauio, que los suyos han hecho a otros; ó no quiere, que se restituya lo defraudado. *Si gens, vel Civitas, que bello petenda est, vindicare neglexerit, quod a suis improbe factum est, vel redere, quod per iniurias ablatum est.* Y assi concuerdan comunmente los Doctores, en que la Republica agraviada, antes de mouer guerra debe pedir satisfacion, y si la ofrece razonable, no le es licito mouer guerra. Veanse a Silvest. in Summ. verb. Bellum. 1. q. 4. num. 6. Bañez 2. 2. q. 40. art. 1. dub. 8. Man. Rodr. in Summ. 1. part. cap. 207. num. 3. y 5. Molina de iust. tom. 1. disp. 103. Bonac. de rest. disp. 2. q. vlt. pun. vlt. num. 9. En el caso sucedido no se pidió satisfacion, ni se hizo cargo al Ygolote, ni se le propuso de parte de los Principales el daño, que recibian en aquel trato, ni se le pidió, que lo enmendase, sino que todo el cuydado fue dexarlo descuydar para matarle a su salvo, y assi fue tambien por esta parte injusto el daño, que se le hizo.

5. Quarta razon: proponese en la relacion del suceso, que la pérdida que recibian los Principales en el trato con el Ygolote, no era mucha, y la podian remediar por otra parte. Por estas causas fue tambien injusto el assalto; que vna guerra, ó acometimiento con derramamiento de sangre humana, muertes, y robos, es cosa grauissima, y no se puede hazer por cosas de poca importancia, sino por causas vrgentes, y muy graues, y antes se debian poner otros medios mas suaves, ó menos rigorosos, que llegar a acometer con armas, como dizen todos los Autores citados en la razon antecedente, y consta del Derecho, cap. Noli. 23. q. 1. *Pacem habere debet voluntas, bellum necessitas.* La guerra ha de ser a mas no poder, a pura necesidad, quando ya no se halla otro remedio: por lo qual si pudieron por otro modo remediar su pérdida, fue cosa injusta valerse del medio mas apero. Como haria injustamente vn Cirujano, que pudiendo curar al enfermo de vn brazo llagado, sin pérdida del brazo, por abreuiar con la cura echára por el atajo, y le cortára el brazo.

6. Quinta razon: el fin de la guerra para que sea justa, debe ser la paz. Assi consta del Derecho, cap. Noli. 23. q. 1. *Non enim pax*

*queritur, ut bellum excitetur, sed bellum geritur, ut pax adquiratur.* Lo que se pretende en la guerra, es bien comun, que se conserve el pueblo en paz, y quietud, que no le hagan daños, ó agrauios, que no le defrauden en lo que le pertenece. En el caso propuesto estaua el pueblo en paz, y quietud, passuálo bien el comun de los Indios de dicho pueblo de A, con el trato de los Ygolotes, y con este acometimiento lo echaron a perder todo, no buscaron la paz por medio de la guerra, sino antes estando en paz, y quietud buscaron la guerra, y para ir en todo contra derecho, no acometieron esta guerra para conseguir la paz, sino que buscaron la paz, y se valieron de ella, para hazer guerra, y para evitar vn pequeño daño, que se seguia a los Principales del trato con los Ygolotes, que se podia remediar de otra manera, destruyeron el bien comun, que se seguia a todo el pueblo del trato con los mismos Ygolotes, y ocasionaron al comun del pueblo vn daño grauissimo del sobresalto, y temor continuo a los assaltos, y guerra de los Ygolotes.

7. La sexta razon es, porque aunque la guerra se pudiese hazer justamente a los Ygolotes, fue imprudencia, y cosa ilicita el mouerla quando no tiene el pueblo fuerzas bastantes para resistir al enemigo. La imprudencia de este caso explico nuestro Redemptor. Lucæ, cap. 14. *Quis Rex iurans committere bellum adversus alium Regem non sedens prius cogitat, sit possit cum decem millibus occurrere ei, qui cum viginti millibus venit ad se alioquin adhuc illo longe agente legationem mittens rogat ea, que pacis sunt.* Podrán responder los autores deste assalto, que juzgaron, que podrian matar al Ygolote Principal, y el muerto, no avia que rezelar daños. No les puede aprouechar esta credulidad, porque debieron entender, que *varius eventus est belli, nunc hunc, & nunc illum consumit gladius.* 2. Reg. cap. 11. El matar a vn hombre es accion ardua, que naturalmente turba al agressor, y se ha experimentado muchas vezes, que el que vá a matar a otro, aunque sobre el seguro de amistad, con la turbacion se ha herido a si mismo, y otros con el sobresalto han dado a entender, sin querer, su intento aleuoso, con que ha tenido lugar el que querian matar, de defenderse, y ofender: y quando el quedasse alli muerto, se avia de creer, que tiene parientes, y amigos, que tomen la causa por fuya. Por lo qual los autores deste assalto tuvieron obligacion de prevenir este daño, y considerarse si tenia fuerzas el pueblo para defenderse de los assaltos del Ygo-

Ygolote, si escapasse, ó de sus parientes, y amigos, si muriese: y por no averlo hecho assi, están obligados a restituir los daños, que el Ygolote hiziere al pueblo, porque con dicha guerra, que empezaron, fueron causa de dichos daños, y assi se colige de la doctrina que trae Silvest. verb. Bellum. 1. q. 10. y Man. Rodr. in Summ. tom. 1. cap. 207. num. 4.

8. La septima razon es, por la falta de autoridad, que para hazer guerra solamente la tiene el Principe soberano, que no reconoce superior en la tierra, como el Rey; y assi consta de la doctrina de Santo Thomas 2. 2. q. 40. art. 1. a quien comunmente siguen los Doctores, y lo dize el Derecho, cap. Quid culpatur. 23. q. 1. *Ordo naturalis mortalium paci accommodatus hoc possit, ut suscipiendis belli auctoritas, atque consilium apud Principes sit.* En estas Islas se ha de entender, que la tienen cometida por el Rey los Governadores para todos los casos, que la juzgaren conveniente; los Alcaldes mayores no la suelen tener para guerra ofensiva, y aun les está limitada la autoridad, que no puedan castigar con pena de muerte a los malhechores, aunque sean de los sujetos a la Corona Real, y pertenecientes al distrito de su jurisdiccion, sino que deben remitir la causa a Manila. Pues por mayor razon se ha de entender, que no se le ha cometido al Alcalde mayor de esta jurisdiccion potestad de hazer guerra ofensiva, ó invasiva, por ser cosa mas graue, que vna sentencia de muerte a vn malhechor; porque el dar guerra es vna sentencia de muchas muertes, y se dá facultad, y se embian los soldados para que las executen, con peligro de morir ellos tambien en la execucion. Por esta razon no tengo por verisimil, ni por creible, que el Alcalde mayor de esta Prouincia tuviese comission para hazer esta guerra invasiva, especialmente estando dicha Prouincia tan cerca de Manila, a donde quando se ofreciere necesidad de hazer guerra, no es dificultoso de embiar a proponer las causas, y pedir la licencia, y comission. Dixe para guerra ofensiva, porque para la guerra defensiva todos tienen potestad, y la dá el Derecho natural, como lo testifican el Canonico, y Civil, cap Si verò. el 1. de sent. excommu. *Cum vim vi repellere omnes leges, omnia que iura permittant.* Y cap. Ius. diff. 1. *Ius naturale est commune omnium nationum, ut violentia per vim repulso, nam hoc aut si quid huic simile est, nunquam iniustum, sed naturale equum que habetur.* Y l. Ita que si servum. ff. ad legem Aquilianam. *Adversus periculum naturalis ratio permittit, se defendere.* Y

l. Scientiam. del mismo tit. *Vim vi defendere omnes leges omnia que iura permittunt.* Y assi tengo esta invasion por injusta, tambien por esta causa de falta de autoridad de quien pueda darla para quitar vidas, aun suponiendo, que el Ygolote huviera cometido contra los Principales de dicho pueblo de A, delito, que mereciesse pena de muerte, y perdimiento de bienes; porque es como si vn particular sin jurisdiccion alguna, huviera hecho muertes, y robos.

9. A lo segundo se responde, que están obligados a restituir todo lo que robaron, y a pagar todos los daños, que hizieron. La razon vnica es, porque fue daño, y robo contra justicia, y todos los Doctores assientan, que todos los daños, que se hazen en guerra injusta, los deben satisfacer los agressores injustos; y consta del Derecho, que si no restituyen, no se les perdonará el pecado. reg. 4. de reg. iur. in. 6. *Peccatum non dimittitur, nisi restitatur ablatum.* Y dize alli la Glosa, que ni para ante Dios, ni para la Iglesia se perdona el pecado, hasta que se restituya con efecto lo que se hurtò, ó damnificó. Y cap. Si res. 14. q. 6. dize, que es fingida la penitencia, que se haze, si no restituye lo que se hurtò, y no ay arrepentimiento verdadero del pecado, hasta que se paga lo hurtado, si ay posibilidad para ello: *Si res aliena propter quam peccatum est, cum reddi possit, non redditur, non agitur penitentia, sed fingitur. Si autem veraciter agitur, non remittitur peccatum, nisi restitatur ablatum.*

10. Aora se ha de ver el orden como están obligados a restituir. En primer lugar todos los que han participado de los deijos, aunque no ayan ido al assalto, ni lo huviesen sabido, ni ayan sido culpados en el en cosa alguna, deben restituir todo lo que huvieren participado de dicho robo, *ratione res acceptæ*, porque es cosa agena, y *ubicunque res est domini est*, donde quiera que se halle, ó esté la cosa, es de su dueño, y se le debe bolver: por lo qual los quarenta pesos, que dieron para nuestra Señora, se deben bolver al Ygolote, y todas las demás personas a quien dieron algo, lo deben bolver.

11. Demás desto todos los daños, que recibió el Ygolote, y todo lo que le faltare de sus cosas, y caudal, ó por averse perdido, ó echado a perder en el assalto, ó por no restituirlo alguno, ó algunos de aquellos en quienes paraba, lo deben restituir los culpados en el assalto, que son los que fueron causa de que se hiziera esse robo, y los que culpablemente fueron a executar lo. Digo los que culpablemente fueron a la execucion, por que

que los Indios, que no son cabezas, ni arbi-  
traron, ni trataron de hazer dicho asfalto,  
fino que folamente fueron a la execucion,  
mandados del Alcalde mayor, ò de fus Prin-  
cipales, no deben restituir otra cosa mas de  
lo que traxeron a su casa de los despojos, y  
no deben restituir cosa alguna de los daños,  
que recibió el Ygolote, ni de lo que ellos  
mismos destruyeron, ni de lo que comieron,  
ó gataron en la faccion; porque estos fue-  
ron con buena fé, y no tuvieron obligacion a  
saber, ni examinar la injusticia de aquel asfal-  
to, fino folamente de obedecer a sus superio-  
res; cap. Quid culpatur. 23. q. 1. *Vir iustus si  
forte sub Rege homine etiam sacriligo militet,  
recte potest illo iubente bellare, si quod sibi iube-  
tur, vel non esse contra Dei preceptum certum  
est, vel utrum sit, certum non est, ita ut fortise  
reum faciat Regem iniquitas imperandi, inno-  
centem autem militem ostendit ordo serviendi.*  
De fuerte, que los que mandados fueron a  
esta guerra, sin saber, ni meterse en si era jus-  
ta, no han de restituir mas de aquello en que  
se hallan aprouechados, y aumentado su cau-  
dal por razon de dicho robo; pero los Prin-  
cipales, que trataron la guerra, y el Alcalde  
mayor, que dió comission para hazerla, tiene  
obligacion cada vno in solidum a refarcir en-  
teramente todos los daños, y pagar al Ygo-  
lote todo aquello en que se halla damnifica-  
do su caudal, porque fueron causa culpable  
del daño, porque lo hizieron a sabiendas, ò  
por lo menos debieron saber la injusticia de  
aquel asfalto, y tuvieron obligacion a mirarlo  
muy bien, y a consultarlo. Cap. Si culpa de  
iniurijs, & damno dato. *Si tua culpa datum est  
damnum, vel iniuria irrogata, iure super his sa-  
tisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si  
scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter  
posse contingere, vel iacturam.* En estas Islas  
no ha muchos años, que sucedió vn caso, que  
no tiene tantas deformidades como el que  
se propone, y por el fue condenado el Alcal-  
de mayor en pena de muerte, y que restitu-  
yessé los daños. El caso fue, que el Almiran-  
te Don Diego de Salazar, siendo Alcalde  
mayor de Caraga, hizo vna entrada en los  
pueblos de los Mindanaos, que son Moros,  
que professan la ley de Mahoma, y consta,  
que han acometido a pueblos de Indios  
Christianos, sujetos a la Corona del Rey de  
España, y robado Calizes, y Crisneras, y lle-  
vado Indios Christianos por cautivos: y ay  
decreto del señor Don Diego Faxardo en  
el Archiuo del Alcalde mayor de Caraga, en  
que aprueba la guerra, que estava haciendo  
el Alcalde mayor a los Mindanaos, y le man-  
da, que cesse de hazerla; pero que esté alerta

para bolverla a hazer sangrienta en menear-  
dose ellos a hazer qualquiera daño a los In-  
dios sujetos a la Corona de nuestro Rey.  
A estos hizo entrada el dicho Almirante, sin  
tener nucuo orden del señor Governador  
Don Manuel de Leon, que oy gobierna es-  
tas Islas: quemó algunas casas de rancherías,  
mató algunos Moros, cogió despojos de po-  
co valor, y dexòlos atemorizados. El titulo,  
que tuvo para dicha entrada, fue el decreto  
referido del señor Don Diego Faxardo, y  
aver tenido noticia, que entraban en pue-  
blos de Indios a robar. Aviendo acabado su  
oficio el Almirante Don Diego de Salazar,  
se querellaron los Moros contra el, y dicen,  
que las entradas a los pueblos de Indios, no  
las han hecho ellos, sino otros vezinos suyos:  
y no obstante muchas cosas, que alegó en su  
fauor Don Diego de Salazar, de que los  
Mindanaos fauorecen a otros Moros sus  
vezinos, que hazen las entradas, y en poder  
de los Mindanaos se hallaron Calizes de los  
que han robado, fue condenado en que pa-  
gasse todos los daños, y fue vn Ayudante por  
cabo, con algunos soldados, a ver, y tasar los  
daños, al qual atemorizaron, y le brindaron  
en vn Caliz, y le traxeron cal para los buyos  
en Crisneras de plata, y alli se tassaron los  
daños como quisieron los Moros. Las cas-  
illas de caña, y zacate, que no valen seis reales,  
en diez, y en veinte pesos. Cada vno de los  
que mataron en cincuenta pesos, y algunos  
niños del pecho, que dixeron aver muerto  
por saltarles sus madres, a quienes mataron  
en el asfalto, los apreciaron tambien en cin-  
cuenta pesos: y todas las demás alhajas, que  
ellos dixeron, al precio que pidieron; y para  
la real satisfacion se le quitaron, y vendieron  
al dicho Almirante todos sus bienes, los qua-  
les no bastaron para enterar toda la summa,  
que por dichos daños pedian los Moros, y  
demás de esto le condenaron a degollar, y  
aviendo suplicado de la sentencia de muerte,  
no se le admitió la suplica hasta que enterasse  
todo lo que pedian los Moros por los da-  
ños: hasta que el Ilustrissimo señor Obispo  
de la Nueva Segouia Don Joseph Millan de  
Poblete, pariente cercano del dicho Almi-  
rante, entregò todo lo que faltaua, vendien-  
do para ello toda la plata labrada, que tenia  
para seruicio de su casa, y de esta fuerte se le  
admitió la suplica, y salió de la Fuerça des-  
pues de algunos años de prision.

12. En el successo, que ha pasado en esta  
Prouincia està mas clara la injusticia del  
asfalto, y con circunstancias mas disformes:  
por lo qual si los Ygolotes se querellassen,  
lo passarian peor los agressores en el foro  
exter-

externo. No obstante en el interno de la  
conciencia, pagando ellos los daños, y robos  
del dinero, y demás cosas de los Ygolotes,  
puede el Confessor no obligar a pagar las  
muertes, que hizieron; porque es opinion  
probable de graues Autores, que la vida del  
hombre libre, no es apreciable por ningun  
dinero, y consiguientemente, que no ay obli-  
gacion en el homicida de pagar dinero algu-  
no por razon de la vida, que quitò. Asi lo  
afirman muchos, y graues Autores, que cita  
Bonac. tract. de rest. disp. 2. q. vlt. sect. 2. pun. 1.  
num. 10. y consta exprestamente del Dere-  
cho, l. Ex hac. ff. Si quadrupes, donde se deter-  
mina, que por aver herido a vn hombre li-  
bre, se le ha de pagar lo que gastó en la cura:  
y si era trabajador el herido, se le ha de pagar  
lo que dexò de ganar por no poder trabajar  
por causa de la herida; pero que no se debe  
pagar cosa alguna por la herida misma, ni  
por la deformidad, y defecto, que quedò en  
el cuerpo por la herida, y dà la razon el tex-  
to: *Cum liberum corpus estimationem non reci-  
piat.* No ay paga, ni precio de los miem-  
bros, y cuerpo de vn hombre libre. Y l. Cum  
liberi. ff. de his, qui deiecerint. se determina lo  
mismo con estas palabras: *Cicatricum, aut de-  
formitatis nulla fit estimatio, quia liberum cor-  
pus nullam recipit estimationem.* Y l. Prætor:  
ff. del mismo tit. se determina, que si echando  
alguna cosa de su casa, como por la ventana,  
se sigue por ello algun daño, lo pague dobla-  
do; pero si el daño fuessé muerte de algun  
hombre libre, por no tener precio, no debe  
pagar segun esta ley, sino que en pena del  
delcuydo pague cincuenta ducados: *Cum li-  
ber homo perijt damni existimatio non fit in du-  
plum, quia in homine libero nulla corporis esti-  
matio fieri potest, sed quinquaginta aureorum  
condemnatio fit.* Y l. Si laborant. ff. ad legem  
Rhodiam de iactis. lo dice mas claro: *Iactura  
summum pro rerum pretio distribui oportere,  
corporum liberorum estimationem nullam fieri  
posse.* Lo mismo se determina in ff. de obli-  
gat. quæ ex quasi delicto. §. Ob hominem.  
Por lo qual antes que el Juez sentencie al  
Alcalde mayor, y a los Indios, que fueron  
causa del asfalto, a pagar las vidas, que quita-  
ron a los Ygolotes, no están obligados a pa-  
gar cosa alguna por ellas, porque no tienen  
precio.

13. Averiguado ya, que el Alcalde ma-  
yor, y los Principales están obligados a pa-  
gar, no folamente aquello que recibieron, y  
en que se aprouecharon de los despojos, sino  
tambien todos los daños, y menoscabos, que  
tuvo el Ygolote en su hacienda: resta averi-  
guar quien està obligado en primer lugar a

pagar dichos daños; ò el Alcalde mayor, de  
tal fuerte, que los Principales folamente es-  
tén obligados a falta del Alcalde mayor, que  
no quiera, ò no pueda restituir; ó por el con-  
trario, si los Principales son los obligados en  
primer lugar, y el Alcalde mayor folamente  
a falta de los Principales, que no puedan, ò  
no quieran restituir. Este punto tiene mas  
dificultad, y juzgo, que el Alcalde mayor es  
el obligado en primer lugar, porque el influ-  
xo del Alcalde mayor fue mas eficaz, mas  
fuerte, y causó mas principal del asfalto; por  
que fue el precipiente: mandó, q se jentassen  
los Indios, y fuessen a hazer el asfalto, y por su  
autoridad, y mandato se hizo. Fue el Alcal-  
de mayor el Juez, que mandó ( como por  
sentencia ) castigar al Ygolote con dicho  
asfalto, y los Principales fueron los consulen-  
tes, que le rogaron, que con su potestad, y  
autoridad lo mandasse hazer, y demás desto  
los Principales fueron a la execucion: de  
fuerte, que los Principales tuvieron dos in-  
fluxos, vno de proponientes, y rogadores, de  
que fuessé castigado el Ygolote, y ellos satisfi-  
echos, y otro de executores. El Alcalde  
mayor tuvo vn influxo, que fue mandar con  
la autoridad, y potestad de Alcalde mayor,  
que se hiziesse el asfalto, y este influxo es el  
mas graue, y eficaz; como si ahorcassen a vn  
inocente por autoridad de justicia, el princi-  
pal homicida, y mas culpado en la muerte,  
seria el Juez, que dió la sentencia, y no el ver-  
dugo, ni los que solicitaron, que el Juez le  
sentenciassé: y assi lo enseña Santo Thomas  
2.2. q. 62. art. 7. donde explicando el orden  
de la obligacion a la restitucion, que debe  
aver entre los que concurrieron a hazer da-  
ño, pone en primer lugar al que lo mandò  
hazer, con estas palabras: *Primo iussio, quia ille  
qui iubet, est principaliter mouens. Vnde ipse te-  
netur principaliter ad restitutionem.* Y este es  
el mas comun sentir de los Doctores: por lo  
qual el Alcalde mayor està obligado a pagar  
al Ygolote todo quanto menoscabo tiene en  
sus cosas, por razon del asfalto hecho; y en  
caso que el Alcalde mayor restituya, le de-  
berán restituir a el los que tuviéren alguna  
cosa del Ygolote, ò se huvieren aprouecha-  
do de algo de los despojos, porque los que  
adquirieron algo de la hacienda del Ygo-  
lote; están obligados en primer lugar quanto  
a aquello que recibieron: y si el Alcalde ma-  
yor no satisface todo el daño, carga toda la  
obligacion sobre los Principales, sobre cada  
vno in solidum: y en caso que restituyan los  
Principales, quedará el Alcalde mayor obli-  
gado a restituirles a ellos. Demás desto està  
el Alcalde mayor obligado a satisfacer a los

Indios de dicho pueblo de A., todos los daños, que les hiziere el Ygolote en vengança del assalto sobredicho, como se dixo en la resolución de la primera pregunta, en la razon sexta: especialmente porque siendo el Alcalde mayor padre de los pueblos sujetos a su jurisdiccion, estava obligado por razon de su officio a mirar por el bien de todos, y debió entender, que el quebrantamiento de la paz, que tenían los del pueblo con los Ygolotes, era de grauissimo daño para los del dicho pueblo, al qual debia impedir; y por aver sido la causa principal del assalto, de que resultó dicho quebrantamiento de la paz, está obligado en primer lugar a restituir al pueblo, y a los Indios todos los daños, que les hiziere el Ygolote; y si el Alcalde mayor no los restituye, los deben restituir los Principales, que le persuadieron, que mandasse hazer dicho assalto.

14. Ad 3. resp. que la obligacion, que tienen los de dicho pueblo de A., a restituir al Ygolote, no cessa por la guerra, que èl les haze, sino que persevera hasta que los de dicho pueblo ofrezcan al Ygolote suficiente satisfacion de los daños, y robo que le hizieron; y si èl no quisiere admitir satisfacion, entonces empezará la guerra a ser justa de parte de los de dicho pueblo, y no tendrán obligacion de restituir cosa alguna al Ygolote. La razon desto es, porque (como se probó arriba) el assalto, que hizieron los de dicho pueblo contra el Ygolote, fue injusto, y assi quedaron obligados a restituir todos los daños, que hizieron en la ocasion, y el Ygolote tiene accion de pedir satisfacion del robo, y daños recibidos: y como el Ygolote no conoce, ni halla Superior ante quien poder pedir satisfacion de dichos daños, por averse hecho con autoridad del Alcalde mayor, y el Ygolote, ni sabe, ni le es posible el recurso a la Real Audiencia, ni al señor Governador, por la mucha distancia, que es para èl inaccessible; por esto tiene derecho a satisfacerse por si mismo, y a dar guerra, y hazer assaltos al pueblo, hasta que le satisfagan enteramente los daños, y le paguen todo lo que le robaron, y aun mas, para castigar a los delinquentes, y amedrentarlos, y tenerlos a raya, para que no se atreuan a hazerle otra vez semejantes daños. Para todo esto tiene derecho el pueblo ofendido injustamente, contra el que le ofendió, quando no reconocen Superior ante quien pedir su justicia; y lo poco que hasta ahora han robado los Ygolotes a los de dicho pueblo, aun no bastará para satisfacer a la gente; que les acompaña para hazer los

assaltos, los quales tienen derecho a hazerlos a costa de los de dicho pueblo, que dieron la ocasion a ellos: por lo qual no cessa la obligacion de restituir, en que incurrieron por los daños, que ha empezado a hazer el Ygolote, hasta que los de dicho pueblo ofrezcan satisfacion, y no dilaten el pagarla con efecto.

15. Si los de dicho pueblo ofrecen satisfacion, y el Ygolote la quiere admitir, será forzoso bolverle todo lo que se le robó, y en quanto a las muertes, y daños pueden componerse, que se admita por satisfacion de los que hizieron los de dicho pueblo, los que despues han hecho los Ygolotes; pero si no se contenta con esto el Ygolote, se le debe dar otra cosa mas en satisfacion, porque tiene justicia en pedir mas: porque el assalto, que hizo contra los Ygolotes, fue totalmente contra razon, y los daños, que en èl se hizieron, fueron contra toda justicia, y al Ygolote no le faltava razon, y justicia para hazer el daño, que ha hecho. En el ajuste de los daños, y muertes, como desto no ay precio señalado, y fixo, siempre se ha de estar al pacto, y concierto, que las partes hizieren entresi, y han de procurar los de dicho pueblo, que se recompensen los hechos por la vna parte, con los hechos por la otra: pero pidiendo el Ygolote mas, y pareciendo ser assi necesario para que la paz, y amistad quede fixa, y como estava antes, deben los tales contentar al Ygolote por la razon sobredicha de aver ellos comenzado la guerra injusta: con tal que el Ygolote no pida cosa muy exorbitante, que en tal caso es como si no quisiera admitir satisfacion; ó la pida tan exorbitante, que es conocidamente contra justicia, no tienen los de dicho pueblo de A., obligacion a mas, y la guerra desde entonces es justa de parte de los de dicho pueblo, y será injusta de parte de los Ygolotes: porque ofreciendoles suficiente satisfacion, cessa la injuria, y la causa de hazer la guerra. Y si toda via quiere hazer guerra, y assalto al Ygolote, será injusto aggressor, y mientras profigue en su vengança no ay obligacion de restituir los daños hechos; antes es licito hazerle otros, y el dinero, que se le debia del robo, se ha de emplear en juntar fuerças contra èl. Todo esto se colige de la doctrina comun de los Doctores. Bañez 2.2. q.40. art. 1. dub. 8. Molina tom. 1. de iust. disp. 103. Saa, ve. b. Bellum. num. 9. y los demás, que comunmente afirman, que si a los que hazen, ó intentan hazer guerra justa, les ofrecen suficiente satisfacion, no les queda derecho para hazer

hazer la guerra, y si la hazen, es ya injusta.

16. Ad 4. resp. que el modo que se ha de buscar para ofrecer la satisfacion al Ygolote, ha de ser valerle de otras personas de otros pueblos con quienes èl tenga trato, ó comunicacion, y mediante ellos se puede tratar la composicion, que a buscar este medio tienen obligacion los de dicho pueblo, aunque les queste hazer algunos despachos, y viages, porque fueron la causa del daño. Si por este medio no pudieren tratar de la satisfacion, ni hallaren otro, no tienen obligacion a mas, ni pueden hazer otra cosa, sino tratar de defenderse de los assaltos del Ygolote, con las armas, y hazerle que se vuelva a ir escaamentado; porque *nemo potest ad impossibile obligari.* de reg. iur. in 6. reg. 6. *Impossibile nullum obligatio est.* I. Impossibile. ff. de reg. iur. Y siempre es licito defenderse contra los assaltos del enemigo, aunque acometa con titulo justo, aviendo prompto animo de satisfacerle por bien, cap. Si verò. el. 1. de sent. excommu. *Vim vi repellere omnes leges, omnia que iura permittunt.* y l. Sed, & partus. ff. de eo quod metus. *Cum liceat vim vi repellere, ut vim, atque iniuriam propulsemus.* Y aun en tal caso, que no sea posible, ni halle camino, ni modo para tratar con los Ygolotes de composicion, paz, y recompensacion, despues de averla procurado, podrán los de dicho pueblo hazer guerra invasiva, y ofensiva; porque no dando lugar los Ygolotes a tratar de la satisfacion, que les quieren dar los de dicho pueblo, es como si no quisieran la satisfacion, y recompensa, especialmente llegando a saber los Ygolotes, que tratan los de dicho pueblo de ofrecerles satisfacion, y restitucion de los daños, que es cosa cierta, que lo llegarán a saber, si los de dicho pueblo cumplen con verdad su obligacion, procurando, e instando con los amigos, y conocidos del Ygolote, y con los que le comunican, que le hagan sabidor, como están promptos a satisfacerle los daños hechos, y buscar camino, y modo para efectuarlo.



## H V R T O.

## CONSULTA II.

## PROPOSTA.

Q Vé cantidad (hablando comunmente) será pecado mortal entre los Indios en materia de hurto, de fuerte que debaxo del mismo pecado mortal aya obligacion de restituir?

## PARECER C.X.

17. R Espondese, que hurtar dos reales a vn Indio, será regularmente pecado mortal. Para que la razon de esto conste, se ha de advertir, que de dos maneras diferentes averiguan los Doctores la gravedad, ó poquedad de la materia del hurto. Vnos dizen, que se ha de atender precisamente segun el daño, que se haze al proximo; porque el hurto por esto es pecado, por que es contra la caridad, que se debe al proximo, y en tanto es el hurto contra la caridad, en quanto haze daño, y molestia al proximo: y si la molestia, y daño, que el proximo recibe, es leue, será pecado venial; si es graue, será pecado mortal. De aqui coligen, que si el hurto se haze a vn hombre muy rico, que abunda mucho de hazienda, será pecado mortal la cantidad de doze reales, segun algunos Doctores, y segun otros vn ducado, que son onze reales, y segun otros diez reales. Veanse Marcancio in ref. Pastor ad Decalog. cap. 7. q. 2. Bonac. de contract. disp. 2. q. 8. pun. 1. y Diana, 5. part. tract. 5. ref. 34. y part. 1. tract. 6. ref. 36. donde cita a muchos. Y si el hurto se haze a hombre, que tiene medianamente hazienda, que no ha menester trabajar para passar la vida, será pecado mortal la cantidad de quatro reales, segun vnos Autores, y segun otros la de seis. Si el hurto se haze a personas pobres, que buscan su sustento con su trabajo, y sudor de su rostro, será pecado mortal la cantidad de dos reales; y si se hurta a vn pobre mendigo vn real, y aun medio, es pecado mortal. A los Indios pongo en la tercera classe entre los que con su trabajo se sustentan, y assi dos reales que les hurte, es pecado mortal: aunque tambien ay algunos tan pobres, y desdichados, que vn real, y aun medio les haze grandissima falta, y será en tal caso pecado mortal hurtarles medio real; como respecto de algunos (muy pocos) que viuen con descanso,



con muchos esclavos, y oro, no será pecado mortal, no llegando el hurto a seis, ó quatro reales.

18. Otro modo de averiguar la grauedad, ó parvidad de la materia del hurto, es, poniendo vna cantidad por materia graue de su naturaleza, la qual siempre constituye pecado mortal, hurtar a pobres, ó a ricos: y no llegando a aquella cantidad el hurto, es pecado venial de su naturaleza, y por razon de su objeto; pero algunas vezes será pecado mortal por razon del graue daño, y molestia, que causa al proximo: y este modo de decir, y explicar la materia del hurto, me parece mejor. La razon desto es, porque el hurto de materia considerable, aunque se haga a vn hombre muy rico, dize graue desigualdad, ó injusticia, porque en tal caso el rico tiene cantidad graue menos de lo suyo, y de lo que le pertenece, y debe tener: y el ladrón tiene cantidad graue mas, en lo qual consiste formalmente la razon de injusticia. Y Santo Thomas 2.2 q. 59. art. 4. prueba como la injusticia es pecado mortal, siendo la materia notable, y capaz de obligacion graue; y q. 66 art. 6. prueba, que el hurto de su naturaleza, y de su genero, es pecado mortal: y assi siendo la materia notable, de suerte que el hurto sea absolutamente hurto. (y no secundum quid por parvidad de materia) es pecado mortal, aunque se haga a persona muy rica, que no le haga falta, ni reciba daño, ni detrimento notable. Y se colige claramente del Derecho, cap. Forte. 24. q. 5. donde condena por pecado mortal hurtar a los ricos para dar limosna a los pobres, y dize, que esto no disminuye al pecado, sino lo agrava: *Huiusmodi cogitatio ex diaboli calliditate suggeritur, nam etiam si totum tribuat pauperibus, quod abstulerit, addit potius peccata quam minuat.* Y assi para que el hurto sea pecado mortal, no es menester que se haga daño, ó molestia notable, ó sensible: como si a Manuel de tal (quando vivia) le hurtassen diez pesos, no le hiziera daño, ni molestia, pues el señor Governador Don N. le sacò de vn golpe quarenta mil pesos, y le quedò muchissimo, como se ha visto aora en su muerte; y no obstante sería pecado mortal, y no ay quien niegue esto: porque aunque *per accidens*, por razon de ser tan abundante el sujeto, no sienta la falta de diez pesos, ni de ciento, ni de mil; con todo esto, estas cantidades son de su naturaleza graues, y hazen graue desigualdad, y graue injusticia. Y esto se vé mas claramente en el que hurta a muchos, a cada vno cosa poca, y haze vna grande cantidad, peca mortalmente segun todos

los Doctores, porque es injusticia graue, y desigualdad, pues tiene mucha cantidad mas de lo suyo, y de lo que debe tener, y con todo esto ninguno ha recibido notable detrimento. Demás de esto, aunque la materia sea leue, si el daño, y molestia, que se haze, es graue, será pecado mortal: y esto no solamente se entiende quando por hurtar vna cosa poca destruyò mucho, como el que por hurtar vna poca de fruta, que valia medio real, destruyò vna sementera: y no solamente se entiende quando por falta de la cosa hurtada incurrió el dueño en graue daño, como si a vn zapatero le hurtan la alicina, y a vn Indio el bolo, ó cuchillo, y dexa de trabajar por falta de instrumento, le debe satisfacer el ladrón todo lo que dexò de ganar; sino tambien se entiende quando no se le sigue daño en otros bienes; pero la falta de aquella cosa, que le hurtaron, por su pobreza le es de mucha molestia, trabajo, ó incomodidad: como si a vn pobre le quitan lo poco, que tenia que comer aquel dia, por lo qual no teniendo otra cosa passá mucha hambre, y miseria, ó si para buscar otra cosa, que coma su familia, passó mucho trabajo, y molestia; en estos casos, aunque por razon de la materia (siendo leue) no es capaz de obligacion graue, pero es pecado mortal, por razon del daño, y molestia graue, que se hizo al proximo. Coligese esto de Santo Thomas 2.2 q. 59. art. 4. ad 2. donde dize, que el hurto de cosa poca no es pecado mortal, no haziendose con daño considerable; y lo mismo dize q. 66. art. 6. ad 3. De donde se colige, que si con el hurto de cosa leue se hizo molestia graue, es pecado mortal. Y lo explica Silveit. in Summ. verb. Furtum. n. 5. donde dize, que quitandole a vn pobre vn huevo, el qual avia de vender para comprar pan que comer aquel dia, es pecado mortal, porque le dexa sin comer en graue necesidad: y la razon lo convence; porque aunque lo hurtado sea muy poco, si el daño del proximo es graue, se le ofende mucho, y se vá en cosa graue contra la caridad, y assi es pecado mortal. Si en vrgente necesidad es pecado mortal no dar limosna vn poco de arroz al pobre, que perece de hambre; por mayor razon será pecado mortal ponerlo en aquella necesidad, quitandole aquello poco que tenia. Este argumento haze el gran Padre de la Iglesia San Agustín, tom. 4. lib. de fide, & oper. cap. 15. *An forte ibunt in ignem aeternum, qui opera misericordia non fecerunt, & non ibunt, qui aliena rapuerunt.* Esto supuesto, veamos aora qual será de su naturaleza materia graue, que respecto de qualquiera sea pecado mortal. En España vide, que comun-

## CONSULTA III.

Sobre que hará vno, que comprò a sabiendiss algo del ladrón, para no perder su dinero?

## PROPUESTA.

Señor, que vino vn Español, y me vendió dos picos de hierro, dudé si era hurtado de la Nao de Castilla, dixome, que no, que lo avia comprado, y por vna necesidad lo vendia; y finalmente, pagado ya el hierro, me lo fue alabando, que era muy bueno, por que era de la Nao, diziendome como de secreto. Aora hazen inquisicion sobre el hierro, que ha faltado en la Nao; y como venia por cuenta del Capitan, y Maestre N. que ha muerto, el Rey se ha de echar sobre la hacienda del difunto para reintegrarse con lo qual es hurto hecho al Capitan, y Maestre. Yo veo que ha de aver dificultad en cobrar el dinero, que son mas de doce pesos: que consejo me dará V. R. para no perder este dinero? que yo determinado estoy de buscar al tal hombre, y pedirle el dinero; pero *hoc opus hic labor.*

## PARECER CXI.

19. Responde, que esse hierro no es de V. R. porque el ladrón no puede transferir el dominio de lo que no era suyo; porque ninguno puede transferir en el otro mas dominio del que él tiene en la cosa. Lo que se avia de aver hecho, es, luego que esse hombre se explicó de secreto, que esse hierro era de la Nao, se le avia de pedir el dinero que tenia, y le era fácil bolverlo, y entregarle su hierro; y no averlo hecho assi, fue otro yerro, aunque moral. De essa manera se le daba a entender la deformidad de vender, y comprar cosas hurtadas, y de retenerlas, y era sermón a tiempo apto, y se cobraba facilmente el dinero, y se rescindia suaviter el contrato, que quasi estava inferi.

20. Para el remedio ay aora dos opiniones. La vna, que se debe bolver el hierro al dueño, y procurar cobrar el dinero del ladrón que lo vendió. La otra, que puede bolverle el hierro, y pedirle el dinero. Esta segunda opinion es muy probable, y tiene buen fundamento, porque ninguno está obligado a poner en mejor estado la cosa agena a costa suya, y el ladrón, si no le buelven el hierro, no querrá bolver el dinero. Puede V. R. darle el hierro al que se lo vendió,

mente se tenia por materia graue cantidad de quatro reales, y assi lo afirma Sanchez in Summ. lib. 7. cap. 20. num. 3. y 5. En Indias ay mas plata, y el dinero tiene menos estimacion, juzgo que vn peso es por acá materia graue de su naturaleza, y a qualquiera que se hurte será pecado mortal: y siendo el hurto de siete reales, ó menos, no es pecado mortal por razon de la materia; pero lo será si por la pobreza de aquel a quien lo hurtan, ó por otra causa se le haze notable daño, ó molestia. A los Indios, que se sustentan de su trabajo, y sementeras, les es graue daño, molestia, y pesadumbre el hurto de dos reales, que les hagan, y es para ellos notable falta por su pobreza, y assi lo tengo por pecado mortal. Lo mismo digo, si a vn soldado de los pocos, que viuen ajuitadamente sin robar, si de los doce reales, que les dán de socorro para el sustento, les hurtassen dos, les hazen grauissima falta, y es pecado mortal. A los soldados, que luego que les dán el socorro lo juegan, y siempre viuen de lo que hurtan, no es pecado mortal, si no les hurtan lo que es materia graue de su naturaleza, porque no se les haze daño especial: si les hurtan quatro reales, no reciben otro daño, sino tener menos que jugar. El hurto, que se haze a vn Indio, que tiene esclavos, y oro, no será pecado mortal, si no llega a peso, por la regla general dicha de la materia graue; porque no recibe de hurtillos menores detrimento especial. A los Indios desdichados, que de ordinario les falta el sustento necesario, y se andan empeñando a si, y a sus hijos para comer ellos, ó su familia, es pecado mortal hurtarles vn real, que a su cortedad es mucha falta, y graue molestia. Si en la casa de vn Indio tienen vn dia que comer comida, que vale vna barrilla, y hurtandose la, se quedan aquel dia sin comer, ó padecen gran trabajo, molestia, ó afliccion en averlo de buscar para aquel dia, es pecado mortal. Este segundo modo de explicar la grauedad de los hurtos es mejor, porque se funda en razon mas clara, y en fundamento mas firme.



dió, bolviendo el dinero, y si no lo quisiere bolver, amenazarle de que irá al señor Governador, ò Castellano, y manifestará el hierro: y en caso que buelva el dinero, se le ha de aconsejar, que restituya el hierro.

## CONSULTA IV.

*Acerca de la obligacion, que tiene el que recibe algo a sabiendas del ladrón.*

## PROPVESTA.

**V**N hombre passá necesidades, y en ellas le socorre vna esclava de su suegro, que hurta largamente al amo, con que ella tiene con que triunfar, y con que socorrer a este hombre, que demás de estar enfermo es muy gastador, y quando se casó recibió todo lo que podia pertenecer a la herencia de su muger. Preguntase a qué estará este hombre obligado? Dize él, que mandará a la esclava, que no hurte; mas no es cosa, que conduce, ni haze al caso, para que ella dexé de hurta, pues en tal caso ella hurtará para sí, y para sus bellaquerias, y a este hombre no le dará cosa alguna. Y preguntado si su suegro es muy rico? respondió, que no, sino q tiene a su cargo hacienda del Rey, y que de esso le hurta.

## PARECER C.XII.

**21.** **R**espondese, que esse hombre está obligado a restituir todo lo que ha recibido de la esclava, porque él sabe, que es hurtado, y sabiendo que es hurtado, lo ha recibido con mala fé. Demás desto está obligado a restituir todo lo que la esclava hurta, y despercidia para sí, porque con su consentimiento, y aprobacion es causá moral de que ella hurte. Assi lo enseña nuestro Padre Santo Thomas 2.2.q.62.art.7. donde trae aquellos versillos.

*In sio consilium consensus, palpo recursus  
Participans, mutus, non obstant, non manifiestans.*

Y esse hombre está comprehendido en la obligacion de restituir todo lo que la esclava ha hurtado, por aquella particula *consensus*, y aun por la otra siguiente *palpo*; porque me parece caso imposible moralmente, que recibiendo quanto la negra le trae hurtado de su amo, y aguardando siempre recibir mas, dexé de aver allí consentimiento, y aprobacion de los hurtos, que la esclava haze, con que ella se anima a continuarlos: y assi le ha de preguntar este punto, como se ha con la

esclava quando le trae cosas hurtadas? y qué palabras le dize? Si solamente se ha portado con ella, recibiendo lo que le ha dado sin aprobarle que hurte otra cosa, sino mostrándole de esso displicencia, deberá solamente restituir lo que ha recibido; pero tiene otra obligacion de caridad, que es avisarle a su suegro, que no se su hacienda de esa esclava: porque no recibiendo esse hombre mas de la negra, no se remedia el daño futuro, y es muy graue el que amenaza al suegro, por que de essa hacienda Real, que tiene a su cargo, le han de pedir cuentas, y perecerá en vna carcel, no teniendo con que pagar: y no por agradecer a vna negra, que le ha hecho complice, y participante de sus hurtos, ha de callar, y dexar a su suegro caer en tan graues peligros.

## CONSULTA V.

*Sobre si aviendo vna muger casada quitado en secreto a vna manceba de su marido todo el oro, y alhajas, que dicho su marido la avia dado, y ella, y su marido avian buscado con su trabajo, se le ha de obligar a que a dicha lo buelva, ò a lo menos la mitad; y esto en caso, que dichos casados tengan ya vn hijo al tiempo de la donacion?*

## PROPVESTA.

**V**N hombre casado, aviendo se amancebado, dió a la manceba cantidad de oro, que él, y su muger avian ganado con su trabajo: dióle cinco bacas, y algunos vestidos, que todavia le duran, y toda la comida necesaria. Despues el tal mancebo se arrepintió, dexó la muger, y reconcilióse con la propria, que quedó disgustada de su amancebamiento. La dicha muger viendo, que su marido avia dado el oro sobredicho, y que ya no era su mancebo, determinó quitar dicho oro, y de hecho lo hurtó todo, excepto las bacas, y algunos vestidos: Esto supuesto, los que la han confesado (segun me dixo) le dixeron restituyesse *in integrum*; y rehusando ella (porque dize, que lo que es suyo no lo ha de restituir) los Padres sus Confesores le dixeron perdonasse las deudas, que otras personas le debian, y ella las ha dexado sin pedir (no se con qué fundamento.) Aora dificulto yo, si se ha de obligar a restituir a esta muger a lo menos la mitad, que parece ser del marido, y como tal averla dado legitimamente, y la manceba aver adquirido verdadera posesion dello, ó si se puede dexar sin restituir nada, ò se debe obligar a que lo restituya todo?

Es

Es de advertir, que los dos casados tenian ya vn hijo: a mí me parece imposible reducirla a que restituya, por no poderla sacar de que lo que hurtó es suyo. Por el presente a lo menos no se le puede obligar a restituir, por que la acusa delante del Padre, de que hurtó el dicho oro, por averle cogido parte del; pero averiguarle no se puede nada *in iudice*, por aver testigos de vna, y otra parte (cosa de Indios). y assi si se le obliga aora a restituir, ya se vé corre riesgo su credito; y aun ella dize, que si el marido lo sabe la matará. Esto no creo, aunque entiendo avrá entre los dos algunos disgustos, y acaso se harán mal casados. Este es el caso, V. R. perdone lo dilatado, que porque no quede nada he sido tan largo. Suplico a V. R. se sirva de resolver, qué debo hazer, y aconsejar a esta muger?

## PARECER C.XIII.

**22.** **R**espondese, que no se le ha de obligar a essa muger a que buelva cosa alguna de las que furtivamente quitó a la otra muger, que fue manceba de su marido. Antes de probar esto se ha de suponer, que la concubina lícitamente recibe la paga por el servicio vil, que haze al hombre, acomodando su cuerpo a su gusto, y voluntad, y el hombre tiene obligacion a pagarle lo que merece, ò vale aquel servicio natural, y no puede bolverse a quitar él, ni otra persona alguna, porque lo que assi ganó es cosa de la muger, que ya tiene de ello dominio justo, como de cosa ganada con su trabajo, y ocupacion. Esto consta expresamente del Derecho, l. Idem si. ff. de condict. ob turpem causam. *Quod meretrici datur, repeti non potest, illa enim turpiter facit, quod si meretrix; non turpiter accipit, cum sit meretrix.* Y l. Vbi autem. del mismo tit. *Vbi autem, & dantis, & accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus veluti si pecunia detur; ut male indicetur.* Y lo enseña Santo Thomas 2.2.q.32.art.7. *Est aliquid illicitum quod non quia ipsa acquisitio sit illicita, sed quia id ex quo acquiritur est illicitum sicut patet de eo, quod mulier acquirit per meretricium, & hoc proprie vocatur turpe lucrum: quod enim mulier meretricium exercent turpiter agit, & contra legem Dei. Sed in eo quod accipit, non iniuste agit, nec contra legem unde quod sic illicite acquisitum est, retineri potest.* De todo lo dicho consta, que todo lo que avia recibido en precio de su trabajo la manceba era suyo, y qualquiera que se lo quitasse estaria obligado a restituirle: y en esta doctrina se fundarian

los Confesores, que mandaron a essa muger restituir lo que avia tomado *furtive* a la manceba de su marido; pero pudieran aver reparado, que tanta cantidad, como oro, bacas, vestidos, y todo el sustento necesario, es cosa muy exorbitante, y excessiva al precio, que merece el servicio vil de la torpeza, cuyo precio no puede exceder al sustento ordinario de aquel dia. Prou. 6. *Pratum scortis vix est unius panis.* El Sagrado Texto dize, que el precio, que corresponde al fragil, y miserable servicio, que haze vna muger a vn hombre dándole copia de su cuerpo, es vn pan quando mas. Por vn pan se entiende el sustento, y comida de aquel dia: y aunque comunmente los Autores assientan, en que por algunas circunstancias puede crecer el precio debido por tales actos, como por la pérdida del fello virginal, ò por ser la muger de mucho honor, ò autoridad, que pierde mucho; pero en vna pobre India, donde no ay circunstancia releuante, y aunque la huviesse avido donzella, en ellas comunmente no se estima en mucho esta circunstancia, ni pierden mucho en la reputacion por perderla, no ay causa, ni razon por la qual crezca el precio mas del referido del sustento de aquel dia: y si la tiene de assiento mucho tiempo, le pagó bastantemente con averla sustentado todo el tiempo, que ella tuvo su cuerpo sujeto, y preparado para que el hombre usara del a su voluntad: y en todo lo demás, que le dió, excede al precio debido, y se ha de reducir a donacion graciosa. Esso supuesto se ha de considerar la cantidad, que dicho hombre casado pudo dar graciosamente, que essa no es lícito quitarla, y se le deberá restituir; pero lo que excedió a dicha cantidad; que pudo donarle, debia ella restituir, y assi no fue pecado quitarle: porque no es posible, que essa pobre India pudiesse cobrar de otra forma, ni por justicia, sin muchos gastos, y molestias, y assi no ay obligacion de restituirle. Que no pudiesse hazerle donacion graciosa validamente de toda la cantidad referida, se prueba con tres razones.

**23.** La primera, porque toda la hacienda, que durante el matrimonio se gana, que se llaman bienes gananciales; a diferencia de los que cada vno traxo quando contraxeron matrimonio, es de ambos consortes por iguales partes. Assi lo disponen las leyes del Reyno en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 9. l. 2. que dize assi: *Toda cosa, que el marido, y la muger ganaren, ò compraren estando consuno, ay enlo ambos por medio.* Y aunque la muger no huviesse ganado cosa alguna, sino

fino que el marido lo huvieſſe ganado todo con ſu trabajo, todo lo que aſſi ſe ganalle durante el matrimonio es de ambos, como explica la ley 5. del miſmo titulo, que dize: *Los frutos, y rentas, y los otros bienes, que fueron ganados, o mejorados durante el matrimonio, que ambos los ayan de conſumo.* De fuerte, que qualquiera coſa, que adquiere, o gana con ſu induſtria, o trabajo qualquiera de los caſados, que hazen vida maridable, es de ambos igualmente, y en muriendo vno de los caſados, ſe lleva el otro la mitad, como diſpone la ley 6. del miſmo titulo: y con tan gran rigor quieren las leyes, que eſto ſe obſerve, que diſponen, que todos los bienes, que ſe hallare tener los caſados, ſe deben partir entre ambos, exceptos ſolamente los bienes, que conſtare por legitimos inſtrumentos, o probanças, que los traxo al matrimonio alguno de los caſados, o los heredò, y no ſe ganaron viviendo caſados. Aſſi conſta de la ley 1. del miſmo titulo, que dize aſſi: *Los bienes, que han marido, y muger ſon de ambos por medio, ſalvo los que probare cada vno, que ſon ſuyos apartadamente, y aſſi mandamos, que ſe guarde por ley.* De aqui coligen algunos Doctores, que qualquiera deſperdicio notable de hacienda, que haze vn hombre caſado, o en juegos, o en mugeres, o en otros gaſtos, que debiera eſcuſar, ha de ſer a cuenta de ſu mitad de los gananciales, y no puede gaſtar, ni diſponer de la mitad perteneciente a la muger. Pero eſta ſentencia no es la verdadera, porque las leyes del Reyno, como aſſeguran a la muger ſu dote, y todo lo que traxo al matrimonio, y lo que deſpues huviere heredado, de fuerte, que aunque al marido no le quede coſa alguna de lo que traxo, ſe ha de enterar primero lo que la muger traxo; aſſi no quiſieron aſſegurarle gananciales, ſino que le dãn al marido facultad, o permiſſion para que gaſte, y enagene ſin conſentimiento de la muger: y ſi al tiempo que ſe diſuelva el matrimonio, o por muerte del vno, o por otra qualquiera cauſa, lleue la muger, o ſus herederos la mitad de los gananciales, ſi los huviere deſpues de aver ſacado cada vno lo que traxo al matrimonio; y ſi entonces no los huviere, aunque los aya avido, y el marido los aya gaſtado, y conſumido, no ſe le deben a la muger gananciales. Aſſi conſta de las leyes del Reyno, lib. 5. Nouæ Recop. tit. 9. l. 5. *Los bienes, que fueren ganados, y multiplicados durante el matrimonio, los pueda enagenar el marido durante el matrimonio ſin licencia de ſu muger, y el contrato de enagenar*

*miento vala: ſalvo ſi fuere probado, que ſe hizo cauteſamente por defraudar, o damnificar a la muger.* Eſta ley fauorece mucho al marido, para que pueda gaſtar de los gananciales, ſin que la muger tenga accion, ni titulo para cobrarlos, ni para pedir que ſe le reſtituyan. No obſtante eſto en el caſo preſente ſe le debe a la muger la mitad de los gananciales, que ſu marido diò; porque la dicha ley pone vna excepcion, de que en probandote fraude de que el marido gaſtò, o enageneò los gananciales para damnificar en eſto a ſu muger, ſe le debe reſtituir a la muger la mitad de los gananciales, que ſe avian ya adquirido. Y eſta probança ſe requiere para el fuero externo, que en el interno baltta la preſuncion bien fundada, de que los gaſtò con dicho fraude: y comunmente los Doctores preſumen fraude en el marido, que haze donaciones exceſſivas de los gananciales, de que las haze cauteſamente para defraudar a ſu muger. Veaneſe a Nauarro in Man. cap. 17. num. 155. y Gutierrez in qq. pract. lib. 2. q. 121. Molina el Theolog. de iuſt. tract. 2. diſp. 275. Molina el Jurista de primog. lib. 2. cap. 10. num. 65. Y que eſto eſta pueſto en practica, y ſe obſerva comunmente en los Reynos de Eſpaña, lo afirman Gregorio Lopez, part. 5. tit. 10. l. 13. y Antonio Gomez ſobre la ley 50. de Toro, num. 75. Demàs de eſto la dicha ley de el Reyno no dá al marido permiſſo para hazer donaciones de los bienes gananciales, ſino para enagenar, y hazer contratos: y en eſto no ſe entienda facultad de hazer donaciones, como conſta del Derecho, cap. Cum in generali de offic. Vicarij. *Nec regulariter donare valet is cui bonorum administratio etiam libera eſt conceſſa.* Y l. Procurator cui. ff. de procur. ſe determina, que aquel a quien eſta cometida la adminiſtracion de la hacienda generalmente, ſin restriccion alguna, puede permutar, enagenar, y diſponer de los bienes; pero no puede hazer donacion. Y en las leyes del Reyno, lib. 5. tit. 9. l. 6. ſe determina, que el marido, y la muger diſuelto el matrimonio, pueden diſponer libremente de los bienes gananciales, ſin eſtar obligados a reſervar la propiedad, o el uſufructo de ellos a los hijos, que huvieron en el matrimonio en que los ganaron: y no obſtante eſta plena facultad, que les dãn las leyes, no pueden hazer donacion de dichos bienes; y ſi alguna donacion hizieren, deben reſtituirla a ſus hijos de el quinto de ſus bienes, de que pudieran diſponer por ſu alma. Aſſi conſta de las leyes del

del Reyno, cuyos textos ſe pondrán en la ſegunda razon. De aqui conſta, que aunque el marido tiene libre adminiſtracion de todos los bienes gananciales, y plena facultad para enagenarlos, y hazer qualquiera contrato, porque las leyes del Reyno ſe lo conceden; pero no tiene facultad para hazer donaciones graciosas de ellos. Por lo qual ſi hiziere alguna donacion quantioſa, debe ſer a cuenta de la mitad, que le pertenece a el, y en lo que diere mas perteneciente a la mitad de la muger, es la donacion nula, y no teniendo el marido de que pagarla, la debe reſtituir quien la recibió, y la muger damnificada pudo licitamente quitarle ſu parte, y hazerſe pago, por ſerle diſcultoſiſſimo cobrar por juſticia. Adviertate, que por eſta razon pudo quitarle ſolamente la mitad de lo que le diò ſu marido por donacion, contando el precio de las bacas, y veſtidos, y del oro, y lo demás lo debiera reſtituir; pero las otras dos razones ſiguientes le eſcuſan de reſtituir coſa alguna.

24. Segunda razon: el que tiene hijos legitimos, no puede hazer donacion en vida, ni en muerte, que exceda a la quinta parte de ſu hacienda. Aſſi ſe determina en las leyes del Reyno, l. 28. Tauri, y en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 6. l. 12. *El que tuviere ſijo, o deſcendiente legitimo, pueda hazer donacion haſta la quinta parte de ſus bienes, y no mas.* Y mas abaxo: *Puedan mandar teniendo ſijos, o deſcendientes legitimos al tiempo de ſu muerte, la quinta parte de ſus bienes.* Y mas abaxo: *No pueda mandar mas de vn quinto de ſus bienes en vida, y en muerte.* Y part. 5. tit. 4. l. 8. *Si por ventura alguno, que huviere ſijos legitimos, quiſiere hazer donacion a otro, puedelo hazer en tal manera, que todavia ſinque en ſalvo a los ſijos la ſu parte legitima, tambien en vida de ſu padre, como deſpues de la ſu muerte. E ſi el padre fiziere mayor donacion, puedenla revocar los ſijos haſta en la quantia de ſu parte legitima.* De aqui ſe colige, que el padre, o madre, que tiene hijos legitimos, no tiene facultad de hazer donacion en vida, ni en muerte, que exceda al quinto de ſus bienes, y ſi la hiziere, es nula en el exceſſo, que haze al quinto, y el que lo recibió lo debe reſtituir. Ni de todo el quinto puede hazer donacion, porque en la l. 13. Nouæ Recop. tit. 6. lib. 5. ſe determina, que *la cera, Miſſas, y gaſtos del entierro ſe ſaquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del difunto, y no del cuerpo de bienes, aunque el reſtador mande lo contrario.* Por lo qual ſi eſte hombre tiene algun hijo legitimo viuo, no pudo

dar a ſu concubina mas de la quinta parte de la hacienda, que a el pertenecia, de tal manera, que haciendo cuenta de todo el valor que tiene, todo lo que le diò por donacion, oro, bacas, y veſtidos, de aſi ſe ha de deſcontar lo que pertenece a los gananciales de ſu legitima muger, que eſto no ſe le pudo dar, ni ella adquirió dominio de ello. Luego la otra parte perteneciente al marido, que hizo la donacion, ſe ha de hazer cinco partes, y las quatro no pudo dar, que eran de ſu hijo. Aora ſe ha de conſiderar ſi las bacas, y veſtidos equivalen a la dicha quinta parte, que en tal caſo ſe le deben dexar; y ſi el valor de las bacas, y veſtidos es mas de la quinta parte, ſe le puede quitar mas; pero ſi el oro fueſſe mucha cantidad, de tal fuerte, que las bacas, y veſtidos no llegafſen a hazer el quinto, ſino que valieſſe el oro mucho mas: en tal caſo, ſegun eſta razon, ſe le deberia reſtituir algun poco de oro, haſta enterar la quinta parte de la mitad, que pertenece al marido, menos lo que ſe puede gaſtar en ſu entierro quando ſe muera. Porque la pregunta dize, que eſte hombre tenia hijo legitimo, y no dize tiene, ſe debe advertir, que ſi el dicho hombre ya no tiene hijo legitimo viuo, no corre eſta razon, y ſe avra de recurrir a la primera, y tercera ſiguiente.

25. Tercera razon: ſupongamos que eſte hombre no tenga hijo legitimo, y que no eſtè caſado, o no tenga parte ſu muger en lo que diò a la concubina: en tal caſo es cierto, que validamente le pudo dar no ſolamente el precio de ſu ſervicio, y ocupacion, ſino tambien por donacion gracioſa todo quanto quiſieſſe, y la donacion ſeria valida, y paſſaria el dominio a la concubina, y ninguno ſe lo pudiera quitar. Pero eſta en opiniones, de ſi la concubina taſcaſſe con blandicias, y demaſiados halagos alguna cantidad notable, eſtaria obligada a reſtituirla. Algunos Doctores afirman, que ſi, porque los demaſiados halagos fueran a la voluntad, y la donacion, que ſe haze por fuerza, y coacta, no es valida. Pero la mas comun, mas probable, y verdadera ſentencia es, que la donacion hecha por halagos, y blandicias es valida, porque los halagos, y blandicias atraen a la voluntad, y al amor, y aſſi no hazen a la donacion coacta, ni involuntaria, antes las blandicias aumentan el afeſto, y voluntad de dar. Eſta es doctrina de Santo Thomas 1.2. q. 6. art. 7. donde prueba, que la concupiſcencia no cauſa involuntario, antes haze, que ſe haga con mas voluntad; pero ſi la con-



cubina no solamente yfara de halagos, y palabras amorosas para sacar donaciones excefsivas al hombre, fino tambien de fraudes, o mentiras, deberia restituir lo que allí sacafse, como dize Santo Thomas 2.2. q. 62. art. 5. ad 2. *Mulier potest sibi retinere, quod ei datum est: sed si superflue ad fraudem, vel dolum extorsisset tenetur eidem restituere.* Y allí Cayetano: *Licet mulier possit sibi retinere ex meretricio actu acquisita sine dolo, & fraude, que tamen acquisiuit ex simulatis verbis, aut factis tenetur restituere.* Y en esto concuerdan comunmente todos los Doctores, por que lo que se dá por fraude del que lo recibe, no se dá con voluntad; y consta de el Derecho, l. Siquid dolo. ff. siquis in fraudem. *Omne quodcumque in fraudem patroni gestum est, renocatur.* Y l. Ait prætor. ff. que in fraudem. *Quodcumque igitur fraudis causi factum est videtur his verbis renocari, qualecumque fuerit.* Y en dadiuas muy exorbitantes, y excefsivas, como son todo el oro, que tenían marido, y muger, y las bacas, y vestidos, en caudal tan corto como el de vn Indio se presume, que interviniéron fraudes, y engaños de la muger; porque no es creible, que el hombre se despoñe de quanto tenia, si la concubina no le engañasse, ó fingiendo necesidades extraordinarias, ó otros titulos por donde le fue sacando tantas cosas: y allí juzgo, que con segura conciencia puede esta muger quedarle con todo el oro, que quitó a la que fue concubina de su marido, que el dicho marido le avia dado, por las tres razones referidas, que *adnuicem* se ayudan vnas a otras; dexandole a la dicha concubina el sustento, que le dió todo el tiempo del amancebamiento, y los vestidos, que aun todavia le duran, y las bacas, allí por lo que sirvió al dicho marido en aquel vil officio, como por lo que se entiende, que le pudo dar, y le daría de su voluntad.

26. Y a la dicha muger casada se le ha de advertir, que tiene obligacion de dar a su marido la mitad de los gananciales, que le tocan del oro, y que puede cobrar de todos los otros que le deben; porque para obligarla a perdonar las cantidades, que otros le debian, no ay razon alguna, ni fundamento, ni esta remission de deudas de otros conduce cosa alguna para justificar el quedarle con el oro, que quitó a la concubina, si lo debiesse.

## CONSULTA VI.

*Sobre si el que hurtò, ò quitò a otro una cosa, que no se ha de restituir en su propria especie, deba no solo restituir su valor, sino tambien lo que avia el dueño de ganar con ella, siendo cierta la ganancia?*

## PROPUESTA.

Vna persona compró en la Nueva-España plata para labrar vna pieza, ò tela, que de hecho labró aqui en el Parian, con intento de llevarla a la Nueva-España para venderla allí. Supo otra persona, que tenia aquel hombre aquella pieza, pidiólela para cortar de ella vna gala, diólela reconviéndole la tenia para vender en la Nueva-España, y allí que se la avia de pagar bien. No se convinieron en el precio, y como el otro la tenia ya en su casa, quitóle de cuentas, y de cuentos, y cortó de ella vn vestido. El dueño pide su pieza, que no la quiere vender tan barata, y el otro rehusa de darle el dinero que pide, y bolverle la pieza ya no es possible, por estar ya cortada, y en el Parian no ay otra como ella. Viendo el dueño esto, pide, que por lo menos le pague el precio de los materiales, y de la hechura, porque el con la tal persona no se atreue a poner en pleytos. Preguntase, si aunque el dueño de la pieza se convenga en que le dé los gastos de los materiales, y de la hechura, si el otro estará obligado a darle mas, atento que avia de ganar mas en ella en la Nueva-España? y si le obligará a ello el Confessor, quiero dezir, si el Confessor estará obligado a mandarle le dé algun dinero mas, y quanto será lo que prudencialiter le podrá dar mas?

## PARECER C.XIV.

27. **R**espondese, que no està obligado a pagar todo aquello en que se avia de vender la pieza en la Nueva-España, porque para venderla allí restauan muchas dificultades que vencer, y muchos trabajos, y riesgos, y se podia impedir la venta tan distante por muchos modos. Allí se colige de Santo Thomas 2.2. q. 62. art. 2. ad 4. *Non tenetur ad æquale, quia illam nondum fuerat adeptus, & poterat multipliciter impediri.* Quando alguna cosa està lexos de adquirirse, y tiene sus riesgos, no vale tanto como si ya estuviessse poseída, y en esto concuerdan comunmente todos los Doctores.

Pero

28. Pero no satisface con igualdad pagandole solamente lo que le costaron los materiales, y hechuras; porque aver comprado en Nueva-España los materiales, y traídos a esta tierra, y aver procurado poner la tela en perfeccion con su diligencia, y cuidado, alguna cosa merecen mas, que las cantidades precisas, que ha desembolsado, pagando materiales, y hechura.

29. Para ajustar con puntualidad quanto se le pagará, de fuerte que quede segura la conciencia del que cortó la tela, se ha de notar, que ay dos opiniones. La vna dize, que quien damnifica en cosa de que se esperaua ganancia, debe pagar aquella ganancia, que el otro esperaua sacar, quitando de allí lo que podian montar los trabajos, y cuidados, que avia de passar el dueño para conseguir aquella ganancia; y tambien se avia de descontar algo por los riesgos, que avia de tener la cosa antes de llegar a conseguir la ganancia. Allí lo enseña Soto, lib. 4. de iust. q. 6. art. 3. y Bañez in 2. 2. q. 62. art. 4. Aragon; ibid. y comunmente los Thomistas. Segun esta opinion se ha de arbitrar con hombres practicos, quanto suele, ò puede valer en Nueva-España esta tela, y de esse precio se ha de rebaxar todo lo que se le avia de dar a vn tercero por beneficiarla, llevarla, venderla, y traer la plata: y demás desto se le ha de rebaxar alguna parte por los riesgos, que tiene en el viage la tela en la ida, y la plata en la venida. Pareceme, que por estos riesgos se le puede baxar la quinta parte de lo que pudiera valer allí.

30. La segunda opinion es de Lessio, lib. 2. cap. 11. dub. 19. y de otros muchos, que dizen, que la cosa no se ha de restituir segun las esperanças, que avia de valer mas en otra tierra, ò en otro tiempo, sino segun lo que valia al tiempo, y en la tierra donde se damnificó; porque todo lo demás, que valdrá en otro tiempo, ò en otra tierra, equivalen los cuidados, y trabajo de guardarla hasta otro tiempo, ò llevarla a otra tierra, y los riesgos, que todas las cosas de este mundo padecen. Segun esta vltima opinion, es mas facil el ajuste, aunque la primera es mas probable, y mas comun. Lo que será en el caso presente mas conforme a razon es, que se cometa la tasacion de essa pieza a persona entendida en la materia, que sea mercader, la qual se elija de consentimiento de ambas partes, y diga lo que le parece, que puede valer en esta tierra en estos tiempos dicha pieza, y la pague al mas subido precio, que aquí pudiera en estos

tiempos valer: como si dizen los tasadores, que valdrá la vara a treinta, ò a treinta y quatro reales, que la pague a treinta y quatro; porque allí de tal fuerte se figue la opinion de Lessio mas favorable al que cortó la tela, que no se aparta mucho de la otra opinion mas favorable al dueño: y aviendole quitado la tela, y cortandola contra su voluntad, sin quererla vender aqui, es conforme a justicia, que se le pague por lo menos al mas subido precio, que pudiera valer aquí en esta tierra, y a este le ha de obligar el Confessor, aunque el dueño de la tela diga, que se contenta con que le pague los materiales, y hechura, porque ello lo dize involuntario, por no atreuerle a litigar con el otro, que tiene mas valimento, como se colige del averle reconvenido, que la queria para venderla en la Nueva-España, y que se la avia de pagar bien. De aqui consta, que no fue su animo de hazer liberalidad alguna, ni cortesía en el precio, sino de venderla al precio mas subido, y esto està obligado a pagar el que la cortó, sabiendo esta voluntad de su dueño.

## CONSULTA VII.

*Sobre si avia camino para que (salva la justicia) se le pueda commutar la pena de muerte, y cortar la mano a vn mozo de veinte y tres años, por aver hurtado las joyas de cierta Iglesia?*

## PROPUESTA.

Vn mozo de veinte y tres años se quedó vna noche, víspera de la fiesta de nuestro Padre Santo Domingo, en la tribuna de San Joseph en el post coro, y quando ya estauan todos recogidos se descolgó a la tribuna de la Capilla del Rosario, y de allí a la Iglesia, y subió al Altar mayor, y robó las joyas, y oro con que estava adornada la Imagen de Santo Domingo, y con ellas se bolvió a subir por donde avia baxado, y se escondió en la misma tribuna de San Joseph, y quando abrieron las puertas para la Missa primera, se fue a la calle, y aquel mismo dia empezó a vender, y empuñar parte del oro, y satisfacer deudas, y trampas, que tenia, y a jugar del; con que descubierto, y preso, y sentenciado a ahorcar, y cortarle la mano, y fixarla enfrente de la puerta del Conuento de Santo Domingo, apeló a la Real Audiencia: pidió a los señores Oidores, que por su poca edad se

moderasse la pena; y rogóme vno de los señores, que viesse si avia alguna cosa en su favor, que está presto a favorecerle en lo que huviere lugar de gracia.

## PARECER C.XV.

31. **L**O que he hallado en favor del que robó las joyas de Santo Domingo, por ser de edad de veinte y tres años, es lo siguiente. En el Derecho Civil, l. Auxilium. ff. de minor. 25. annis. dize así: *In delictis autem minor annis 25. non meretur in integrum restitutionem proutque, in atrocioribus, nisi quatenus intenditur miseratione, etatis ad moderatam penam Iudicem perduxerit.* No le escusa totalmente de la pena; pero la compasión de la poca edad persuade a que no se le castigue con la pena ordinaria.

32. En el Canonico se halla vna Bula de Urbano VIII. que empieza *Apostolatus officium*, despachada a dos de Março de mil seiscientos y veinte y ocho, que en el Bulario es la Bula setenta y nueve deste Pontifice. En esta Bula haze mencion de otra de Clemente VIII. en que determinó, que los que no estando ordenados de Sacerdotes se atreueren a dezir Missa, ó a oír confesiones Sacramentales, sean relaxados al brazo Secular por los Inquisidores; y luego dize la Santidad de Urbano VIII. *Cum autem sicut accepimus, non nulli privilegio minoris etatis nimis temere confisi, & legum indulgentia freti penas à D. Clementis prædecessoris nostri constitutione in huiusmodi delinquentes statutas parvi pendere præsumant; nos detestantes, & quantum in nobis est cohibere volentes impiam ac nefariam horum temeritatem, qui atrocissimo hoc scelere Catholicam veritatem, que solos Presbyteros dictorum Sacramentorum ministros esse docuit, factò impugnat, negotio in Congregatione venerabilium fratrum nostrorum Sanctæ Romanæ Ecclesiæ Cardinalium Generalium Inquisitorum coram nobis habita mature discussio: :: statuimus, & decernimus ut de cætero, qui in posterum ad Sacrum Presbyteratus ordinem non promotus Missam celebrare, aut Sacramentalem Confessionem audire præsumperit, etate minori annis viginti quinque non excusetur, quo minus eidem Clementis constitutioni subijciatur, dum modo vigesimum suæ etatis annum compleverit.*

33. En estas palabras de la Bula Pontificia se deben notar dos puntos. El primero, que dize, que los de menor edad de veinte y cinco años tienen privilegio por la indul-

gencia de las leyes, para no ser castigados por sus delitos con la pena ordinaria, especialmente si esta es de muerte. El segundo, que por ser el delito de que trata esta Bula atrocissimo, contra la Fé, y enorme sacrilegio, determinó el Papa con los Cardenales, que sea castigado con la pena ordinaria de muerte, aunque sea menor de veinte y cinco años, y escusó (aun en delito tan atroz) al que tuviere menos de veinte cumplidos. De donde se colige, que por este delito, que es menor, se puede escusar por conmisericordia de los Juezes, al que no tiene los veinte y cinco años cumplidos. Revocaron la sentencia de muerte, y fue condenado en docientos azotes, y diez años de Galeras.

## CONSULTA VIII.

*Qué pena deba dar el juez por un homicidio no hecho de pensado?*

## PROVESTA.

**V**N Sangley infiel, llamado Guyosay, fue de la Prouincia de la Pampanga a Abucay a comprar vna banca: hospedóse en casa de otro Sangley infiel, llamado Tico, que se ocupaba en oficio de chinchorrero, el qual tenia vn criado Pangasinan, llamado Raymundo, que le servia de cozinero. Cerca de su casa vivia otro Sangley infiel, llamado Sannio, banquero, que tenia otro criado tambien Pangasinan, que le servia de bogador, llamado Juan. Y aviendose hospedado el dicho Guyosay en casa de Tico mas de dos semanas: estando ausentes Tico, y Sannio, y bolviendo ya cerca de la noche, hallaron muy mal herido a Guyosay con tres heridas grandes en la cabeza, todo ensangrentado, tendido en el suelo en la misma casa de Tico, y sin habla, y los dos Pangasinaes no parecieron. Llamaron al Padre, que viendo, que daua muestras de querer ser Christiano, lo bautizó, y puso por nombre Pedro: y preguntado dió a entender, que los Pangasinaes le avian herido, y quitado lo que tenia. El dia siguiente el Governador de Abucay hizo informacion, recibiendo por testigos a los que tenían su morada mas cerca de la casa de dicho Tico, y no hubo quien supiesse cosa alguna, porque dicha casa no está dentro de el pueblo de Abucay, sino en vna visitilla, llamada Balibago, que tiene pocas casas, y está distantes vnas de otras, y en la ocasion los habitadores no assistian en ellas. Por la

in-

informacion solamente contó, que avian herido el dia antecedente al dicho Sangley en la casa de Tico, y que se avian ausentado los dos Pangasinaes, por donde presumian ser ellos los malhechores. Al quarto dia llegó a Abucay vn Sangley Christiano, llamado Joseph, hermano del herido, que tiene su habitacion en la Prouincia de la Pampanga: cobró algunas alhajas, y herramienta de su hermano, cuyo oficio era faltar bancas: hizo diligencia para cobrar mas de cincuenta pesos, que dixo aver traído allí su hermano para comprar vna banca grande: no halló razon dellos, ni de otras alhajas, que dixo faltauan de las que su hermano avia traído. Murió luego el herido, y el hermano bolvió a la Pampanga: querellóse criminalmente de los dos Pangasinaes, como de homicidas, y de los dos Sangleyes, Tico, y Sannio, de que maliciosamente se ausentaron aquel dia, para que los Pangasinaes mataren a Guyosay, para quedar se ellos con el dinero. Pedia, que fuesen castigados por contentidores en el homicidio, y que le pagasen el dinero de su hermano, y demás alhajas. Dió informacion de que su hermano lleuaba dineros, y otras alhajas, quando partió de la Pampanga para Abucay. Traxeron presos a la Pampanga a Tico, y Sannio, los quales remitieron a su costa personas, que traxeron presos a los dos Pangasinaes: de estos se tomó declaracion. Raymundo dixo, que él pidió licencia a Guyosay para ir a Balibali a ver vna sembrera suya, y el Sangley dixo, que no queria que fuese. El Pangasinan dixo: No obstante quiero ir, porque no puedo esperar a mi amo a pedir la licencia, porque me cogirá la noche en el camino, y andan por allí Carabaos del monte, y me sucederá vna desgracia. Fuese a embarcar para pasar el rio: el Sangley le cogió de los cabellos, y lo traxo arrastrando a la casa, y allí le tenia debaxo dandole puñadas. Dió gritos el dicho Raymundo, vino el otro Pangasinan, y le dió con vn bolo en la cabeza, con que el Sangley quedó herido tendido en tierra, y ellos se huyeron. El otro Pangasinan Juan declaró, que el avia bebido vn poco de vino, y estava durmiendo en la banca, y oyó que su compañero gritaua, y tambien el Sangley: fue a ver qué era la causa, y halló que el Sangley estava sobre Raymundo dandole puñadas: procuró apartarlo, tirandole de los cabellos, no pudo, y buscando con que darle, no halló otra cosa sino vn bolo, y le dió con él tres golpes en la cabeza, hasta que cayó herido, y se escapó su

compañero, y ambos huyeron. Aora los dos Sangleyes presos, Tico, y Sannio, piden ser llevados de la prision, y que Joseph les pague las costas, que han hecho. Esta causa me remitió para su determinacion el Alcalde mayor.

## PARECER C.XVI.

34. **L**As causas, que v.m.d. me ha remitido hasta aora para su determinacion, las he despachado luego sin dilacion en forma, como Assessor por el auto de los señores de la Real Audiencia, que viendo la falta de Abogados, y Letrados legos, que al presente ay en Manila, determinaron, que las causas civiles se puedan remitir a alguna de quatro personas Eclesiasticas, que en dicho auto nombraron. De las causas criminales no nos haze Assesores, por no ser conforme a nuestro estado determinar como Assesores en ellas. No obstante esto no está prohibido, ni es illicito a los Eclesiasticos dar parecer, y voto consultiuo en semejantes causas, quando no son de calidad, que pidan sentencia de muerte, ó de mutilacion de miembro: por lo qual vide con toda atencion lo que v.m.d. me remite, con intento de que si la causa pedia segun Derecho sentencia de muerte, ó mutilacion, escusarme del todo de dar parecer en ella; pero aviendo hallado no ser la causa desta calidad, me he determinado a poner aqui mi parecer, y voto consultiuo, para que por él pueda v.m.d. dar la sentencia, y para que las partes, que son pobres, no padezcan con la dilacion. No respondo en forma de Assessor, sino en papel simple, por la causa referida: v. md. allá puede mandar al Escrivano, que la ponga en forma, diziendo, que con voto consultiuo de persona, que lo pudo dar, pronuncia dicha sentencia en la forma, que se dirá abaxo.

35. Primeramente debe v.m.d. declarar por libres, y absueltos de la culpa del homicidio a los dos Sangleyes llamados Tico, y Sannio, porque de la informacion, y autos no resulta culpa alguna contra ellos, mandando desembargar sus bienes, y que se les entrieguen. De la misma fuerte a Raymundo le debe v. md. dar por libre, y absuelto, porque no se prueba cosa alguna contra él; y segun Derecho en las causas criminales, para castigar al reo, deben ser las probanzas mas claras, que la luz del medio dia. *Sciunt C. de prob. Sciunt cuncti accusatores eam se, rem de ferre in publicam notionem debere, quam munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis*

*risimis documentis, vel indicijs ad probationem indubitatis, & luce clarioribus expedita.* Y aun dispone el Derecho, que es mas conforme a razon, que se queden sin castigo los culpados, que ponerse a riesgo de castigar a un inocente. l. Absentem. ff. de pœnis. *Satius est impunitum relinquere facinus nocentis, quam innocentem damnari.* El dicho Raymundo no consta, que aya hecho otra cosa, que clamar quando le estava maltratando el Sangley, y siempre tuvo derecho a clamar, para que le socorriesen contra el injusto ofensor, y quien usã de su derecho no haze agrauio. Assi consta del Derecho. ff. de reg. iur. l. Faltum. *Non videtur vini facere, qui iure suo vitatur.* y l. Nemo. *Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet.* Especialmente, que citando oprimido del Sangley, no hallò otro camino para defenderse, sino clamar para que le ayudassen. l. Scientiam. ff. ad leg. Aquil. *Qui cum aliter tueri se non possent damni culpam dederunt innocij sunt.* Y alli se summa esta ley: *Quod sit ad defensam, penam non meretur.* El que para su defensa clamò, no delinquirò, ni merece pena alguna.

36. La dificultad resta aora del otro Pangafinan llamado Juan, que acudiò a los clamores del otro, y diò al Sangley las heridas de que murió. Este no puede escusarse de la culpa del homicidio; lo primero, por que en el que haze daño enormissimo, qual fue las heridas tan grandes, que consta de la informacion, siempre se presume dolo, y animo de dañar, como afirman Paulo de Castro in l. Servo invito. ff. ad Trebell. §. Cum prætor. y Greg. Lop. in l. 10. tit. 19. p.6. Gloss. 6. in fine.

37. Lo segundo, porque no guardò la moderacion, que debia en la defensa del compañero, pues con menor daño, que hiziesse al Sangley, le pudo defender. Demás de esto, del instrumento con que le diò, que fue vn bolo, arma de hierro, y pesada, y de la parte en que le diò, que fue en la cabeza, en que se puede hazer mucho daño, se presume animo dañado de hazer daño enorme. Assi consta del Derecho, cap. Significasti de homic. volunt. donde se dá a vno por culpado en el homicidio, y digno de castigo, por aver herido a otro en la cabeza con vna hacha de cortar leña, sin guardar la moderacion de la propria defensa. *Quamvis vim vi repellere omnes leges omnia que iura permittant, quia tamen id debet fieri cum moderamine inculpate tutelæ non ad sumendam vindictam, sed ad iniuriam propulsandam non videtur à pena homicidij penitus excusari. Tum*

*ratione instrumenti cum quo ipse percussit, quod cum graue sit nõ solet leuem plagam inferre tum ratione partis in qua fuit ille percussus in modico ictu, quis lathaliter solet ladi.* No obstante, que segun justicia no se le puede dexar sin castigo, no se le puede imponer por el homicidio la pena ordinaria de muerte. Lo primero, por ser muchacho de diez y siete años, segun ambos Derechos, por la menor edad se minorã la pena, que merece el delito, cap. Sicut dignum de homic. *In excessibus singulorum non solum quantitas, & qualitas delicti: sed etas, scientia sexus, atque conditio delinquentis sunt attendenda, cum idem excessus magis sit in vno, quam in alio puniendus.* Y l. Auxilium. ff. de minoribus. se concede, que aun en los delitos mas atrozes, la compassion de la menor edad mueue al Juez para que le imponga menor pena. *In delictis minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem uti, qui in atrocioribus, nisi quatenus interdum miseratio etatis ad mediocrem penam Iudicem perduxerit.* Esta ley, como explica alli la Glossa, distingue tres generos de delitos, que puede cometer el que es menor de veinte y cinco años. El primero es quando el delito es graue, ó atroz, y dá a entender la ley, que entonces se puede conceder la restitucion *in integrum*, que quiere dezir, que sea el menor tenido por no delinquente. El segundo genero es de delitos mas atrozes, y entonces dize, que no se le puede conceder la dicha restitucion; pero que el Juez ha de mitigarle la pena, no dandole la pena ordinaria, que señalan las leyes a semejantes delitos, sino otra menor; pero que en los delitos atrocissimos se le ha de dar la pena ordinaria, que disponen las leyes. En el caso presente no fue atrocissimo el delito, porque no fue homicidio de pensado, ni con insidias, antes tuvo mucho de casual, è inopinado. Despertò del sueño, vido maltratar a su compañero, acudiò a socorrerlo, y sacarlo de las manos de el Sangley, que lo maltratava, y en el auxilio excedió los limites, y assi de ninguna fuerte es digno de pena de muerte, sino de mucho menor. La Santidad de Urbano VIII. en la Bula, que empieza *Apostolatus*, despachada a 13. de Março de 1628. siguiendo los passos de sus predecesores Clemente VIII. y Paulo IV. mandò, que los que celebrassen Missa sin ser Sacerdotes, ó oyessen confessions, fuesen entregados al brazo Secular para el vltimo suplicio: y añadió, que por este crimen tan horrendo no les valga a los menores de 25. años el perdon, que las leyes conceden a los menores, excepto si no huvieren cumplido 20. años: de fuerte, que en vn delito tan atroz, que

que el Papa quiso, que por el aun los menores de 27. años fuesen castigados con pena de muerte, exceptuò a los que no huviesen cumplido 20. años. Por estas causas tengo por cierto, que la pena, que a dicho Juan se puede dar por el homicidio del Sangley, es quatro años de Galeras.

38. Quanto a los cincuenta pesos, que pide Joseph hermano del difunto, que le paguen Tico, y Sannio, por dezir los tenia dicho difunto en casa de dichos dos Sangleyes, se les debe dar por libres de dicha demanda, porque no ay probança de que al tiempo que le hirieron tuviesse dicho dinero: menos ay prueba, ni presuncion razonable, que dichos Sangleyes lo recibiesen, ni quedassen con el; y por la misma causa los dos Indios Pangafinanes debẽ ser declarados por libres, y absueltos de dicha demanda, no obstante el dicho del Sangley herido, referido por Thomas de Aquino a foj. 17. que parece les culpa en esto; porque ni està bien expresado, antes està muy confuso, sin especificar quanto dinero le quitaron los Pangafinanes, ni qual de ellos, ni què fuerte, ò por què causa: y de la probança dada por Tico, y Sannio parece, que era bastantemente pobre el dicho Sangley difunto, que no podria tener cantidad de dinero: y en la informacion dada por Joseph, no se prueba suficientemente lo contrario.

39. Quanto a las costas, que Tico, y Sannio piden les pague Joseph hermano del Sangley difunto, le debe dar v. md. por absuelto, porque parece aver tenido justa causa, y titulo para litigar, y pedir contra los dichos; y en casos semejantes las leyes del Reyno escusan de pagar costas a los que litigaron, y perdieron el pleyto, part. 3. tit. 19. l. 8. que dize assi: *Si el Juez entendiere, que el vencido se mouerã por alguna derecha razon para demandar, ò defender su pleyto, no ha porque mandar, que pechen las costas.* Y mas abaxo dize la misma ley: *No debe el Juez condenar al vencido en las costas, que hizo el vencedor, quando aquellos, que los demandan, lo fazen a buena fé, cuidando que han derecho de lo fazer.* Y lo mismo se colige del Derecho, cap. Finem litibus. de dolo, & contumacia. y alli la Glossa dize, que no debe ser condenado en costas el que tuvo causa probable para litigar. Y cap. Calumnia de pœnis. *Andatiam temere litigantium condemnando in expensis sanctio imperialis compefcit.* Todo esto explica elegantemente el Derecho, l. Qui non probat. C. de calumniat. dize alli, que si se dá por libre al reo, porque el actor, ò acusador no probò, no debe ser condenado el acusador en costas; pero

si fue absuelto por causa de que fue absuelto por calumnia, debe ser el actor condenado en las costas, y entonces no se debe tener por calumniador el acusador, ò actor, quando el actor causò al parecer justa de litigar. *Qui non probasse crimen, quod intendit pronuntiare, si calumnia non damnatur, de iuramentis existimationis non putetur, non enim si reus absolutus est, ex eo solo accusator, qui potest iustam causam se ventendi ad criminis rationem, calumniator credendus est.*

40. El auto puede formarse desta fuerte. En la demanda, y causa criminal, puesta por Joseph Sangley Christiano, contra Tico, y Sannio Sangleyes infieles, y contra Raymundo, y Juan Indios Pangafinanes, sobre las heridas, que dieron a su hermano Pedro, de que murió, y sobre cantidad de dinero, y otras cosas, que en la misma ocasion le robaron.

41. Fallo, que el dicho Joseph no ha probado su querrela contra los dichos Sangleyes Tico, y Sannio, ni contra Raymundo Pangafinan, assi en quanto al homicidio, como en quanto al dinero, y demás cosas, que dize averle faltado, declarolo por no probado: y por el contrario los dichos reos han probado bien su excepcion, declarola por bien probada, y a todos tres los declaro por absueltos de ambos crímenes, que se les imputaban, y mando, que luego sean sueltos de la prision, y les leuanto el embargo de sus bienes, y mando, que luego les sean entregados.

42. Quanto a la persona de Juan, de nacion Pangafinan, fallo estar probado aver cometido el dicho homicidio, y atendiendo a su menor edad, y a que dicho homicidio no fue hecho de pensado, sino por caso inopinado, le condeno a quatro años de Galeras, que los sirva en el puerto de Cauite en las de su Magestad.

43. En quanto a la demanda puesta por Tico, y Sannio contra Joseph, sobre que les pague las costas, que les ha causado en este litigio: fallo, que debo dar, y declarar por absuelto al dicho Joseph, por aver tenido suficiente titulo para poner, y proseguir dicha demanda. Assi lo proveyò, mandò, y firmò.





## ESTRUPPO.

## CONSULTA IX.

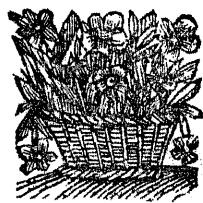
Sobre la obligación, que viene el que quita la virginidad a una donzella India con violencia, y la que tiene el que la quita sin violencia.

## PROPUESTA.

EN este pueblo vn Indio desfloró a vna donzella estando ella durmiendo, y él no puede casarse con ella, porque es casado, y tan pobre, que no es posible, que pueda dotarla: suplico a V.R. me diga, si tiene obligación de pagarla alguna cosa, y a que no tenga al presente, por lo menos quando lo tenga, o que trabaje, ó lo busque?

## PARECER C.XVII.

44. **R**espondefe, que no está obligado a dotarla, ni a pagarle cosa alguna, por dos razones. La primera, porque no me parece creible, que durmiendo ella fuese desflorada, sino que despertó antes del desfloro, y lo consintió, y lo quiso, y *scienti, & volenti non fit iniuria*. Opinión es muy corriente en estos tiempos, que quando la donzella consiente en el desfloro, sin fuerza, ni violencia alguna, y sin promesa que le hagan, no ay obligación de pagarla cosa alguna. La segunda razón es, porque en las mugeres Indias no se haze mas dificultoso, ni mas costoso el casamiento por causa de aver ella perdido la virginidad, y consiguientemente el que se la quitó; aunque lo huviese hecho con violencia, no le damnificó en dinero, ni le causó costas, ni otra cosa precio estimable: y assi no le debe restituir dinero, ni cosa que lo valga, sino solamente el agrauio de aver usado de ella contra su voluntad, como si le huviera dado de palos; y esto se satisface, ó pidiendole perdon, ó con otro qualquiera agasajo, ó servicio que le haga, ó ofrezca en satisfacion.



## CONSULTA X.

Sobre la satisfacion que (salva la justicia) podrá imponer el juez, a cierto Indio pobre, que quitó violentamente la virginidad a vna sobrina suya, no le siendo a ella conveniente casarse con él.

## PROPUESTA.

SAlieron vn hombre, y vna muger, tio, y sobrina (ella mestiza de Español, è India, y el Indio puro) de Cauite el viejo para venir a este puerto, y trayendola por tierra, metiéndola por el monte a la playa, donde la dixo, y preguntó, si era donzella? Ella respondió, que sí, con juramento, y por tal era tenida de todos. Finalmente respondió él, que lo queria ver, conque con fuerza la desfloró, y bolvió a executar el mismo acto antes de llegar a este puerto con la misma violencia. Ella se querelló, prendieron al hombre, ajustóse la causa examinando testigos, y confesion del reo, que confesó su delito: y ajustada la causa con todos sus requisitos, le remitió para mas seguridad al Licenciado Manuel Suarez, para que diese su parecer, de donde resultó la sentencia de cien azotes por las calles publicas, y quatro años de Galeras a remo, y sin sueldo. Dada esta sentencia, apelló el reo al señor Governador; pero deshecho el Juez de este puerto de hazerle toda equidad, no ha permitido el que vaya el pleyto a Manila, pareciendole, que ha de ser mas en perjuizio del reo: y assi lo que pretende es, que sin dexar lesa la justicia (suponiendo, como es cierto, que la parte tiene ya perdonado) se use de misericordia con el reo, tomando para ello el indulto de la jura de nuestro Rey, porque desde entonces ha que pretende esto; y tambien el indulto de las Pasquas, y la penitencia de la prision, que ha seis meses, que está preso: y assi suplico a V.R. que mire con misericordia, y con justicia todas estas circunstancias, y determine como Padre la causa deste pobre.

## PARECER C.XVIII.

45. **A**L caso que V.R. propone, digo, que el delito es atroz, y la pena moderada, y si el Juez la huviera mandado executar luego al punto, sin dar lugar a suplicas, huviera hecho vn grande servicio a Dios, y exemplo a la Republica: *Expediit Reipublica, ne delicta maneat impunita*. Pero dando

do lugar a la misericordia; templando con suavidad el justo rigor de la justicia, juzgo, que es licito usar de vn medio en que ambas concuerden, y se vnán, segun aquello del Psalmo 84. *Misericordia, & veritas obuia verunt sibi iustitiam, & pax osculatae sunt*. De fuerte, que la misericordia no quede atropellada, ni la justicia lesa; assi la commutativa, que debe guardar igualdad entre el injuriador, y la muger agraviada: como la legal, que debe aver entre el delincuente escandaloso, y la Republica escandalizada. La primera, que es justicia commutativa, obliga al reo *in foro conscientiae* a satisfacer el agrauio, aunque ningun Juez le sentencie. La segunda, que es justicia legal, obliga *in foro conscientiae* al Juez por razon de su oficio: el qual aviendo de hazer equidad, debe atender a que la vna, y otra justicia retenga alguna igualdad; y ya que alguna vez no se guarde la igualdad de la ley humana, por lo menos siempre obliga a guardar la igualdad, que dize la razon natural, sin la qual quedaria la parte lesa sin satisfacion, y la Republica con el mal exemplo damnificada. Quanto a la justicia commutativa, que debe aver contra el que hizo la injuria, y la muger agraviada, es comun sentir de los Doctores, que el que con violencia desflora a vna donzella, le debe restituir todo aquello, que ha menester mas para casarse con persona igual, por averle faltado su virginidad; v. g. si con cien pesos de dote pudiera casarse, siendo donzella, y estando en esta reputacion; si por averle sucedido esta desgracia ha menester docientos pesos, debe darle los ciento, que se añaden por faltarle la virginidad, y demás de esto la debe pagar alguna cosa *ad arbitrium boni viri*, por la verguença, que ha pasado dicha donzella, que aun es mayor por ser el opresor puro Indio, siendo ella mestiza de Español, y por la violencia, y agrauio; porque los cien pesos, que dixe primero, son solamente por el daño, que la dicha recibió en el dinero, por necessitar de mas caudal por el daño recibido: y lo segundo, es satisfacion del modo injurioso, y vergonçoso a la donzella, que se reputa en mucho. Esto se debe en conciencia, aunque no le sentenciase Juez alguno, y aunque ella aya perdonado, nunca se presume en gente pobre, que perdona la deuda pecuniaria. Y esta satisfacion le servirá a él de castigo, y a la agraviada de consuelo de su injuria, y a la Republica de exemplo; que viendo los viciosos, que assi se paga este daño, temerán de hazerlo: y al Juez de saneamiento de su conciencia, que con este medio satisface al

bien comun, y al particular de la parte ofendida con menos pena del reo: por lo qual, si el Indio tiene caudal, que pague a la muger por lo menos cien pesos; si esto le fuere imposible, que pague hasta cincuenta pesos: y si fuere tan pobre, que no tenga mas caudal, que el vestido que tiene encima, y su trabajo; que quede obligado a pagarle vn tanto cada mes por espacio de dos años. Esta cantidad de quanto ha de pagarle, se puede allá ajustar mejor, considerando la calidad de ella, y con quanto suelen casarse honradamente, y lo que aora ha perdido para vn buen casamiento por lo sucedido. Y muy en particular se atienda a la pobreza del, por que quando queremos hazer vna composicion amigable, y caritativa, no se ha de determinar vn imposible, que despues no tenga efecto, y *qui vehementer emungit elicet sanguinem*. Prou. 30. La satisfacion, que hize arriba con aquella distincion, es para exemplo, para que segun ella, baxando, ó subiendo el precio segun las circunstancias, se le imponga vna razonable cantidad, que pague a la pobre mestiza.

46. Quanto a la justicia legal, y puniativa se le puede mandar, que sirva dos años en vn Hospital; ó en otra parte donde aya necesidad; que sea obra pia, y no admita V.R. que sea en esse Conuento; por quitar nota de codicia, que luego dizen los que no tienen que hazer, que el pedir por esse pobre no fue *ex motu charitatis*. Pero si (como dixe arriba) él es tan pobre, que come de su sudor, y necessita para la justicia commutativa referida de trabajar para pagar a la que recibió el agrauio; en tal caso no ay necesidad de imponerle mas carga, sino bastante los seis meses, que ha tenido de prision, y que se obligue a trabajar en alguna parte, donde pueda ganar para pagar a la dicha muger.

47. Con esta commutacion juzgo, que se usa con el reo de bastante misericordia, y no queda lesa la justicia commutativa; antes se satisface mejor a la parte: ni la justicia vindicativa, que mira principalmente a quitar el mal exemplo, que dió la culpa; porque aunque las leyes humanas para refrenar el furor, y ardor de los carnales, ponen mayor rigor: atendiendo a la ley natural, el castigo, y pena, que aqui he escrito, es tan razonable, que ninguno por mas bestial, y luxurioso que sea, querrá comprar con dicha pena el cumplimiento de tal apetito. Y este delito de estrupo con violencia, no es de los que amenazan frecuencia en la Republica, antes es rarissimo. Y advierto,

que en el fuero exterior no puede el Juez revocar la sentencia dada, y si conitafse, es caso graue de residencia. En vna ocasion falló sentencia de vna Audiencia de azotes a vna persona algo honrada, y huvo tan graues intercessores, que los Juezes tuvieron por conveniente, que no se executafse, y por no poderla revocar de fuerte, que se pudieffe probar en residencia la revocacion, fueron disfruyendo la execucion, hasta que ya casi olvidada le dexaron ir. Esto advierto para que el Juez no se ponga a riesgo, haziendo revocacion en forma de la sentencia, sino al *diffimulo se ha de obrar lo dicho*, y aun hundir la causa.

## D E S H O N R A.

### CONSULTA XI.

*Sobre lo que deba hazer vno, que agrauio publicamente dando con el sombrero en la cara a otro.*

#### PROPUESTA.

**V**N hombre caado no quitó el sombrero a otro por descuydo: el otro airado se fue a él, y le trató mal de palabras, diziendole era vn descortés, &c. y le dió con el sombrero en la cara, de lo qual se agrauio el otro mucho, por ser caado, y de obligaciones. El que le dió es persona de porte, lo qual le ató al otro las manos, temiendo perderse. El afrentado aunque no es igual, ni en sangre, ni en puestos, pero es hombre honrado, y tenido por tal. Preguntase, si el otro ha de pedir perdon a este delante de las personas, que vieron le dió con el sombrero, ó bastará que se lo pida a solas por sí, ó por tercera persona?

#### PARECER C.XIX.

**48.** **R**espondese, que para que la satisfacion de la injuria, agrauio, y deshonor, que se propone, sea igual en su propria especie, se requiere que se haga en publico delante de los que vieron hazer el agrauio, ó de otros muchos, por los quales se pueda ir publicando, y constando la satisfacion a los que supieron la ofensa. Es doctrina de Santo Thomas 2. 2. q. 62. art. 2. ad 3. *Actio contumeliam inferentis non potest fieri ut non fuerit, potest tamen fieri ut eius*

*effectus scilicet diminiuit dignitatis persona in opinione hominum reparatur per exhibitionem reuerentia.* y q. 72. art. 1. ad. 1. Que es mayor el agrauio, y deshonor, quando se haze la afrenta delante de muchos. Y art. 2. in corp. compara al pecado de seme, ante agrauio al hurto, ó rapiña, y aun de su razon se colige ser la afrenta, que se haze a vn hombre honrado, mas graue que el hurto; por que los hombres de reputacion, mas estiman la honra, que la hacienda. A Santo Thomas siguen en esto comunmente los Doctores, y la razon lo conuence; porque no se restituye todo el honor, que se le quitó, pidiendole perdon en secreto, porque todos los que vieron hazer la injuria le reputarían todavia por afrentado, y configuientemente quedaria todavia leso su honor, y sin la satisfacion, que se le debe. En quanto a si puede hazer la satisfacion por tercera persona, juzgo que si, cambiando a otra persona honrada del porte del injuriado, que delante de aquellos, que vieron el agrauio, le pida perdon de parte del que le agrauio. La razon es, porque si vn criado, ó otra persona vil pide el perdon, aunque de parte del que agrauio, se estima en poco en la opinion de los hombres vn perdon pedido por tal instrumento, y vna sumission de vn criado; pero pidiendo el perdon otra persona honrada de la calidad del injuriado, de parte del que le injurió, es la accion estimable, y honorifica al injuriado, con igualdad a la injuria: y no está obligado el mismo, que injurió, a hazer por su misma persona la sumission, y peticion del perdon, si es muy notable el exceso, que haze al agrauiado en calidad, y puestos; porque seria esta satisfacion muy exorbitante, y excediera a la ofensa tanto, como es el exceso del que haze la sumission, y satisfacion, al que recibió el agrauio: porque el deshonor, y agrauio, tiene su grauedad segun la dignidad, ó calidad de la persona injuriada; y la satisfacion por sumission, y peticion de perdon, tiene su valor segun la dignidad, y calidad del que satisface, y se humilla con la sumission, como dize Santo Thomas 3. part. q. 1. art. 2. y alli comunmente los Doctores.

49. Para que la satisfacion se haga mejor, y quede el que injurió con mas segura conciencia, será bien que le embie vna persona de razon, que componga con el agraviado la satisfacion, que se le ha de dar: y si pudiera componer con él, que la reciba en alguna cantidad de dinero, ó en vn vestido bueno, ó en otra honra, ó agasajo, que le haga

haga el que le injurió, que en qualquiera modo, que de consentimiento del agraviado se le satisfaga, aunque sea oculto, queda segura la conciencia, aceptandolo assi el injuriado: procurando siempre, y advirtiendo al que lleuare el recaudo, que no se le ponga temor, ni intervengan amenazas, porque algunas vezes la restitucion del honor se puede hazer en otra especie, como se colige de la doctrina de Santo Thomas 2. 2. q. 62. art. 2. ad 1. & 3. Y entonces con mayor seguridad se haze assi la satisfacion, quando ambas partes, sin intervenir temor, ni violencia, concuerdan con el modo, como consta del Derecho, de reg. iur. in 6. reg. 85. *Contractus ex conuentione legem accipere dignoscuntur.* y la Glosa dize alli: *Patrum rumpit legem.* y l. *Contractus.* ff. de regulis iuris. se determina lo mismo. Y assi conuinendose del modo referido queda segura la conciencia, aunque se falte algo a la igualdad de la vna, ó otra parte, que está falta la suple el pacto, y queda mas firme la paz; y no haziendose de esta suerte refucita el agrauio, aunque sea despues de muchos años.

### CONSULTA XII.

#### PROPUESTA.

**S**I el que dize a vn Indio, que es borracho, ó cosa semejante, por verle hazer algunos ademanos, y acciones, que lo indican, peque graueamente, y esté obligado a alguna satisfacion?

#### PARECER XX.

**50.** **R**espondese, que siempre es pecado por lo menos venial, dezir estas palabras, excepto si las dixesse vn amo a vn criado por castigo, que tuuiese bien merecido; porque todas las palabras, que no van medidas con la razon, son pecados por lo menos veniales, y mas quando son injuriosas. La dificultad está en si será pecado mortal, y obligará a restitucion? A lo qual digo, que estas palabras dichas a vn Indio regularmente, son pecado venial, por que regularmente los Indios no se afrentan mucho de que las digan; antes los Indios Cagayanes (y assi serán los demás) para escusarse de otra cosa, que aya hecho a nuestro parecer leue, como alguna trauesura, ó pendencia de poca importancia, suelen dezir Nellaua; pero suele aver algunos Indios (aunque pocos) de mucha reputacion

entre los demás Indios, a quienes tienen especial respeto, y que nunca les ven borrachos: dezirles a estos semejantes palabras, es pecado mortal de su naturaleza; porque respecto de estos, el agrauio es graue, y notable. Pongo exemplo, en vn Indio de Buguey, que yo conocí, llamado D. Luis Telán, a quien hasta los Españoles tenían respeto.

51. En quanto a la restitucion de la fama, y satisfacion de la injuria, no queda obligado el Español, que dize semejantes palabras al Indio; porque si el Indio es de lo comun, y ordinario, ni pierde reputacion por llamarle borracho (que en esta parte la tienen ya perdida) ni el agrauio es notable. Si el Indio es de mucha reputacion conocidamente, como dicho es, los oyentes no creen al Español, antes saben todos, que miente, y habla a bulto con el ojo, sin saber lo que se dize: ni es necesario obligarle a satisfacer por la injuria, pidiendo perdon al Indio (aunque fuera mas conforme a razon que lo hiziera) porque el Indio aunque sea de mucha reputacion, no lo pide, ni haze caso de esto, mas quiere que le dexen; y assi basta quando el Español llegue a confesar, mandar que de alli adelante trate bien, y con algun genero de cortesia, y respeto al Indio desta calidad, a quien injurió de palabra.

## QUITAR FAMA.

### CONSULTA XIII.

*Sobre que deba hazer vno, que quitó la fama a vn Religioso publicando defectos suyos graues, publicos en el lugar donde los comatió, mas no donde se divulgaron?*

#### PROPUESTA.

**A**Vn hombre estando por cabo en vn pueblo, vinieron vnas mugeres a quejarse del Ministro de Doctrina, de que las sollicitaba *ad malum finem*. Demás desto tuvo noticia de que dicho Ministro queria violentar a vna donzella, lo qual fue publico en el lugar (porque los Indios confiesan a voces los pecados del Ministro, y los Alcaldes mayores los oyen de buena gana) lo qual sabido, fue dicho cabo a focorrerla, y librarla, como de hecho la libró; y no faltó Theologo, que dixo, que no cumplía, si

no avisaba al Gobierno. El cabo le hizo meor, que embió a dicha donzella en persona, con su madre, y dos hijos, y vna carta, donde cantaba de plano el suceso. Por medio de su Prelado quitaron al Ministro. Dixele: Hombre, por qué no avisabas primero a su Prelado? Respondió: Padre mio, ya le avia yo avisado, y no hizo caso. Ahora se pregunta, qué debe hazer, puesto que dicho Theologo le atizó a que hiziera aquella mission de la donzella a Palacio, por ser intolerable el escandalo cada dia? Si será bueno pedir perdon al Prouincial por la afrenta del abito, o no? por que él fue culpado, y los casos clamaban; pero este hombre despues lo ha dicho ocho, o doze vezes en Manila, deshonorando a los Religiosos.

## PARECER CXXI.

52. **R**espondese, que no tiene obligacion de restituir la fama al Religioso, ni de pedir perdon al Prelado. Lo primero por dos razones; la primera, por que la restitucion es imposible en el caso propuesto: porque del modo, que ha referido el caso con las circunstancias propuestas, ha hecho demostracion del, y aunque se desliza, no será creído. La segunda, por que es opinion muy probable, que siendo el delito publico en vn pueblo, no es pecado contra justicia publicarlo en otro; por que la publicidad del delito, perdió el derecho, que tenia a la buena fama. Esta sentencia tienen Cayet. opusc. 31. 26. Azor, 3. part. lib. 13. dub. 8. Fagund. præcep. 2. lib. 5. cap. 3. Filiuc. to. 2. tract. 32. cap. 9.

53. Lo segundo consta, por que aviendo avisado al Prelado del escandalo, que daba su subdito, y no aviendolo remediar, no se le hizo injuria en procurar remediar el escandalo en otra forma, porque aquellos pecados clamaban al Cielo, y pedian remedio, y no se hallaria otro medio, sino dar noticia al Governador, para que él mismo avisasse al Prelado del escandalo, para que no desprecia se las noticias del, si quiera por la autoridad de la persona, que las daba; y aun corría obligacion de sacar de aquel peligro espiritual a los pobres Indios del modo que se pudiese, como dize el Psálmo 81. *Eripite pauperem, & evenum de manu peccatoris liberate.* En publicar lo en Manila ha hecho mal, y mucho peor en hablar mal de todos los Religiosos por los pecados, que vido en vno: como si por aver Judas vendido a Christo se pusiera a hablar mal, y dezir

blasfemias contra los Sagrados Apostoles. Aunque juzgo, que no estará obligado a restituir, porque a esta detraction tan disparatada no le avrán dado credito; pero se le ha de mandar, que hable bien de las Religiones, y Religiosos, que con esto, si otro ignorante le ha dado credito, saldrá de su error, y él se irá acostumbando a hablar bien, y satisfará del mejor modo possible a lo que ha desdorado, sin padecer el verguença alguna.

## CONSULTA XIV.

*Sobre si el que revelo cierto defecto grave oculto de otro a una sola persona, pecó en ello, y deba alguna restitucion?*

## PROPOSTA.

**P**edro tenia trato ilícito con Maria: tenia tambien dicho Pedro trato licito con Juana, corrian en amistad, y de parte de Pedro no avia la malicia, que se fue descubriendo de parte de Juana, porque a poco tiempo le dió a entender a Pedro, que le queria por mal, descubriendole su flaqueza a Pedro, con tal, que no tuviera nada con Maria, porque tenia sospechas. Pedro la afirmó, que no tenia nada con Maria: con que Juana le ofreció su cuerpo. Pedro viendo que Juana avia de saber, que tenia la amistad con Maria, y que de parte del alma, y del cuerpo corría grande riesgo, por tener Juana fama de que con grande facilidad le quitaria la vida por vengarse; la dixo Pedro, que le perdonasse el no poder venir en su gusto, porque Maria, de quien tenia sospecha, era su dama, que no sería razón el hazerla traycion, que él haria por donde apartarse de Maria para servirla. Con esto quedó Juana muy pagada de Pedro, encargándole Pedro el secreto de tal trato ilícito con Maria. Preguntase si pecó en descubrirle a Juana el trato, que tenia con Maria, y qué debe hazer por el escrupulo, que tiene Pedro.

## PARECER CXXII.

54. **R**espondese, que Pedro no cometió pecado mortal en descubrir a Juana el trato ilícito, que tenia con Maria, ni está obligado a restituir. Para que esto conste con mas claridad se ha de advertir, que murmuracion es quando se le quita a vno su buena fama, diciendo del faltas, y defe-

fectos por los rincones, o en su ausencia; por lo qual Santo Thomas 2.2. q. 73. art. 1. la define assi: *Est de nigratio aliena fama per occulta verba.* Y allí compara al murmurador al ladroncillo ratero, que hurta la bolsa sin que lo sienta el dueño. De la misma fuerete el murmurador quita la buena opinion, sin que el difamado lo entienda. Y el Espiritu Santo, Eccl. 10. lo compara a la Bibora, que sin ser sentida llega, muere, y mata: *Si mordeat serpens in silentio, nihil eo minus habet, qui occulte detrahit.* Y assi para que la murmuracion sea perfecta en su genero, y pecado mortal, es menester que haga daño, destruya, o manche la fama del otro notablemente, o por lo menos diga la falta agena con esta intencion de hazerle grave daño en la fama: como el ladroncillo ratero, que para que peque mortalmente se requiere, que hurte cosa de valor, o por lo menos lleue esta intencion. En el caso propuesto Pedro no hizo daño grave a Maria en la fama por muchas circunstancias, que huvo en el caso, porque era verdad, que Pedro tenia trato ilícito con Maria, y este trato no era muy oculto, pues ya Juana tenia del alguna noticia, y sospechas, y Pedro lo dixo solamente a la que ya tenia la dicha noticia, y encargándole el secreto: por lo qual Pedro no hizo mas de certificar a Juana del pecado de Maria, que ya sabia Juana sin tanta certeza, y esta mayor certeza, que la dió, en algun modo la recompensó encargando a Juana el secreto: el qual es mas verisimil, que no guardaria, si la dexara con las sospechas, que ella se tenia, y con la embidia, y zelos; y tengo por cierto, que Juana tendria suficientes fundamentos para las sospechas antecedentes. Demás de esto, la intencion de Pedro quando descubrió la falta de Maria, no fue para manchar su opinion, sino porque aquel le pareció medio conveniente para salir de aquel peligro: y assi juzgo, que Pedro no pecó mortalmente, ni aquella fue formalmente murmuracion, ni está obligado a restituir. Todo se colige de la doctrina de Santo Thomas en la quest. citada, art. 2. *Contingit quando quæ, quod aliquis dicit aliqua verba per que diminuitur fama alicuius, non hoc intendens, sed aliquid aliud. Hoc autem non est detrabere perse, sed solum materialiter, & quasi per accidens, & si quidem verba, per que fama alterius diminuitur, proferat aliquis propter aliquod bonum, vel necessarium debitis circumstantiis observatis, non est peccatum, nec potest dici detractio. Si autem proferat ex animi levitate, vel propter causam*

*aliquam non necessariam, non est peccatum mortale, nisi forte verbum, quod dicitur: sit ad eo grave, quod notabiliter famam alicuius ledat.* No se puede escusar a Pedro de pecado venial, porque no tuvo causa necesaria para descubrir a Juana el pecado de Maria; que para escusarse con Juana de la suzia amistad, que intentaba tener con él, era el mejor medio dezir lo que el Santo Joseph a la muger de Putiphar. Genes. 39. *Quomodo possum hoc malum facere, & peccare in Dominum meum.* No puedo hazer esta traycion a Dios, que le debo mucho. Certifico la culpa de Maria sin causa suficiente, lo qual es pecado venial; pero en dar esperanças a Juana de tener su amistad torpe, hizo pecado mortal, porque con esto la confirmó en sus torpes intentos.

## REVELAR ALGUN SECRETO.

## CONSULTA XV.

*Sobre si el que sabe una cosa debida de secreto natural, que prometió, pueda, y deba manifestarla en caso, que de no hazerlo assi se siga a otro algun daño notable en su hacienda?*

## PROPOSTA.

**J**uan murió, y dexó cantidad de hacienda, y bienes muebles, y raizes, y por su Albacea a Francisco, quien lo administró todo, pagando, y cobrando lo que al tal difunto se le debía, y satisfaciendo algunos reales de reditos, y en virtud de clausula, que dexó dicho difunto, redimiendo censos, que tenia cargados sobre su hacienda, la qual estando ya libre, dexó dispuesto se hiziesen con ella ciertas obras pias: y en el remaniente de sus bienes, despues de aver hecho la redencion, dexó por su heredero a cierto Conuento, en cuya conformidad el dicho Albacea ha estado administrado tiempo de cinco años dichos bienes; y por averle pedido las partes interesadas ajustasse las cuentas, para saber el estado en que se hallaban los bienes, dicho Albacea dió todos sus papeles de rata, y hizo declaracion de lo que avia entrado en su poder, para que le hiziesen cargo a Diego, como persona capaz en la materia de papeles: el qual aviendolos reconocido halló, que el tal Francisco Albacea era alcançado en mas de quatro mil pesos



pesos en reales, con que podia aver acabado de redimir los censos, y entregar los demás bienes a quien el difunto ordenó, y al heredero el remaniente, y dió de ello cuenta al dicho Albacea: el qual despues de aver buuelto a mirar, y reconocer dichos papeles, y viendo, que si las personas sabian el tal alcance, le apurarían, rogó, y encargó al tal Diego no lo comunicasse a ninguna persona, pidiendo guardasse secreto natural, hasta tanto que llegasse la Nao de Castilla, que esperaba dineros, y lo ajustaría. Diego lo prometió assi, y lo ha cumplido tiempo de seis meses. Ahora le ha causado al dicho Diego algun genero de escrupulo, el conocer es parte en que se haga agrauio al heredero, y a los demás, que han de ser interesados: y en virtud de la palabra dada al tal Albacea, que le obliga a pecado mortal si la quebranta, no halla camino para salir de esse cuydado: y assi pregunta, que si acafo el tal Albacea despues de llegada la plata (que se espera) a esta Ciudad del Galeon, que este presente año vino de Nueva-España, se pasan algunos dias, ó meses sin acabar de ajustar, y fenecer dicho Albaceazgo, y el dicho Diego por debaxo de cuerda hiziesse sabidores a los interesados, de que ya no tenia que hazer con dichos bienes el Albacea, si pecará porque quebranta el secreto? Por amor de Dios V. P. le saque desta duda a dicho Diego, que lo estimará.

## PARECER C.XXIII.

55. **R**espondese, que si las partes interesadas convinieron juntamente con Francisco, en que se le entregassen a Diego los papeles de cargo, y data, tiene obligacion en conciencia de avisarles, y hazerles sabidores del estado en que está dicha hacienda; pero si solamente Francisco entregó a Diego dichos papeles, para que los viesse, y dixesse el estado en que estava dicho Albaceazgo, encargandole el secreto, en tal caso no tiene obligacion a dezir cosa alguna.

56. Lo primero se prueba, porque en caso que ayan convenido los interesados en que Diego vea, y ajuste la cuenta, lo ponen como Juez, y arbitrador entre las partes interesadas, y Francisco: por lo qual, si Diego avisasse solamente a Francisco, y no a las demás partes, sería hazerles fraude, y enganarles, dando a entender con su silencio, que aun no está en estado la cosa de entregarles nada: y las demás partes fiadas en que se cometió a Diego, y no ha resultado obligacion de pa-

garles nada, no instarán a pedir lo que se les debe, y será Diego causa dello. Y en tal caso no ay secreto de Francisco a Diego; porque si de consentimiento de los interesados se le cometió la vista, y ajuste de dichos papeles, no es ya secreto, sino cosa publica, y comun a Francisco, y a los que intereian algo de la hacienda del difunto; y pedir Francisco secreto de la resolucion del caso, es fraude, que quiere hazer a los interesados, no queriendo que sepan la resolucion, que de consentimiento de todos se cometió a Diego, y es querer, que la vista de los papeles, que hizo Diego, solamente sirva de quietar, y amansar a las partes interesadas, para que satisfechas con que ya ha visto los papeles persona capaz, y entendida, no pidan su justicia. Por esta razon, si de conveniencia, y consentimiento de las partes interesadas, entregó Francisco a Diego los papeles, para que hiziesse dicha cuenta, y ajuste, está Diego obligado en conciencia a avisar a los que tienen parte en la hacienda del difunto, para que pidan lo que les convenga.

57. Lo segundo se prueba, porque en caso que de ninguna manera intervinieron las partes interesadas, sino que Francisco solamente por su voluntad entregó a Diego los papeles, pidiendole en secreto el ajuste de el Albaceazgo; en este caso solamente viene a ser vn secreto de Francisco a Diego, el qual ay obligacion de guardarlo por derecho natural, como dize Santo Thomas 2.2.q.70.art. 1. ad 2. *Potest obligari ex hoc, quod sibi sub secreto committantur, & tunc nullo modo tenentur ea prodere, etiam ex precepto Superioris, quia servare fidem est de iure naturali. Nihil autem potest precipi homini contra id, quod est de iure naturali.* Lo mismo dize Cayet. ibid. Silvest. in Summ. verb. Secretum. Man. Rodr. in Summ. 2. part. cap. 130. y es comun. Es verdad, que quando del secreto se sigue daño graue al comun, ó a algun particular inocente, ay obligacion de manifestarlo, quando el daño no se puede evitar de otro modo, sino reuelando el secreto. En este caso las partes interesadas bien saben lo que les dexó el difunto, y saben, que ha años que tiene el Albacea la hacienda a su cargo, y no les ha satisfecho: y como dize la pregunta, ya las partes han empezado a pedir al Albacea, que ajuste la cuenta. Si las mismas partes en su negocio se descuydan, por ellas queda el no cobrar, y no es conveniente, que porque las partes a quienes toca el pedir contra el Albacea se descuydan, se aya de quebrantar el secreto, y fidelidad prometida: especialmente, que retardarse la cobrança, no es daño tan graue, que

que por él se aya de quebrantar el secreto natural. Y assi juzgo, que si solamente Francisco encargó a Diego el ajuste debaxo de secreto, no está obligado Diego a avisar a las partes interesadas; antes está obligado a guardar fielmente el secreto, y solamente a avisar a Francisco con toda verdad del estado en que está el Albaceazgo, y la obligacion que ya le corre de cumplir los legados del difunto.

OCULTAR ALGVNA  
cosa.

## CONSULTA XVI.

*Sobre si es licito ocultar la hacienda de alguno, que pide que se la oculten por no pagar algun portazgo, ó Alcanala.*

## PROPUESTA.

**E**L Regulo de China al tiempo de despachar algun Nauio, ora sea a esta Ciudad de Manila, ó a otra qualquiera parte, lo prouee de Capitan, Piloto, y Marineros, y por su trabajo les paga la cantidad en que se concierta con ellos, y fuera desto les dá toda la comida necesaria. En llegando al puerto de buelta registran el Champan; y está asentado, que assi Marineros, como pasajeros, han de tributar por cada cien pesos cinco, y si los pesos no llegan a ciento, no se les pide cosa alguna. Preguntase, que si acafo el Capitan, ó algun Marinero amigo nos pide a los Religiosos, que vamos embarcados, que le ocultemos alguna plata, entendiendole que a nosotros no nos han de registrar, ó nos pide algun tabor para ocultarla, diziendonos para lo que es: si podremos hazer lo que piden?

## PARECER C.XXIV.

58. **R**espondese, que pagando el Regulo a todos los Marineros, y Oficiales del Nauio, y dandoles de comer, no parece demasado llevarles cinco pesos de cada ciento: y assi juzgo, que son derechos, que justamente lleva el Regulo; y en la comun opinion de los Doctores ay obligacion en conciencia de pagarlos. Por lo qual no es licito cooperar para defraudar dichos derechos, ocultandoles el dinero, ó dandoles tabor, quando expressamente lo piden para esso; y consiguientemente se deben excusar, diciendo, que no les es licito cooperar para

defraudar al Regulo, ni a otra persona alguna lo que se le debe, y con esto se edificarán los infieles, viendo la rectitud, y justificacion de la Ley de Dios.

59. Si alguna vez importasse mucho hazer esse beneficio al Capitan, ó a otra persona del Nauio, si se rezelasse, que no haziendole esse beneficio podria hazer mucho daño a la mission, ó haciendole la ayudaria en mucho, se pudiera llevar la opinion de algunos Doctores, que dizen, que pagar derechos, y tributos a los Principes, no obliga en conciencia, y que puede licitamente encubrir las mercaderias, y dineros por no pagar, poniendole a riesgo de pagar mucho mas por la pena, si los cogen. Esta sentencia dán por probable Nauarro in Man. cap. 17. num. 200. y cap. 23. num. 54. Maldero in 2.2. tract. 5. cap. 6. dub. 15. Saa, verb. Gabella. num. 6. Angelo, verb. Pedagogium. num. 6. Bonac. de contr. disp. 2. q. 9. pun. 1. Lessio, lib. 2. cap. 33. dub. 8. Duardo, in Comm. Bullæ Coenæ, lib. 2. can. 15. q. 12. Beia, in resp. 1. casu 13. Y aunque juzgo ser poca la probabilidad desta opinion, juzgo que se puede seguir seguramente en caso, que importe del modo dicho: porque es sentencia comun de los Doctores, que se puede, y aun debe seguir la sentencia poco probable, y menos segura, para obiar inconvenientes graues, que se seguirian de llevar la sentencia comun mas probable, y mas segura; y assi afirman, que si la sentencia comun dize, que vn matrimonio ya contraido *in facie Ecclesie* es nulo, y otra sentencia de vn solo Autor de inferior nombre diga, que es valido, se ha de seguir esta opinion, aunque sus razones tengan mucha menos fuerza, y eficacia, que las de la contraria para evitar los inconvenientes, que se siguen de separar a los que ya están *in facie Ecclesie* casados. Por esta causa en el caso dicho, que importe mucho a la mission, y conversion de las almas hazer esse beneficio, se puede llenar essa opinion, y ocultarle el dinero que quisiere, ó darle el tabor, para que lo oculte. No importando mucho, se ha de seguir la opinion comun, y excusarse de hazer esse beneficio, porque no es licito segun la Ley de Dios.



## CONSULTA XVII.

*Sobre si aviendo vn Castellano de Canite hecho a vn Conuento gracia de vn galeote para que firme alli, y sucediendole otro en el puesto de Castellano, pueda dicho Conuento ocultar essa gracia al sucesor?*

## PROPUESTA.

**A** Qui está vn galeote en este Conuento, que es Cagayan, y la gracia de poder estar aqui se la concedió el Castellano pasado. Pregunto si se puede ocultar esto al Castellano nuevo, porque no se le figa la penalidad de la Galera, pues el servicio de aqui no es tan pesado, y va sin prisiones?

## PARECER C.XXV.

**60.** **R** Espondese, que aviendo el Castellano pasado dado esse galeote para servicio de esse Conuento sin limitacion de tiempo, y sin restriccion alguna, se puede dexar estar sirviendo al Conuento sin dar parte al Castellano nuevo. La razon desto es, porque esta concession en la forma dicha, es *gratia facta*, que quiere dezir vn beneficio, ó limosna, que ya se hizo a esse Conuento del servicio de esse hombre. Y consta expressamente del Derecho, que *gratia facta* no espira, ni cessa por muerte del que la concedió, ó por acabarle su oficio, y sucederle otro, cap. Si cui nulla, de Præb. in 6. A diferècia de la *gratia facienda*, que es quando no se concede de hecho la gracia, ó el beneficio, sino se le dá facultad a alguno para que lo cõceda a otro: entonces si el que dió la facultad muere, ó se le acaba el oficio antes que el comissario haga la gracia, ó beneficio, ya no lo puede hazer. Todo esto consta con toda claridad del lugar citado del Derecho. En el caso presente es *gratia facta* al Conuento ( aunque ceda tambien en fauor del galeote, en quanto tiene menos trabajo, mejor sustento, mas alivio sin prisiones) porque dió el Castellano esse mozo de servicio a esse Conuento, sin dependencia, ni necesidad de otro executor. Si huviera el Castellano pasado dado orden al Patron de la Galera, ó a otro ministro, para que cada dia, ó cada mes diese vn hombre de servicio a esse Conuento: entrando otro Castellano cesaua la comission, y era necesario para proseguir en el servicio del galeote, que el Castellano nuevo lo concediese. La mayor dificultad, que aqui puede aver, es si el Castellano puede hazer essa gracia de

dar para el servicio del Conuento vn galeote, que está destinado por sentencia publica para el servicio publico de la ribera: y juzgo, que puede por la pobreza de esse puerto, que no puede sustentar cómodamente los Conuentos, que en el ay, siendo necesarios sus Religiosos para la administracion de Sacramentos, y Doctrina a tanta multitud de gente. Está puesto en costumbre razonable, que los Castellanos ayuden a los Conuentos con gente de trabajo siempre que lo han menester, que es vna limosna, que en nombre de su Magestad les haze el Castellano.

## CONSULTA XVIII.

*Sobre si puedan ocultar al Cura las Misas de testamentos, ó aya obligacion de entregarlas sin fraude alguno?*

## PROPUESTA.

**EN** tiempos passados hizieron vna junta el Arçobispo, y Religiones desta Ciudad de Manila, en orden a la quarta funeral, y el convenio fue, que de las Misas, que dexan los testadores, la quarta parte se entriege al Cura desta Iglesia Cathedral. Consultase, pues aora, si se podrá ocultar dicha quarta parte de Misas, ó aya obligacion en conciencia de entregarlas, sin que aya fraude alguno en la cantidad?

## PARECER C.XXVI.

**61.** **R** Espondese, que si el testador mandó, que se diese a los Clerigos, ó a la Cathedral alguna cantidad de Misas, se les deben dar, no solamente por el pacto, que hizieron los Prelados de las Religiones con el señor Arçobispo, sino por ser assi voluntad del testador, que se debe cumplir puntualmente, como se dixo en la class. I. n. 171. fol. 74. Pero si el testador no dixo, q se diese limosna de Misas a los Clerigos, no ay obligacion en conciencia de darles limosnas de Misas: excepto quando es necesario para obviar litigios, y discordias, que se originarán de no darles su quarta parte, que se determina en el pacto, que se hizo; que en tal caso se les debe dar. Pero en caso que se pueda ocultar, no ay obligacion en conciencia de darles limosnas de Misas. La primera razon desto es, porque los Clerigos no han venido en el concierto, y pacto, ni quieren passar por él, como se vé en la respuesta, que dieron los señores del Cabildo, y los Curas al auto de la Real Audiencia, en que se les mandaba obser-

var

var el dicho pacto, y obedecer, y dar cumplimiento a la Bula de la Santidad de Urbano VIII. en que confirma dicho pacto, passada por el Contejo, y siempre la impugnaron, y contradixeron, y contra su voluntad se observava por el auto de la Real Audiencia. Por lo qual no se les debe emolumento alguno por lo pactado, segun la regla 38. de reg. iur. in 6. *Ex eo non debet quis fructum consequi, quod nifus extitit impugnare.* Lo que vno contradixo, y procuró impedir quanto le fue posible, no tiene accion para sacar dello fruto alguno. Aun mas expreso en sus propios terminos está nuestro caso en el Derecho Canonico, cap. Cum olim. de censibus. donde se refiere vn litigio, que huvo entre el Obispo de Zaragoza, y vn Abad, sobre la quarta de los diezmos, y otros derechos, que dezia el Obispo, que le debia pagar el Abad, por causa de que dos Iglesias, que poseia el Abad, pertenecian a la Diocesi del Obispo de Zaragoza. El Abad dezia, no deber pagar sus Iglesias cosa alguna al Obispo. En dos diferentes ocasiones hizieron entre el Obispo de vna parte, y el Abad, y Monasterio de la otra, ciertos pactos, y composiciones de que se pagasse al Obispo vna cosa moderada. Al cabo de años el Abad, y Conuento no quisieron guardar lo pactado alegando, que el pacto fue nulo Siguióse el pleyto, y venció el Obispo, y el Abad vencido quiso pagar segun lo pactado, y respondió la Sede Apostolica, que no se le debe guardar el pacto, porque lo impugnó quanto pudo. *Licet enim ex forma secundæ compositionis deductiones essent aliqua faciendæ, quia tamen compositionem idem Abbas nullatenus approbavit, sed studuit multipliciter impugnare, ex ea non debuit beneficium consequi, cui renuntiasse tacite videbatur.* De suerte, que por aver el Abad impugnado el pacto, no debe sacar fruto del.

**62.** Lo mismo se debe dezir en el caso, que aora se pregunta, que por aver el Cabildo, y Curas litigado contra el pacto hecho, no se les debe fruto, ni con modo alguno, que les podia venir de dicho pacto. Esto mismo consta del Derecho Ciuil. l. Papinianus. ff. de in off. test. m. §. Meminisse. donde vn hombre hizo su testamento, y en él desheredó a vn hijo legitimo, que tenía, por dezir, que le avia sido ingrato, y nombró por heredero a vn extraño, dexando a su hijo vna razonable manida. Muerto el testador, puso su hijo pleyto contra el testamento, alegando, que era in oficioso, porque él no avia sido ingrato a su padre; pero el heredero nombrado probó la ingratitud, y venció en el pleyto. Despues el hijo pedia el legado, que le dexó

su padre en el testamento, y se le negó, por que no debe sacar fruto del testamento, que impugnó, y procuró anular. *Meminisse autem oportet eum, qui testamentum in officiosum improbe dixit. Et non obinuuit, id quod in testamento accepit, perdere.* Y mas abaxo: *Ei datum aufertur, quod testamento datum est, qui usque ad sententiam in iudicium lite improba perseveravit ceterum si ante sententiam destitit, non ei aufertur, quod datum est.* De la misma suerte por aver los Clerigos contradicho al pacto, que hizieron el señor Arçobispo, y Prelados de las Religiones, hasta despues de confirmado por el Papa, y pasado por el Consejo, y aun despues de mandado executar por la Real Audiencia, no tienen derecho para pedir los commodos, y frutos, que podian tener de dicho pacto, y pueden los Religiosos, y los Aibaceas con toda seguridad de conciencia hazer cuenta, que no ha avido tal pacto, en quanto a lo que fauorece a los Clerigos, y hazer dezir todas las Misas en los Conuentos, quando sin nota, y disension se pudiere.

**63.** Otra razon ay fundada tambien en Derecho, por la qual no ay obligacion de guardarles a los Clerigos el pacto, que el señor Arçobispo, y Prelados de las Religiones hizieron: y es, que al que no guarda el pacto, y fidelidad, que en él se prometió, no se le debe guardar. Assi consta del Derecho Canonico, reg. 75. de reg. iur. in 6. *Frustra sibi fidem quis postulat ab eo seruari cui fidem a se prestatam seruire recusat.* Y cap. Peruenit. el 2. de iure iur. se expressa, que aunque el pacto se aya hecho con juramento, si el vno no lo observa, el otro no está obligado a observarle. *Nec tu ei etiam si promissum tuum iuramento, vel fidei obligatione interposita conditione firmasset aliquatenus teneris si constat eum conditione minime paruisse.* Lo mismo determinan las leyes, l. Cum proponas. C. de pactis. donde se propone, que aviendo litigio entre dos, hizieron transaccion, ó composicion entresi, y se apartaron del pleyto: y determina alli el Derecho, que si el vno de los dos no guarda el pacto de la transaccion, el otro no está obligado a guardarlo a él. *Nec adversario tuo transacione vii concedendum est, nisi ea que placita sunt ad implere paratus sit.* Y alli dize la Glosa: *Fides transacionis, sine pacti tibi seruanda non est ex quo mihi eam seruire non vis.* Y la Glosa marginal: *Fidem frangenti nec iuramentum seruetur, cui inest tacita conditio, si ipse fidem seruauerit.* De estos, y otros muchos textos de ambos Derechos sacan los Doctores aquella regla comun: *Frangenti fidem fides frangatur eidem;* porque siempre que se ha-

X x

zeri

zen estas composiciones se entiende, y presu- pone en ellas vna condicion implicita, que si la vna parte no observa lo pactado, queda la otra parte desobligada: por lo qual aunque confirmassen el pacto con juramento no les obliga, porque faltando los de vna parte al pacto, cessa en los de la otra parte la obligacion de guardar el pacto, y consiguientemente el juramento, que es accessorio al pacto, y lo presu pone, y sigue. El pacto, que hizieron el señor Arçobispo, y los Prelados de las Religiones, no lo guardan los Curas, y siempre que pueden lo quebrantan. Quando murió el señor Don N. y le enterraron en el Convento de S. Nicolas, cobró el Cura de los Españoles los derechos de la sepultura, como si se huviera enterrado en la Cathedral, y para que se le pagasse con mas facilidad, y sin ruido, ni litigio, le dixo a la señora Doña N. su muger, que le debian pagar ciento, ò docientos pesos por averle dado sepultura junto al Altar mayor, y que hazia gracia de la mitad. Y se debe presumir, que siempre está en esto, y siempre que hallare ocasion lo hará assi, por la regla 8. del Derecho, de reg. iur. in 6. *Semel malus semper presumitur malus*; y dize allí la Glosa: *In eodem genere delicti*. Y cap. Parvuli. 22. q. 5. se refiere de vno, que en vna causa fue testigo, y juró falso, y despues en otra causa fue presentado por testigo, y se opuso la parte contraria, diciendo, que no debia ser admitido por testigo, porque en vna causa avia jurado falso, y assi debia presumirse, que tambien jurava falso en aquella: y determina allí el Derecho, que no debe admitirse por testigo por aver dicha presuncion. De la misma suerte se presume, y debe presumir del Cura de los Españoles, que siempre que hallare ocasion de cobrar derechos de sepultura de los que se entierran en las Iglesias de los Religiosos, los cobrará, y lo mismo de todos los demás derechos; que por el pacto hecho no puede llevar: y para fundar esta presuncion bastaba la contradiccion, que siempre hizo al cumplimiento de dicho pacto, que solamente a mas no poder en el fuero externo lo dexa passar, contraviniendo a él en las ocasiones, que para ello halla commodidad. Por lo qual pueden los Religiosos licitamente quedar se con todas las Missas, que les ofrecieren, ò tuvieren ocasion, siendo Albaceas, ó dandofelas otros Albaceas, sin atender a dicha composicion en quanto fauorece a los Clerigos.

## IMPEDIR ALGUN bien.

### CONSULTA XIX.

*Sobre si el que impide, que se pague cierto terrazgo tocante a una Iglesia, incurra en alguna censura, y deba restitucion?*

#### PROPOSTA.

EL caso es, que los Indios de Calauite vienen cada año al monte de esta Isla de Lubán a sacar cera, y los naturales de esta Isla se la permiten coger por concierto antiguo, que vnos, y otros hizieron, de que cada Indio, que viniere a buscarla, diessé de terrazgo a esta Iglesia dos cates de cera. Este concierto, y costumbre se guardó muchísimos años, todo el tiempo que aquellos pueblos de Calauite fueron visitas deste pueblo de Lubán. Luego que se diuidieron, y hizieron Beneficiado a parte, este Beneficiado, que es el Bachiller Francisco de N. pidió al encomendero, que quitasse in totum el que sus Indios pagassen a esta Iglesia estos dos cates de terrazgo: y aunque él no lo quitó, se obligó de que mientras viviesse en este pueblo supliria él, y daria lo que estos Indios debendár de terrazgo, y de factó lo suplió. Despues de ido deste pueblo, y dexadoló, ha lleuado adelante el defraudar a esta Iglesia esta cera, mandando a los Indios, que se escendan, y se buelvan sin pagar. Pregunto si en este caso ha incurrido en la pena, que pone el Concilio de Trento en el cap. 11. de la Sess. 22?

#### PARECER C. XXVII.

64. **R**espondese a la consulta, que incurre las penas, que pone allí el Concilio, si no le escusa la ignorancia. La primera parte desta resolucion consta, por que los dos cates de cera, que pagaba a la Iglesia de Lubán cada persona, que no siendo del pueblo de Lubán iba a coger a los montes pertenecientes a Lubán, los lleuaba la dicha Iglesia con buen titulo: porque todos los pueblos tienen derecho a que los de otros pueblos no vengán a desfrutar sus montes, ni a llevar de ellos leña, ni cera, ni otra cosa, y pueden hazer pacto, y convencion con la gente de otros pueblos, que pagando tanto al comun del pueblo, ò a la Iglesia, puedan llevar de sus montes los frutos, ó cosas, que en ellos huvieren. Esto es cierto, porque cada pue-

pueblo tiene sus limites, y jurisdiccion, y los montes, rios, y campos pertenecientes a vn pueblo, que no son propios de persona alguna del pueblo, son bienes comunes de la gente de aquel pueblo, y no de la de otros pueblos; y consiguientemente los que no son vezinos de aquel pueblo, no tienen derecho a llevar de los frutos de sus montes, y campos, si no es con consentimiento del comun del pueblo, a donde dichos montes pertenecen: y este consentimiento lo pueden dar gratis por alguna particular amistad, que tengan entresi los de vn pueblo con los del otro, ò con algun grauamen de que paguen tanto, ò tengan tal obligacion. Esto es cierto, como del Reyno de Francia no pueden ir a pescar, ni a cazar a los rios, y campos de España, sin este consentimiento: y negarlo, seria querer negar las jurisdicciones, y terminos de los pueblos, y Reynos. Pues constando, que era costumbre, que los de Calauite quando iban a coger cera del monte de Lubán, pagaba cada vno dos cates a la Iglesia de Lubán; se colige con toda claridad, que fue pacto, y convencion, que con esse grauamen puedan los de Calauite sacar cera del monte de Lubán: porque essa costumbre tan razonable, y fundada en el derecho de los pueblos, es fortísimo argumento de que assi se paccionó entre los pueblos; y aunque no huviesse avido pacto, ni concierto, essa misma costumbre, por ser conforme a razon, y vale como si fuera pacto, y ley ya consentida, y aceptada de los de Calauite para pagar dichos dos cates de cera, y de los de Lubán, para que dichos dos cates se den a su Iglesia, y que con essa carga, y obligacion puedan los de Calauite sacar cera de dichos montes. Supuesta esta doctrina, ya la dicha cera es cierto emolumento, y obencion perteneciente a la Iglesia de Lubán, y el Concilio de Trento Sess. 22. cap. vlt. manda, que ningun Clerigo, ó Secular impida con qualquiera arte, ó color, que los frutos, ó emolumentos, y obenciones de qualquiera Iglesia, ó Beneficio, los reciban aquellos a quienes pertenecen. *Quacumque arte, aut quocumque qualitate illos usurpare presumpserit, seu impedire, ne ab eis ad quos iure pertinent, percipiantur*. Despues pone las penas, que incurren los que assi impiden los dichos emolumentos a las Iglesias. Primeramente pone descomunion mayor *lata sententia* reservada al Papa, de la qual no pueden ser absueltos hasta que restituyan: y a la persona Ecclesiastica, que tramare, y ordenare, que la Iglesia pierda estos emolumentos, ò lo consintiere, fuera de la dicha descomunion, la priua de los Beneficios, que

actualmente tuviere, y la haze inhabil para obtener otros, y manda, que el Juez Ordinario le suspenda del exercicio de todos sus Ordenes, aunque aya satisfecho.

65. La segunda parte desta resolucion es clara, porque este Decreto del Concilio no es muy patente a todos, ni los Sumistas le ponen ordinariamente, con que puede aver ignorancia del: y todas las censuras, y penas Ecclesiasticas piden para su incurcion desobediencia, y contumacia especial a la Iglesia, y a sus preceptos; y aviendo ignorancia, no puede aver esta desobediencia. Por lo qual si aviado de dicho Decreto del Concilio de Trento, se corrigiesse, y procurasse, que los que avian dexado de acudir a la Iglesia con dichos cates de cera por su consejo, ò arte, los paguen, y que de allí adelante no se defraude a la Iglesia en esto; no incurriria en pena alguna, aviendo intervenido hasta entonces ignorancia de dicho Decreto. Pero si siendo aviado no haze diligencia para quitar el impedimento, que avia puesto, para que se den dichos cates de cera a la Iglesia con efecto, ò no hiziesse restituir, a los que no los han dado por su causa; incurrirá luego en la descomunion mayor, y priuacion del Beneficio, è inhabilidad para obtener otro qualquiera, y podrá el Ordinario suspenderle del vsó de sus Ordenes a su arbitrio. De estas censuras, y penas, que pone el Concilio de Trento contra los que vsurpan, ò impiden los frutos, bienes, obenciones, y emolumentos de las Iglesias, ó Beneficios, tratan doctamente Azor, part. 1. inst. moral. lib. 9. cap. 27. q. 10. Paulo Comitolo, lib. 6. respons. moral. q. 23. num. 2. Reginaldo in praxi, lib. 30. tract. 3. num. 154. Salcedo in pract. cap. 3. Sayro de censuris, lib. 3. cap. 31. num. 26. Suarez de cens. disp. 22. sect. 6. num. 22.

Carola in praxi Episcop. 1. verb. Bona.





## CONSULTA XX.

*Sobre si el que entierra en su Iglesia a un difunto, que se mando enterrar en otra Iglesia de esta Ciudad, incurra en alguna censura, y por razon de los emolumentos, que impide a dicha Iglesia, y Cura de la Ciudad, deba alguna restitucion, ó satisfacion?*

## PROPOSTA.

Nicolás se fue a curar al Hospital Real, y allí ordenó su testamento, y se mandó enterrar en el patio de San Francisco. Ayer de mañana el Bachiller Don Francisco de N. Cura de los Españoles desta Ciudad, y el Capitan Don Manuel de N. fueron al Hospital para llevarlo a su casa a morir, y el Capellan del dicho Hospital no le quiso dexar sacar, diciendo, que se avia de enterrar en la Capilla Real; y aunque le requirieron, que mandaba enterrarse en el patio de San Francisco por clausula de su testamento, no obstante perseveró en no dexarle sacar viuo, y aviendo fallecido le enterró en la Capilla Real. Preguntase lo primero, si pudo lícitamente hazer, que se enterrase en dicha Capilla? Lo segundo, si está obligado a alguna satisfacion? Lo tercero, si ha incurrido en la excomunion de la Clem. *Cupientes de panis*, ó en otra alguna censura?

## PARECER C.XXVIII.

66. **A** La primera pregunta se responde, que no puede honestarse averle enterrado en la Capilla Real contra la voluntad del difunto expresada en el testamento, aunque estuviese en plaza de soldado, y aunque de proposito huviese querido estar en el Hospital hasta morir. Esto consta de muchos textos del Derecho Canonico primeramente. 1.º q. 2.º C. ebron. donde prueba Graciano, que se le debe dar a cada vno la sepultura, que por su vltima voluntad eligiere. Pruebalo con tres exemplos de la Sagrada Escritura, y con la razon siguiente: *Que legibus expressa non sunt, arbitrium sequuntur humana voluntatis. Vbi autem quisque tumultandus sit legibus expressum non est, & ideo in voluntate tumultandi consistit.* Pruebalo tambien con autoridad de San Gregorio Papa, que dize: *Vltima voluntas defuncti modis omnibus servari debet.*

67. Lo segundo consta del cap. Nos. Instituta. de sepulturis. donde dize expresamente la Santidad de Leon III. *Nulli negamus propriam eligere sepulturam, & etiam alienam. Dominus enim, & Magister alienam elegit ut propriam.* Y mas abaxo: *Vbi cumque libitum fuerit eligat sepulturam.* Y en el cap. Fraternalitatem. del mismo titulo, dize assi: *Ipsorum deuotioni, & extrema voluntati, qui apud huiusmodi Ecclesiam sepeliri desiderant, minime contradicendum est.* Lo mismo se determina en otros muchos capitulos del mismo titulo.

68. Y en el 6. tit. de sepulturis. se determina lo mismo en todos los capitulos, y solamente excluye de poder elegir sepultura a los Religiosos, quando mueren cerca de sus Monasterios, de suerte, que conmodamente se puedan enterrar en ellos, y a los hijos de familias, que no han llegado a la edad de la pubertad, porque no pueden testar.

69. Por lo qual es cosa certissima, sin genero de duda, que al dicho Nicolás se le debia dar sepultura en donde él eligió, y quiso ser sepultado por clausula de su testamento, y se hizo injuria al difunto, y a la Iglesia donde mandaba enterrarse, y al Cura de los Españoles a quien tocaba en tal caso assistir al entierro, en averle enterrado en la Capilla Real contra la voluntad del difunto expresada en su testamento. No solamente en el Derecho Canonico, sino tambien en el Ciuil, y del Reyno se manda, que se cumpla, y tenga por ley inviolable la voluntad vltima del testador.

70. A la segunda pregunta se responde, que el Capellan, que hizo sepultar en la Capilla Real al dicho difunto, está obligado primeramente a restituir todo lo que huviere llevado, ó le huviere cauido de parte por ocasion, ó causa de dicho entierro: y de la misma suerte deben restituir todos los Capellanes de dicha Capilla Real lo que les huviere tocado por causa de dicho entierro. Esto está expresamente determinado en el Derecho Canonico, cap. In nostra. de sepulturis. y cap. Cum liberum. donde se refiere, que vna muger se mandó enterrar por su vltima voluntad en la Iglesia de San Martin; pero los Monjes de San Vicente, de cuya Parroquia era la muger (como nota allí la Glosa) la enterraron en su Iglesia. El caso se lleuó al Summo Pontifice Alexandro III. el qual respondió assi: *Mandamus prefatos Monachos compellatis, ut ossa prefata mulieris, & beneficia, que occasione sepultura ipsius recepisse noscuntur, memoratis*

fra-

*fratribus cum integritate restituant, & de cetero talia facere non presumant.* Lo mismo se determina cap. Animarum. de sepulturis. in 6. donde dize el Papa Bonifacio VIII. hablando de los que *indebite* enterran alguno donde no debieran: *Ad restitutionem omnium, que occasione sepultura eorum per venerint quomodolibet ad eosdem infradecendum integraliter faciendam ipsos obligatos esse censuimus.*

71. Lo segundo, están obligados a restituir el cuerpo del difunto, ó los huesos, al lugar donde debia ser enterrado. Esto consta del cap. Animarum. referido, y del cap. Cum liberum. y del cap. Ex parte. de sepulturis. donde expresamente se determina, y manda a los que enterraren a alguno donde no avia de ser enterrado, que restituyan el cuerpo, ó los huesos. Pero advierte la Glosa in cap. Animarum. que en quanto a la restitucion del cuerpo no ay obligacion de hazerla, si no les requieren, y lo piden a diferencia de los aprouechamientos, y cosas, que huviere recibido por ocasion de dicho entierro, las cuales deben restituir, aunque no se las pidan, ni les requieran, porque es deuda de justicia commutativa, porque recibieron lo que no era suyo, ni les pertenecia, sino que era, y pertenecia a otros. Las palabras de la Glosa son: *Sepelientes aliquem indebite tenentur restituere quidquid ex inde receperunt etiam si non fuerint requisiti. Nota quod tenentur restituere ossa cadaveris si fuerint requisiti, & moniti ab Ecclesia: aliter non.*

72. A la tercera dificultad se responde, que el dicho Capellan no incurrió en la excomunion de la Clementina *cupientes de panis*, la qual expresamente habla contra los que inducen a alguno para que haga voto, promesa, ó juramento, ó de otra qualquiera manera se obligue a elegir sepultura en sus Iglesias: y como este Decreto es odioso, que mira especialmente el castigo de los assi inducidos, no se puede estender a los que sin inducir a dicho voto, juramento, ó promesa enterran a alguno indebidamente contra la voluntad del testador. Que la dicha Clementina hable expresamente contra los dichos inducidos, consta claramente del tenor de sus palabras, y de las del cap. Animarum. de sepulturis. in 6. donde Bonifacio VIII. prohibe este modo de inducir a elegir sepultura. Y este Decreto, y Constitucion de Bonifacio renouó Clemente V. añadiendo la censura de excomunion mayor *late sententia* reservada

al Papa: y assi juzgo, que no comprehende al caso presente, ni el dicho Capellan ha incurrido en dicha censura. Lo que en el Derecho Canonico tiene mucho fundamento, es, que la Iglesia donde enterraron dicho difunto quedará *ipso facto* entredicha, si no hizieren la dicha restitucion dentro de diez dias. Esta pena está in cap. Animarum. de sepulturis. donde se determina, que si los Religiosos, ó Clerigos, que induxeron a alguno a votar, ó jurar, ó prometer de enterrarse en sus Iglesias, anulada ya esta eleccion, como en dicho capitulo la irrita, y anula el Derecho, no obstante enterraren en sus Iglesias al difunto, no debiéndose enterrar en ellas, como dicho es, que restituyan el cuerpo sepultado, si se les pidiere, y todo lo que huviere recibido por causa de dicho entierro dentro de diez dias; lo qual si no lo cumplieren, la Iglesia donde enterraron al difunto *indebite*, y su cementerio, quede entredicho. *Ex tunc ipso facto, donec ab eis facta fuerit restitutio plenaria omnium predictorum.* Esta pena de entredicho se pone en dicho cap. Animarum. de sepulturis. y se confirma en la Clementina *cupientes de panis*; no por la culpa de aver inducido a jurar, ó prometer, que se enterrara en su Iglesia, ni porque de hecho le enterraron en su Iglesia *indebite*, & *contra ius*, sino inmediatamente porque debiéndose enterrar en otra Iglesia, y debiendo restituir todo lo que recibieron por causa del entierro, no lo restituyen, como consta de la letra de dicha Constitucion. Por lo qual siempre que en alguna Iglesia enterraren a alguno *indebite*, si no quisieren restituir segun lo que queda dicho, queda entredicha la Iglesia donde enterraron *indebite* al dicho difunto, hasta que hagan por entero la restitucion. Y la Glosa sin distincion, cap. Animarum. dize generalmente de qualquiera que enterran a alguno *indebite contra ius* en su Iglesia, debiéndose enterrar en otra, que si no restituyen dentro de diez dias, queda la Iglesia donde se enterró entredicha, hasta que se restituya plenamente todo. Y otra pena alguna no ay puesta por Derecho contra los que enterran a los difuntos en otras Iglesias contra sus vltimas voluntades, ó contra el derecho de las Parroquias.

73. Y aun el entredicho de la Iglesia (si no se haze la restitucion dentro de diez dias) se puede dezir probablemente, que no se incurre en este caso, porque el dicho cap. Animarum. vá hablando restrictamente de

de los que induxeron a alguno a que hiziese voto, juramento, ò promesa de enterrarse en sus Iglesias, a los quales descomulgó la Clementina *cupientes*; y el dicho cap. *Animarum*. determina, que si no obstante que la eleccion de sepultura assi jurada, votada, ó prometida está irritada, y anulada por Derecho, le enterraren en sus Iglesias, restituyan; y no restituyendo, estén sus Iglesias a donde enterraron a los difuntos assi inducidos entredichas, hasta que plenamente restituyan, y que no habla en los casos, que sin inducion alguna a votar, y jurar de enterrarse en su Iglesia, de hecho le enterraron donde no debieran; por que de este caso hablan otros capitulos del Derecho, referidos en la respuesta a la segunda pregunta: y aunque en ellos se determina, que restituyan, en ninguno se pone entredicho a la Iglesia donde le enterraron.

74. A la Glosa se puede responder, que habla *intra subiectum materiam*, de los inducidos, que de hecho enterraron en su Iglesia al inducido, que están obligados a restituir, y no restituyendo, están entredichas sus Iglesias: y no habla de los demás, que entierran a alguno contra lo dispuesto por su testamento. Y en la Glosa in Clementina *cupientes*, se expresa con mas claridad, que el entredicho se pone a las Iglesias de los que induxeron del modo referido.

75. Pero llevando esta opinion, que las Iglesias donde entierran a alguno donde no debieran, no están entredichas por Derecho *ipso facto* hasta que restituyan, se les podrá obligar por Juez competente, poniendole entredicho en su Iglesia a imitacion del dicho capitulo *Animarum*, y con otras censuras a sus personas, hasta que obedezcan, y restituyan segun dispone el Derecho.

76. Mi parecer es, que en este caso se siga la determinacion de la Santidad de Alexandro III. que está cap. *Ex parte*. de sepulturis. donde se refiere, que aviendo el Prior de Insula enterrado *indebite* a vn difunto en su Iglesia, perteneciendo la dicha sepultura a otra Iglesia, fue llevado el caso al Papa, el qual respondió, que el dicho Prior fuese compelido a hazer la restitucion del cuerpo, y a componerse *amicabiliter* con los Canonigos de la Iglesia a donde se debía enterrar dicho difunto. La composicion amigable, que aqui puede aver es, que en quanto a los derechos, y gastos del entierro, y Missas, que se huvieren de dezir por el alma de

el difunto, se haga todo como si se huviese enterrado en la Iglesia, y lugar donde dispuso el difunto por su testamento, y los Capellanes de la Capilla Real se ayan, y porten como si en su Capilla no se huviera enterrado, quanto al pretender, ò llevar derechos algunos, ò limosnas. En quanto a la restitucion del cuerpo, que no se pida por el horror, que pudiera causar; y si despues en algun tiempo sus herederos, ò Albaceas quisieren trasladar sus huesos, que no se les ponga impedimento alguno.

### CONSULTA XXI.

*Sobre si aviendo enterrado en una Iglesia particular un difunto, que murió sin testar, se deban pagar algunos derechos al Cura, y Parroquia? Item, donde deba ser enterrado el que muere sin hazer testamento?*

### PROPOSTA.

Murió de parto Maria, enterraronla en esta Iglesia, y van haciendo vn nouenario. Este, y la sepultura, y otros emolumentos los pide el Cura oy (que llegó de Manila, y no se halló al enterrarla) y lo que alega es, que pide lo que le toca por no aver hecho testamento, y no confutando de la voluntad de la difunta, era suyo el entierro, &c. Solo se le responde, que pidió la enterrasen en la Capilla del Rosario, y lo rogó a su madre, que no consta mas. Yo no he hablado, ni he concurrido a cosa, ni la confesé: solo esperamos saber lo que V. R. sienta.

### PARECER C.XXIX.

77. **A** Tres puntos se puede reducir toda la dificultad de los derechos del señor Cura.

El primero, si se debe pagar sepultura, y nouenario en la Parroquia, dado caso que con derecho se aya debido enterrar el cuerpo de esta señora en la Iglesia de Santo Domingo, donde de hecho fue enterrado?

El segundo, si dado caso, que se debiera aver enterrado en la Parroquia, se deben pagar sepultura, y nouenario a la Parroquia, no obstante que de hecho se aya enterrado en la Iglesia de Santo Domingo, y quien deba pagar ambas cosas?

El

El tercero, donde debió ser enterrada dicha difunta?

78. Al punto primero respondo, que dado caso, que se aya debido enterrar en nuestra Iglesia, no se debe pagar nouenario, ni sepultura en la Parroquia. La razon es, porque assi lo determina la Santidad de Pio V. en vna Bula, que passada por el Consejo Real de las Indias, se presentó en la Real Audiencia de Manila, y se obedeció, y mandó observar lo contenido en ella en todo el distrito de la jurisdiccion de dicha Real Audiencia, y assi se observa. Y de los entierros, que se hazen en las Iglesias de los Conuentos, no se paga cosa alguna a la Parroquia, sino solamente al Cura, y Sacristan el acompañamiento del cuerpo. Si acaso estando el Cura ausente, y no hallandose en el entierro, se le deben los derechos del acompañamiento (dificultad, que V. R. apunta breue, y casualmente enre parenteis) se puede ver en el señor Obispo Montenegro, que lo determina muy bien: hallarás el libro en la libreria de N.

79. Al segundo respondo, que en caso que se debiera aver enterrado en la Parroquia, se debe pagar sepultura en la Parroquia, y nouenario, y otra qualquiera limosna, que se aya hecho a nuestro Conuento por causa de averse enterrado en él; ó qualquiera utilidad, que por ocasion de este entierro se le aya seguido, se debe restituir a la Parroquia, y tambien el cuerpo de la difunta. Todo esto está expreso en el Derecho, cap. *Animarum*. de sepulturis. in 6. *Si vero eisdem Religiosi, vel Clerici predicti in suis Ecclesijs, vel ceteris praesumpserint sepelire, ad restitutionem tam sepulchrorum corporum, si petantur, quam etiam omnium, qua occasione sepultura illorum peruenierint quomodolibet ad eosdem, infra decem dierum integraliter faciendam ipsos obligatos esse censemus.* Lo mismo se determina cap. *In nostra*. y cap. *Cum liberum*. de sepulturis. Y adviértase con la Glosa in cap. *Animarum*. que el cuerpo de la difunta se debe bolver solamente en caso que lo pida la Iglesia donde debia ser enterrado: por esto pone el Derecho aquella condicion *si petantur*; pero los demás emolumentos, y prouechos se deben restituir dentro de diez dias, aunque no los pidan, y por esto no pone condicional alguna en la restitucion de los emolumentos, y prouechos, sino absolutamente manda, que los restituyan dentro de diez dias; y con razon, porqué dichos emolumentos fueron defraudados contra justicia commutativa a la Iglesia don-

de se debió enterrar el difunto.

80. Para determinar quien deba pagar la limosna del nouenario, y sepultura en la Parroquia, si se huviese enterrado contra derecho en nuestro Conuento, se ha de notar, que el Derecho en los lugares citados dispone, que los Religiosos, y Clerigos de las Iglesias en que entierran los difuntos, que no se debian enterrar allí, paguen a las Iglesias donde se debian enterrar, por causa que en los casos referidos en dichos lugares del Derecho, los mismos Religiosos, y Clerigos defraudaron a la otra Iglesia, siendo ellos mismos los que contra derecho enterraron, ò hizieron enterrar en sus Iglesias al que se debia enterrar en otra: y por esto con razon se les manda allí, que paguen, y restituyan todo lo que recibieron por razon del entierro, hasta las limosnas, que se les deberian por su trabajo, y sufragios, que avian hecho por el difunto. Pero en el caso presente V. R. no hizo diligencia alguna para que se enterrase en su Iglesia, sino que a su Iglesia le traxeron el difunto, diciendo, que en ella se avia mandado enterrar. En caso desta calidad no debió mostrarse incredulo, ni resistir a los que disponian el entierro en esta Iglesia, especialmente que en esta materia no suele aver engaño, ni es verisimil que lo huviese: y assi dado caso, que despues constase, que debió averse enterrado en la Parroquia, por aver procedido todos con buena fé, sin intencion de defraudar a la otra Iglesia, no se ha de proceder con el rigor, que dispone el Derecho en los lugares citados, donde trata de entierros hechos con mala fé, y de proposito, donde no se debieron hazer; sino como dispone el Derecho, cap. *Ex parte*. de sepulturis. donde se refiere, que vn Prior enterró en su Iglesia a vn Parroquiano de vna Parroquia, que gobernaban vnos Canonigos, que recurrieron al Papa, que mandó, que el cuerpo se restituyese a la Iglesia donde debió ser enterrado, y que en los demás emolumentos se compusiesen amigablemente el Prior, y los Canonigos. *Priorem compellatis ut memoratis Canonicis predicti Parrochiani corpus restituat, & ex inde amabiliter conveniat cum eisdem.* La composicion, que aqui pudiera aver en caso que constase, que se debiera aver enterrado en la Parroquia, es, que el Padre Vicario diese permiso para que siempre que el Cura quisiese, desenterrase la difunta, y la llevase a su Iglesia: y las Missas del nouenario ya dichas con buena fé en nuestra

Igle-

Iglesia, lleuasse la limosna de ellas el Padre Vicario, y las que estuviessen por dezir hasta concluir el nouenario, se dixessen en la Parroquia, y lleuasse la limosna el Cura, porque no es licito hazerles pagar otro nouenario, no teniendo culpa por aver procedido con buena fé. Lo mismo es si huvieran dado otras limosnas de Misas a dicha Iglesia por causa de dicho entierro, que de las que ya estuviessen dichas se le debe dar la limosna, y de las restantes a la Iglesia Parroquial, que es donde se deben dezir. Y si por el recibimiento, doble, incensario, y cosas semejantes, que ay en la accion de enterrar, lleuó alguna limosna nuestra Iglesia, se ha de partir por iguales partes con la Parroquia; porque esto quiere dezir el Derecho quando dispone, que ambas Iglesias se compongan amigablemente *amicabiliter*. Pues en ambas Iglesias ay entierro, repartase lo que se dá por causa del entierro, para que no se le obligue a los parientes del difunto a hazer otros gastos sin aver incurrido en culpa, pues huvo buena fé en todos los que concurrieron a hazer dicho entierro. de reg. iur. in 6. reg. 23. *Sine culpa non est aliquis puniendus*. Ni en vn real se ha de gravar a los parientes, si no tienen culpa. Si constasse, que la madre de la difunta, ó otra persona, huviesse procedido con fraude, ó dolo, haziendo que el entierro se hiziesse en nuestra Iglesia, sabiendo que pertenecia a la Parroquia, debería quien hizo el fraude pagar nouenario, y entierro en la Parroquia, y todos los demás prouechos, y limosnas, que huviera lleuado la Parroquia, y el Cura, si en ella se huviera enterrado. Cap. Si culpa. de iniurijs; & damno dato. *Si culpa tua datum est: damnnum satisfacere te oportet.*

81. Al punto tercero respondo, que el Derecho dispone, que a cada vno se le dé sepultura donde la eligió por su vltima voluntad: y si no eligió, ni pidió sepultura, dispone, que en tal caso se entierre en la Iglesia donde están enterrados sus mayores; y si en el lugar donde murió no ay Iglesia donde se ayan enterrado sus mayores, se le debe dar sepultura en su Parroquia. De fuerte, que el titulo primero, y mas principal, que dá el Derecho para enterrar en vna Iglesia a vn difunto, y vence a los demás titulos, es la voluntad del difunto, que quiso ser enterrado allí, y todos tienen derecho para elegir sepultura, excepto solamente los Religiosos quando mueren cerca de alguna Iglesia de su Orden, que enton-

ces han de ser enterrados en ella, y no tienen derecho para elegir en otra parte sepultura: y los niños, que no han llegado a los años de pubertad, a los quales no permite el Derecho, que elijan sepultura, porque aun no tienen perfecta libertad, y deben ser enterrados donde sus padres dispusieren, si ay costumbre desto en la tierra, y si no ay tal costumbre, en la sepultura de sus mayores, y a falta desta en la Parroquia. Todo esto consta del Derecho, cap. Nos instituta. de sepulturis. y cap. Cum quis. y los tres siguientes de sepult. in 6.

82. El fundamento, que el señor Cura tiene para dezir, que se debió enterrar en su Iglesia, es, que no hizo testamento, y no aviendo hecho testamento, no pudo elegir sepultura: y como en ninguna Iglesia de este lugar están enterrados abuelos de dicha difunta, se sigue, que el derecho del entierro le pertenece a la Parroquia. Este fundamento es falso, y expresamente contra Derecho, cap. Licet pater. de sepulturis. in 6. donde se determina, que el hijo de familias, que ha llegado a los años de la pubertad, si no tiene bienes castrenses, ó quasi castrenses, no puede testar de cosa alguna sin licencia de su padre. *Quamuis filius familias absque patris assensu sibi possit libere eligere sepulturam, pro anima tamen sua (prater ipsius assensu) nisi peculium castrense, aut quasi castrense habeat, aliquid iudicare non potest.* Y allí la Glosa: *Iudicare, id est, in vltima voluntate relinquere.* Y assi es cosa certissima, que sin hazer testamento se puede elegir sepultura en que se le deba enterrar, y aun basta que conste, que la difunta aya deseado, ó tenido deuocion de enterrarse en tal Iglesia, y que sin aver mudado dicha voluntad muriesse, para deberse enterrar en ella. Dizelo el Derecho, cap. Fraternalitatem. de sepulturis. *Ipsorum deuotioni, & extrema voluntati, qui apud huiusmodi Ecclesias sepeliri desiderant, minime contradicendum est.*

83. Toda la dificultad está a ora en averiguar si consta, que la voluntad de la difunta fue de enterrarse en nuestra Iglesia: y si huviesse otras personas, que huviesseen oido quando la difunta pidió a su madre, que la enterrasen en dicha Iglesia, no huviera dificultad, pues al dicho de dos, ó tres testigos se está en causas mas arduas. Math. 18: *In ore duorum, vel trium testium steter omne verbum.* Suponiendo, pues, que no ay otro testigo, sino solamente la madre

de la difunta, que afirma averle rogado su hija, que la enterrasen en nuestra Iglesia, se le debe creer, y la obligacion precitta fue enterrarla en dicha Iglesia por tres razones. La primera, porque esta no es causa judicial, y assi no pide orden, y figura de juicio, ni que se reciban testigos en forma juridica, sino solamente pide vn conocimiento simple de la verdad, y esta sabida en qualquiera forma, y modo que se sepa, debe el Cura, y los demás a quien pertenece, dexar a cada vno, que se entierre donde tuvo deuocion. Y en estos casos, que no se requiere conocimiento judicial, basta que lo diga vn testigo, que no sea sospechoso, a quien buenamente se le deba credito en lo que fuele dezir, especialmente no siendo el testigo interesado en lo que afirma. Vea se a Matcardo. de probat. concl. 1368. donde explica como en algunos casos se requiere solamente conocimiento extrajudicial, para que sabida la verdad se conozca lo que se debe obrar, y cita allí otros muchos Autores.

84. Segunda razon: en causas muy graues se admite vn testigo solo quando faltan otras probaciones, para que no se defampare la verdad por falta de pruebas, y entonces basta vn testigo considerada la calidad de la persona, y que dize cosas verisimiles, ó creibles; y se colige del Derecho, l. Non omnes. ff. de re militari. §. A barbaris. donde se determina, que en algunos casos en que no se halla probanza, por conjeturas se conozca, y ampare la verdad, y se obre por ella. Y en causas matrimoniales, para passar vna muger a segundo matrimonio, dicen graues Autores, que basta vn testigo de vista, aunque sea muger, que viesse muerto al marido, quando no se puede hallar otro testigo, y no ay causas, que le hagan sospechoso. Assi lo afirman la Sum. host. tit. de sponsa duorum. num. 2. y cap. In presentia. de sponsali. al fin. y el Abad, ibid. num. 6. Angelo, verb. Matrim. 3. impedimento. 13. num. 4. Vrguez, 2. part. Speculi. art. 42. Sanch. de matrim. lib. 2. disp. 46. num. 12. y otros que allí cita.

85. Tercera razon: en el conocimiento de esta causa, de donde se deba enterrar vn cuerpo, no se trata de quitar el derecho adquirido a alguno; porque el Cura no tiene derecho adquirido para que se entierren en su Iglesia sus feligreses: antes de los tres titulos, que pone el Derecho, por los quales se adquiere derecho de sepultura, el vltimo es el derecho de la Parroquia, que se ha

de seguir a falta de los otros, por no aver pedido sepultura el difunto, ni tener padres, ó abuelos enterrados en alguna Iglesia del pueblo donde murió. Y en estos casos, donde no se trata de despoñer, ni quitar a alguno del derecho que tiene, se atiende llanamente a quien toca, y pertenece la cosa por qualquiera via, y camino, que parezca pertenecerle; y quitarla a quien assi parece pertenecerle, ó pedirle pruebas, y hazerle con esto molestia, es contra conciencia: de la fuerte que lo sería pedirle pruebas para dexarle poseer lo que es suyo. Siendo yo Vicario en esta Iglesia aconteció, que vna persona me avisó, que avia muerto su muger, y le pidió, que la enterrasen en dicha nuestra Iglesia. Dixele, que si: y despues de aver quedado la tal persona de que me daría veinte pesos, que esta limosna pidió la muger, que se me diesse por sepultura, Misa cantada, entierro, y recibimiento, y dobles, fue a hablarle al señor Cura para que asistiesse al entierro, el qual lo estorvó, y la enterró en la Parroquia, y allá se daría la limosna, que a mi no me dieron ni vn real. Por dos causas no hablé palabra: la vna, por que discordias, y litigios por causa de derechos de entierros, y cosas desta calidad, suelen mal, y escandalizan a los seculares. La otra, por que sospeché, que el señor Cura sabria con certeza lo contrario, ó la muger antes de morir se le avria dicho otra cosa, y si acaso la fuera confesar, y que de otra fuerte no se atreueria a quitar a este Conuento por esta limosna. Aora que veo, que quiere quitar el derecho de esta sepultura a esta difunta, porque no hizo testamento, hallo que entonces lo haria por esta misma razon, y configuientemente, que no tuvo razon, y debe restituir a esta casa aquella limosna.





## CONSULTA XXII.

*Sobre si los enfermos moribundos, que se van de proposito a morir a los Hospitales de S. Juan de Dios, se puedan enterrar en dichos Hospitales, sin hazer en esto agravia alguno a la Parroquia, y su Cura, ni se le deban derechos de entierro, y sepultura?*

## PROPOSTA.

**E**stando enferma Maria, se hizo traer a este Hospital de San Juan de Dios: quando llegò estaua ya tan al cabo, que se le diò luego la Extremavncion, y de alli a poco murió, y estando ya enterrada embió el Cura por el cuerpo, y lo queria hazer desenterrar: dize, que no la debemos enterrar en nuestro Hospital; y aunque le hemos mostrado nuestros priuilegios, dize, que no obstante se le debió dar sepultura en la Parroquia, y que se le han de pagar sus derechos; y sepultura como si en ella se huiera enterrado, porque los priuilegios de los Hospitales para enterrar en sus Iglesias a los que mueren en ellos, son para los que se van allí a curar, no para que se vayan allí a morir, como fue la dicha difunta, porque ya estaua moribunda, e incapaz de medicinas: assi lo dize el Cura, y que irse al Hospital en aquel estado, es traza, y fraude para defraudar a la Fabrica; y al Cura de sus derechos; y que si se dá lugar a esta introduccion, perecerán los Curas. Para apagar esta polvareda, y saber lo que deste entierro se debe al Cura, y lo que se debe hazer en semejantes ocasiones, esperamos la respuestade V. R. *Responsum, non est omnino in approposito, non est omnino in approposito.*

## PARECER CXXX.

**R**espondefe, que se debió enterrar en el Hospital de San Juan de Dios, y consiguientemente no le pertenecen al Cura, ni a la Parrochia los derechos de entierro, y sepultura. La primera razon desto es, porque los priuilegios de Summos Pontifices, especialmente vno de Gregorio XIII. despachado en 28. de Abril de 1576. en el año quarto de su Pontificado, donde haze relacion de otra concession semejante de Pio V. conceden facultad amplia sin limitacion, ni distincion alguna, para que a todos los enfermos, que mueren en los Hospitales de San Juan de Dios, los puedan enterrar allí sin intervencion alguna de los

Curas: estando la concession del Papa tan amplia, y absoluta, no puede inferior alguno limitarla, ni distinguir, que quando fuere el enfermo al Hospital ya moribundo, no pueda ser enterrado en él, sino en la Parroquia. *Vbi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus.* l. De practio. ff. de public.

87. Segunda razon: aunque el enfermo, que lleuan al Hospital, estè muy de peligro, y cercano a la muerte, se verifica, que se le puede curar, y es capaz de cura, por que es principio en que asientan todos los insignes Medicos con Galeno, que mientras està el alma en las carnes, es el cuerpo curable, y puede aver esperança de salud, y muchas vezes se ha visto aver sanado muchos, que estauan ya desafuziados, y aun otros, que estauan ya amortayados, y tenidos por muertos: por lo qual aunque se le conceda al Cura, que los priuilegios del Hospital para enterrar a los que mueren allí, se entendiesen de los que se van a curar; no por esto se debe excluir del priuilegio la dicha difunta, pues entrò allí viua, y consiguientemente capaz de cura: y es dificultoso de creer, que se fue de proposito al Hospital a morir, quando es naturalissimo en todos los viuientes desear viuir, y este desseo les dá aun a los mas desafuziados algunas esperanças de vida, y desseo de curar. de reg. iur. in 6. reg. 45. *Inspicimus in obscuris, quod verisimilius est, & quod plerumque fieri consuevit.* Esto que es mas verisimil, y mas connatural, y que acontece en los mas, se ha de presumir en la dicha difunta, de que fue al Hospital con desseo, y esperança de viuir, y de curarse.

88. Tercera razon: si algunos enfermos, que han estado en el Hospital mucho tiempo curandose, salen del, estando ya muy de riesgo, y les coge la muerte en sus casas, le pertenece al Cura enterrarlos, y no al Hospital; y assi lo he visto practicar en vn Capitan, que se estaua curando muchos meses avia en el Hospital de San Juan de Dios de esta Ciudad de Manila, y salió vn dia para bolver el dia siguiente al Hospital, y murió aquella noche en su casa, y no les permitieron llevarlo a enterrar al Hospital, por averle cogido la muerte fuera: y con razon, por que siendo la concession para los enfermos, que mueren en el Hospital, se ha de atender al hecho de la verdad, donde realmente mueren, sin meterse en questiones de la intencion que tenia, si entrò en el Hospital con intencion de curarse allí; o solamente para que le enterrasen, o si salió del para bolver luego, o no. l. Ille. ff. de legat. 3.

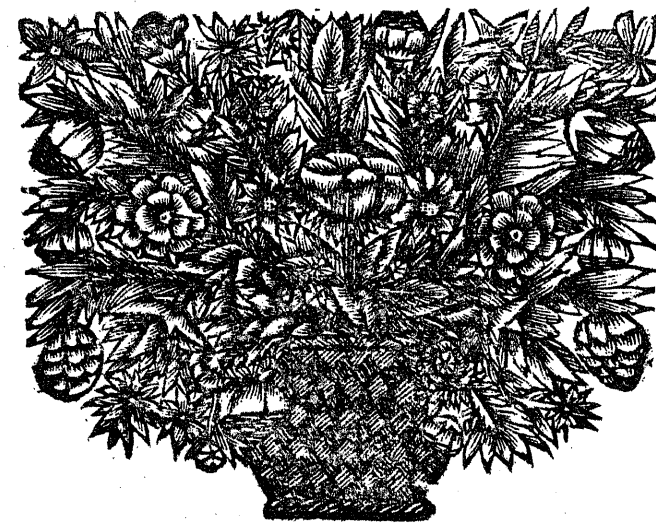
*Non*

*Non debet admitti voluntatis questio.*

89. Quarta razon: aunque el enfermo se fuere al Hospital ya cercano a la muerte meramente, por escusar los gastos del funeral, le debe valer el priuilegio del Hospital; porque esto no es propriamente fraude, sino usar de su derecho, y valerse del priuilegio de la Sede Apostolica. l. Fluminum. ff. de damno infecto. § Item videamus. *Non teneri me damni infecti, neque existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re in qua iure meo usus sum.* y l. Nullus. ff. de reg. iur. *Nullus videtur dolo facere, qui iure suo utitur.* Y en caso que acerca de alguna accion de que se sigue bien a vno, y daño a otro, huviere duda si es fraude, que no le deba aprouechar al que consigue en ella el prouecho: determina el Derecho, que se debe presumir, que no fue fraude, ni engaño, sino que vió de su derecho. l. Merito. ff. pro socio. *Cum sine dolo malo fecit, & sane plerumque credendum est iure potius suo uti, quam furti consilium inire.* y alli Bart. summa esta ley assi: *Indubio quis uti presumitur iure suo.* Y no ay fundamento para temer, que por esta causa perecerán los Curas, o perderán cosa considerable de sus derechos, porque ninguna persona de razonable, o mediano caudal se vá por esta causa a morir a vn Hospital, dexando el regalo de su casa quando mas lo ha menester, y escogiendo vn entierro bastantemente humilde. De los que se puede presumir, que por esta causa irán a morir a vn Hospital, son aquellos de quien el Cura antes puede esperar, que le pidan limosna para su entierro, que llevar derechos de funeral, y sepultura.

90. Quinta razon: siempre que muere alguno en los Hospitales de S. Juan de Dios lo entierran allí, sin meterse los Curas en averiguar si estuvo allí poco tiempo, o mucho, o si fue al Hospital a morir solamente, o a curarse; porque tienen reconocido el derecho, que por priuilegio tienen dichos Hospitales, para enterrar a los que mueren en ellos sin intervencion de los Curas, y sin pagar derechos en las Parroquias. Y assi esta dificultad, que se ha puesto acerca del entierro de esta pobre, ha parecido cosa nueva a quantos la han oido. En Manila algunas vezes he visto dudar, y hazer diligencia el Cura, que entonces era, si llevaron ya difunto al Hospital al que trataban de dar sepultura; pero en sabiendo, que en el Hospital espirò, sin controversia alguna le han dexado enterrar. Pues la costumbre es interprete mejor, y mas abonado de las leyes, Canones, y priuilegios, cap. Cum dilectus. de consuetudine. y l. Si de interpretatione. ff. de legibus. Y assi aunque el priuilegio estuviesse dudoso, si se debia entender de los que con esperança de curar se entraron en el Hospital; teniendo tan buen interprete el Hospital en su fauor, no se puede ya poner en duda, sino que a qualquiera enfermo, que en el Hospital le halla la muerte, aunque de proposito se ayado allí a morir, le pertenece al Hospital darle sepultura, si el enfermo no la elige fuera. Otras muchas consultas de restitucion por causa de la injusta acepcion, se hallarán en la

Classe donde se pone la restitucion de los que tienen officios en especial de justicia.



# QVINTA CLASSE.

## EN QUE SE PONEN LAS CONSULTAS

de restitucion por causa de la cosa recibida,  
y poseída con buena, ò con  
mala fé.

## CONSULTA I.

*Sobre si el dinero, que se recibe por hazer brujerías, como dar yervas de bien querer, ò hazer tales ceremonias, por que parezca lo perdido, &c. se deba restituir?*

## PROTESTA.



Na muger ha recibido diuerſas cantidades de dinero, aun que no quantioſas, por causa de algunas como brujerías que haze, como si se ha perdido alguna cosa, haze vnas ceremonias para ſaber quien la hurtó, dá yervas de bien querer, y otras cosas a eſte modo, y muchas vezes no han furtido efecto. Preguntáſe ſi eſta obligada en el fuero de la conciencia a reſtituir lo que ha recibido?

## PARECER C.XXXI.

**R**espondeſe, que ſi realmente es hechizera, ò bruja, ò ſuele median- te el pacto con el demonio hazer con efecto lo que le piden, no eſta obligada a reſtituir, aunque a vezes no tenga efecto lo que le piden. La razon de eſto es, porque aunque las acciones que haze ſon malas, y diabolicas, pero con ellas ſirve a los que le dán dinero, y ſe acomoda a darles guſto en aque- llas acciones malas, y por eſte titulo quieren los que le dán el dinero transferir en ella el dominio del. Por eſta razon defienden gra- ves Autores, que el dinero, que ſe dá por causa torpe, aviendo torpeza, y peccado de parte del que lo dá, y del que lo reci- be, no tiene obligacion a reſtituir el que lo recibió. Aſſi lo afirman Nauarro in Summ. cap. 15. y Molina, tom. 1. de iuſt. tract. 2. diſp. 94. Lud. Lop. 2. part. inſtr. de elem.

cap. 107. Bañez 2. 2. q. 62. art. 5. dub. 3. Manuel Rodr. tom. 2. Summ. cap. 4. y otros muchos, y tiene fundamento en el Dere- cho, l. Vbi. ff. de condit. ob turpem cauſam. *Vbi autem, & dantis, & accipientis turpitu- do verſatur, non poſſe repeti dicimus, velut ſi pecunia detur, vt male iudicetur.* En el caſo propueſto ay torpeza de ambas partes, aſſi de la que pide, que ſe hagan las brujerías, ò pacto, y para eſto dá el dinero, como la que lo recibe para hazerlas; y aſſi la que lo recibió no tiene obligacion en conciencia a reſtituirlo.

2. Segundo fundamento deſta reſolu- cion es, porque aunque los pactos de la hechizera no merecen premio, ò paga, ſino caſtigo; pero el que pide, que los haga, quiere dar ſu dinero, y traſpaſſar el dominio del por eſta mala mercaderia. l. In re. C. mandati. *Sua quiſque rei eſt moderator, & arbiter.* Cada vno puede hazer de ſu dinero lo que quiſiere, y pues ſabe la malicia de la cosa por que lo dá, no ſe le haze agrauio. de reg. iur. in 6. reg. 27. *Scienti, & conſentien- ti, non ſit iniuria, neque dolus.*

3. Que no aya tenido efecto lo que en alguna ocaſion le han pedido, no varia el caſo, ni por eſto queda obligada a reſtituir, porque ella puſo de ſu parte los medios que le pedian, y por poner dichos medios lleuó el dinero: el no tener efecto ſeria, ò porque Dios no ſe lo permitiò, ò porque el demonio como mentiroſo faltó, ò porque no alcanzó allí ſu potencia. Como ſi le pedian, que reueláſſe algun ſecreto oculto, que el no alcançaba, ò cosa que dependia de vo- luntad libre agena, como que mouieſſe a torpes amores, que en eſto no puede el ha- zer mas que tentar, y ſi le quieren reſtituir, no puede cosa: en tal caſo, que no quedó por la hechizera, porque hizo ſus ceremonias diabolicas, es como ſi huiera tenido efecto quanto al quedarſe con la paga. de reg. iur. in 6. reg. 41. *Imputari non debet ei per*

*per quem non ſtat, ſi non faciat, quod per eum fuerat faciendum.*

4. Si eſta muger no haze brujerías, ni vña de pactos con el demonio para eſtas co- ſas que le piden, y ella promete de hazer, debe reſtituir todo lo que le han dado, aun- que algunas vezes aya acertado en lo que ha dicho, ò aya tenido efecto lo que le han pedido; y eſto es lo mas ordinario en eſta tierra, que algunas pobrecillas ſe valen de eſte embuſte para tener con que remediarſe, y ſin tener pacto con el demonio, ni ſaber de eſto, dan a entender, que tienen eſta virtud, ò por mejor dezir eſte vicio, con que algunos ignorantes les piden con que ſolicitar a otras perſonas, y ellas les dán las primeras yervas, ó raizes que hallan a ma- no: y como los pretendientes ſuelen poner otros medios demás deſte, como regalos, y recaudos, ſuele por eſtos tener efecto ſu pretencion, y la que dió las yervas dá a en- tender, que ſe debe a tu diligencia, no aviendo hecho cosa, que conduzca al interi- to. Que en eſte caſo eſtén obligadas a reſti- tuir, es cosa certiffima, porque con frau- de, y engaño lleuan aquel precio ſin hazer la obra, por la qual ſe conuinieron de dar- ſelo. l. Hoc edicto. ff. de dolo malo. ſe de- termina, que del engaño, y dolo no ſe puede ſacar ganancia: *Adverſus varios, & dolofos, qui alijs ob fuerunt calliditate qua- dam ſubvenit, ne illis malitia ſua ſit lucroſa.* Y mas abaxo diſſine el dolo aſſi: *Dolum ma- lum deſinit eſſe machinationem quandam al- terius decipiendi cauſa, cum aliud agitur, aliud ſimulatur.* Fraude, que obliga a reſti- tucion, es quando vno recibe precio por hazer alguna cosa, y no la haze, aunque ſinge que la haze: eſte no tiene titulo algu- no para lleuar aquel precio, ni el dueño ſe lo quiere dar graciosamente, ſino por titu- lo oneroſo de que ayude a ſu intento con aquellos pactos diabolicos, y faltando eſtos por qualquiera cauſa, no conſta que le quie- re dar cosa alguna.

5. Que algunas vezes aya conſeguido ſu intento el que pedia, que le ayudáſſe con pactos diabolicos, no le libra de la obligacion de reſtituir, porque no ſe conſi- guió por medio de la embuſtera, ſino ca- ſualmente, ò por otras diligencias, que ha- ria el que conſiguió ſu intento, y por la ac- cion, que eſta no hizo, ni es ſuya, no pue- de lleuar precio, como dize Santo Thomas 2. 2. q. 77. art. 1. *Quia utilitas qua alteri à creſcit, non eſt ex venditione, ſed ex condi- tione ementis. Nullus autem debet vendere al-*

*teri, quod non eſt ſuum.* Y quando la mu- ger huviéſſe hecho alguna accion en orden a la conſecucion del efecto; como lleuar algun recaudo, ò dar algun conſejo malo, no por eſto dexa de eſtar obligada a la reſti- tucion, porque todavia ſe venia, que no hizo la obra, que le pagaban con aquel di- nero, y no conſta que por otra accion le quieſſen dar precio alguno.

## CONSULTA II.

*Sobre ſi una perſona eſtè obligada a reſtituir ciertas alhajas de algun valor de vn hermano ſuyo difunto, que recibió con buena fé, y con la miſma ſe las dió otra perſona, que no tenia autoridad para darlas, ſiendo pobre la dicha perſona a quien ſe dieron?*

## PROTESTA.

**V**Na muger, buena Chriſtiana, fue llamada de vn Sacerdote ſanto varon, para que le aſſiſtieſſe en la enfermedad de la muerte, y de hecho le aſſitia, y ſe entre- gó de todas las llaves de ſu aver. Tenia eſte Clerigo vna hermana, con la qual eſtaua tan enojado, que fue menester para reci- birla en aquel trance la autoridad del ſeñor Arçobispo; y finalmente, no le dexó ni vn clauo. La hermana con ruegos conſqui- tó a dicha muger buena, y le ſacó de ſaba- nas, tachos, &c. mas de cien peſos, en- tendiendo ambas con la fé de hermano, que lo podian hazer. Han paſſado años ſin ha- zer eſcrupulo, y aora eſta mala, y rebol- viendo cosas ſe le ofrece eſto: vea V. R. que ſe debe hazer, y perdone tantos en- fados.

6. Reſpondeſe, que el caſo viene di- minuto, y ſin las circunſtancias de que pen- dia ſu reſolucion. Se han de preguntar a eſta muger las circunſtancias ſiguientes. La primera, ſi ella fue Albacea del Sacerdote. La ſegunda, ſi dexó por heredera del re- maniente de ſus bienes a ſu alma; ò a algu- na otra perſona, y ſi hubo hacienda para cumplir todos los legados; porque no pro- poniendofe dichas circunſtancias, eſta el caſo tan ambiguo, y dudoso, que no ad- mite cierta reſolucion. §. fin. 30. q. 5. *Nec in re dubia certa danda eſt ſententia.* Y cap. de muliere. de ſponſ. *Certum nobis nihil ex- pre*

*presisti, nihil certum inde tibi possumus respondere.*

7. Bolvieronle a informar de las circunstancias del caso, y fueron estas: Que aquella muger no quedò por Albacea, ni diò las alhajas despues de muerto el Clerigo, sino estando èl viuo, con condicion de que si sanaba avia de bolverfelas todas la hermana al Clerigo: el qual le entregò folamente a dicha muger las llaves, para que cuydara de su casa mientras estaua recumbente; y ella compadecida de la necesidad, y ruegos de la hermana, y pareciendole crueldad, que el hombre no la dexara ni aun nombrada en el testamento, quando a su parecer era heredera, le diò lo que dize el caso. Dexò por heredera a su alma, y huvo dinero para todos los legados.

PARECER C.XXXII.

8. **R**espondese, que aviendose cumplido todos los legados, que dexò el Clerigo, y aviendo dexado a su alma por heredera de todo el remanente, puede aplicarse a su hermana, por ser pobre, por limosna, y obra pia todo lo que recibió de esta muger, por tres razones. La primera, porque aunque su hermano no le quitò de dexar cosa alguna por legado por afecto especial de hermana, por los disgustos que avian tenido; pero no la excluyò, ni consta, que la excluyese, para que no entrasse a ser participante de las limosnas del remanente, como vna de las demás pobres extrañas. La segunda, porque ya se avian reconciliado, y hecho las amistades; y aunque esta reconciliacion, y amistad no fue tan grande, que bastasse para que le dexasse algun especial legado, se debe presumir, que fue suficiente para no excluir de aquello, que dexaba en comun para obras pias, y para repartir a otros pobres: porque si no valiesse para esto, no huviera sido reconciliacion verdadera, sino falsa, y de palabra folamente; de la qual dixo el Sagrado Evangelista San Juan: *Non diligamus verbo, neque lingua, sed opere, & veritate.* 1. Ioan. 3. La tercera, porque de ninguno se presume, que es malo, quando no consta de su pecado, cap. In cunctis. 1. q. 3. *Mala nisi probata credi non debeant.* Et post pauca: *Nimia esse leuitatis si quis mala grania credere studeat, que probari non possunt.* Y esto es mas cierto, è indubitable del que està disponiendose para morir como Christiano, ha-

ziendo su testamento, y recibiendo los Santos Sacramentos, del qual se ha de presumir, que quiere hazer todo aquello, que es necesario para salvarse; que de ninguno se presume, que desprecia su salvacion. Por lo qual no se puede presumir del dicho Sacerdote, que quiso excluir a su hermana pobre, de lo que dexaba para obras pias, porque esto no seria licito, como dize Santo Thomas 2. 2. q. 25. art. 9. donde enseña, que el bien, ò beneficio, que vna persona haze en especial a algunos, no està obligado de precepto a hazerlo a todos, ni a alguno, si nó es que estuviere en urgente necesidad; pero el beneficio, ò bien, que vno haze a vna Comunidad, ò a todo vn Pueblo, està obligado con el precepto de la caridad a no excluir a algun particular, aun que sea enemigo. *Talia beneficia vel dilectionis signa inimicis exhibere est de necessitate precepti.* Y es comun de todos los Doctores: por lo qual aunque dicho Clerigo pudo licitamente no dexar legado alguno a su hermana, porque segun las leyes no es heredera forzosa, y hazerle legado, es beneficio especial a que no le obliga la caridad, quando no està su hermana en necesidad muy urgente; pero dexando el remanente de los bienes para Misas, y obras pias en comun, sin determinar personas, haze capaces de esta limosna a todos los pobres, y sería ilícito contra el precepto de la caridad, excluir especialmente a su hermana de esta limosna, que dexaba comun, è indeterminada. Seriale licito dexar el remanente, que se repartiessè a quatro pobres, ò a ocho, que alli nombrasse: y aunque en tal caso no huviesse lugar de dar cosa alguna a su hermana, no sería pecado, porque no la excluia del beneficio comun, si no le hazia el beneficio especial, que hazia a quatro, ò a ocho pobres. Pero aviendo dexado el remanente de su hacienda para sufragios, y obras pias a que tiene derecho el comun de los pobres, sería pecado contra caridad excluir especialmente a su hermana de este beneficio, que dexò comun, y general; y demás de esto sería contradecir a su misma disposicion: y aviendo dexado el remanente para bien de su alma, si excluyessè a su hermana, sería dexarlo contra su propria alma. *Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia.* No es creible, que con el mismo testamento quiera contradecir, y deshazer al principal intento del mismo testamento, en que testò para bien de su alma, dexandola por he-

PARECER C.XXXIII.

heredera: por lo qual se debe creer, que no fue su intento excluir a su hermana de las obras pias, que el Albacea huviere de hazer por el alma del difunto; y assi puede el Albacea aplicarle qualquiera limosna, que pudiera aplicar a otra qualquier persona necesitada.

9. Lo que se debe hazer para seguridad de la conciencia de esta muger, es, que se le hable al Albacea del Clerigo, para que aplique a la hermana de dicho Clerigo lo que esta muger le diò, porque de otra suerte no se le puede aplicar: porque ninguno puede disponer de hacienda agena sin la voluntad de su dueño, cap. Tua nobis. de dicimis. *Cum nulli sit licitum aliena cuiquam concedere, prater domini voluntatem.* El difunto a solo el Albacea dexò facultad para disponer de sus bienes: y assi otro ninguno los puede aplicar licitamente, porque sería disponer de hacienda agena sin la voluntad de su dueño.

CONSULTA III.

*Sobre una circunstancia de el caso antecedente.*

PROPOSTA.

**E**L Albacea del Clerigo, de quien se dixo en el parecer antecedente, ha mucho que salió de esta vida. Preguntase, si se ha de recurrir al Albacea del dicho Albacea, para que haga la aplicacion, pues a èl dexò cometidos todos sus derechos, y acciones el Albacea del Clerigo, ò quien podrá hazer dicha aplicacion?



10. **R**espondese a la consulta, que aun que segun ambos Derechos a cada vno es dañosà la detencion, y tardança en cumplir lo que està obligado, de reg. iur. in 6. reg. 25. *Mora sua cuiuslibet est nociva.* l. In condemnatione. ff. de reg. iur. *Vnicuique sua mora nocet:* con todo esto a esta muger le ha sido prouechosa la detencion, y demora, que ha tenido en ajustar esta obligacion hasta que se aya muerto el Albacea, que con esto se excusa de este recurso, y de suplicas, y ruegos, y quizà el Albacea no querria aplicarlo todo, sino que la obligaria en conciencia a que le restituyessè para otros pobres, ò para otras obras pias, que fuesen mas de su deuocion: y en tal caso estaria obligada a restituirlo la hermana, como principal deudora, que se aprouechò de la hacienda agena; y no pudiendo esta, estaria obligada esta muger, por averla entregado la hacienda agena, que estava a su cargo, contra la voluntad de su dueño. Aora muerto el Albacea, V.R. como Confessor de esta muger, que le consta de la necesidad de la hermana del dicho Clerigo, se puede aplicar por limosna todo lo que esta muger le entregò de los bienes de su hermano; con que ambas mugeres quedan seguras en conciencia, y libres de esta obligacion. Los fundamentos por donde consta, que no pertenece al Albacea del Albacea del Clerigo hazer dicha aplicacion, ni a los herederos del Albacea, ni a otra persona alguna, a quien el Albacea lo cometiesse, son los siguientes. El primero, porque el oficio de Albacea es personal, que lo debe hazer el nombrado por Albacea por su propria persona, y assi no passa a los herederos, ni Albaceas de el Albacea, ni el Albacea lo puede cometer a otro, como dize la Glóssa in cap. Religiosus. de testamentario, y dize: *Vide quod non transeat officium, licet ibi transeat onus non personale.* Y cap. Quoniam. de offic. Iud. de leg. se determina, que generalmente al que se comete algun negocio, para que personalmente lo haga, no lo puede subdelegar, ni cometer a otro, si no es que sea negocio tocante a otras personas; que entones de consentimiento de las tales personas se puede cometer a otro. *Is cui iniungitur, ut personaliter negotium exequat, potest (dummodo*



modo partes consentiant) hoc alij delegare. Y allí la Glosa: *Si iniungitur alicui, ut personaliter aliquid faciat non potest id per alium facere, nisi de consensu illius, seu illorum quorum est negotium illud.* Y mas abaxo: *Vbi non sunt partes, non potest delegatus committere vices suas, si mandatur, ut personaliter intersit, secus vbi sunt partes, quia partes possunt renunciare iuri suo.* Lo mismo se determina. l. Inter Artifices. ff. de solut. y l. fin. ff. de verb. oblig. y l. Qui heredi. ff. de condit. & demonst. En el caso presente el alma del difunto, que es la heredera, es a quien toca este negocio, de la qual no consta otro consentimiento, mas del que expresó en su testamento antes de salir de esta vida, en el qual no dió consentimiento para que su Albacea pudiese cometer a otro Albacea el cumplimiento de su testamento, ni a otra persona alguna; y así al Albacea del Albacea no pudo pasar este derecho de disponer de los bienes del Clerigo, ni el tal Albacea pudo cometer esto a su Albacea, ni a otra persona.

11. El segundo fundamento es, por que siempre que se comete algun negocio a alguno, atendiendo a su industria, capacidad, amistad, ó fidelidad personal de la persona a quien se comete, no se puede subdelegar el tal negocio a otra persona alguna. Consta esto del cap. Quoniam citado, donde aviendo determinado el Derecho, que de consensu partium se puede subdelegar el negocio cometido personalmente a alguno, y exceptua algunos casos, en los quales *ex consensu partium* se puede subdelegar, ni cometer a otra persona; y dá la razon de esta excepcion con las palabras siguientes. *Cum in his omnibus casibus industria, & fidei persona cui talia committimus eligere videamur.* Tambien consta lo mismo del cap. Is cui. de offic. & potest. Iud. de leg. in 6. que dize: *Provisionem sibi commissam alteri demandare non potest, nisi forma commissionis habeat, ut persona vel per aliam id valeat expedire.* Y dá la razon: *Quia circa eligendam personam, eius industria tunc videtur electa.* Y allí dize la Glosa: *In cuius industria eligitur, non subdelegat.* Y el testador quando señala Albacea, y executor de su testamento, siempre elige la industria, ó fidelidad, satisfacion, ó amistad de la persona a quien nombra por Albacea. Por lo qual de ninguna suerte puede el Albacea cometer este negocio a otro, ni en vida, ni en muerte, como

consta del Derecho, cap. Religiosus. de testament. in 6. y su Glosa, verb. Mortuo. donde dize así: *Nota ex littera, quod mortuo excoctore, eius officium non transiit ad heredem. Videtur enim industria, & amicitia eius electa.*

12. El fundamento tercero es de el mismo cap. Quoniam. al fin, donde se determina, que las personas a quienes se comete predicar la Cruzada, delcomulgar a algunos, ó absolverlos, que no pueden cometer a otros estas cosas, y la razon de el texto es: *Quia non sibi iurisdictione, sed certum ministerium potius committitur in hac parte.* De suerte, que si a alguno no se le comete jurisdicción, sino solamente ministerio determinado, no puede cometerlo a otro. Silvest. verb. Delegatus. q. 8. num. ro. dize, que generalmente hablando, quando se comete *nudum ministerium*, y no jurisdicción, no se puede subdelegar. El Albaceazgo no dize jurisdicción, sino vn cierto ministerio, y ocupacion, por que el Albacea no tiene mano para disponer otra cosa, sino precisamente executar lo que dispuso el testador: por lo qual no puede el Albacea cometer a otro este oficio en vida, ni en muerte, como dize Espino de testam. Gloss. 5.

13. En lo que podrá aver todavia dificultad, es, si se debía recurrir al Juez de testamentos para que haga esta aplicacion, por que el Derecho Canonico, cap. Nos quidem. de testament. dispone, que el Obispo compela al Albacea a que dentro de vn año cumpla el testamento, y que si no lo cumpliere, puede el Obispo quitarle el Albaceazgo, y cumplirlo. *Si intra praedictum tempus implere neglexerit, tunc per se adificetur.* Y el Juez de testamentos tiene las vezes del Obispo en todo lo que toca a testamentos, y vltimas voluntades: y el Derecho del Reyno dispone, que dilatando el Albacea mas de vn año el cumplimiento de el testamento, pierda el Albaceazgo, ley 33. de Toro; y en la Nueva Recopilacion, ley 7. tit. 4. lib. 5. donde dize, que pasado el termino se debe disponer de los bienes del difunto, como si huviera muerto sin testar, cumpliendo primero los legados, y disposiciones, que el testador determinó: y es cierto, que en tal caso, que el Albacea pierda por omisso la execucion del testamento, le pertenece al Obispo todo lo tocante a obras pias, y al Juez de

de testamentos, como a quien en esto tiene las vezes del Obispo.

14. No obitante esto digo, que no ay necesidad de esse recurso al Obispo, aunque lo huviera, ni al Juez de testamentos, porque ni el Obispo, ni el Juez de testamentos tienen potestad para disponer de la hacienda agena, sin voluntad de sus dueños. Consta esto de la doctrina, que traen Bart. in l. Cum quidam. ff. de legib. 2. y Panormit. in cap. Nos quidem. de testament. que si alguno en su testamento mandasse vn legado, que se distribuyesse entre pobres, los que declarasse Antonio; si se passasse el año, no puede el Ordinario señalar, ó declarar los pobres a quienes se ha de distribuir este legado, por que la voluntad de el difunto es, que a los pobres declarados por Antonio, y no a otros se distribuya este legado. Veate la Summa Angelica, y Rosel, y el Archid. in cap. Litteras. de suplem. negl. Prælat. que expresamente afirman esto. Prueba tambien esta voluntad la doctrina, que trae Silvest. in Summ. verb. Testament. 2. quest. 3. dicto. 6. que quando se manda vna limosna determinada a persona, ó lugar determinado, se puede hazer por tercera persona, porque aquí cosa ninguna ay que arbitrar tocante a la voluntad de el difunto. Pero quando no está determinada la persona, ó lugar a quien se ha de dar la limosna, ó la cantidad que se ha de dar, no se puede por tercera persona, sino el proprio a quien lo cometiò el difunto; por que ninguno ha de ser arbitro de la voluntad del difunto, ni ha de disponer de su hacienda, sino aquel a quien el difunto se la dexò cometida. Esto mismo dizen Juan Andres, y Oldrado, y otros que cita Silvest. Y así el Obispo solamente tiene potestad para hazer, que se cumpla enteramente la voluntad del testador; pero para disponer de la hacienda de el testador, y señalar las obras pias, que se han de hazer, y a las personas en quienes se ha de distribuir la limosna, no tiene potestad alguna el Obispo, si no es en caso, que no aya quien disponga de ella, ni aya herederos a quienes pertenezca, que en tal caso dize el Derecho, que el Obispo la distribuya en obras pias. l. Omnes peregrini. C. comm. de successione. *Si in tes-*

tati, decesserint bona ipsorum per manus Episcopi loci heredibus tradantur, vel in piis causis erogentur.

15. Aquí habla de los peregrinos, que mueren sin hazer testamento, cuyos bienes ha de recoger el Obispo, y remitirlos a sus herederos, y si no los tiene, distribuirlos en obras pias; y esta disposicion de el Derecho no es por que tenga el Obispo alguna potestad de disponer de la hacienda agena, sino por que aviendo muerto el legitimo señor sin disponer de ella, ni dar comission a otro para su disposicion, ni ay herederos a quienes pertenezca; se debe esta hacienda a los pobres, y obras pias por el alma de el legitimo señor; y el Obispo es de quien se puede presumir, que lo hará con mas fidelidad: especialmente que el Derecho habla allí de hacienda, que quedó en casa de los huéspedes donde se hospedauan los peregrinos, y era necesaria jurisdicción, y potestad en el fuero externo para sacarla; y así por todas vias fue conveniente, que esto se cometiesse al Obispo. Pero en caso que la hacienda agena, que se debe distribuir en obras pias, no fale al fuero externo, ni es menester jurisdicción contenciosa para cobrarla, ni ay persona alguna, que la distribuya con poder de el legitimo señor, puede qualquiera en quien para repartirla en obras pias. Así consta de el cap. Cum tu. de vsur. donde se determina, que el vsurero restituya lo ganado con vsuras, a aquellos a quienes las lleuò, ó a sus herederos, y si no los tiene, a los pobres: no dize, que lo dé al Obispo, y que el Obispo lo distribuya, sino que lo distribuya el vsurero. *Cogendi sunt eas his, à quibus extorserunt, vel eorum heredibus restituere, vel his non superstibus, pauperibus erogare.* Y la Glosa dize allí, que en caso que el legitimo señor esté ausente, tan lexos, que para remitirselo aya de costar mas, *det pauperibus.* Y cap. Sicut dignum. de homicid. §. Eos. se determina, que los que tenían vsurada hacienda agena, y la restituyeron a los pobres, la buelvan a restituir a sus legitimos señores: y dá allí la razon, por que pudiendo hazer la restitucion a los legitimos señores, no debieron dar la hacienda agena a los pobres: *Quæ occupant, eis, quorum fuerunt, tenentur in-*

*integrum restituere, quia licet fateantur se pauperibus erogasse, non tamen aliena (cum ipsa potuissent eis, quorum fuerint restituere) debuerunt pauperibus erogare.* Donde se colige, que si no fuese posible hazer la restitucion a los señores legitimos, estaria bien hecha la restitucion, que ellos mismos huviesen hecho a pobres; y assi lo dize alla la Glosa, hoc intellige: *Si illos, quorum fuerant, poterant inuenire, alias sufficit, immo tenentur pauperibus erogare.* Y Silvest. verb. Inventum. quæst. 1. dize, que el que tiene hazienda, que se debe restituir a los pobres, si èl es muy pobre puede quedarle con ella con licencia del Obispo, ó de su Confessor; y assi lo dize tambien el Archi. y es comun: por lo qual V. R. como Confessor de esta muger, que conoce la pobreza de la hermana del Clerigo, y como por esto se le entregò esta hazienda, puede aplicarsela sin mas recurso.

## CONSULTA IV.

*A quien deban pertenecer una esclava, y diversas joyas, que un hombre diò en dote a dos mugeres, y otras cantidades de dinero, que intervinieron?*

## PROPUESTA.

EL General Don Joseph, para casar a Josepha su hija natural con el Alférez Antonio, le prometió tres mil pesos en dote, y demás le dió vna esclava, y algunas joyas, y vna casa con su solar, y por entonces no se hizo carta de dote.

Después de diez, ó onze meses, vn hombre llamado Pedro, a quien el General D. Joseph avia casado con la madre de Josepha, aviendo de hazer viage para Nueva-España hizo vna memoria simple de sus negocios, y dependencias, y la dexò a Antonio, y en ella le declaró, que la esclava, que les estava firviendo, y les avia dado el General Don Joseph era suya, y que en su poder tenia los papeles de su esclavitud, y que el General Don Joseph se la avia dado

quando contraxo matrimonio con la madre de Josepha, y que no la metiese en su carra de dote.

Pedro afirma, que le declaró todo esto de la esclava, y Antonio lo confiesa, y dize, que se acuerda de aver pasado assi.

Dize mas Pedro, que le declaró a Antonio antes de embarcarse, que las joyas, que lleuò consigo Josepha quando contraxo matrimonio con Antonio, eran tambien de Pedro, que se las avia dado Don Joseph por dote de su muger, y que quando se hiziese la carta de dote no las metiese en ella: mas Antonio no se acuerda de que tal cosa le dexese tocante a las joyas.

Después de tres meses, que Pedro avia salido embarcado de estas islas se hizo la carta de dote, y Antonio presentò vna memoria de todo lo que avia lleuado su muger quando calò con èl, y se metió en la carta de dote la esclava, y las joyas sobredichas.

Bolvió Pedro del viage, y dize, que le habló al General sobre que le pagase diuersas cantidades que le debia, y le respondió, que no queria quedarle con cosa alguna suya, sino antes ayudarle, y darle mucho, que de alli a vnos meses se acababa el oficio de Alcalde mayor, que tenia, y vendria a esta Ciudad, y lo ajustaria todo.

De alli a pocos meses murió el General, sin averle ajustado cosa alguna; y de alli a tres años, estando la esclava en servicio de Antonio, pidió libertad ante los señores de la Real Audiencia, y la consiguió por ser de casta Calonga; y Antonio puso demanda contra los bienes del General por dicha esclava, y cobró setenta pesos, en que se contó en dicha carta de dote.

Tambien se ha de advertir, que el General quando Antonio contraxo dicho matrimonio con su hija, entregò a Antonio cien pesos para que comprase silla de manos, y coxin, salero, cucharas de plata, y otras cosas: y Antonio comprò la silla de manos, y coxia, y otras cosas en que gastò los cien pesos, y le pidió prestados a Pedro, y a su muger salero, cucharas, y tenedores de plata, y vn cuchillo con cabo de plata, que todo valia treinta pesos; y quando se hizo la carta de dote, se pusieron en ella los

los cien pesos, y demás de esto el salero, y la demás plata, entrando todo esto en los tres mil pesos, que debia enterar el General: y este salero, y demás plata, no està en poder de Antonio, y le parece que lo avrà buelto a Pedro, ó a su muger. Y ya pasados diez, ò onze años desde que se contraxo el dicho matrimonio de Antonio con Josepha, le pide Pedro, que le dé los setenta pesos, que le dieron por la esclava de los bienes del General, y que le vuelva las joyas pues son suyas, y los treinta pesos del salero, cucharas, y tenedores de plata: y para ajustarse en lo que se le debe pagar, pregunta a V. P. de todas tres cosas la obligacion, que tiene dicho Antonio, que està prompto a satisfacer lo que V. P. dixere que debe.

## PARECER CXXXIV.

16. **Q**uanto a la esclava, suponiendo que aya sido de Pedro, por aversele dado el General por dote de su muger, y que Antonio la aya tenido prestada con consentimiento de Pedro, entre tanto que el dicho General buscaba otra para enterar la dote de Josepha, muger de Antonio, como se dá a entender en la propuesta, se responde, que Pedro no puede cobrar licitamente de Antonio el valor de dicha esclava, ni Antonio tiene obligacion de pagarla: quien se la debia pagar era el General, mas siendo ya difunto, la deben pagar sus herederos.

17. La primera razón de esta resolución es de Santo Thomas 2. 2. q. 62. art. 6. donde explica dos principios, ó dos raizes de que puede nacer la obligacion de restituir, que son, ó por causa de la cosa agena, que alguna persona tiene en su poder, ó por razon de la injusta acepcion con que tomó, ó destruyó la cosa agena. *Circa illum qui rem alienam accepit, duo sunt consideranda. Scilicet ipsa res accepta, & ipsa acceptio.* Y alli Cayet. *Due sunt radices ad quarum alteram restitutionem omnem oportet reduci. Prima est acceptio; secunda est res accepta.* De fuerte, que qualquiera obliga-

cion de restituir en qualquiera caso, y en todas materias, nace de vno de estos dos principios, ó raizes, que son, cosa agena, que la tenga en su poder, ó accion injusta con que quitó, ó dañificò lo ageno. En el caso presente Antonio no tiene la esclava, que ya fue dada por libre, ni ha cometido acepcion, ó accion injusta en quitarla, ó usurparla, porque el General D. Joseph se la entregò con permiso, y consentimiento de Pedro, y assi consta claramente, que dicho Antonio por ningun camino està obligado a pagar la dicha esclava.

18. Puede oponer contra esta razon, que està obligado Antonio a la restitucion *ratione rei acceptæ*, por causa de la cosa agena; porque aunque no tiene en su poder la esclava, pero parò en su poder el dinero, que le dieron en lugar de la esclava, y se aprouchò del, y assi esse dinero deberá restituir, como dize Cayet. en el mismo lugar. *Non solum rei aliena obligat possessorem ad restitutionem, sed etiam quicquid loco rei successit, ut prætium, vel effectus.*

19. A esto se responde, que quando alguno tiene en su poder la cosa, que sabe que es agena, en su propia especie, aunque quede perdidoso la debe restituir a su dueño; pero el precio de la cosa, ó el efecto, que quedó en lugar de la cosa agena, solamente lo debe restituir quando quedó ganancioso, ó se mejorò su caudal con el precio, ó efectos de la cosa agena, que tuvo en su poder, de fuerte que por esta causa tenga mas caudal del que debia tener. Assi lo explica Cayet. alli: *Inter rem ipsam alienam, & id quod loco eius successit, hac est differentia, quod res ipsa obligat possessorem simpliciter, & absolute. Id vero, quod loco rei successit obligat possessorem solummodo in casu quando ex hoc factus est locupletior, & ad tantum quantum factus est locupletior.* Y consta expresamente de el Derecho, l. Item veniunt. ff. de petition. hæred. §. Præter hæc. al fin. *Eos qui iustas causas habuissent quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo, dumtaxat quo locupletiores ex ea re facti essent.* Y alli dize la Glosa, que esta es la regla mejor, y mas verdadera de quantas se hallan en todo

el Derecho. *Hac est optima regula in nulla verior in iure; ut bona fidei possessor in id tantum, quod ad se pervenerit teneatur.* Antonio no se ha hecho mas rico, ni ha quedado mas aprouecado, ni tiene mas de lo que le pertenece, y debia tener, por esta causa de la esclaua, porque a titulo de la dote de su muger le entregaron la esclaua como en prendas, o en interin que le buscaban otra, o le enterauan la dote: y por averla dado por libre, mandó la justicia, que le entregasen setenta pesos, que es la parte de la dote en que estaua la esclaua; y así Antonio, ni tiene ya la esclaua, ni tiene mas, ni le han dado mas de lo que por razon de la dote se le debe, por causa de la esclaua. Si aviendo recibido Antonio la esclaua por cantidad de setenta pesos de la dote, le huvieran satisfecho por ella ciento, en tal caso deberia restituír, ó pagar a Pedro los treinta en que se mejoraua su caudal por razon de la esclaua de Pedro; pero aviendo recibido por ella solamente los setenta pesos, que le debian de la dote de su muger, no debe nada, porque no ha quedado aprouechado en mas de lo que es suyo por esta causa de la esclaua.

20. El General Don Joseph es el que debe pagar a Pedro; porque aviendo dote obligado a dar dos esclauas, vna por dote de la muger de Pedro, y otra por dote de la muger de Antonio, dió solamente vna para ambos dotes, y como esta fue dada por libre, es lo mismo que no aver dado ninguna, y así quedó obligado a enterar a ambos dotes la cantidad, que les dió menos por razon de dicha esclaua. Ya Antonio cobró de los bienes de Don Joseph los setenta pesos, que le dieron menos por causa de la esclaua, que le dauan: quedale agora a Pedro derecho para cobrar de los bienes de dicho Don Joseph, la cantidad en que le dieron dicha esclaua, porque esto tiene menos de la dote de su muger, y esto tienen de mas los bienes de Don Joseph, y sus herederos, que no pudieron heredar la hazienda, que Don Joseph estaua debiendo, l. Non possunt. ff. de iure fisci. *Id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod est alieno super est.* No tenia mas hazienda Don Joseph, que aquella que restasse despues de pagadas

todas las deudas, ni los herederos pueden heredar mas, y así están obligados a satisfacer de lo que heredaron de Don Joseph, todo aquello a que Don Joseph estaua obligado a pagar *ratione rei acceptae*, porque recibieron de herencia mas de lo que les pertenecia, y lo que no eran bienes del difunto, porque lo debia.

21. La segunda razon desto es, porque Don Joseph por las dos dotes, que señaló a la muger de Pedro, y a la de Antonio, quedó obligado con su persona, y bienes a abonar las cantidades, y demás cosas de que se enterauan dichos dotes. Esta es doctrina muy clara, y cierta en todo Derecho, como consta en todo el titulo de pactis, y de verb. obligationibus, y en las leyes de el Reyno, lib. 5. Recop. tit. 16. l. 2. donde se determina, que pareciendo que vn hombre se quiso obligar a otro, o por contrato, o de otra qualquiera manera, debe cumplir, y enterar aquello a que se obligó; y especialmente tiene esto mas fuerza en los dotes, a que fauorecen todos los Derechos, y es contrato oneroso en que el marido se obliga a sustentar la muger, y demás cargas del matrimonio con la dote, que le señalan. Pues en este caso el General Don Joseph, en cumplimiento de la dote de la muger de Pedro, le dió a Pedro la dicha esclaua: despues se la pidió prestada entre tanto, que buscaba otra, que dar en dote para casar a Josepha con Antonio: consintió Pedro en que la esclaua, que le avian dado en dote de su muger, se entregasse como en interin, y supliendo la que se debia por dote de la muger de Antonio; y aunque Antonio tenia en su servicio, y de su muger a dicha esclaua licitamente, y con justo titulo, pero siempre que Pedro la pidiesse se le deberia entregar, porque el dominio, y possession de la esclaua, que recibió quando se la dieron en dote, no lo perdió por el emprestito, en que consintió, sino solamente perdió el uso de ella por el tiempo que durasse el emprestito: por lo qual si la esclaua no se huviera dado por libre, pertenecia a Pedro, y se le deberia bolver siempre que la pidiesse; y en tal caso Antonio avia de recurrir a Don Joseph, ó a sus herederos a que le

le enterasen la dote; pero ya libre la esclaua, no le queda a Pedro accion alguna contra Antonio para pedirle su esclaua, porque no la tiene: mas quedales a ambos, a Pedro, y a Antonio, accion contra Don Joseph, y contra sus herederos, para que les abone la dicha esclaua, ó su valor, que falta en la dote de las mugeres de ambos: por lo qual quando Antonio recurrió a cobrar el valor de la esclaua, que estaua dada por libre, no fue su intencion cobrarlo en quanto damnificaua, y faltaua a la dote de la muger de Pedro, sino por lo que faltaua de enterar la dote de su propia muger Josepha: y que esta fue la intencion de los señores de la Real Audiencia, quando le mandaron entregar los setenta pesos, consta, porque no mandaron tasar lo que podia valer la dicha esclaua, que se dió por libre, para pagar a Antonio su valor; sino mandaron, que a Antonio se le entregasen de los bienes de el General Don Joseph setenta pesos, que es la cantidad, que le faltaua de la dote; y como en prendas de esta cantidad estaua la dicha esclaua, o entre tanto que Don Joseph buscaba otra esclaua: de aqui consta, que los setenta pesos se entregaron a Antonio mas para enterarle la dote de su muger, a que estaua obligado dicho Don Joseph, que por precio, y valor de la esclaua, que fue declarada por libre: de fuerte, que mas inmediatamente se miró a enterarle la dote. De donde se colige, que Pedro no tiene accion a pedir los setenta pesos a Antonio, ni Antonio obligacion de pagarlos; pues aun que la esclaua permaneciesse esclaua, avia Antonio de pedir, y cobrar sus setenta pesos siempre que Pedro le pidiesse la esclaua: y así Pedro solamente a Don Joseph puede pedir el valor de la esclaua, ó que le entere la dote, que señaló a su muger; mas ya difunto dicho Don Joseph, puede pedirlo a sus herederos, que están obligados a pagar esta deuda por serlo legitima de el difunto. Quanto a las joyas tiene mas dificultad el caso, por estar en propria especie en poder de Antonio.

22. Antes de responder resolutoria-mente al caso se ha de suponer, que si se constasse a Antonio con toda clari-

dad, y certeza, que las joyas eran de Pedro, por averfelas dado Don Joseph en dote de su muger, o por otro qualquiera titulo, y que las dió en emprestito a ruegos de Don Joseph, para que Josepha viasse de ellas entre tanto, que Don Joseph le buscaba otras: en tal caso deberia Antonio restituirlas a Pedro, y podrá dicho Antonio cobrar de los herederos de Don Joseph, la cantidad en que se las entregaron para enterar la dote de su muger.

23. La primera razon de este presupuesto es, porque Pedro no perdió la propiedad, y dominio de dichas joyas por averlas dado prestadas para que viasse de ellas Josepha; porque por el emprestito de estas cosas, cuyo uso no consiste en consumirlas, que llama el Derecho *commodato*, no se transfiere el dominio; y propiedad. l. Rei. ff. de commodati. *Rei commodata, & possessionem, & proprietatem retinemus.* Y leg. seq. *Nemo enim commodando rem facit eius cui commodat.* Por lo qual si Pedro dió prestadas estas joyas, ha retenido el dominio, y propiedad de ellas; y Antonio, y su muger, aunque las han tenido con buena fé, están obligados a bolverlas a su dueño *ratione rei acceptae*, por ser cosa agena, que no les pertenece; y aun que las ayan tenido en su poder diez, o onze años, no pueden aver ganado la propiedad de ellas por prescripcion, por que las han tenido, no como propias, sino en nombre ageno, y como cosas pertenecientes a otro dueño: lo qual no basta para prescribir, como dize el Derecho, cap. Quoniam de præscrip. *Oportet ut qui prescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam aliena.* En realidad de verdad, si Pedro dió las joyas prestadas, Antonio no las ha poseído, porque el que tiene la cosa en nombre ageno no posee, cap. Cum venisset. de restit. spoliat. *Cum is possideat, cuius nomine possidetur.* Y lo mismo se determina en la l. Quod meo. ff. de acquir. vel amittent. posses. *Nec idem est possidere, & alieno nomine possidere, nam is possidet, cuius nomine possidetur.*

24. La segunda razon de este presupuesto es, porque el General Don Joseph quedó obligado a satisfacer las dos dotes, que señaló a la muger de Pedro,



y a la de Antonio, y con vnas mismas joyas no pudo enterar lo que faltaba a ambas dotes, porque es imposible, que el dominio, y propiedad de vna misma cosa pertenezca plenamente a dos, de fuerte, que cada vno tenga pleno dominio en ella, como consta del Derecho, l. Hæreditate. ff. de castrensi pecu. *Occurrebat non potuisse dominium apud duos pro solido fuisse.* Y l. Si vt certo. ff. commodati. *Duorum quippe in solidum dominium, vel possessionem esse non posse.* Pedro aprehendió primero la propiedad, y dominio de dichas joyas, y se las dieron primero en la dote apreciada de su muger, y así no pudo Antonio aver adquirido tambien dominio en ellas, sino solamente las puede aver tenido emprestadas, para que con ellas se adornasse su muger entre tanto que el General Don Joseph le buscaba otras: y así en caso que conste, que las dichas joyas eran de Pedro, y que solamente avia consentido en que se diessen prestadas a Antonio, debe Antonio bolverlas, y puede cobrar de los herederos de dicho Don Joseph, porque la dote, que se obligó a dar a Josepha quando le hizo carta de dote de tres mil pesos, no la ha enterado, pues le falta la cantidad en que le daba las joyas, y como es deuda real, están obligados a ella sus bienes. Lo segundo se ha de suponer, que si a Antonio no le consta con toda claridad, y certeza, que dichas joyas eran de Pedro, ni que se las dieron prestadas, para que con ellas se adornasse su muger entre tanto, que Don Joseph le buscaba otras, puede quedarle con ellas licitamente, y no está obligado a restituirlas a Pedro.

25. La primera razon de este presupuesto es, porque si a Antonio no le consta con toda claridad, y certeza, que estas joyas eran de Pedro, y que se las dieron prestadas, sino que desde el principio se las entregaron, no con titulo de empréstito, sino con titulo de dote, para que contraxesse matrimonio con Josepha, entró en la posesion de dichas joyas con titulo justo, y en nombre proprio. Luego por qualquiera duda, que sobrevenga, de que las dichas joyas eran de Pedro, y de su muger, y de que las dió prestadas para que se adorna-

nasen con ellas Josepha, y aunque así lo alegue ahora Pedro, despues de tanto tiempo, no debe perder Antonio su posesion. Así consta de el Derecho, l. Si Servum. ff. de verb. oblig. *Cum quaritur de damno, & per utriusque causa est, quare non potentior, qui tenet, quam qui persequitur?* Y l. Siue autem. ff. de publiciana. *Melior causa sit possidentis quam petentis, qua sententia vera est.* Y reg. 65. de reg. iur. in. 6. *In pari causa potentior est conditio possidentis.* Por lo qual si a Antonio se entregaron las joyas con titulo de dote de su muger, y no le dixeran entonces, que se las prestaban, pudo, y debió creer, que le entregaban la absoluta propiedad de ellas, como se entregan a los maridos todas las cosas, que se les dan por dote apreciada de sus mugeres, aunque no le explicassen, que se las daban por la dote con la propiedad: porque siempre se presume, y se está a lo que es mas verisimil, y de ordinario se suele hazer en semejantes casos. reg. 115. ff. de reg. iur. *In obscuris inspicis solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.* Y reg. 45. de reg. iur. in. 6. *Inspicimus in obscuris, quod est verisimilius, vel quod plerumque fieri consuevit.* Dió el General Don Joseph dichas joyas con consentimiento de Pedro a Antonio, quando lo casaba con su hija, sin dezir, que era empréstito: y despues, estando ausente Pedro, las pusieron en la carta de dote, y así las ha poseído Antonio, y su muger muchos años. Ahora afirma Pedro, que son suyas, y que prestadas se dieron a Antonio, y a Josepha. Quando mucho este dicho de Pedro pone en duda este caso, de si dieron dichas joyas con la propiedad en dote, ó solamente prestadas; y en caso de duda prevalece la posesion de Antonio, aviendo empezado la posesion con buena fé con titulo de dote, como queda dicho.

26. La segunda razon es, porque si a Antonio no constó de que dichas joyas eran de Pedro, ni que se las daban en empréstito, fue forzoso, que dandofelas su padre de Josepha quando lo casaba con ella, entendiesse, que se las daban a titulo del matrimonio que contraía, y consiguientemente las recibió con buen titulo, y con buena fé, y no

en

en nombre de Pedro, sino en nombre proprio, ó de su muger: luego aviendose pasado diez, ó onze años sin averse desvanecido el dicho titulo, y sin averse interrumpido la posesion, ya son de Antonio por la prescripcion; y si Pedro tuviesse algun derecho a dichas joyas, ya lo ha perdido en tanto tiempo. Así consta de ambos Derechos, que al que posee con buena fé, y titulo alguna cosa por el tiempo, que las leyes disponen para la prescripcion, le conceden la propiedad de la cosa, y le quitan al que era verdadero señor de ella el derecho, que tenia a pedirla. Cap. Quoniam. de prescript. *Oportet ut qui prescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam aliena.* Reprueba aqui, condena, y anula la prescripcion, que se haze con mala fé, y aprueba, y dá por valida la que se haze con buena fé, y lo mismo consta cap. Vigilanti. de el mismo titulo, y reg. 2. de reg. iur. in. 6. y reg. 3. determina, que sin posesion no ay prescripcion, y consiguientemente con posesion, y buena fé concede que la ay. Y l. Bono. ff. de vsucap. *Bono publico introducta est vsucapio.* y l. 3. *Vsucapio est acquisito dominij per continuationem possessionis temporis lege definiti.* y l. vsucapio. ff. pro suo. *Id quod quis cum suum esse existimavit possederit. Vsucapiet etiam si falsa fuerit eius existimatio.* Lo mismo determinan las leyes del Reyno, part. 3. tit. 29. ley 1. y 2. y en la Nueva Recopilacion, lib. 4. tit. 15. l. 3. Para prescribir las cosas muebles bastan tres años de posesion con buena fé, y buen titulo, y para prescribir los bienes raizes, estando presente en el mismo lugar el dueño, bastan diez años de posesion, y estando ausente el dueño son menester veinte años. Así consta de el Derecho. §. Iure inst. de vsucap. *Res quidem mobiles per triennium: immobiles vero per longi temporis possessionem ( idest inter presentes decennio, inter absentes viginti annis ) vsucapiantur.* Lo mismo determinan las leyes de el Reyno, part. 3. tit. 29. l. 9. Trata en esta ley de el tiempo, que es necesario para prescribir las cosas muebles, y dize: *Ha menester que sea tenedor de ella por sí mismo, ó por otro, que la tenga en su*

nombre, continuadamente tres años a lo menos, é teniendola tanto tiempo gana el señorio de ella: é maguer viniesse despues el señor de ella a demandarla, no debe ser oido, fuera en sí el señor de la cosa quisiere probar, que le fuera suya, ó robada. Y la ley 18. determina el tiempo, que se requiere para ganar por prescripcion los bienes raizes, y cosas inmuebles, con estas palabras: *Si fuere tenedor de ella diez años, seyendo en la tierra el señor de ella, ó veinte seyendo en otra parte, que la pueda ganar por este tiempo.* Y los Doctores comunmente assientan, que el que ha poseído alguna cosa con buena fé, y buen titulo por el tiempo que dan las leyes por bastante para la prescripcion; si despues conoce, que la cosa era agena, ó se la pide el que era legitimo señor de ella, no se la debe dar, sino que se puede quedar con ella con segura conciencia, y el que era señor de ella ya no tiene derecho a ella, por que la perdió por la prescripcion. Santo Thomas, quot. 12. art. 24. *Si quis prescribat bona fide possidendo, non tenetur ad restitutionem etiam si sciat alienum fuisse post prescriptionem.* Bañez. 2.2. quaest. 62. disp. 5. Serra. 2. 2. quaest. 66. art. 1. dub. 5. Lessio, lib. 2. cap. 6. Molina, tract. 2. de iust. disp. 60. Gallego. de conc. dubia. dub. 91. Las joyas de que se pregunta en este caso, son cosas muebles, y no de mucho valor, y así para su prescripcion bastaba, que dicho Antonio las huviera tenido tres años con buena fé, y buen titulo: halas tenido diez, ó onze años, por lo qual si a Antonio no le dieron a entender, que dichas joyas se le entregaban en empréstito, con la obligacion de bolverlas al dueño, sino que las recibió de su padre de Josepha por titulo del casamiento con ella, y las ha tenido en nombre proprio, y de su muger con buena fé, son ya suyas, y no debe restituirlas, ni Pedro tiene accion a pedirlas, aunque realmente huviesse sido suyas.

27. De estos dos presupuestos con sus explicaciones, y pruebas se colige, que si Antonio halla en su conciencia, que quando le entregaron las dichas joyas sabia, que eran de Pedro, y las

recl-

recibió como prestadas, para que su muger tuviese con que adornarse entre tanto, que el General Don Joseph le buscaba otras, las debe restituir a Pedro en el fuero de la conciencia, por las razones de el presuuesto primero. Pero si Antonio las recibió, no como prestadas, sino entendiendo sencillamente, que le daban la propiedad de ellas a titulo de el matrimonio, que contraia con Josepha, y con esta fé ha estado poseyendolas, no las debe restituir, y puede quedarle con ellas con segura conciencia, y Pedro en el fuero de la conciencia no las puede pedir constándole esto, por las razones de el segundo presuuesto. Y lo mismo es en el fuero exterior, que probándose, que Antonio recibió, y tuvo dichas joyas como prestadas, le obligarán a restituir las; pero probándose, que las recibió, y tuvo como propias suyas, ò de la dicha su muger, le favorecerá la justicia en su possession, porque ambos fueros van a vna misma cosa, como afirman Couarrub. cap. Cum esset, de testament. num. 7. Soto, lib. 4. de iust. quæst. 5. art. 3. Y solamente se diferencian en que el fuero externo obliga segun las pruebas exteriores, y el interior obliga a la conciencia segun la ciencia particular de cada vno, y no ha menester prueba alguna.

28. Para que no quede solamente esta resolución al dictamen de la conciencia de cada vno, que a vezes no es facil formarle recto, será conveniente colegir de las circunstancias del caso la fé buena, ó mala con que Antonio recibió dichas joyas, y si tiene obligación a restituir las, ó no.

29. Pedro alega en este caso, que antes de embarcarse para la Nueva-España, que fue diez, ó onze meses despues de aver contraido el matrimonio Antonio con Josepha, y recibido las joyas, le declaró a Antonio, que dichas joyas eran suyas de Pedro, y le dixo, que no las metiese en la carta de dote de Josepha; pero Antonio no se acuerda, ni sabe, que tal declaracion le hiziese dicho Pedro, ni que le dixese tal cosa acerca de las joyas. De la esclava si se acuerda, que le dixo, que era

fuya, y que tenia en su poder los papeles de su esclavitud. De aqui se colige, que es cierto, que Antonio recibió las dichas joyas, no como prestadas para bolverlas a Pedro, sino en nombre proprio, y de su muger, como entregadas por el dicho General Don Joseph, padre de Josepha, a titulo de el matrimonio, que contraia con su hija. Esto consta de lo que Pedro confiesa, de aver avilado a Antonio despues de pasados diez, ò onze meses, que las joyas eran suyas, y que no las metiese en la carta de dote: y assi desde el principio de el modo que Antonio las recibió, hasta entonces, las podia, y debia tener por suyas, y por pertenecientes a la dote de su muger; y para quitarle de este concepto, juzgó Pedro por necesaria la dicha declaracion: mas si acaso no la hizo de las joyas, sino solamente de la esclava, de aqui se sigue, que en estos diez, ò onze años, que ha que Antonio se casó con Josepha, ha tenido las dichas joyas por suyas, y por pertenecientes a la dote de su muger: especialmente, que negando Pedro, que la esclava pudiese ser de Antonio, y darfela en dote, por ser fuya, y tener los papeles de su esclavitud, y callando acerca de las joyas, y conceder, que las joyas podian ser de Antonio, y darfelas en dote de su muger. Cap. Nonne de præsump. *Vnum negavit, alterum tacendo concessit.* Por lo qual si se asienta en que Pedro no declaró tal cosa de las joyas, es cierto, que Antonio no debe bolverfelas: y tambien juzgo por tan factible, que Pedro no le tratase a Antonio de las joyas, olvidado, ò embarazado con los cuidados de el viage, como que aviendoselo tratado Pedro, se le olvidase a Antonio: y en esta duda está la presuncion de parte de Antonio, por que ya le suponemos estar en buena fé de que las recibió como suyas propias, y no prestadas, desde el principio; pues para derribarle de esta buena fé es menester, que pruebe Pedro de que le hizo la dicha declaracion, y advertencia acerca de las joyas. l. Nemo. ff. de reg. iur. *Melior est causa possidentis*, y l. In pari. ff. del mismo titulo: *In pari causa possessor potior haberi debet.*

De

De cierto consta, que Antonio estava en possession de que estas joyas eran suyas, y no prestadas, desde que se las dieron, y por razon de dicha possession es de mejor condicion, y le incumbe a Pedro el *onus probandi*, que le sacò de la dicha possession, y buena fé; y mientras no lo probare, ni constare a Antonio con certeza otra cosa, se debe estar en que permaneció hasta ahora en su buena fé, y possession de que las joyas eran suyas, y no se las dieron prestadas.

30. Y dado caso, que constasse, que Pedro hizo a Antonio la dicha declaracion, y advertencia, aun no basta para quitarle a Antonio la possession, y buena fé en que estava, por otros muchos indicios, y conjeturas, que persuaden lo contrario de la declaracion, y advertencia de Pedro. El primero, porque el emprestido, a que llama el Derecho *commodatum*, en que se empresta alguna cosa, sin transferir el dominio della, sino solamente para que use della el que la recibe prestada, dize de su naturaleza, que se preste la cosa para usos ciertos, y determinados, y para tiempo determinado tacita, ò expresamente. Assi lo afirman Silvest. verb. *Commodatum*. n. 1. Azor, to. 3. lib. 7. cap. 6. Lessio, lib. 2. cap. 27. dub. 1. Filiuc. tract. 34. cap. 8. q. 1. n. 165. Regin. in praxi. lib. 25. n. 470. Bonac. to. 2. de contract. disp. 3. q. 1. n. 3. Innoc. in cap. Cum gratia. de comm. y Panorm. in cap. Precarium. de precar. y lo coligen de ambos Derechos, y la razon lo dicta, que estas cosas, que no se dan del todo, ni para que las consuma, ni las posea siempre aquel a quien las entregan, se dan para algunos usos, y por algun tiempo que tenga fin, y sea limitado, el qual pasado, tengan obligacion de bolverlas: y este tiempo se puede señalar expresa, ò tacitamente, conforme a la causa temporal para que se prestan: y en estas joyas que se entregaron a Antonio, ni se señaló uso, ni tiempo en que estuviese obligado a bolverlas expresa, ni tacitamente. El segundo, porque entre Antonio, y Pedro no hubo emprestido, ni otro trato, sino solamente Joseph entregò las joyas a Antonio, ò a Josepha: por lo qual si eran de Pedro, y las entregò con algun trato, este lo avria entre Pedro, y Joseph, y assi debió Pedro recurrir a Joseph, para que le bolviese sus joyas, y para advertirle, que no las pudiese en la carta de dote de Josepha; y assi la dicha declaracion, y advertencia, que dize Pedro averse hecho, no la hizo a quien la debiera hazer, ni a quien le debiera responder, y assi es como si no la huviera hecho.

31. El tercero, suponiendo por cosa

cierta, que Pedro antes de embarcarse hizo a Antonio la declaracion de que aquellas joyas eran suyas, y advertencia de que no se pudiesen en la carta de dote, parece aver grande contradiccion entre esta declaracion, y advertencia con el hecho de Joseph, que realmente entregò las joyas a Antonio, y a Josepha, y despues poniendolas en la carta de dote, las dió absolutamente a su hija Josepha, ò por mejor dezir las vendió en venta real a Antonio, porque el dote apreciado es en rigor vna compra, que haze el marido de todas las cosas, que le dan por dote de su muger, y queda obligado a pagar el precio dellas, disuelto el matrimonio. Assi lo dize el Derecho, l. Quoties. C. de iure dotium. *Quoties res estimata in dotem dantur, maritus dominium consequutus summa velut pretij debitor efficitur.* Y lo mismo dizen las leyes del Reyno, p. 4. tit. 11. l. 16. y 18. Por lo qual, ò hemos de presumir, que Joseph dió en dote, y vendió lo ageno, contra la voluntad de su dueño, que seria hurto, è injusticia, ò que Pedro saltó a la verdad en la declaracion, y trataba de usurpar las joyas, que no eran suyas; mas porque segun Derecho, de ninguno se puede presumir culpa, si no se prueba, y siempre que en las cosas que suceden ay camino para entender, que ninguno cometió pecado, esse se ha de seguir, y creer. Cap. Incunctis. l. 1. q. 3. *Hæc igitur dixi, ut nimia esse lenitatis ostenderem, si quis mala gravia credere studeat, quæ probari non possunt.* Veale la Glosa, in cap. Semel. de reg. iur. in. 6. donde se prueba, que de ninguno se puede presumir, ni creer culpa en los hechos, que pudieron de alguna fuerte acontecer sin aver culpa: por lo qual la declaracion, y advertencia de Pedro, y la donacion, que hizo Joseph a su hija, se han de entender de forma, que no se presume injusticia, ni pecado en el vno, ni en el otro, y para esto no ay otro camino, sino presumir, que dichas joyas eran de Pedro, por averfelas dado Joseph por dote de su muger, y queriendo Joseph casar a su hija Josepha, se las pidió a Pedro, y a su muger, con fin de satisfacerles en otras cosas, ò bolverles las mismas joyas, si hallaba otras que darle a Josepha, y en esto constintieron Pedro, y su muger, y como Joseph murió antes de satisfacerles, las piden: que está tea la verdad, demás de la razon dicha, la persuaden otras gravísimas conjeturas. La primera, que aviendo Pedro buuelto de Nueva-España, y estando ya las joyas puestas en la carta de dote, que hizo Joseph en favor de su hija, y aviendolas recibido apreciadas por compra Antonio, no contradixo Pedro, ni se opuso

a la carta de dote, sino recurrió a Joseph para que le pagase lo que le debía, y dize, que le respondió Joseph, que no se quería quedar con cosa suya, sino ayudarle, y darle mucho, y que en acabando el oficio de Alcalde mayor, que tenia en la Pampanga de ajustaria. De aqui se colige, que Pedro asintió, o no contradixo en que las dichas joyas quedassen aplicadas por dote de Joseph, y que Joseph se satisficiera en otras cosas, o en dinero. La segunda conjetura es, que la muger de Pedro es madre de Joseph, y es verisimil, que madre, y padrastro, para que tomase estado su hija, y entenada, tuvieron por bien de entregar sus joyas, quedando el General, como Padre de Joseph, obligado a buscar otras para satisfacerles. Tercera conjetura, que solia dezir la muger de Pedro, que el bexuquillo que traía Joseph, y las demás joyas le avian servido años: quien alegaba en su favor el uso que avia tenido del bexuquillo, y demás joyas, mejor alegaria la propiedad de ellas, si todavía la tuviera; ni venia a proposito la dicha proposicion, si entendiera la muger de Pedro, que dichas joyas eran todavía suyas, y que Joseph solamente las tenia prestadas. Esta proposicion, y demás conjeturas persuaden eficazmente, que dichas joyas fueron de Pedro, y de su muger, y que confirmaron, que se dieran a Joseph de tal forma, que Joseph quedò obligado a satisfacerles, y Antonio, y Joseph no quedaron obligados a pagarles cosa alguna, ni a bolverse las, y assi juzgo, que Antonio se puede quedar con segura conciencia con dichas joyas, y Pedro recurra a cobrar de los herederos del General.

32. Pruebase vltimamente esto con la opinion comun, que afirma, que empezando alguno a poseer alguna cosa con buena fé, si despues duda si la cosa es suya, esta duda no quita la buena fé, ni interrumpe el tiempo que se requiere para la prescripcion. Assi lo afirman Silvest. verb. Prescriptio. l. q. 2. dicto. 3. Couarr. in reg. Possessor. p. 2. §. 7. Molin. tract. 2. de iust. disp. 63. y Serra 22. q. 66. art. 1. dub. 5. donde dize, que es sentencia comun de los discipulos de S. Thom. y Lessio, lib. 2. cap. 6. dub. 3. dize, que es comun de los Doctores, y la razon lo convence, porque la duda, que sobreviene a la buena fé, no favorece más a vna parte que a otra; y assi a la parte que hallò la duda en posesion, y en buena fé, la dexa en el estado que la hallò, porque *potior, est conditio possidentis*, como se dixo arriba. Pues como ya se probò ser cierto, que Antonio entrò en la posesion de las joyas con buena fé, y en nombre proprio,

aunque despues sobrevino la declaracion, y advertencia de Pedro, como esta no hizo evidencia, sino quando mucho le pudo poner en duda por las razones propuestas, y como la duda no destruye la posesion, que ya estava antecedentemente con buena fé: de aqui se sigue, que Antonio puede poseer las dichas joyas con segura conciencia, y no està obligado a darlas a Pedro.

33. Quanto al salero, cucharas, y tenedores de plata, se responde, que Antonio està obligado a restituir a Pedro el dicho salero, cucharas, tenedores, y cuchillo; y no teniendo en su propia especie, debe restituirle su valor. La primera razon desta resolucion es, porque estas cosas no las diò Pedro a Antonio por donacion graciosa, ni por otro titulo, sino por emprestito, que llaman commodato, y lo que assi se dà ay obligacion de bolverlo por Derecho Canonico, y Civil, como se puede ver en los titulos de commodato, y por Derecho natural, porque lo que se dà desta fuerte, se dà para que se buelva en propria especie, y a falta desta, en su estimacion, y valor.

34. Segunda razon: el aver puesto en la carta de dote los cien pesos, que le diò el General, y demás desto los treinta pesos, que valian el salero, y demás cosas de plata, que le avia prestado Pedro, fue yerro de Antonio, por el qual el General, que dotaba a Joseph su hija, le diò treinta pesos menos de los tres mil, que le avia prometido en dote, y le quedò accion a Antonio para deshazer el yerro, y cobrar del dicho General los dichos treinta pesos, y si no los puede cobrar, los deba perder Antonio, que cometió el yerro, y no Pedro, porque es contra todo Derecho, que vno reciba gravamen por el yerro de otro. de reg. iur. in. 6. reg. 22. *Non debet aliquis alterius odio pregruvari.*

35. Tercera razon: Antonio otorgando en la carta de dote, que avia recibido del dicho General los cien pesos, y demás desto el salero, y la demás plata, que le avia prestado Pedro, se diò por pagado, y satisfecho de los treinta pesos, que le debía el dicho General, por razon del dote prometido; y consiguientemente a si se debe imputar el no aver cobrado los treinta pesos, y no a Pedro, al modo que dize el Derecho de vno, que corriendo con los negocios de otro, pagò por el otro cierta cantidad, y realmente el otro no la debía, y se determina alli, que el que pagò lo que no se debía, se impute a si el yerro, y pierda la cantidad, si no la pudiere cobrar de aquel a quien le pagò; y que el otro por quien pretendió satisfacer, no le debe

## CONSULTA V.

Sobre si vno se pueda quedar con la cosa agena, ignorando la deuda el acreedor.

## PROPUESTA.

Pedro tuvo cuentas con Paulo, Paulo le rogò a Pedro, que le sustentasse vna muger, y lo que con ella gastasse se lo pagaria. Gastò Pedro con ella 30. o 40. pesos, y llegando al ajuste de cuentas, Pedro no quilo nada en lo exterior, pero cierta partida de 50. pesos, que a Paulo debía, y della Paulo se olvidò, se la quiere Pedro ahogar, y hazerle olvidadizo. Vea V.R. si puede, es pobre, y no es facil restituir.

## PARECER CXXXV.

37. A La consulta se responde, que en todo caso està Pedro obligado a pagar los 10. pesos, o los 20. en que exceden los 50. pesos, que debe a los que gastò con la muger, y cò los demás se puede quedar, concurriendo dos circunstancias. La primera, que al tiempo que Pedro no quilo la paga de lo que avia gastado con la muger, no tuviese intencion de hazer donacion graciosa de ellos, sino de hazer pago de ellos por algun camino. La razon desta circunstancia es, porque lo que vna vez se diò de gracia, queda ya dado irrevocablemente, y no tiene accion el que lo dà a bolverlo a cobrar, porque ya passò el dominio al otro, y ya no es del que lo diò: por lo qual si esse hombre de corazon huviesse hecho gracia a Paulo de lo que gastò con la muger, ya no tenia accion para cobrar, porque ya Paulo no debía nada; pero si dixo, que no queria nada por lo que assi avia gastado, con intencion de aquella trampilla de hazerse pago con lo que le debía, ya realmente no le hizo donacion de lo assi gastado, sino lo reservò para cobrarlo de vn modo, que no lo entendiesse Paulo. Es trampilla oficiosa, y no es contra justicia commutativa, porque se guarda igualdad entre ambas partes, y assi no ay obligacion a restituir mas del exceso dicho.

38. La segunda circunstancia, que por essa galanteria aparente, que Pedro haze a Paulo, no pretenda recibir del cosa de precio estimable; y si Paulo se la embiare, o no la ha de recibir, y con esso juzgarà, que le haze otra galanteria mas; o si la recibe, se la deberá recompenrar. Dize cosa precio estimable, porque si le embia vna poca de fruta, o de

be pagar cosa alguna, l. Siquis negotia. ff. de negot. gest. *Indebitum soluit, magis est, ut sibi imputari debeat.* De la misma fuerte Antonio, que dexò de cobrar lo que el General le debía, teniendo se por pagado con la plata labrada de Pedro, debe restituir a Pedro su plata, è imputarse a si, y a su yerro el no aver cobrado del dicho General, como tambien se debe imputar a si otro yerro, que consta de la carta de dote aver cometido, y aver perdido por èl 161. pesos, y 6. reales: es el caso, que el General prometió a Antonio 311. pesos por dote de su hija Joseph, y en la carta de dote otorga, y confiesa, que los ha recibido, y luego haze vna declaracion, de que los 161. pesos, y 6. reales, que faltaban que entregar para cumplir, y entregar los 311. los dà Antonio a su esposa por su virtud, y virginidad. Esto fue yerro conocido, porque lo que dà el marido a su muger en premio de su virginidad, y virtud, y se llama arras, no entra a enterar la dote, ni libra al que la prometió de la obligacion de enterarla toda, porque es cosa aparte distinta, como dizen las leyes del Reyno, lib. 5. Nou. Recop. tit. 2. l. 2. y alli Azebedo, y assi debió Antonio dexar que el dicho General enterasse los 311. pesos de dote, y luego darle lo que quisiesse de arras, como no excediesse la dezima de su hacienda, que assi lo dispone la dicha ley.

36. A lo vltimo que se propone en favor de Antonio, de que el salero no està en su poder, y le avia parecido, que lo avia buuelto a Pedro, y a su muger, se responde, que no constandole con toda certeza, que lo bolviò a Pedro, o a su muger, debe pagar su valor. La razon desto es, porque Antonio sabe con toda certeza, que recibió dicha plata en emprestito, para bolverla, y consiguientemente debe constarle de la paga con toda certeza, porque a deuda cierta no se satisface bien, ni con la igualdad que pide la justicia commutativa con paga dudosa: y consta del Derecho, l. fin. C. de compensat. *Si causa ex qua compensatur liquida sit, & non multis ambagibus innodata.* Y alli la Glossa: *Liquida ad non liquidum, non fit compensatio.* Deuda liquida, y cierta, pide satisfacion liquida, y cierta.





conserva, ó cosas, que antes desto por la amistad se solia embiar, ha de entender, que no embia tales cosas para satisfacer el gasto hecho con la muger, sino por amistad, de fuerte, que por causa desta galanteria aparente no puede prender, ni recibir otra cosa mas de amistad, y cariño.

## CONSULTA VI.

*Si el que se sirve de un esclavo, que despues por sentencia de Juez se halla ser libre, deba restituírle algo por el tiempo que le ha servido?*

## PROPUESTA.

VN esclavo he tenido años, sirviendome del con titulo al parecer bastante, y en este tiempo, que se han libertado muchos esclavos por Decreto de la Real Audiencia, pidió libertad el dicho mi esclavo, y es cierto, que yo entrè en duda de si su esclavitud era con bastante titulo, por ver los muchos que se daban por libres; no obstante no le quise dexar libre desde luego, sino que me sirvió, hasta que salió por sentencia por libre: y dudo si debo restituírle alguna cosa, por lo menos por el tiempo que me sirvió despues que empezè a dudar de su esclavitud.

## PARECER CXXXV.

39. **P**Ara responder con claridad a la dificultad propuesta, se ha de assentar primero lo que debe satisfacer el que con buena fé se sirvió de vno como de esclavo, y realmente no era esclavo, sino libre, y el que con mala fé, sabiendo, que no era esclavo, se sirvió del; y averiguados estos dos puntos, se resolverá si debe satisfacer alguna cosa por el tiempo, que en duda de si era esclavo se sirvió del.

40. Quanto a los dos puntos, que se han de assentar, primero se responde, que el servicio de vno, que sirvió como esclavo, y despues se hallò no serlo, se ha de reputar como frutos de alguna cosa, que alguno poseia, sin ser dueño verdadero della: por lo qual todo el tiempo que alguno se sirvió de vno como esclavo, siendo libre, con mala fé, sabiendo con certeza, que aquel hombre es libre, le debe restituír enteramente todo lo que avia de dar a vno libre, que le huviera estado sirviendo todo aquel tiempo, haciendo el tiempo que huviere estado enfermo, y lo que se huviere gastado en curarlo, y vestirlo. Pero si se sirvió con buena fé, creyèdo, que era verdadero esclavo, de ordinario no està obligado

a restituírle cosa alguna, porque el que està en posesion de alguna cosa fructifera con buena fé, solamente tiene obligacion de restituír aquellos frutos, que en su propia especie perseveran, y aquello en que el poseedor *factus est ditior*. Assi se colige de ambos Derechos, cap. *Gratus*. de restit. spoliat. y l. *Ex diverso*. ff. de rei vindicatione. y lo dize Silvest. verb. *Fructus*. n. 2. y de ordinario los esclavos no hazen obras, que duren mucho en su especie, sino bogar, y cargar, y pilar arroz, y otras acciones semejantes, de que no queda efecto permanente en su especie, y el amo de ordinario no se haze mas rico por tener vn esclavo mas, si no es que al amo le constasse con certeza, que por tener aquel, que poseia como a esclavo, ha dexado de alquilar otro hombre: en tal caso *factus est ditior* en aquello, por el servicio del que no era esclavo, y le deberá pagar lo que ha ahorrado; y aun de pagar esto se escusa por la prescripcion, si ha tres años que ha poseido al esclavo con buena fé, juzgando, que era verdadero esclavo, porque el servicio de vn esclavo, y qualesquiera obras que el haga, son bienes muebles del amo, y por bienes muebles se reputan, y los bienes muebles prescriben, y se hazen del que los posee con buena fé por tres años de pacifica posesion. Assi consta del Derecho, inst. de vsu capt. §. *Iure*. *Res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis possessionem ( id est inter presentes, de cennio, inter absentes, viginti annis ) vsu capiuntur, & his modis dominia rerum iusta causa possessionis procedente adquirantur*. Y en esto convienen los Doctores. Bart. l. *Sequitur*. ff. de vsu capt. §. *Fructus*. n. 4. Bald. l. 1. C. de vsu. & fruct. n. 7. Bañez. 2. 2. q. 62. art. 6. dub. 3. Ludou. Lop. 1. p. instr. cap. 236. Ledesim. in Summ. to. 2. tract. 8. cap. 14. post. 4. concl. dub. 3. Man. R. odr. in Sum. to. 2. cap. 42. Vega, to. 1. cap. 60. casu 11. Molin. de iust. tract. 2. disp. 818. Toled. lib. 5. cap. 17. y es comun.

41. Y aunque es verdad, que la esclavitud, y dominio sobre vn hombre libre nunca prescribe, como dize el Derecho, inst. de vsu capt. §. *Sed aliquando*. *Etiã si maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi vsu captio ullo tempore procedit, si quis liberum hominem possideat*. Pero el trabajo, y obras del libre, tenido por esclavo, prescriben, que son como bienes, y hacienda del hombre: por lo qual casi nunca estará obligado a restituír cosa alguna el amo, que tuvo por esclavo a alguno con buena fé, y despues supo, que era libre; porque passados los tres años, ya han prescripto todas las cosas, que ha hecho el esclavo,

clavo, y ha ahorrado el amo por su trabajo, y del servicio del esclavo no queda de ordinario hecho el amo mas rico, ni quedan permanentes cosas que el esclavo aya hecho. Pero si acaso, no aviendo prescripto en tres años, le consta al amo, que el esclavo putativo le ahorrò algo de lo que huviera gastado en alquilar otro criado, se le debe restituír, haciendo los gastos, si ha hecho algunos en el criado, que no huviera hecho en el libre, y tambien le debe restituír las obras permanentes, que el esclavo huviere hecho, como si haze sillas, ó cetros; pero el que se sirvió del con mala fé, sabiendo, que no era esclavo, nunca prescribe su servicio, como consta del Derecho, de reg. iur. in. 6. reg. 2. *Possessor male fidei, ullo tempore non prescribit*. No obstante esto, muy poco deberá restituír, porque los esclavos en esta tierra sirven muy mal. Vn libre, que se alquila por meses, gana vn peso, y de comer en vn mes: de ordinario el esclavo trabaja menos que el libre, porque el libre para que no le echen, procura trabajar algo; el esclavo, sabiendo, que tanto le han de dar trabajando, como no trabajando, escusa (quanto puede) el trabajo, y de esto poco que merece su trabajo se ha de descontar lo que se gasta en vestirlo, y curarlo, quando cae enfermo.

42. Supuesta esta doctrina necesaria para la clara resolucion deste caso, se responde, que si el amo le comprò, ó le empezó a poseer con buena fé, pensando, que verdaderamente era esclavo, y despues sobreviene la duda, tiene el amo obligacion a hazer diligencia, para saber si es verdadero esclavo; y en interim que se haze esta diligencia, persevera, y dura la buena fé con que lo empezó a poseer, y justamente se aprouecha de su servicio, y no se debe privar del esclavo, ni de su servicio mientras se averigua, y litiga su libertad. de reg. iur. in. 6. reg. 65. *In pari causa potior est conditio possidentis*. Y l. *In pari*. ff. de reg. iur. *In pari causa possessor potior haberi debet*. Y l. *Nemo*. del mismo tit. *Cum de lucro duorum queritur, melior est causa possidentis*. Por lo qual si el amo cree, que el por si no puede vencer la duda con toda certeza, y con mas brevedad, que el Juez ante quien se litiga, puede con buena conciencia no hazer diligencia, sino esperar a que el Juez determine la causa de la libertad de su esclavo, y entre tanto servirse del; pero si facilmente con mas claridad puede salir el amo de la duda con toda certidumbre, tiene obligacion a hazer diligencia, y si no la haze, està en mala fé desde que duda, y no la quiere hazer pudiendo. de reg. iur. in. 6. reg. 29. *Mora sua cuilibet est noci-*

*ua*. Lo comun, y ordinario es, quando està puesta la demanda ante el Juez, creer, que ninguno lo puede averiguar con mas certeza que el Juez, y no poniendo el amo dilaciones dolosas de proposito, va con buena fé. Supuesta esta doctrina, mientras dura esta duda, y litigio, està el amo en la buena fé en que se hallaba antes de la duda, y litigio, y no està obligado a pagar al que salió libre mas de en los casos, que dize arriba, que està obligado el amo, que poseyò con buena fé al que juzgaba, que era su esclavo; y no està obligado a restituírle cosa alguna por razon de la duda referida, porque dura con aquella duda la buena fé, hasta que se acabe de saber con certeza, que es libre.

## CONSULTA VII.

*Sobre si la prueba, que dà vno con testigos de que vendió fingida, y aparentemente una casa, y solar, pueda prevalecer contra la escritura de venta real, que tiene otorgada ante Escribano; y consiguientemente si se le deba restituír dicha casa, y solar, y unas maderas de ella, que se han vendido sin orden suya, y las costas, que le ha ocasionado este pleyto?*

## PROPUESTA.

**P**edro vezino desta Ciudad trae pleyto contra el Licenciado don N. tenedor de los bienes de Nicolás difunto, sobre vnas maderas, que ha vendido de vna casa, que dicho Pedro intenta probar, que es suya, y que fingidamente la avia vendido a Nicolás, temiendo el embargo de sus bienes, por dependencias que tenia con el Rey. Alega el Licenciado, que assi la casa, y solar, como las maderas vendidas, son bienes de Nicolás. Lo primero, porque entre los papeles del difunto se halla vna escritura otorgada ante Escribano, en que confiesa Pedro llanamente la venta de la casa, &c. y el recibo de quatro mil pesos, que le diò Nicolás por ella. Lo segundo, porque dicho Nicolás avia usado de dicha casa como propria por mas de nueve años, sin que jamás Pedro le opusiesse cosa alguna. Item, que dicho Nicolás avia obrado a su costa en dicha casa, y puestola en la perfeccion que oy tiene, lo qual no hiziera a no ser suya: y vitimamente añade otros indicios al parecer suficientes. Prueba Pedro con testigos, que la venta de la casa fue supuesta, y fingida la escritura, por oviar solamente el embargo della: y consiguientemente pide se le restituuya dicha casa, y solar, con las maderas vendidas, y las costas, que le ha ocasionado el pleyto. Y o no acabo de determinar

minar esta causa, porque la hallo muy confusa; y assi acudiendo a mi ordinario recurso, remito a V.R. los autos, suplicandole me diga si sentir, para que a él (qual copia al original) ayulte la definitiva deste pleyto.

## PARECER C. XXXVII.

43. **H**E visto estos autos, y juzgo, que debe su merced dar la sentencia en favor de Pedro, por aver probado lo que le competia probar, y no aver probado su intencion el Licenciado N. tenedor de los bienes, que quedaron por fin, y muerte de Nicolás, ni Francisco, Albacea nombrado por el dicho Nicolás: por lo qual se le debe mandar al dicho Albacea, que dexé libre la casa, y solar, y demás pedazos de tierra, que le pertenecen (sobre que es este litigio) a Pedro, juntamente, que le entriégue el valor de las doze llaves, y 225. baraquilas, que vendió el Licenciado N. que como consta de la declaracion del dicho Licenciado, a foj. 57. fon 72. ps. 1. tom. y 6. gran. con apercibimiento de que qualquiera costa, que desde el dia que se pronuncie esta sentencia hiziere Pedro en la cobrança, será a costa del mismo Albacea, si es así, que ha recibido ya todo el valor de dichas llaves, y baraquilas, o del Licenciado N. si aun no ha entregado, o fuere causa de que no se haga luego al punto la entrega de dicha casa, maderas, y del valor de las llaves vendidas. En quanto a las costas, que en este pleyto se han causado, hasta que se pronuncie la sentencia, que cada vna de las partes pague, y satisfaga las que huviere hecho, de fuerte que Pedro satisfaga las que huviere hecho, y las hechas por el Licenciado N. se paguen de los bienes del difunto.

44. Para que conste la justificacion de esta resolucion, la iré declarando por sus puntos. El primero, y principal es, que la dicha casa, solar, y tierras, que le pertenecen, y las maderas, que en ella avia, se deben tener por bienes de Pedro, y no de Nicolás difunto. Este punto se explica, y prueba, ponderando los fundamentos, que tiene en su favor cada vna de las partes. En favor de que son bienes de Nicolás haze la escritura de venta, que está a foj. 11. en que consta, que dicha casa, y solar la vendió el dicho Pedro por quatro mil petos a Nicolás: demás de dicha escritura ay algunos indicios, y presunciones, que indican, que dicha escritura no fué supuesta, ni fingida, sino de venta real, y verdadera. El primer indicio es, que luego que se hizo la escritura de venta, se fué a vivir a dicha casa Nicolás, usando della co-

mo de casa propria; y quando fue al Gobierno de cierto Obispado, la dexó encomendada a cierto vezino desta Ciudad, y luego que bolvió de dicho Obispado, bolvió a habitar en ella: parece, que no puede aver mayor indicio de que la tenia por casa propria, comprada realmente con su dinero. El segundo indicio es, que los aderezos de la casa corrieron por cuenta de dicho Nicolás, y compró maderas para acabarla de perficionar, como consta de la declaracion de vn testigo fidedigno, que está a foj. 13. El tercero indicio es, que aviendo pasado nueve años, desde que se hizo la carta de venta, hasta que murió Nicolás, y aviendose embarcado en este tiempo para dicho Obispado a pasar riesgos de la mar, no cancelaron dicha escritura, ni hizieron otra para resguardo: lo qual es indicio de que quisieron, que la escritura fuese permanente, como de vna venta real, y verdadera, especialmente, que ya avian cesado los riesgos de embargos, que dizen fueron motivos para hazer dicha escritura. El quarto indicio, que contra la hacienda, y bienes de Nicolás se levantaron riesgos de embargos, despues que vino del Obispado a esta Ciudad, y entonces aun tenia necesidad dicho Nicolás de ocultar sus bienes propios, poniendolos en cabeza agena, y no es creible, que retuviéssé como propria la casa que era agena, a riesgo de que se la embargassen: ni es creible, que Pedro aviendo sido tan diligente en poner la casa propria en cabeza agena, con escritura supuesta, y fingida, porque no se la embargassen por sus deudas propias, y dependencias, se descuydasse en hazer declarar la verdad de que era suya propria dicha casa, con escritura verdadera, para que no se la embargassen por deudas, y dependencias, agenas (que se siente mas, que si la embargassen por deudas propias) siendo así, que los riesgos de que por dependencias propias se la embargassen, ya avian cesado. El quinto indicio es el que pone el tenedor de bienes de Nicolás, de la edad decrepita, é incapacidad del Escriuano, que hizo la declaracion, de que la escritura de venta, que se hizo ante él fue supuesta, porque dize se contradize en ella, y que el Escriuano ante quien hizo dicha declaracion, no dá fé de que quando la hizo estava en su juicio. Todo lo referido haze en favor de que dicha casa pertenece a los bienes de Nicolás. Por la parte contraria haze en favor de que pertenece a Pedro, primeramente la prueba, que tiene dada de catorze testigos de que la escritura fue supuesta, y que dicha casa es suya, no obstante la dicha carta de ven-

ta,

ta, y otros indicios, y presunciones, que despues se irán proponiendo, comparandolos con los referidos, que hazen en favor de la parte contraria.

45. Primeramente hemos de carear, y comparar entre si, por vna parte la escritura de venta otorgada por Pedro en favor de Nicolás, con todas las clausulas de firmeza, que suele, y puede tener vna escritura verdadera; y por la otra parte la probança de testigos, que tiene dada Pedro, para averiguar qual de los dos, segun Derecho, debe prevalecer, y vencer a la otra. Primeramente, el Derecho Civil equipara, y pone igualdad entre vna escritura, é instrumento publico, y entre vna probança plena de testigos. *In exercendis libris eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.* Y alli la Glosa resuelve, que vna probança de dos testigos sin tacha, no prevalece contra vn instrumento priuato; pero si la probança es de mayor numero de testigos, como de tres, ó quatro, prevalece contra el instrumento publico: *Tantum valent duo testes quantum instrumentum. Unde licet duo reprobent priuatum instrumentum, non tamen reprobant publicum, tres autem, vel quatuor sic.* Y l. Cum præcibus. C. de probat. se pone vn caso de vno, que alegaba, que vna escritura, é instrumento de donacion se avia hecho contra su voluntad, y con engaño, y se determina alli, que dando probança suficiente de que el tal instrumento se hizo contra su voluntad, alcanzará sentencia en su favor, y no le perjudicará el instrumento de donacion: *Adito indice competenti probare te oportet contra voluntatem tuam hunc fundum adversarium tuum instrumento sibi ascribi laborasse, ut secundum tenorem rescripti nostri possis consequi sententiam.* Y alli la Glosa: *Queritur, an per tale instrumentum præiudicetur? Dicitur, quod si probare possis, hoc esse scriptum contra voluntatem tuam, tibi non præiudicat.* Y mas abaxo: *Presumitur interim pro instrumento, sed probatio in contrarium admittitur, ut plus valeat veritas, quam scriptura.* Y alli dize Baldo: *Statutur instrumento, donec probetur contrarium.* Supone el Derecho, que puede aver escritura supuesta, y falta de verdad; y para que no prevalezca la falsedad contra la verdad, determina, que se admita probança contra el instrumento publico, y prevalezca contra él, quando la probança fuere tan relevante, que parezca mas verisimil, que el mismo instrumento publico.

46. Lo mismo consta del Derecho Canonico, cap. Cum Joannes. de fide instrum.

donde en vn pleyto por vna parte probaban con instrumento autentico, y por la parte contraria bastante numero de testigos, y se dió la sentencia en favor de la parte, que esquivaba en la probança de testigos, y dize alli el texto: *Et si eandem vim obtineant instrumentorum fides, & depositiones testium in libris exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium, vel plurium idoneorum testium depositionibus præferatur.* Y alli la Glosa explica con toda claridad esta materia, dize assi: *Contra instrumentum quantumcumque publicum admittuntur testes, quia secundum testes producor contra instrumentum sententiatur.* Y mas abaxo: *Si queris quod testes præiudicent instrumento? potest dici, quod quatuor, vel quinque ad minus, quia autoritas tabelionis videtur æquivalere duobus testibus, & ipsam instrumentum valet duos testes, quia parem vim habet probatio testium, vel instrumentorum, & sic patet, quod ad minus per quatuor meliores, vel quinque testes instrumentum reprobatur.* Y cap. Tertio loco. de probat. se pone otro caso, en que se dió sentencia en fauor de la parte, que probó su intencion con testigos, contra la parte que tenia, y presentaba instrumento publico: *Respondemus secundum assertionem testium tantummodo iudicandum.* Y alli la Glosa con mas distincion, que la antecedente dize: *Nec videtur, quod tunc sufficiant duo, vel tres testes, immo plures, ad minus quatuor. Tabellio enim æquivaleret vni testi, & plus, & instrumentum duobus ad minus, quia duo testes ad minus in instrumento scripti esse debent, & sic per plures, & honestiores debet fieri talis reprobatio.* Supuesto esto, es cosa clara, y evidente, que segun ambos Derechos se debe admitir probança contra el instrumento, y escritura publica; y aunque no prevalece contra ella vna probança de dos, ni de tres testigos, porque la autoridad del Escriuano vale mas que vn testigo idoneo, y para vencerla son menester dos testigos por lo menos, y el mismo instrumento vale por dos testigos, que por lo menos se deben poner en la escritura, y el instrumento que se presentó en estos autos, a foj. 11. tiene tres testigos: de aqui se colige, que para vencer este instrumento se requieren cinco testigos por lo menos, y Pedro ha presentado catorze, de los cuales vnos oyeron dezir al mismo Nicolás, que la casa no era suya, sino de Pedro; otros lo supieron por otros caminos, de que dan bastante razon; y hazen el caso mas verisimil; y otros aunque dizen, que no saben si la escritura es supuesta, ó verdadera, vieron tales indicios, que hazen veheméntissima presuncion, que la dicha casa

casa

caja es de Pedro, y no de Nicolás. Llegase aquí tambien, que el Escriuano, que hizo la escritura, è instrumento publico, èl mismo la reprueba, y contradize, afirmando por vna declaracion, que hizo ante Escriuano, y testigos, que la escritura fue supuesta, y ficticia: por lo qual juzgo, que para vencer esta escritura (supuesta la declaracion del mismo Escriuano, que està a foj. 4.) bastaban menos testigos, que serian necessarios para desvanecer otro instrumento, porque en este caso està ya vencida la autoridad del Escriuano, que èl mismo la reprueba, y retrata en este caso, para que no valga; y assi es cierto, que dicha probança prevalece contra el instrumento, y escritura presentada de la parte contraria. Los indicios, que ayudan como adminiculos, y presunciones a la escritura, no le dan fuerza para que pueda resistir a la probança dicha, porque el primero de la habitacion continua, que tuvo Nicolás en la casa desde el dia que se hizo la escritura, antes de ir a dicho Obispado, y quando bolvió de allá, y aver dexado en interim que asistió en dicho Obispado quien habitase en ella, està desvanecido con otro indicio mas fuerte, y mas verisimil, probado con ocho testigos, que vieron como los aderezos, y obra de la casa corria por cuenta de Pedro, el qual compraba el bexuco, y maderas, que en ella se gastaban, y pagaba la gente, que en ella trabajaba, y esto està adminiculado con el villete, que està reconocido por tres testigos todos Sacerdotes, que es de la firma de Nicolás, en q para que no pare la obra, pide a dicho Pedro, que embie bexuco. Este indicio vence al que se opone por la parte contraria, porque mas verisimil es, que vn amigo viua en la casa de otro, especialmente quando se pretende paliar, y dar a entender, que la casa es del amigo, que entender, que vno pague, y haga los gastos, para que se obre, y trabaje en la casa de otro, y que vn hombre de verguença, y de pundonor, y puestos honrados (como era Nicolás) escriua, que le embie bexuco, para que no pare la obra, si la casa fuese propria del dicho Nicolás, porque està la respuesta en la mano en dezirle: Si la casa es vuestra, que me importa a mi, que pare, ò no pare la obra? y no se puede aquí dezir, que Nicolás pidiese el bexuco para su propria casa por ser pobre, y que se quiso valer de vn amigo, porque en tal caso no es verisimil, que lo pidiese con aquellos terminos, ni en aquella forma, como cosa que le pertenece a dicho Pedro, y que si quiere que prosiga la obra lo embie. La pobreza de Nicolás solamente puede hazer decente, que pida el bexuco, y

no lo comprase èl mismo, aunque la casa fuese de Pedro, por viuir èl en ella, y ser lo que se pedia de poco valor, que por estas causas parece, que seria mas decente, que èl lo comprase para aderezar la casa de dicho Pedro; pero de averlo embiado a pedir se colige, lo vno la necesidad, y pobreza de Nicolás, que no le sobra nada; lo otro la amistad, y llaneza con, que corria con Pedro; lo otro, que la casa no era fuya de Nicolás, sino de Pedro. El segundo indicio, de que los aderezos de la casa corrieron por cuenta de Nicolás, y que compró de N. vezino desta Ciudad maderas para ella, està desvanecido totalmente, pues con cinco testigos de vista, y dos, que lo oyeron a otros, està probado, que corria todo el costo por cuenta de Pedro, y que las maderas que compró Nicolás fueron para otra casa de vna comadre suya, en que se gastaron. El indicio tercero, de tanto tiempo, y ocasiones de rezelar peligros, no aver chancelado la escritura, ni hecho otra para resguardo, no añade cosa de importancia sobre la misma escritura, que se hizo, y otorgó, y se quedó permanente, cuya fé con la prueba, que se ha dado de tanto numero de testigos se desvanece: y embarcarse para el Obispado no es cosa de tan manifiesto peligro, ni de tan largo viage, que pierdan las esperanças los que por allá se embarcan, y los que quedan en Manila, de verse otra vez.

47. El quarto indicio, de que quando bolvió Nicolás del Obispado, avian ya cessado los riesgos de embargos de la hacienda de Pedro, y se avian levantado otros mayores contra la de Nicolás: este indicio fuera vehementemente, si de hecho, y con efecto huviesen embargado la dicha casa por las deudas, y dependencias de Nicolás, y no huviera salido a la defensa, y a probar, que era fuya Pedro; pero de hecho no se trabó la execucion, como dizen dos testigos en sus dichos, desde foj. 37. hasta foj. 40. antes dize vno dellos, que es N. Fiscal del Arçobispado, que fue a hazer la dicha execucion, y se bolvió sin embargar cosa alguna, porque no halló bienes del dicho Nicolás, y sabia (por averlo oido dezir a muchos) que la casa en que viuia no era fuya, sino de Pedro, y que esto era publico, y notorio, con que este indicio antes es en favor de Pedro. El quinto indicio, de falta de capacidad del Escriuano ante quien se otorgó la escritura, y despues hizo la declaracion de que la escritura otorgada fue supuesta: este indicio igualmente corre contra el valor de la escritura, y de la declaracion, de la ficcion de la venta, porque si le faltaba el juicio necesario para hazer vna declaracion ante

ante vn Escriuano, de la misma fuerte le faltaria para dar fé como Escriuano de vna escritura, que se otorga ante èl, que para ambas cosas es menester estar en su juicio pleno, y assi quando hizo la declaracion, como quando autorizó la escritura, estava ya en vna cama, que no se levantaba, enfermo, è impedido de la vejez. Lo cierto es, que fue mucha bondad de vn Escriuano, y falta de astucia, despues de aver autorizado vn instrumento publico de venta real, dando fé de ella, declarar ante Escriuano, que por autoridad de Juez recibe su declaracion, que fue la venta supuesta, y fingida, y que supo, y entendió, que era ficcion quando autorizó la escritura; que al Escriuano nunca le puede estar bien declarar tal cosa, antes quando se haze escritura para paliar alguna cosa, se busca otro Escriuano ante quien se descubra, y autorize la verdad, sin dar a entender al primero, que la escritura, que ante èl se hizo, es supuesta, y ficticia; y ya que el Escriuano sepa la ficcion de la escritura que haze, no se dà por entendido de que lo supo. Pero el hecho del Escriuano N. no arguye nulidad en la dicha declaracion, sino sinceridad en èl, y que contra si hizo dicha declaracion, sin atender a mas de que era verdad lo que le pedian, que declarasse; y assi los indicios, que parece hazian en favor de los bienes de Nicolás, no añaden fuerza alguna a la escritura, y assi prevalece la probança que ha dado Pedro, la qual se realça mas con dos adminiculos, y presunciones. La primera, de que Nicolás no tenia caudal el año que se hizo la dicha escritura, para comprar en quatro mil pesos la dicha casa, està probado con cinco testigos, que afirman, que le sustentaba, y daba de vestir en aquel tiempo dicho Pedro, que es imposible, que pudiese pagar quatro mil pesos; y assi en la escritura no se dà fé de entrega del dinero, sino que Pedro confiesa averlo recibido del dicho Nicolás, lo qual qualquiera, que huviere conocido lo tenue de su caudal, juzgará por imposible. El segundo indicio es, que quando se inventariaron los bienes, que quedaron por fin, y muerte de Nicolás, no se inventariò la dicha casa, por ser publica voz, y fama, que no era del dicho Nicolás, sino de Pedro. Así lo afirman el Escriuano, y Notario ante quienes se hizo dicho inventario, y para verificacion de su dicho se remite al mismo inventario, que entonces se hizo. Està su dicho en estos autos a foj. 45. que fue presentado por testigo, y así tengo por cosa cierta, è indubitable, que se debe declarar, que la dicha casa es del dicho Pedro, y mandar, que los Albaceas, y tenedores de bienes

de Nicolás, se la dexen possèer libremente, sin ponerle embarazo alguno, juntamente con las maderas, que huviere en la dicha casa.

48. El segundo punto desta causa es, que no se obligue al Licenciado N. a boiver en especie las maderas, que vendió, sino que solamente se le obligue al Albacea, que buelva luego a Pedro el precio en que se vendieron, si ya lo ha recibido del dicho Licenciado, y si no lo ha recibido, lo buelva luego el mismo Licenciado. Podia hazer dificultad, como no se le mandan restituir en especie sus maderas, y materiales, que ya tenia comprados, y conducidos, para acabar de hazer su casa, sino solamente el dinero, con que se verá obligado a passar otra vez las molestias de comprarlos, y conducirlos, y es cosa cierta en Derecho, que no satisface el deudor, pagando en dinero lo que tomó ageno, sino que lo debe pagar en su propia especie, si es posible, l. Mutuum. ff. de rebus creditis. *Aliud pro alio invito creditore solui non potest.* No obstante esto no se le debe obligar a pagar las maderas, y materiales en la propia especie, porque como dize la ley referida, esto es quando el acreedor no quiere, sino que se le buelva la misma cosa en especie, y en el caso presente Pedro tiene consentido, y pedido, que se le buelvan sus maderas vendidas, ó su valor, como consta de su peticion a foj. 57. y por la razon, que se dirá en el punto siguiente.

49. El vltimo punto es acerca de las costas, quien las debe pagar, y no dexaba de tener apariencias de que las debiesse pagar el que obrò contra vna voz tan publica, y comun, que corria, como està probado con gran numero de testigos, que testifican de la publica voz, y fama, y por ella no embargaron la dicha casa, por saber con certeza era de Pedro, quando se buscaban bienes de Nicolás para embargarlos; especialmente, que no pudo dexar de constarle al dicho Licenciado N. que quando se inventariaron los bienes, que quedaron por fin, y muerte de Nicolás, no se inventariò la dicha casa, por la sciencia, y noticia que todos tenian de que no era de Nicolás, sino de Pedro; pero no obstante esto, juzgo, que no se le debe obligar a pagar costas en el fuero externo. Lo primero, porque en estas cosas, que consisten *in facto*, se presume ignorancia quando no se prueba, que precedió noticia de ellas. reg. 47. de reg. iur. in 6. *Presumitur ignorantia ubi scientia non probatur.* En esta causa no se prueba, que el dicho Licenciado tuviesse noticia de que dicha casa fuese de Pedro, y no de Nicolás, especialmente, que como dize en



fu dicho a foj. 54. quando se hizo dicha escritura, y mucho tiempo despues estava ausente desta Ciudad. Lo segundo, porque el que entra de nuevo en negocio ageno, tiene justa causa de ignorar las cosas tocantes a aquel negocio. reg. iur. in 6. *Cum quis in ius suscipit alterius iustam ignorantia causam confetur habere.* En otro el Licenciado N. en los bienes, derechos, y acciones de Nicolás halla vna escritura de venta, otorgada a favor del difunto, tiene justa causa para ignorar, que dicha escritura se aya hecho en confianza, no para transferir el dominio a Nicolás, sino para paliar el que tenia Pedro; y supuesta dicha ignorancia, tuvo suficiente razon para defender la dicha casa, como diligente procurador de los bienes agenos, que corrian por su cuenta, y se le avian encargado. Ni a Nicolás se le puede atribuir culpa de no dexar declarado este punto, porque ni se prueba, que la tuviese, y la aceleracion de la muerte apresurada, que tuvo, con la ocupacion precisa de recibir los Sacramentos, no le dió lugar a hazer, ni aun acordarse de hazer dicha declaracion.

50. Lo tercero, porque Pedro tambien tuvo su demora notable, y descuydo en tantos años, sin pedir, que se cancelasse dicha escritura, ó otorgasse Nicolás otra en contrario, en que se declarasse: y por dicha demora, y descuydo ha merecido la molestia, y costa que de su parte ha hecho en este litigio. reg. 25. de reg. iur. in 6. *Mora sua cuilibet est nociva.* Y aun despues de muerto Nicolás tuvo demora en pedir, que se le mandasse al Licenciado N. que no vendiesse las maderas, pues aviendo muerto dicho Nicolás a primero de Abril, presentò Pedro la primera peticion: a 24. de Mayo; ya estavan vendidas las maderas, y así juzgo, que los gastos que ha hecho Pedro, deben ser a su costa por las razones dichas: y los gastos, que ha hecho el Licenciado N. en este litigio, deben ser a costa de los bienes de Nicolás, pues para su defensa se hizieron con buena fé: esto es en el fuero externo, que en el interno no toca al Juez desta causa, sino vea allá en su conciencia, si sabia, que la casa era de Pedro, y que el pleyto que le ponía era iujusto, que en tal caso debería *in foro* pagar de su bolsa las costas, que han hecho ambas, aunque el Juez no le obligue *in foro fori.*



## CONSULTA VIII.

*Sobre si el que tiene en su poder cantidad de dineros de vno, que le sirve, y a quien ha hecho gracia de algunas cantidades, le deba entregar toda la cantidad que le debe, y tiene en su poder (no obstante, que lo aya de desperdiciar) especificandole, que esta es la cantidad que le debe?*

## PROPUESTA.

VN señor Oydor traxo desde Sevilla hasta estas Islas Filipinas en su servicio a vn mozo, al qual hizo el dicho señor Oydor, que le diessen en Mexico vna plaza de Artillero en la Nao, que de Acapulco passaba a estas Islas; y aunque no sirvió dicha plaza por venir sirviendo al señor Oydor, se cobró el sueldo que le correspondia, y lo guardó el señor Oydor, con intencion de dárselo en Manila. En dicha Ciudad perseveró algun tiempo en casa del señor Oydor, el qual le dixo vezes, que si queria salir de casa, pidiesse su dinero, mas por entonces ni salió de casa, ni pidió su dinero, hasta que despues de tiempo salió sin pedir cosa alguna, pero passados dias, lo pidió, y no se le dió, porque se tenia por cierto, que lo avia de echar por ai; y aunque despues que salió de casa del señor Oydor, le ha focorrido muchas vezes, y antes de salir de dicha casa, se gastó mucho con él, excederian estas cantidades a la que se cobró por su sueldo (esta fue algo menos de 200. pesos) pero nunca se tuvo intencion, así en lo que se gastó con él quando vivia en casa del señor Oydor, como en lo que se le dió viviendo fuera, de que fuesse a cuenta de lo cobrado de su sueldo.

Preguntase lo primero, si le debe dar toda la cantidad, que se cobró de su sueldo de Artillero?

Lo segundo, suponiendo que es jugador, y perdido, y si se lo dan todo junto, lo echará por ai, y en pocos dias se quedará sin nada, se pregunta, si se le dará ahora, ó quando tome estado, y si se le dará toda la cantidad junta, ó poco a poco?

Lo tercero, si quando se le dè es obligacion especificarle, que aquella es la cantidad, que se le debe, ó si se cumple dandosela, aunque él entienda, que es dadiva graciosa, porque él ya no se acuerda, que le deben cosa alguna?

PARE-

## PARECER CXXXVIII.

51. R Espondese a la primera pregunta, que se le debe pagar al mozo toda la cantidad, que se cobró del sueldo de Artillero, porque a él se le dió de parte del Rey a titulo del oficio en que pasó a estas Islas, y el señor Oydor, y sus herederos no tienen titulo alguno para quedarse con dicho dinero, ó con parte alguna del. Y las quatro causas, que se proponen por razones de dudar, no escusan la obligacion de pagar la dicha cantidad en todo, ó en parte al dicho mozo. La primera, de aversele dado el oficio de Artillero por respeto, y peticion del señor Oydor, no escusa la paga en todo, ni en parte; porque aunque vn agente, que con su diligencia alcanza a otro vn oficio vtil, ó honorifico, puede llevar la paga, y precio por su diligencia, porque este es vn trato inominato, que llama el Derecho *facio, ut des.* l. Naturalis. ff. de praescriptis verb. Pero de parte del señor Oydor no puede llevar por dicha diligencia por precio, ó paga, dinero alguno; ó parte del dicho sueldo, porque el señor Oydor le alcanzó dicha plaza con atencion a que le venia sirviendo, que es otro trato a que en el mismo lugar llama el Derecho *facio, ut facias.* Suficientemente se recompensa dicha diligencia con el servicio del mozo.

52. La segunda causa es, no aver servido la plaza a titulo de venir sirviendo al señor Oydor. Respondese, que esta causa no favorece en cosa alguna al señor Oydor, ni pone en duda, si debe pagar, ó no toda la dicha cantidad, sino a quien la deba pagar, si al mozo, que traxo en la Nao plaza de Artillero, que no sirvió, ó a las caxas Reales, porque el Rey, y sus ministros le dieron el sueldo por el oficio de Artillero, que avia de hazer en la Nao, y no aviendo hecho dicho oficio, parece, que no puede llevar el sueldo con buena conciencia, porque el sueldo se dà por el oficio, y al que no haze el oficio, no se le debe el sueldo, como disponen ambos Derechos, l. Filius familias. ff. de milit. testam. y cap. Ciprianus. 21. q. 5. y cap. Clerici. 2. q. 2. *Qui Ecclesie fideliter vigilantur que seruiunt stipendia sanctis laboribus debita secundum seruitij sui meritum consequantur.* Respondete, que no obstante, que no sirvió la plaza, se le puede dar el sueldo: la razon es, porque los Artilleros, que se embarcan en Acapulco para estas Islas, tienen muy poco, ó nada que hazer en su oficio en todo el viage, como tambien los soldados: de donde se colige, que mas se les dà el sueldo por lo que han de servir en estas Is-

las, para que se alisten a venir a servir en ellas, que por el servicio que han de hazer en el viage. Y consta del Derecho, que a los que hazian viage con animo de ser soldados, aun antes de serlo, y aun no aviendo empezado a militar, se les daban expensas publicas, l. Ex eo. ff. de milit. testam. *Qui non dum in numeris sunt, licet etiam electi tyrones sint, & publicis expensis iter faciant, non dum tamen milites sunt.* Aqui se ve ser conforme a Derecho, que yendo a militar a otra Prouincia, lleven el sueldo desde que se alistá para ponerse en camino, y no se le debe disminuir, ni quitar parte del sueldo, que le dió el Rey, por causa de no aver servido lo poco, que los demás Artilleros sirven en el viage de Nueva-España a Filipinas, por dos razones. La primera, porque los Artilleros tienen en dicho viage muy poco trabajo, que antes les es de entretenimiento en la ociosidad, que los de aquel oficio traen, y deste poco trabajo no se haze caso, ni para disminuir el sueldo, porque segun ambos Derechos, cap. Per vestras. de donat. inter virum, & vxorem. y l. Si oleum. ff. de dolo. *De modico non est curandum.* Y si alguna vez por invasion de algun enemigo huviesse que trabajar (que en este viage será cosa rarissima) en tal caso todos quantos vienen en la Nao trabajan, y hazen lo que pueden. La segunda razon es, porque todo el sueldo que les dan, lo devengan, y desquitan bastantemente en estas Islas, donde de ordinario suelen ser las pagas muy cortas: ni al dicho mozo se le debe disminuir, ni él debe restituir parte del sueldo, por causa de aver passado en plaza de Artillero, y llevado el sueldo, que a dicho oficio corresponde, y despues en estas Islas no aya servido la plaza de Artillero, sino otra, que tenga menor sueldo, como si llegando a las Islas sentasse plaza de marinero, ó de soldado, porque lo que efectivamente les dan por aver servido vna plaza excede poco a lo que se les huviera de dar, si asentassen otra plaza diferente, y esto poco en qualquiera plaza, ó oficio, que sirvan en esta tierra, lo desquitan. Solamente en vn caso no se le debiera dar el dicho sueldo de Artillero, sino restituirse a las caxas Reales, y es, si aviendo venido sirviendo al señor Oydor, sin servir en el viage la plaza a cuyo titulo fue focorrido, en estas Islas no sentasse plaza alguna en servicio del Rey, sino que se metiesse a mercader, ó a otro oficio de su commodidad, porque en tal caso no tuviera titulo alguno para llevar aquel sueldo.

53. La tercera causa, porque se duda si se le deberá todo lo que se cobró de su suel-

Bbb 2

do,

do, es por lo que viviendo el dicho mozo en casa del señor Oydor, se gastó con él. Responde, que por esta causa no se le puede quitar cosa alguna de su sueldo, porque el dicho mozo estava, y vivia en casa del señor Oydor, a titulo de criado, ó sirviente; y este, aunque por lo poco en que se le ocupa, no se haga concierto con él, ni se le pague salario, por lo menos se le debe el sustento, y cura, si tuviese alguna enfermedad, y vestuario necesario, para asistir decente en casa de vn señor Oydor; y consiguientemente por esta causa no se le puede descontar cosa alguna de lo que se cobró de su sueldo.

54. La quarta causa desta duda es, por las cantidades con que de casa del señor Oydor se le ha socorrido despues que salió della. Acerca de lo que en esta forma se le ha dado, cierto, que se pudiera descontar si se le huviese dado con esta intencion, y en ocasiones, y cosas, que el mozo tuviera por bien gastar de lo suyo; pero aviendosele socorrido sin intencion de descontarle lo que se le daba de la cantidad que se le debía, no se le puede agora dar menos de lo que se cobró de su sueldo, ni descontarle cosa alguna de lo que se le debía, porque lo que así le dieron fue donacion, sin atencion a prestarle, ni a pagarle, sino a socorrerle de gracia, y lo que vna vez se dà, no se puede pedir otra vez, ni hazerle pago de ello, porque ya pasó al dominio del otro, y ya es suyo, y bolverlo a cobrar, ó a tomar de ello satisfacion, es tomar lo que es ageno, que es lo mismo que hurtar. Y así consta del Derecho; cap. Pontifices. 12. q. 3. y cap. Verum. de conditio. y lo dize S. Thom. in 1. dist. 18. art. 2. donde llama a la donacion *datio irredibilis*. Lo que se dà graciosamente no se puede bolver a cobrar; ó a pedir: por lo qual se le debe dar enteramente todo lo que se cobró de su sueldo, sin descontarle cosa alguna.

55. A la segunda pregunta se responde, que de su naturaleza todo lo que se debe ay obligacion de pagarlo luego, sin dilacion, y todo junto. Así consta expressamente de la Sagrada Escritura, Levit. 16. *Non morabitur opus mercenarij tui, apud te usque mane*. Es ilícito dilatarle la paga al trabajador, aunque sea vn solo dia, y lo mismo es de todo lo demás que se debe, y así lo afirman comunmente los Doctores con S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 8. y la razon claramente lo demuestra, porque no solamente es pecado de injusticia quitarle a otro contra su voluntad lo que es suyo, sino tambien lo es impedirle el uso de lo que es suyo, y el que retiene lo ageno, y dilata el entregarlo a su dueño, le impide el usar de lo

que es suyo. El medio que se puede tener para que a esse mozo se le impida el uso razonable de su dinero, y para que no tenga lugar de jugarlo, ó desperdiciarlo, es avisarle de que tiene tanto dinero, que le está guardado, que quando quisiere con el hazer algun empleo, ó comprar algun oficio, ó tuviere necesidad precisa, se le darà. Desta fuerte no se le impide usar de su dinero para su utilidad, ó necesidad, y se le pone obstaculo, para que no lo lleve al juego, y lo pierda. Que sea licito no darle su dinero, quando lo pidiere no para utilidad, que se ofrezca, ó necesidad, sino para desperdiciarlo, se colige de la doctrina de S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 5. ad. 1. que dize así: *Quando res restituenda apparet esse graniter nocivum ei cui restitutio facienda est vel aliter, non ei debet tunc restitui, quia restitutio ordinatur ad utilitatem eius cui restituitur*. La restitucion, y paga de lo que se debe ay obligacion de hazerle luego, para que el dueño no carezca de la utilidad de lo que es suyo: por lo qual si se tiene por cierto, que si en tal ocasion se le entrega lo que se le debe, no le será de utilidad alguna, sino de daño, no ay obligacion de pagarle por entonces. Esto mismo se colige de la doctrina de Silvest. verb. Restitutio. 5. q. 7. que cità al Archid. y a Juan de Neapoli, los quales dizen, que es bastante causa para dilatar la restitucion, ó paga de la deuda, quando al acreedor no le viene daño, ó incommodidad de pagar luego. De aqui se sigue, que si al acreedor de pagarle luego, no se le sigue utilidad alguna, y de detenerle la paga no se le sigue daño alguno, ni incommodidad, antes de pagarle entonces se le sigue daño de que lo juegue, y se quede pasando miserias, se le puede detener la paga para mejor ocasion, en que le sea útil; y así dize allí Silvest. con los dos Autores referidos, que contra la voluntad del dueño se le puede entonces dilatar la paga, porque es voluntad de ordenada, que no va a la utilidad a que se ordena la paga, sino al desprecio inutil: y Manuel Rodrig. en la Summ. to. 2. cap. 44. n. 3. dize, que es licito al deudor dilatar la paga, ó hazerla poco a poco quando ay causa razonable para no pagar luego todo junto. Si en favor del deudor basta causa razonable, para no pagar luego toda la cantidad junta: por mayor razon se podrá dilatar la paga; ó no hazer se toda junta, quando ay causa razonable en favor del acreedor, porque pagandole luego, no le será útil, y lo será dilatando la paga para otra ocasion, porque la paga, y restitucion se ordena de su naturaleza a la utilidad, y favor del acreedor, y no al deudor; pero ha de ser esta dilacion, como

como se dixo arriba, sin impedirle al dueño el uso de su dinero en cosa razonable, ni en el remedio de sus necesidades.

56. A la tercera pregunta se responde, que si se le huviere de pagar sin dilacion alguna toda la deuda junta, no ay necesidad de dezirle, ni especificarle, que es paga de cosa que se le debe, sino basta entregarle realmente toda la cantidad, no con intencion de hazerle donacion, sino de satisfacerle lo que se le debe; porque como dize S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 1. & 5. la paga, y restitucion pertenece a la justicia commutativa, que consiste en la igualdad de que a cada vno se le entregue igualmente lo que se le debe: *In restitutione attenditur aequalitas iustitia secundum recompensationem rei ad rem, quod pertinet ad iustitiam commutativam*. Y esta igualdad, y recompensa se guarda dandole lo que se le debe; pero si se le huviere de dilatar la paga, para que use della razonablemente, y no la eche por ai, será forzoso avisarle, que tiene ai tanta cantidad de dinero, para quando lo huviere menester, porque sabiendolo, puede usar de su dinero en cosa útil, como haziendo vn empleo, ó dandolo a corresponder, ó comprando vn oficio, y a vezes remediando necesidades graues propias, ó agenas: y todo este útil, y uso razonable de su dinero se le impide, sino sabe, que lo tiene, y en esto se le hará agrauio, è injusticia, como se dixo en la respuesta de la segunda pregunta; y así tengo por cosa indubitable, que en caso, que no se le aya de entregar luego toda la cantidad, para que no la desperdicie, se le debe advertir, que están prompts a darle dicha cantidad, quando la huviere menester para cosa que le esté bien, y para no echarla por ai, y siempre que la pidiere para cosa útil, ó para remedio de alguna necesidad, se le debe entregar toda la cantidad, si para el intento se requiere toda, ó parte, si para el negocio, ó necesidad que se ofrece basta vna parte.

57. Y en todo acontecimiento tengo por mejor explicarle, que aquella cantidad es la que se cobró del oficio de Artillero, que traxo en la Nao, y no es verisimil, que él se aya olvidado de que se le debe esse dinero, aviendolo ya pedido vna vez, y aviendolo avisado vezes el señor Oydor, que quando quisiere salir de casa, pidiese su dinero, porque gente pobre a quien siempre sobran las necesidades, y nunca el dinero, no se ovida de vn real, que sabe, que le quedaron debiendo, y mucho menos de tanta cantidad, porque la penuria de cada dia se lo trae a la memoria, y como aviendolo pedido vna vez, no se lo dieron, no se atreve por temor, y

respeto a pedirlo segunda vez, y el mismo agradecimiento, que del se puede esperar, si entendiese, que se le dà dicha cantidad por dativa graciosa, es de creer, que tendrá, sabiendo, que puntualmente se le paga lo que ganó en el oficio, que por respeto del señor Oydor, sin negociarlo él, ni pedirlo, le dieron, y sin aver trabajado en el oficio, y sin descontarle cosa alguna por lo que le han socorrido, y gastado en él.

## CONSULTA IX.

*Sobre si cierta persona debe pagar una cantidad de dineros, que le demandan?*

## PROPUESTA.

Francisco Albacea de Luis pone pleyto a Elena su muger, diziendo, que entre dicho Luis, y Elena se hizo vna catilla, en cuya fabrica puso Luis 70. pesos, y Elena 40. y que estando Luis para morir, hizo su testamento, ó por mejor dezir vna memoria ante tres testigos, en la qual dezia, como de los 70. pesos, que le avia costado la casa, le perdonaba a Elena la mitad, que son 35. pesos, por lo bien que le avia asistido, y que de los otros 35. pesos, y resto de sus bienes le hiziesen su funeral, se le dixessen Misas, y se hiziesen obras pias por su alma, y que lo que así se gastasse corriese por cuenta de Elena, con parecer, è intervencion de Francisco: lo qual, como está dicho, se dispuso en presencia de Elena, sin que ella reclamasse, ni opusiese cosa alguna; y que demás de los 35. pesos de la casa, dexó Luis vnas maderas, que vendió Elena en 22. Esto supuesto, le haze cargo a Elena de 17. pesos, y pide, que le pague 11. pesos, y 6. reales, que por disposicion de Elena gastó dicho Francisco de su bolsa en el entierro, y funeral de dicho Luis, y quiere como Albacea correr con las obras pias restantes, no obstante lo dispuesto en la memoria. Elena prueba con testigos, que la casa se hizo toda a costa della; y de los testigos que presenta, vnos dizen, que lo han oído, y que Elena pagaba a los oficiales, que labraban la casa; otros dizen, que saben, que quando Luis se casó con Elena, no traxo mas que su pobre cama, y no dizen como lo saben, ó les confió aquesto. Aunque Elena confiesa, que las maderas de Luis las vendió en 9. pesos, y 3. reales, y trata de desvanecer la memoria, ó testamento de Luis, por no averse hecho ante Escriuano, ni siete testigos, ó cinco a falta de Escriuano: Francisco tacha los testigos de Elena, Elena los de Fran-

Francisco, y finalmente este es vn labyrintho. Ai remito a V. R. los autos, donde se podrán ver las circunstancias de este pleyto, y suplico a V. R. me aconseje lo que debo de terminar.

## PARECER C. XXXIX.

58. HE visto estos autos, y hallo, que Francisco ha probado bien lo que le convenia probar, y por la parte contraria Elena no ha probado su intencion: por lo qual debe declarar su merced, que dicha Elena debe a los bienes de Luis no toda la cantidad que se le pide, sino 37. pesos, y 3. reales, los 28. por la mitad del valor de la casa, que pertenecia a dicho difunto, y los 9. pesos, y 3. reales, por aver la sobredicha vendido las maderas pertenecientes a dicho difunto en esta cantidad, y la satisfacion deste dinero la ha de hazer la dicha Elena en la forma siguiente: los 14. pesos ya los ha satisfecho, como consta de estos autos, y otros 11. pesos, y 6. reales ha de entregar al dicho Francisco, para que con ellos acabe de ajustar a los 25. pesos, y seis reales, que tiene gastados en el entierro, Misas, sepultura, candelas, y mortaja del dicho difunto, y los otros 11. pesos, y 5. reales que restan, los convertirá la dicha Elena en hazer bien por el alma de dicho difunto, haziendo, que se le digan de Misas, y haziendo sabidor desta disposicion a Francisco, de fuerte, que le conste, que realmente se mandá dezir, por ser assi la voluntad del testador, como consta de su memoria al fin de la plana. En quanto a las costas, que pague cada vno las que huviere hecho: Elena pague las suyas de su proprio caudal, y Francisco pague las que huviere hecho de los demás bienes del difunto, que avrá cobrado, ò debe cobrar. En la forma sobredicha juzgo, que estará la sentencia justificada; y para que conste de su justificacion, pondré aqui razon de cada vno de sus puntos.

59. El primero, de que Elena no probó su intencion, y Francisco probó la suya, por lo qual se debe pronunciar sentencia contra dicha Elena, obligandola a pagar, consta porque todos los testigos presentados por dicha Elena, no hazen fé, ni prueban cosa alguna, porque en lo mas que testifican, dicen, que lo oyeron dezir, y no dicen a quien, lo qual es remitirse a otro testigo incierto, cuya calidad no conoce, y puede ser que lo ayan oido dezir, ò a la misma parte que los presenta, ò a quien lo supo de la parte, ó a otra persona a quien no se debe credito en esta causa. En otros dichos, que dicen,

que lo saben, no afirman como lo supieron, ni en qué se funda su ciencia, como se puede ver en la segunda pregunta del interrogatorio, a que responden los testigos, tercero, y quarto, y quinto, que saben de cierto, que Elena gastó todo el dinero de la fabrica de la casa: debian dezir, como saben, que aquel dinero, que daba a los trabajadores Elena era suyo, y no de Luis, y como no dicen esto, no prueban cosa alguna, porque solamente se colige de sus dichos, que las pagas de los trabajadores se hazian por mano de Elena; con lo qual se compadece, que el dinero no fuese suyo todo, sino que entre los dos contribuyesen para la fabrica, especialmente estando ocupado entre dia el dicho Luis en su oficio de cozinero de Palacio. De la misma fuerte el quarto, y quinto testigo en la segunda pregunta dicen, que saben, que dicho Luis no traxo otra cosa mas de su cama, quando entró en casa de Elena, y no afirman, ni dicen como les consta, que no traxo mas de su cama, especialmente, que esto se falsifica, confessando la misma Elena a foj. 3. que las maderas, que quedaron en ser despues de fabricada la casa, eran de Luis: como tuvo estas maderas mas que la cama, y no les constó a dichos testigos, pudo tener dinero, sin que ellos lo supiesen, que el dinero puede encubrirse mas bien, y tenerse con mas secreto, que las maderas. Del mismo modo el segundo testigo en la quarta pregunta dice, que sabe, que el dicho Luis pidió, que embuelto en vna manta lo echassen a las puertas de vna Iglesia, para ser enterrado de limosna; y el quarto testigo dice, que oyó dezir esto. Si estos testigos dixeran, que avian oído al mismo Luis pedir esto, fueran buenos; pero dezir solamente vno, que lo supo, sin dezir como, y otro, que lo oyó, sin dezir a quien, no se les debe credito alguno. La insuficiencia de estos dichos consta del Derecho. l. Solam. C. de testib. *Solam testationem pro latam nullius esse momenti certum est.* Y alli la Glos. *Si peto à te fundum, & super dominio fundi induco testes, si dictum eorum sit nudum puta, quia dicant fundum ad me pertinere, si non adjiciant causam quomodo sciant ad me pertinere, non valet huiusmodi testimonium, & sic suam testationem per scientiam dicti debent facere manifestam.* Y Bartolo sumando la dicha ley, dice assi: *Dictum testis sine redditione causae non probat.* Lo mismo cósta de las leyes del Reyno, part. 3. tit. 16. l. 28. y en la l. 29. al fin dice estas palabras: *El testigo, que no diere razon de como sabe lo que testigua, non debe valer aquella que testiguare.* Y esto mismo prueba Bobadilla con muchos textos, razones, y Autores

en su Política, to. 2. lib. 5. cap. 1. n. 72. y assi los testigos en tanto prueban, en quanto dan razon de su dicho, y dicen como lo saben, si lo vieron, ò entendieron, y a quien, ò si lo creen, ò presumen, y con qué fundamento; y no diziendo nada desto los testigos, sino solamente, que lo saben, no prueban cosa alguna.

60. De parte de Francisco está la prueba suficiente, porque testifican testigos de vista, que vieron hazer, y otorgar la memoria, que dexó el difunto en que afirma, que en la fabrica de la casa gastó el 70. pesos, y Elena gastó 40. Y esto solo no fuera prueba, por ser solamente dicho de la parte, pero lo es porque todos tres afirman con testes, que dicha memoria se hizo en presencia de ellos, y de Elena, y que despues de hecha se le leyó, y dió a entender la clausula en que refiere, que en la fabrica de la casa avia gastado el difunto 70. pesos, y Elena 40. y que de dichos 70. pesos, que le tocaban en dicha casa, le perdonaba la mitad, y que de la otra mitad quiere que se haga bien por su alma. Todo esto oyó Elena, y lo conoció, que se dexaba assi dispuesto, y calló, y lo confintió: *Qui tacet, consentire videtur.* de reg. iur. in. 6. reg. 43. Especialmente en el caso presente, donde podia facilmente, sin riesgo alguno contradecir, y dezir, que no era verdad lo que en la memoria se dezia, y dicen los testigos, que calló, y asintió. En las leyes del Reyno se determina, que constando, que alguno se quiso obligar a otro de qualquiera manera que sea, aunque no se guarden en el contrato las solemnidades del Derecho, vale la obligacion, y debe satisfacerla. En el caso presente se le propuso a Elena la obligacion en que quedaba de pagar la mitad del valor de la casa, perteneciente al difunto, y se le dió a entender esta obligacion, y la reconoció, y calló, consintiendo en ella: por lo qual está obligada a satisfacerla, especialmente no teniendo prueba suficiente para probar, que todo el costo de la casa lo hizo ella: y demás de dicha prueba, se hallan otros indicios, que corroboran la deuda. El primero, que las maderas, que quedaron despues de edificada la casa, eran del difunto, y assi lo confiesa Elena en vna peticion a foj. 3. de donde se puede presumir, que otras maderas, que entraron en la fabrica de la casa, serian del mismo difunto. El segundo es, que la misma Elena en vna peticion a foj. 3. confiesa, que ella se obligó a satisfacer todo lo que costasse el entierro; y tres de los testigos presentados por Elena dicen lo mismo. Es de advertir, que ya sabia la dicha Elena (por averse hecho en su presencia la memoria, en

que el difunto declaró su vltima voluntad) que el difunto tenia nombrado Albacea, a quien avia dexado diversas cobranças de cosas que le debian, con que podia pagar el entierro: y no es verisimil, que quisiese la dicha Elena ser tan liberal, que quisiese costear el entierro, quedando otro por Albacea, y sabiendo, que tenia de donde cobrar, y hazer se pago de los bienes del difunto, porque en duda no se presume donacion liberal, como dize Felino, 2. p. Decre. in cap. Si cautio. n. 73. *Ubi est alia coniectura, quam donationis nunquam presumitur donatio.* Lo mismo dicen Couarr. to. 2. var. lib. 2. cap. 7. n. 4. y Molin. to. 2. de iust. tract. 2. disp. 439. y consta del Derecho, l. Cum de indebito. ff. de probat. y l. Si cum aurum. ff. de solut. con sus Glosas.

61. El tercero, que luego que se fue puesto este litigio, trató de componerle con Francisco, y ofreció 30. pesos, para que no passasse adelante, como consta a foj. 11. y 13. y 20. donde se debe advertir, que los 30. pesos, que ofrecia, con los 14. que ya tenia entregados, hazen 44. pesos, en que puntualmente se incluyen, sin sobrar, ni faltar vn peso, los 35. a que le dexó obligada el difunto, por la mitad de lo que le avia costado la fabrica de la casa, y los nueve en que vendió las maderas: de donde se debe presumir, que dicha Elena quiso pagar con dicho convenio lo que juzgó deber, y excusar los 3. pesos, que se le pedian de mas, juntamente con las costas, y embarazo del litigio.

62. Quanto a las tachas, que cada vna de las partes pone a los testigos de la otra, de que deponen falsamente por ser amigos, y paniaguados de la parte que los presenta, no se deben admitir, ni creer, porque ninguna de las partes las prueba. Quanto a la excepcion, que pone Elena, de que la memoria no es de valor alguno, por no ser hecha ante Escriuano, ni ante siete testigos, ò cinco a falta de Escriuano, como disponen las leyes del Reyno, que se debe hazer en los instrumentos de las vltimas voluntades, no se debe admitir, porque esta vltima voluntad solamente dispone en orden a causas pias, como lo son su entierro, funeral, y Misas, y el testamento, y vltima voluntad ad causas pias vale, aunque no tenga la solemnidad del Derecho, de Escriuano, y testigos. Assi consta cap. Cum effes. y cap. Relatum. de testam. *Cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis tribus, aut duobus legitimis testibus requisitis.* En el caso presente ay tres testigos, y consiguientemente vale la dicha disposicion.



63. Quanto a la moderacion, y rebaxa, que se le haze a la cantidad que se le pedia, digo, que en los 9. pesos, y 3. reales en que venian las maderas, no se le puede rebaxar ni vn real, porque confiesa la parte averlas vendido en esta cantidad, ni se le pueden cargar los dos pesos, y cinco reales, que le pide mas por ellas Francisco, diciendo, que las vendió en doze pesos, porque no dà prueba ninguna de su dicho.

64. Quanto a los 35. pesos, que le cargó el difunto en su memoria, se le debe baxar alguna cosa: la razon es, porque las casás, y mas particularmente las pequenas de paliellos, y cañas, luego que se acaban de hazer, empiezan a echarse a perder, y a valer menos. Por estos autos consta, que la costa de dicha casa en materiales, y manufactura llegó a 110. pesos, y si aora la quisieran vender, juzgo, que no avrà quien de por ella la mitad, si no es que la ayan aderezado, y gastado en renovarla, pues quando murió Luis, que no avia mucho que se avia acabado de edificar, valdria vn quinto menos de lo que costó el edificio, y juzgo, que le baxo muy poco, que si entonces se huviera tassado, quizá la tassaran en mucho menos, pues baxando de los 110. pesos, que costó, la quinta parte, quedan 88. destos los 32. pertenecen a Elena, que pierde el quinto de los 40. y los 56. de Luis, que tambien debe perder la quinta parte, supuesto que ya la casa no valia lo que costó quando se hizo, y assi le quedan 56. pesos: destos le dà la mitad a dicha Elena, en pago, y satisfacion de lo bien que le acudió, y sirvió en su vltima enfermedad, y quedó Elena obligada a convertir los 28. pesos restantes en bien del alma del difunto; que se deba hazer esta rebaxa consta también por esta razon. La tassacion del valor de la casa, que hizo Luis, por lo que les avia costado el fabricarla, no fue ajustada, ni bien ordenada, porque las casás no se tassan, ni se venden, y compran por la cantidad que se gastó en edificarlas, sino por lo que valen al tiempo que se venden, y entregan a otro poseedor; y assi el dicho Luis no pudo obligar a Elena a tomar dicha casa por toda la cantidad que le avia costado, ni se ha de presumir, que Elena quiso recibir la casa por este precio, sino que en ambos hubo ignorancia, dexandose llevar de lo vulgar, que dize: Esto nos ha costado, pues esto vale, lo qual es muy falible. En este Puerto no ha muchos dias, que vna persona queria pagar a otra vna cantidad de dineros, que le debia, y no teniendo plata, queria satisfacerla en ropa, è instaba en que el otro la avia de recibir a como a el le avia costado (siendo

asi, que en el tiempo que la entregaba valia menos) porque dezia, que el no avia de perder en la paga de aquel dinero. Consulté conmigo el caso, y respondí, que el que hazia pago con la ropa, no pedia cosa justa, porque le debia entregar no a como le avia costado, sino a como valia quando hazia pago con ella, que esto no era perder en la paga, sino aver perdido en la compra, ó empleo de la ropa, por aver abaratado antes de bolverla a vender. De la misma forma es el caso presente, y aunque las partes litigantes no han reparado en este punto, lo debe reparar el Juez, para no agravar a vna parte en mas de lo que debe, especialmente siendo gente pobre, que respecto dellos, qualquiera cosa es mucho. Assi consta del Derecho, cap. Iudicantem. 30. q. 5. *Iudicantem oportet cuncta rimari, & ordinem rerum plena inquisitione discutere.* Y cap. Si testes. 4. q. 3. *Non ad unam probationis speciem cognitionem statim Index alligare debet, sed ex sententia animi sui existimare quid, aut credat, aut parum sibi probatum opinetur.* De suerte, que el Juez no solamente ha de atender a los dichos de los testigos, ni se ha de atar a esso para pronunciar la sentencia, sino que ha de atender a todos los puntos de la causa, y de alli colegir los meritos de cada vna de las partes, especialmente lo que se hallare ser en favor del reo, para agravarle menos: se debe seguir, como consta de ambos Derechos, cap. Ex literis. de probat. *Cum promptiora sint iura ad absolvendum quam ad condemnandum.* Y l. Favorabiliores. ff. de de reg. iur. *Favorabiliores rei potius quam actores habentur.*

65. La justificacion del otro punto desta sentencia, de que Elena pague los 11. pesos, y 6. reales a Francisco, con que se acabe de hazer pago de lo que gastó en el funeral, y Missas, y lo demás lo mande dezir de Missas la misma Elena, con licencia del mismo Francisco, consta de la clausula de la memoria en que manda Luis, que su funeral se haga con esse dinero, y Elena confiesa a foj. 3. que ella rogó a Francisco, que costeara el funeral, que ella se lo satisfaria; y assi le debe enterar lo que gastó en el funeral, y en las pocas Missas que le mandó dezir, que tambien esso puede entrar en el funeral, y llamarse funeral. Lo demás no debe entregar a Francisco, porque la clausula de la memoria dize, que Elena lo gastó en hazer bien por su alma, con su parecer, è intervencion: lo qual se verifica en que Francisco disponga, como de hecho dispuso los gastos del funeral, y mandó dezir parte de las Missas, dexando lo restante para que lo haga dezir de Missas

as Elena, la qual deberá hazer sabidor a Francisco de como las manda dezir: y se debe presumir, que el difunto quiso, que interviniessen ambos en hazerle dezir las Missas, para que con mas certeza, y mas brevedad se las dixessen, siendo el vno despertador del otro; y se debe cumplir la voluntad del testador tambien en esta circunstancia. Cap. Tua nobis. de testam. *Secundum defuncti voluntatem univiersa procedant.* Y l. Et nomen. C. de caducis tollend. §. Et ideò. *Voluntati testatoris pareatur.*

66. Quanto al vltimo punto de las costas, que no las deba pagar todas alguna de las partes, sino que cada parte pague las que huviere hecho, consta, porque Elena no fue causa deste litigio, ni de que el Albacea lo prosiguiesse, y gastasse en el, pues a la primera peticion hizo por escusarlo, ofreciendo al Albacea todo quanto juzgó deber, y realmente exhibia mas de lo que realmente debia, y finalmente se vido coacta a seguir el litigio para defenderse, por no pagar mas de lo que juzgaba deber: y Francisco, aunque fue causa, y origen deste litigio, no fue causa culpable, porque juzgó deberse mayor cantidad al difunto, y que no era licito el componerse por menor cantidad, por no ser hacienda suya propria, de que pudiera disponer; y dieron causa a este engaño la misma Elena, y el mismo difunto: este, determinando en la memoria de su vltima voluntad, que se le debia mayor cantidad, y aquella callando, y asintiendo sin contradicion, y consiguientemente ambos a su parecer tuvieron justo titulo para litigar, y litigaron con buena fé, y ninguno està obligado a pagar los daños seguidos a otro de su accion, quando procedió en ella con buena fé: y assi Elena debe pagar de su caudal lo que gastó para defenderlo, y Francisco debe pagar de lo que cobrare, ó huviere ya cobrado de los bienes del difunto, lo que gastó para defender los bienes del mismo difunto.

## CONSULTA X.

*Si se deba pagar una deuda antigua, y se pueda compensar con otra mas antigua?*

## PROPOSTA.

EN 29. de Octubre de 1619. presentó peticion D. Mariana, Principala de la Pampangá, ante el Alcalde mayor, contra D. Isabel, sobre que le pagasse 18. taes, y 2. reales de peso de oro, que ocho años antes le avia prestado. Mandóse notificar a D. Isabel,

la qual declaró con juramento no deber dicha cantidad, antes la dicha D. Mariana le era deudora de 4. arigues de molaue de 11. palmos de ruedo, y 6. brazas de largo cada vno, que en aquel tiempo valian a 4. taes de oro cada arigue, y vn camagui de oro, que pesaba 10. taes, y vn esclauo, y 70. tostones, y 2. taes de oro. Todas estas cosas quedaron por muerte de D. Juan, padre legitimo de D. Isabel, la qual era muy niña quando murió su padre, que la dexó en poder de D. Mariana su hermana, madre de D. Mariana, en cuyo poder entraron todos los dichos bienes, y por muerte de dicha D. Maria entraron en poder de su hija D. Mariana, que hasta entonces no avia entregado cosa alguna a D. Isabel. El Juez mandó recibir la causa a prueba, y D. Mariana presentó algunos testigos, que variaron en algunas circunstancias, pero testificaron del empréstito. D. Isabel presentó otros cinco testigos, que concordados testificaron de todos los bienes referidos, que entraron en poder de D. Maria, madre de dicha D. Mariana. El Juez con parecer de Assessor mandó, que D. Isabel pagasse lo 18. taes, y 2. reales de peso de oro, dexando su derecho a salvo a dicha D. Isabel, para que pida los bienes de su herencia a quien, y con derecho deba. D. Isabel apeló de dicha sentencia, concediósele con termino señalado, y por ser tiempo de temereras se pidió suspension del pleyto por entonces, y assi se quedó hasta aora, que passados 61. años, vna hija de D. Mariana presentó peticion, pidiendo, que los herederos de D. Isabel muestren recaudos de aver pagado dicha cantidad de oro, y no mostrandolos, se despache mandamiento de execucion. El Juez proveyó auto de que muestren recaudos de aver pagado, ó se proveerá lo que convenga, y los herederos no hallan recaudos.

Preguntase, si están obligados a pagar, que puede ser este ya satisfecha, ó que se ayan convenido en tan largo tiempo, por ser primas hermanas las dos litigantes, que ambas son ya difuntas, y porque a D. Isabel se le dexaba su derecho salvo, para pedir contra D. Mariana mayor cantidad?

## PARECER C.XXXX.

67. Para proceder con mas claridad en la resolucion desta dificultad, se ha de advertir, que D. Mariana probó con bastante numero de testigos aver prestado a D. Isabel 18. taes, y 2. reales de oro; y aunque los testigos discordaban en algunas circunstancias, pero en la substancia del empréstito, y deu-

da concordaban, D. Isabel alegó, que D. Mariana le debía mayor cantidad, y aunque presentó testigos, que concordés depusieron de cantidad de bienes, que por muerte de su padre de dicha D. Isabel entraron en poder de D. Maria, madre de D. Mariana, pero no prueban, que dichos bienes entraron en poder de dicha D. Mariana, antes dizen de vnos arigues, q eran de su padre de dicha D. Isabel, que parán en poder de D. Catalina, hermana mayor de dicha D. Mariana; y de vn esclauo, que paraba en poder de dicha D. Mariana, dizen, que lo entregò, y bolvió a dicha D. Isabel, la qual parece pretende cargar a D. Mariana todas las deudas de su madre: siendo assi, que tiene otros hermanos, que juntamente con D. Mariana heredaron; y aun dizen los testigos, que el seruido del esclauo, por ser mananguete, valia cada año treinta pesos, que es cosa increíble, porque en Manila, donde se paga mayor salario que en los pueblos de los naturales, vno libre, que se alquila, no gana ni dos pesos cada mes, aunque haga oficio de mananguete, y aun otros oficios de mas trabajo, y de mas arte, y vn esclauo trabaja menos que el libre, como se ha experimentado, porque el libre, porque no lo despidan, y lo ocupen, procura que vea el amo el logro de su trabajo; pero el esclauo, como seguro en casa, y que no espera paga de su trabajo, escusa el trabajar quanto puede: demás desto al esclauo se le viste, y cura, y sustenta en sus enfermedades, y se le acude a todo lo necesario, lo qual no se haze con el libre, que gana jornal, que si cae enfermo, no gana jornal, y se cura, y sustenta a su costa: y si en casa de D. Maria cuidaban de D. Isabel, y le acudian con el seruido necesario de que necessita vna niña Principala, conforme a razon es, que el seruido del esclauo se descuenta por lo que a ella seruián, y acudian en la misma casa. De aqui consta la justificacion de la sentencia, que se dió en favor de D. Mariana, porque la deuda de D. Isabel a D. Mariana de 18. taes, y 2. reales de peso de oro, estava cierta, liquida, y clara; pero la deuda de D. Mariana a D. Isabel no estava liquida, porque no constava, que dichos bienes parassen en poder de D. Mariana, ni quien los debiesse pagar, ni quanta cantidad, y es derecho claro, que la cobrança de vna deuda liquida, que trae prevenida la execucion, no se embaraza con otra deuda no liquida, que necessita de probanças, y averiguaciones, l. Compensaciones. C. de comp. *Compensaciones obijci iubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit, & non multis ambigibus innodata.* Y assi conforme a

derecho se mandò despachar mandamiento de execucion de D. Mariana, reservandole su derecho a D. Isabel, para que pida contra quien hallare conuenirle: *Hoc itaque iudices obseruent, & non procliuiores ad admittendas compensaciones existant. Sed iure stricto videntes, si inuenerint eas maiorem, & ampliore exposcere indaginem, eas alij iudicio reseruent. Litem autem pristinam iam pene expeditam, sententia terminabili componant.* Por lo qual es cosa cierta, que si a tiempo competente se huviera seguido la apelacion, huviera la Real Audiencia confirmado la sentencia del Alcalde mayor, mandando hazer la execucion contra D. Isabel, a la qual le dexarian siempre su derecho a salvo, para pedir, y liquidar la deuda de su herencia contra quien se huviesse quedado con los bienes de su padre.

68. La sentencia referida còtra D. Isabel se pronunciò a 5. de Febrero de 1621. años, y el mismo dia apelò de la dicha sentècia la dicha D. Isabel. Despues presentó D. Mariana otra peticion ante el Alcalde mayor a 2. de Março de 1623. y no consta averse hecho otra diligencia por alguna de las partes, hasta que difuntas ambas litigantes, a 8. de Nouiembre de 1680. años, se presentó peticion por parte de D. Maria, hija de D. Mariana, pidiendo, que los herederos de D. Isabel presenten recaudos de aver pagado la deuda, y si no los presentaren, se despache mandamiento de execucion para su cobrança. Supuesto esto se ha de averiguar, que derecho tiene la parte de D. Maria para pedir en el fuero externo, que los herederos de D. Isabel le paguen la cantidad de 18. taes, y dos reales de peso de oro, y la obligacion que en el fuero de la conciencia tuvierén los dichos herederos de pagarla.

69. A lo primero se responde, que la parte de D. Mariana ha perdido ya el Derecho de la via executiva, por aver dexado pasar tantos años, y esto es verdad, aunque todavia viuiessen ambas a dos, que empezaron este litigio. Determinanlo assi expressamente las leyes del Reyno, lib. 4. Nouæ Recop. tit. 15. l. 6. que dize assi: *El Derecho de executar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la executoria dada sobre ella, se prescriba por veinte años, y no menos.* Desde la vltima accion, que consta aver hecho la parte de D. Mariana, despues que alcançò el mandamiento de execucion, hasta aora, que buelven a menear esta causa sus herederos, han pasado 57. años, y 8. meses, y 6. dias, y bastaban 10. años para perderse el derecho para executar, y el mandamiento alcançado para hazer la execucion; y esto es

ver-

verdad, aunque D. Isabel con mala fé huviera dexado de pagar. Assi lo afirman Couarr. in cap. Possessor. de reg. iur. in l. 6. 2. p. §. 11. n. 4. Gutierr. in Rep. l. Nemo potest. ff. de leg. 1. n. 205. Antonio Góntez, in l. 63. de Toro. y Cifuent. en el mismo lug. Azueved. lib. 4. Nou. Recop. tit. 15. l. 6. n. 15. Diego Perez, ibid. y p. 3. tit. 29. l. 22. Gloss. 1. y la Curia Philipica. p. 2. §. 1. n. 8. que cita a Greg. Lop. y a Parlad. y es comun. La razon desto es; porque con la prescripcion del Derecho de executar; ò del mandamiento de execucion ya alcançado, le queda todavia al acreedor salvo el derecho de pedir por via ordinaria lo que se le debe, y assi siempre queda ileso el Derecho Canonico, que dispone, que no prescriban las cosas con mala fé; que en este caso no prescribe la deuda; y obligacion; que tiene el deudor de pagar, sino solamente el modo de la cobrança, y este prescribe con gravissimo fundamento, porque en tanto tiempo, ò se presume estar pagada la deuda, ò remitida por el acreedor; ò que con buena fé aya prescripto el deudor, y assi en tantos años se ha hecho la deuda de diferente calidad; y se ha ofuscado en alguna manera, y obscurecido el derecho de cobrarla; y consiguiientemente con justissima razon le niegan las leyes del Reyno el derecho executivo, que solamente tiene lugar en deudas muy claras; ciertas, y liquidas; y adviertase, que aunque el deudor reconozca nueuamente ante el Juez el instrumento por donde consta la deuda; y lo confiesse, no por esto rescueta la via executiva. Assi lo afirman Auendaño, in cap. 30. præ. lib. 2. n. 11. & 12. Azueved. loc. cit. n. 4. Curia Philip. loc. cit. n. 6. La razon desto es, porque el reconocimiento del instrumento, y confesion, que haze del la parte en juicio, ò ante el Juez, no puede tener mayor fuerça que el mismo instrumento. Assi consta del Derecho, l. Si prior. ff. soluto matrim. donde se determina, que el marido, que debe la dote que recibió de la muger, si conociendo la deuda, y prometiendo pagarla, no està obligado a pagar mas de aquello, que buenamente pudiere; porque el debito de la dote no obliga mas de su naturaleza, que en aquello, que el marido buenamente puede pagar, y el reconocimiento de la deuda, y promessa de pagarla, no le dà mas calidad, ni mas derecho al acreedor, que el que tenia antes del reconocimiento: *Si prior maritus tanquam debitor, mulieris dotem promiserit, non plusquam id quod facere possit, dotis futurum esse.* Y alli Bart. su. ma. assi esta ley: *Qui promittit, quod debet intelligitur de debito cum effectu.* Por lo qual, como por virtud del instrumento, ò proban-

ça de la deuda no se pueda executar, porque el derecho executivo prescribiò por aver pasado tantos años. De la misma fuerte, aunque la parte reconozca por mandado de la justicia el instrumento, ò probanga de la deuda, no rescueta el derecho executivo; ni la execucion mandada hazer, sino que es pleyto ordinario.

70. Queda probado, como aunque viuiessen las dos, que empezaron este litigio, estava ya prescripto el derecho de la via executiva; pero estando ya ambas difuntas, por mucha mayor razon cessò la via executiva; porque ya en este estado pide esta causa averiguacion de los bienes, que quedaron por fin, y muerte de D. Isabel; y quienes fueron sus herederos, y si con efecto heredaron, y quánta cantidad, y si entraron en la herencia con beneficio de inventario; y en conclusion este debito de los herederos de D. Isabel a los herederos de D. Mariana, se ha hecho ya de la misma calidad, que el debito de los herederos de D. Maria a D. Isabel. Ambos son ya pleytos ordinarios, que no tienen parada la execucion, y en ambos està hecha la probanga del debito; porque D. Isabel tiene probado, que entraron en poder de D. Maria madre de D. Mariana, y abuela de D. Maria, cantidad de cosas de valor, que los testigos especifican. De la misma fuerte està probado por parte de D. Mariana, que entraron en poder de D. Isabel 18. taes, y 2. reales de oro, y a cada vna de las partes le resta pedir, y probar contra los herederos de la otra; y assi tengo por acertado, que la heredera de D. Mariana, y los herederos de D. Isabel amigablemente se convengan en que la vna deuda se recompense con la otra, y se remitan; y perdonen la demasia, ò exceso, que puede aver de vna deuda a otra. Pero si la parte de D. Maria quiere proseguir la demanda, que tiene puesta desde 8. de Nouiembre del año pasado de 1680. la respuesta legitima; que han de dar los herederos de D. Isabel quando se les notifique el auto proveido a dicha demanda, es, q la parte del mandante no tiene derecho para hazer tal demanda; porque ya està, ò se presume satisfecha la deuda que refiere; por aver pasado tantos años, y porque las leyes del Reyno a las deudas tan atrasadas, que en tantos años no se han demandado, las presumen ya satisfechas, ò prescriptas. Assi adviertén, que se ha de responder a las demandas de deudas ya prescriptas, Gutier. in Rep. l. Nemo potest. ff. de leg. 1. desde el n. 200. y desde el n. 484. y Azuevedo sobre las leyes de la Nueva Recopilacion, lib. 4. tit. 15. l. 6. n. 65. Y si acaso las dos que empezaron este litigio,

tigio en sus testamentos no declararon, ni hizieron mencion de que deben, ò se les deben estas cantidades, se pueden poner en la respuesta por adminiculo a la presuncion de que est: s deudas estavan ya satisfechas, ò recompensadas vna con otra por voluntad de ambas partes.

71. Quanto al fuero de la conciencia se responde, que D. Isabel tuvo obligacion de pagar a D. Mariana los 18. taes, y 2. reales de oro, que recibió prestados della, sacando totalmente de dicha cantidad lo que con toda certeza constasse aversele aumentado de herencia a dicha D. Mariana, por lo que su madre D. Maria avia usurpado de la herencia de dicha D. Isabel: y es cosa cierta, que D. Isabel no pedía con justicia, que D. Mariana le satisficiera todo lo que su madre le huviesse usurpado de su herencia; siendo así, que D. Mariana no avia ella sola heredado a su madre, pues tuvo otra hermana, de la qual consta, que llevó los arigues, que eran de su padre de dicha D. Isabel, y aun quizá tendria otros hermanos, que tambien heredaron; y así todos los herederos de D. Maria estavan obligados a satisfacer a D. Isabel la hacienda, y bienes, que le dexó su padre, y D. Isabel no tenía derecho a cobrarla toda de D. Mariana, ni podia hazerle pago con los 18. taes, y 2. reales de oro, que se prestó. Por esta causa tengo por cierto, que D. Isabel en todo el tiempo que vivió no pudo prescribir, porque en ella no se pudo presumir buena fé en no pagar la cantidad de oro, que le prestaron, ni tuvo titulo para entender, que podia licitamente recompensarse la cantidad de su herencia, que no constaba deberfela toda la dicha D. Mariana, con la cantidad, que con toda claridad, y certeza recibió de dicha D. Mariana. l. Compensationis. C. de comp. *Liquidi ad non liquidum non est compensatio.* Y aviendo mala fé, no ay prescripcion, ni se acaba la obligacion de pagar lo que se debe, aunque pasen muchísimos años. Cap. Vigilanti. de prescr. *Nulla antiqua dierum possessio invocat aliquem male fidei possessorem.* Y cap. Quonia omne. del mism. tit. *Nulla valeat absque bona fide prescriptio, tam Canonica, quam Civilis, cum generaliter sit omni constitutioni derogandum que absque mortali peccato non potest observari, unde oportet, ut qui prescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam aliena.* En todos los fueros, y en todos los Tribunales, así Eclesiasticos, como Seculares, no ay prescripcion sin buena fé, de fuerte, que la parte que prescribe esté entendiendo, que no debe cosa alguna a la otra parte; y esta buena fé parece que no pudo tener D. Isabel de la canti-

dad, que recibió prestada de D. Mariana, porque no se halla titulo en que estrivale, ò se fundasse la buena fé, si no es en aquella parte de su herencia, que con certeza supiese aver tocado a dicha D. Mariana, porque no cave en buena razon, que D. Isabel entendiese, que D. Mariana le debía pagar todos los bienes, que usurpó D. Maria, que est: entre todos los herederos de dicha D. Maria los deberian pagar: despues de difunta D. Isabel, pueden los herederos aver ya prescripto la dicha deuda, y no tener ya obligacion de pagarla con dos condiciones, que intervengan. La primera, que despues de difunta D. Isabel ayán pasado veinte años de posesion de los bienes, que quedaron por fin, y muerte de dicha D. Isabel, porque la dicha l. 6. del tit. 15. lib. 4. de la Nueva Recop. pide 20. años de posesion para la prescripcion de accion real, personal, y executoria, como es esta: *La accion personal, y la executoria dada sobre ella, se prescriba por 20. años, y no menos.* La segunda condicion es, que los herederos de dicha D. Isabel ayán estado estos 20. años con buena fé creyendo, que los bienes que heredaron no tenían tal carga, ni obligacion. Esto consta de lo referido arriba, porque con mala fé no ay prescripcion; pero de los herederos con mas facilidad se presume aver tenido buena fé, porque ellos no recibieron prestado el oro de D. Mariana, ni tenían obligacion a saber la deuda, y obligacion, que los bienes de D. Isabel tenían a D. Mariana; y del que hereda hacienda agena, ó sucede en cosas pertenecientes a otros, presume el Derecho justa ignorancia. de reg. iur. in. 6. reg. 14. *Cum quis in ius succedit alterius, iustam ignorantia causam censetur habere.* Por lo qual si los herederos de D. Isabel han estado en esta buena fé 20. años despues de difunta la dicha D. Isabel, no deben en conciencia pagar cosa alguna de dichos 18. taes, y 2. reales de oro; pero si no ha 20. años que falleció dicha D. Isabel, ò no han tenido buena fé, creyendo, que D. Isabel tenía obligacion a pagar dicha cantidad; deben pagar de los bienes, que heredaron de dicha D. Isabel, la dicha cantidad, menos aquella parte, que se entendiere, que debía pagar D. Mariana a D. Isabel, por lo que heredó de su madre de los bienes usurpados a D. Isabel: porque como queda dicho, no ha de pagar D. Mariana toda la deuda de su madre, pues no fue ella sola heredera de la madre.

72. Lo que se ha de hazer en caso que no ayán estado en esta buena fé los herederos de D. Isabel, es ver quantos herederos tuvo D. Maria, de los quales se ha de presumir,

mir, que heredaron por iguales partes la hacienda de su madre, y con la hacienda la obligacion de restituir tambien por iguales partes: de fuerte, que si D. Maria no tuvo mas de dos herederos, se entiende deber cada vno la mitad de los bienes, que tenía obligacion a restituir D. Maria, y si fueren tres, cada vno debía la tercera parte; y esta parte, que debería pagar D. Mariana se le debe pagar menos de los diez y ocho taes, y dos reales de oro. Y esta recompensa en esta parte se puede hazer, aunque los herederos de D. Maria ayán prescripto la deuda; porque aunque por la prescripcion los herederos de D. Isabel ayán perdido el derecho de poder pedir, y cobrar la deuda, no han perdido el derecho de defenderse con la excepcion, y recompensa, como consta del Derecho, l. Pure. ff. de doli mali excep. §. fin. *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam hac perpetuo competit.*

## CONSULTA XI.

Sobre si deben restituir las mismas cosas, ò basta que se restituyan otras en su lugar, en especial quando ay descomunion para que se restituyan?

## PROVESTA.

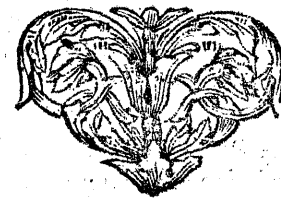
A Viafeme olvidado preguntar a V. P. si aviendo descomunion para que se buelvan algunas cosas, si ay obligacion de bolver las mismas, como son vnas piezas de chaul de diversas colores, de las quales algunas no están en ser, si se cumplirá dando otras de taficira de seda, que tengan las mismas varas? Suplico a V. P. me diga, que se debe hazer en esto?

## PARECER. C. XXXXI.

73. La consulta se responde, que las cosas que están en ser, se han de bolver en su lugar, aunque tengan las mismas varas, y el mismo valor, como consta del Derecho, l. Mutuum. ff. de rebus creditis. *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest.* Y l. Si domus. de leg. 3. donde se refiere, que el heredero de vn difunto no queria dar vn vaso precioso a otro, a quien el testador lo dexaba, y dezía, que pagaria su valor, por no parecerle cosa justa, y decente despojarle de vna prenda, que estimaba su ascendiente a quien heredaba, y se le obligó a entregar el mismo vaso al legatario: *Cum alicui poculum legatum est, velit que heres estimationem prestare, quia*

*iniquum esse aiebat, id separari a se, non impetrabit.* El que tiene alguna cosa agena, y se la mandan bolver debaxo de censuras, no restituye, ni satisface bolviendo otra cosa por ella, y allí incurre en las censuras, si no buelve la misma cosa agena, que tiene en su poder.

74. Quanto a las cosas, que ya no están en ser, no ay obligacion de bolver las mismas, porque esto es imposible, y no ay obligacion a hazer imposibles. l. Impossibilium. ff. de reg. iur. *Impossibilium nulla est obligatio.* Y reg. 6. de reg. iur. in. 6. *Nemo potest obligari.* Y allí la Glosa trae aquellos versillos: *Ultra posse meum non lex me iusta coegit, nec putat esse reum, qui totum posse peregit.* Quando el que tenía la cosa agena, la consumió ya, ò gastó, no le obligan las leyes, ni las censuras a bolver lo mismo, que ya se consumió, si a bolver su valor, y con esto satisface, y no está obligado a mas. Consta del Derecho, l. Fidei commissi. ff. de legat. 3. §. Si seruo: *Prestandum ipsum, quod relictum est. Cum vero ipsum prestari non potest, estimationem esse prestandam.* Y l. Si domus. ff. de leg. 3. *Qui constituitur, se quidem debere, iustam autem causam affert, cur utique prestare non possit, audiendus est: aequissimum est concedi ei ex hac causa estimationem prestare.* En tal caso la dicha restitucion se debe hazer en dinero, entregando en reales todo el valor de las piezas, que no están en ser, porque el dinero es el precio inmediato de todas las cosas; excepto si huviesse graue inconveniente en la satisfacion con dinero; v. g. si estas piezas, que juzgo son los bienes del señor don N. las piden los exactores de dichos bienes en su especie, por tener alguna noticia de ellas, y ha de costar trabajo, ò litigio el que quieran recibir el precio, ò se cree, que no se contentarán con lo que las piezas realmente valian, sino pedirán mucho mas, encareciendo el precio, y bondad de ellas: en tal caso se pueden bolver otras piezas, aunque sean de taficira, como tengan el mismo valor; porque a los bienes del difunto, que se han de vender en almoneda, no haze al caso que sean desta, ò de aquella materia, si en el valor no se le defrauda cosa alguna, y por otra parte no estava en ser la misma cosa.





# SEXTA CLASSE

## EN QUE SE PONEN LOS PARECERES

tocantes à la persona à quien se debe hazer  
la restitucion.

### CONSULTA I.

*Sobre que se deba hazer de ocho mil pesos, que embió el Rey para los Indios Pampangos, à cuenta de las vandalas atrassadas, que los debia, siendo dificilissimo en tantos puntos ajustar a quienes individualmente se debe este dinero?*

#### PROPOSTA.

Este año de 1668. se traxeron de Nueva-España ocho mil pesos, pertenecientes a los Indios de la Pampangá, de libranças que se remitieron a Mexico, de mayor cantidad, que se debia a los Pampangos: y desfeando el señor D. Francisco Coloma, Oydor mas antiguo, y Presidente desta Real Audiencia de Manila, proceder con toda justificacion, como siempre acostumbra, y no encargar su conciencia en cosa alguna, y que dicha cantidad de pesos ceda en bien, y utilidad de aquellos a quienes se debe, y que no sean defraudados los dueños legitimos en cosa alguna: y considerando por otra parte, que esto está lleno de dificultades, porque las deudas, que se debian pagar con dicho dinero son atrassadas de algunos años passados, y es dificilimo en tantos pueblos averiguar las personas a quienes individualmente se debe. Pregunta el dicho señor Presidente desta Real Audiencia, si será acertado, que aviendose de echar vandala, ó repartimiento de arroz a los dichos Indios de la Pampangá (como se les echa todos los años) escusarles de dicha vandala este año, aplicando los dichos ocho mil pesos para comprar para la Infanteria el arroz, que se avia de echar por repartimiento, ó vandala a dichos Indios? ó que modo avrá mas justo, y a propósito, para que se les pague con mas igualdad dichos ocho mil pesos de fuerte, que los gozen aquellos a quienes se debiere?

#### PARECER CXXXII.

1. **O**bedeciendo al señor Oydor, y Presidente desta Real Audiencia Don Francisco Coloma, digo lo primero, que en

este caso no ay obligacion de averiguar lo que a cada persona se debe individualmente, para pagarles a todos personalmente. Esto consta del Derecho Canonico, cap. Cum sit de iudæis, donde se determina, que el Judio, ó Infiel, que huviesse tenido oficio de justicia entre los Christianos, por ser contra Derecho, y porque con esse titulo hazen grave daño a los Christianos, restituya todo lo que huviere llevado por ocasion, y titulo de tal oficio, y que esta restitucion se haga a los Christianos pobres de los pueblos donde fue Juez.

2. La Glosa advierte alli, que parece se debia hazer la restitucion a los dueños a quienes lo avia llevado, como consta de muchos textos del Derecho, que alli alega; y pregunta la causa, porqué en este capitulo se manda restituir a los pobres? y responde: *Hoc idèo fit in hoc casu, quia nescitur à quibus extortum fit.* No se saben las personas a quienes se avia llevado en tanto tiempo, que avia sido Ministro de justicia, y por esso se haze restitucion a los Christianos en quienes usaba aquella jurisdiccion, especialmente a los pobres; porque ordinariamente son los que mas padecen, y a quienes los Juezes iniquos hazen mas extorsion. Acerca desta doctrina de la Glosa. Silvest. in Sum. verb. Restit. q. 1. pone la duda siguiente. Siempre es necesario, y obligatorio hazer diligencia para hallar al legitimo señor de la cosa, para hazerle restitucion: pues como en este caso, sin diligencia alguna, se manda repartir entre los Christianos pobres de los lugares donde el tal Judio administrò justicia? Y responde muy bien: *Quia labor in restitutione certa exequenda fuisse magnus; & utilitas spoliatorum parva.* Buscar, y averiguar en muchos pueblos diuersas personas, a quien se debia determinaradamente aquella cantidad, era dificilissimo, y grandissimo trabajo, y el provecho de aquellos a quienes se avia de restituir, poco; porque aunque la cantidad que avia sacado el Juez Judio era mucha, pero repartida entre muchos, a cada vno cae poco, y así determina el Derecho, que la restitucion se haga a los

los pobres de los pueblos donde fue Juez, sin mas averiguacion de personas. De aqui infiere el mismo Silvestro, que si vn hombre vendiendo trigo, ó otra cosa con vsuras, llevando mas, porque lo daba al fiado, vsurpò mil solidos ( así llama a vn genero de moneda, que corria entonces) a mil personas, ó a quinientas, aunque por sus libros pueda averiguar quienes son, no está obligado a este trabajo tan grande de buscar por los libros, y a ir respectivamente pagando a tantos, a cada vno en particular, porque lo que avia de restituir a cada vno es poco, y el buscarlos a todos cuesta trabajo grauissimo. En el caso presente destes ocho mil pesos entre tantos pueblos, donde avrá mas de ocho mil personas, a cada vna cabrá muy poco, y el trabajo será grandissimo. Ay aqui mas dificultad, porque muchos de aquellos a quienes se debia, se avrán muerto en la peste destes años passados, y será mas dificil averiguar, si dexaron herederos, y quienes son, y para todas diligencias serán menester Ministros executores, a los quales ( si se les ha de pagar salario de dichos ocho mil pesos) se gastará gran parte en esso, y si no, ellos lo tomarán, y se quedarán con lo mas, si se les fia algo de lo que se ha de repartir, y si no tambien se les haze daño en este graue embarazo, sin emolumento alguno. Por estas causas supongo por cosa cierta, que no ay obligacion de hazer diligencia, para pagar personalmente dicha cantidad a las personas a quienes se debiere.

3. Digo lo segundo, que ay obligacion de buscar modo, como este dinero sea vtil a los habitantes de dichos pueblos, de fuerte, que todos, ó casi todos gozen deste alivio; y sientan el provecho, porque este dinero, ó es de vandala, ó servicios personales, ó de cosas, que les han sacado para servicio del Rey, y en estas cosas todo el pueblo es grauado ordinariamente, y así todo el pueblo, que recibió el grauamen, debe recibir el provecho, y de otra fuerte no se satisface. Consta del Derecho Canon. cap. Sicut dignum. de homicidio. §. Eos. donde se manda, que se haga restitucion a los parientes de Santo Thomás Obispo Cantuariense, de los bienes, que les avian vsurpado, y robado, quando mataron al Santo Obispo; y aunque algunos avian ya restituido a pobres ( parece, que con color de que no constaba individualmente la persona a quien lo avian hurtado) se les manda alli, que buelvan a hazer la restitucion a los parientes de dicho Santo, entre los quales, y no a otros se debia hazer, porque a ellos se avia hecho el daño. Y en el cap. Cum tu. de vturis.

se manda restituir a los mismos a quienes se llevaron las vsuras, ó a sus herederos, quando es posible. Y en el cap. Tua nobis. de decimis. está expressa la razon desta verdad con estas palabras: *Cum nulli sit licitum aliena cuiquam concedere preter Domini voluntatem.* Siépre se ha de restituir la cosa a sus dueños del mejor modo que se pudiere, y de ninguna fuerte a otros, sin voluntad del legitimo señor. Por lo qual dize Soto, lib. 4. de iust. q. 7. art. 1. que si vn exercito robó vna Ciudad, y despues algunos soldados quisieren restituir, y no saben determinadamente en qué casa hizieron el daño, se ha de hazer la restitucion a aquella Republica, de fuerte, que sea comomodo de todos, ó casi todos. Y comunmente los Doctores Sumistas ponen aquel caso vulgar, y ordinario del Tabernero, que echando agua al vino, ó acortando las medidas, defrauda notable cantidad de dinero, que debe restituir en el mismo lugar; vendiendo vino algo menos del justo precio en que lo pudiera vender, ó echando en cada medida algo mas, hasta que desta fuerte restituya todo lo que vsurpó a sus dueños: *Meliori modo quo potest.* Supuesto ya, que dichos ocho mil pesos no se pueden restituir a cada persona damnificada en particular, ni ay obligacion a hazer diligencia alguna en orden a esso, porque sería en vano, y muy trabajoso, y de muy poco provecho, ó de ninguno, y que se debe restituir a los pueblos a quien pertenecian aquellas libranças, resta aora la principal dificultad, de qué modo se hará esta paga, ó restitucion?

4. Digo lo tercero, que no es licito hazer a los Indios Pampangos dicha restitucion, ó paga de los ocho mil pesos, por el modo que se propone de la vandala, comprado con dichos ocho mil pesos el arroz, que se les avia de echar de repartimiento, ó vandala. La razon desto es, porque la vandala, y repartimiento de arroz, que se echa a los Indios, es vna exaccion injusta, que de pocos años a esta parte se echa a los Indios, destruyendolos totalmente: y se echa de ver con toda claridad, que no se satisface a vna deuda por dexar de contraer otra; ni es satisfacion dezir: Pagote lo que te debo con no quitarte aora otro tanto. Para mayor calidad se note que a estas vandalas se diò principio por necesidad grande de arroz en esta Ciudad, que no hallaba la Infanteria donde comprarlo, y el señor D. Diego Faxardo embió por estas Prouincias, y lo pagaba al precio, que entre los mismos naturales corria: testigos viuen oy de que en algunas partes lo pagó a peso cada cesto de arroz. Despues fueron obligan-

do a los Indios a que lo diesen a mucho menos de lo que valia, y en estos tiempos está ya tan corrupto esto de la vandala, que ya se echa a veinte mil, y a treinta mil cabanes a Provincias pobres, y acabadas, y de poca gente, y esto sin pagarles cosa alguna las mas vezes, y si alguna vez se paga, no llega a la quarta parte de lo que vale: y para que los Indios enteren tanta cantidad de arroz, suelen entrar los principales, y cobradores por las casafas, y sacarles a los pobres todo quanto arroz les hallan, sin dexarles vn grano para comer ellos, y sus hijos. En las Provincias de Bulacan, y Pampanga, se tiene por cosa cierta, que la peste, que hubo dos años ha, se originó de las malas comidas, porq los Indios iban a buscar a los montes yervas, y raizes, que comer para sí, y para sus hijos, por averles quitado quanto arroz avian cogido, a titulo, y con color de vandala. Y aviendoles puesto la Magestad del Rey nuestro señor a estos Indios vn tributo muy moderado por su pobreza, se les echa esta vandala, que es mas que quatro vezes el tributo, y no se les dexa vender vn grano de arroz, hasta que esté enterada la vandala, para a este titulo quitarle todo. No niego, que en vna necesidad vrgentissima, quando no huviesse arroz con que sustentar la infanteria, seria licito pedir alguna cantidad, que commodamente pudiesen los Indios entregar, pagandofela a como vale, y quedandole a cada Indio lo necesario para su sustento, y de su casa, y que a la execucion fuesen personas de buena conciencia, y temor de Dios, porque como los Indios son tan tímidos, y personas miserables, y no tienen practica, ni modo para recurrir a las justicias, y menos para pleytear con Españoles, es fácil hazerles agravios, y quitatles lo que tienen, si va vn cobrador codicioso, y de mala conciencia. Cosa constante es, que en estas vandalas destos años proxime passados los cobradores han llevado vna ganta mas en cada caban, porque dicen, que aquel arroz ha de tener merma, y suelen medir de tal fuerte, que si a vn Indio le echan de vandala quatro cabanes, aun no los acaba de enterar con cinco. Tengo por cosa certissima, que la vandala que se lleva a los Indios es cosa injustissima, y viene a ser vn tributo injusto, que se les echa contra la voluntad del Rey nuestro señor, sin autoridad, ni potestad para echarlo.

5. Supuesto ya, que no es licito, ni se puede hazer esta paga de los ocho mil pesos a los Pampangos, por este medio de la vandala, digo lo quarto, que el mejor, y mas seguro modo de satisfacerles será pagar con

ellos el tributo, que debian pagar los Indios de los pueblos a donde pertenecian dichas libranças, porque por vna parte el tributo, que pagan los Indios por orden de su Magestad, es muy moderado, y justo, y lo deben pagar en conciencia, y pagando por ellos en lo que alcançaren dichos ocho mil pesos, sienten el prouecho, y commodo de la paga todos los que sintieron el daño, ó sus herederos; y si algunos están reservados de pagar tributo, por lo qual no sentirán commodo desta paga, tambien están reservados de los trabajos, y repartimiento, y otras cargas de que se originó esta deuda, y configuientemente a ellos no se les debia: y si acaso ay aora algunos reservados, ó por viejos, ó por otra causa, que entonces no lo estaban, y recibieron el daño, y no llevan aora el prouecho, estos serán pocos, y los mas tendrán hijos, ó nietos, ó otros herederos tributantes, y en ellos reciben el commodo. Segun este modo de hazer este pagamento, que me parece el mejor, y mas ajustado, se ha de ver lo que puede montar el tributo, que debia pagar en cada pueblo de estos a quien pertenecian las libranças de que se traxeron los ocho mil pesos, y enterar lo que alcançaren a los encomenderos, ó al Rey ( si fueren encomiendas, que están en la Corona Real. ) Este modo, como he dicho, me parece el mejor, mas suaué, y mas seguro.

6. Otro modo de satisfacion puede aver, y es, que suelen tener los pueblos de los Indios vn comun, que se gasta en bien de todo el pueblo, como vn tambobo de arroz, y de alli se les presta para sembrar, y buelven a la cosecha el mismo tambobo, ó otra tanta cantidad, y de alli salen algunos gastos, que debe hazer el pueblo, que a no aver aquel comun, se avia de echar repartimiento: si este comun se administra bien, y por personas fieles, se pudiera hazer esta paga a él; pero tengolo por falible, y que no carece de peligro, porque suele este comun estar sujeto a los Alcaldes mayores, que ay buenos, y malos, y codiciosos, y a otros Indios principales, y es contingente se queden con la mitad, y con este modo no siente el Indio tan presto, ni tan claramente el bien que se le haze, ni que el Rey le paga como en el modo dicho de los tributos. No obstante, si el modo que dixé antes deste, de pagar con los ocho mil pesos lo que alcançare del tributo, no se pudiese en execucion ( aunque como dicho es, lo juzgo por el mejor ) el que despues de aquel me parece suficiente, y de menos peligro, y proficuo a los dueños, es entregarlo para los comunes de los pueblos, rata por can-

cantidad a cada pueblo, segun la gente, ó tributo.

## CONSULTA II.

*Si se podrá dezir de Missas lo que se debe a vn difunto, que tiene herederos?*

## PROPUESTA.

**J**Van le vsurpò a Pedro 100. pesos, el qual al presente es muerto, tiene herederos forçosos, preguntase si satisfará, mandando dezir de Missas la dicha cantidad por el alma del difunto? Mas se pregunta: en suposicion, que tenga obligacion de dar dicha cantidad a sus herederos, si con buena conciencia podrá descargar de dicha cantidad vnas Missas, que con buena fé ha dicho por el alma del difunto, en lo qual le parecia quando las mandó dezir, que verdaderamente le satisfaria?

## PARECER C.XXXIII.

7. **R**espondese, que Juan no satisface dando los 100. pesos por limosna de Missas por el alma de Pedro, antes si gasta la dicha cantidad de esta manera, estará obligado a pagarla otra vez en propria especie de dinero a los herederos; y así debe entregar la cantidad, que debe a los herederos del difunto, y no meterse en hazer dezir Missas. La primera razon desta resolucion se saca del Derecho, l. Mutuum. ff. de rebus creditis. §. Mutui. donde dize: *Aliud pro alio inuito creditore solui non potest.* La justicia commutativa no solamente pide, que se buelva igual, sino en la misma especie: por lo qual, si vno hurtó vn cauallo, no satisface restituyendo su valor, sino que debe bolver el cauallo, si no es que el acreedor consienta en que se le pague en otra cosa. Y el que debe estos 100. pesos no tiene consentimiento del hombre a quien los debia, ni de sus herederos, ni Albaceas, para pagar en Missas; y así no satisface, ni se libra de la deuda mandando dezir estas Missas.

8. La segunda razon se saca de la instr. de obligat. quæ ex delicto nasc. §. Furtum. donde se determina, que el uso de la cosa agena, sin la voluntad del dueño, es hurto, y despues pone desto varios exemplos. Los dos mas claros son estos: *Sine is, qui re vitandã accipiat, in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquò duxerit.* El que gassasse estos 100. pe-

fos, que debe, en dezir Missas por el difunto, sin averle dexado el difunto este orden, dispondria de la hazienda agena sin voluntad del dueño, y vsaria della por su propria autoridad, como si fuesse hazienda propia; y así no paga la deuda, antes es como si la bolviesse a hurtar.

9. La tercera razon, porque las leyes del Reyno, part. 5. tit. 4. l. 8. y 28. y 30. de Tor. y en la Nueu. Recop. lib. 5. tit. 6. l. 12. y 13. disponen, que el que tiene herederos forçosos descendientes, no puede disponer mas que de la quinta parte de la hazienda, que tuviere, de fuerte, que las quatro partes son forçosamente de sus descendientes, y no puede disponer dellas: y si los herederos forçosos son ascendientes, por no tener descendientes, puede disponer solamente de la tercera parte de su hazienda, y las otras dos partes son necesariamente de sus herederos; y estas leyes obligan en conciencia, como dizen Couarr. cap. Cum in officijs. n. 11. de testam. Greg. Lopez, in l. 8. cit. part. Gutierr. de iuram. 1. part. cap. 5. n. 24. & 25. y 3. pract. q. 43. n. 17. Por lo qual ni el difunto (si supiesse la deuda antes que muriesse) pudiera licitamente concederle a Juan, que le hiziesse dezir de Missas la cantidad de dinero, que le debia, si no cavia en el quinto de su hazienda, si tenia descendientes, ó ascendientes, porque no le era licito quitar esta cantidad a la legitima de sus herederos forçosos: luego mucho menos puede Juan hazerle dezir de Missas esta cantidad al difunto, defraudandolo a los herederos cuya es.

10. La quarta razon es, porque de ninguno se presume, que quiere que le paguen en Missas el dinero que le deben, sino que se le paguen en propria especie de dinero, para hazer él como dueño de su dinero lo que le pareciere, ó hazer dezir Missas, ó gastarlo en otras obras pias, ó en lo que quisiere: y es injusticia, que se le haze al dueño del dinero, limitarle, y restringirle su uso en Missas, y quitarle la libre potestad de gastarlo a su voluntad. Añadese, que las Missas hechas celebradas por el deudor, aprouechan menos a dueño del dinero, que mucho mas le aprouecharán, si él las pidiera, y diera de su voluntad la limosna para que se dixeran, que no mandandolas dezir otro, sin saberlo el dueño, y ninguno quiere, que le priuen deste merito, y mayor aprouechamiento espiritual.

11. A la segunda parte deste caso se responde, que puede descontar de la deuda la cantidad, que ha gassado en Missas por el difunto en vno de tres casos, que se me ofrecen; el primero ha sucedido ya en estas Islas.

Murió vn hombre sin testar, y los herederos abintestato agarraron la hacienda, que era algo razonable, y sin orden anduvieron a la rebatiña, y se tuvo por cierto, que solamente se le dixo la Misla de cuerpo presente. Vna persona le debía algunos treinta, ó quarenta pesos, y me consultò, si los podia dezir de Missas, y le dixé, que si, porque los herederos tenían obligacion de mandarle dezir aquellas Missas, que se presume, que el difunto mandaria dezir, si huviera tenido lugar de testar, ó las que los hombres de su porte, y caudal suelen mandar en sus testamentos; y supuesto, que ellos no lo hazian, es muy conforme a razon, y a justicia, que el deudor supla la falta de los herederos. Si a Pedro difunto le huviesse sucedido assi, que ni tuviesse testamento, por donde el Ordinario obligue a los Albaceas a dezirle Missas, ni los herederos las mandassen dezir, puede Juan en este caso descontar de la deuda la cantidad, que ha gastado en Missas, y dezir algunas mas, conforme al caudal que tenia el difunto, de fuerte, que si tenia de caudal dos mil pesos, contando en ellos casa, y alhajas, le puede aplicar todos los ciento a Missas; y si tenia de hacienda hasta mil, puede aplicarle cincuenta, que cosa bien moderada es, que le digan de Missas la vigesima parte de su caudal.

12. El segundo caso que se me ofrece, es, que si hizo testamento el difunto, y no ha mucho que murió, puede el deudor por sí, ó por tercera persona preguntar al Albacea, si ya tiene pagada la limosna de todas las Missas, que mandò dezir el difunto, y de las que no lo estuvieren, puede ofrecerles recibos de los Sacerdotes, que las dixeron, los cuales los pueden dar, diciendo, que han recibido la limosna del Albacea; y en este caso puede Juan descontar los que ya tiene pagados, y mandar dezir mas, hasta cumplir el numero de las que faltaban, y el dinero que restare se ha de entregar al Albacea.

13. El tercero caso es, que no aviendo lugar en los dos de arriba, por estar ya dichas las Missas, que el difunto puso en su testamento, descuenta Juan de la deuda lo que ha gastado en Missas por el difunto, como no exceda a la quinta parte de la deuda, si el difunto dexò descendientes legitimos; pero si no dexò descendientes, sino que los herederos forçosos son ascendientes, puede descontar de la deuda lo que ha gastado en Missas por el difunto, como no exceda a la tercera parte de la deuda: de fuerte, que si el difunto dexò descendientes, Juan no puede descontar de la deuda mas de veinte pesos, aunque aya gastado en Missas treinta; y si solamente

dexò ascendientes, solamente puede descontar treinta y tres, aunque aya gastado en Missas cincuenta; pero si lo que ha gastado en Missas, no llegó al quinto, ó al tercio, solamente puede descontar lo que ha gastado, y puede gastar mas en Missas: para ajustar a la quinta parte, ó tercia, es forçoso dar razon de todo esto. La razon de no poder descontar mas de la quinta parte, ó tercia, como está dicho, es porque sola esta parte pertenecia al difunto, y podia disponer della, y no lo restante, que en conciencia es de los herederos, segun las leyes del Reyno referidas, y ninguno se la puede quitar a los herederos, para darfela al difunto. La razón porque puede descontar de la deuda esta quinta, ó tercia parte, porque si el difunto ordenò en su testamento, que todo su quinto se gastasse en Missas, y obras pias (que es muy ordinario hazerfe assi) está claro, porque el Albacea se supone, que facará, ó avrá facado para Missas, y obras pias el quinto, ó tercio de la hacienda del difunto, ó entrò en su poder; pues desta hacienda, que ha de pagar Juan a los bienes del difunto, tambien se ha de sacar el quinto, ó tercio, pues teniendolo ya gastado en Missas, está gastado conforme a la voluntad del difunto, y assi Juan debe entregar al Albacea lo restante, avisándole, que ya de aquello se ha facado el quinto, ó tercio para el alma del difunto. Pero si el difunto no mandò, que se gastasse toda la parte que podia dispendir en Missas, y obras pias, sino que se contente con mandar algunas Missas determinadas, y todo lo demás lo dexò a sus herederos, tiene mas dificultad. No obstante, que lo aya dispuesto assi, juzgo, que Juan puede descontar esto que ha dicho de Missas de la deuda, con tal, que lo que descontare no exceda a la quinta parte, si los herederos son descendientes, ó la tercia, si son ascendientes. La razon, que para esto me mueve, es prudencial, porque el difunto podia disponer desta parte, y no tenia obligacion de dexarla a los herederos forçosos, sino a quien el quisiesse, y es muy creible, y verisimil, y conforme a equidad, que a este hombre, que se adelantò a restituírle en Missas, haciendo bien por su alma, le querria pasar en cuenta esto, que assi gastò con buena fé, y que a esto asintiera, si lo pudiera prevenir antes que muriesse, por ser cosa tan puesta en razon; y en esto debian tambien venir los herederos, si lo supiesse, porque esta cantidad no se la debía dexar el difunto a ellos, por no tocarles por su legitima, que justissimamente la podia dexar a su alma: pues aviendofela aplicado al alma del difunto el deudor con buena fé, es conforme a equidad, que lo

ten-

tenga por bien, aunque de rigor se le avia de dar a los herederos; pero siempre la equidad se ha de preferir al rigor. l. Placuit. C. de iudicijs. y cap. Licet. de rerum permutatione. donde se pone este caso. Vn Clerigo tenia hecha gracia por el Summo Pontifice del primer Beneficio, que vacasse en la Diócesis Pictauiense. En esta ocasion dos Beneficiados llegaron a resignar sus Beneficios en manos del Obispo, para permutarlos, conforme a derecho. Acudiò el que tenia hecha la gracia, diciendo, que aquellos Beneficios avian vacado, y le tocaba el vno. Remitiò el Obispo la causa al Papa Bonifacio VIII. el qual respondiò, que de rigor se debía vn Beneficio de aquellos al que tenia hecha gracia de la Sede Apostolica del primer Beneficio que vacasse, porque en rigor ambos avian vacado; pero que anteponiendo la equidad al rigor, se les dexasse hazer la permuta, pues solamente por esta causa los avian resignado, y el que tiene la gracia del Papa del primer Beneficio que vacasse, espere a que vacue otro, sin ocasion de permuta: *Aequitatem preferentes rigori*. Y alli la Glossa: *Nota quod equitas est preferenda rigori*. Assi es en el caso presente, que en rigor debía bolver a pagar toda la deuda; pero la equidad dicta, que se descuenta la parte referida. Lo mismo digo si el difunto mandò, que todo el remaniente del quinto se gastase en tal obra determinada, que por equidad se ha de presumir, que no quiso, que el deudor bolviessse a pagar la parte de la deuda, que avia satisfecho en Missas, para la obra pia, que dexò dispuesta, sino que quiso que se diesse por dichas estas Missas, y se le descontassen de la deuda al deudor, que se adelantò a hazer bien por su alma. La razon por la qual no puede gastar en Missas mas de lo que ya tiene gastado, aunque lo gastado no llegue a la parte de que el difunto pudiera disponer, es, porque el Derecho dà por hurto el vñar del dinero ageno, sin comission de su dueño, como se vido arriba, y el deudor no tiene poder, ni comission del dueño para vñar de su hacienda, sino que la debe entregar al Albacea, a quien el difunto dexò su poder, y sus vezes, para que mande dezir las Missas, ó la gaste en lo que el difunto le dexò ordenado, y solamente se le abona, y descuenta de la deuda lo que hasta aqui ha gastado con buena fé en bien del alma del difunto.

14. Todo esto se entiende, si el difunto no tiene deudas, ó están ya pagadas; porque si dexò deudas, y la hacienda no alcanza a pagarlas, debe el deudor pagar por entero los 300. pesos, sin descontar vn peso por las Mis-

as, que ha hecho dezir por el difunto, porque las deudas se han de pagar primero, que dezirse las Missas; y si el difunto debía 100. pesos, y no tenia otra cosa de que pagarlos, ya estos ciento, que debía Juan, no eran del difunto, y assi no se le pudieron aplicar en Missas, porque eran del acreedor, a quien el difunto los debía; porque como dize el Derecho, la hacienda que vna persona debe, no es fuya, sino del acreedor. l. Non possunt. ff. de iure fisci. *Id enim bonorum cuiuscumque intelligitur, quod ac alieno de ducto superest.*

### CONSULTA III.

*Sobre si debiendo vno a diversas personas, vnas viuas, y otras difuntas, cantidad de dineros, mandasse dezir por ellas cantidad de Missas, y despues le dixessen, que a las viuas no satisfacian con las Missas, pueda aora aplicar por solas las difuntas las Missas, que mandò dezir por viuas, y difuntas?*

### PROPOSTA.

FRANCISCO a distintas personas, vnas, que actualmente viuen, y otras, que han muerto, les debía restituir cantidad considerable. Por todas estas personas, assi muertas, como viuas, mandò dezir cantidad de Missas: dixeronele, que a las viuas no satisfacian con ellas, sino que tenia obligacion de satisfacer la cantidad de lo que a ellas debía, y respondiò, que en tal caso las Missas, que mandò dezir por todos juntos, para descargo de su conciencia, se las aplicará, ó las pondrá todas a la parte de los muertos, pues ni Dios, ni nadie le puede obligar a pagar mas de lo que debe:

### PARECER C. XXXIV.

15. **A** La consulta se responde, que quanto a las cantidades que debe a personas viuas, está bien respondido, que no puede satisfacer en Missas, por las razones puestas en la primera parte del parecer antecedente. Quanto a lo que debe a personas ya difuntas, se han de distinguir tres diferencias. La primera, de las personas; que dexaron herederos forçosos, y destas puede descontar de la deuda, por las Missas ya dichas, de la fuerte, y con las limitaciones, que quedan explicadas en la segunda parte del parecer antecedente. La segunda, de las personas, que no dexaron herederos forçosos; pero hizieron testamentos, y dispusieron de sus cosas, y nombraron Albacea. De la cantidad, que a estas debía, puede descontar todo lo que ha



do en dezirlés Missas por sus almas, aunque exceda lo que ha gastado al quinto, y al tercio, porque estas personas, que no tenían herederos forzosos, pudieron disponer de toda su hacienda a su gusto, sin obligacion precissa de dexar a otros herederos; y así por la equidad se presume, que quiso, ó tendria por bien, que no pague otra vez el deudor la parte, que avia gastado en Missas, haciendo bien por su alma, segun lo que queda dicho en el parecer antecedente. Pero no puede gastar mas en Missas de lo que ya tiene gastado, porque no tiene para esto poder del difunto, que quiso, que esto lo hiziese su Albacea, como queda dicho arriba. La tercera diferencia es de los que murieron sin testar, ni nombrar Albacea, y sin herederos forzosos, ni abintestato, como suelen morir en esta tierra muchos foldados, que tienen poco mas de lo que trae encima, y quando mueren en vn Hospital, ó fuera del, el enfermero, ó otro amigo suyo le haze dezir quatro Missas por su espada, y trapillos, y se acabò alli todo. Si algunas cantidades se debieren a estos, se les pueden dezir Missas, y así consta del Derecho, Auth. Omnes peregrini. C. comm. de success. donde se determina, que si algunos peregrinos muriesen sin hazer testamento, ni disponer de sus cosas, y no se hallan herederos abintestato, se disponga de sus bienes en Missas, y obras pias. Y lo mismo disponen las leyes del Reyno, part. 6. tit. pen. l. 1.

16. Determinado ya por qué cantidades puede satisfacer con Missas, y por quales no, resta aora la principal dificultad deste caso: si aviendo mandado dezir Missas por todos aquellos a quienes debia, sin distinguir, puede descontar todo lo que en esto ha gastado de las cantidades, que debia a aquellos a quienes podía satisfacer en Missas? Responde, que puede por dos razones. La primera, el Santo Sacrificio de la Missa ofrecido por mil personas, les vale a cada vna tanto, como si se ofreciese por ella solamente, porque es de valor infinito, porque el principal oferente, que es Christo nuestro Señor, es de infinita dignidad, y la cosa ofrecida es de infinita estimacion, que es tambien el mismo Christo: por lo qual ofrecido dicho Sacrificio por muchísimos, dà a cada vno todo el efecto de que es capaz, segun la ordenacion Diuina, como si por el solo se ofreciese; y así no se disminuye el fruto, que de vn Sacrificio ha de tocar a Pedro, que diò la limosna por causa de que el Sacerdote lo aplique tambien a otras muchísimas personas. Esta sentencia es de grauíssimos Autores, Silvest. verb. Missa. q. 9. Cayet. 3. p. q. 79. art. 5. Fr. Pedro de Le-

desma, in Summ. cap. 17. de Euch. conc. 4. Cano, lib. 12. de locis. cap. 13. Nuño, Aragon, Granados, Cordoba, y Philiberto, y otros muchos, a quienes sigue, y cita Leandr. de Sacram. to. 2. tract. 8. disp. 3. q. 10. y 11. y disp. 4. q. 14. y 15. y està en el Derecho Can. cap. Non mediocriter. de consecratione dist. 5. *Cum igitur pro cunctis animabus Missa dicitur, nihil minus, quam si pro vno quolibet ipsorum diceretur, accipitur.* Por lo qual Ledesma, y Leandr. loc. cit. dizen, que esta opinion es mucho mas probable que la contraria: y Cayetano dize, que algunas personas, que llegan a dar limosna por vna Missa, encargando al Sacerdote, que les aplique toda la Missa a ellos, ó a sus difuntos por quienes la mandan dezir, han de ser reprehendidas, y enseñadas; porque yerran en pensar, que se les defrauda algo de la Missa, porque el Sacerdote la ofrezca juntamente por otros. De aqui se sigue, que esse hombre, que mandò dezir Missas por todos aquellos a quienes debia, puede descontar licitamente la limosna que diò, de lo que debia a aquellos, cuyas cantidades podía aplicar a Missas, pues por aver aplicado se la Missa juntamente por los otros, cuyas cantidades no puede pagar en Missas, no les defraudò cosa alguna, y les tocò tanto fruto, como si por ellos solos se huviera aplicado. Lo que no se puede hazer, es descontar por vna Missa dos estipendios, de la suerte, que el Sacerdote no puede recibir dos estipendios por vna Missa, como lo determinò Urbano VIII. en el Decreto *De celebratione Missarum*; pero siempre es licito aplicar la Missa por muchos, recibiendo por ella solo vn estipendio de qualquiera de aquellos por quien se aplica.

17. La segunda razon es, el que olvidado de alguna obligacion que tiene, ó ignorante de ella, obra por otra causa aquello a que està obligado, cumple con la obligacion que tenia, y no està obligado (quando sepa su obligacion, ó se acuerde della) a bolverla a cumplir otra vez; v.g. el que no sabe, que es dia de fiesta, y oye Missa por deuocion, no està obligado a oír otra para cumplir el precepto; y el que ha hecho voto de ayunar tantos dias, y sin acordarse del voto ayunò por deuocion, cumplió el voto, y no està obligado a cumplirlo otra vez: y al que le dieron de penitencia en la confesion, que se azotase, ó hiziese otra obra pia, si por otra causa, que no era debida haze estas obras, sin acordarse de la penitencia, que le avian impuesto, cumple. Lo mismo es del Beneficiado, que por no aver rezado el Oficio Diuino, debe restituir cantidad de dinero a pobres, que si

después que incurrió en dicha obligacion ha dado limosnas, sin pensar en lo que debia, las puede descontar de la deuda. Esta sentencia lleua muchos Doctores citados por Machado, to. 1. lib. 2. q. 3. tract. 22. docum. 4. y Dian. p. 3. tract. 6. resol. 57. y 77. y p. 5. tract. 13. resol. 94. y p. 7. tract. 10. resol. 24. Algunos limitan esta doctrina, para que no se entienda en debitos de justicia, que no se entienden estar pagados por vna donacion, que hizo el deudor al acreedor, sin saber, que le debia: así lo restringe Sanchez, lib. 1. Summ. cap. 13. y Laym. lib. 2. cap. 12. Pero otros graves Autores admiten esta doctrina en todas las materias, porque en todas corre la misma razon, que consiste en esto; porque de todos los hombres se presume, que en todas las obras, limosnas, y donaciones, que hazen tienen virtual, è implicitamente esta intencion general de cumplir con ellas con qualquiera obligacion, que tuviere, ó debiere, y aunque quando haze la obra le mueve otro titulo, y otra intencion, siempre lleva aquella condicional embebida, que si ay otro titulo mas obligatorio, al qual pueda satisfacer con aquella obra, que està es su intencion: por lo qual si yo debo a Juan 100. pesos, y no lo sé, y por titulo de amistad, ó de limosna le doy 100. pesos, después quando llego a saber, que se los debia, no estoy obligado a darle otros 100. segun esta opinion; que lleuan Nicolao Baldelo, in Theolog. mor. to. 1. lib. 5. disp. 25. n. 18. y Gaspar Hurt. tract. de iust. 9. dif. 8. y Machad. loc. cit. y Lugo, to. 1. de iust. disp. 4. sect. 3. y Trull. to. 1. in Decal. lib. 7. cap. 14. dub. 12. al fin; y Sanch. lib. 2. conf. cap. 3. n. 121. y Pasqualig. in Decif. mor. dic. 455.

18. De lo qual se colige, que esse hombre, que mandò dezir las Missas por todos aquellos por quienes debia, viuos, y difuntos, tuvo virtualmente intencion de que se aplicassen a aquellos por quienes podía satisfacer de aquella manera, y salir de la obligacion en que les estava: y es certissimo, que no fue su intencion de que se dixessen las Missas por aquellos a quienes no podía satisfacer con Missas, pues no se puede presumir, que quiso quedarle con la obligacion después de hecho el gasto, quando lo hazia para salir de aquellas obligaciones. Confirmasse esto con vn texto del Derecho, l. Cum ex plurib. ff. de solut. donde se determina, que si vno debe a otro diuersas cantidades de hacienda, por diuersos titulos, y causas, y pagando algun dinero, no explicó por qual de las deudas satisfacía, se ha de entender, que ha satisfecho por la mas obligatoria, y que salió de la deuda de donde le podía venir mayor daño. La razon

desto es: *Quia verisimile videretur diligentem debitorem admonitum, ita negotium suum gesturum fuisse.* Por la misma razon se ha de presumir, que esse hombre quiso, que se dixessen las Missas por aquellos por quienes podía satisfacer de esse modo, y no por los otros a quienes de essa fuerte no satisfacía; y así puede con segura conciencia descontar lo que gastò en Missas de lo que debia a los muertos por quienes podía satisfacer con Missas, segun lo dicho arriba. Mas largo he sido de lo que pensaba; pero no importa, que tambien V. R. lo será en encomendarme a Dios, que guarde a V. R. como desseo.

## CONSULTA IV.

*Sobre si el que se halla vna cosa, y no sabe cuya es, se pueda quedar con ella? y en caso que la deba restituir, a quien se debe hazer la restitucion?*

## PROPOSTA.

Vna persona temerosa de Dios se hallò en el camino que và del Parian a Dilao vna fortija con dos diamantes, recurrió al Alcalde ordinario con ella, para ver qué se debia hazer, el qual me preguntó el caso, para que le dixesse en conciencia lo que se debe hazer.

## PARECER C. XXXV.

19. HE visto lo que disponen las leyes del Reyno acerca de las cosas halladas, en el lib. 6. de la Nueva Recop. tit. 13. desde la ley 1. hasta la 8. En la ley 1. trata de los tesoros, que se hallan, y desde la 2. hasta la 5. de las Missas, y en la 6. y 7. y 8. de las cosas mostrencas. De los tesoros, y minas no digo lo que se dispone en dichas leyes, porque no haze al caso presente: de las cosas mostrencas dize, que el que las hallare las ponga en manos de justicia ordinaria, y por su orden deben ser guardadas vn año, y publicarse, para que parezca el dueño: el qual si pareciere, debe pagar las costas, que se huvieren hecho en guardarlas, y pregonarlas, y se le entregará: y si el dueño no pareciere, dize, que se apliquen a la Cámara de su Magestad. Parece, que el que entregò la fortija hallada a v. md. tuvo alguna noticia destas leyes del Reyno, y quiso observarlas con puntualidad; pero las dichas leyes solamente hablan de los mostrencos, que propriamente hablando, son ganados perdidos, y qualquiera generos de animales, cuyos dueños no pare-

parecen; y así quien hallare animales perdidos, tiene obligación a hazer esta diligencia; pero hallando otras cosas infensibles, como la sortija que halló esta persona, no ay tal obligación, porque las leyes del Reyno no disponen de estas cosas, que se hallan perdidas, sin parecer el dueño.

20. Esto supuesto, digo, que lo primero que v.m.d. ha de mandar es, que se publique en algun lugar publico, que quien huviere perdido vna sortija, acuda a tal parte, dando las señas, y se le entregará. Y será conveniente, que esta publicacion se haga dos, o tres veces, en distintos dias, y lugares, o por orden de v.m.d. o de la persona que halló la sortija: y despues que se empieze a publicar, ha de tener v.m.d. la sortija, o que otro la tenga depositada por orden de v.m.d. algunos dos meses, para que en este tiempo vaya cundiendo la noticia de dichas publicaciones, y pueda saber donde está su alhaja, y acudir a pedirla. Todo esto es necesario, y obligatorio por derecho natural, porque si el que halla la cosa no haze las diligencias necesarias para bolverla a su dueño, es quererle quedar con ella, que es lo mismo que hurtarla, como dize S. Agustín citado en el Derecho Canon. cap. Si quod. 14. q. 5. *Si quod invenisti, non dedisti, rapuisti.* Y S. Hieronim. cap. Multi. eadem. q. *Discant, hoc peccatum simile esse rapinae si quis inuenta non reddat.* De fuerte, que es de derecho natural indispensable, hazer diligencia suficiente para que parezca el dueño: qual, y quanta ha de ser esta diligencia en estas cosas, que no son mostrencos, no está determinado por las leyes, y así se debe hazer las diligencias, que parecieren bastantes, segun arbitrio de personas prudentes. A mi me parece, que basta, que se publique tres veces en diversos dias, y lugares, donde asista concurso de gente, y que para un lugar corto, como Manila, y sus arrabales, donde lo que oy se haze en vna parte, mañana está ya publico en toda la Ciudad, sobran las dichas tres publicaciones; y basta que se aguarde dos meses, en que el dueño haga la diligencia para saber de su sortija, porque la diligencia que no hiziere en los dos meses primeros, quando está mas fresco, y reciente el sentimiento de la pérdida, y deseos de recuperarla, no la hará despues el dueño, quando está mas olvidado de su sortija, o por lo menos mas mitigada, y apagada la pena.

21. Hechas estas diligencias, si pareciere el dueño, dando las señas, y constando, que es suya, se le debe bolver, pagando primero las costas, que se huvieren hecho en las diligencias de guardar la joya, y publicarla: y no

es licito obligarle a pagar hallazgo, aunque la cosa hallada fuese de mucho valor; porque en hallarla no intervino trabajo, que se deba pagar con precio, ni ay otro titulo bueno, por el qual deba pagar algo; pero si de su voluntad el dueño de la cosa quisiere dar algo por liberalidad, galanteria, o agradecimiento, se puede recibir, como dize Manuel Rodr. in Summ. to. 2. cap. 118. y Sarmiento, lib. 6. Select. cap. 10. porque cada vno puede disponer de sus cosas por su arbitrio, y a su gusto, quando no ay ley que se lo prohiba, como al presente no la ay.

22. Si el dueño no pareciere, ay dos opiniones de lo que se debe hazer: vna opinion dize, que se debe a pobres su valor, o a otras obras pias, sacando primero las costas de las diligencias, que se hizieron para buscar el dueño: esta opinion se funda en dos razones. La primera, porque la cosa perdida, que consta tener dueño, y no se sabe quien, ya que no se le puede dar a su dueño, porque no se conoce, se debe disponer della, conforme se presume seria la voluntad de su dueño; y siempre se presume, que su dueño quiere, que se disponga della de modo, que a él le sea de algun provecho; y así se presume, que su dueño quiere que se gaste en limosnas a pobres, o en otras obras pias, que sean de provecho para su alma, y no que sin provecho alguno suyo temporal, ni espiritual, se quede con la cosa hallada el mismo que la halló.

23. La segunda razon desta opinion es, porque en el Derecho. Auth. Omnes peregrini. C. commu. de success. se determina, que si algunos peregrinos murieron sin hazer testamento, ni disponer de sus cosas, y no se hallan herederos suyos abintestato, se disponga de sus bienes en obras pias. Y lo mismo disponen las leyes del Reyno, part. 6. tit. pen. l. 1. y la misma razon parece, que corre de las cosas halladas, cuyos dueños se ignoran. Y en el Derecho Canon. cap. Cum tu. de vsuris, y cap. Quamquam. de vsur. in 6. se determina, que si alguno tiene hacienda agena mal ganada, como por vsuras, y no sabe los dueños, la debe gastar en limosna, y obras pias, y no ay razon porque no se deba hazer lo mismo de las cosas halladas, ignorandose su dueño.

24. La segunda opinion dize, que las cosas halladas, si despues de hechas las diligencias no parece su dueño, son del que las halló, y no tiene obligación de darlas a pobres, ni distribuir las en obras pias, sino que con buena conciencia se puede quedar con ellas: esta opinion se funda en dos razones. La primera, porque las cosas que no tienen dueño, son del que las halla (no aviendo ley, que

que disponga otra cosa: ) por lo qual la caza de conejos, liebres, y venados es del que la coge; y lo mismo es de las cosas que nunca han tenido dueño, que son del que las coge, y halla. Pues las cosas cuyo dueño no parece, es como si de ninguna fuerte tuviesen dueño, porque en el Derecho por lo mismo se reputa no tener dueño, que no parecer, y no saberse quien lo sea. l. De actate. 11. §. Nihil. ff. de interrogat. y l. In lege. 77. ff. de contrah. empt. y l. Cum. resol. de legatis. 1. §. Item si res. Por lo qual estas cosas, que se hallan, y no parece su dueño, es lo mismo, que si de ninguna fuerte tuviesen dueño, y así son del que las halla, porque en las leyes no ay cosa dispuesta acerca dellas, ni ay obligación de disponer dellas, conforme se presume, que seria la voluntad del dueño; porque publicada la cosa hallada, y hecha diligencia para buscar al dueño, y no pareciendo, es lo mismo que ser cosas sin dueño, o por mejor dezir, no tienen mas dueño, que el que las halló.

25. La segunda razon desta opinion es, porque dado caso, que se deba disponer de la cosa, conforme se presume ser la voluntad del dueño, no obstante esto, debe quedarle con ella el que la halla, y no gastarla en limosnas, ni obras pias, porque mas conforme a la voluntad del dueño es, que se disponga de su joya, o cosa perdida de fuerte, que en algun tiempo la pueda recuperar, o que le quede esperanza de bolverla a tener, que no que desde luego ( que hecha la diligencia no parece el dueño) la pongan en estado, que se imposibilite recuperarla, y le quite totalmente la esperanza de poderla bolverla a poseer. Y esto se presume de qualquiera, que no quiere que le imposibiliten el recuperar lo que perdió, aunque sea por obras pias, que no son de mucho provecho espiritual al dueño, quando se hazen sin saberlo él, y a mas no poder: y es cierto, que dando a pobres, o a obras pias la cosa hallada, se imposibilita que la vuelva a recuperar el dueño; y reteniendola para si el que la halló, siempre está obligado a restituirla al dueño (quando parezca) o la cosa, o su valor, si la huviere consumido: y así se presume, que mas quiere el dueño, que tenga la cosa el que la halló, y no que la den a pobres; que si el dueño quisiere hazer limosna, mas querrá hazerla él proprio de su voluntad (que será mas provecho espiritual) que no que la haga el que halló la cosa, sin saberlo él, imposibilitandole de poder recuperar lo que perdió contra su voluntad.

26. Los textos de ambos Derechos, que se traxeron en favor de la primera opinion, no convencen. El primero determina,

que los bienes de los peregrinos difuntos, que murieron abintestato, y sin herederos, se gasten en obras pias, y no se queden con ellos los dueños de las casas donde se hospedaban; y es la razon, porque se sabía el dueño de aquellos bienes, que eran los peregrinos difuntos, y así no se debian reputar como bienes que están sin dueño; pero los bienes, que se hallan, y no parece el dueño, los reputa el Derecho por bienes sin dueño. Añádele, que los peregrinos ya difuntos no pueden ya tener otro provecho de sus bienes, sino las obras pias, que por ellos se hizieren, y no les es ya posible recuperarlos de otra manera, y así es bien que se gasten sus bienes en Misas, limosnas, y otras obras pias por sus almas: lo qual no acontece en las cosas halladas, cuyos dueños de ninguna fuerte se conocen, y se presume, que viuen ellos, o sus herederos, y que tienen voluntad de bolver a recuperar lo que perdieron.

27. Los textos del Derecho Canonico, en que se determina, que lo mal ganado por vsuras, o hurtos, cuyos dueños no se conocen, se restituya a pobres, es cosa muy diferente, por que los que han vsurpado hacienda agena, están obligados a restituirla, como dize la regla 4. de reg. iur. in 6. *Non dimittitur peccatum, nisi restituatur ablotum.* De fuerte, que si no restituyen, no se les perdona la culpa, por lo qual justamente les manda el Derecho, que restituyan, aunque no sepan quienes son los dueños de lo que tienen vsurpado, para que restituyendolo a pobres, salgan de la culpa, que cometieron hurtandolo, y para que no suceda, que reteniendo la cosa hurtada, vayan continuando, y llevando adelante la culpa, que cometieron hurtandola, y para que no saquen commodo del hurto, y pecado, porque no les anime a cometer otros. En el que halla la cosa perdida, y haze la diligencia para que parezca el dueño, no ay culpa alguna, y así no corren las razones de los vsureros, y que tienen hacienda agena mal ganada, o hurtada; y así estos, segun Derecho, la deben restituir a pobres, sino parece el dueño; y los que hallaron la cosa perdida no tienen obligación a restituirla, si no parecen los dueños.

27. Estas dos opiniones son ambas probables, y seguras en conciencia, y las llevan grauísimos Autores. La primera, que dize, que se dé a pobres, la defienden Silvestr. verb. Inuentum. n. 2. y Panorm. y Archid. citados por Silvest. y Nauarr. cap. 17. n. 171. y Felino, in cap. Cum delitus. n. 7. La segunda opinion es de S. Thom. 2. 2. q. 66. art. 5. ad. 2. donde dize, que el que halla la cosa perdida, la puede tener,

tener, con tal condicion, que tenga animo de restituirla al dueño quando pareciere, y así le cita mal Villalob. por la sentencia contraria. Desta misma opinion son Soto, lib. 5. de iust. q. 3. art. 2. ad. 2. Bañez, in 2.2. q. 66. art. 5. Aragon ibid. Medina in Summ. lib. 1. cap. 14. Man. Rodr. to. 2. cap. 118. y Diana, p. 2. tract. 17. resol. 5. y Ledesma in Summ. to. 2. tract. 8. cap. 20. el qual dize, que esta opinion es común de todos los Discipulos de S. Thoma. y es tambien la mas comun opinion. Por lo qual juzgo por mejor, y mas conforme a razon, que v. md. de esta fortija al que la halló, si despues de hechas las diligencias dichas no parece el dueño, declarandole, que siempre estará obligado a bolverla a su dueño, si en algun tiempo pareciere, ó la misma fortija, ó su valor, si la huviere despendido.

## CONSULTA V.

*Sobre a quien se debe restituir una cosa, que estava a cargo de un difunto, y no se sabe cuya es?*

## PROPOSTA.

Pedro traia oficio en vnâ Nao, y en ella aver Real a su cargo, llegó a esta Ciudad, y por yerro de cuenta entregò a Juan (a quien nada debe) vn caxon de vidrios, que no sabe cuyos sean, y llegaron a valer veinte pesos. Fue avisado Pedro deste yerro, y solo respondió, que el caxon se estuviessè assi en interin. En este interin murió abintestato, sin aver dado cuentas al Rey de lo que traxo a su cargo, ni a otros particulares a quienes debia: enterròse sin solemnidad, y presumese entraria el Rey en los bienes, que dexò. Consultase, pues, a quien se deba entregar dicho caxon?

## PARECER C. XXXVI.

29. **R**espondese lo primero, que no es lícito entregar dichos vidrios al aver Real, por tres causas. La primera, porque no consta con certeza, que Pedro deba cosa alguna al aver Real, pues de que aya traído a su cargo hacienda Real, no se sigue infaliblemente, que deba algo al Rey, ni que aya defraudado, ni se aya perdido cosa alguna del aver Real por su culpa, de fuerte, que esté obligado a la satisfacion en conciencia; y aunque huviessè alguna duda, primero se deben pagar las deudas ciertas, que las dudosas: y aunque la hacienda Real tiene privilegio, que primero se le paguen sus deudas, que las

de los particulares no privilegiados, no tienen privilegio, ni lo puede tener, para que siendo dudosa la deuda al Rey, se pague primero, dexandose de pagar las deudas ciertas. Y los ministros de su Magestad, que embargan las haciendas, por si acaso debian algo al Rey, por aver tenido hacienda Real a su cargo, con que impiden la satisfacion de las deudas ciertas del difunto a personas particulares, pecan graueamente con obligacion a restituir. La segunda causa es, porque vemos aqui, que siempre que muere alguna persona, que tiene cuentas con el Rey, ò ha tenido a su cargo aver Real, le embargan quanto tienen, aunque no conste, ni se aya liquidado quanto debe al aver Real. La tercera causa, porque si estos vidrios, ò su valor se entregassè al aver Real, no aprouecharia cosa alguna a la hacienda Real, por ser cosa poca, y aver de pasar por muchas manos; y consequientemente seria vna restitucion infructuosa a aquel a quien se pretendia hazer.

30. Lo segundo se responde, que si se pudiesse saber a quien venian destinados estos vidrios desde Nueva-Espana, de fuerte, que viniessè a su riesgo desde allá, ò se huviessè comprado con su dinero, a la tal persona se le debian entregar, aunque huviessè otros acreedores del difunto iguales, ò de mejor calidad, porque en tal caso es cosa señalada, y que persevera en su propia especie, y la persona a quien se traian, tiene desde allá el dominio de dichos vidrios; y assi no ha de entrar en cuenta con los demás acreedores, sino que se le debian entregar todos, como cosa propia suya, porque *ubicunque res est domini est*. Pero saber esto es imposible, porque si el mismo que los traxo no lo sabe, no es verisimil, que lo sepa otro, y mas en cosa que pide secreto como esta; porque en sabiendose por ai, que ay en alguna parte hacienda de quien ha tenido aver Real a su cargo, luego la embargan juntamente con la de la casa donde se halla, ò se padece trabajo, y molestia en distinguirla, y zafarla.

31. Lo tercero digo, que si se conociesse los acreedores de Pedro, a quienes debia traer dineros, ò otras cosas de Nueva-Espana, no constando la persona a quien determinadamente venian estos vidrios, se debian dividir rata por cantidad entre todos. Si esto fuessè possible, era lo mas conforme a justicia, è igualdad; pero en la presente ocasion es cosa muy peligrosa esta reparticion, porque es cosa experimentada, que en sabiendo los acreedores, que ay bienes del deudor, luego al punto aprehenden, que pueden cobrar toda la deuda, è inquieren, y hazen diligencias,

y ave-

## CONSULTA VI.

*Sobre si lo que dan los Fieles a la Iglesia de un Conuento por deuocion, que tienen a algunas Santas Imágenes que ay en ella, se pueda gastar sin escrupulo alguno en el sustento de los Religiosos, en las obras del Conuento, y otras necesidades de la casa?*

## PROPOSTA.

Pedro prometió a vn Santo de nuestra Orden alguna cantidad de pesos para su Culto, estando nauagando, y la mira fue a la Iglesia de su distrito. Llegado a tierra le dixeron como dicho Santo no tenia en su distrito particular Capilla, ni asistencia, y el lo fabrica antes, sino que solo está colocada su Imagen en el retablo, como las demás, que se usan poner en los retablos, y que no es como en otra Iglesia de la misma Orden, donde tiene Capilla, y Culto muy particular, adorno, y gastos singulares. Preguntase si esto será bastante para que mude de parecer, y de lo que prometió a la Iglesia donde tiene Capilla, y no a la otra de su distrito?

He visto, que lo que los Fieles dan a la Iglesia *intuitu* de nuestra Señora, de S. Diego, de Santa Rosa, esto se gasta para el sustento de los Religiosos, para las obras del Conuento, y demás necesidades de la casa; y para esto se venden las joyas, el oro; las lamparas, y lo mas individual de la Imagen, y las mas vezes con disgusto de quien lo ha dado. Preguntase si ay en esto algun escrupulo de pecado venial, no siendo la necesidad extrema, vel quasi extrema?

## PARECER C. XXXVII.

34. **A** lo primero se responde con distincion. Si la intencion con que hizo el voto, no fue solamente en orden al Culto, y veneracion del Santo, sino tambien atendió a hazer aquel bien a la Iglesia de su distrito, tiene obligacion de dar la limosna prometida a la Iglesia de su distrito, y no a otra, aunque en esta otra se de al Santo mas solemnnes Cultos. La razon desto es, porque toda la obligacion del voto nace de la voluntad del que lo hizo: por lo qual toda la obligacion del voto se ha de ajustar con la intencion con que se hizo; y consequientemente si la intencion no fue solamente en orden al Culto del Santo, sino tambien en orden a tal Iglesia, es obligacion dar la limosna a aquella Iglesia determinada, aunque el Santo no tenga en ella

Ecc

Capi-



Capilla, ni Altar, porque esta falta de Altar, ò Capilla del Santo, no obsta para que se pueda dar limosna a la Iglesia en honor, y memoria de aquel Santo. Pero si la intencion con que hizo el voto, fue solamente en orden al Culto, y veneracion del Santo, puede dar la limosna a la Iglesia, donde el Santo tiene propia Capilla, y esto será mejor, y mas conforme a la obligació del voto, porque allí se haze al Sato mayor obsequio, y mas solemne Culto, y se excita mas la deuoció del pueblo al Santo. Para conocer la intencion del q hizo el voto, se le ha de preguntár si le movió a hazer el voto alguna razon, por la qual conuiniese cumplirse en su Iglesia, como si le movió por entender, que la Iglesia de su distrito era pobre, ó necesitava al presente de limosnas, ó porque allí estaban sus padres enterrados, ó porque era Iglesia de su pueblo; pero si ninguna razon, que conduxesse para cumplir el voto en la Iglesia de su distrito; le movió a hazerlo, se ha de presumir, que la intencion de hazer el voto solamente mirò al Culto, y veneracion del Santo, y será mas conveniente, que de la limosna en la Iglesia donde el Santo tiene mas solemne Culto, aunque quando hizo el voto se acordasse de la Iglesia de su pueblo, y de la Imagen del Santo, que estava en el retablo, y aunque propusiesse, y determinasse de dar limosna en la Iglesia de su pueblo: porque todo esto es muy extrinseco, y fuera de la obligacion del voto, mientras no consta, que demás de la intencion del Culto, y honor del Santo tuviesse intencion de hazerla a aquella Iglesia.

35. A la segunda se responde, que las limosnas que dan los Fieles para el Culto de nuestra Señora, y de otros Santos, sin determinar la forma de Culto en que se ha de gastar, se pueden gastar licitamente en sustento de los Religiosos, obras del Conuento, y demás necesidades de la casa, porque Culto es de las Sagradas Imágenes sustentar a sus Capellanes, y a toda la Comunidad donde son asistidas, cuidando de su Culto, y veneracion. Lo segundo, quando se dà alguna limosna a la Iglesia para algun vfo pio determinado, no es licito aplicar la limosna a otro vfo pio, si no insta alguna causa graue, y urgente. Assi consta del Derecho, cap. Quia contingit. Clem. de Religiosis dom. *Cum ea qua ad certum usum largitione sunt destinata fidelium ad illum debeant, non ad alium (salua Sedis Apostolica auctoritate) conuertit.* Bien claro dice aqui, que sin la autoridad de la Sede Apostolica no se pueden aplicar a otra cosa las limosnas, que dieron los Fieles para algun vfo determinado. Y el Concilio de Tré-

to, Ses. 22. cap. 6. dize: *In commutationibus vltimarum voluntatum, que non nisi ex iuxta, & necessaria causa fieri debent.* Aqui habla el Concilio de lo que se dexa por vltima voluntad para vna obra pia, que sin causa justa, y necesaria no se commute en otra. Y la misma razon corre de qualquiera donacion, que hagan los viuos para alguna obra pia: y la razon lo convence, porque ninguno puede aplicar la hacienda agena contra la voluntad de su dueño ff. de reg. iur. l. 11. *Id, quod nostrum est, sine facto nostro, ad alium transferri non potest.* Y assi lo que el dueño legitimo dió para vn vfo determinado, es: contra justicia aplicarlo a otro vfo, sin la voluntad de su dueño: quando ay causa justa, y necesaria, se puede commutar en otro vfo pio, como consta de las palabras referidas del Sacro Concilio de Trento. Causa justa, y necesaria sería quando la limosna no es suficiente para la obra que se manda hazer; ó quando la obra, ó vfo determinado conduce poco, ó nada a la veneracion de las Sagradas Imágenes, ó Culto Diuino, y se puede aplicar a otro vfo mas vtil, ó mas conveniente al Culto Diuino, porque entonces se presume, que esta es la voluntad virtual, ó interpretativa del que dió la limosna; pero si el que dió la limosna, ó sus herederos resisten a la commutacion, ó se presume, que no vendrán en ella, ó la llevarán mal, no es licito hazerla, sino observar lo que mandò hazer el dueño, aunque el vfo no sea vtil, porque dispuso de su hacienda, y aplicarla a otra cosa, causa es de escandalo, y aparta a los Fieles de hazer obras pias.

#### CONSULTA VII.

*Sobre a quien se deben restituir dos cantidades de mil pesos cada vna, que vn Cavallero recibió por yerro de cuenta en el repartimiento de la plata, que el año N. vino de Nueva-España?*

#### PROVESTA.

Caton dió en esta Ciudad el año 1665: a Sempronio, estando para embarcarse a la Nueva-España, cantidad de generos de mercaderias, para que las vendiesse por su cuenta, y su procedido se lo traxesse, ó embiasse en la primera ocasion, que bolviera Nao a estas Islas. Sempronio (aunque el Galeon en que fue bolvió el mismo año) se quedó en la Nueva-España, y no correspondió a Caton, avisándole, que no le avia parecido conveniente vender, por la mala feria,

que

que a la fazon avia en el Puerto de Acapulco, y que avia determinado el quedarle juzgando venderia mejor, y a mas subido precio: lo qual no sucedió assi, porque muy poco se aventajó la venta, que hizo en Mexico; de la que huvo en Acapulco el año antecedente, y con el crecimiento de gastos, y costas vino a ser todo vno, y el daño que se causó al dueño de la hacienda, grande con la detencion del dinero.

El año de 1667. correspondió Sempronio embiando a Caton la cuenta ajustada, aunque el se quedó en la Nueva-España para no bolver. Por la cartacuenta parece, que importó lo procedido desta hacienda cinco mil pesos, de los quales embió tres mil en confianza, y dos mil en registro del Galeon, que vino en la ocasion referida: y siendo assi, que segun la cartacuenta no avian de ser mas que dos mil pesos los que avian de venir en registro para el dicho, segun el aviso de Sempronio, vinieron en registro dos partidas, cada vna de a dos mil pesos, que hazen quatro mil, para el dicho Caton, cuyo personero las recibió, por estar en dicha fazon ausente dicho Caton, y le hizo nuncio, avisándole como avia recibido aquéllos quatro mil pesos, que le vinieron en registro en dos partidas, cada vna de dos mil pesos, que las remitia de la Nueva-España Sempronio.

Caton con este aviso, porque ya avia visto las cartas, y ajustamiento de cuenta de Sempronio juzgó, que por aquel camino le hazia restitucion el dicho Sempronio del daño, que le avia causado en no aver guardado su orden de vender en Acapulco, ó (lo que es mas cierto) con dañada conciencia retuvo los dichos dos mil pesos, que no le pertenecian, quedandose. Esto se quedó assi hasta el dia de oy, sin que el dicho Caton avisasse a Sempronio desta equivocacion, ni este al otro de que le huviesse embiado mas de lo que le tocaba; conque el dicho Caton, pasado largo tiempo, llegó a presumir, y hasta oy lo presume, que los dos mil pesos que recibió de mas, no los embió dicho Sempronio a su correspondiente, respecto de que no era hombre de tan crecido caudal, que no los echasse menos en mas de seis años, que despues vivió en la Nueva-España, si no que la partida del registro, con las priesas que ay en el Puerto de Acapulco al tiempo del despacho de las Naos, se duplicó, y puso dos vezes, y assi los dos mil pesos faltaron al Capitan, y Maestre, que entonces vino, como es cierto, que le faltó mucha mas plata que la referida, porque el tal era hombre muy rustico, de poco saber, y ebrio, que solia privarse de sentido. Por las

muchas faltas que tuvo de plata, y a pediméto de los interesados, le prendió el Governador, y en breves dias enfermó, y murió en el Hospital, sin aver tenido con que pagar, con que muchos vezinos desta Ciudad lastaron en la ocasion lo que al tal Maestre faltó de plata de registro, y los que primero cobraron de la caja (como lo hizo el personero de Caton) fueron los mas bien librados.

Caton, grauado de la conciencia, trata de restituir estos dos mil pesos, y no sabe a quien derechamente pertenecen. Preguntase si en esta perplexidad, y duda podrá Caton disponer de dichos dos mil pesos en limosnas, Misas, y obras pias, por mano de su Confessor; &c. por cuenta de quien pertenecen en todo, ó en parte? Y para mayor noticia, y acierto en la resolución, se advierta, que Sempronio murió en la Nueva-España, y no se ha tenido noticia, si dexò herederos, ó Albaceas, ni será facil averiguarlo. Del Maestre será facil averiguarlo, porque murió en el Hospital; y tambien no será dificil (si fuere necesario) saber los que lastaron en las faltas de plata del Maestre.

Respondáme V.R. al pie deste; porque no quiero fiar de mi, ni de alguno otro fuera de V. R. como tan docto, y acertado en sus resoluciones, para seguridad de conciencia.

#### PARECER C. XXXXVIII.

36. **R**espondese, que en primer lugar se debe assentar por cosa cierta, que los dos mil pesos no son de Caton, ni le pertenecen por via alguna, y consiguientemente los debe restituir; porque segun la cuenta ajustada, que embió Sempronio, solamente cinco mil pesos procedieron de las mercaderias de Caton, y destes embió los tres mil en confianza, y dos mil en registro: de lo qual se convence, que los otros dos mil, que recibió mas de lo que venia en registro, no procedieron de las mercaderias de Caton, ni eran suyos. En segundo lugar se ha de tener por cosa cierta, que dichos dos mil pesos no eran de Sempronio, porq aviendo Sempronio ajustado la cuenta a cinco mil pesos, y diziédo, que estos cinco mil embiaba, no es verisimil, que se equivocasse contra si en tanta cantidad; y dado que errasse, no es verisimil, que siendo hombre de poco caudal, dexasse de echarla menos, y avisar a Caton del yerro, para que le bolviesse su dinero: y no siendo esto verisimil, no se ha de tener por creible, ni que aya sucedido assi, como consta del Derecho, l. Non est verisimile. ff. de eo, quod metus. Y Baldo, conf. 180. n. 3. vol. 3. dà por tan eficaz

la prueba, que se faca de la verifimilitud de de las cosas, como la que se funda en razon natural: *Qui arguit à verifimili, arguit a ratione naturali, quia similitudo est cognata natura.* De la misma fuerte no es verifimil, que Sempronio embiasse estos dos mil pesos a Caton, para refarcirle el daño de la detencion de la venta de las mercaderias, porque Sempronio no se dà por entendido, ni obligado a dicha restitucion, antes dà a entender, que prudentemente transportò las mercaderias a Mexico para mayor vtilidad de Caton; y aunque el orden expreffo era de que luego se vendiesen en Acapulco, juzgò, que podia arbitrar otra cosa, como quien tenia la cosa presente. De aqui se colige, que Caton no puede tomar para si estos dos mil pesos, ni parte dellos, por causa de averle Sempronio retardado la venta de sus mercaderias en Nueva-España vn año, para venderlas en Mexico contra el orden, que llevaba de venderlas luego que llegasse en Acapulco, y remitir su procedido en la primera ocasion; porque aunque no escusamos a Sempronio, fino que supongamos que hizo mal, como dichos dos mil pesos no los embiò Sempronio, ni son suyos, no puede Caton hazerle pago con ellos del daño, que se le originò por culpa de Sempronio.

37. Por lo qual se debe presumir, y creer, que dichos dos mil pesos fueron entregados a Caton por yerro de cuenta del Capitan, y Maestre, y eran de los que traía a su cargo de diferentes personas en el registro. Coligese assi de ser persona rustica, de poca cuenta, y razon, y por averle faltado mucho dinero, y porque es muy factible suceder algunas cosas destas, quando se reparte la plata, que viene en registro para los vezinos. Acuerdome, que en vna ocasion vn vezino, que avia recibido mucha mayor cantidad de la que le traían en registro por yerro del que le traía a su cargo, me consultò, que debia hazer de aquella cantidad, que avia recibido mas de lo que le pertenecia; y porque corria riesgo si declarasse, que no era aquel el dinero que le pertenecia, ò si entendiesen, que avia recibido talegas de mayores cantidades de las que le remitian, restituyò solamente la demasia al mismo que la traxò a su cargo. Y es muy creible, que huviesse sucedido esto el mismo año N. y si sucedió el mismo año, es indicio muy grave de que de la misma fuerte sucedió en la cantidad de que se preguntà, y que fue yerro del mismo Capitan, y Maestre. Si fue otro año, tambien es prueba de que este yerro fuele suceder, y que constando, que Caton recibió de mas estos dos

mil pesos, y no hallandose otra via, fino esta deste yerro por donde lo pueda aver recibido, se ha de entender, que lo recibió por yerro del Capitan, y Maestre, que traía a su cargo la plata de los vezinos, que venia en registro, porque esto es lo mas verifimil. reg. 45. de reg. iur. in. 6. *Inspicimus in obscuris, quod est verifimilius, vel quod plerumque fieri consuevit.*

38. Supuesto ya, que estos dos mil pesos se deben presumir, que eran de lo que venia en registro, y traía a su cargo el Capitan, y Maestre, para vezinos de Manila, queda que averiguar a quien se debe hazer la restitucion? Es cierto, que si viviera el dicho Capitan, y Maestre, a él se avia de hazer la restitucion, pues él era el obligado a pagarla, y a quien le avian de obligar a lastarla, y satisfacer a sus dueños, y venia por su cuenta, y de su mano la debian recibir los dueños; pero siendo ya difunto, y no aviendo satisfecho a los dueños, no se debe restituir a él, ni a sus herederos, porque de hecho no pagò, ni satisfizo las cantidades, que por descuydo faltaron, ò por su poca capacidad, teniendo obligacion de cuydar de lo que venia a su cargo, ò no encargarse de lo que excedia a sus fuerças, y capacidad: y aunque aya lastado algo, y pagado de su dinero, aviendo quedado otros sin que se les satisfaga, se les debe satisfacer primero que al dicho Capitan, y Maestre; porque el Capitan, y Maestre debe imputar a su negligencia, è ignorancia lo que huviere lastado, y los demás a quienes por no aver, no satisfizo, no tienen culpa alguna, por la qual ayan de perder su dinero.

39. Respondiendo, pues, al caso, digo lo primero, que se debe hazer diligencia para saber quienes fueron los que lastaron la plata, que faltò del registro el año de N. y pudiendose averiguar sin mucho costo, y trabajo, se ha de hazer a ellos la restitucion; y si no bastaren dichos dos mil pesos para pagar a todos los que lastaron, serà mas conveniente, que se restituya a los más pobres. La razon desto es, porque el que tiene hacienda mal avida, tiene obligacion a hazer diligencia para saber cuya es, y quienes son los verdaderos dueños, para hazerles a ellos la restitucion. Assi consta del Derecho, cap. *Sicut dignum*, de homicidio. §. *Eos*, donde se manda hazer la restitucion a los parientes de S. Thomàs Cantuariense, de los bienes, que les avian usurpado quando mataron al Santo Obispo, y aunque algunos avian restituído ya a pobres (parece que con color de que no constava con claridad la persona a quien les avian hurtado) se les manda allí, que buelvan a hazer la restitucion entre los parientes de dicho

cho Santo, porque a ellos se avia hecho el daño. Y cap. *Cum tu*, de vsuris, se manda restituir a los mismos a quienes se llevaron las vsuras, ò a sus herederos, quando es possible. Y cap. *Tua nobis*, de decimis, dà el texto la razon desto: *Cum nulli sit licitum, aliena cuiquã concedere prater domini voluntatem.* Siempre se ha de restituir la cosa a sus dueños del mejor modo que se pudiere, y de ningunã fuerte a otros, sin voluntad del legitimo señor. No bastando dichos dos mil pesos para satisfacer a todos los que constare no averseles satisfecho la cantidad, que les venia en registro dicho año, serà mas conveniente repartirlos a los que padecen pobreza, y necesidad, que en dicha ocasion no cobraron del Capitan, y Maestre: lo dizen graues Autores, Silv. in *Summ. verb. Restitutio*. 6. q. 8. in fine. *Man. Rodr. to. 2. Summ. cap. 122. n. 6.* y la razon es manifestã; porque segun Derecho, quando vno de los acreedores es mas sollicito en pedir, que se le pague en juicio, ò fuera, se le puede pagar primero, aunque falte para satisfacer las demás deudas, como dize Silvest. en el lugar citado, y es común: y el pobre, y necesitado, aunque calle, siempre està clamando; y pidiendo su pobreza, y necesidad; y assi como a más diligente, y primero en pedir su deuda, se le puede pagar primero, aunque falte para pagar a los demás. La segunda razon es, porque a pagar la deuda al pobre nõ solamente obliga la virtud de la justicia commutativa, que pide, que se buelva a cada vno lo que es suyo, fino tambien la caridad, y misericordia: a los demás no necesitados solamente la virtud de la justicia pide, que se le pague lo que es suyo, pues la caridad, y misericordia juntas con la justicia commutativa, tienen mas fuerça de obligar primero, y en primer lugar a la paga, que la justicia sola: por lo qual, hallandose personas necesitadas a quienes no ayã satisfecho el dicho Capitan, y Maestre en dicho año, a ellas se les ha de satisfacer primero. Y en el caso presente tiene mas fuerça esta doctrina, porque no està totalmente evidente, que este dinero es de los que lastaron lo que faltò en la plata del registro, y deste modo se asegura la conciencia en todo acontecimiento, porque si es este dinero de los que lastaron dicha falta, estos la lastaron, y assi se les paga lo que de justicia se les debia. Si este dinero no fue de los que lastaron la dicha falta, le distribuye bien en personas necesitadas, por ser obra pia, y no constar del dueño del dinero.

40. Satisfechas las personas pobres, que lastaron en dicha falta, si quedare algun dinero, y si no huviere personas necesitadas,

todo se debe dar a las demás personas, aunque sean ricas, que constare aver lastado en dicha ocasion, porque es mas verifimil, que es dellos, y no se puede entender facilmente, que este dinero sea de otra parte. Si no se hallan personas, que con toda certeza conste aver lastado en dicha falta del dinero en aquella ocasion, ò si fuere esto muy dificultoso de averiguar, en tal caso se debe repartir en obras pias por las personas de quienes es dicho dinero, como en limosnas, y Misas. Consta del Derecho, cap. *Cum sit* de iudeis, determinase allí, que el Judio que huviesse sido Juez en pueblo de Christianos, y con este titulo huviesse robado hacienda a los Christianos, la restituya a los Christianos pobres de aquel pueblo; y dize allí la Glossa, que se manda hazer la restitucion a los pobres, porque se ignoran los dueños a quienes se usurpò la hacienda. Y Silvest. verb. *Restitutio*. 6. q. 1. dize, que siempre que se puede, se debe hazer diligencia para hazer la restitucion al legitimo señor, y que en este caso se manda hazer a los pobres, porque costaria mucho trabajo buscar, y averiguar tantas personas a quienes el Juez iniquo avia damnificado, y la vtilidad seria poca: *Quia labor in restitutione certa exequenda, esset magnus, è vtilitas spoliatorum parva.* De aqui infiere Silvestro, que si vn vsurero usurpò a mil personas mil solidos, vendiendo al fiado mas caro, que aunque pueda por sus libros averiguar quienes eran aquellas personas, para satisfacer a cada vna su solido, no està obligado a tanto trabajo, y dispendio de tiempo, fino que puede repartir en limosnas, y obras pias los mil solidos. Lo mismo digo en este caso, que si fuera muy dificultoso de averiguar las personas a quienes no se entregò el dinero, que el año de N. les venia en registro, por no alcanzar el dinero, se repartan estos dos mil pesos en limosnas, y en Misas.



## CONSULTA VIII.

*Si aviendose hecho las diligencias para saber a quien toca la cantidad de los dos mil pesos del parecer antecedente, y no pareciendo el dueño, se deba aplicar dicha cantidad a los vecinos a quienes faltaron en los caxones, que les vinieron esse año, a unos 200. a otros 300. pesos, &c. ó se deba a la caja Real; y en caso que se deba a dicha caja, si se pueda aplicar a una heredera de un gran soldado, que sirvió en Flandes, y a quien no premió el Rey como merecía?*

## PROPOSTA.

**P**ara quitar escrúpulos, y no errar en mínimo pecado venial, por ser yo muy escrupuloso, digo, que aviendo hecho mas diligencias para saber el legitimo dueño de aquellos dos mil pesos, aunque se ha sabido de dos, ó tres, que en cantidad de quinze mil pesos faltaban a unos treientos, a otros docientos, &c. Pero consultando a quatro Ciudadanos desta Ciudad muy entendidos en estas materias, y al Contra-Maestre, que vino este año, dicen, que los caxones se los dan cerrados, y marcados, sin contar el dinero, y se obligan a entregarlos con la cantidad, que dicen los encomenderos de Acapulco, aunque este año el Factor le manda pagar a vno de los quatro referidos lo que falta en cada caxon. Vea V.P. este punto: estos dicen, que los deben pagar los encomenderos, supuesto que los entregan cerrados, sin contar, &c. El Contador N. ha sacado en limpio, que destos dos mil pesos, mil y ochocientos se deben al Rey por los derechos de traer la plata de Lampon dicho año, y lo debía cobrar dicho Contra-Maestre. Pregunto aora, si se debe dar a estos particulares, a quienes faltan a vno treientos, a otro docientos, &c. ó al Rey, a quien como consta por los libros Reales, por el traxino de la plata, se le deben mil y ochocientos pesos? Y si como parece cierto, que se debe al Rey, se puede hazer compensación con las personas a quienes debe el Rey, Seculares, ó Eclesiasticas, Religiones, &c. Y aunque por aqui se responde con muchos Doctores, que si: *Ego autem in tua resolutione iudicium meum, & conscientiam depono.*

En particular preguntto, si esta cantidad se puede sin escrúpulo dar con todo secreto a vna legitima heredera de vn grande Capitan, que sirvió muchos años en Europa, hallandose en muchas refriegas preso, y herido,

confessando el señor Governado don N. que le conoció, que mejor merecia el dicho el Gobierno, que su señoria: y este Governador me dixo, que no tenia igual hombre en estas Islas, y otro que me nombró, y que le conoció en Europa en todos los officios de soldado simple; supuesto que su Magestad Catolica embia de Flandes Maestre de Campo como don N. y este, para premiarles los servicios que le hizieron, aunque aqui sirvió vnos ocho años, y solo se le deben efectos vnos 600. pesos?

Si puede tambien (si no basta esto) tomar en recompensa vna cantidad de almizcle rico, apreciado en 500. pesos, que le embargó el Rey sin deberle nada? Y si se puede añadir para mayor justificacion, que al padre de esta heredera, muger deste Capitan, en servicio de su Magestad, peleando como vn Cid le mataron con vn balazo, aviendo reparado infinitos tiros en la invasion de los Olandeses en Cauite, quedando dicha señora en el vientre de su madre, legitima hija, y heredera suya?

Mas, sepa V.P. que si se puede dar en recompensa de lo dicho a esta heredera, se halla con vna pobre madre, y vna hermanica donzella, tan pobres como Amán, de pendientes de olla. V. P. perdone, y me responda con distincion, y claridad, como en la primera pregunta, y si se debe hazer mas diligencia de la hecha, y si será menester aguardar otra respuesta, que escriui a cierta persona, que se halló con dicho Capitan, y Maestre, a dar a cada vno lo que es suyo, supuesto que dicho Contador N. sacó en limpio, que pagó a todos, y quedaba a deber los mil y ochocientos pesos al Rey? Remito a V.P. vn tanto del registro de las personas a quienes vino la plata, &c.

## PARECER C.XXXIX.

**41.** **P**ara satisfacer a las dificultades propuestas, digo lo primero, que no se debe, ni puede entregar cosa alguna de dichos dos mil pesos a las personas a quienes faltaron docientos, ó treientos pesos en cantidad gruesa de quinze mil pesos, que les embiaban de Nueva-España. La razon desto es, porque los dos mil pesos, que por yerro recibió Caton, no fueron sacados de diferentes talegos, de tal fuerte, que de cada talego se fuesse quitando vna pequeña cantidad, para ajustar a los dos mil. No me parece verisimil, que se procediese con tanto cuydado para hazer vn yerro tan grande, y tan en contra del que entregó el dinero: mucha sobra de cuy-

cuydado seria en el Capitan, y Maestre averido sacando de diferentes talegos, y caxones para enterar estos dos mil pesos, que dió de mas a Caton; y tanta sobra de cuydado en vn hombre poco inteligente, y que actualmente cometia contra si este descuydo, no es creible: y assi tengo por cierto, que el yerro se cometió en toda la cantidad junta, pensando el Capitan, y Maestre por alguna equivocacion, que del registro pertenecian a Caton quatro mil pesos, ó errando en las marcas de los caxones, dando vnas por otras. Esto es lo mas verisimil, y factible, como se ve en el caso, que referi en la resolucion pasada de vn Maestre (quizá fue el mismo en el mismo año, que sucedió el caso que se pregunta) que entregó a vn hombre otro diferente caxon del que le venia, y con cantidad mucho mayor de plata; y en casos dudosos, y obscuros, siempre se debe presumir lo mas verisimil, y que su ele suceder. reg. Inspecimus. de reg. in. 6. Haze tambien en comprobacion desto, que es muy ordinario, y suele acontecer todos los años, que en gruesas cantidades vienen desde Nueva-España estas faltas pequeñas respective. Yo he visto aqui pesadumbres sobre querer averiguar la falta de mas de sesenta pesos en vna talega de mil y quatrocientos, y no poderse averiguar si fue yerro de cuenta del encomendero, ó hurto del harriero, que llevó las cargas de Mexico a Acapulco, ó de otro alguno de los que interviniéron. Destas razones juntas con la que se refiere en la pregunta, de que al Capitan, y Maestre se entregan en Nueva-España los caxones cerrados, y marcados, sin contar, y de esta misma fuerte los entrega el aqui a sus dueños, se colige, que los dos mil pesos, que se entregaron a Caton mas de lo que le pertenecia, no se sacaron de las cantidades gruesas, a quienes faltaron a 200. ó a 300. ni procedieron de esto; y assi de dichos mil pesos de ninguna fuerte se deben, ni pueden satisfacer dichas cantidades.

**42.** Lo segundo digo, que no se deben a la caja Real. La razon desto es como la antecedente, porque a Caton se entregaron por yerro dos partidas enteras, de a mil pesos cada vna. Estas partidas es evidente, que eran de vno, ó dos particulares, para quien venia plata en el registro, y no del Rey: por lo qual es certissimo, que este dinero no era del Rey; en lo que podia aver duda, es, si el Capitan, y Maestre, conociendo que le faltaban dos mil pesos de particulares, los enteró con lo que iba cobrando perteneciente al Rey del vno por ciento. Si constasse aver sucedido desta manera, se deberia satisfacer al Rey

de dichos dos mil pesos toda la cantidad, que dexó de enterar el Capitan, y Maestre, del vno por ciento; porque si estos dos mil pesos se pagaron a sus dueños con la plata del Rey, justa cosa es, y debida, que se restituya al Rey. Pero no lo tengo por muy creible, que assi aya sucedido: pudo acontecer, que el Capitan, y Maestre con los muchos embrazos, y ocupaciones, que ocurren al repartir de la plata, y por su poca inteligencia se descuydasse en cobrar de muchos el vno por ciento, ó si lo cobró de todos, pudo ser, que por otra parte se lo quitassen, ó se le perdiessen; porque yo no tengo por creible, que el Capitan, y Maestre de proposito quisiesse pagar a los particulares con lo que sabía, que era del aver Real, y que la cantidad que debia a vn particular, la quisiesse traspasar para deberla al Rey: siendo assi, que todos los hombres mas quieren deber a vn particular, que al aver Real en el tuero externo, porque en las cantidades, que se deben al aver Real, es mas eficaz la cobrança, y mas presta la execucion, y de ninguno se presume, que por pagar la deuda, que le seria menos molesta, quiera echar sobre si otra, que le sea mas molesta. El Derecho, l. Cum ex pluribus. ff. de solut. determina, que si vno tiene diferentes debitos, y haze obligacion de vna cantidad, que no basta a satisfacerlos todos, sin especificar a qual de los debitos intenta satisfacer con ella, se debe presumir, y entender, que fue su intento satisfacer la deuda, que le podia ser mas molesta; y dà el texto esta razon: *Quia verisimile videtur diligentem debitorem admonitum, ita negotium suum, gestarum suisse.* Del que tiene dos deudas, y paga la vna, presume el Derecho, que fue su intencion pagar la mas executiva, y mas molesta: por lo qual es contra Derecho, y aun contra la razon natural presumir del Capitan, y Maestre, que para salir de vna deuda menos molesta, quiso obligarse a otra mas molesta, mas eficaz, y executiva.

**43.** Otra razon ay mas eficaz con que se prueba, que estos dos mil pesos no se deben al Rey, que la propongo en la forma siguiente. En el caso presente consta con toda certeza, que los dos mil pesos, que recibió Caton de mas, no eran del Rey, sino de los particulares, cuya hacienda venia en el registro; y no consta con certeza, que con la hacienda del Rey se aya satisfecho a los particulares, cuyos eran los dos mil pesos, antes es cosa muy dudosa, y sin fundamento grave, como consta de la razon antecedente: pues quando consta con certeza, que se debe alguna cosa a vno, y se duda si se le ha satisfecho,



cho, se le debe pagar; porque a vna deuda cierta no equivale vna paga dudosa, ni es suficiente la paga que está en duda a satisfacer la deuda cierta. Así lo afirma Sanch. in oper. moral. lib. 1. cap. 10. n. 12. Y allí cita otros muchos Autores, y añade, que es tan cierta esta doctrina, que cree, que no ay Autor que la ponga en duda. Y Dian. 4. p. tract. 3. resol. 32. cita otros muchos Doctores, que dicen lo mismo, y añade, que es sentencia comun de todos los Doctores. Segun esta doctrina tan cierta, y comun, no se deben al Rey estos dos mil pesos, porque es cosa cierta, que no los remitan de Nueva-España para el Rey, sino para particulares: por lo qual con toda certeza se ha de presuponer, que eran de personas particulares, y a ellos legitimamente se debian; y está en duda si a estos particulares se pagó con la hacienda Real, pues con esta duda no se ha satisfecho a la deuda cierta, con que se debía a los particulares, y todavía se les debe pagar, y no se les ha pagado lo que con certeza se les debe por esta paga dudosa; ni se pueden dar al Rey estos dos mil pesos; por la duda que ay de si se pagó aquella deuda con hacienda Real; porque no ha de prevalecer lo dudoso contra lo cierto, ni la deuda dudosa ha de ser de mejor condició, que la cierta: *Tene certum, & dimitte in certum.* cap. Siquis. de poenit. dist. 7. A los particulares es cierto, que les venia este dinero, pues a ellos se ha de pagar, y no al aver Real, porque está dudoso si del se pagó a los particulares; y aunque no se sabe quienes sean estos particulares, no por esto pierden el Derecho de que se les satisfaga del mejor modo que se pudiere. Solamente en caso, que constase con toda certeza, que el Capitan, y Maestre entregó a todos los particulares toda la plata, que les venia en registro, se debiera al Rey destes dos mil pesos; porque en tal caso ya constaria, que de la plata perteneciente al Rey se avian satisfecho a los particulares los dos mil pesos; porque por vna parte consta, que de la plata de los particulares, que venia en registro, se quitaron estos dos mil pesos; y constando por otra parte, que a todos se les pagó, y enteró la plata, que les venia, y hallandose, que ay tan grande falta en la plata perteneciente al aver Real, se colige con certeza moral, que con lo que falta a la plata del Rey, se satisfizo lo que faltaba a los particulares; pero juzgo, que esta certeza no la ay en el caso presente, como se verá en lo siguiente.

44. Digo lo tercero: de la diligencia hecha por dicho Contador N. no se colige, que se aya enterado a los particulares la pla-

ta, que les venia en registro el año de N. ni que de la plata del vno por ciento pertenece al Rey se ayan satisfecho a los particulares los dos mil pesos, que del registro se entregaron de mas a Caron. Esto consta con toda claridad, porque dicho Contador no averiguó quanto se entregó de hecho a cada particular, ni quanto se dexó de entregar, sino solamente escribió lo que halló en los libros de la Contaduria, donde se toma la razon de todo lo que viene en registro, para colegir de allí lo que se debe al aver Real de derechos, y tambien se escribe lo que se cobra, o se queda debiendo al aver Real; pero no se escribió allí lo que se dexó de entregar a cada particular, ni lo que se le quedó debiendo, que esto no pertenece, ni conduce a la Real hacienda, y así no debieron ocuparse los libros Reales, y Oficiales en esto, sino cada particular cuyde de cobrar lo que les deben; y así se ve, que en el papel que sacó dicho Contador no haze mencion de los 200. o 300. pesos, que faltaron a algunos en cantidades gruesas de quinze mil, o mas pesos, porque esto no se puede saber por los libros de la Real Contaduria; y de la misma suerte no saber a quien no se enteró lo que en dicho año le venia en registro. Deste principio de no constar por la diligencia hecha, si se pagó a todos aquellos a quienes venia plata en registro, se colige, que no consta, que de la plata perteneciente al aver Real del vno por ciento, se pagasse lo que faltó a los particulares, pues no consta con claridad, que se aya satisfecho a todos los particulares; sino solamente consta, que al Capitan, y Maestre faltaron mil y ochocientos y siete pesos, y quatro reales, de lo que debía entregar al Rey del vno por ciento. Y con esta falta se compadece, que aya avido otra de los dichos mil pesos a los particulares; que de quien cayó en vn descuido, bien se puede presumir otro en la misma materia, segun la regla *semel, de reg. iur. in 6.* y de que faltasse esta cantidad, que se debía al aver Real, no se colige, que de ella se pagaron los dos mil pesos a los particulares.

45. Digo lo quarto, que todavía se debe hazer mas diligencia antes de disponer deste dinero. Primeramente se debe esperar la respuesta de esse hombre, que asistió al Capitan, y Maestre al tiempo que se reparaba la plata, que esse puede saber mejor si alcanzó a darse a todos lo que les venia en registro, o si quedó alguno, o algunos sin enterarle su plata. Demás desto juzgo, que se debe preguntar a cinco, o seis personas de las contenidas en el registro de aquel año (pues

ya

ya se sabe quienes son, por la memoria, y razon, que sacó dicho Contador de los libros de la Real Contaduria) si saben, o tienen noticia, que el año de N. el Capitan, y Maestre no pudo enterar las cantidades, que traía en registro de particulares; y si saben a qué persona se dexó de entregar enteramente la plata que venia? Y será conveniente acordarles como el dicho Capitan, y Maestre, por no poder enterar la plata, que venia a su cargo, estuvo preso, y murió muy pobre en vn Hospital; y si saben si la prision fue solamente por no poder enterar lo que se debía al Rey del vno por ciento, o por no aver enterado lo que venia para los particulares? Será conveniente hazer esta diligencia con dos, o tres personas de las mas noticiosas, e inteligentes, y con otras dos, o tres de las de menos caudal, y valimiento entre las personas a quienes venia plata en el registro de aquel año, porque los de menos caudal suelen acordarse mas destas partidas; y con lo que respondieren, se debe disponer del dinero, sin preguntar mas, porque no carece de inconvenientes, que esto se publique, y lo sepan todos. Y lo que no supieren seis de la calidad dicha, y la persona, que asistió al Capitan, y Maestre al tiempo de repartir la plata, es verisimil, que no lo sepan todos los demás a quienes vino plata en registro aquel año; especialmente, que ya están muertos la mitad, entre los quales puede ser que ayan ido aquellos a quienes no se les enteró su plata.

46. Hecha esta diligencia, de vna de tres maneras puede quedar la noticia, y conocimiento deste caso. La primera, si se averigua claramente, y con toda certeza, que a alguno, o algunos de los particulares no se entregó la plata, que le venia aquel año. La segunda, si se averigua con toda claridad, y certeza, que a todos los particulares se entregó su plata, sin quedarles a deber cosa alguna. No hablo aqui de aquellos a quienes en gruesas cantidades faltaron 200. pesos, o 300. si recibieron su plata en caxones cerrados, y marcados, que estas se reputan como si huvieran recibido enteramente toda su plata, quanto a este punto, porque consta, que esta falta se originó de otra parte, como se dixo arriba. La tercera, si se queda este negocio todavía con dudas. Si acontece quedar la noticia deste caso de la primera manera, se deben entregar los dos mil pesos a las personas a quienes se dexó de enterar aquel año la plata, que les venia en registro; y si no alcançaren los dos mil pesos a todos los que no recibieron su plata de registro aquel año, se puede ratear entre ellos, perdiendo cada vno rata por can-

tidad; o si ay alguno necesitado entre ellos, se le puede dar enteramente todo lo que perdió aquel año, como se dixo en la resolución pasada. Si aconteciere averiguarse de la segunda manera, pertenecen en tal caso al Rey los dos mil pesos, porque se colige claramente, que el Capitan, y Maestre con su rusticidad pagó a los particulares con la plata perteneciente al Rey; y en tal caso se pueden pagar cantidades, que con toda certeza conste deber el Rey. La de los 500. pesos de almizcle, contiendo, que injustamente se lo embargaron, y quitaron, parece la mas justificada; y después desto los 600. pesos, que se le debian efectivamente de su fueido; porque licito es al deudor pagar lo que debe a su acreedor, a otro a quien debía otra cantidad su acreedor. Así lo afirman graues Autores, Navar. lib. 4. cap. 2. dub. 5. Molina, to. 3. disp. 743. Lessio, lib. 2. cap. 16. dub. 5. Valentia, to. 3. disp. 5. q. 6. punct. 7. causa 8. Rebello, lib. 2. q. 11. sect. 3. Clavis Regia, lib. 18. tract. 5. cap. 7. Arag. in 2. 2. q. 92. art. 8. causa 5. Mediana, de restit. q. 3. causa 5. y consta del Derecho, l. Si liber ff. de negotiis gestis. *Negotiorum gestorum actio danda est, qua desinit competere, si creditoribus eius soluta est.* Y la razon lo convence, porque ningun daño recibe el acreedor de que la cantidad, que a él se le debía, se la paguen a su acreedor, a quien él debía; porque si a él mismo no se le paga la cantidad, pero pagase a otro, a quien él debía satisfacer, y se libra de esta carga, y obligacion de pagar otra tanta cantidad; y mejor le está al acreedor estar libre de la obligacion de pagar, que tener estas dos cargas de cobrar, y pagar lo que debe, como dize el Derecho, l. Ideo ff. de compensationibus. *Inter est, nostra potius non soluere quam solutum repetere.* Y en estas cosas, que se deben al aver Real es mas fuerte esta razon, porque pasan por muchas manos de diuersos ministros quando se restituyen al Rey, y se disminuyen, y se quejan sin pagar las deudas del Rey contra su Real voluntad. Pagando de esta manera a los acreedores del Rey, se logra todo lo que al Rey se debía, sin disminuirse cosa alguna entre los ministros, quedando el aver Real libre de la obligacion, que tenia de satisfacer a su acreedor.

47. A la heredera legitima del Capitan, que sirvió al Rey muchos años en Europa, juzgo, que no se le puede dar por esta causa cosa alguna de lo que se debiere al Rey, ni por causa de aver muerto su padre de vn balazo, sirviendo al Rey en la guerra. La razon desto es, porque el Rey solamente debe al soldado su sueldo, o salario señalado para ca-

F ff

da

da mes; pero las dignidades, premios, y oficios, que se dan conforme a la calidad, y meritos de las personas, no los debe el Rey por razon de justicia commutativa, sino de la distributiva; y como es supremo señor, que ninguno le ha obligado, ni puede obligar con ley, ó precepto, que de estos premios a tales personas, de ai consta, que por esta causa no se puede hazer restitucion de esse dinero a dicha heredera. Esta doctrina es de S. Thom. 2.2. q. 72. art. 2. donde determina, que la restitucion es acto de la justicia commutativa solamente, y no de la legal, ni distributiva; y assi lo dicen comunmente los Theologos, y Juristas, Natar. in Summ. cap. 17. n. 6. Covarrub. reg. Peccatum. p. 2. Demás desto no nos consta, por que causas el Rey premio al señor don N. con el Gobierno destas Islas, y no a esse Capitan? Siempre se debe presumir en favor del Rey, que las tuvo muy suficientes, y es muy dudoso el premio, ó oficio, que merecia esse Capitan por sus servicios, y para poderle hazer esta restitucion era menester, que la cantidad que le debiesse el Rey fuesse muy liquida, y muy clara, segun aquel axioma comun de los Moralistas: *Liquidum non datur compensatio*. Y si para estas compensaciones fuera licito tassando los meritos de cada vno, no tuviera el Rey hacienda en todas las Indias para pagar a cada soldado, porque cada vno piensa, que merece el Gobierno de Filipinas mejor que el señor don N. y querrá tassar el Gobierno merecido en muchos millares. Y al soldado, que muere en la guerra peleando valerosamente, solamente le debe el Rey por justicia commutativa el salario ordinario. Es muy decente la remuneracion, que suele el Rey hazer a los descendientes del que assi muere; pero como no es obligacion de justicia commutativa, no ay lugar de restituírle lo que al Rey se debe: y assi digo, que a esta heredera del dicho Capitan solamente se le puede dar la cantidad, que con toda certeza constare valer el almizcle, constando con toda certeza, que sin causa se lo embargaron para el Rey, y los 600. pesos, que de su sueldo le debia el Rey, constando con claridad, y certeza, que de su salario se le deben; y haciendo de ellos remision al Rey en lo exterior, para que no los cobre otro heredero despues, ó se componga por alguna pequeña cantidad con algun Governador, que los saque de la caja por entero, como si no estuvieran ya pagados.

48. Si de la tercera manera, quedare el conocimiento deste caso, se debe repartir toda la cantidad en obras pias, como dize al fin

de la resolucion passada. Y juzgo, que desta tercera manera ha de venir a hazerse, porque tengo por cosa cierta, que el dicho año de N. lastaron algunos vezinos las cantidades, que no pudo satisfacer el Capitan, y Maestre, y que fue preso solamente por lo que quedo debiendo a la hacienda Real, sino tambien a peticion de los vezinos, a quienes no entregó lo que les venia en registro. Este oficio de Capitan, y Maestre pide mucha cuenta, y razon, é inteligencia de negocios, y lo temen los hombres mas capaces. El Capitan N. es hombre de mucha cuenta, y cuidado, y se entendia, que despues de pagado el registro, le quedaba mucho dinero, y quedaria rico, y no tuvo con que enterar el registro, y estuvo por esta causa preso; pues como hemos de entender, que un hombre rustico, y de poca capacidad, como fue el Capitan, y Maestre del año de N. (del qual desde que llegó a estas Islas corrió voz, que se perdia), enteró todo el registro, aviendo parado en vna cárcel; y muerto en vn Hospital? Tengo por imposible, que pueda constar con toda claridad, que este satisfizo a todos los particulares la plata del registro, ni podrá constar con claridad a quien dexó de pagar; porque él murió muy pobre, sin dexar esperanças a los acreedores de poder cobrar, y los hombres facilmente echan en olvido deudas semejantes, como cosa de que no esperan sacar fruto, ó por lo menos no tratan mas dellas; por lo qual pocos las saben: y demás desto se han muerto ya muchos de aquellos a quienes venia plata en registro aquel año, y assi me parece, que despues de hecha la diligencia dicha arriba, se ha de venir a repartir en obras pias la dicha cantidad; y en tal caso será bien dar a la donzella pobre, que se refiere en la pregunta, vn razonable dote, que no exceda notablemente su calidad, para que se verifique en rigor, que es obra pia; y a su madre, y otra limosna con que pueda, segun su estado, y calidad, tener algun descanso.



CON-

## CONSULTA IX.

*Si un Religioso pueda restituir, ó distribuir en obras pias cantidad de dinero, que para este fin le entregan, sin licencia de su Prelado?*

## PROVESTA.

La persona que restituye estos dos mil pesos me los ha entregado, dexandolos a mi disposicion: pregunto si puedo repartir a las personas que propongo, sin dar noticia a mi Prelado, aunque ya sabe, que me han entregado esta cantidad para restituirla a quien perteneciere, sin faltar al voto de la pobreza en cosa alguna, por leve, y venial que sea?

## PARECER C. L.

49. Responde, que se requiere, y basta licencia general de los Superiores para hazer vna restitucion, y no es menester especificar otra cosa: que se requiera licencia consta, porque es manexo de hacienda, y distribucion della, prohibida a los Religiosos por el voto de pobreza, para que no lo puedan recibir, ni manexar sin licencia, y dependencia de sus Prelados. Consta del Derecho, cap. Non dicatis. 13. q. 1. *Cum huius nostra Congregationis Fratres non solum facultatibus, proprijs renuntiauerint, & semper promissam obedientiam, penitus aliorum potestati, & imperijs in Christo, & pro Christo subdiderint, certum est, eos nihil habere, possidere, dare, vel accipere debere, sine Superioris licentia*. Y aunque es verdad, que el Religioso a quien cometen estas restituciones los Fieles para seguridad de su conciencia, son vnos meros executores, sin dominio alguno en aquella hacienda, sino solamente les toca el restituirla a quien se puede dar para seguridad de la conciencia del que entregó el dinero: con todo esto no puede el Religioso sin licencia de los Superiores encargarse destas disposiciones de hacienda agena, como se colige del cap. Religiosum. de testam. in. 6. donde se determina, que el Religioso no puede ser executor del testamento en que le dexaron por Albacea, sin licencia de su Prelado, y dá la razon el texto: *Cum velle, vel nolle non habeat*. De fuerte, que por aver el Religioso renunciado todas las cosas juntamente con su volun-

tad, no puede tratar hacienda, assi propria, como agena: por lo qual el Religioso no solamente no puede hazer estas restituciones, y distribuciones, sin licencia del Prelado, pero ni recibir el dinero del Secular para guardar en deposito algun tiempo, como dize Molina, to. 2. de iust. disp. 525.

50. Que basta pedir licencia para hazer vna restitucion, y no es necesario hazer sabidor al Prelado de como, ó a quien se ha de hazer, es cierto; porque el impedimento, que el Religioso tiene es solamente la general renunciacion, que tiene hecha de todas las cosas en la voluntad del Prelado; y este impedimento se quita dando el Prelado licencia para hazer vna restitucion, que en esta licencia se incluye recibir el dinero, y restituirlo, segun las reglas de la restitucion recta. Y consta assi del Derecho, cap. Religiosus. de testam. donde se determina, que con licencia del Prelado puede el Religioso ser executor de testamentos, y cumplir las vltimas voluntades de los difuntos: por lo qual de la misma suerte, que vn Albacea Religioso no ha menester pedir al Prelado licencia para cada cosa, que ha de arbitrar, ó disponer de la hacienda del difunto, sino basta la licencia general para ser su Albacea; assi el Religioso a quien se dexan cantidades de hacienda que restituuya, no ha menester licencia para dar a este lo que le toca, ó a aquel, ó para arbitrar de que manera, ó en que forma ha de hazer la restitucion, y distribucion de la hacienda que se le ha encomendado, sino basta licencia general para hazer vna restitucion; y aun en estas cosas de restitucion, que se comunican *in foro conscientie*, basta por mas urgente razon, que en los testamentos la licencia general; porque en estas cosas no dexa de tener inconveniente la especificacion del modo, y personas a quienes se ha de restituír: y aun juzgo, que sabiendo ya el Prelado, que V. R. tiene esta cantidad para restituirla a quien perteneciere, no ha menester mas licencia, porque para esto basta licencia presumpta, ó tacita del Prelado, como prueba doctamente Sanchez, in opere mor. lib. 6. cap. 11. y Silvest. verb. Testamentum. 2. q. 2. dict. 3. y consta de aquel comun axioma: *Taciti, & expressi idem est iudicium*, que se colige del Derecho, l. De quibus. ff. de legib. *Quod interest, suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis, & factis?* Y l. Cum quid. ff. de rebus credit. con su Glossa, que dize: *Tacitum pro expresso habetur*. Y quando el Prelado sabe, que V. R. tiene cantidad de hacienda que restituír, y calla, pudiendo si quisiera contradecirlo, es

verdadero consentimiento, y licencia tacita para hazer esta restitucion a quien conviniere hazerle; y asi no es menester pedir otra licencia, como dize Sanchez en el lugar citado, y en otros tres lugares de sus obras, que alli cita.

## CONSULTA X.

*Sobre a quien, ó como restituirá un hombre pobre cantidad de dineros, que usarpò en diversos pueblos? si por ventura se podrá componer con la Bula de composicion?*

## PROPUESTA.

**V**N cobrador tiene que restituir a dos, ó tres pueblos vna cantidad moderada; pero si lo dà a los cabezas, no llega a los pies, que es quien lo pagó. Si al Padre, no llega a los cabezas: y ya ni a vnos, ni a otros, por dos razones. La primera, porque ya son muertos, ó idos, y realmente no sabe a quien, si era de todos, ó de algunos el arroz. La segunda razon, porque este hombre es pobre, y ha de pagar oy cinco pesos, el año que viene otros tantos, y no puede componerse por la Bula, vt tenet Villalob. tract. 29. de Bulla de composicion. n. 26. en el 5. que comienza: *La duda es. col. 2. fol. 682.* de la primera parte. Como, pues, podrá restituir, ó quedarle con ella por pobre?

## PARECER C.LI.

**51. A** La consulta se responde, que la opinion de Villalobos, de que no se puede componer con la Bula de la composicion lo que se hurtò, ó defraudò a los vezinos de vn pueblo, como el tabernero, que echa agua en el vino, ó vña de medida menor, ó el carnizero, que defrauda en el peso, es la comun de los Doctores, y la que se debe seguir, porque lo que así se hurta, no es en rigor de personas inciertas, ó no conocidas; porque aunque no se conoce lo que se le hurtò a cada persona en particular, bien se conoce, que es de los vezinos de aquel pueblo, y de los que van alli a comprar, y se halla camino, y modo como restituir a los propios a quienes se defraudò, ó a sus descendientes, vendiendo del mismo genero, y añadiendo al peso, ó medida otro tanto mas como defraudaba, por otro tanto tiempo como estuvo defraudando; porque en el mismo pueblo, y calle, los mismos que compraban de aquel genero los años passados, lo comprarán los años siguientes, ó sus hijos, y herederos. Y

si alguno, ó algunos se han ido a viuir a otra parte, ó no compran en el tiempo que se hazia el hurto; y otro, ó otros han venido de nueuo, ó compran gozando del beneficio de la restitucion, que no padecieron el daño, son pocos: y para que realmente se verifique, que la restitucion se haze a sus propios dueños, basta que por la mayor parte se haga a ellos, porque *de modico non est curandum.* cap. Et si quaestiones. de simonia. y cap. Iudices l. q. 1. y cap. Bonæ rei. 12. q. 2. y cap. Terrulas. ead. q. y cap. Re vera. dist. 2. de consecrat. y l. Si olium. ff. de dolo. y l. Scio. ff. de in integ. rest. Demàs desto, este modo de restituir, vendiendo el mismo genero en el mismo pueblo, y en el mismo barrio, de su naturaleza mira a hazer la restitucion a los mismos que se damnificò; y es muy *per accidens*, que no se restituya a alguno de los damnificados, y que goze del beneficio alguno, que no recibió el daño.

**52.** No obstante esto, la contraria opinion, de que en estos casos se puede tambien componer con la Bula de composicion, tiene alguna probabilidad, porque tambien se verifica, que lo así defraudado es de personas inciertas; porque en singular no se puede señalar con certeza, que se defraudò a esta, ó a aquella en particular. Esta opinion lleva Trullench, in expos. Bullæ Cruciat. lib. 2. dub. 4. y otros, que cita Diana, p. 4. tract. 4. resol. 46. y 113.

**53.** Aunque esta opinion no la tengo por muy segura, hablando del hurto del tabernero, y otros semejantes, y nunca me atreveré a apartarme de la primera opinion, porque ay modo posible con que restituir casi todo lo defraudado a sus propios dueños, ó a sus herederos; pero en el caso presente se puede seguir la segunda opinion, porque no ay modo con que se puede hazer, que llegue la restitucion a todos, ó casi todos los defraudados, ni aun a algunos, porque ni se sabe a quienes se defraudò, ni a todos se hizo el daño por igual, ni se sabe si se hizo a todos los del pueblo, ó a los mas, ó quizá a los menos: y no siendo posible a este hombre restituir de vna vez todo lo que debe a vn pueblo, no se puede hazer con la cantidad que restituyere cosa alguna, que ceda en utilidad de todo el pueblo, sino que restituyendo poco a poco, se irán quedando estas pequeñas cantidades en los arcaduzes por donde se huviere de hazer la restitución. Por todo lo qual juzgo estos bienes por de personas inciertas, y que es moralmente imposible restituirlos a sus propios dueños; y consequientemente se puede seguir la segunda

da opinion de restituir a los pobres, ó componerle con la Bula de composicion. Parece-me lo mas acertado, por ser él bastantemente pobre, aplicarle por limosna la mitad de lo que defraudò, y la otra mitad, que la dà de limosna a Indios pobres de aquellos tres pueblos donde hizo el daño: como si de vn pueblo sacò quarenta pesos mal llevados, a Indios necesitados de aquel pueblo dà veinte pesos, repartiendolos, y de la misma fuerte en los otros dos pueblos: y estas limosnas las puede hazer de muchas vezes, y poco a poco, como alcançaren sus fuerças, y será gran limosna, y penitencia satisfactoria, y preservativa de semejantes pecados; y si no ay esperanza, que en dos años pueda pagar tanto, pague la quarta parte. Este modo de restituir es conforme al Derecho Canonico, cap. Cum sit. de Iudæis, donde todo lo que avia usurpado vn Juez Judio de vn pueblo de Christianos, se manda restituir a los pobres de aquel pueblo, porque los pobres son los que por la mayor parte lleuan las sobrecargas, y a quienes mas de ordinario se hazen los agrauios, y extorsiones.

## CONSULTA XI.

*Sobre la cantidad en que se puede vno componer de cosas mal avidas, y ganadas, con la Bula de composicion? Item, si se opongán dos instrucciones del Comissario general de la Santa Cruzada, en orden a aquesta composicion?*

## PROPUESTA.

**V**Na persona, que se halla obligada a restituir cantidad grande de hacienda, que debe, y no sabe las personas a quienes deba hazer la restitucion, acudiò al señor Comissario de la Santa Cruzada destas Islas, para componerse, y se ha dudado en quanto deberá componerse, porque dos instrucciones, que tiene el señor Comissario, parece que están encontradas. La vna, que es manuscrita, cuya fecha es a 30. de Março de 1665. dize así: *Qualquiera composicion, que ante dicho Comissario nuestro Subdelegado general, se viniere a componer, y dispensar de cosas mal avidas, y mal ganadas, y adquiridas, que no se sepa dueño a quien los tales bienes, y hacienda se pueda, y deba legitimamente restituir, se lleue de composicion la dezima parte de lo que así se compusiere.* La otra instruccion, que es de letra de molde, cuya fecha es a 12. de Julio de 1662. dize así: *Todas las personas, que tomaren la dicha Bula de composicion, que para este*

*efecto hemos mandado imprimir a parte, dieron de limosna doze reales de plata Castellanos, que por ella hemos tasado, sean libres, y absueltos hasta en cantidad de treinta ducados Castellanos de a onze reales cada vno, de qualesquiera bienes, y hacienda mal avidos, y mal ganados, y adquiridos, de que fueren a cargo, no sabiendo los dueños a quienes se pueda, y deba legitimamente restituir. Y mas abaxo profigue: Y siendo en mas summa, y cantidad lo que así se huviere de componer por la dicha autoridad Apostolica, tenemos por bien, que tantas quantas vezes se tomare la dicha Bula de composicion, y se diere la dicha limosna, quede compuesta la persona que la tomare, en la dicha cantidad de los dichos treinta ducados. En esta instruccion de molde, que segun la fecha es mas antigua, dize, que por los doze reales, que se dan por limosna de cada Bula, se componen treinta ducados, que viene a ser poco mas de vno por treinta. Y en la otra instruccion manuscrita, que es mas moderna, dize, que se pongan las deudas de cantidades, que se deben a personas inciertas, dando el deudor la dezima parte, que viene a ser mucho mas de lo que dize la instruccion mas antigua, pues determina, que de diez vno. Preguntase a qual destas dos instrucciones deberá seguir en este caso?*

## PARECER C.LII.

**54. R** Espondese, que ambas a dos instrucciones se deben seguir, porque no se oponen, antes concuerdan muy bien entre sí. Para mayor explicacion de esto se ha de advertir, que la instruccion de molde no es especial para el señor Comissario, sino general para todos los que concurren, è intervienen en la publicacion de la Bula, y en su expedicion; y así no solamente dà instrucciones al señor Comissario Subdelegado general, sino tambien a todos los Comissarios particulares de cada Diocesi, y al Tesorero, y a los Predicadores, Notarios, y Escriuanos, y a los que han de tomar las Bulas, señalando a cada vno la limosna que debe dar. Pero la otra instruccion manuscrita es especial para el señor Comissario Subdelegado general, donde pone todo lo que especialmente le pertenece, y no habla con otra persona alguna en dicha instruccion manuscrita.

**55.** Esto supuesto, digo, que en la instruccion impresa solamente dà orden de como se han de componer los que debieren restituir hasta cantidad de noucientos ducados, y de alli para abaxo: la qual composicion se haze sacando vna Bula por cada treinta



ta ducados, que se deban a personas inciertas, y con dos liras se componen sesenta ducados, y con tres noventa, y se pueden sacar hasta treinta Bulas, cuya limosna monta quaranta y cinco pesos, y se componen por ellas en cantidad de novecientos ducados. Y para hazer esta composicion por Bulas, no es necesario recurrir al señor Comissario general, sino basta sacar las Bulas del Tesorero, pagando los doze reales de limosna por cada vna: y si la deuda passà de ai, y excede a la dicha cantidad de novecientos ducados, no se puede componer con Bulas, sino que deben recurrir al señor Comissario Subdelegado general, el qual les compondrà, sin obligarles a sacar Bula de composicion: y en esta instruccion manuscrita se le dà orden de que los deudores de dicha cantidad, que excede los dichos novecientos ducados, den a la Santa Cruzada la dezima parte de lo que tienen mal adquirido. Todo esto consta clarissimamente de las palabras de ambas instruccionnes. La instruccion impressa dize, que se puedan componer por Bulas hasta en la summa, y cantidad de novecientos ducados, y no mas, porque en lo que de alli arriba fuere, se ha de recurrir a los nuestros Subdelegados generales de las dichas Prouincias, para que ellos, en conformidad de la instruccion, y comission, que para ello les embiamos, provean como la tal composicion se haga particularmente. Bien claro dize aqui, que no passando la cantidad que se debe de novecientos ducados, se componga por Bulas de a doze reales la limosna de cada vna, y con cada vna se componen treinta ducados; y que excediendo la deuda a dicha cantidad, se recurra al Comissario general, para que conforme a otra instruccion especial, que tiene, hagan particularmente dicha composicion. Esta instruccion especial, que se refiere en la impressa, es la manuscrita, y en ella dize, que de qualquiera cantidad, que se huviere de componer ante el señor Comissario Subdelegado general, se lleue de composicion la dezima parte de lo que assi se compusiere. Y aunque parece, que habla generalmente de qualquiera cantidad, que se viniere a componer ante el Comissario Subdelegado general, se entiende de la cantidad, que excede los novecientos ducados, porque essa es la que se ha de componer ante el Comissario Subdelegado general, porque las que no exceden los novecientos ducados, se componen con Bulas de composicion, sin ser necesario recurso al señor Comissario Subdelegado general.

56. Otra dificultad ay aqui no pequena, y es, si alguna persona debe a personas inciertas cantidad, que excede los novecientos du-

cados (como si debe mil ducados) si puede componerse de los novecientos, sacando treinta Bulas de composicion por quaranta y cinco pesos, y por los ciento restantes recurrir al señor Comissario general, el qual lo compondrà con diez ducados, que es la dezima parte de los ciento, con que se compondrà de todos los mil ducados por menos de sesenta pesos? ó si deberá recurrir al señor Comissario a componerse de todos los mil ducados, y dar por la composicion de todos la dezima parte, que son ciento y treinta y siete pesos?

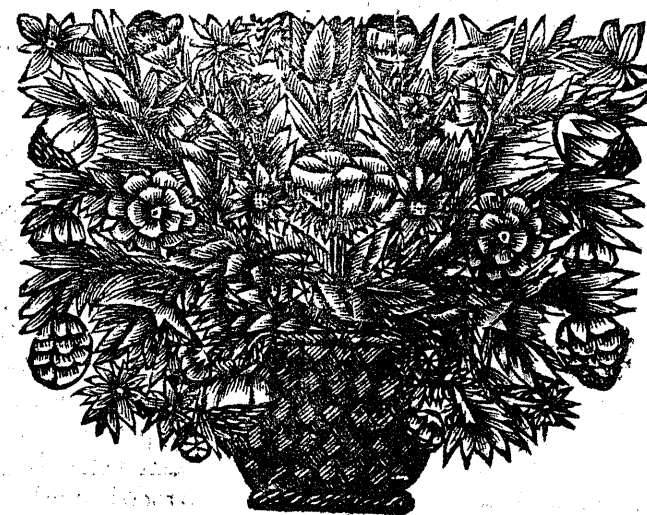
57. En esta dificultad quisiera mas oír el parecer ageno, que dezir el proprio, porque no quisiera que se disminuyese vn real de tan santa obra, como es la Santa Cruzada por vna parte, y por otra no es bien limitar, y coartar el beneficio tan grande, que se haze a las conciencias con esta Bula de composicion, en que con tan corta limosna salen de quantiosas deudas. Y como dize Man. Rodrig. en la Summa, tratando de la Bula de composicion, pag. 97. su Santidad quando quiso que vna gran cantidad se compusiese con vna corta limosna, atendió a que todos se animasen a salir de sus deudas, y de su mal estado, viendo que se les ponía por delante vn camino tan facil, y para que de essa fuerte se juntasse mas dinero para dicha obra; porque si su Santidad mandara, que se diera mas cantidad para esta composicion, muchos no se compusieran, y se quedaran en mal estado sin restituir, y consiguientemente se juntaria menos limosna para esta santa obra.

58. No obitante la dificultad, que este caso me ha hecho, por averme mandado el señor don N. que responda, y deberle yo obedecer en todo por muchos titulos, digo, que la persona, que debiere mas de novecientos pesos, debe componerse de los novecientos con Bulas de composicion, a razon de doze reales por cada treinta ducados mal adquiridos, y de lo restante se debe componer con el señor Comissario, dando la dezima parte. Este punto no se puede resolver por la instruccion especial manuscrita, que solamente dize, que de qualquiera cantidad, que ante el señor Comissario Subdelegado general se viniere a componer, de cosas mal adquiridas cuyos dueños se ignoran, se ha de llevar de composicion la dezima parte, y no explica si toda la cantidad del que debe mas de novecientos ducados, se ha de componer por la dezima parte, ó la parte en que excede a los novecientos ducados. La instruccion impressa dize algo, aunque no lo explica muy claro: dize, que se compongan por Bu-

las

las de composicion hasta novecientos ducados, y no mas, y que en lo que de alli arriba fuere, se ha de acudir al Comissario Subdelegado general, para que se haga la composicion conforme la instruccion especial que tiene. Puede hazer esta clausula dos sentidos; el vno, que en la cantidad que de alli arriba fuere, esto es, que excediere los novecientos ducados, se recurra al Comissario Subdelegado general, para que componga toda la dicha cantidad, que es mas de novecientos ducados, segun la instruccion especial, que es por la dezima parte. El otro sentido es, que en aquella parte, que excediere a los novecientos ducados, acuda al Comissario Subdelegado general: y este segundo sentido me parece, que es mas conforme a la letra, que dize assi: *En lo que de alli arriba fuere, se ha de acudir a nuestros Subdelegados generales.* Alli se dà a entender, que recurra al Comissario Subdelegado general en la parte, que excediere a los novecientos ducados; y assi juzgo, que no se debe recurrir a esta composicion especial de la dezima parte por toda la cantidad, sino solamente por la parte, que excede los novecientos ducados. Y de la misma Bula impressa se colige lo mismo, que dize assi, que se puede componer por Bulas hasta summa de novecientos ducados, y no mas, porque desde arriba ha de venir, ó embiar ante Nos, para que conforme a la relacion, que Nos fuere fecha, proveamos en particular de la congrua composicion. Demàs desto, se prueba de ambos Derechos; del Canon. cap. Olim. de verb. signif. *Cum beneficia principum sint interpretanda*

*largissime.* Del Ciuil. l. Beneficium. ff. de constitut. Principum. *Beneficium Imperatoris, quod a Divina eius indulgentia proficitur, quam plenissime, interpretari debemus.* Esta composicion es vn grandissimo beneficio del Principe, concedido primeramente, para que se junte cantidad considerable de dinero, para los gastos de la guerra contra Infieles; y demàs desto, para que las conciencias agrauadas con hazienas mal avidas, cuyos dueños no se conocen, hallen camino facil para salir de la perdicion en que están; y ambas cosas se consiguen mejor, quando se les pone carga mas ligera, y se les obliga a restituir vna cosa muy moderada, como se dixo arriba, y lo dize Manuel Rodriguez en el lugar citado: porque viendo, que la cantidad con que se componen es muy moderada, se animan todos a componerse, lo qual no harian muchos, si se les pidiera cantidad mayor; y por essa causa se manda dar por limosna de vna Bula de composicion doze reales, y se componen de treinta ducados. Por lo qual atendiendo a este fin, que tuvo el Principe para conceder este beneficio tan grande, y a que el mismo fin tuvo el señor Comissario general quando hizo esta instruccion, juzgo; que et que debiere a personas inciertas mas de novecientos ducados, se ha de componer de los novecientos con treinta Bulas; y de la parte que excede, se ha de componer ante el señor Comissario Subdelegado general, por la dezima parte.



CLAS-

# SEPTIMA CLASSE, EN QUE SE PONEN LOS PARECERES

tocantes à compenfaciones, y commutaciones  
de deudas.

## CONSULTA I.

*Sobre si el que compra una cosa con vicio oculto, se pueda recompensar con otra cosa del vendedor, que tiene en su poder?*

### PROVESTA.

Siendo yo Procurador, pedi a vn Sangley vn carahay grande, traxome dos, escogido el vno, dixo, que le guardara yo el otro. Ponefe nuestro escogido al fuego, y antes de 15. dias descubrió tantas lacras, que no podia fervir. Valime del otro, y troquélos; viene por el bueno, y yo digo: Señor mio, yo no compré para 15. dias carahay, ni compré por siete pesos y medio (que valen, ó son su precio) el servicio de 12. dias, ó 14. tu me quisiste engañar. Preguntase, si se pudo hazer el trueque del carahay, ó si ay obligacion de bolvertele el sano, ó por mejor dezir, quien ha de perder, yo, ó el Sangley?

### PARECER C.LIII.

1. **R**espondefe, que si el Sangley, que traxo esos carahayes, era el dueño dellos, ó de parte del dueño los vendia, siempre debe abonar, y asegurar lo que vendió, que a nadie es licito vender gato por liebre, ni cosa falida, ó cosa dañada por buena. Pero si dicho Sangley fue embiado por el Procurador, como instrumento, para que le buscasse, y comprasse carahay, no lo debe el Sangley, que en tal caso es como vn criado, ó mandatario, que hazia las vezes del Procurador, y sin culpa suya se engañó en la compra, como tambien se engañó el Procurador en recibir, y escoger aquel.



## CONSULTA II.

*Sobre si vna, que debe a otro, se pueda recompensar con lo que el otro por algun camino le debe, de fuerza; que se vaya (como se suele dezir) una deuda por otra?*

### PROVESTA.

Pedro fue Mayordomo de la Ciudad, y el obligado de la carne, que es vn Sangley, le paga a la Ciudad de cada res que mata vn real, por tanto la Ciudad le señala, y pide fianças. Cobralo el Mayordomo al fin del año: dixole Juan (que es Regidor) al Mayordomo, que se hiziera el cargo de aquella partida, que aunque faltara el Sangley, no faltarian los fiadores. En virtud desto pagó de su bolsa dicho Mayordomo cien pesos, y al tiempo de cobrar del Sangley halló, que se avia huido, y el fiador, que es Francisco, desterrado, y pobre (aqui está el punto.) Tiene oy en su mano vna cantidad, que restituir a la Ciudad, y pregunta, si podrá *tuta conscientia* hazerfe pago de aquellos cien pesos, diciendo, que le haze donacion de lo que le debe Francisco, para que la Ciudad los cobre, que le es mas facil a la Ciudad, que a los particulares cobrar de malas ditas?

### PARECER C.LIV.

**A**La consulta se responde, que puede *tuta conscientia* el Mayordomo hazerfe pago de dichos cien pesos. La razon es, porque en esso no damnifica a Francisco, porque como fiador hizo suya propria la deuda del Sangley, por cuya falta quedó obligado a pagarla, y no sale de dicha obligacion, por averla pagado el dicho Mayordomo, antes está obligado a pagar al Mayordomo todo lo que lastó, como dize el Derecho, l. Cum pecuniam. ff. de negotiis gestis. *Cum pecuniam eius nomine solveris, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor à creditore liberatus sit.* Ni damnificar a la Ciudad, porque el Mayordomo no fue fiador del Sangley,

gley, ni se obligó a pagar en caso que faltasen los dos, sino solamente pagó a la Ciudad lo que debian los otros, juzgando poderlo cobrar del Sangley deudor, ó del fiador, y despues halló imposible la cobrança por vna, y otra parte; y assi no se empeoró la cobrança por culpa del Mayordomo, sino que la dita era mala, sin culpa alguna del Mayordomo: por lo qual no está el Mayordomo obligado a mejorar la dita a su costa, ni a pagar de su casa la deuda agena. Y aviendola pagado sin tener obligacion a ello (por entender que la dita era cobrable) puede, conociendo la dificultad, conservarse indemne, poniendo la dita de la Ciudad en el mismo estado que la halló: lo qual haze suficientemente, dando a la Ciudad esta cantidad para que la cobre de Francisco, porque desta fuerte se guarda de todas partes la igualdad de la justicia commutativa; el Mayordomo cobra el dinero, que por yerro avia pagado, sin deberlo pagar; y la Ciudad queda con el Derecho, que tenia de cobrar la misma cantidad del mismo fiador, sin averfele deteriorado en cosa alguna. En esta razon se fundan los Doctores, que dizen, que el que compró alguna cosa, que era hurtada, cumple bolviendola al ladrón, porque desta fuerte la dexa en el mismo estado que la halló quando la compró, ni está obligado a mirar por la cosa agena, poniendola en mejor estado a su costa. Assi lo fienten Nauarro, cap. 17. n. 8. Soto, lib. 4. de iust. q. 7. art. 2. Lopez. 2. p. inf. cap. 95. Couar. lib. 2. var. q. 3. Medina in Summ. fol. 296. Y la misma razon corre en el caso presente, que si la Ciudad tiene vna mala dita, no está obligado el Mayordomo a mejorarla a su costa, ni a pagar la cantidad con su dinero, que esso sería hazerfe fiador de todos los que deben a la Ciudad, y de sus fiadores, que sería carga intolerable. Y si el Mayordomo persuadido, ó engañado de los Regidores, ó por su proprio dictamen creyendo, que puede cobrar alguna deuda de la Ciudad, se hiziere cargo de ella, y la pagare, y hallare despues que no la puede cobrar; puede conservarse indemne, haziendose ocultamente pago de su dinero, y dexando a la Ciudad el derecho para cobrar en el estado, que antes tenia. Llegase aqui, que segun Derecho, a ninguno debe ser dañoso su officio, l. Sed si quis. ff. quem admodum testamenta aper. *Et sit iniquum damnosum cuiquã esse officium suum.* No es justo, que el Mayordomo, por averfe hecho cargo de la cantidad, que esperaba cobrar, por hazer bien su officio, y con puntualidad aya de pagar la deuda, cuya cobrança no se empeoró, ni embarazó por su causa, y

desto ay otro texto elegante en el Derecho Canonico, cap. Sane dilecto. de renunt. *Quia verò unde misericordiam debuit impetrare, inde cogitur dispendium sustinere.* Y alli la Glossa: *Exhibitio sua reverentia, & honor impensus non debet ei esse damnosus.* Averfe el Mayordomo con venido, y hechofe cargo, y pagado la cantidad, que se debía a la Ciudad, creyendo, y obedeciendo al Regidor, que le dixo sería facil la cobrança, si no del deudor, por lo menos del fiador; no es justo que le sea dañoso, ni que lo pague de su casa.

## CONSULTA III.

*Sobre si vn Oficial, que debe a su Comunidad, ó Cabildo cantidad de dinero, pueda satisfacerles haziendoles disimuladamente donacion de otra tanta cantidad, que le deben a el tal personas de quienes el no puede cobrar, mas a dicha Comunidad, ó Cabildo le es muy facil, y admitirá la donacion, y cobrará la deuda infaliblemente?*

### PROVESTA.

**D**Os casos se consultaron a vn mismo tiempo, el del parecer antecedente, y este, y dize assi. El 2. caso *coincidit cum 1.* Consultase, pues, si podrá dicho Mayordomo hazerfe pago, ó cobrar de su mano, ó de la restitucion dicha en el caso antecedente (que tiene que hazer a la Ciudad) dos cantidades, que le deben N. y N. tan malas ditas, que no puede el cobrarfe las, sabiendo, que la Ciudad las cobrará facilmente; porque como tienen dichos personages tiendas en el Parian, alli llega la Ciudad con mano poderosa, y las embarga hasta que se satisficé sus deudas: lo qual no puede ningun particular hazer. Esto se pregunta para el fuero de la conciencia, porque exteriormente quiere hazer por via de liberal donación a la Ciudad esta gracia, haziendo vn genero de cortapiza, por si acaso le fuere en cargo en algo el tiempo, que fue Mayordomo, por descuydo, yerro, ó olvido.

### PARECER C.LV.

3. **E**l segundo caso es muy diferente del primero, porque en el caso primero, la deuda falida, y mala dita, es de la Ciudad, y el Mayordomo no ha tenido culpa, ni ha sido causa de la dificultad de la cobrança, ni ha falido por fiador del deudor, ni del fiador, ni ha tenido en esto mas entradas,

Ggg ni

ni salidas, que ser el cobrador de esta cantidad, como de las demás, que se deben a la Ciudad, y es cierto, que el Mayordomo, y cobrador no está obligados a abonar todo lo que se debe, ni asegurar las cobranças, sino solamente a hazer diligencia para cobrar, de tal suerte, que no se aexe de cobrar por negligencia suya; pero si la causa de no cobrar es la mala dita, y calidad de los deudores, no está obligado a pagar el cobrador, ó Mayordomo, sino que el dueño a quien se debía la tal cantidad la debe perder. Pero en el caso segundo es al contrario, porque la deuda falida, y mala dita es del Mayordomo, por lo qual, si no se cobra, ó si se gasta algo en la cobrança, lo pierde, y lasta el Mayordomo; porque *quidquid perit domino perit*, es regla comun de los Sumistas, que puede verse en Silvestr. verb. Commodatum. q. 3. y se funda en aquellas palabras del Apóst. ad Rom. 14. *Domino suo stat, aut cadit*. Por lo qual en rigor no puede commutar vna deuda por otra, porque lo que el Mayordomo debe restituir, ó entregar a la Ciudad, lo debe dar sin pleyto, dificultad, ni demora, y estas deudas con que quiere hazer pago, traen consigo dilaciones, pleytos, y dificultades en la cobrança, porque son malas ditas.

4. No obstante esto, por ser facil a la Ciudad el cobrar de dichas personas, por tener tiendas en el Parian, que puede la Ciudad facilmente embargar, y cobrar, juzgo, que es licito al Mayordomo hazerle pago de lo que le deben dichas personas, con lo que debe restituir a la Ciudad, y que la Ciudad cobre de dichas personas lo que debía al Mayordomo, por ser poca la dificultad, embarazo, litigio, y costa, que la Ciudad puede tener en dicha cobrança; porq según ambos Derechos: *Parum pro nihilo reputatur, & de modico non est curandum*. Cap. Et si quaestiones de simonia. & cap. Bonæ rei. & cap. Terrulas. 12. q. 2. & l. Scio. ff. de restitut. in integ. & l. Siquis conduxerit. ff. locati. Y aviendo el Mayordomo trabajado en las cobranças de la Ciudad, es conforme a equidad, y no vâ fuera de lo justo, que la Ciudad tome esse poco de trabajo en cobrar estas cantidades, para que su Mayordomo no las pierda por entero; pero haziendole el Mayordomo pago de la forma referida, ha de quedar con atencion, y cuydado de saber si la Ciudad cobró por entero las cantidades, que las dichas dos personas debian al Mayordomo: y si tuvo algunas costas en la cobrança, ó demasiada dilacion en ella, ha de quedar en conciencia obligado a resarcir todo lo que la Ciudad cobrare menos de lo que recibió el Mayordomo de los bienes

de la Ciudad para hazerle pago, y todas las costas, que la Ciudad hiziere en la cobrança, porque desta fuerte se guarda igualdad, y de otro modo no.

## CONSULTA IV.

*Si sea licita cierta oculta compensacion?*

## PROPUESTA.

EL General llegó al Puerto el año de 1676. y con el Justicia de allí se portó con mucha amidad, correspondida (al parecer) de dicho Justicia, hasta en tanto que fue tiempo de que se hiziesse la venta de mercaderias. Entonces dicho Justicia dispuso entre los mercaderes, que baxaron a emplear, que no lo hiziesen, si no fuera a precios infimos, que dicho Justicia les señaló, y pasó a amenazar a los compradores, si lo hiziesen a otro, que el de 8. pesos vna pieza de elefante, 3. pesos, y 4. reales vn zampur, 12. reales vna manta de lanquin, y a 9. pesos la arroba de cera, y respectivamente los demás generos que se llevaron: siendo assi, que todo lo que se vendió, que fue como a escondidas de dicho Justicia, fueron los elefantes a 10. pesos, los zampures a 3. pesos, y 6. reales y medio, las mantas dichas a 2. pesos, y la cera a 9. pesos, y 4. reales y medio, y respectivamente otros muchos generos. Dize el General, que a estos precios pudiera aver vendido 10000. pesos de hacienda, que dexó, y trayendo el procedido consigo, ganaba a mas de 10. pesos por ciento, y huviera satisfecho a sus partes, que no lo hizo entonces, por aver dexado dicha hacienda, sin poderla vender por lo referido; y además de la pérdida de vn 10. por 100. en esta Ciudad, le fue preciso tomar 300. pesos, pagando en cada mes por el logro de ellos 90. pesos, que son en 8. meses que los tuvo 720. pesos, con mas 1500. pesos, que pagó de usura a sus partes, hasta que llegó la plata de la Nao Santa Rosa a esta Ciudad, que todas tres cantidades, assi del 10. por 100. perdido por no poder vender a los precios referidos, los 720. pesos, con mas los 1500. pesos de usura, hazen 12000. pesos. Esto es de pérdida según lo referido, que la feria general según estava dispuesta por dicho General, y gente de su parcialidad, infaliblemente avia de ser con vn 6. por 100. mas de a lo que se vendió, y compraron a escondidas de dicho Justicia: y fue en tanto grado lo que apretó a los compradores dicho Justi-

Justicia sobre que no cobrasen, ni hizieran feria si no es a como él tenia dispuesto, que se vieron obligados a ir en casa de dicho General dichos compradores con vn Escriuano, que estava como oculto en dicho Puerto, para que notasse todas las razones, y preguntas, que entre ellos, y dicho General passasen, para que juridicamente constasse a todos los vezinos de Mexico, y la Puebla, que el aver dexado de comprar por el todo, lo causaba dicho Justicia, y dichos compradores, como parece no satisfarian a sus partes, y querian que de mi lo supieran juridicamente. Y porque desta causa no le parasse graue perjuizio a dicho Justicia, no quiso dicho General dezirles cosa; antes si les cargaba la negligencia, y omision, por no atreverse a comprar libremente, a que concluian con dezir: Aqui no ay refugio, y si este hombre sabe, que alguno haze la feria, lo meterá en vna prision en la casa mata, y lo dexará destruido para toda su vida; y assi tenemos por mas acertado el bolvernos perdidos a nuestras casas, y no baxar a este puerto otro año, porque mientras estuviere este hombre aqui, ha de ser lo propio todos los años.

Los agraviados, que a dicho General le hizo fueron tales, quales han sido las voces de dicho Justicia, y con pretextos paliados del Real servicio, le hizo pagar, ó quitó a dicho General de conocido mas de 200. pesos, que si no fuesen los dichos pretextos, los tendria de caudal desde entonces el dicho General, y se dize fue esto con paliamento de Real servicio. Dize el General, que a demás de la pérdida, que dicho Justicia le hizo tener, es cierto ha perdido asimismo de tener acrecentado su caudal a lo menos dandole a 10. por 100. cada año, siendo tres los que se deben tomar desde entonces a 10. por 100. quando menos son 30000. pesos, que juntos con 12000. pesos, hazen 15000. pesos. Esta cantidad es la que quándo menos ha perdido de caudal por causa de dicho Justicia.

Ay efectos de que poder cobrar, pero según ley, en poniendose este litigio ante la justicia, dichos efectos se pierden, y dicho General no queda satisfecho. Asimismo si se pone demanda por justicia, no obstante perderse los efectos, ay parte, que por ello puede ser perjudicada grauemente. Propone esto, para que bien se considere, y se busque otro medio extrajudicial, para que dicho General quede satisfecho.

El medio que a dicho General se le ofrece, es para quedar satisfecho en todo, ó en parte, que de los efectos que ay de dicho Justicia se le entreguen a dicho General 12. ó

14000. pesos, para que con ellos pueda tener algun logro, hasta el despacho de Nao, que se hiziere el año que viene de 1682. Esto es extrajudicialmente en convenio de parte, que dicho Justicia tiene, y el de dicho General, con lo qual quedará satisfecho el dicho General, y sin escrúpulo de omision por lo que a si toca. Y en caso que se le entregue dicha cantidad, la asegura de todos riesgos, y dará satisfacion bastante a la parte que dicho Justicia tiene en esta Ciudad. Dize asimismo el dicho General, que tiene por cierto, que la parte de dicho Justicia no le podrá remitir todos los efectos, que tiene en la Nao, que se ha de despachar el año que viene de 81. respecto de los accidentes, que a los mercaderes se nos ofrecen de presente. Sobre lo propuesto por dicho General, y pedimento que parece haze, dize se determine lo que se hallare en conciencia, salvando a todas las partes, que por lo que a si toca, está llano a qualquiera partido, sin ofrecerle otra diligencia, ni quedarle rencor contra dicho Justicia, y que de qualquiera modo que se determine esta causa, quedará muy gustoso, y protesta ayudar, y servir a dicho Justicia en quanto se pueda ofrecer, &c.

El punto principal que a dicho Justicia le obligaba a oprimir a los compradores, que no comprassen, si no es a los precios que él tenia señalados, es porque tenia 7000. pesos que emplear, de mas de otros 2000. pesos, que ya tenia empleados en otros generos a como él quiso.

## PARECER C. LII.

5. R Espondete, que es licito al General hazerle pago en la forma que se refiere de algunas cantidades de las propuestas, por constar con toda claridad, y certeza, que el Justicia las debe al General, no de otras que se refieren, por parece, que no consta con toda certeza deberse: y al poderatario, que tiene el dicho Justicia en estas Islas, es licito convenir en esto, y ayudar al General, para que tome satisfacion de las cantidades, que ciertamente se deben, que se especificarán abaxó, no de otras.

6. La primera parte desta resolucion consta del Derecho, cap. Plures. de usuris. donde prohibe a los Clerigos llevar usuras so pena de echarlos del Clero, y luego pone esta excepcion: *Nisi forte Ecclesie Beneficium fuerit, quod redimendum ei hoc modo de manu laici videatur*. No incurre en la culpa, ni en la pena el Clerigo, que lleva usuras al Secu-



lar, que le tiene usurpados los bienes de su Beneficio, porque entonces no es usura, sino justa recompensacion; si de otra fuerte no podia recuperar los frutos, que le tenían usurpados. Todo esto explica alli la Glosa con estas palabras: *Laicus aliquis iniuste detinet possessionem aliquam, quia fuerat Clerico in Beneficium assignata, licitum est Clerico de manu laici taliter eam redimere, ut Ecclesia, vel ipse Clericus fructus taliter perceptos retineat, nec est usura, cum tantum suum recipiat, quia forte alio modo non poterat recuperare.* Y mas abaxo dize la misma Glosa, que los Seculares tambien pueden de la misma fuerte hazerle pago de lo que otros les tuvieren usurpado: *Idem intelligo de laico, quod hoc modo sibi licet redimere possessionem de manu iniusti detentoris.* Y en esto comunmente asientan los Doctores, Soto de iust. lib. 5. q. 3. art. 3. ad 1. Cayet. 2. 2. q. 66. art. 5. & in Summ. verb. Furtum. §. Est autem. Siluestr. verb. Bellum. 1. q. 9. & verb. Bellum. 2. q. 8. & verb. Compensatio. & verb. Furtum. q. 13. Nauarr. in Man. cap. 17. n. 112. Llesio, lib. 2. cap. 12. dub. 10. Sayro in Clavi Reg. lib. 9. cap. 14. Trullencho. 2. lib. 7. cap. 5. dub. 5. Villalob. 2. p. tract. 11. dif. 23. y es comun. La razon desto es, porque constando la deuda del Justicia, y obligacion que tiene a restituir, no se le haze injusticia en quitarle lo que no le pertenece; antes se pone igualdad, haziendo por este medio, que el General tenga lo que debe tener, y el Justicia no tenga lo que no debe tener; ni a la publica potestad se le haze agrauio, porque la cantidad que debe el dicho Justicia no se puede cobrar por medio de la potestad publica, sin mucha dificultad, trabajo, y costas, por estar el deudor en tierra muy distante, y tener oficio publico, y ser persona rica, y poderosa, y aver de ir el acreedor a pleytear a tierra agena, y llevar testigos de aqui hasta Nueva-Espana, es costosissimo, y aun imposible, y poco menos lo sera llevar de diferentes lugares de la Nueva-Espana al lugar donde reside el Juez los testigos, que de aquel Reyno tuviere. Por causas no tan vrgentes, y graves asientan los Doctores referidos; que es licita al acreedor la oculta, y privada recompensa de los bienes del deudor, como por escusar molestia grande, que se ha de padecer en la cobrança, pérdida de la amistad, ó de la venebolencia, ó favor, que le haze el deudor, y por escusar costas grandes, que se presume seran forçosas en la cobrança. Cada cosa destas por si sola basta para hazer licita, y honesta la oculta recompensa; y en el caso presente concurrén todas, y así es sin duda licita la recompensa de lo que con toda cer-

teza constare deberse, de la misma fuerte que todas las leyes, y Derechos permiten la defensa propia, que qualquiera siendo acometido pueda defenderse por su propia autoridad, sin esperar a la autoridad de la potestad publica, cap. Significasti. de homic. val. y cap. Si vero. el de sententia excom. *Cum vi repellere omnes leges, omnia que iura permittant.* Y la razon desto es, porque no ay lugar de este recurio, ni la potestad publica le puede salvar indemne en la ocasion que es acometido: por lo qual la misma naturaleza le concede a qualquiera, que en tal conflicto se defienda a si mismo, y a sus cosas con armas, ó como mejor pudiere. Por la misma razon el que halla, que otro le tiene usurpada su hazienda, ó parte della, y que por autoridad de la publica potestad no puede quedar enteramente satisfecho lo que se le debe, ó que de cobrar por justicia le vendran otros daños graues, como de gastos, que no podra cobrar, ó enemistades, ó graues molestias, le es licito hazerle pago ocultamente, si halla ocasion para ello, porque cobrar con daños desta calidad, no es quedar indemne, y no se haze agrauio a la potestad publica cobrando ocultamente, sin recurrir a ella, quando los negocios estan de tal calidad, que la publica potestad no se reputa por causa suficiente de quien se espere entera satisfacion, sin riesgo de incurrir en otro daño considerable.

7. La segunda parte de dicha resolucion, de que no le es licito al General hazerle pago ocultamente de algunos debitos que propone, se manifiesta porque en los debitos, que claramente no constan, no es licito al acreedor hazerle pago, porque seria dar sententia cierta en causa dudosa, y llevarla a execucion, como si fuera pasada en cosa juzgada, lo qual reprueba el Derecho, cap. Graue. 1. 1. q. 3. *Grave satis est, & indecens, ut in re dubia certa detur sententia.* En casos litigiosos, hasta que se determine qual tiene la justicia de su parte, no es licito hazerle pago, y esta determinacion ninguno la puede hazer en su propia causa. l. Generali. C. nequis in sua causa. *Generalis lege decernimus, neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debere, in re enim propria iniquum admodum est alicui licentiam tribuere sententia.* Por cosa iniqua tiene el Derecho, que vno sea Juez de su propia causa; y la misma iniquidad tiene en deuda litigiosa, darla por cierta, y cobrarla la misma parte: y si no la juzga, ni la da por cierta, es injusticia cobrarla, porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee. de reg. iur. in. 6. reg. 65. *In pari causa potior est conditio possidentis.* Y l. In pari. ff. de reg. iur. *In pari causa pos-*

sefor

sefor potior haberi debet. Por lo qual para que la recompensa, que alguno haze de lo que le deben, sea licita, se requiere que la deuda sea clara, y cierta, que no necesite de averiguacion, ó determinacion de Juez, sino solamente de la execucion. Así lo dispone el Derecho en toda compensacion. C. de compens. l. fin. *Compensationes obijci iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, & non multis ambagibus innodata.* Y alli la Glosa: *Compensatio non fit, nisi debiti liquidi, non contraversi, non incerti.*

8. Resta en este punto averiguar quales de las cantidades que se refieren son ciertas, y quales dudosas. Primeramente es deuda liquida, y cierta del Justicia al General los 720. pesos, que pagó por los tres mil que le fue forçoso tomar para satisfacer a las partes, pagando de ganancias a razon de tres por ciento cada mes, por espacio de 8. meses. De la misma fuerte es deuda liquida los mil y quinientos pesos, que pagó de usura pupilar a las partes, por no tener dinero de que satisfacerles de presente. Destas dos cantidades se puede hazer con justo titulo la recompensa, porque consta, que el General las desembolsó, y pagó de su dinero, por el daño que le hizo, è impedimento injusto, que le puso el Justicia de Acapulco, para que no vendiese en el Puerto, con que se vido obligado a remitir a Mexico las mercaderias, que llevaba, y no pudo traer a estas Islas dinero con que satisfacer a las personas a quien era obligado, de otra fuerte, sino tomando dinero a pagar del tanto logro: que dicho impedimento, que puso el Justicia de Acapulco, fue notoriamente injusto, y consiguientemente quedase indubitavelmente obligado a restituir, consta, porque como se refiere en la propuesta, fueron ciertas, y evidentes a todos las diligencias, y amenazas, que el dicho Justicia dió a los mercaderes, que de Mexico, y de la Puebla, y otras partes baxaron al Puerto a comprar, para que ninguno comprase, sino a los precios baxissimos, que él por sola su voluntad quiso poner a cada genero: y dexando agora sin averiguar si los precios que ponía eran totalmente injustos, como si eran mas baxos de lo infimo, que justamente las dichas mercaderias podian valer, por razon de la violencia, y amenazas, que hizo a los compradores, para que no excediesen del precio, que él ponía, para tener ocasion desta fuerte para emplear él su dinero, y comprar muy barato, fue injusticia, y agrauio por tres razones. La primera, porque los vendedores, que avian llevado sus mercaderias hasta Nueva-Espana, tenían derecho por cier-

to para venderlas a los precios, que la ocasion ofrecia, segun las circunstancias del tiempo, y compradores; y quitarles este derecho por fines particulares suyos con violencia, fue en daño injusto, y consiguientemente lo debe reparar. Por esta razon el Derecho condena por cosa iniqua los monopolios, porque quitan a los compradores, ó vendedores el derecho, que tienen a vender, ó comprar en los precios, que la ocasion, y circunstancias ofrecen. Iubemus. C. de monop. *Iubemus nequis monopolium audeat exercere.* Y mas abaxo pone pena de destierro por toda la vida, y perdimento de bienes a los que hazen monopolios: *Siquis autem monopolium a usus fuerit exercere, bonis proprijs expoliatus perpetuitate damnetur exilij.* Y aunque algunos Doctores no condenan por injusto al monopolio, quando libremente sin engaño, ni violencia se con vien en los mercaderes en vn precio justo; pero no ay Autor, que lo escuse de injusticia, quando el precio en que se aunan, y conspiran es injusto, y tambien aunque el precio sea justo, si con violencia, ó fraude se obliga a comprar, ó vender a vn precio determinado; quitando el derecho, que tienen los compradores, ó vendedores, para vender segun las circunstancias de tiempo, como dize, y prueba Llesio, lib. 2. de iust. cap. 2. l. n. 146. y es comun.

9. Segunda razon: el que impide a otro con fraude, ó engaño, ó con violencia, de conseguir alguna cosa, aunque no le fuese debida, este obligado a restituir: como si alguno queria dexar a otro vn legado en su testamento, si otro le impide por fuerza, que no se lo dexa, ó amenazandole, ó haziendo que el Escriuano no vaya, para que no pueda hazer testamento, está obligado a restituirle lo que montaba el legado, que le querian hazer; y de la misma fuerte el que impide con violencia, ó con fraude, que a alguno le hagan alguna donacion, que ya infaliblemente le querian hazer, ó impide que le den vn Beneficio, ó otro qualquiera bien, que le quisieren hazer, ó él huviera de conseguir: porque aunque no tenia derecho a la donacion, ni al legado, ni al beneficio; pero tenia derecho a que ninguno con fraude, ó con violencia le impida la consecucion de los bienes, que por qualquiera via le pueden venir. Así lo afirman comunmente los Doctores; vease a Trullencho. 2. lib. 7. cap. 11. dub. 6. n. 2. Bonacin. de restitut. disp. 1. q. 2. punct. 12. Villalob. p. 2. tract. 11. diff. 44. Llesio de iust. lib. 2. cap. 12. n. 123. donde dize, que es sententia comun de los Doctores. De la misma fuerte los que lleuan sus mercaderias destas Islas al Puer-

Puerto de Acapulco, aunque no tienen derecho para que les den por ella tal precio subido, que esto depende de la voluntad, y conveniencia de los compradores; pero tienen derecho a que ninguno con violencia, o fraude impida a los compradores a que no les compren por el precio, que entonces pareciere razonable, y conveniente; y consiguientemente el que con violencia, o con fraude impidiere la venta a los precios razonables, o subidos, que pudieran vender, sin exceder lo justo, está obligado a restituir.

10. Tercera razon: el precio justo de las mercaderias, no es el que qualquiera comprador, o vendedor les quisiere dar, sino aquel en que se convienen los que compran, y venden, atentas las circunstancias del tiempo, si ay multitud de mercaderias, o carestia dellas, si ay muchos compradores, o pocos. Affi consta del Derecho, l. Pretia, ff. ad l. Falc. Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singularum, sed communiter funguntur. Y l. Si servum, ff. ad l. Aquil. Non affectionem estimandam esse, se quanti omnibus valet. Y affi lo afirman comunmente los Doctores: vease a Silvest. verb. Emptio. q. 6. L. effio, lib. 2. de iust. cap. 2. l. n. 147. Villalob. to. 2. tract. 2. l. diff. 5. por lo qual si algun mercader, o comprador con mano poderosa impidiere, que los vendedores, y compradores se concienten, y ajusten para abrir los precios, segun las circunstancias del tiempo, y el solo pudiese el precio en orden a su utilidad, haria contra justicia, y estaria obligado a restituir los daños a los que por esta causa vendieron mas barato, o compraron mas caro de lo que segun las circunstancias del tiempo se esperaba; o si dexaron de vender, o comprar lo que les importaba, y affi el Justicia de Acapulco, por aver puesto dicho impedimento con la mano, y poder de justicia, está obligado a restituir los daños.

11. Si se opusiere contra esta resolucion, que el dicho Justicia con la publica potestad, y oficio de Juez que alli haze, pudo poner precio a las mercaderias, y en comun sentir de los Doctores, quando la justicia, y publica potestad pone precio a lo que se vende, a el se debe estar: respondese, que nunca se ha entendido; que el que haze oficio de Justicia en Acapulco tenga potestad de poner precios a las mercaderias de las Naos, que llegan a aquel Puerto; y quando tuviera esta potestad, debiera poner los precios, atendiendo al bien comun de los que compran, y venden, y a las circunstancias del tiempo; pero consta, que atendió solamente a su utilidad con daño de todos, pues la mayor par-

te de las mercaderias se dexaron de vender entonces, remitiendolas a Mexico, por no venderlas a los precios baxos; que queria el Justicia comprarlas, por cuya causa los que avian baxado a comprar, no compraron lo que querian, ni los vendedores vendieron sus mercaderias, y a todos causó detrimento, poniendo el precio que quiso, no como Justicia, ni como Juez recto, sino como mercader codicioso, y affi el impedimento que puso a la feria fue injusto, y la circunstancia de ser Juez no disminuye la culpa, sino la agrava, l. Meminerint. C. vnde vi. Ne inde iniuriarum nascatur occasio, vnde iura nascuntur. Y consiguientemente tiene obligacion cierta, e indubitable de restituir los daños, q. de dicho impedimento se originaron, cap. Si culpa de iniurijs, & damno dato. Si culpa tua datum est damnum, vel iniuria irrogata iure super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse contingere, vel iacturam. Y affi como consta con toda certeza, que de no aver vendido entonces en el Puerto, por causa del dicho impedimento, se vido obligado a remitir las mercaderias a Mexico, y venirle a esta Ciudad de Manila sin el dinero, y a tomar 300. pesos, pagando 3. por 100. cada mes por tiempo de 8. meses para satisfacer a sus acreedores, que no le quisieron esperar, y a otros acreedores pagó por la demora a cinco por ciento en aquel año, y ambas cantidades montaron 2720. pesos, de los es el mismo Justicia deudor con toda claridad, y certeza; y consiguientemente de los se puede hazer pago, y recompensa el General.

12. Quanto a la cantidad de 1000. pesos, que dize averle hecho de daño el dicho Justicia, no tengo esta deuda por liquida, ni por cierta. El fundamento en que este daño se procura fundar, es, porque a no averle puesto el dicho impedimento, huviera traído consigo 10000. pesos procedidos de la venta, con estos huviera pagado a sus partes, y huviera ganado 10. por cada 100. y con los 10000. que dize, huviera tenido de ganancia 1000. Digo a esto, que esta ganancia de 1000. pesos no pudo ser tan cierta, y segura como se requiere, para hazer liquida la recompensa oculta, y privada. Para declarar esto supongo, que sea cosa cierta, e infalible, que avia de sacar los 10000. pesos de la venta en el Puerto, a no aver puesto el Justicia el impedimento referido (que aun en esto no dexa de aver alguna duda) de los cien mil pesos, en llegando a Manila avia de pagar a las partes 3000. pesos, que desta cantidad se vido obligado a pagar en vn año 1500. pesos a razon de cinco

co por ciento, y otros tres mil, que por pagarlos se vido obligado a tomarlos a pagar a tres por ciento cada mes; y affi de los 3300. no podia tener ganancia alguna, o de la demás cantidad, no es muy cierto, que avia de ganar a 10. por 100. si la huviera traído; y en qualquiera ganancia, que con dicha cantidad intetara, avia de aver riesgos, y peligros, y esto q. huviera ganado trayendola aquel año, se recompensaria en la mejor venta, q. dichas mercaderias tendria en Mexico, a donde las remitió, donde se venden de ordinario por mas subidos precios, que en Acapulco. Personas de mucho caudal hemos conocido en esta Ciudad, que tenian por mas util, que se quedasen sus mercaderias en Mexico vn año, y dos, para que alli se vendiesen a subidos precios, que venderlas el mismo año a los precios de la feria que se abre en Acapulco. Llegase aqui otra ganancia, que tendria, o pudo tener el General en remitir a Mexico la hacienda que llevaba, y es, que las mercaderias ajenas, que lleuó a beneficiar, en esta tierra las pagaria segun fue la feria en Acapulco; porque no queriendo los dueños esperar la tardanza de vn año, por averlas remitido a Mexico, cumplió pagandoles como si las huviera vendido en el Puerto a los precios que alli valieron, y consiguientemente de dicha remission a Mexico tuvo no solamente el acrecentamiento del precio en que se vendió su propia hacienda, sino tambien aquel en que se vendió la agena, que llevaba a beneficiar; y finalmente el Justicia de Acapulco, aunque le impidió la venta breve de sus mercaderias en el Puerto, y el traer el dinero procedido a Manila, donde pudo tener alguna ganancia; pero no le impidió el remitirlas a Mexico, donde tambien pudo tener ganancia, y puede ir la vna por la otra: especialmente, que en Mexico pudo tener ganancia, no solamente en las mercaderias propias, sino tambien en las ajenas. Del modo referido estas ganancias en vn año, y otras mercaderias pueden quasi recompensar lo que podia ganar con todo el procedido de sus propias mercaderias, si las huviera vendido en Acapulco, o por lo menos dexan el lucro cesante no tan cierto, y evidente, que basta para recompensarle ocultamente por su propia autoridad: y aqui se ha de advertir, que de los cinco por ciento al año, que pagó a las partes por la espera de su dinero, y de los tres por ciento al mes, se le concedió entera recompensa, sin descontarle lo que las mercaderias de los por quien pagó estas ganancias, le valieron mas vendidas en Mexico, porque esta ganancia, que tuvo en dichas

mercaderias ajenas, juntamente con la que tuvo en las propias, haze probable equivalencia al lucro cesante, por no aver traído entonces todo su caudal, y por lo menos no queda tan cierto el daño de dicho lucro, q. baste para hazer licita la oculta, y privada recompensa.

13. Pide tambien recompensa oculta, por causa de que los generos, que vendieron en el Puerto a escondidas del Justicia, se huvieran vendido por mas subidos precios, si el Justicia no huviera puesto dicho impedimento, y arbitra, q. segun estava dispuesta la feria perdieron en dichos generos, que alli ocultamente vendieron, vn leis por ciento.

14. Respondese, que de la misma fuerza en esto no puede aver recompensa. La razon desta resolucion es, porque no consta claramente, que el impedimento del Justicia obrasse en esto, pues los que compraban affi ocultamente, compraban a mas subido precio, que el que tenia puesto, y mandado el Justicia; pongo por exemplo. El Justicia señaló el precio de cada pieza de elefante a 8. pesos, y mandó, que ninguno subiese de este precio, lo qual no obstante compraron ocultamente a diez pesos la pieza: de que no diesen a 11. pesos por cada pieza no pudo ser causa el Justicia, porque en aquella venta, y compra oculta, no se tenian por obligados del mandato, o violencia del Justicia los compradores, ni los vendedores, pues no lo observaban; y affi el vender la pieza a diez pesos, y no a 11. se debe atribuir a que affi se convinieron los que vendian, y compraban, y no al impedimento injusto del Justicia: y aunque los compradores pudiesen por excusa para no subir de los 10. pesos, el mandato, y violencia del Justicia, esta fue traza de mercaderes para comprar mas barato, que realmente en aquella compra oculta no podía temerse coaccion del Justicia.

15. Acerca de la cantidad de dos mil pesos, que dize le quitó, o le hizo pagar con pretextos paliados del Real servicio, no se puede determinar si le es licita la oculta recompensa, porque no se propone, ni explica el modo, o pretexto con que se los quitó, o se los hizo pagar: si los pretextos con que los hizo pagar son tales, que hagan alguna probabilidad de que el Justicia procedió con justificacion, o por lo menos hagan la materia dudosa, no será licita la recompensa, porque en tal caso la deuda no es liquida, ni del todo cierta, y solamente tendrá lugar la recompensa en caso que los pretextos ayan sido tan sin fundamento, que conste con toda certeza la injusticia con que le hizo pagar los 2000. pesos.

16. De la ultima cantidad que se propone

pone de 3660. pesos del lucro cesante en tres años, por dezir, que esto huviera tenido mas de acrecentamiento el caudal del General, si no le huviera impedido la venta el dicho Justicia, ayudando en que en cada año avia de ganar por lo menos diez por ciento, juzgo, que no puede recompenarse. Lo primero, porque no tengo por tan cierto, è indubitable, que en los tres años huviera tenido ganancia de dicha cantidad. Lo segundo, porque el Justicia poniendo impedimento a la venta, solamente le embarazó el dinero vn año, y el año siguiente pudieron sus agentes remitir a esta Ciudad el procedido de todas las mercaderias a mas subidos precios: y que de esse año primero no pueda recompenarse del diez por ciento del lucro cesante, ya queda dicho arriba; y assi digo, que con seguridad de conciencia solamente puede hazerle la recompensa de 21220. pesos, que realmente pagó el año que le hizieron dicho daño, por causa de no traer consigo el dinero con que satisfacer a las personas a que estava obligado.

17. Quanto al modo que se propone de hazer la recompensa, parece bueno, y acertado, y si el General asegura el dinero del Justicia, que se le entregare, para con sus reditos hazer la recompensa, se le pueden entregar mas de los 1411. que propone, para que los emplee, y se valga de ellos por tiempo de vn año. La razon desto es, porque aunque el General no puede recibir en recompensa mas de los 21220. pesos, que son los que constan liquidos, que pagó de su bolsa, por causa de averle impedido la venta: por lo qual si le diessen dicha cantidad, para que desde luego fuese suya, sin obligacion de bolverla, no se le debiera otra cosa; ni pudiera pedir, ni recibir mas; pero dandole alguna cantidad de dinero solamente para instrumento del trato, con obligacion de bolverla dentro de vn año, asegurandola, y corriendo el riesgo el General, se ha de entender, que con 1011. pesos recibidos en esta forma, solamente se recompensan mil, que es el diez por ciento que corre entre los mercaderes, que pueden llevar por impedirles el trato, asegurado el capital: y constando, como se dixo arriba, que debe el Justicia 21220. pesos liquidos, puede el General recibir del dicho Justicia 221200. pesos, y valerse dellos por tiempo de vn año. Pero si el General no dà toda seguridad del dinero que assi recibiere, no podrá recibir tanta cantidad, porque 2011. pesos entregados al General con algun riesgo del Justicia, aunque sea poco, vale mas de dos mil pesos al año, de la fuerte que

vemos en estas Islas por trato comun, que mil pesos dados a corresponden, corriendo el riesgo en la quilla a buelta, è ida de viage el dueño, tienen de ganancia 500. pesos; pero nunca será lícito poner a riesgo graue conocido mucha cantidad de dinero del Justicia; sin su consentimiento, para recompensa de cantidad mucho menor.

18. Que pueda el agente del dicho Justicia ayudar al General, para que quede en la forma dicha recompensado, consta, porque desta fuerte no se haze agrauio al Justicia, ni se le defrauda cosa alguna de lo que es suyo: antes se pone igualdad entre ambas partes; y en ayudar a lo que es justo, sin escandalo, ni detrimento de tercero, no puede aver culpa, especialmente, que en esta recompensa no se procura acrecentar el caudal del General, sino defender lo que es suyo, y conservarlo indemne, y la defensa del caudal ageno es lícita al estraño, quando se haze sin escandalo, ni perturbacion de la Republica, ni daño de tercero. l. Exigendi. C. de Procur. *Defendere quis sine libertus, sine extraneus sit, sine mandato potest.* Y està expreso en el Derecho, que puede vno pagar por otro, aunque el deudor ignore la paga, ò no quiera que pague otro por el. l. Solvendo. ff. de neg. gestis. *Solvendo quisque pro alio licet inuito, et ignorante liberat eum.* Y l. Solutionem. ff. de solut. *Solutionem pro nobis accipiendo, et inuiti, et ignorantes liberari possumus.* Y §. Tollitur. in ff. quibus modis tollitur oblig. *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius, quod debetur, nec interest, quod soluat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo, liberatur enim, et alio solvente, sine sciente, sine ignorante debitore, vel inuito eo solutio fiat.* Supuesto que es cierta la deuda del Justicia, y la obligacion de pagarla, puede otro pagarla por el, y en su nombre, aunque el Justicia no sepa de ella, ni trate de pagarla. Y la razon del texto, l. Solvendo. ff. de neg. gest. lo conviene: *Naturalis simul, et civilis ratio suadet alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, et inuiti nos facere posse.* La razon que dà el texto, por la qual puede vno pagar por otro en el foro externo, es, porque el que paga la deuda de otro, haze mejor la condicion del otro, librandolo de aquella obligacion, y molestia; y esta razon no corre menos en el fuero de la conciencia, en el qual no es menor beneficio librarle de la obligacion de restituir: y assi qualquiera que tratare negocios del dicho Justicia, ò de qualquiera suerte tuviera dinero suyo, puede satisfacer al General de lo que con certeza le constare serle deudor el dicho Justicia, aunque no tenga poder del Justicia para hazer dicha

dicha paga, y aunque le constare, que el Justicia no gusta de pagar esta deuda.

19. Pero es necesario, que ò por parte del General, ò del que le satisfizo con dinero del Justicia, se avise quando commodamente se pudiere, al dicho Justicia, que esta deuda està ya pagada, ò que en alguna manera se le de a entender, que la obligacion de restituir, que en conciencia por esta causa podia tener, està ya extinguida. Assi lo afirman Cayet. 2. 2. q. 66. art. 3. in resp. ad 3. Navar. in Man. cap. 17. n. 113. Bonac. to. 2. de rest. disp. 1. quæst. ult. punct. 2. n. 21. Molin. de iust. tract. 2. disp. 691. Filliu. tract. 40. n. 252. y es comun, y se convence con dos razones. La primera, porque el hizo el daño a sus herederos, no restituyan al General, ò a sus herederos lo que ya està satisfecho por esta oculta recompensa. La segunda, porque el Justicia que hizo los dichos daños, tiene agravada la conciencia, que le està obligando a satisfacer; y si hecha dicha recompensa, no llega a su noticia en alguna manera, que està los daños recompensados, ò la deuda extinguida, se le sigue daño por ambas partes, pues por vna parte pierde aquella cantidad en que tenia damnificado al otro, y por otra parte le queda la conciencia lesa, y agravada, no sabiendo, que el daño està ya satisfecho, y solamente cessa la obligacion desta advertencia, quando de hazerla se teme con razonable fundamento daño notable, ò quando el que debia està con ignorancia tan grande del daño que hizo, ò de la deuda, que se tenga por invisible, y no se tenga por verisimil, que el, ò sus herederos la tratarán de restituir.

## CONSULTA V.

*Sobre si esten prohibidas las Missas de San Gregorio, y que Missas sean essas, y quantas, y en caso que esten prohibidas, si se puedan commutar en otras, sin dárlo a entender a la persona, que las manda dezir?*

## PROPUESTA.

Vna persona me ha pedido le diga las Missas de San Gregorio, y para ellas me dà 50. pesos de limosna; estoy en duda si están prohibidas, y no tengo donde verlo por falta de libros. Vn hombre docto dize, que en Goa dixo el Arçobispo no estavan prohibidas, y que se pueden dezir. Yo lo du-do, y para ello suplico a V.R. me avise de la verdad con esta distincion: si son lícitas? que Missas son? y quantas en numero? porque

dizen son treinta y cinco: que Missas diré por esta limosna? y si debo defengañar a la tal persona?

## PARECER CLVII.

20. **A**D primam difficultatem respondeatur, que no es lícito dezir las Missas de San Gregorio, porque están prohibidas por la Sacra Congregacion de Ritos, y por la Santidad de Urbano VIII. Esta prohibicion se halla en los Missales Romanos, que se dan a la estampa desde Urbano VIII. hasta oy: las palabras formales de la prohibicion son las siguientes: *Sacra Rituum Congregatio in harendo Decretis alias factis, prohibet omnino Missas à Sacra Rituum Congregatione non approbatas, et signanter Missas nuncupatas Sancti Gregorij pro vivis, et defunctis, Missas quinde-cim auxiliatorum, Missam de Patre Eterno, et quascunque alias, ut supra non approbatas.* Y despues de aver prohibido alli otras cosas, dize: *Et facta relatione horum Decretorum Sanctissimo Domino nostro Urbano VIII. Sanctitas sua annuit, et ab omnibus ubique servari, et in Missali Romano noviter imprimendo apponi mandavit.*

21. Ad 2. Bonacin. de Sacram. Euch. disp. 4. q. ult. punct. 7. dize, que son 30. y Machado citando a Bonacin. dize lo mismo, to. 2. lib. 4. p. 1. tract. 12. Lo que yo he visto, y experimentado, es, que en España, y en las Indias corre, que son 48. Missas, y se daba de limosna en Indias 50. pesos, a peso la limosna de cada Missa, y las dos a dos pesos, por ser muy largas de la Passion, la que se dize el Domingo de Ramos, y la del Miercoles Santo. Las demás son de diferentes festividades, y algunas de difuntos, que no aviendose de dezir, sería superfluo referirlas.

22. Ad 3. responderetur, que algunos mas movidos de vn poco de codicia, ni parecer, que de la razon, reciben essa limosna por las Missas de San Gregorio, y luego dizen otras Missas ordinarias, y dizen, que no hazen agrauio al que dió la limosna; pues el pedia 48. Missas de San Gregorio, y se le dizen otras 48. que le aprouechan tanto, como le podian aprouechar las de San Gregorio, si se pudiesen dezir, y quien dà lo equivalente, no debe mas, ni haze injusticia, pues dà lo igual, y la justicia commutativa no es otra cosa, sino igualdad entre partes. Otros Sacerdotes ay, que tenjendo entendido, que el que pidió las Missas de San Gregorio, no daría aquella limosna con tanto exceso por Missas ordinarias, como las ocurrentes, dizen 48. Missas privilegiadas, como aquella de *Salve radix Sancta*, y otras en Altar privilegiadas.



giado, donde se gane Indulgencia, o se saque  
ánima, y con estas Missas privilegiadas juz-  
gan, que satisfacen a la intención del que pi-  
dió las de San Gregorio, que por entender  
que son Missas de especiales privilegios, o  
prouecho espiritual, las pidió; y he visto per-  
sona, que por quitarse de escrúpulos, ha que-  
rido dezir cien Missas por la intención del  
que le dió 50. pesos por limosna de las 48.  
Misas de San Gregorio, juzgando, que apli-  
cándolas por la limosna tassada por el Ordi-  
nario, no defrauda cosa alguna al que dió la  
limosna, pues supuesta la tassacion del Ordi-  
nario, justissimamente se debe vn toston por  
cada Missa. Pero esto no lo tengo por con-  
forme a verdad, y a justicia conmutativa: de-  
bese defengañar a la persona de que estas Mis-  
sas están prohibidas, que si quiere se le dirán  
otras conformes a los Decretos de la Iglesia.  
La razon que para esto tengo, es, porque  
quien manda dezir estas Missas con esta li-  
mosna, que haze tanto exceso a la comun, y  
ordinaria, lo haze por lo mucho, que apre-  
hende, y ha oido dezir, que le han de apro-  
vechar estas Missas; y si supiera, que le avian  
de dezir otras Missas ordinarias, de ninguna  
fuerte daría esta limosna: por lo qual es invo-  
luntario en dar esta limosna por otras Missas,  
que se le apliquen, como consta del Derecho,  
l. Si per errorem. ff. de iuridict. omn. iudic.  
*Quid enim tam contrarium consensui, quam  
error.* Y l. Cum testamentum C. de iur. & fac-  
ti ignor. *Cum errantis voluntas nulla sit.* Y l. No  
id circo. del mism. tit. *Cum nullus sit errantis con-  
sensus.* Y aunq las Missas que se le dizen le sea  
de tanto fruto, como le serian las de S. Gre-  
gorio, no haze al caso, porque el que pide las  
Misas de San Gregorio, no consiente en dar  
aquella limosna excesiva por otras, aunque  
le sean de igual fruto. l. Mutuum. ff. de rebus  
creditis: *Aliud pro alio inuito creditor solui  
non potest.* Y aunque siempre es mas loable  
dezir las Missas conforme al Rzo, y Oficio  
Diuino de cada dia; pero esto no es bastante  
causa, para que si recibe mas excesiva limos-  
na para tal Missa especial, no la deba dezir,  
porque es materia de justicia, y se obligó a  
esto, aunque no sea lo mas loable; ni tengo  
por cosa justa dezirle las 48. Missas privile-  
giadas, o en Altar privilegiado, porque el que  
dió la limosna, no pide, ni quiere estas Missas  
con este privilegio, ni consiente en dar aquel  
exceso de la limosna por ellas, si no es que  
proponiendoselo asienta a ello; ni apruebo,  
que se le apliquen cien Missas por la limosna  
de los 50. pesos: porque aunque en tal caso  
el Sacerdote recibe solamente la limosna, que  
merece su trabajo, segun la tassacion del Or-

dinario; pero haze fraude, y engaña al que da  
la limosna, y le haze gastar su dinero en las  
Misas, que el no quiere mandar dezir, ni a  
razon de vn toston de limosna cada vna; que  
viene a ser como el que hurta 50. pesos, o los  
debe, y los satisface con cien Missas, sin asien-  
so, o voluntad del acreedor.

23. Para mayor claridad desta doctrina  
se advierta, que de ordinario los que mandan  
dezir las Missas de San Gregorio, no ponen  
la mira principalmente en que se le apliquen  
tantos Sacrificios, ni en que se le digan tantas  
Misas, ni los Sacrificios, o Missas son la ra-  
zon principal, o motiva de dar aquella limos-  
na, y pedir aquellas Missas; sino aquella ex-  
celencia, y grandeza especial, que conciben  
en las Missas de San Gregorio, es la razon  
motiva, y aun total de pedir aquellas Missas,  
como se vé en los casos siguientes. Avrá mas  
de diez años, que Juan del Castillo, que Dios  
tenga en su gloria, hombre de grande opi-  
nion en materias militares, y de mucha ver-  
dad, y Christianidad, me traía 50. pesos por  
las Missas de San Gregorio. Avísele de su  
prohibicion, dióme 20. pesos por 15. Missas,  
en reverencia de los quinze Misterios del  
Rosario, y por otras cinco de su deuocion, y  
retiró los 30. pesos restantes. El Capitan Lo-  
renço Rubio me pedía las mismas Missas, y  
aviendolo defengañado, no quiso que se le di-  
xeran otras, ni vna, y dixo, que por lo que de-  
zian de aquellas Missas, queria que se dixes-  
sen por su muger difunta; pero que no pu-  
diendose dezir las de San Gregorio, no que-  
ria dezir otras, que ya avia dicho muchas. De  
aquí se colige, que no es la intención princi-  
pal al Sacrificio de la Missa, ni este es la cau-  
sa motiva, sino lo especial, que conciben en  
las Missas de San Gregorio. Y si alguno, que  
pidiere estas Missas, llevare alguna vez la in-  
tención puesta en el Sacrificio de la Missa  
principalmente, y aquella circunstancia de  
que sea de San Gregorio solamente, la mire  
como la razon menos principal, secun-  
daria, o impulsiva, defengañado de que  
no se pueden dezir las Missas de San Grego-  
rio, pedirá otras, y si no las pide, sino que re-  
tira el dinero, es evidente indicio, que mira-  
ba a aquella circunstancia de ser tales Missas,  
como a causa potissima, y razon motiva.

24. Finalmente digo, que estas Missas  
de San Gregorio por estar prohibidas, ni los  
Sacerdotes las pueden dezir, porque es ob-  
jecto prohibido, y consiguientemente ilícito;  
y aunque los seglares no pecan por la igno-  
rancia; pero apetecen vn objeto ilícito, y dan  
su dinero para que se haga cosa ilícita, y pro-  
hibida, y siendo cosa facilissima defengañar-  
les,

les, haze mal el Sacerdote en dexarle errar  
en objeto ilícito, por coger el dinero me-  
diante aquel engaño; y podrá ser, que si el  
Sacerdote recibe la limosna, sabrá despues el  
seglar, que las Missas de San Gregorio no se  
pueden dezir, y entenderá, que el Sacerdote  
le hizo trampa en materia de Missas, que será  
descredito notable, y escandalo. V. R. le de-  
fengañe, y prevalezca la verdad. Eisdre. 3.  
cap. 4. *Veritas magna, & fortior pro omnibus  
omnis terra veritatem innocat, Caelum etiam ip-  
sam benedicit, & omnia opera mouentur, &  
tremunt eam, & non est cum ea, quidquam  
iniquum.*

## CONSULTA VI.

Sobre si vn Sacerdote, que debe a vn difunto  
cantidad de dineros, y está impossibilitado a pa-  
garlos, satisfara commutando essa deuda en  
Misas por el alma del difunto?

## PROPOSTA.

Pedro, Sacerdote, está obligado a restituir  
a Juan, Secular, cantidad de quinientos  
pesos, hallase impossibilitado a dicha restitu-  
cion por su pobreza, respecto de la qual en  
muchos años no la ha podido hazer. Murio  
dicho Juan tan pobre, que ni aun para pagar  
su entierro tuvo: dexó herederos, los quales  
están en Nueva España, dos Eclesiasticos,  
con rentas, y Capellanias bastantes para suf-  
tentarse; y vna hija casada con vn hombre  
poderoso. Preguntase si Pedro Sacerdote po-  
drá dicha cantidad de quinientos pesos, que  
está obligado a restituir, y no puede hazerlo  
por su pobreza, dezirlos de Missas por si, y  
buscando entre Sacerdotes otras de limosna,  
por el alma de dicho Juan difunto? Y dado  
caso que las pueda dezir, preguntase, que li-  
mosna podrá aplicar por cada Missa, para  
que con brevedad se digan dichas Missas?

## PARECER C. LVIII.

25. Respondefe, que si el Sacerdote tu-  
viere dinero, o esperanças razo-  
nables, y con fundamento suficiente de tener  
en breve, debería dezir vna cantidad mo-  
derada de Missas, y avitar a los herederos de  
lo restante del dinero, para que diesen or-  
den de que se entregasse aqui a sus agentes,  
o que se les remitiesse; porque a vn hombre  
pobre, como era Juan, no se le dizen tantas  
Misas, ni se puede presumir del, ni de sus  
herederos, que quisiesen, que toda essa can-  
tidad se aplicasse a Missas. Pero supuesto el

caso, que Pedro no tiene hacienda, ni tiene  
fundamento para esperar tenerla, pues en  
tantos años no la ha tenido, ni hallado em-  
pleo para granjearla, y aora no tiene nuevo  
oficio, o Beneficio, de donde pueda esperar-  
la, digo, que debe restituir la en Missas, que  
se digan por el alma de Juan, y por satisfa-  
cion de sus obligaciones, porque no teniendo  
al presente caudal, ni tiene fundamento para  
esperar que lo tendrá, no está obligado a  
impossibles, como claman ambos Derechos,  
el Can. de reg. iur. in. 6. reg. 6. *Nemo potest ad  
impossibile obligari* y el Ciuil, i. *Impossibilium.*  
del mismo titulo: *Impossibilium nulla est obli-  
gatio.* Pero de obligandole la impossibilidad  
a satisfacer, debe satisfacer *melior modo quo  
potest*, como se colige de aquellos versos an-  
tiguos, que trae la Glosa sobre la reg. referi-  
da del 6.

*Ultra posse meum non lex me iusta coegit,  
Nec punit esse reum, qui totum posse peregit.*  
Ninguna ley obliga a hazer mas de lo que  
cada vno puede, ni tiene culpa el que haze  
todo lo que puede; y al contrario el deudor,  
que no haze lo que puede para satisfacer, es  
culpado. El dicho Sacerdote puede satisfacer  
de esse modo en Missas, pues debelo hazer  
assi.

26. Queda aora que responder a quan-  
to aplicará la limosna de cada Missa? digo, que  
a quatro reales solamente. La razon es, por-  
que la limosna ordinaria acostumbra en es-  
ta tierra, y determinada por los Ilustrísimos  
señores Arçobispos, es de quatro reales, de  
fuerte, que por vna Missa se le debe al Sacer-  
dote essa limosna de quatro reales, y el Sa-  
cerdote no tiene titulo, ni derecho a pedir  
mas, ni el que la manda dezir lo tiene para  
dar menos, si no es que por algunas circun-  
stancias extrínsecas, como de ir a dezir a  
otra parte, crezca la obligacion del que la  
manda dezir, y el titulo, o derecho del Sacer-  
dote que la dize. En otra qualquiera ocasion,  
que el seglar da mas limosna de quatro rea-  
les por vna Missa, o el Sacerdote la dize por  
menos, es liberalidad, y se reduce a donacion;  
y de ninguno se presume, que haze dona-  
cion, si no lo dize expresamente: y quando  
vna persona señala Procurador, que cuye  
de sus negocios, y hacienda, y aunque le de  
poder para testar, y para disponer de sus bie-  
nes, no puede el tal Procurador hazer dona-  
cion graciosa, porque el hazer donaciones es  
cosa, que pide especial mandato del dueño;  
pues quando el Procurador señalado por el  
dueño no puede hazer donacion, menos pue-  
de el que por otro accidente dispone de ha-  
zienda agena, y derecho, que toca a otras per-

tonas: por lo qual juzgo, que el dicho Sacerdote debe aplicar, y descontar de la deuda por cada Missa quatro reales solamente; ni para que se digan en breve, se puede aplicar mas limosna, porque el deudor está obligado de su naturaleza a pagar luego que pueda, y así está obligado a decir las Missas con la brevedad posible. Juzgo, que se pueden

aplicar algunas cincuenta, o cien Missas a seis reales, diezandolas en Altar privilegiado de Anima, porque esto no es donacion, que por este cuidado de decir las en tal Altar, se puede llevar mas limosna, y se puede presumir del difunto, que si se le huviese preguntado, huviera venido en esto.



## OCTAVA CLASSE, EN QUE SE PONEN LOS PARECERES de restitucion originada de las dos raizes arriba puestas, segun que toca à diversas personas, en especial constituidas en officios de justicia.

### GOVERNADORES.

#### CONSULTA I.

*Sobre si los señores Governadores, Virreyes, y otros Superiores semejantes puedan recibir algo por los officios, que proveen en los vassallos de su Magestad?*

#### PROPOSTA.

**S**I por la gracia que los señores Governadores hazen de dar plazas de mar à los vassallos de su Magestad, mas a estos, que no a aquellos, todos prácticos, puedan recibir cantidad de dineros, ó joyas, ó generos? y si pueden recibirlo dandofelo? y si podrán pedirfelo, sin ofrecerlo, y señalar el precio? Lo mismo se pregunta acerca de las plazas de tierra, y encomiendas, y si por lo menos podrán recibir cadenas, ó si lo son todo quanto reciben, aunque sean grillos, y diamantes? Venga fundado, porque ay muchos Argos, y consecuencias: y añado, que de la resolucion deste caso dependen grauissimas diligencias; y de no poderse hazer lo que se propone, se seguirán graues disturbios: por lo qual me piden, que con todo cuidado mire si se puede hallar senda segura en conciencia, por ser en favor de difuntos.

#### PARECER C. LIX.

**1.** ANtes de responder al caso, digo, que *rem difficilem postulasti*, porque entre los caminos anchos de la codicia, y perdicion, no se halla la senda angosta de la salvacion: *Spatiosa via est, qua ducit ad vitam*, Math. 7. Y el Profeta quando pide a Dios, que le guie por la senda de sus Mandamientos, pide juntamente, que desvie su corazon de la avaricia, como cosas incompatibles: *Deduc me in semitam mandatorum tuorum...: inclina cor meum in testimonia tua, & non in avaritiam*. Psalm. 118. Y estos caminos, que se buscan para honestar los hechos de personas ya difuntas, no son de utilidad alguna a ellas, que ya llevaron consigo al Tribunal de Dios sus buenas, ó malas obras, y la buena, ó mala conciencia con que las obraron. Si quando todavia vivia se consultara esto para obrar, seria indicio, que aunque no dexaba del todo la codicia, no se dexaba arrastrar del todo della, ni corria por sus caminos a rienda suelta, sino que llevaba las riendas en la mano, para alargarlas a lo que pareciesse probable, y tirarlas para no entrar en lo conocidamente injusto. Si el difunto huviera procedido en esta forma, aunque alguna vez huviera pasado de lo que realmente es licito, tuviera excusa delante de Dios, por aver obra-

obrado lo que prudentemente con probabilidad se juzgaba licito. La lastima es, que se busquen pareceres, y dictámenes de Theologos, y Religiosos, para honestar los hechos del ya difunto, que quando vivia, y obraba, aborrecia todo dictamen de Theologos, y Religiosos, y aun todo lo Ecclesiastico, dando credito a los galeotes, que despues en la horca donde fueron a parar por otros delitos, publicamente confessaban para descargo de su conciencia, que vilmente los enganaron; pero aunque la suerte del difunto es ya inmutable: *Lignum in quocumque loco ceciderit, ibi erit*. Eccles. 11. y configuientemente no le puede aprouechar esta resolucion, fervirá para los que huvieren de disponer sus cosas.

**2.** Respondese lo primero acerca de si vn Governador puede recibir lo que le dieron de su libre voluntad, sin coaccion, ni fuerza, o miedo, sino graciosamente, ó por mero agradecimiento de algun beneficio, que en esto ay tres opiniones. La primera dize; que no le es licito recibir cosa alguna desta manera, y si recibiere algo, está obligado a restituirlo. Esta opinion se funda en determinaciones expresas del Derecho, cap. Iudices. 1. q. 1. donde entre los pecados de Jerusalem, por los quales fue destruida, pone este de que los Juezes, y Superiores recibian dadas: *Iudices eius in muneribus indicabant, idcirco propter vos Sion quasi ager arabitur*. Y al fin del cap. trae el exemplo de Elifeo, que trayendole vn presente Naaman, despues de estar limpio de la lepra, en agradecimiento, no lo quiso recibir, y al criado porque recibió parte del presente, le castigó con la lepra. Y cap. Militare. 23. q. 1. pone la respuesta de S. Juan Baptista a los soldados, que le preguntaban, que debian hazer para salvarse el Santo les dixo: *Neminem concutatis, sed contenti estote stipendijs vestris*. Y el Derecho aplica esta sentencia a todos los Juezes, y Governadores, que tienen señalado estipendio, ó salario para exercitar su officio: *Hac sententia potest dici cunctis rectoribus, qui cunque sibi stipendia publice decreta consequuntur, si amplius quarit tanquam concussor Ioannis sententia condemnatur*. Y cap. Exigit. de censib. in 6. allí trata de los Visitadores, y dize: *Suo er receptione munerum visitantibus, eorumque familiaribus interdicta quam multorum fertur temeritas praterire*. Y mas abaxo prohibe pedir dinero, ó recibirlo de los que lo quieren dar, ó de otra qualquiera forma recibir dones: *Exigere pecuniam, vel etiam a volente, vel alias constitutionem ipsam recipiendo munera violare presumpserint*. Y allí la Glossa: *Nota casum specialem, in quo pa-*

*rificantur ista duo. Exigere, & a volente recipere*. Y al fin del cap. dize: *Nullus eis in hoc dantium remissione liberalit ate seu gratia valitura*. Y allí la Glossa: *Rem meam, vel. mihi debitam remittere non possum*. Lo mismo se determina de los Juezes legados, cap. Statutum. de rescriptis. in 6. y lo mismo se ha de decir de todo Juez Ordinario, que por razon de su officio goza estipendio, ó renta; y en las leyes del Reyno está esto mandado con grandissimo rigor, lib. 3. Noue Recop. tit. 6. l. 1. *Mandamos, que todos los que huvieren de ir a qualesquier Ciudades, Villas, ó Provincias, ó Partidos de nuestros Reynos por nuestros Asistentes, ó Governadores, ó Corregidores, no recibirán dadina, ni aceptaràn promessa, ni donación ellos, ni sus mugeres, ni hijos, de ninguna persona, por si, ni por otro directo, ni indirecto, durante el tiempo de su officio*. Y al fin de la ley manda, que los que fueren con dichos officios juren de guardar lo contenido en esta ley: y tit. 9. del mismo lib. 1. 3. manda, que los Juezes, y Governadores hagan juramento de guardar algunas cosas, que allí va expresando, y la sexta cosa que han de jurar, es, que en quanto tuvieren los dichos officios, no recibirán don, ni promessa, &c. Y l. 5. dize así: *Por quanto la codicia ciega a los corazones de algunos Juezes, y de la torpe ganancia deben huir los buenos Juezes, y es muy fea la codicia, mayormente en aquellos, que gobiernan la cosa publica: por ende ordenamos, y mandamos, que los Alcaldes Ordinarios, y aquellos que huvieren de librar las pleytos, y Juezes, así Ordinarios, como Delegados, no tomen en publico, ni en escondido, por si, ni por otros, dones algunos, oro, plata, dineros, paños, vestidos, viandas, ni otros bienes, ni cosas algunas*. Y l. 6. determina el modo con que se ha de probar, que algun juez recibió dones, y dize: *Bastan tres testigos singulares para que este delito no quede sin castigo por falta de prueba*. Y entre las ordenanças, que juran todos los que van con officio de Juezes, ó Governadores, dize vna desta manera: *Los grandes inconvenientes, que se siguen de recibir los Juezes dadivas, aunque sean de poca consideracion, la experiencia los ha mostrado, pues se pierde la libertad, que tanto es menester para juzgar desapasionada, y libremente: atento a lo qual os mando, que no recibais de ninguna persona de vuestra jurisdiccion ninguna dadiva, aunque lo de de su voluntad, y aunque no tenga pleytos ante vos, sin pagar lo que valiere lo que así recibieredes*. Por estas leyes, y juramento, que hazen los Governadores, sienten muchos Doctores, que pecan mortalmente en recibir qualquiera cosa, aunque se la den graciosamente, y están obligados a restituirla; por-

porque estas leyes no son penales, sino convencionales, porque el Rey dà estos oficios con esta carga, y gravamen de que no recibiràn cosa alguna: y que esta es la intencion del Rey, consta de dichas leyes, que estàn bien claras, y del juramento, que obliga que hagan los que van a estos cargos; y assi la donacion, que se haze a los Juezes, y Gobernadores en los Reynos de España, es nula, y por ella no se traspassa el dominio, aunque los que tienen libre dominio de la cosa quieran hazer la donacion de toda su libre, y espontanea voluntad, porque las dichas leyes la anulan por razon del bien comun, y las donaciones, y qualesquiera contratos, que se hazen contra las leyes, que los prohiben, son nulos. l. Non dubium. C. de legib. *Nullum pactum nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.* Y mas abaxo: *Ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro insertis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit in inutile esse debere, quod factum est, sed, et siquid fuerit subsequutum ex eo, vel ob id, quod interdicante lege factum est, illud quoque casum, atque inutile esse praecipimus.* Lleuan esta opinion Soto, lib. 1. de iust. q. 6. art. 6. ad. 3. Memb. arg. 4. y l. 4. de iust. q. 7. art. 1. ad. 2. Silvest. verb. Iudex. 1. q. 8. Victoria, in 2. 2. q. 71. Medina in Summ. fol. 226 y 669. Nauarr. in Summ. cap. 25. n. 12. Fr. Luis Lopez. 1. p. instr. cap. 110. dict. 1. donde dize, que a los Juezes de los Reynos de España no les vale qualquiera donacion, ó remission, que les hagan los que les dieron las dadas, porque las leyes reprueban estas donaciones. Y cap. 144. y cap. 179. y cap. 284. dize, que esta es sentència de todos los Thomistas, y no ay duda de que es la sentència mas comun, mas legura, mas probable, fundada en leyes, y textos claros, y en razon natural de inconvenientes gravísimos, que tiene la práctica de lo contrario: por lo qual está en casi todo el mundo pervertida la justicia, y corruptos todos los Juezes, y Gobernadores.

3. La segunda opinion dize, que pueden los Juezes, y Gobernadores recibir licitamente, y sin obligacion de restituir cosas de comer de poco valor, que se puedan consumir en pocos dias. Esta opinion se funda en textos expresos de ambos Derechos, cap. Statutum. de rescriptis. in 6. *Vt gratis, et cum omni puritate iudicium coram ipse procedat, nullum munus, vel quidquid aliud ( nisi forsam esculentum, vel poculentum mera liberalitate oblatum, quod paucis consumi possit diebus ) re-*

*cipere ab eisdem partibus qualiter cumque presumat.* Y alli la Glossa: *Etiam unius denarii valorem recipere non potest, nisi esculentum, et poculentum.* Y l. Plebiscito. ff. de officio Praesid. *Nequis praesidium munus donum ve caperet, nisi esculentum, poculentum ve, quod intra dies proximos prodigatur.* y l. Soler. ff. de offic. Proconf. *Valde in humanum est à nemine accipere, sed passim villissimum est, et omnia avarissimum.* Si llevan a vn Governador vn poco de fruta, ó vnos dulces, pareceria demasfiada bronquedad, dureza, y rusticidad no recibirlos; pero recibir de todos todo quanto le dieren, y que sepan los subditos, que tiene abiertos los fenos para recibir sin limite, es cosa feissima, y vilissima en vn Governador, y de infaciable codicia. Esta sentència es certissima, respecto de los Juezes Eclesiasticos, y de los Seculares fuera de los Reynos de España: por lo qual Silvest. ver. Iudex. 1. q. 8. que reprobaba, y dà por illicito recibir cosas de comer, y Bonac. de legib. disp. 10. q. 2. punct. 8. n. 5. Cayet. in Summ. verb. Iudicis peccata. Respecto de los Juezes de España no es cosa tan cierta, porque las leyes del Reyno prohiben expresamente a los Juezes, y Gobernadores recibir, aunque sea cosas de comer: por lo qual algunos Autores dàn por illicito recibir estas cosas en los Reynos donde corren dichas leyes. No obstante esto tengo por probable, que no es illicito en los Governadores, y Juezes recibir estas cosas en estos Reynos; porque no se puede presumir, ni recelar, que por cosas de tan poco momento atropellen los Governadores la justicia, como dize la Glossa, in cap. Statutum. de rescript. in 6. *Tolerantur ista, quia non est verisimile, quod propter ista moueretur animus iudicantis.* Y se colige del Derecho, cap. Et si quaestiones de simonia. *Beatus qui excutit manus suas ab omni munere, de illis donis dictum est, quae accipientis animum allicere, vel pervertere solent, quoniam si ipsa etiam persona electi offerat ordinatori, vel consecratori suo electuarium, aut Diuino, siue de alijs huiusmodi, quae modici pretij fuerint, et quae voluntatem recipientis inclinare, vel mouere non debeant non tamen Ecclesia Romana interpretari consuevit accipientem in his delinquere, vel donantem.* Y assi en estas donaciones falta el fin de la prohibicion, por la qual se prohibe a los Juezes recibir donaciones de cosas de comer. Demás desto dar estas cosas no es propriamente dadas, ni donacion, ni don, sino vn indicio de buena voluntad. Assi lo dize la Glossa, in l. Plebiscito. ff. de offic. Praesid. *Poculentum non est proprie munus, vel donum sed xenium.* Cosa tan poca no es en rigor donacion, y assi

con

con semejantes dadas no se quebrantan en rigor, y propiedad las leyes, que prohiben hazer donaciones a los que gobiernan. Y quando alguno quisiera inistar, que las leyes del Reyno expresamente prohiben a los que gobiernan, recibir cosas de comer, y consequentemente el que las recibe quebranta las leyes, se responde, que las quebranta en materia leve, que conduce leuemente al fin de la ley; y para escusar la culpa venial desta leve transgression, basta por causa, que si el Juez no recibiera, pareceria intratable, agreste, y sin policia.

4. La tercera opinion escusa de culpa, y de la obligacion de restituir a los Juezes, y Gobernadores, que reciben cosas, aunque sean de valor, con tal, que las den sus dueños de su espontanea, y libre voluntad, sin que a hazer la donacion les mueva miedo de perder la gracia, ó de incurrir la indignacion del Superior, ó de que si no la haze, no le darà los officios, ó encomienda, que se suelen dar a las personas de su calidad, y meritos. Esta opinion tiene tambien fundamento en el Derecho, l. In re. C. mandati. *Sua quisque rei est moderator, et arbiter.* Y inst. de rerum diuis. §. Per traditionem. *Nihil tam conueniens est naturali equitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri rata haberi.* Es cosa muy natural, que cada vno pueda hazer lo que quisiere de lo que es suyo, y como lo puede jugar, ó echar en la mar, lo pueden dar al Governador: y quando se opone contra esta opinion, que por el bien comun pueden los legisladores anular algunos contratos, y prohibir el uso, y gasto de la propria hacienda en tales cosas, y anular donaciones, responden, que para que se entendiese, que las leyes irritan las donaciones, que se hazen a los Juezes, è impiden la traslacion del dominio, que por derecho natural puede cada vno hazer de lo que es suyo, era necesario, que lo explicassen con mucha claridad: lo qual no explican expresamente las leyes, que prohiben las dadas a los Juezes; y assi se debe entender, que son penales, y que solamente obligan despues de la sentència del Juez, y pueden los Governadores, y Juezes recibir, y retener lo que libremente les dieren; y que el juramento, que hazen los Juezes, y Gobernadores de no recibir, no obsta, porque solamente obliga de la fuerte, y quando obliga la misma ley, como todos los demás juramentos de guardar leyes, y estatutos, obligan del modo que las mismas leyes, y estatutos. Esta opinion, aunque es la mas practicada, es la menos probable: muchos Autores de las opiniones contrarias no la dan

por segura en conciencia; no obstante esto ay Autores que la figuen. Fagundez, in praeccepta Decalog. to. 2. lib. 8. cap. 27. n. 9. Molina, to. 1. de iust. disp. 88. y otros, que cita, y sigue Dian. 6. p. tract. 6. resolut. 59. in fine.

5. Responde lo segundo, acerca de si el Governador puede recibir alguna cosa licitamente, sin estar despues obligado a restituirla, por las plazas, y officios, ó encomiendas, que ó pidiendo él por sí, ó por tercera persona, ó no pidiendolo, sino confiandole, que se le dà por el officio, ó encomienda, que le piden, ó aviendo pacto de lo que hà de dar en saliendole decretada la merced, ó no aviendolo. Para proceder con mas claridad, se note lo primero, que estas mercedes, que los Governadores hazen en nombre de su Magestad, son de dos maneras, porque vnas se ordenan principalmente al bien comun, y no se dàn de primera intencion para hazer bien al que se le dà. Deste genero son las plazas de mar, que se eligen personas para que lleven, y traygan la Nao, y el socorro destas Islas, y demás hacienda, y no se mira principalmente a que los que llevan alli officios se aprouechen. Deste modo son tambien las Alcaldias, y Corregimientos, que se dàn, ó deben dar principalmente para el bien, y conservacion de los pueblos, no para que los Alcaldes se aprouechen. Otras se ordenan principalmente para aprouechamiento de aquellos a quienes se dàn, como premio de sus servicios, como las encomiendas, y pensiones, y algunos officios, que traen utilidad, que no piden para su exercicio especial industria, ó prudencia, y de que se exerciten bien, ó mal, no se sigue al comun especial detrimento. Las plazas de la Milicia en estos tiempos, que no ay guerras, parece que estàn reducidas a este segundo genero, pues se suelen dar a los que no tienen experiencia alguna en la Milicia, por diversos respetos. Ya hemos visto dar plaza de general de Galeras a quien nunca entrò en ellas, y de Sargento mayor por ocho dias, y de Capitan de Infanteria por vn dia, para honrar con estos titulos a las personas, no porque tales personas fuesen aptas para tales puestos. Aqui se vido, que ofreciendo peligro de guerra, mudò el Governador las plazas principales de la Milicia, poniendo en ellas los sujetos, que se juzgaban mas aptos para el gouerno de las atmas; y siempre que amenazare guerra vna, es cierto, que buscaràn los Governadores personas aptas para dichos officios, obligandoles a ello; ó el peligro que inista del bien comun, ó por lo menos su proprio riesgo; aunque siempre es mas conforme a la recta razon, que estas pla-



plazas se diesen (aun en tiempo de paz) a los que son aptos para ellas en tiempo de guerra, y con estas plazas de Milicia no quedan muy honrados los que no saben de Milicia, antes les suelen ser cosa vergonzosa, y darlas a tales personas, solamente sirve para que no se estimen tanto cuando se dan a personas, que en su propia especie las merecen. A personas benemeritas en la Republica, que no han tratado de Milicia, se les avia de premiar haciendolos Regidores, Alcaldes Ordinarios, no Capitanes, ni Generales, ni Sargentos mayores.

6. Lo segundo se note, que los Gobernadores, quando dan los oficios, y plazas de mar, y tierra, y encomiendas por dadas que reciben, unas veces las dan a los que conocidamente son indignos de ellas, y otras veces a personas que las merecen, pero dexando sin plaza a otros, que conocidamente las merecian mejor, y otras veces las darán a los mas dignos, y otras veces (y quizá las mas) las darán a quien die re mas por dichas plazas, sin atender a si las merece mejor, ni a si es benemerito, o no. Esto supuesto, responde a la pregunta con siete conclusiones.

7. Primera conclusion: el Gobernador, que dió las encomiendas, oficios, o plazas a los que uszgo mas benemeritos, sin pedirles cosa alguna, y sin preceder pacto explicito, ni implicito de que le den algo, puede recibir licitamente lo que le dieren los que llevaron las encomiendas, oficios, o plazas, de qualquiera fuerte que sean, aunque le den cosa de mucho valor, y no está obligado a restituirlas. Esta conclusion se prueba con los fundamentos de la tercera opinion, que se refirió arriba, que aunque no es muy probable, y aunque el Derecho le llama cosa vilisima, y de grandissima codicia recibir assi de todos agradecimiento de todo; pero no carece de textos del Derecho, que la favorecen, ni de razon en que se funda, ni de Autores, que la patrocinan, y consiguientemente tiene su probabilidad: y aunque no se puede aconsejar por el grande riesgo de que las dadas cieguen el corazon del Gobernador; pero ya hecho, se debe tolerar, y no mandarle restituirlas. Demás desto la costumbre, que tiene fuerza para abrogar las leyes positivas, ha dado a esta opinion mas probabilidad de la que ella tenia en si; y esto se ha de entender como si se hiciera la donacion sin miedo, y el Gobernador no ayá dado ocasion para que teman los que reciben mercedes semejantes, si no hazen semejantes dadas: por lo qual el Gobernador, que aviendo hecho alguna merced destas a alguno, el qual no le corre-

pondió con una buena dadas, lo desterró despues, o le hizo otra molestia, o bexacion, debe presumir, que las donaciones que le hizieren de alli adelante, no son puramente graciosas, sino de rezelo, y temor, y assi no las recibe licitamente, y las debe restituirlas, porque falta el fundamento de dicha opinion, que es la espontanea voluntad del dueño que haze la donacion.

8. Segunda conclusion: el Gobernador, que dió las encomiendas, pensiones, o oficios, que se ordenan principalmente al bien de aquellos a quienes se dan, a personas, que conocidamente no eran las mas benemeritas, dexando sin ellas a los que las merecian mejor, segun la opinion mas favorable, puede quedarle con el dinero, que le dieron para hazer tal provision; pero está obligado a restituirlas, y satisfacer a la persona mas benemerita todo lo que le avia de valer la encomienda, o oficio. La primera parte desta conclusion pende de dos opiniones menos probables; la una es la que se puso por tercera opinion arriba, de que las donaciones, que hazen los dueños de su libre voluntad a los Juezes, y Gobernadores, son validas. La segunda, de que los que reciben precio por hazer alguna cosa mala, o injusticia a que no estaban obligados, antes la hizieron contra su obligacion, pueden recibir licita, y validamente el precio, por aver hecho cosa torpe contra su obligacion, por dar gusto, o utilidad al otro. Esta opinion llevan quatro Autores graves, Silvest. verb. Restitutio. 2. §. Sed quod dictum. S. Antonin. 2. p. cap. 5. al principio. Navar. in Summ. lat. cap. 17. n. 30. y cap. 25. n. 34. Angel. verb. Restitutio. §. Turpe. pero mas comun es la opinion contraria. La segunda parte de que está obligado a satisfacer, y restituirlas todo lo que avia de valer la encomienda al que conocidamente tenia mas meritos, sacando de ai solamente lo que avia de gastar en los despachos, y media anata; es cosa certissima, porque el Gobernador no es señor de las encomiendas, pensiones, y oficios, sino un mero distribuidor asalariado para que las de segun dispone, y manda el Rey, el qual manda, que las de a los mas benemeritos con vista de los papeles, y meritos de cada uno: por lo qual no dando la encomienda al que conocidamente tiene mas meritos, es quitarle lo que se le debia, y assi se le debe restituirlas todo lo que la encomienda le avia de valer, como consta del Derecho, cap. Si culpa de iniurijs, & damno dato: Si tua culpa datum est damnum iure super his satisfacere oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse con-

contingere, vel iacturam. En esto de que el mal distribuidor está obligado a restituirlas al que dexó de darle lo que sus meritos merecian, convienen comunmente los Doctores. Veanse Cruz, in Director. præcepto. 7. art. 2. dub. 11. y Lopez, 1. p. instr. cap. 127. Y aunque el de mayores meritos no poseia la encomienda, si es constante, que sus meritos excedian a los del que la lleuó, y con firmeza, è indubitadamente se le avia de dar, a no impedirlo la injusticia del Gobernador, que la dió a otro por dinero; le debe restituirlas todo lo que le avia de ser de utilidad aquella encomienda dada aqui por el Gobernador. Esta es doctrina expresa de S. Thomás 2. 2. q. 62. art. 2. ad. 4. Si iam firmatum sit quod alicui detur Præbenda, & aliquis propter indebitam causam procuret, ut renocetur, idem est, ac si iam habitam ei auferret, & ideo tenetur ad restitutionem æqualis. Baxando solamente de lo que le podia rentar la encomienda, lo que le avia de costar los despachos, medias anatas, y confirmacion.

9. Tercera conclusion: si el Gobernador dió los oficios, que inmediatamente se ordenan al bien comun a los que no lo merecen, por dadas, no está obligado a restituirlas lo que le dieron, ni a los benemeritos a quienes dexó sin oficio debe restituirlas la utilidad, y honor, que avian de tener con dichos oficios; pero está obligado a restituirlas los daños, que recibió el bien comun por estar a cargo de quien no tenia talento, o virtud para gobernarlo. La primera parte consta de lo dicho en la conclusion antecedente, donde se pusieron dos opiniones, por las quales no ay obligacion de restituirlas a los indignos, que dieron dinero para recibir lo que no merecian. La segunda se prueba, porque la provision destes oficios no se ordena al bien de los que los han de tener, sino al bien comun. El oficio de Alcalde mayor no se dá para que tenga provecho el Alcalde, sino para que el pueblo esté bien gobernado, y el oficio de General, o Contra-Maestre en la Nao, se dá para que vaya, y buelva la Nao, y traiga el socorro de las Islas, y demás hacienda; y consiguientemente no se hizo agraviado a los dignos, y mas benemeritos, que no fueron embiados a dichos oficios, porque no tenían derecho a dichos oficios, ni dichos oficios estaban ordenados para que ellos tuviesen utilidad.

10. La contraria opinion es mas probable, porque aunque estos oficios primeramente se ordenan al bien comun, no por esto dexan de ser segundariamente para honor, y utilidad de los benemeritos, a los quales to-

caba este honor, y utilidad, y de hecho se les quitó esto que les debia tocar, quando se les dió a los que no lo merecian, y para la obligacion a restituirlas no conduce, que primaria, o segundariamente se le deban estos oficios, sino que con efecto se le niegue utilidad, y honor, que (si se gobernaran las cosas, como deben) se le debiera dar: de fuerte, que la primera opinion se funda en que estos oficios no se deben por justicia distributiva a los benemeritos, porque precisamente en su provision se debe atender al bien comun. Assi lo defienden Soto, lib. 3. de iust. q. 6. art. 2. y Navarro citado por Fr. Luis Lopez, 1. p. instr. cap. 125. La segunda opinion se funda en que estos oficios, aunque se prouecen principalmente para el bien comun, pero no por esto dexan de ser distribuibles, segun los meritos, y capacidad de los hombres; y aunque esto sea segundariamente, no dexa de hazerle agraviado a quien siendo mas apto se le niega, dandofelo al que no lo merece. Esta opinion es de Cayetano in 2. 2. q. 62. art. 2. in resp. ad 4. dub. 3. y Medin. in instr. Confess. fol. 195. Lopez, in instr. 1. p. cap. 125. Y aunque esta opinion es mas probable, como la otra es tambien muy probable, y por otra parte seria muy dificultoso averiguar quienes fueron los mas dignos para estos oficios, se deben dexar assi sin restituirlas. Por lo qual en caso que de un Gobernador estos oficios a personas ineptas, o de quienes debiera entender que lo harán mal, solamente debe restituirlas los daños hechos al bien comun, en lo qual convienen todos los Doctores; porque el Gobernador, que dá una Alcadia a uno muy codicioso, o inepto para gouerno, o muy molesto a los Indios, debe refarcir todos los daños, porque tenia obligacion por su oficio de dar el oficio a persona capaz de quien se debiese presumir, que lo exerceria bien: y si se perdiere una Nao, o padeciese detrimento, por ser el Piloto, o General, o otros oficiales poco diestros, aviendo otros, que pudieran llevar estos oficios, que lo hizieran bien, debe pagar en conciencia el Gobernador todo lo que se perdiere por esta causa.

11. Quarta conclusion: el Gobernador, que pone en un oficio destes, que se ordenan al bien comun, a uno digno de quien se entiende que lo hará bien, dexando a otros, que lo harian mejor, no peca mortalmente, ni está obligado a restituirlas al pueblo, o al comun donde puso al digno, dexando al mas digno; pero en las cosas que se ordenan al bien de los particulares a quienes se dan, como encomiendas, si las dá al benemerito, dexando a otro conocidamente mas benemerito, peca mortal-

mortalmente, y está obligado a restituirle. La primera parte desta conclusion se prueba, porque muchos Autores dicen, que los Principes, y personas Seculares, que proveen semejantes officios, no están obligados a buscar los mas dignos, sino basta que hagan al digno: y los pueblos, y Naos, y otras comunidades, que proveen Seculares, solamente tienen derecho a que les den persona digna, y apta para el officio, y no le tienen a la mas digna. Esto es probable, aunque mas probable parece lo contrario, porque no mira bien por el bien comun, quien pudiendole dar quien lo gouierne mejor, le dá otro, que no lo haga tambien, y el bien comun siempre tiene derecho a lo mejor.

12. La segunda parte consta de lo dicho en la conclusion segunda, de fuerte, que esta diferencia ay en las cosas que se ordenan al bien comun, como las Alcaldias, si se dan al benemerito, dexando al mas benemerito, ay opinion probable, que no es pecado, ni ay obligacion a restituir; pero las que se ordenan a la vtilidad de los particulares, especialmente, si se mandan dar por concurso de opositores, como las encomiendas, si se dieron al benemerito, dexando al que tiene mas meritos, ay obligacion precisa de restituirle, y no ay opinion, que escuse de la restitucion, porque aquello se debia determinadamente al mas benemerito.

13. Quinta conclusion: el Governador, que recibiere alguna cosa como precio, para dar algun officio, plaza de mar, o de tierra, de qualquiera calidad que sea, o encomienda al que la merecia, o por mas benemerito en las encomiendas, o por benemerito en los officios, que se ordenan al bien comun, inmediatamente está obligado a restituir el precio al que se lo dió: esta es doctrina comun de todos los Doctores. La primera razon desto es, porque no tiene titulo el Governador para llevar aquel dinero, y así peca contra justicia en recibirlo, y está en pecado mortal todo el tiempo que lo retiene, porque en realidad de verdad recibió aquel dinero como por venta, en precio de lo que no es suyo, ni lo pudo vender, y estava obligado a darlo sin precio. La segunda razon es, porque a los que llevan los officios en estos casos, se les debia dar sin que pagasen precio alguno por los meritos antecedentes, y así se les haze agravio en llevarles precio, porque se les quita, o obliga a que den lo que no deben dar, y quedan en esto damnificados. En esto concuerdan todos los Doctores, sin discrepar alguno: especialmente en llevar cantidad por las plazas de mar, se ha hallado otro inconveniente,

y es, que como les cuesta tanto, y despues de vn viage tan largo de ida, y buelta a Nueva-España, se halla sin ganancia (que todo lo que ganaron les costo la plaza) vñan de esta traza, que las mercaderias de los vezinos que llevaron a beneficiar, si las vendieron a diez, dicen, que a siete. Hombre ha avido, que ha hecho tres cartacuentas, vna verdadera, y viendo que quedaba perdido hizo otra, baxando vn tercio a todos los generos que vendió, y hallando que aun todavia no ganaba nada, hizo la tercera, baxando otro poco; conque estas ventas de las plazas de mar redundan en robo, que se haze a todos los vezinos, y ceden en daño comun de la Republica, y es grandissima injusticia, que por vnas plazas trabajadas, que las piden para ganar con su sudor lo que les dan a beneficiar, les llevan tanto dinero, que se ven obligados a hurtar, para que les quede algo. De lo qual se colige, que si para dar alguna plaza, o officio, o encomienda, señala el Governador, o otra persona en su nombre la cantidad, que han de dar para que se les haga la merced, es pecado mortal, y está obligado a restituirlo, porque en caso que se le señala la cantidad que han de dar, no es libre donacion, ni agradecimiento, que nace de espontanea voluntad, sino contrato, que llama el Derecho *do, ut facias*, y *do, ut des*. l. Iuris gentium. ff. de pactis, y lo dan de necesidad, como el que paga vsuras, que dá mas del principal el precio que pide el que le presta, porque de otra manera no le querrá prestar. De la misma fuerte peca, y está obligado a restituir, aunque no señale precio, sino que solamente pida, sin determinar la cantidad al que ha de dar la encomienda, plaza, o officio por las mismas razones, porque no está la deformidad, è injusticia en señalar el precio que han de dar, sino en llevar algo por estas cosas, que no es pura donacion, y agradecimiento, y por libre, y espontanea voluntad del que lo dá. De la misma fuerte, aunque no señale precio, ni pida cosa alguna, expresamente a los que llevan officios, plazas, o encomiendas, si ya se entiende, y se practica, que no se dan sino al que dá, peca mortalmente el Governador, que recibe de aquellos a quienes haze dichas mercedes, y está obligado a restituir. La razon es la misma, porque no es libre donacion, sino porque suponen, que sin esso no alcanzarán la encomienda, o officio, y el no pedirlo expresamente, no haze al caso, porque con la practica, y hecho lo piden. l. De quibus. ff. De legibus, quid interest sufragio voluntatem suam declaret an rebus ipsis, & factis. Y Glosa in l. Cum quid. ff. de rebus creditis.

eis. *Tacitum pro expreso habetur*. Y querer llamar puro agradecimiento, y donacion graciosa a lo que dan, sin lo qual no les dieran el officio, o encomienda, es querer cerrar los ojos a la verdad, como aquel de quien dixo el Profeta, Psalm. 35. *Noluit intelligere, ut bene ageret, iniquitatem meditatus est incubili suo*.

14. Sexta conclusion: quando para vn officio, o encomienda ay muchos iguales en meritos, de tal fuerte, que se lo puede dar el Governador a qualquiera dellos con segura conciencia, si recibe alguna cosa por hazer la merced mas a vno que a los otros, peca mortalmente, y está obligado a restituirlo al que la dió. Para prueba desta conclusion se ha de advertir, que avia vna opinion de algunos pocos Modernos, aunque reprobada de la comun sententia. Dezian aquellos Modernos, que quando en vn pleyto ay opiniones igualmente probables por ambas partes, que le es licito al Juez recibir paga por aplicar la sententia en fauor de la vna parte, porque supuesta la igualdad de las opiniones, qualquiera de los litigantes, no tiene mas derecho que el otro a que se dé la sententia en su favor, ni el Juez está obligado a darla mas en favor de vno que de otro; y así el darla en favor deste mas que del otro, es hazer vn bien, que no estava obligado a hazerlo, y consiguientemente puede recibir paga por ella. Esta opinion reprobó Alexandro VII. en vna Congregacion de Cardenales de la Santa vniuersal Inquisicion de Roma, y la condenó (por lo menos) por escandalosa, y puso excomunion mayor *lata sententia* reservada al Papa, al que la enseñare, o escribiere, o tratare de ella, si no fuere impugnandola, y precepto formal para que ninguno en la practica la siga. Entre las proposiciones que condenó Alexandro VII. es esta la 26. de aqui se colige, que en el caso propuesto ya no es probable, que pueda el Governador llevar cosa alguna por dar las plazas, y officios, o encomienda a alguno de los muchos benemeritos, quando son iguales. La primera razon es, porque la oposicion a las encomiendas en que cada vno presenta sus papeles, y servicios, es vn litigio sobre qual tiene mas meritos, y la deba llevar; y así en sus propios terminos está reprobado por la Sede Apostolica, que puede llevar algo por determinar lo en fauor de vna parte, dandole la encomienda. De la misma fuerte en la provision de officios, y plazas en esta tierra, estando todos los benemeritos pretendiendo (que no tienen otras rentas a que aspirar) que es vn genero de competencia, y litigio sobre cada officio, que está para proveerse. La segunda,

porque la misma razon corre en el caso de la opinion condenada, y en el que aqui se propone. Primeramente la misma razon con que probaban sus Autores aquella opinion, de que el Juez por dar la sententia en favor de vna parte, quando ambas tienen opiniones igualmente probables, puede llevar precio, es la que pueden alegar los que dixeron, que el Governador en iguales meritos puede llevar paga por aplicar el favor a vna parte; y si esta razon no prueba cosa alguna en la opinion condenada, de la misma fuerte no prueba en esta. Demás desto las mismas razones con que se convence de falsedad aquella opinion condenada, militan contra la que aqui voy impugnando. Las razones son estas: el acto de justicia, y sententia dize de su naturaleza, que se determine por los meritos de la causa, y no por corrupcion del Juez, que esté mas favorable a vna parte, que a otra, o por aficion, o por dinero: y el Juez que tiene salario por razon de su officio, tiene ya pagado el determinarse a vna parte, o a otra, por lo qual no tiene titulo para llevar la paga, que le dá vna de las partes para determinarle, y se siguen grauissimos inconvenientes de dicha opinion; porque las dadivas ciegan los ojos del corazon, para que los Juezes no vean la verdad, ni juzgen por ella, y en tal caso los pobres serian de peor calidad en materias de justicia, porque en materias opinables siempre se determinaria contra ellos. Finalmente todas quantas razones se hallan contra aquella opinion condenada igualmente militan para probar, que no es licito al Governador quando los opositores de vna encomienda son iguales en meritos, darla a quien le pagare el determinarse en su favor, y quando los pretendientes de vn officio, o plaza son iguales, darla a quien le pagare su determinacion; y así por tá improbable, y digna de condenarse tengo a esta opinion, como lo es aquella ya condenada por la Sede Apostolica. A lo qual añadido, que rarissima vez se hallará total igualdad de meritos, que siempre se descubre algun exceso por alguna parte, si se mira con cuydado, como se debe; y quando en los meritos se hallase tanta igualdad, se debiera dar al que ha mas que assiste en esta tierra, que algun merito es este.

15. Septima conclusion: si el Governador aviendo mirado los meritos de los pretendientes de officios, o encomiendas con cuydado, y diligencia, con buena intencion de darlas, segun los meritos, y no obstante se engañare, si despues conociere el engaño, no está obligado a deshazer lo hecho, ni a restituir al mas benemerito, sino portarse como si

huviera prouido la merced como debia en conciencia; pero si hizo la prouision, sin atencion a los meritos, ò sin mirarlos, è informar-se con diligencia, y cuydado, pecaria mortalmente, como si la huviera dado al que no la merecia, y debe rebolver sobre la prouision hecha, considerando los meritos del que la llevó, y de los que no la llevaron, para restituir segun queda dicho, si acaso la dió al que no debia.

16. La primera parte desta conclusion es clara, porque no tiene mas obligacion vn Governador para dar las encomiendas, que poner edictos, ver los papeles, y merito de los opositores, è informar-se con diligencia de quien juzgare, que no le engañará, y le hablará sin passion: y si esto hecho con buena fé, y desseo de acertar, se engañó, fue el engaño inculpable, a que estamos expuestos todos los mortales. *Cogitationes mortalium timida, & incerta prouidentia nostra.* Sap. 9. Assi lo afirman Medin. in Summ. cap. 14. §. 32. y Cruz, præcept. 7. de restitut. art. 2. dub. 11. y Azor, lib. 7. inst. mor. cap. 29. q. 6. dize, que si vn Prelado inferior, con potestad de dispensar quando ay justa causa, aviendo considerado con diligencia la justicia de la causa con buena fé, la juzgó por justa, y suficiente, y dispensó, vale la dispensacion, aunque despues se halle que no fue la causa suficiente, ni justa, y lo mismo dize Sanchez, lib. 8. de matrim. disp. 17. n. 8. porque la intencion del Papa, que dió potestad para dispensar aviendo causa, es solamente esta, y esto pide el recto, prudente, y suave gobierno de la Iglesia, y el conocimiento falible de los hombres, para que las disposiciones de los Superiores tengan alguna firmeza, y porque no sea menester cada dia andar deshaziendo lo hecho, segun la variedad de los informes: y el Governador, que se engañó en esta forma, no tiene obligacion a resarcir en cosa alguna al mas benemerito: no *ratione iniusta actionis*, porque no pecó en la prouision del oficio, ò encomienda, pues procedió con buena fé; ni *ratione rei acceptæ*, porque no tiene cosa alguna perteneciente al tal benemerito, por lo qual, si el de menos meritos, que llevó la encomienda, ò oficio, le dió por donacion graciosa, y puro agradecimiento alguna cosa, se puede quedar con ella, como se dixo en la primera conclusion, y no se le debè dar al benemerito desgraciado, porque de ninguna fuerte le pertenece: si hizo la dadiua por temor, ò por precio para que le hiziesen la merced, tiene el Governador obligacion a restituirla al mismo que la dió, y llevó la merced, porque supuesto el error del Governador, que juzgó inculpable-

mente, que a aquel se le debia en conciencia, tuvo obligacion de darla sin paga, y no tiene titulo justo para llevar lo que assi le dieron, pues no fue donacion graciosa, ni puro agradecimiento, como se dixo en la quinta conclusion. Si la donacion influyó para que se supliesen los meritos que faltaban al que llevó la encomienda, ò para que no se viesen bien, y desafacionadamente los del mas benemerito, ya faltó la buena fé, y diligencia, que se debia hazer para la prouision, podrá el Governador quedarle con lo que le dió el que llevó la encomienda; pero tiene obligacion de restituir al mas benemerito todo lo que valia la encomienda que llevó el otro, como se dixo en la segunda conclusion.

17. La segunda parte desta conclusion es clara, porque si dió el oficio, ò encomienda, sin examinar, ni informar-se, ni atender diligentemente a los meritos de aquel a quien lo dava, es lo mismo que querer de proposito hazer la prouision en el que no es benemerito, como dizen comunmente los Sumistas, que el que se llega a confessar, sin aver examinado la conciencia, es lo mismo que querer dimidiar de proposito la confession; y el arrojar-se a proveer oficios, y encomiendas con esta ignorancia, y ceguedad, sin aver hecho diligencia para saber a quien se deben dar en conciencia, no le puede escusar de la culpa, y restitution, como dize el Derecho, cap. Si culpa de iniurijs, & danno dato: *Si tua culpa datum est damnum, vel iniuria irrogata, seu alijs irrogantibus opera forte iulisti, aut hæc imperitia tua sine negligentia enenerunt, iure super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusari si scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse contingere, vel iacturam.* Por lo qual el Governador que assi a ciegas despachare encomienda, ò oficio, debe examinar los meritos de los pretendientes que fueron, para satisfacer el daño, que a ciegas hizo. Si halla que hizo la prouision en quien licitamente pudo, debe hazer penitencia por el riesgo a que se puso en darla a ciegas, y ha de bolver lo que se dió porque hiziera en el la prouision, como se dixo en la conclusion quinta. Si halla que la dió al indigno, puede quedar-se con el dinero, que por ello le dieron; pero queda obligado a la restitution, segun la calidad de la prouision, como queda dicho.



## JUEGO DE LOS Sangleyes.

### CONSULTA II.

*Sobre si aviendo el Rey nuestro señor aplicado los baratos del juego de los Sangleyes para las fortificaciones desta Ciudad, podran los señores Governadores aplicar para si dichos baratos? y si dado caso que no puedan quedar-se con ellos, los deban restituir?*

#### PROPOSTA.

Costumbre es de los Sangleyes jugar el tiempo de su Pasqua, primero cinco dias con mas concurso, y mas largo, y despues suelen pedir otros diez dias mas: facanse quantiosos baratos, que se reparten entre los ministros del Parian, Alcalde mayor, Guardia, y su Teniente, Alguacil mayor, Bilangos, Escrivano, Carceiro, Padre Ministro, y otros, y al señor Governador le suelen dar dos mil pesos. Siendo Governador el señor D. Diego Faxardo informó al Rey nuestro señor, que mandó, que los baratos que se daban a los Governadores, se aplicassen a gastos de fortificaciones, que se executó, y executada todos los años, concertado los Oficiales Reales con los Cabezas de los Sangleyes, quanto han de dar: no obstante esta donacion a la caxa Real, los Sangleyes han profeguido, y prosiguen en dar el barato dicho al señor Governador. Preguntase lo primero, si los señores Governadores destas Islas podrán licitamente llevar los dichos baratos, sin embargo de la aplicacion hecha por su Magestad. Lo segundo se pregunta, si dado caso que no puedan licitamente llevarlos, tendrán obligacion a restituirlas, ó bolverlos? Esta consulta se hizo a ciertos hombres doctos de esta Ciudad, los quales aviendola resuelto a favor de los señores Governadores, embiaron su resolucion al Autor, para que sobre ello dixesse su sentir: no se pone dicha resolucion por ser larga, y porque el Autor pone todos los puntos que contenia.

#### PARECER CLX.

18. Con todo cuydado he visto esta resolucion, y con licencia, que V. R. me dà, ò por mejor dezir, por obedecer a lo que me manda de que escriba mi parecer, y

diga si lo contenido en dicha resolucion lo juzgo probable, dirè mi sentir, sujetandolo a la correccion de V. R. A la primera pregunta se responde, que no obstante la aplicacion hecha por su Magestad, pueden los señores Governadores destas Islas llevar los baratos de los juegos de los Sangleyes, con tal condicion, que los baratos se saquen con la moderacion que dicta la recta razon, sin los abusos que se han introducido.

19. La primera parte desta resolucion se prueba por la costumbre antiquissima de permitir-se estos juegos a los Sangleyes algunos dias de su Pasqua, en que se sacan cantidades notables de barato, que dan al señor Governador, Alcalde mayor, y otros ministros de justicia del Parian. De los principios desta costumbre no ay memoria, y se cree, que empezó desde que entraron los Sangleyes a tratar en estas Islas, y aunque por informe del señor D. Diego Faxardo mandó el Rey nuestro señor, que las cantidades, que daban de barato los Sangleyes a los señores Governadores, se aplicassen a gastos de fortificaciones, y de hecho se aplica mucha cantidad para dicho efecto, y se mete en las caxas Reales todos los años: no obstante esto, han profeguido en dar mucha parte de los baratos a los señores Governadores, desde que acabó su gobierno el señor D. Diego Faxardo, que fue el año de 1653. que ha 25. años, tiempo sufficientissimo para dar fuerza de ley a la costumbre, que fuere capaz de serlo; que la costumbre tan introducida se deba tener por licita, y justa, como no desdiga de la razon, afirman comunmente los Doctores Theologos, y Juristas. S. Thom. 1. 2. q. 97. art. 3. y alli todos sus discipulos, y comentadores. P. Suarez, deleg. lib. 7. cap. 6. Solorç. in Polit. lib. 2. cap. 15. y està expresso en muchos textos de ambos Derechos, en el Can. cap. Qué admodum. y cap. Consuetudo. dist. 12. en el Ciuil, l. Diuturna. y l. Sed ea. ff. de legib.

20. Que esta costumbre sea razonable no se puede negar, sin oponer-se a todo el mundo, porque en todas partes se vfa, y se tiene por cosa conatural, y muy conforme a razon sacar barato de las cantidades expuestas al juego, y a ninguno haze deformidad que se pida barato al que gana, y los que juegan de ordinario, no llevan mal que se saque alguna cosa de la cantidad, que està sujeta a lo dudoso de la fuerte del juego, sin ser todavia de alguno de los jugadores, ni los que ganan sienten dar alguna cosa moderada de la ganancia, como lo sintieran si la dieran de su casa: y consiguientemente esta costumbre de sacar los Sangleyes baratos de lo que jue-



juegan para dar a los señores Gobernadores, y a las guardas, y ministros del Parian, no es contra la recta razon, de que se sigue, que ya introducida, se debe tener por licita, y segura en conciencia.

21. Y no haze contra esto, que a los Juezes está prohibido recibir dones por derecho, y con mas rigor por las leyes del Reyno, que prohiben a los Gobernadores, y Juezes recibir dadivas, aunque sean de poca consideracion, y determinan, que se les tome juramento de que lo harán así. Vea se el lib. 3. de la Nueva Recop. tit. 6. l. 1. y tit. 9. l. 3. y 6. Esto no obsta, porque aunque la opinion mas comun, y mas probable dize, que no es licito a los Juezes recibir de la gente, que está debaxo de su jurisdiccion cosa alguna, especialmente de valor, y que si la reciben, está obligado a la restitucion; con todo esto no dexa de ser probable la opinion, que afirma, que no es peccado mortal en los Juezes, y Gobernadores recibir dadivas, aunque sean de cantidades notables, y que no están obligados a restituir lo que así reciben, aunque sean cosas de mucho valor, con tal que se hagan con toda libertad, sin intervenir miedo, ni rezelo en los que hazen la donacion de que serán mal vistos del Principe, o Superior, si no la hazen. Aviendo seguridad, o certeza, que la donacion se haze sin este miedo, y por pura liberalidad, y sin peligro de pervertir el animo del Juez, no dexa de tener probabilidad esta opinion por las razones, y Autores que V.R. trae; y asentando con dicha opinion, que las leyes que prohiben a los Juezes recibir donaciones en dichos casos, que no ay peligro de pervertir al Juez, si se hazen de pura liberalidad, dexan de obligar en conciencia, es doctrina clara, que en tal caso no obliga el juramento, que hazen los Juezes de guardar dichas leyes, porque no hazen juramento absolutamente de no recibir donaciones, sino de guardar las leyes, y ordenanças Reales, que están puestas a los Juezes, y así el juramento es accésorio a las leyes, y ordenanças, y obliga a no recibir donaciones en la forma, y segun las prohiben las leyes, como explican doctísimamente Silvest. verb. Juramentum. 4. q. 2. §. Tertium. y Cayet. 2. 2. q. 89. art. 9. y consiguientemente en los casos que no obligan las leyes, no obliga el juramento.

22. La segunda parte de la resolucion dada, de que no sacándose los baratos con la moderacion que dicta la razon natural, no puede ser licito el sacarlos, ni el recibirlos, ni puede estar seguro en conciencia quien los recibiere, hasta hazer la debida restitucion, se

prueba, porque la costumbre para que pueda ser licita, ha de ser conforme a razon. Así consta del Derecho, cap. Non putamus. de consuetud. in 6. donde se dá por ilícita vna costumbre antigua, por no ser conforme a razon: *Non putamus illam consuetudinem quanto cumque tempore de facto servatam consonam rationi.* Y cap. Consuetudinem. del mismo titulo se dá por mala vna costumbre de tiempo inmemorial, y le llama corruptela, y no costumbre, y dize, que aunque huviesse jurado de guardarla, no la deben observar, porque el juramento no ha de ser vinculo de maldad; y la razon que dá para dar por mala aquella costumbre, es, porque nació de mala raíz de la ambicion: *Consuetudinem quæ in vestra Ecclesia servatam aseritis tanto tempore, quod in contrarium memoria non existit, corruptelam, cum de ambitionis radice processerit, merito reputantes.* La costumbre para que se tenga por buena, se ha de fundar en razon, y así las leyes, y Sagrados Canones, que dan por licitas las costumbres introducidas de largo tiempo, ponen por condicion, que sean razonables, y que las ampare la razon. l. Præses. C. quæ sit longa consuet. *Consuetudo præcedens, & ratio, quæ consuetudinem suam sit, custodienda est.* Y lo mismo dize el Derecho Can. cap. Consuetudo. dist. 12. y comunmente los Doctores dizen, que para que vna costumbre se tenga por licita, ha de ser conforme a buena razon. Veanse Panor. cap. fin. de consuet. n. 5. & 6. Juan Andres, ibid. la Summa host. tit. de consuet. §. Quid sit consuetudo. Bart. in l. De quibus. ff. de legibus.

23. Aora se ha de averiguar, qué abusos, o qué corruptelas se han de quitar de dicha costumbre, para que se verifique de ella, que es razonable, y se puedan sacar, y llevar los baratos: a lo qual se responde lo primero, que sacar de barato tanta cantidad, o mas de la que se expone al juego, es cosa intolerable, y contra toda razon, y lo mismo digo, si se sacasse la mitad, o la quarta parte, o cosa exorbitante respectivamente a las cantidades que se juegan. La razon de esto es muy clara, porque los Sangleyes. como son muy codiciosos, toman el juego no tanto por entretenimiento, como por trato, con fin de ganar, como dize Nauarr. in Man. cap. 20. n. 3. que lo toman los que en el juego ponen la mira principalmente en la ganancia: por lo qual si se huviesse de dar de barato tanto, o mas de lo que se puede ganar, se frustra el fin de los que así juegan, y llevándoles la mitad, o gran parte de lo que se puede ganar por barato, les es el juego muy peligroso, y arriesgado, pues se exponen a perder mucho, y a

ganar

ganar muy poco, o casi nada respectivamente, solamente es conforme a razon, que de cada fuerte del juego se saque vna pequeña parte, que respecto de toda la cantidad que se expone en aquella fuerte, sea materia leve, aunque de muchas fuertes sea considerable la cantidad que se saque.

24. En las casas que se pone mesá de juego, se vá sacando vna cantidad moderada de cada fuerte para el dueño de la casa, por las molestias que passa en sufrir el ruido de los jugadores toda la noche, y galto que haze en prepararles barajas, luz, cena, y otras cosas, y tambien sacan para algunos hombres honrados pobres, que allí asisten. Pero siempre sacan con dicha moderacion, y si el dueño de la casa, o otro alguno quisiera sacar mas, se tendria por cosa injusta, y excessiva a lo que dize la razon de barato, y se debe presumir, que la introduccion destos baratos en los juegos destos Sangleyes fue desta fuerte, y como entonces eran muchos los Sangleyes, que avia en la tierra mas de quarenta mil, y la tierra estava mas rica, y así tenían los Sangleyes mas que exponer al juego, y avia muchos mas Españoles ricos, que acudian a jugar: por lo qual, aunque se sacasse de cada mano vna corta cantidad, que respectivamente fuesse materia muy leve, se juntaban al fin de los dias del juego mas seis mil, o ocho mil pesos. En estos tiempos son los Sangleyes muy pocos, y los mas dellos pobres, y la tierra está tambien pobre, y de los Españoles muy pocos acuden al juego de los Sangleyes a exponer cantidades gruesas, y así no puede ser conforme a razon querer sacar de los juegos de aora tanta cantidad como se sacaba entonces, sino respectivamente a los juegos de aora: y si algun Superior quisiesse, que se sacasse por razon de barato de cada mano, o fuerte, cantidad algo gruesa, seria cosa injustissima, y querer a las diez, o doze fuertes llevarse todo el dinero, y dexar a todos los jugadores despojados de su caudal, y no dexar camino, ni posibilidad para que algunos de los jugadores pudiesen ganar algo, sino que entrassen en el juego necesitados a perder, o por lo menos a que ninguno pudiesse ganar cantidad considerable, sino respectivamente muchísimo menor a lo que se expone a perder, que es contra razon natural, y contra lo que dispone el Derecho de que la vilidad, y prouecho han de corresponder al riesgo. inst. de empr. & vend. §. Cum autem: *Commodum eius esse debet, cuius periculum est.* Y lo mismo seria si quisiesse, que los que juegan se conviniesse de sacar por razon de los baratos tanta canti-

dad, que fuesse toda la cantidad, o la mayor parte de lo que se pudiesse exponer allí al juego. Este modo de llevar baratos se puede comparar a la compañía, que llaman los Doctores Leonina, sacada de la fabula de quando el Leon hizo compañía con otros animales para ir a cazar, y al partir la caza, se lo llevó todo, o casi todo. De lo dicho consta, que no es conforme a razon, que se saque por razon de barato cosa exorbitante, y que es gran detrimento del trato del juego, y jugadores, y contra la razon del barato, el sacar cosa muy considerable respectivamente a las cantidades que se juegan, y consiguientemente, que desto no puede aver costumbre licita, que asegure la conciencia de quien lo llevar: y aunque es verdad, que lo que está expuesto actualmente en el juego ( como dizen ) en la polla, o ya apostada, no es determinadamente de alguno de los jugadores, sino que está en peligro, y duda de quien será, y a quien le tocará la fuerte; pero tambien es verdad, que ambos que juegan tienen derecho a aquella cantidad, y tiené esperanza, y gana de llevarla, y sienten que se la disminuyan mas de lo que demanda el galto del juego, y barato moderado, porque ninguno quiere exponerse a perder mucho por la esperanza de ganar poco.

25. Otro absurdo ay mayor que el referido, y es, que los cabezillas para enterar todo lo que se les pide por razon deste barato, echan derrama, o repartimiento, y piden vn tanto a cada Sangley, aunque no juegue. El año pasado se mandò, que cada Sangley pagasse veinte pesos, aunque algunos por ser muy pobres dieron mucho menos. Esta sacaliña es contra toda razon, porque en todos los negocios humanos deben pagar las cargas los que reciben el beneficio. reg. 55. de reg. iur. in 6. *Qui sentit onus, sentire debet commodum, & è contra.* El dinero, que contribuyen los Sangleyes en sus Pasquas por razon del barato, se debe sacar del juego, que esto es barato, y por la larga licencia que allí se les dà para jugar: y será injusticia obligar a que contribuyan los que no juegan, porque si no quieren essa gracia de poder jugar, ni vñan del, de ninguna fuerte se les puede obligar a llevar essa carga, y esto de sacar. este dinero de todos los Sangleyes, aunque no jueguen, se ha empezado a vñar siete años ha, que viendo los Sangleyes cabezillas del juego, que de los baratos no pueden sacar todo lo que deben entregar de barato, han tomado este medio iniquo.

26. Otro abuso hallo no pequeño, y es, que a todos los Sangleyes que están en todo

los

los contornos de Manila se les obliga a asistir en el Parian en tiempo que ay juegos, a petición de los cabezillas, para tener con esto quien juegue, y de donde sacar con que pagar tanto barato. El juego es contrato voluntario de su naturaleza, y el que obligasse con miedo, ó fuerza a jugar a alguno, estaria obligado en conciencia a restituirle lo que perdiessé, como prueba Man. Rodr. in Sum. to. 1. cap. 266. y Lopez. 2. p. intr. cap. 34. Y aunque no les compelen inmediatamente a jugar, como les obligan a estar allí asistentes en el Parian, sin dexarles ir a sus casas, ni a otra parte a hazer otra cosa, es vn modo de compulsión moral conque los obligan a jugar, especialmente, que el intento de los cabezillas, que piden que sean todos los Sangleyes compelidos a asistir estos dias en el Parian, lo hazen por este fin, de que estando allí impedidos de hazer otra cosa, jueguen, y tener ellos de donde sacar mas baratos.

27. Quitados todos estos abusos, tengo por licita la permission del juego por algunos dias de su Pasqua, y el sacar los baratos moderados, que no desdigan de razon de baratos, y que se meta en las caxas Reales vna cantidad razonable, y otra lleue el señor Governador, y el Alcalde mayor del Parian, y demás guardas, y ministros lleven su parte. Resta averiguar, como se pudiera hazer esta moderacion, para cuya inteligencia se advierta, que no ha muchos años, que los cabezillas de los juegos sacaban en todas las fuertes de cada veinte, vno, para los gastos del juego, y baratos, de fuerte, que quarenta pesos, que se apostaban en vna fuerte, de muchas, ó de pocas personas, se daban de ganancia a los que la ganaban treinta y ocho pesos, y los que perdían, perdían los quarenta, y así respectivamente se iba sacando de cada veinte vno: y como se echan muchas fuertes, porque el juego de la metua, como es a modo del juego de pares, y nones, se concluyen en breve tiempo muchas fuertes, y se saca razonable cantidad de barato, y de pocos años a esta parte dicen, que sacan de cada diez vno, y aun de ocho han sacado vno estos vltimos años, porque de otra fuerte dicen los cabezillas, que no pueden pagar todos los baratos que se les piden; y aun con esto dicen, que no pueden ajustarlos, y por esto echan la derrama, que se dixo arriba.

28. Todos estos son abusos, y corrup-telas, que de pocos años a esta parte ha ido introduciendo la codicia, y se debiera mandar, que los cabezillas de cada veinte saquen vno solamente, como antes se vsaba, porque es contra razon, que en vn juego, que en

tan breve tiempo se concluyen las fuertes, se saque de barato a los que juegan la octava, ó dezima parte de cada fuerte, de manera, que a las ocho, ó diez manos, ó fuertes, todo el dinero se vaya en los baratos: y de esto que así se sacasse, se entregasse a la caja vna buena parte respectivamente, porque quando su Magestad embió orden de que lo que se sacasse de los baratos para los señores Governadores, se aplicasse a fortificaciones, no quiso variar la causa, ni titulo por donde se lleva este dinero a los Sangleyes, sino que a titulo de barato, como hasta entonces, se sacasse; y consiguientemente quiso, que se sacasse vna cosa moderada, y muy leve de cada fuerte, como se haze en todos los juegos donde se saca barato, y que de allí se sacassen, y pagassen los gastos, que se hazen por razon del juego, como lo que se dà al Alcalde mayor, y demás ministros de justicia, y guardas, que asisten entonces en el Parian, y así se debe moderar lo que entrare en la caja de fuerte, que quede cantidad moderada para dichos gastos, y para que se pueda dar de dicho barato vna buena parte al señor Governador, que es cierto, que por mejor titulo se le debe dar, que no al Alcalde mayor, como doctamente dize V. R. en su resolucion. A personas de mucha autoridad, y credito he oido dezir, que en tiempo que el señor D. Diego Faxardo gouernaba estas Islas, se sacaban de el juego de los Sangleyes dos mil pesos para las caxas Reales, y no llevaba cosa alguna el señor Governador, porque su señoria no lo quiso llevar: pues aora que ay menos Sangleyes que entonces, mucho menos se deberia meter en las caxas Reales. El Alcalde mayor solia llevar (no ha muchos años) dos pesos de cada petate de cada dia natural, entre dia, y noche suele aver diez, ó doze petates, y así recibia cada dia veinte, ó veinte y quatro pesos, y se tenia por cosa exorbitante, y sin duda era cosa excessiva, y siete años ha, que lleva de cada petate dos pesos por cada dia, y otros dos pesos por cada noche, que son quarenta y ocho pesos en vn dia natural. Toda esta variacion, y aumento nace de la raiz de la codicia, y no puede ser costumbre licita, y razonable: lo que se pudiera ajustar es, que al Alcalde mayor se diessen quarenta, ó cincuenta pesos de barato por todo el tiempo que durare el juego, ó dos, ó tres pesos cada dia, y a los demás ministros de justicia, y guardas, que allí asisten, a vnos a veinte pesos, a otros a diez, y a otros a cinco, por todo el tiempo que dura el juego, segun sus officios, y asistencia, sin que lleven de cada petate vn tanto, ó cada dia vn peso a vnos,

## CONSULTA III.

*Si se debe pagar la deuda, que se pide de los bienes de un señor Governador difunto, por no averse pedido en la residencia?*

## PROPOSTA.

EL señor Don N. pidió al Almirante D. N. seis tercios de cacao para el gasto de su familia, el qual luego se los remitió, y el señor Don N. mandò a su Mayordomo, que le pagasse su valor a razon de a 200. pesos el tercio, que son mil y docientos. El Mayordomo no se hallaua por entonces con la cantidad de dinero suficiente para hazer esta paga, y antes de hazer se murió el señor Don N. De allí a dos años dieron su residencia los Albaceas, sin que dicho Almirante demandasse dicha cantidad, hasta que ya passada hizo donacion de ella a los Padres Recoletos del puerto de Cauite, los quales tienen puesta demanda ante el Alcalde Ordinario, para que se les satisfaga. Contradize el Albacea por dos razones; la vna, por causa de no aver puesto dicha demanda en tiempo de la residencia; la otra, porque la probanga no parece suficiente, porque a los testigos, que presenta, que son dos, que testifican de la entrega de dichos seis tercios de cacao, no les pudo constar, que no se aya hecho la paga.

El P. Procurador General de la Sagrada Religion de los Padres Recoletos, y el Juez, piden al P. Fr. Juan de Paz, que les diga si tiene justicia en dicha demanda, para que se provea lo que convenga.

## PARECER CLXI.

31. **R**espondo, que tengo por justificada la demanda puesta por el Padre Procurador General de los Padres Recoletos, y juzgo, que aviendo bienes del difunto, tiene el Albacea obligacion en el fuero de la conciencia de pagar esta deuda, y en el fuero contencioso se la mandaràn pagar. La razon desto es, porque dos testigos instrumentales, que concurrieron, è intervinieron en la entrega, y recibo de dichos seis tercios de cacao, testifican de dicha deuda, y por todos Derechos bastan dos testigos en las causas, y casos, que no està determinado por algun Derecho, que se requieran mas. En el Derecho Diuino, Deut. 15. *In ore duorum, aut trium testium stabit omne verbum.* y Mathæi 18. *In ore duorum, vel trium testium stet omne verbum.* En el Canonic. cap. Si testes. 4.

vnos, y a otros vn toston: y no dudo, que haziendose desta fuerte quedaria para el señor Governador cantidad razonable, de mas de quinientos, ó mil pesos, sin atropellar contra razon la razon formal del barato, y lo que se puede, y suele sacar en todos los juegos del mundo, sin violencia, ni extorsion, ni agrauio, ni quexa de los que juegan.

29. O se podia disponer, que sacandose los baratos con la moderacion referida, sin echar derrama a los que no juegan, la mitad de todo lo que se sacasse se metiesse en las caxas Reales, y de lo restante la mitad lleuasse el señor Governador, y la otra mitad se distribuyesse con proporcion entre el Alcalde mayor del Parian, y todos los demás, que tienen titulo, y costumbre de participar de dichos baratos. En esta forma tengo por cosa segura en conciencia, y conforme a razon, la saca de dichos baratos, y que pueden lleuarse los señores Governadores: y sacandose los baratos con dicha moderacion, me conformo con todo lo que V. R. dize en su docta resolucion.

30. A la segunda dificultad respondo, que si el barato se sacare con la moderacion dicha, no ay obligacion a restituir, porque la costumbre razonable, y asentada haze licita, y justa la recepcion de los dichos baratos; pero si se hizo sin dicha moderacion, como se ha hecho algunos años, obligando a los Sangleyes, que den ocho mil pesos de baratos, no siendo verisimil, que se pudiesse sacar tanta cantidad, si los baratos se sacassen con la moderacion debida, tendrá obligació a restituirlos, en primer lugar a los que contribuyeron quando no jugaban, para que los cabezillas pudiesen ajustar los baratos, que se les pidian: porque esta derrama, y contribucion es lo que mas injustamente, y mas sin titulo se lleuó. Y si satisfechos todos los que en esta forma contribuyeron, restan dineros, se podrá dar de limosna a pobres, ó Iglesias, ó otras obras pias, ó componerse con Bulas de composicion, porque este dinero lo sacó el Sangley contra razon, y justicia de los que jugaban, sacando del barato de ocho, vno, que es cosa muy exorbitante, como queda dicho; y como juegan en la metua tanta gente de todas naciones, no es possible saber a quien, ni quanto se le defraudò en dichos baratos, y así como cosa, que se debe a due-

ños no conocidos, se debe restituir del modo referido.

q. 3. *Vbi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient, pluralis enim locutio duorum numero contenta est.* Y este mismo texto está con las mismas palabras en el Derecho Civil de donde se sacaron. l. Vbi numerus. ff. de testib. y §. Quod verò. 2. q. 4. Prueba con lugares de la Sagrada Escritura, que bastan, y se requieren dos, o tres testigos en todas las causas; y la Glosa dize allí, que se requieren necesariamente dos testigos demás del actor demandante, y que contando el actor como por testigo, en tal caso se requieren tres: *Duorum vel trium, ut comprehendat actores pro uno teste.* En el Derecho Civil, demás del lugar traído arriba, dize l. Iuris iurandi. C. de testib. *Vnius omnino testis responsio non audiatur, etiam si praclare curia honore praesulgeat.* Diciendo, que no se dé credito a vn testigo, manifiestamente dá a entender, que a dos se debe credito.

32. Contra esto no hazen las dos razones, que se proponen en la pregunta. La primera, de no averse puesto esta demanda al tiempo de la residencia del señor Don N. no quita el derecho de pedirla despues, ni por esto se prescribe esta deuda, porque no la contraxo el dicho señor Don N. en quanto Gobernador, sino para el gasto de su persona, casa, y familia; y aunque es sentencia muy probable, que los delitos, que comete vn Juez, o Gobernador, prescriben passada la residencia, y despues no se admite querrela contra él, ni demanda de cosa alguna, que deba por razon de su oficio, y de lo que huviere juzgado, y obrado como Juez, y Gobernador; pero por las deudas contraidas, y delitos cometidos independentemente del oficio, se le puede poner demanda, y proceder contra él despues de passados los terminos de la residencia: por que estas cosas aunque se pueden pedir en la residencia, pero no son proprias de la residencia, ni están astrictas, ni ligadas a aquel iuzio. Así lo enseña Baldo in l. Observare. §. Proficiscendi. n. 2. q. 2. ff. de offic. Procons. y Bobadilla in Polit. to. 2. lib. 5. cap. 3. n. 138. el qual cita a otros muchos, y es comun. Y como la compra del cacao no es perteneciente al oficio, y puesto de Gobernador, sino al sustento, y regalo de su familia: de aqui se colige, que esta deuda no está forçosamente aligada a la residencia, y que se puede demandar, y ay obligacion de satisfacerla despues de dada la residencia.

33. La causa segunda, que se propone, haze menos fuerza, porque consta de dos testigos, que se entregaron los seis tercios de cacao para el señor Don N. y que los debía, y los mandó pagar, y que no se puso en execu-

cion la paga: por lo qual consta ya con certeza la deuda, y el Albacea no la niega, y solamente dize, que puede ser la pagalle sin que lo supiesen los testigos. Todo esto no excluye la obligacion de pagar, porque a deuda cierta, que consta, y se prueba averse realmente contraído, no se satisface con paga incierta, que no se sabe si se hizo, sino que es necesario, que conste, que se hizo la paga con tanta certeza, como consta, que se contraxo la deuda; porque a deuda cierta, no se satisface sino con paga cierta. l. Compensationes. C. de compensationibus. *Liquidum ad non liquidum non est compensatio.* Y aviendo dexado el señor Don N. la mayor parte de su hacienda para obras pias, para descargo de su conciencia; la mayor piedad, y descargo de la conciencia del difunto, es que se pague lo que consta deber. Por todo lo qual juzgo, que en el fuero de la conciencia se debe pagar esta deuda, y en el fuero contencioso se debe mandar pagar.

## CAPITANES, Alferezes, Sargentos, Cabos de Esquadra, y Soldados.

### CONSULTA IV.

*Sobre si estos Oficiales puedan recibir dineros, o otras cosas de valor, por reservar a los Soldados de sus Compañias, de las guardias, o centinelas?*

#### PROVESTA.

SI los Capitanes, Alferezes, Sargentos, y Cabos de Esquadra, puedan llevar algún dinero por reservar a los Soldados de sus Compañias, de las guardias, y centinelas? Y en caso que no puedan recibir cosa alguna por lo dicho: si vno de dichos Oficiales estará desobligado a restituir vnos 60. pesos, que recibió de este modo, por aver los recibido *bona fide*, pensando que los podia recibir?

#### PARECER CLXII.

34. Respondo, que no es licito a los Capitanes, y otros qualesquiera Oficiales, recibir dinero por reservar de las guardias, y centinelas a algunos Soldados. La razón desto es, porque con semejantes reservas cargan todo el trabajo de los allí reservados sobre los Soldados pobres, que no tienen que dar. Para que con claridad conste el agravio, que

que de estas reservas resulta a los no reservados, se advierta, que en este campo de Manila ay nueue Compañias de Soldados, y las tres que entran de guardia esta tarde, ocupan los cuerpos de guardia, rondan, y guardan las murallas 24. horas, hasta que mañana en la tarde entran otras Compañias, y allí tienen dos dias en sus casas, o en sus negocios, y vno en la ocupacion precisa de Milicia. A cada vna de las tres Compañias, que entran de guardia, les están ya señalados los puestos, que han de guardar, y donde han de assistir, allí dentro de la Ciudad, como en las puertas, y murallas. La noche diuiden en tres velas: velan vnos desde prima noche hasta las onze, otros hasta las tres, otros hasta el dia, y de ordinario en cada Compañia ay suficiente numero de Soldados para remudarse en las tres velas, y que todos descansen. No obstante esto fuele acontecer, que o por estar algunos enfermos, o reservados por sus Oficiales, velar algunos Soldados dos quartos en vna noche, y otros estar todo el dia de posta en el lugar, que desde la mañana los pusieron, sin embiarles quien los mude.

35. Esto supuesto, consta con toda claridad la injusticia, y deformidad, que tiene el hazer dichas reservas, porque el provecho de ellas lo recibe el Cabo, que las concede, pues el reservado le paga, y cede en daño de los otros Soldados, pues se les multiplica el trabajo, y es contra todo Derecho, que vnos lleven la carga, y trabajo, y otros el provecho. l. Nam hoc. ff. de condic. indebiti. *Hoc natura equum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletorem.* Es de Derecho natural, que quien lleva el trabajo lleve el precio. l. Et nomen. C. de caducis toll. §. Pro secundò. *Neque enim ferendus est is qui lucrum quidem amplebitur, onus autem si annexum contemnit.* Y reg. 48. de reg. iur. in. 6. *Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria vel iactura.* No ha de enriquezer el Capitan a costa del desvelo, y trabajo del Soldado. La Glosa in cap. Ibi adunati. 7. q. 1. explica lo mucho, que se tiene llevar el trabajo sin el premio. *Cum labor in damno est, crescit mortalis egestas, optat premia quisque labor.*

36. De los textos referidos consta, que es injusticia clara, quando por reservar a vnos cargan a otros mayor trabajo, y entonces el dinero, que lleuò el Cabo por la reserva, debe restituirlo, no al que lo diò, porque esse ya compró, y consiguió su descanso, y redimió con el dinero el trabajo a que estava obligado: se ha de restituir al que lleuò el trabajo, que avia de tener el reservado; cap. Charitatem. 12. q. 2. *Iustum est, ut illi consequantur stipen-*

*dium, qui pro tempore suum commodare reperuntur obsequium.* De la fuerte que, si vn Soldado se concierta con otro, que haga sus quartos, y le dá por ello tanto dinero, es cosa justa, porque el pobre alquilandose para aquel trabajo remedia su pobreza, y el que tiene, compra con su dinero el descanso. Así quando el Cabo recibió el dinero por la reserva, está obligado a reducirlo a la igualdad de la justicia commutativa, dando el dinero, que el vno pagó por escusar el trabajo, al que lleuò el trabajo.

37. En caso que por aver bastantes Soldados no se siguiere de dichas reservas, que otros hagan en vna noche dos velas, ni que se les prolongue el tiempo de sus postas, y guardias, tambien son injustas, y obligan a la restitución; porque en caso, que ay en la Compañia mas Soldados, que los necesarios para los puestos, y rondas, deben gozar todos del descanso, oy vnos, y mañana otros, y este descanso, que es de todos, será contra justicia, que lo venda el Capitan a vno, y se lleve el dinero, porque vende lo que no es suyo, y se lleva el provecho, y los Soldados el detrimento, porque pierden los dias, que les avian de tocar de descanso, por aver vendido el Capitan las reservas; y así en este caso debe repartir el dinero, que le dieren por las reservas, entre todos los Soldados, que sin gozar de reserva han trabajado.

38. No obstante esto, en este caso, que a ninguno en particular se le doblan las horas de las velas, ni se le aumentan las postas, porque aunque se reserven algunos, quedan suficientes Soldados en quien repartir el trabajo, pueden ser licitas las dichas reservas, y el Cabo puede quedar con parte de lo que dan por ellas en esta forma: que a todos los que llevan el trabajo, cumpliendo puntualmente sus guardias, y quartos, se les reparta con igualdad lo que dan los otros por escusar el trabajo, y el Cabo podrá tomar para sí tanto como repartió a cada vno de los otros Soldados, y aun doblado. La razón desto es, porque viendo el Cabo, que vnos que tienen algún caudal desean, y piden, que les reserve del trabajo, y ofrecen por ello dineros, y que otros por su pobreza, y necesidad no llevarán mal, que los dias de descanso, que les podía tocar, se les commute en dinero con que suplir otras necesidades; puede presumir con bastante fundamento, que consenten en este contrato implicito los pobres, en que se les commute en dinero el descanso, que les podía tocar, y los que tienen posible, que se les escuse del trabajo por dinero; y como el Cabo en este caso pone su cuidado, y trabajo, y



atiende a las conveniencias de ambas partes, así de los que decañan, y pagan, como de los que trabajan, y reciben, y es el principal autor deste trato, sin cuyo consentimiento no se podía hazer, y tiene titulo, y derecho para impedirlo, por estas causas puede llevar su parte en la forma referida.

39. Pero siempre es mas conforme a razon, y a justicia, y a la reputacion del Cabo, no recibir cosa alguna por dichas reservas, ni para si, ni para otros, sino valerie de los Soldados, que tiene mas de los necesarios, para reservar a los enfermos, y achacosos conforme lo demandare la necesidad, y a algunos de especiales meritos en premio de su trabajo, que esto demanda la razon, y justicia distributiva, y de los demás tal vez reservar a otros, y tal vez a otros; y si alguno quisiere mas reservas, que el proprio se concierte con otro Soldado pobre, que haga sus velas, y le pague.

40. Suelen alegar algunos Cabos, que han vendido estas reservas, que tienen muchos gastos en el puesto de Capitan; porque aunque no fuesse mas de aver de traerles la comida al cuerpo de guardia los dias que están de guardia, es notable gasto, y que para refarcir este, y otros gastos del oficio, lleuan algo por las reservas, y quieren por este titulo quedarle con ello, sin repartirlo con los Soldados. Respondo, que ni por este titulo es licito vender dichas reservas, porque si tienen mayores gastos en el puesto de Capitan, por esto tienen mucho mayor sueldo, y es contra justicia, que quieran sacar sus gastos del trabajo de los Soldados, no siendo los gastos en orden al bien de los Soldados, sino para cumplir con la obligacion de su oficio, como tambien los Soldados para cumplir con las fuyas tienen sus gacillos.

41. A lo que se pregunta del que lleuó 60. pesos con buena fé, pensando que le era licito, se responde, que si en las ocasiones, que daba estas reservas por dinero, suplian otros Soldados doblandoles el trabajo, debe restituir a estos; pero si por aver en la Compañia Soldados de sobra, a ninguno se le dio mas trabajo, que el ordinario, deberá repartir los 60. pesos entre los Soldados, que no gozaban de semejantes reservas, tomando para si tanto como les reparte a dos Soldados en la forma referida.

42. Por causa de aver recibido dichos 60. pesos con buena fé, no está escusado de restituir todo lo que estuviere en su poder de dicho dinero, porque la buena fé no quita la obligacion de restituir lo ageno, desde la hora que sabe, que es ageno, ó no le pertenece, ni

lo tiene con buen titulo, como dize S. Thomas 2.2. q. 62. art. 6. *Ratione rei tenetur eam restituere quandiu eam apud se habet, quia quod habet ultra id quod suum est, debet ei subtrahi, Et dari ei cui deest secundum formam communitativa iustitia.* A S. Thomas siguen en esto comunmente todos los Doctores.

43. De la misma fuerte debe restituir todo aquello en que se han aumentado sus cosas, ó alhajas por razon de aver recibido dichos 60 pesos, como si compró alguna cosa, ó pagó alguna deuda, ó dexó de gastar algo de su casa, que de hecho lo huviera gastado a no aver tenido dicho dinero; porque en tal caso, aunque no le aya quedado vn real de los 60. pesos, y los aya gastado con buena fé, debe restituir todo lo que ha comprado, y aumentado sus cosas por medio de dicho dinero, y las deudas que ha pagado, y lo que ha dexado de gastar de su casa. Así consta expresamente del Derecho, l. Sed, & rem. ff. de petitione hæred. *Oportet igitur possessorem, & rem restituere petitori, & quod ex v. conditione eius rei lucratus est.* Y allí Bart. summa esta ley: *Bona fidei possessor tenetur restituere rem quam habet, & si quid eius occasione accessit.* Lo mismo determinan las leyes del Reyno, p. 6. tit. 14. l. 4. y es comun de los Doctores, y la razon es evidente, porque si de lo ageno, que ya se consumió con buena fé, quedó en alguna manera aprouechado, ya aquello en que quedó aprouechado le queda de lo ageno, y conseqüentemente lo debe restituir *ratione rei acceptæ*; pero si durandole la buena fé, todos los 60. pesos los gastó, ó los jugó, sin quedar de ellos aprouechado en cosa alguna, y sin aver ahorrado nada de su casa, no debe restituir cosa alguna; y aunque no faltan Autores, que afirman, que si culpablemente malbarató, y dissipó el dinero, aunque juzgáse que era suyo, lo debe restituir. Así lo afirman Soto lib. 4. de iust. q. 7. art. 2. y Nauarro in Man. cap. 17. n. 7. Rosella in Summ. verb. Restitutio. 7. n. 19. y Valencia 2.2. disp. 5. q. 6. pun. 3. Y parece que tiene fundamento, porque el que destruyó lo ageno por su gusto, ya executó su voluntad, y vió de aquel dinero segun ella, y este gasto, y desperdicio debe tener menos en sus bienes, y no restituyera lo esso, tiene mas de lo que debe tener. Pero la contraria opinion es mas probable, porque si pensaua invinciblemente, que aquel dinero era suyo, no hizo ni injusticia, ni agrauio a persona alguna en consumirlo, y malbaratarlo, y así no debe restituir; y esta es comunissima sentencia de los Doctores, que cita Sanch. in oper. mor. lib. 2. cap. 23. y Prado in Theol. Mor. cap. 17. q. 2. Por lo qual se ha de ver si el que recibió este

este dinero quedó aprouechado en algo del, ó ahorró algo, ó dexó de gastar otra cosa, que a no tener los 60. pesos la huviera gastado; porque si no huvo cosa de estas, y tuvo buena fé el tiempo que tuvo el dinero, no debe restituir cosa alguna.

## CONSULTA V.

*Sobre si le sea licito al Soldado vender a menas precio su librança, y a los Oficiales, que la han de librar, el comprarla a esse precio?*

## PROVESTA.

A Vn Soldado se le deben de su sueldo 2721. pesos, y vna persona le quiere comprar la librança desta cantidad por mucho menos, para despues procurar la tal persona cobrar de la Hazienda Real toda la cantidad por entero, pero antes de hazerlo así le ha dicho al Soldado, que a V. R. pida parecer de si esto es licito, de fuerte que se pueda hazer con segura conciencia, ó quanto se podrá, ó deberá dar por la librança de dicha cantidad? Y adviértese, que el Soldado a quié quieren comprar dicha librança, no tiene esperanza de hazer viage a Nueva-España, que es donde suelen cobrar los Soldados, ó Marineros sus libranças: por lo qual tiene por cierto, que perderá toda la dicha cantidad, que se le debe, sin esperanza de cobrarla.

## PARECER C.LXIII.

44. Responde, que de parte del Soldado, que vende la librança, no ay dificultad, porque él tiene perdida totalmente la esperanza de cobrar la dicha cantidad, y así quanto es de su parte hará bien de venderla a quien le diere algo por ella, aunque sean siete, ó ocho por ciento, y aun cinco, y menos, si no huviere quien le diere mas, que mas vale algo que nada, en lo qual no ay escrupulo de conciencia de parte del que vende la dicha librança, porque no defrauda cosa alguna, sino cobra lo que buenamente puede de lo que le deben. Acerca de la persona, que compra la librança, ay dificultad, a lo qual respondo, que si el que la compra fuesse vn Virrey, ó Governador, ó qualquiera Ministro del Rey, a quien toca, y pertenece hazer estas pagas, ó hazer la distribucion de la Hazienda Real, ó tiene en esto mano, ó voto, no puede comprar dicha librança por menor cantidad, y si la compra por menos pecará mortalmente con obligacion de restituir; pero si el que

la compra no es Ministro del Rey de aquellos, que disponen, ó mandan hazer las pagas, y a quien, y como se ha de pagar, sino que es otro tercero, que con alguna industria, ó valimiento, ó con otras diligencias espera cobrar dicha cantidad, este podrá con segura conciencia comprar la dicha librança de 2721. pesos por mucho menor cantidad. Pruebase esto lo primero, porque es comun sentir de los Doctores: dizelo expresamente Villalob. tom. 2. tract. 21. dif. 8. y en parte Lessio de iust. lib. 2. cap. 21. dub. 9. y no se halla Autor, que diga lo contrario.

45. Lo segundo se prueba, porque los Ministros del Rey deben ser fieles administradores de la Hazienda Real, haziendo fielmente las pagas segun lo que buenamente se pudiere, y alcançare la Hazienda Real, escusando quanto es de su parte, y quanto les fuere posible, a los acreedores de su Magestad, todos los gastos, y costas, y molestias de la cobrança, de la misma fuerte que su Magestad, y qualquiera deudor está obligado a pagar sin costas, ni gastos a su acreedor; porque dichos Ministros, en quanto a hazer dichas pagas, están en lugar de la persona Real, y así carga sobre ellos la misma obligacion, que tuviera el mismo Rey, ó otro qualquiera deudor, de escusar los gastos a sus acreedores: por lo qual si las personas a quienes toca hazer estas pagas, ó mandarlas hazer, comprassen por menos, causarían en la cobrança las costas, y gastos, que debian escusar por la obligacion de su oficio, y así estarán obligados a restituir: lo qual no corre así quando comprasse la dicha librança otro a quien no pertenece hazer dichas pagas, ni disponer de la Real Hazienda; porque el tal no está obligado de oficio a escusar los gastos de la cobrança al acreedor del Rey, ni a procurar que se le pague lo que buenamente se pudiere, ó a lo que alcançare la Hazienda Real, sino solamente en comprar vna mala dita, que se supone incobrable, que al acreedor no vale casi nada, y comprandola aprouecha al acreedor alguna poca cantidad, quando la tenia perdida toda; y aprouechatle a si en lo demás con su industria, y diligencia.

46. Lo tercero se prueba, y se explica mejor esta doctrina: Pedro es muy mal pagador, y mala dita (sease por pobre, ó mala maña) y debe cien pesos a Juan, el qual tiene casi perdida la esperanza de cobrar. Llega Pablo, que tiene camino, y modo por donde cobrar de Pedro, y ofrece a Juan diez pesos, ó menos por los ciento, y Juan los recibió: en este caso Pablo con segura conciencia cobra cien pesos, que se debian a Juan, por diez; ó

por cinco, porque aquellos cien pesos en aquella mala dita, no los estima Juan en mas de diez, ó cinco, ni pueden valer mas respecto de Juan, y Pablo no está obligado a pagar a Juan todo lo que a él por su industria, diligencia, ó fauores le ha de valer, sino solamente debe Pablo pagar a Juan aquello, que justamente, y atentas sus circunstancias de mala dita valia la deuda, y aquello que le valia, y en que la estimaba Juan. Pero si el mismo Pedro, que debe los cien pesos, quisiera comprarlos por diez, ó por cincuenta por mala dita, sería pecado mortal de injusticia, con obligacion de restituir lo demás hasta cumplir los cien pesos, porque Pedro está obligado en conciencia a pagar bien todo lo que pudiere, sin costas, ni gastos, y así no puede llevar cosa alguna por la mala dita, y por ser mala su paga, porque tiene obligacion de ser buena dita, y de pagar bien todo lo que pudiere, y de escusar costas, y gastos al acreedor, y a pagar de su bolsa los que se hizieren en la cobrança. Esta es doctrina clara, y comun de todos los Doctores, de la qual se sigue, que las personas, que en nombre de su Magestad hazen las pagas a los Soldados, ó las mandan hazer, ó las decretan, ó tienen voto, ó parte en esto, no pueden cobrar las dichas libranças por menor cantidad, porque hazen las vezes del deudor, y consiguientemente deben escusar los gastos, y costas al acreedor fopena de pecado mortal de injusticia, con obligacion de restituir. Otra persona a quien no toque disponer en dichas pagas, podrá comprar la dicha librança por menos cantidad, porque no tiene obligacion de escusar gastos, y costas al acreedor de otro, sino que compra vna mala dita, que en la comun estimacion vale muy poco.

47. Lo quarto se prueba: La persona, ó personas a quienes toca hazer estas pagas en nombre de su Magestad, ó tiene Hazienda Real, debe satisfacer las deudas por entero, ó no? Si tienen, están obligados a satisfacerlas por entero sin hazerles costas, y así no podrán comprar la deuda por menos por razon de la mala dita, porque de parte de la Hazienda Real en tal caso la dita sería buena, y la harían mala los Ministros por su interés, por quedarle sin titulo justo con parte de lo que el Rey debía a otro: la qual compra sería en buen romance lo mismo, que hazer al Rey pagar la deuda por entero, y quedarle el Administrador con parte, defraudandola a quien se debía, lo qual es manifesta injusticia. Si la Hazienda Real no alcanza a satisfacer por entero las deudas, es mas clara la injusticia de el que siendo persona a quien toca disponer,

ó hazer dichas pagas, comprasse la dicha librança por menor cantidad; porque debiendo por razon de su oficio pagar alguna parte a todos, rateando segun justicia, y segun alcanzasse a satisfacer la Hazienda Real, si comprassen alguna, ó algunas deudas de su Magestad por menor cantidad, sacando para si de la Hazienda Real la deuda por entero, harían injusticia a todos los demás acreedores: porque la dicha cantidad, que saca el Administrador, se debía repartir, y ratear entre todos los acreedores, y a esto están obligados en conciencia las personas por cuya cuenta corren dichas pagas. Y tambien harían injusticia al que vende su librança, porque debiéndosele pagar de presente esta poca cantidad, que por rata le tocasse, quedandole salvo lo demás de la deuda para quando huviesse Hazienda Real de que pagarle, le venden esto, que le debían dar al presente, por lo que se le avia de quedar debiendo segun justicia: lo qual no corre en otra persona, que no tiene estos oficios, porque a su cargo no está que se ratee, ni pague a este, que vende la librança, ni a los demás que se le debe, sino solamente compra vna deuda, que al acreedor vaie tanto como nada.

48. Quanto al otro punto, que se pregunta, de quanto se podrá, ó deberá dar por dicha librança? digo, que por ser tan mala dita en esta tierra lo que se ha de cobrar de la Hazienda Real, vale muy poco, por lo qual en qualquiera cosa, que se concertaren los dos, están ambos seguros en conciencia. Ya dixé arriba, que no se ha de atender a lo que vale, ó le puede valer al que compra la librança, sino a lo que le podia valer al que la vende, y en que la estimaba, atentas todas las circunstancias de la mala dita, y a aquello en que comunmente se estiman en esta tierra las cantidades, que se les deben de la Hazienda Real, las quales solamente pueden servir para hazer vna fiança por vn amigo, que vá a algun oficio en que se encarga de la Hazienda Real, quando les quieren hazer esse fauor de admitirles la fiança en dichas deudas, que muchas vezes no las quieren admitir; ó para satisfacer en el fuero de la conciencia algunas deudas ocultas, que se deben al Rey, que no las saben los Ministros, que las pudieran cobrar: por lo qual juzgo, que a siete por ciento están muy bien pagados, y aun a seis, ó a cinco. El que vende la librança procure venderla a quien le diere mas, si ay mas de vn comprador, y si ay vno solo, procure concertarse en lo mas que pudiere sacar, que en esto no ay escrupulo de conciencia. Yo aconsejaria al que la compra, que si tiene mucha seguridad

dad de cobrarla por entero; sin demasiado trabajo, recibiendo efectivamente en si el dinero, que dé al vendedor la quinta parte, ó quinze por ciento, ó a lo menos diez: este es mi parecer.

## ALCALDES mayores, y Corregidores de las Prouincias.

### Tratos de negociacion.

#### CONSULTA VI.

*Si el juramento de no tratar, que haze el Alcalde mayor con equiuocacion le obliga? y si pecando tratando? y si podrá tratar, ó hurtar del aver Real por via de compensacion?*

#### PROPUESTA.

SI el juramento, que hazen los Alcaldes mayores de guardar las ordenanças Reales, les obliga, aunque lo hagan con intencion de guardarlas en el escitorio, ó como sus antecessores, que entiendo es todo vno? 2. Si supuesto que les obligue dicho juramento, podrán tratar, y contratar con cosas de la Prouincia de donde son Alcaldes (aunque sea sin bexacion de los Indios) sin escrupulo de pecado mortal? 3. Si a lo menos podrán tratar, ó hurtar del aver Real aquella porcion, que el Rey les señala por el trabajo de su oficio, pues esta no se les pasa en cuenta (dizen ellos) en la Contaduria? O si tambien podrán tomar de dicho aver Real lo que el Rey les debe por otros titulos de que ellos tienen papeles? O si para satisfacion de los dichos servicios podrán tratar, para satisfacer con la ganancia lo que el Rey no haze?

#### PARECER C.LXIV.

49. **A**D 1. resp. que el juramento les obliga al modo que obligan todos los juramentos, que se hazen de guardar leyes, estatutos, ó ordenanças, para cuya inteligencia se ha de notar, que los juramentos de esta calidad son accessorios a las leyes, y ordenanças, y siguen la naturaleza, y modo de obligar de las leyes, de tal fuerte, que siempre que las leyes obligan a pecado mortal, obliga también a pecado mortal el juramento, que se hizo de

guardarlas, y en tal caso la transgression de la ley es pecado mortal, con circunstancias de sacrilegio mortal. Y quando la ley solamente obliga a pecado venial, ó por ser la materia leue, ó porque el Legislador no quiso obligar a mas, en tal caso el juramento no haze que la fraccion sea pecado mortal; y si la ley no obliga a pecado alguno, ni el juramento obliga, porque se hizo el juramento conforme a ley. Esto es doctrina comun, y la vemos practicada en los Colegios, y Vniuersidades, que los Colegiales, y graduados juran de guardar sus estatutos, y les obliga su observancia en la forma referida; y esto se colige del Derecho: cap. Exiuis. de verb. signif. allí se refiere, §. Cum igitur. como la Regla de San Francisco dispone, que los que profesian prometan por voto solemne de guardar la Regla, y en el §. siguiente pone las palabras formales de guardar lo que dizen en la profesion, que son estas: *Promitto semper hanc Regulam obseruare.* De aqui dize, que se originaron varios escrupulos, y opiniones, si todo quanto se contiene en la Regla obliga a pecado mortal por razon del voto, a que respondió la Santidad de Clemente V. §. Nos circa que no obliga todo a pecado mortal, porque de las palabras de la Regla se colige, que San Francisco no quiso obligar igualmente a todo, porque en vnas cosas pone precepto, ó palabras equivalentes, y en otras no. *Nec tamen putandum est, quod beatus Franciscus professor huius Regule quantum ad omnia contenta in Regula intenderet equaliter esse obligatos, quin potius aperte discreuit, quia quo ad quadam ipsorum ex vi verbi transgressio est mortalis, & quo ad quadam alia non, cum ad quadam ipsorum verbum apponat precepti, vel equipollentis eidem, & quo ad aliqua verbis alijs sit contentus.* Y §. Item quia. dize por cosa cierta, que no están obligados los dichos Religiosos a guardar todo lo que se pone en la Regla, con palabras de imperatiuo, al modo de las que se ponen con palabras de precepto, ó equivalentes. *Licet fratres non ad omnium, que sub verbis imperatiui modi ponuntur in Regula sicut ad preceptorum, seu preceptis equipollentium, obseruantiam teneantur.* Quanto a esto la misma razon es del juramento, que de el voto, y así el juramento, que hazen los Alcaldes mayores de guardar las ordenanças Reales, les obligan en la forma, que obligan las mismas ordenanças, del modo que el Rey quiere que obliguen. Lo que se añade en la pregunta, de que juran con equiuocacion de guardarlas en la escriuania, ó como las guardaba su antecessor, no lleva camino, porque el que le toma el juramento es su legitimo

Superior, que tiene titulo pleno para obligarle a jurar lo que parece pertenecer a la resta administracion del oficio que le dán, y assi está obligado a jurar sin equivocacion, segun la mente del que le manda jurar, y de hecho jurando lo que le mandaban, se conformò con el que le tomaba el juramento, y aun admitir el oficio es consentir en el dicho juramento en el sentido que está anexo al oficio, y como se lo mandan hazer: por lo qual siempre que lo quebrantare haze irreverencia al nombre Divino, y es perjuro, y assi consta del Derecho, cap. Quacumque. 22. q. 5. *Quacumque arte verborum quisque iuret, Deus tamen, qui conscientia testis est, ita hoc accipit, sicut ille, cui iuratur, intelligit.* Y esto mismo determinan las leyes del Reyno, part. 3. tit. 11. l. fin. *Si el que da la jura, o el que la haze mereiere palabra engañosa, no debe aprovecharse della aquel que fizo el engaño, ni se puede excusar, que no sea por ende perjuro.* Y esto mismo enseña S. Thom. 2. 2. q. 89. art. 7. ad. 4. *Quando non est eadem iurantis intentio, & eius cui iuratur, si hoc provenit ex dolo iurantis. Debet iuramentum servari, secundum sanam intellectum eius, cui iuramentum prestatur.* S. Anton. 2. p. tit. 10. cap. 7. §. 3. Silvest. verb. Iuramentum. 3. q. 2. Nauar. in Man. cap. 12. n. 13. y es la sentencia mas comun; y aunque la sentencia contraria, que dize, que el juramento hecho con equivocacion sin intencion de jurar lo que le mandan jurar, no obliga en razon de juraméto, la enseñan Suarez to. 2. de Relig. tract. de iuram. lib. 2. cap. 7. & 8. Azor, to. 1. lib. 11. cap. 4. q. 2. Lessio lib. 2. de iust. cap. 42. dub. 9. Valencia 2. 2. disp. 6. q. 7. pun. 4. Pero afirman, que el que haze con dicha equivocacion el juraméto comete pecado mortal por el agravio, que haze a la publica potestad con el engaño, y que peca mortalmente siempre que lo quebranta, por el escandalo que dá, y por que cede en irreverencia del nombre Divino el verle publicamente quebrantar lo que todos piensan que jurò: y agora que ha reprobado la Sede Apostolica la opinion, que dezia ser licito jurar sin animo de jurar, aviendo causa graue, y ha dado por improbable, y escandalosa la opinion, que dize ser licito vsar de amphibologias, y equivocaciones en los juramentos, como consta de las proposiciones reprobadas por la Santidad de Innoc. XI. en la 26. y 27. tiene mas certeza toda la doctrina desta resolucion.

50. Ad 2. resp. que la resolucion desta dificultad pende de averiguar, si la ordenança Real de que no traten los Alcaldes en el distrito de su jurisdicción, obliga a pecado mortal; porque como se dixo arriba, la obligacion

del juramento se conforma con la obligacion de la ley. Cierto es segun la fé, que los Reyes, y Principes Seculares pueden obligar *sub peccato mortali* a la observancia de sus leyes, ad Rom. 13. *Subditi estote, non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam, idco enim, & tributa prestat, ministri enim Dei sunt in hoc ipsum seruientes.* Los Principes, y Reyes son Ministros de Dios, y obligan a que les obedezcan, no solamente con el castigo, ira, è indignacion, sino tambien en el fuero de la conciencia, que es pecado no obedecerles, mayor, ó menor, segun la materia. Esta ordenança de que los Juezes no traten en el distrito de su jurisdicción, es de su naturaleza de materia graue, porque no se puede negar, que tiene de ordinario grauissimos inconvenientes el trato de los Superiores en sus Protuincias, y que conduce grauemente a la buena administracion de justicia, que no se embarazen, ni enfraquen en la mercancia, y la intencion del Rey es obligar a su observancia *sub peccato mortali*; porque demás de poner penas graues temporales contra los transgresores, mandan, que juren de guardarlas: donde se vé claramente, que quiso por todos caminos obligar a su observancia, con el rigor del mandato, junto con el juramento en el fuero de la conciencia, y con las penas temporales en el fuero externo, para que los temerosos de Dios, por no ofenderle, ni manchar sus conciencias, las observen, y los que a vista del interès se olvidan del temor de Dios, temiendo a las penas temporales impuestas, también guarden. No obstante esto ay Theologos en las Islas, que excusan de pecado mortal a los Alcaldes, que se ocupan en la mercancia; y para que conste la probabilidad, que esto puede tener, se ha de notar, que las leyes, y ordenanças de los Principes, y vnas son puramente preceptiuas, y son aquellas, que no ponen pena alguna temporal, sino solamente mandan, que se haga tal cosa, y prohiben tal accion: acerca destas, la comun sentencia de los Doctores tiene, que obligan en conciencia a pecado mortal, ó venial, segun permite la materia. Otras son puramente penales, cuyas palabras no fueran precepto, ni mandato de que se haga, ó no se haga tal cosa, sino solamente ponen pena en esta forma: el que traxere armas a tal hora pague tal pena. Acerca destas leyes dize la mas comun senténcia, que no obligan en conciencia, porque en el tenor de sus palabras dá a entender el Principe, que su intencion no es obligar a otra cosa, sino a pagar la pena temporal, que alli señala. Otras leyes ay, que llaman mixtas, en que el Principe con palabras, que significan imperio, y

man-

mandato, prohibe alguna cosa, y dispone que se haga, y demás desto pone pena a los transgresores: destas leyes dize la comun senténcia de los Doctores, que obligan en conciencia a pecado mortal, ó venial, segun fuere la materia, y demás desto obligan a pagar la pena despues de la sentencia del Juez; lo vno, porque estas leyes son mixtas, que incluyen ambos modos de obligar de las dos formas de leyes referidas arriba.

51. Lo otro, porque segun la fé es cierto, que en las leyes justas tiene el Principe potestad de obligar en el fuero de la conciencia, y en las palabras destas leyes bastantemente explica la voluntad de obligar en conciencia: y el poner pena temporal a los transgresores, no deshaze, ni se opondrá a la obligacion en conciencia, que significan las palabras preceptiuas de la ley; antes es muy conforme a razon, que a la transgression de la ley, que obliga en conciencia, y al pecado, se le ponga tambien pena temporal en este mundo, como de hecho se pone en las leyes a los ladrones, perjuros, adulteros, y demás delinquentes. No obstante esto ay opinion, que dize, que siempre que el Principe pone contra los transgresores penas temporales, no es su intencion obligar en el fuero de la conciencia. Esta opinión tienen Valencia, to. 2. disp. 7. q. 5. y Villalob. tom. 1. tract. 2. diff. 22. y la dán por probable Filiucio, to. 2. tract. 2. 1. cap. 1. 1. desde el num. 418. y Azor, part. 1. lib. 5. cap. 6. q. 5. Segun esta opinion no pecan los Alcaldes mayores tratando, ni por la ordenança, ni por razon del juramento. La probabilidad de esta opinion no es mucha, y no embargante esto está seguida, y practicada de todos, y es ya fuerza permitirla, porque los prouechos de el oficio son muy cortos, que tales mucho el despacharse, y mucho mas la residencia, y para todos estos gastos no tienen, que de ordinario ván a estos oficios Capitanes pobres: y si este camino, que tiene alguna probabilidad, se les cierra, darán en robar a los Indios para dichos gastos; y si vn Alcalde mayor procede en lo demás ajustadamente, sin agravio, ni detrimento de los Indios, se le puede allegar otra opinion probable en su fauor, de que cessando el fin de la ley en algun caso, ó persona particular, dexa de obligar la ley en aquel caso, ó persona, porque la prohibicion del trato a los Alcaldes mayores, se pone para obiar los daños, que de su trato pueden seguirse a los subditos, y para que el mucho embarazo del trato no le impida la administracion de justicia: por lo qual no haziendo agravio, ó daño el Alcalde mayor con su trato, ni faltando a la obligacion de su oficio, no

le obliga la dicha ley segun la opinion referida, aunque es la menos probable, y es de pocos Autores. Lleuala Diana con algunos Autores que cita, 1. part. tract. 10. rel. 28. y part. 5. tract. 14. rel. 96. y part. 7. tract. 10. rel. 33.

52. La tercera pregunta tiene tres partes. A la 1. resp. que pueden hazer se pago de la Hazienda Real en la cantidad, que el Rey les señala por su oficio, porque esta ya es deuda legitima, y es voluntad del Rey que se les pague, y no ay razon porque se pague a los Oficiales Reales la cantidad, que por sus oficios se les señala, y no se pague a los Alcaldes mayores; pero está cobrança la han de hazer sin daño de terceros. Digo esto, por que fuele dar se orden al Alcalde mayor por los Oficiales Reales, que de la Hazienda Real, que ay en la Prouincia, pague a los Indios la bandala, y otros generos, que para ser uicio del Rey se les ha pedido, y el trabajo en que se les ha ocupado; y esta Hazienda Real, que está ya aplicada por el Rey mediante sus Ministros para pagar a los Indios, la fuele coger el Alcalde mayor para hazer se pago de lo que dize, que el Rey le debe, y les dexa a los Indios vna certificacion de que el Rey les debe tantò. Esta no es recompensación de lo que el Rey le debe, sino hurto, que haze a los Indios con obligacion de restituirlas, porque dicha hazienda ya el Rey la tiene destinada para paga de los Indios, y como fuera del dominio del Rey: y assi solamente se podrá hazer pago de la Hazienda Real, que quedare despues de pagado enteramente todo lo que se debe a los Indios, si quedare alguna, que se huiera de entregar en las cajas Reales, porque no pudiendo el Alcalde cobrar de otra manera, le es licito este genero de cobrança, como dize Villalob. tom. 2. tract. 1. 1. dif. 23. y es comun. A la 2. part. resp. que si la deuda, que el Rey les debe por otros qualesquiera titulos, es cierta totalmente sin genero alguno de duda, se pueden hazer pago en la misma forma, sin daño de barras; pero si la deuda tiene algunas dudas, no es licita la recompensación, como determina el Derecho, l. Compensaciones. C. de compens. *Liquidum ad non liquidum non est compensatio.* A la 3. resp. que el trato no es a proposito para hazer se pago de lo que la Hazienda Real les debe, porque no se puede presumir, que el Rey quiere dispensarle de la obligacion de guardar la dicha ordenança, para que por este camino se haga pago de lo que el Rey le debe. Demás de esto lo que ganare en el trato no es del Rey, y assi no puede conducir por paga de lo que el Rey le está debien-



do: por lo qual si el Alcalde mayor quiere tratar conforme a la opinion referida arriba, lo que ganare en el trato no lo aplique a cuenta de lo que el Rey le debe, pues lo ganó con su industria, y la recompensa de lo que el Rey le debe guardela para otra ocasion, en que sin daño de barras pueda meter la mano en la Real Hazienda.

## CONSULTA VII.

*Sobre si por razon del juramento, que tienen hecho los Alcaldes mayores, y Corregidores de las Prouincias (y lo mismo es de los Gobernadores, y otros Ministros de justicia) les sea ilícito el trato de negociacion?*

## PROPOSTA.

Cierto Alcalde mayor ha venido a esta Prouincia cargado de cacao, mantas, y otras mil menudencias vendibles: hemos dudado si dicho Alcalde mayor pueda vender esto por razon del juramento, que tiene hecho de no tratar, y contratar: V.R. nos saque de aqueste labyrintho.

## PARECER CLXV.

53. **R**esponde, aunque no con tanta breuedad como V. R. por escusarme del trabajo pide, porque (demás de tomarlo yo con gusto, conque no viene a ser trabajo) ay quæstiones a que es muy difícil, y aun imposible responder con vn sí, ó vn no; y quando la dificultad es graue, como la que V.R. aqui propone, pide para su claridad alguna distincion, y para que quiete el entendimiento, alguna razon breue por lo menos. Nebridio, grande amigo de San Agustín, dize del Santo: *Valde oderat de quæstione magna responsonem breuem*, como refiere S. Agustín epist. 23. Para mayor claridad embio dentro desta el escrito de V.R. que contiene su pregunta.

54. Respondo suponiendo por cierto, que pecan mortalmente los Alcaldes mayores, que son tratantes, ó mercaderes, comprando para vender en el distrito de su jurisdiccion: aunque en las Islas ay Theologos, que sienten lo contrario deste presuuesto, yo lo tengo por cierto por tres causas. La primera, porque ay vna ordenança Real, que les prohibe todo genero de contratacion, y mercaderia so grandes penas: y es de sé, que los Principes supremos Seculares con sus leyes, y mandatos, pueden obligar no solamente a las penas temporales, que ellos ponen contra

los transgressores, sino tambien a culpa en el fuero de la conciencia. Ad Rom. 13. *Necessitate subditi estote non solum propter iram (id est, por la pena que os pueden dar) sed etiam propter conscientiam (id est, por no manchar la conciencia con la culpa de la desobediencia.)* La intencion del Rey en estas ordenanças Reales para los Alcaldes mayores, y demas Juezes, está conocida, que conociendo quan dañoso es al bien comun, que los Juezes contraten, quiso obligar *in foro conscientie* a los que temen a Dios, para que assi dexen las mercaderias, y contratos, y para contener a muchos, que en aviendo interés de por medio no se acuerdan que ay otra vida, quiso tambien obligar con penas graues deste mundo: y no sé como ay personas, que han estudiado, que se persuaden, que el Rey por la pena que pone contra los transgressores destas ordenanças, no tienen intencion de obligar *in foro conscientie* a su obsevancia, aviendo tantos indicios, y claras señales de que quiere obligar de todos los modos que puede, y por esto les manda, que las juren. Si solamente les quisiera obligar a la pena, de que sirve el juramento, que les manda hazer? La segunda causa del presuuesto es por razon del juramento: no ay duda sino que el no contratar vn Alcalde mayor es cosa loable, y virtuosa, y consequientemente es materia de juramento, y quien les manda, que lo hagan, tiene potestad de obligarles a hazerlo *iuxta mentem precipientis*, y les dá estos officios con esse juramento anexo, y con essa obligacion: por lo qual no les escusa del perjurio el vsar de equivocaciones quando juran, porque siempre deben guardar el juramento conforme a la mente del que tuvo potestad de mandarles jurar.

55. La tercera causa porque los contratos de Alcaldes mayores están tan llenos de peligros proximos de pecados mortales de injusticias, que nunca, ó casi nunca contratan sin ellas, porque aunque algunas vezes empiezan con moderacion, a pocos dias engolosinados de la codicia atrauieslan todo vn genero, y aun todos los generos vendibles de la Prouincia, haziendo al bien comun daño grauíssimo, vendiendo el solo, y encareciendolo todo: quita la libertad, que por derecho natural tiene cada vno de comprar, y vender a quien quisiere, y como quisiere: compran mas barato que los demás, y a vezes obligan a los Indios, a que les vendan lo que ellos no quisieran vender: ocupanlos por fuerza, ó sin pagarles en sus tratos, y otros mil agrauios, especialmente entre Indios, que no tienen resistencia, ni recuso, y solamente indicando

el

el Alcalde mayor su voluntad, es grauíssima violencia respecto del Indio: por lo qual juzgo, que aunque no huviera dicha ordenança Real, ni juramento de no contratar los Alcaldes mayores; con todo esto, regularmente hablando, seria en ellos pecado mortal el ser tratantes, ó mercaderes en su jurisdiccion, por los peligros de injusticia de la accion del trato.

56. No obstante esto, si la cantidad que emplea el Alcalde mayor en pueblos de su jurisdiccion es pequeña, y el trato muy moderado, no será pecado mortal. El P. Fr. Sebastian de Oquendo defendia, que 200. pesos de empleo de vn Alcalde mayor en todo su tiempo de vna Alcaldia, es materia leue, ora los emplee juntos de vna vez, como no haga mas empleos, ora de muchas vezes, como todas juntas no excedan dicha cantidad; y me parece muy conforme a razon, porque el Rey les prohibe, que no sean tratantes, y mercaderes, y dicho trato de solos 200. pesos no basta para que *absolute, & simpliciter* se pueda dezir de vno, que es mercader, sino *secundum quid*, y quien trata con esta moderacion no vá tan enfriado en la codicia, y la razon vá mas desahogada para conocer los agrauios del Indio, y evitarlos: y si en el trato de estos 200. pesos hiziesse agrauio de consideracion, seria pecado mortal, no contra dicho juramento, ni ordenança Real, sino contra los preceptos naturales del Decalogo.

57. Puedese dudar, si el Alcalde mayor comprasse las mercaderias fuera del distrito de su jurisdiccion, ó las comprasse en su jurisdiccion, y las embiasse a vender a Manila, peccaria contra las ordenanças Reales, y quebrantaria el juramento; que ha hecho de no tratar, ni contratar en el distrito de su jurisdiccion. No ha faltado quien diga, que en este caso no contraviene a las ordenanças Reales, porque el Rey no les prohibe la accion de vender en su jurisdiccion, ni la accion de comprar, como no sean estancias, ni tierras (que comprar estas cosas lo prohibe expresamente) y assi la prohibicion es de ser mercaderes en su distrito, para lo qual se requiere compra, y venta. Por lo qual si vn Alcalde mayor lleuasse generos de Manila, y los pusiesse en venta, sin obligar a nadie a que compre, sino como pudiera venderlos otro Indio, y que al Indio que le pareciesse caro no lo comprara, sin incurrir indignacion del Alcalde; esto seria licito, y prouechoso a la Prouincia.

58. Este modo de dezir no lo tengo por verdadero, ni por probable, ni seguro, porque comprar la cosa para bolverla a vender con

ganancia, es verdadero trato de mercancia aunque despues no tuviesse ganancia, ni la vendiesse, como se colige de la definicion de la negociacion. Silvest. verb. *Negotiatio*. la define assi: *Permutatio lucretina*. El Derecho, cap. *Ejiciens*. dist. 88. define al negociante assi: *Qui rem comparat, ut integram, & immutatam vendendo lucretur*. Por lo qual el que en el distrito de su jurisdiccion compra, no para su gasto, sino para vender; en sola la compra con este fin se constituye mercader, y lo mismo es el que embia a Manila a comprar generos para venderlos en los pueblos de su jurisdiccion; es mercader en dichos pueblos, porque en ellos se consume el trato, y se busca con la venta la ganancia. Es verdad que la negociacion no consiste en la accion sola de comprar, ni en sola la venta; pero en la compra ordenada a la venta con ganancia se salva esencialmente la obra de mercancia, ó negociacion, y de la misma fuerte en la venta de lo comprado con dicho fin, y la accion desta conotando a la otra, es propriissima de mercader. Quien viendo a vn Alcalde mayor comprando quantos generos ay en la Prouincia, que gobierna; para remitirlos a vender a Manila, ó a otra parte, y vendiendo continuamente diuersos generos, que trae de Manila, en toda la Prouincia, puede afirmar con verdad, y sin rubor, que este no es propriamente mercader en aquella Prouincia, donde se vé que el mayor de sus cuidados es comprar para vender con ganancia, y vender mas caro lo que ha comprado mas barato, aunque la compra, y venta de la misma cosa no se haga dentro de los terminos de su jurisdiccion?

59. Tengo por cosa tan difonante a la razon afirmar, que no es trato de negociacion en la Prouincia de su jurisdiccion la compra, y venta del modo referido, que tengo por mas acertado darles por probable la opinion de que les es licito tratar, y contratar; que es probable por lo menos *abextrinseco* por los Autores que la lleuan, y tiene tambien su fundamento, que se explicó en la resolucion antecedente. Podiafeles dar por probable dicha opinion, si vsassen de ella sin ocupar los Indios, ni traerlos de vnos pueblos en otros por essa causa, y sin otro agrauio, ni daño del comun, y particulares, sino que comprasse, y vendiesse a los Indios; como les compraria, y venderia otro Indio (*quod iudico rarissimum, vel regulariter loquendo moraliter impossibile*.) en tal caso se les puede permitir la opinion contraria, juntandoles otra opinion, que algunos pocos Autores dizen, que es probable, que cessando el fin de la ley en algun caso

particular, en aquel caso no obliga la ley. La dicha ordenança Real, que prohibe los tratos, se puso para obiar los agraviados, è injusticias, que de tratar los Juezes se podian seguir: cesiando estos in totum en algun Alcalde muy temeroso de Dios, cesará la ley, y ordenança, y tambien el juramento, que cayó sobre la obligacion de la ordenança.

## CONSULTA VIII.

*Sobre lo que debe restituir un Alcalde mayor, que en su Prouincia puso una tienda, donde a muy subidos precios, y graues injusticias vendió sus cosas, y atraueso todo el trato de su Prouincia, y ultimamente prendió a los que compraban fuera de su tienda, y fue causa de que muchos por esto perdiessen sus haciendas.*

## PROVISTA.

**D**OS casos tocantes al Alcalde mayor de esta Prouincia se me ofrecen, que consultar a V.R. El primero, que tiene vna tienda donde vende diuerias cosas a subido precio, y en orden a que todos compren de su tienda a dicho precio, no consiente que persona alguna forastera, ni de la tierra venda cosa alguna, y tiene puesta pena de Galeras al que vende magabaijas, y a vnos Indios de Lubán los condenó a gastadores, y a otros de este partido, y a vnas mugeres que han sido cogidas vendiendo, ò comprando en otra parte, que no era su tienda, las ha echado presas.

El segundo caso es, que ha quitado el trato de toda la Prouincia de fuerte, que vnos pueblos no pueden tratar con otros, con que perecen sin poder buscar su sustento, y muchos han perdido sus haciendas por no poder cobrar, que ni para esto ay licencia. Vea, pues, aora V. R. lo que debe restituir este Cauallero.

## PARECER C.LXVI.

**60.** **R**espondese a entrambos casos: digo, que el primero contiene muchas, y varias injusticias, y por todas debe restituir. Primeramente a todos los que tenían tienda para vender, y les ha quitado su ganancia, y modo de viuir, les debe restituir lo que assi auian de ganar, algo menos, que no han de llevar la misma ganancia, quando no han trabajado, ni asistido a la tienda, v.g. si en vna tienda que la ganaba en vn mes vnos seis pesos, que le pague por cada mes quatro pre-

ciamente, por averle quitado su trato, y modo de viuir, y debe hazer diligencia de quantas personas passaban con esto en todo el partido, para satisfacer a todas efectiuamente. Lo segundo, todos quantos han tenido cosas que vender, y por el no las han vendido, ò se han perdido, ò las han vendido mas baratas por esta causa, ò al dicho Alcalde mayor, ò otra qualquiera persona, debe el Alcalde mayor pagar todo lo que hubieren perdido en esto, aunque el no lo aya comido, ni bebido, porque ha sido causa del daño. Lo tercero, a todos los que han comprado en su tienda debe restituir lo que han comprado mas caro, el exceso de como se solia comprar quando avia libertad en vender, y comprar cada vno. Si el Alcalde mayor fuera persona a quien licito fuese tener tienda, se le avia de mandar vender otro tanto tiempo de las mismas mercaderias, y generos, baxando del precio ordinario otro tanto como esse tiempo lo avia subido; v.g. si avia en vn año vendido a quatro reales lo que solia valer tres, que otro año vendiesse los mismos generos a dos reales; pero porque esta venta es ilícita en vn Alcalde mayor, se le ha de obligar, que dé al pueblo vna cantidad de dineros, que prudencialmente se crea será lo que ha llevado de mas; y han dado de mas los compradores. Lo quarto, a las mugeres, que ha tenido presas, porque compraron, ò vendieron, satisfagales su trabajo, lo que auian de buscar para su sustento si estuviessen libres. Y lo mismo a los que estuuieron en Galeras, ò por gastadores; y si en la carcel, ò condenacion, ò para salir pagaron algo, que satisfaga todo esto, y los dias que estuuieron en Galeras, ò trabajando por gastadores, que les pague como se paga al que trabaja vn dia de Sol a Sol: assi les debe pagar por cada dia, y algo mas.

**61.** El segundo caso contiene tambien muchos agraviados, è injusticias, y assi digo, que a las personas que constare, que viuian de esse trato, les debe pagar indiuidualmente lo que solian ganar en estos tratos, y los generos que hubieren perdido, quitando (como dixen arriba) algo de lo que auian de ganar; porque ya que se les impide el trato, se les ahorra el trabajo de trabajar los generos de vnos pueblos a otros; y porque en estos es el trabajo mayor de trabajar, que el de los que en tiendas venden en si is pueblos, si solian ganar en vn mes ocho horros despues de aver sacado los gastos, y contingencias, que el Alcalde les pague quanto a esto, la mitad: y a todos los pueblos por la necesidad, y carestia, que padecen todas las personas de ellos, prohibien-

hibiendo los tratos, les satisfaga con alguna cantidad de dinero de que todos alcancen. Yo vide vn Alcalde mayor, que al tiempo de su muerte mandó repartir quinientos pesos en la jurisdiccion donde lo fue, y se creyó que fue por esto de aver impedido los tratos de vnos pueblos a otros. Al que no ha podido cobrar su hacienda, por averfelo impedido el Alcalde mayor (que esto es dificil de entender como pueda ser) que si de hecho consta, que la pudo cobrar, si el Alcalde mayor no lo impidiesse, y ya no es posible, debe el Alcalde mayor pagarla toda; y si todavia es posible cobrarle, debe ayudarles a la cobrança, que antes avia impedido, y procurar con su diligencia, y costas vencer las dificultades, que para la cobrança han sobreuenido.

## CONSULTA IX.

*Sobre si podrá un Alcalde mayor, ò otro qualquier Ministro de justicia de los Indios, comprar de ellos la cosa a menos precio del corriente, aviendo consentimiento en el Indio?*

## PROVISTA.

**S** Velen los Alcaldes mayores comprar de los Indios la cosa a menos precio de el corriente: *exempli gratia*, vale el arroz a quatro reales el cabán, y lo compran a tres. Pregunta, pues, si esto sea licito, aviendo consentimiento en el Indio que lo vende? La razon por la parte negatiua es, que en tales personas siempre se entiende fuerza, por quanto se rezela el Indio, que no vendiendolo al precio que lo pide, le ha de venir algun daño, y assi parece, que no es justa dicha compra, y que dicho Alcalde tiene obligacion de restituir: qual sea esta es lo que busco, y consulto a V. R.

## PARECER C.LXVII.

**62.** **R**espondese, que comprar los Alcaldes mayores el arroz a menos precio de lo que comunmente vale, con consentimiento del Indio que lo vende, es lo mismo que recibir los Alcaldes mayores estas dadiuas de los Indios, porque si compra de vn Indio veinte cabanes a tres reales el cabán, valiendo a quatro, es lo mismo que si recibiesse del Indio veinte reales, ò se los perdonasse, y rebaxasse del precio. Supuesto esto digo, que por las leyes del Reyno está prohibido a los Juezes recibir dones de las personas, que están debaxo de su jurisdiccion,

y a los que recibieren alguna cosa, aunque sea de poco valor, les condenan las leyes en priuacion de oficio, è inhabilidad para obtener otros, y que restituyan lo que assi hubieren recibido. Assi está en la Nueva Recopilacion, lib. 3. tit. 6. l. 1. y lib. 5. tit. 9. l. 3. Y esto está en las ordenanças, que juran de guardar los Alcaldes mayores. No obstante esto ay algunos Doctores, que dicen, que los Juezes no pecan mortalmente recibiendo dadiuas, si consta, que se les dán con toda voluntad, por que dicen, que dichas leyes son penales, que no obligan en conciencia antes de la sententia del Juez, y que el juramento obliga de la misma fuerte que la ley, y que es Derecho natural, que cada vno pueda dar lo que es suyo, y traspasar el dominio en otra qualquiera persona, como consta de aquellas palabras de la Instituta, de rerum diuis. §. Per traditionem. *Nihil iam conueniens est naturali equitati, quam voluntatem domini voluntis rem suam in alium transferri, ratam haberi.* Vea se Facundez lib. 8. in præcept. Decalog. cap. 27. num. 8. y otros que cita; pero la mas comun sententia de los Doctores afirma, que peca mortalmente el Juez, que recibe, aunque se lo dén de buena gana, y que está obligado a restituirlo; porque las dichas leyes no son penales quanto a esto de mandar, que no reciban los Juezes, y que estén obligados a restituir lo que recibieren; sino convencionales, que con esta condicion dá el Rey esse oficio, de que no reciban cosa alguna, y si lo recibieren, no adquieran dello dominio, sino que estén obligados a restituirlo, y que esta es la intencion del Rey en dichas leyes, que están bien expresas, y que el traspasso del dominio, que se haze al Juez, es nulo, que por el bien común lo anulan dichas leyes, aunque los subditos quieran darlo gratis al Juez: por que *contractus factus contra legem est nullus. l. Non dubium. de legibus.* Esta sententia lleua el P. Fr. Luis Lopez, 1. part. instr. cap. 110. y es casi comun: de fuerte, que las dadiuas que se hazen aun al Alcalde mayor, que consta claramente, que se las hazen de toda voluntad, sin temor, ni rezelo, ni pretension, están en opiniones, y la mas corriente opinion dice, que pecan mortalmente en recibir, y tienen obligacion a restituir. Pero vamos aora al caso propuesto, al qual digo, que sin duda alguna pecan mortalmente los Alcaldes mayores, y otros qualesquiera Superiores, que compran de los Indios el arroz mas barato de lo que comunmente se vende a los demás, y tienen obligacion a restituir todo aquello en que lo compraron menos de lo que valia, y se podia vender a otros. La razon desto es,

es, porque de ninguno se presume, que dá de valde lo que es suyo, como dicen, y prueban Mascardo de probat. concl. 559. y Gregorio Lop. l. 26. tit. 12. part. 5. los quales citan á Baldo, y Tiraquello, y a otros muchos. Nunca se presume donacion, si no consta con claridad que lo sea, ó quando menos por muy graues coniecturas, y que no bastan qualesquiera coniecturas leues para presumir, que es donacion. Y Menoch. lib. 2. de arbitrarijs. cent. 1. casu 88. prueba, que en duda si fue donacion libre, no se ha de presumir donacion, porque no es facil de presumir, y creer, que vno dé de valde lo que es suyo; y assi se determina exprellamente l. Cum de indebito. vers. Qui enim soluit. ff. de probationib. Y no se puede creer, que el Indio libremente, y sin temor alguno quiera dar al Alcalde mayor vn real en cada cabán de arroz, quando es tan miserable, y corto como se sabe. Lopez in 1. part. inst. cap. 109. y 110 y Nauarr. alli citado dize, que vn Juez austero solia tratar con aspereza a los subditos, que no hazian su voluntad, y despues los subditos le perdonaron lo que les debia, y en el fuero de la conciencia se dió por invalida la dadiua, por presumirse, que no fue del todo libre, por las dichas coniecturas de que avia en los subditos temor. Y en el mismo lugar dize Lopez, citando a Cayetano, y Nauarro, que el prudente Confesor ha de gouernarse en esta parte por coniecturas, considerando la qualidad, y condiciones del que pide la dadiua, ó que se le dé a ménos precio la cosa, y mas principalmente la calidad de los que hazen la dadiua, y la dependencia, que tienen de aquel a quien la hazen. En el cap. 110. al principio, dize, que la remission de la deuda hecha por vergüenza, y respeto al que la pide, no vale en el fuero de la conciencia; y en el cap. 96. dize, que escusó a vn mozo de la obligacion de pagar vna deuda a que se avia obligado, por respeto de su padre, que lo pidió quando estava cercano a la muerte; y Adriano in 4. de rest. q. 2. col. 4. dize, que quando se entiende, que la dadiua, ó remission de la deuda se hizo por miedo, aunque las causas de miedo no fuesen urgentes, ni el miedo fuesse *cadens in virum constantem*, es nula en conciencia, y se ha de restituir, porque en conciencia el miedo fue causa de la dadiua, y no nació de la libre voluntad. Para entender, que las dadiuas, que dán los Indios a los Alcaldes mayores, y especialmente quando les dán el arroz a ménos precio del que comunmente vale, nacen de miedo, y no de libre voluntad: basta conocer la potencia de vn Alcalde, y la pusilanimidad, y temor de los Indios, y assi no ay hombre

prudente, que no diga, que el dar los Indios su arroz a ménos precio al Alcalde mayor, y al Escriuano, y a otros poderosos, no es por que los Indios quieran darlo assi; sino por no poder mas, ni atreuerse a pedir mas, y que mejor tomarán, que se les pagasse todo lo que vale su arroz, ó se lo dexassen vender a su gusto a quien ellos pudieffen pedir mas. Consta tambien esto del Derecho Ciuil, l. Donati. ff. de reg. iur. y l. Rem. legatam. ff. de alimentis. que dize: *In necessitate nemo liberalis existit*. Quando vno dá vna cosa, viendose como necesitado a darla, que facilmente no puede negarla, no se cree, que haze liberalmente la dadiua, sino a mas no poder. El pobre Indio no tiene fuerças, ni animo para dárle a vn Alcalde mayor, que no quiere dar su arroz al precio que se lo pide, y assi lo vende a mas no poder al precio, que quiere darle el Alcalde mayor. Y assi digo, que en este caso deben restituir todo aquello, que le dieron menos de lo que comunmente valia el arroz entonces entre los Indios; y aun no satisfacé, que si los Indios lo querian guardar a que valiesse mas, les debe tambien satisfacer esto. No saben los desdichados Alcaldes mayores la carga que se echan, aprouechandose assi de la hacienda de pobres.

## CONSULTA X.

*Si está obligado a restituir el Alcalde, que vende, ó compra a los Indios lo que ellos no quieren comprar, ó vender?*

## PROPUESTA.

**S**I el Alcalde mayor, que a los Indios les dá ropa, y hierro para que le paguen cera, y les fuerça a ello, aunque no quieran hierro, ni ropa, ni tengan cera, y los castiga por esto grauemente, deba restitucion?

## PARECER CLXVIII.

63. **R**espondefe, que este caso es injusticia clara; pero para ajustar quanto se restituirá, depende de circunstancias indiuiduales, porque a vnos les costará mas trabajo, y aun dinero buscar la cera, que a otros; y a vnos les será mas embarazo, y ménos provecho la ropa. Digo pues, que esto se ha de ajustar con ellos, y todo lo que lleuaron mas de la ropa, y el que no la avia menester, y no huvo salida de ella, se le ha de satisfacer todo: aunque me parece, que no avrá ninguno a quien no le aya aprouechado algo, que ropa es genero, que a todos sirve. Digo, pues, se

se vea quanto le costó al Indio la cera, assi de dinero, como de dias de trabajo, y luego quanto pudo valerle la ropa segun se aprouechó de ella, baxando vn poco del precio a que fuele venderse a, porque las mercaderias quando ruegan con ellas, valen menos, y mucho menos quando el vendedor fuerça a que se las compren: y lo que valiesse mas el costo de la cera, y trabajo, que la ropa concertada del modo dicho, deberá pagar el Alcalde mayor; y lo mejor, y mas facil será ver si vendió la ropa a precios subidos, y que la ponga en vn moderado, y mas baxo algun tanto de lo que fuele valer quando corre el trato de compras, y ventas libremente, que por la violencia que les hizo en tomarla, podrá baxarles la quinta parte del precio ordinario por razon de la violencia, y esto que excedió a esse precio mas baxo del ordinario, que lo pague; y demás desto, que por la cera que les obligó a traer, pague lo que vn particular pagaria a otro por buscarle, y diligenciarle tanta cera. Lo que a v. md. aconsejo es, que no le trate de esto al tal Alcalde mayor, basta lo hecho de no confesarlo, y descomulgadlo. Si pidiere a v. md. absolucion de la censura, ó quisiere confessarse, de ninguna fuerte le oyga de confession, ni absuelva de la censura mientras no restituye, como está dicho aqui, y las demás cosas que piden restitucion.

## CONSULTA XI.

*Sobre si el Alcalde mayor, que reparte entre los Indios Principales cantidad de dinero, para que se lo den en arroz a ménos precio, deba restituir? y lo mismo se pregunta acerca de los Principales, que reparten este dinero entre los suyos para redimir su bexacion?*

## PROPUESTA.

**V**No con mano poderosa repartió entre vnos Indios Principales cantidad de dinero, para que se lo diesse de arroz a ménos precio: estos para redimir esta bexacion, y librarse della, reparten este dinero entre su gente. Preguntase, que obligacion tendrán a restituir estos, y aquel?

## PARECER CLXIX.

64. **A** La consulta se responde, que principalmente está obligado el poderoso, que repartió el dinero a los Principales, a satisfacer todo aquello, que dió menos de lo que valia el arroz que le dieron, porque él fue la causa principal del daño, y el que

fintió el conmodo del arroz, y assi debe sentir el costo por entero, y assi el poderoso debe restituir esse dinero a los Indios cuyo era el arroz, si los conoce, y si no a los Principales, para que lo den a los Indios dueños del arroz, para que les acaben de pagar. Si el poderoso estimando mas el dinero, que a su alma, no restituye, se les ha de obligar a los Principales que lo restituyan, y en conciencia están obligados a esso; porque aunque con temor se vieron compelidos a executar lo assi, no les escusa el temor del pecado de la violencia, que hazen al pobre Indio, y configüentemente no les escusa de la restitucion, por que tenian obligacion de escusarse con el poderoso, diziendo, que valia el arroz a mas, y si no se atreuan a escusarse, darle de su casa lo que pudieffen, y no hazer ellos violencia a los pobres, que es pecado contra ley natural, que no se honesta con el miedo: como al que le mandan, y compelen con amenazas, que mate a otro, ó que vaya a escalar, y robar vna casa, que el temor no le escusa de la culpa, ni de la pena, ni de la accion injusta, y configüentemente ni de la obligacion de restituir. Bien echo de ver, que parece cosa aspera obligar en conciencia a los Principales a pagar lo que no comieron, ni bebieron; pero esto es la Ley de Dios, que es justissima, y no permite injusticia por mandado de otros, que *obedire oportet Deo magis quam hominibus*. Lo que ellos pueden hazer es avisar al poderoso, que se lleuó el arroz, que el Confesor les obliga a ellos a pagarlo en conciencia, que quizá esto tendrá algún escrupulo, y lo pagará: si esto no obrare, que lo pagué los Principales.

DADIVAS,  
que reciben los Alcaldes mayores.

## CONSULTA XII.

*Si los Alcaldes mayores deban restituir los dineros, que en tiempo de elecciones les suelen dar algunos Indios, para que les negocie el oficio de Governadorcillo, saliendo ellos electos sin diligencia suya.*

## PROPUESTA.

**V**N Alcalde mayor de vna destas Provincias de Filipinas, fue a hazer la eleccion de Governador a vn pueblo de su jurisdiccion, y halló, que vna persona a quien los Indios tenian temor, y respeto, queria que saliese



liesse por Governador del pueblo vn Indio Timaba (es lo mismo, que baxo, ò plebeyo.) Llevaban mal los Principales, y dezian, que el Indio Timaba avia dado a dicha persona vna buena dadiua. Algunos de los Indios Principales llegaron al Alcalde rogandole, que no facasle al Indio Timaba por Governador; sino a vn Principal, que le nombraba, y que le darian cien pesos. El Alcalde respondió, que si era a propósito, y tenia suficientes votos lo sería. El Alcalde mayor no habló a Indio ninguno para que diesse el voto al Principal, ni hizo diligencia alguna para que lo fuesse. Finalmente salió el Principal hecho Governador por la mayor parte de los votos del pueblo, sin aver el Alcalde mayor hablado palabra a Indio alguno para que le diesse el voto, ni aver hecho diligencia alguna para que fuesse Governador. No obstante, hecha la eleccion en dicho Principal, le lleuò al Alcalde mayor los cien pesos a su casa, y los recibió. En otras tres ocasiones, que salió a elecciones de Governador de Indios, recibió dineros, vna vez ochenta pesos, y las otras dos de cincuenta a sesenta pesos, que no se acuerda determinadamente la cantidad. La forma en que se los dieron fue esta: Entraua en el pueblo a la eleccion, llegauan a ofrecerle los pretendientes del oficio diuersas cantidades de pesos, y el Alcalde mayor a todos respondia, que siendo benemérito, y teniendo los votos lo sería, y nunca habló; ni se empeñó por alguno. Despues el que salia por Governador lleuaba el dinero a su casa, sin pedirlo él, ni hablar palabra en esto. Y vno de ellos, aviendo el dicho Alcalde mayor acabado su oficio años avia, sin esperanças de bolverlo a tener en aquella Provincia (como de hecho no lo ha tenido) le traxo vn resto, que faltava de lo que avia dicho que daria, sin pedirselo nadie. Esta persona, que fue Alcalde mayor, estima mas la quietud de su conciencia, que todos los averes del mundo, y pregunta, si está obligado a restituir dichas cantidades?

## PARECER CLXX.

65. **R**espondese, que está obligado a restituir las dichas cantidades a los mismos que se las dieron, por tres razones. La primera razon, y causa por que debe restituir, es la restitucion, y justificación con que el Alcalde mayor procedió en dichas elecciones, porque no hizo empeño; ni solicitó votos, ni hizo diligencia alguna para que fuesse electo alguno de dichos Governadores, y consiguientemente no tiene titulo alguno para llevar esse dinero, porque el pacto, que inter-

vino antes de la eleccion de darle tanta cantidad de dinero si le facaba Governador, no es donacion puramente liberal debaxo de aquella condicion, de que si saliesse Governador le daria tanto dinero; sino es vn contrato innominato, que induce obligacion de ambas partes, a que llama el Derecho: *Do, vt facias*. l. Naturalis. ff. de praescriptis verbis. §. Ad cum. do vt facias. donde dize, que si se dá dinero para que el otro haga alguna cosa, para lo qual se suelen los hombres alquilar, se llama *locatio*, que es lo mismo que alquiler; pero si vno dá dinero para que otro haga alguna cosa para la qual no se suelen alquilar, es contrato innominato, que se explica por estas palabras: *Do, vt facias*: Doyte esto para que hagas tal cosa por mi. El dicho Alcalde mayor no hizo cosa alguna, que conduxesse a que saliesse electo por Governador alguno de los que le dieron el dinero; luego no tiene titulo justo para retenerlo, y lo debe restituir.

66. Segunda razon: demos caso que el Alcalde mayor en la primera eleccion, que se propone en el caso, con su presencia, y autoridad, ò con alguna demonstracion, que hiziesse, pusiesse en libertad a los Indios para votar libremente, y les diesse animo, valor, y osadia para elegir a su gusto al Principal que ellos querian: por esta causa no puede llevar cosa alguna, porque por razon de su oficio tiene obligacion a hazerlo assi, porque debe asistir a la eleccion, no como vn palo, sino como Superior, dirigiendola, y quitado qualquiera violencia, que llegare a su noticia, y procurando, que se haga con toda restitucion: y es cosa certissima, que ninguno puede llevar precio por hazer aquello, que por su oficio tiene obligacion a hazerlo, como consta del Derecho. l. Ut puta. ff. de conditione obtrupem. y lo dizen comunmente los Doctores. Veanse Medina de rest. q. 26. Lessio lib. 2. de iust. cap. 14. Villal. tom. 2. tract. 11. dif. 17.

67. Tercera razon: el oficio de Governador, y de los demás Ministros de justicia entre los Indios, no es hacienda propria del Alcalde mayor, ni bienes suyos propios, sino de la Republica, y consiguientemente no puede ser licito que los venda, y si los vendiere, ò recibiere algo por darlos, lo debe restituir, como el que vende lo que no es suyo. Solo el Rey, que tiene suprema jurisdiccion en la Republica, y en sus oficios, los puede vender, como dize S. Thom. in Opusc. 21. q. 5. *Cum balibus, & officialibus vestris nihil committatis, nisi temporalis officium potestatis, non video quare huiusmodi officia non liceat vobis vendere.* Estos oficios vienen a ser potestad temporal,

poral, que trae consigo conmodidad, vtilidad, y honor, todo temporal, sin cosa alguna espiritual, por lo qual no es intrinsecamente malo el venderlos; pero esto lo puede hazer el que tiene jurisdiccion suprema, è independiente de otro en la Republica, como el Rey, y los demás señores soberanos en los lugares de su jurisdiccion: mas los inferiores al Rey, como Virreyes, Governadores, y Alcaldes mayores, solamente pueden dar, y distribuir los oficios de justicia, y jurisdiccion, que están a su cargo, en la forma, y modo que se les manda que los den; y consiguientemente si los venden sin tener orden del Rey para venderlos, pecan mortalmente, y están obligados a restituir el precio que les dieron: como si a vn criado, ò mayordomo, a quien el señor de la hacienda dió algunos dones para que los repartiessse entre los vezinos del lugar, que tuviesse tales calidades, y el criado, ò mayordomo no guardando el orden de su señor, vendiesse los dichos dones contra la voluntad de su dueño; de la misma suerte están obligados a restituir los Virreyes, y Governadores, que venden las Alcaldias, y Corregimientos, y otros oficios semejantes; y los Alcaldes mayores, que venden los oficios de Governadores, Tenientes, y Juezes de semeteras, y otros oficios semejantes. Para mayor claridad de esta razon se note, que aun al Rey, y Principes soberanos, que no reconocen superior, no es licito vender dichos oficios, sino es con ciertas condiciones, como dize S. Thom. Opusc. 21. q. 5. Estas son, que los vendan a personas dignas de quienes se presume, que lo harán bien, y que se les dé por precio moderado, de tal fuerte, que sin hazer agrauio, ni vender la justicia, puedan sacar facilmente lo que les costó. Y aun con estas condiciones dize el Santo, que es mas conveniente no vender dichos oficios, sino darlos graciosamente a los mas dignos, y hazerles fuerza para que los reciban, aunque no los quieran, y que desto se seguirá mayor vtilidad al bien comun de los pueblos, y del Rey, que todo lo que pudieran dar los que los comprassen. Otra condicion mas de las referidas se colige de la doctrina del Santo en dicho Opusc. 21. q. 6. y es, que ni el Rey puede vender dichos oficios para convertir el dinero en vtilidad propria, y en vsos particulares, sino por necesidad del bien comun. La razon es, porque los Reyes, y señores soberanos, no tienen sobre estos oficios dominio absoluto dominatiuo, como sobre hacienda propria, que está ordenada a sus propios vsos particulares, y vtilidad propria: como de la misma fuerte no tienen semejante domi-

nio sobre los pueblos de su jurisdiccion, y sobre sus vassallos, y haciendas de ellos, sino solamente tienen dominio gouernatiuo, que se ordena a la vtilidad comun de los pueblos, y vassallos. Prueba S. Thomas esto en la question citada con lugares expressos de la Sagrada Escritura, de los quales consta, que para que el gouerno de los Reyes, y señores soberanos sea recto, politico, y no tiranico, se requiere que ordenen su gouernacion al bien comun, y no a su propria vtilidad, y consiguientemente la distribucion de los oficios, y el modo de distribuirlos, ha de ser en orden al bien comun. Si los Reyes, y Principes soberanos, que tienen el supremo dominio, y señorio gouernatiuo sobre sus pueblos, sin dependencia de otros, no pueden vender estos oficios para vtilidad propria; por mayor razón no los pueden vender los Virreyes, que no tienen este dominio, sino que los deben dar, guardando en la distribucion la forma, que el Rey les tiene señalada; y por mucho mas fuerte razon no los pueden vender los Alcaldes mayores, a quienes con tanta limitacion se comete la prouision de ellos. Por lo qual si alguno de los inferiores al Rey vende alguno de dichos oficios sin comission, que tenga para ello del Rey, es cosa indubitable, que tiene obligacion de restituir el precio, como el que vende lo que no es suyo.

68. Porque no todos los Alcaldes mayores, que reciben dinero por los oficios de Governadores de Indios, proceden en las elecciones con la rectitud del que propone esta duda, sino que algunos vsan diferentes trazas para dar dicho oficio a quien lo pagó, aunque no tenga votos para ello: se han de averiguar con breuedad para complemento desta materia, las diferencias en la obligacion de la restitucion, que resultan de las diferentes trazas, y modos de dar dicho oficio a los que dieron dinero por él.

69. Primeramente, el que no hizo diligencia alguna para que saliesse con el oficio el que le ofreció dinero por él, sino que con toda rectitud recibió los votos de la fuerte, que los Indios electores los quisieron dar libremente, y al que tuvo mas votos dió el baston, debe restituir todo el dinero que recibió, al mismo que se lo dió; porque como no hizo cosa alguna por el que dió el dinero, no tiene titulo verdadero para quedarle con él, como se dixo en la razon primera.

70. Lo 2. si hizo diligencia para que los Indios dieffen libremente sus votos, quitandoles el miedo, que otros les huviessen puesto para que votassen por quien no gustauan, ó animádoles, y mediante esta diligencia fuesse

esto el que le ofreció dinero por el oficio, está obligado a restituir lo que recibió al que lo dió, porque semejantes diligencias tiene obligación a hazerlas por razon de su oficio, y assi no puede recibir paga por ellas, como se dixo en la razon segunda.

71. Lo 3. si para que los Indios diessen los votos al que le avia dado, ó ofrecido dineros por el oficio, los amenazó, ó les puso miedo, ó los engañó, ó hizo fraude, ó de qualquiera manera sacó los votos con violencia, ó engaño, no está obligado a restituir el dinero a quien se lo dió. La razon desto es, porque en esta caso el Alcalde mayor haze en favor de aquel a quien dá el oficio, cosa que no tenia obligación a hazer, antes la hizo contra su obligación, y contra toda razon, y justicia, y esto es precio estimable: como el que a petición de otro mata a vn hombre, ó haze otro maleficio, que le queda trabajo, ó cuydado, ó le pone en peligro, y deste sentir son graues Autores. Silvest. verb. Restitutio. 2. §. Sed quod dictum est. y verb. Eleemosina. n. 6. Nauar. in Sum. lat. cap. 17. n. 30. & cap. 25. n. 34. Angelo verb. Restitutio §. Turpe. S. Ant. p. 2. cap. 5. al princ. y se colige de la doctrina de S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 7. y está expressa en ambos Derechos. l. Vbi ff. de condit. obtrupem. Non posse repeti dicimus si pecunia detur, vt male indicetur. Y cap. Non sanè. 14. q. 5. se determina, que el que recibió alguna cosa por precio de aver hecho contra su obligación en favor de otro, no la debe restituir al que la dió, y que es mas conforme a razon, q la de de limosna. Pero el Alcalde mayor, que assi hiziesse Governador con fraude, ó con violencia, está obligado a restituir al que avian de hazer los Indios Governador, toda aquella cantidad en q se estima, y aprecia el oficio que le impidió, assi por lo honorífico, como por la utilidad, y comodidades, que gozan los Indios Governadores quando actualmente lo son, y despiticos de averlo sido; porque todo este daño le hizo, y todo este bien le quitó contra razon, y justicia, y contra la obligación de su oficio, al Indio a quien embarazó, y quitó el ser Governador, por hazer con fraude, ó con violencia a otro, porque cada vno debe restituir el daño, que contra justicia causó a otro, cap. Si culpa de iniurijs, & damno dato. Si culpa tua datum est damnum, vel iniuria irrogata, seu alijs irrogantibus opem tulisti, iure superbis satisfacere te oportet. Acerca de quanto deberá pagar el Alcalde mayor al que impidió, que consiguiesse el oficio, se ha de dezir, que por lo menos le debe pagar toda la cantidad, que le dió el que lleuó el oficio, porq en aquel pueblo, tiempo, y ocasion se ha de presumir, que

aquel oficio se estimaba en aquello, que el otro dió por el. Demás desto debe el Alcalde mayor hazer diligencia para saber si el Governador, que él puso voluntariamente, hizo algunos daños en el pueblo, ó a los particulares, y los debe restituir, si el que los hizo no los restituye, porque haziedole Governador, fue causa, y raiz culpable de dichos daños, por que eligió Governador indigno, que no tenia la aprobacion, y votos de la mayor parte del pueblo, que se requiere en la instruccion, que se dá a los Alcaldes mayores para hazer las elecciones de Governadores de los Indios.

72. Lo 4. si el Alcalde mayor pone mas votos de los que le dán al que le dió, ó prometió dinero para que le hiziesse Governador, con que sale electo sin aver tenido realmente los votos necesarios, no está obligado a restituir al Governador electo en esta forma el dinero que dió; pero debe restituir al q realmente dieron los votos, y avia de salir electo; y también debe restituir los daños, que hiziere el electo con dicho fraude, en la forma, y por las razones que se dixerón en el parrafo antecedente; porque la misma obligación tiene el que con violencia sacó los votos, que el que con fraude los mudó, y aplicó a otro. Para que se entienda con mas claridad como suceda este fraude se advierta, que la elección destos Governadores de pueblos de Indios se haze assi. Está presente el Alcalde mayor, y Escriuano, y van a ellos los Indios dando sus votos de palabra, y el Escriuano vá escriuendo, y apuntando quantos votos se dán a cada vno, y es cosa facil (conviniendose el Alcalde mayor, y el Escriuano,) dezir que fulano tuvo 50. votos, aunque no aya tenido 20. y por el contrario, al que tuvo 50. dezir que tuvo 20. Pues el Alcalde mayor, que en esta forma sacó electo por Governador al que se lo pagó, está obligado a restituir en la forma, que se dixo estarlo el que con fraude, ó con violencia, ó amenazas hizo, que le diessen los votos al que le pagó el oficio, porque corre la misma razon.

73. A lo vltimo que se propone del que le traxo el resto, que faltava de lo que avia ofrecido, sin pedirlo, y sin ser ya Alcalde mayor, ni esperar lo ser otra vez, de donde parece se quiere colegir que fue donacion graciosa: se responde, que por las circunstancias que refiere no se puede presumir donacion liberal, sino cumplimiento de la paga del oficio de Governador, que avia comprado; por que aviendo precedido dicho pacto en que se quiso obligar a pagar tanta cantidad por dicho oficio, no puede presumirse donacion liberal, sino cumplimiento de dicha obligación,

com

delito, y se les hizo causa, y se llamaron muchos testigos, y no se halló cosa de fundamento: y despues de la prision de muchos dias, q duró la pesquisa, les hizieron pagar las costas del proceso, confesiando el Juez, que no les hallava culpa alguna, pero que era fuerza pagar las costas processales. Esta costa, y prision de inocentes claro está, que la debe restituir el Juez que prende, y ocasiona gastos sin semiplena probança, que si tuviera esta, deberia restituir el testigo, que atestiguó la falsedad. De la misma fuerte el Juez, ó testigo, que con titulo, ó color de vna causa, ó delito de esta forma, recibe lo que le dá el atemorizado, lo debe restituir, porque lo recibió por temor, que injustamente se le puso al reo; pero si contra el reo avia bastante fundamento para castigarle, ó prenderle, y el Juez disimula, y lo echa de la prision por dineros, no está obligado a restituirlos, aunque obra mal contra la obligación de su oficio, como tengo explicado en otras ocasiones.

#### CONSULTA XVI.

*Sobre la obligación, que tienen los Alcaldes mayores de hazer la visita anual de los pueblos de su jurisdiccion: y si dichos Alcaldes mayores, ó las personas a quienes dichos Alcaldes cometen la visita, se pueden quedar con lo que les ofrecen los Indios, porque dexen de hazer dicha visita?*

#### PROPOSTA.

Está ordenado por Cédulas Reales, que los Alcaldes mayores visiten todos los pueblos, y mandé a los Indios sembrar arroz, criar puercos, cocos, &c. Esta visita se haze ya, porque el no hazerla es caso de residencia, mas si se haze es pura ceremonia, y facalía, y suelen encomendarla a vno de sus confederados, para que gane quatro reales. El que la hizo pregunta el caso: es temeroso de Dios, y se contenta con lo que los Indios le dán de su bella gracia; v. g. de vn pueblo de mil tributos 20 pesos, de otro menor 8. de otro 4. Llegase este tal al Ministro, diziendole a lo que viene, que no puede dexar de hazerlos; pero que su Reuerencia haga lo que quisiere, que la visita se ha de hazer, y que él no quiere nada, si el Padre no se lo dá, ó por su mano los Indios. El Padre dice, que es robo, que se los lleva el diablo, y vafe con Dios. Otro atendiendo a que si la visita se haze, les ha de hazer mas gasto el Castilla, le dize: Señor mió esto es ya costumbre darse en esta ocasion, tomelo v. md. y vayase luego: tomalo, y vafe. Preguntase si puede el Español, embiado del Alcalde, lleuarlo sin hazer la visita,

ta, por no hazer mas gasto a los Indios? y sumpongo, que si fuera otro les fuera sin comparacion mas molesto, y de mas gasto.

#### PARECER C.LXXIV.

77. R Espondefe có quatro conclusiones. La 1. que el Alcalde mayor tiene obligación de hazer la visita, porque assi se manda en las ordenanças, que juran de guardar los Alcaldes mayores, y es ordenança muy justa, que se ordena al bien de los Indios, assi de los particulares para que tengan con que sustentarse, como del comú para que no falte en los pueblos prouision de mantenimientos: y atendiendo a la floxedad, y descuydo de los Indios aun en las cosas de su misma utilidad, y prouecho, es ordenança muy conveniente al bien comun. Cumplirá el Alcalde esta obligación cometiendola a otro segun la regla de Derecho. *Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum.* de reg. iur. in 6. reg. 72. como la cometa a persona de quien entienda, que la hará con Christiandad; porq si embia a esta diligencia a persona de quien entienda, ó deba presumir, que lleva puesta la mira a ganar dineros de la visita, pecará mortalmente, y quedará obligado a fatisfacer lo q el otro hurtó en la visita, si no le consta, que el otro restituye: porque como se verifica, q el Alcalde haze la visita, haziendola otro a quien él embia; assi se verifica, que el Alcalde haze los daños, si los haze el embiado por él, si presumió, ó debió presumir que los haria. Cumpliria el Alcalde con mas Christiandad, y sin escrupulo dicha visita, si la encomendasse al Padre que administra a los Indios, que por medio de sus fiscales, ó de los Principales, averiguasse los que siembran, y crian lo que dispone la ordenança, y obligasse del mejor modo que pudiesse a los descuydados: de esta fuerte se conseguiria mas bien el fin de la ordenança, sin costa, y molestia de los Indios. La dificultad mayor que ay aqui, es, si no hazer esta visita es materia graue de fuerte, que sea pecado mortal en el Alcalde mayor, ó en el que la lleuó encomendada, el omitirla? Por la parte afirmatiua haze, que parece materia graue, porque conduce mucho al bien comú de los pueblos, y dexando a los Indios en su floxedad, será todo carestia: llegandose a esto, que es esta vna de las ordenanças, que juran de guardar los Alcaldes mayores, y assi no se podrán escusar de pecado mortal, si se descuydan en ella. No obstante esto juzgo, que no es pecado mortal dexar de hazer dicha visita; porque aunque parece cosa muy conveniente al bien comun, que se les obligue a dichas cosas; pero la experiencia ha mostrado de quaa

quan poco fruto es esta diligencia de los Alcaldes. Lo 1. porque se ha convertido en ganancia, y prouecho de los Alcaldes, y de sus Ministros, y en detrimento de los Indios, y de los pueblos, y mientras mas exacta, y rigurosa se haze la averiguacion, y visita, es mas dañosa al pueblo, porque se ocupan mas Ministros, y todos se sustentan a costa del pueblo, y dura la visita mas tiempo, y se hazen de costa al pueblo muchos pesos, y no por effo crian el año siguiente mas puercos, y aves, ni siembran mas. Para que se vean los fines tan torcidos con que se cumple esta ordenança, referiré lo que vide en vn pueblo de Indios. Vn Juez de residencia, a vno que acababa el oficio de Alcalde mayor, le hazia cargo de q no avia castigado a los Indios por no aver sembrado abaca, ni los avia compelido a sembrarla. (Vna de las cosas que se mandan sembrar en dicha ordenança, es el abaca, con que se hazen mecates, cables, y maromas.) El Alcalde mayor le rogaba, q no le pudiese aquel cargo, porque en toda aquella Prouincia no nace abaca, ni es a proposito para ello la tierra, porque el abaca nace en tierra montuosa, como el esparto en España, y que dicha ordenança se ha de entender con prudente distribucion, de que en cada tierra se siembre aquello de que se espera fruto. No obtate se cerrò en que se avia de hazer el cargo, y le avia de multar por el, y que alegase en la Real Audiencia lo que quisiese. El Juez de residencia instando en que se avia de aver obligado a los Indios a cosa totalmente inutil, no atendia al fin de la ordenança, que es el bien de los Indios, sino a hazer cargos para que el Alcalde los redima cò plata: y de la misma fuerte el Alcalde haze, ó amaga a hazer visitas, no para que los Indios siembren, sino para que las rediman con dinero, y todo es daño del pueblo. Lo 2. porque no es sola floxedad la causa de que muchos Indios no crien aves, y puercos, ni siembren muchas cosas, sino impossibilidad en los mas, que no tienen esclavos, ni quien les ayude, sino solo el Indio, y su muger, y èl lo mas del año ocupado en cortes, y llevar balsas, y en otras cosas, que les ocupan los Alcaldes mayores, conque no les queda tiempo para sembrar mas de vn poco de arroz para pagar la bandala: gallinas, y puercos, los mas no tienen ni con que comprarlos para que empiezen a multiplicarse, y si alguno tiene algunas, entra vn Soldado en el pueblo, y se las hurta, porque el Indio, ni tiene donde guardarlas, ni quien las guarde: los que tienè posibilidad para criar puercos, y aves, no dexan de criarlas, aunque no les fueren a ello: tener, y conservar cocos, es

costoso, y no todos los Indios pueden. Lo 3. porque a los Indios, que este año castigã por no aver criado, ò sembrado lo que dize la ordenança, especialmente si los penan en dineros, quedan empeñados, y mas impossibilitados de poder criar, ò sembrar dichas cosas. Por lo qual juzgo, que es muy poca la utilidad, q que trae consigo el cumplimiento desta ordenança, y consiguientemente no obliga a pecado mortal a los Alcaldes mayores su cumplimiento, no obitante que entre las demás ordenanças juren guardar esta; porque el juramento, que se haze de guardar estatutos, ò ordenanças, no obliga a pecado mortal la observancia de cada vno, sino que en la fraccion de vnos se comete pecado mortal, y en la de otros venial, segun la parvidad, ò grauedad de la materia, como consta del Derecho, cap. Exiui Clem. de verb. sign. §. Cum igitur. y es comun de los Doctores.

78. Lo 2. digo, que tienen obligacion a hazer dicha visita sin notable costa, trabajo, y molestia de los Indios, para lo qual deben escusar averiguaciones exorbitantes, y detencion del Alcalde en los pueblos. La razon de esto es, porque si se hiziese la visita cò tantas averiguaciones, y diligencias, como se averigua vn delito atroz, ò con gastos notables, molestias de los Indios, estando el Juez en cada pueblo haziendoles gasto diez, ò doze dias, seria mayor el daño, è incomodidad, que se seguiria a los Indios de la execucion de dicha ordenança, que el prouecho que se espera sacar de ella, y consiguientemente seria la execucion injusta, y la ordenança se haria mas dañosa, q vtil: lo qual es contra la razon de la ley, y de la ordenança, como consta del Derecho, cap. Erit autem. dist. 4. donde dize, que la ley no se ordena al bien, ò utilidad de algunos, sino para el bien comùn de todo el pueblo: *Nulla privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.* Por lo qual los Alcaldes, q adulteran esta ordenança, convirtiendola en su propia, y particular utilidad, sin atender a que los Indios siembrè arroz, ó cocos, ò criè aves, ò puercos, sino solamente a que les paguen tanto por no hazer dicha visita, pecan graueamente contra la obligacion de su oficio, convirtiendola en daño graue de los Indios, lo que se ordenó justamente en prouecho dellos, y a la ordenança, que de fuyo es valida, y justa, por el modo con que la executan, y practican, la hazen nula, iniqua, è injusta.

79. Digo lo 3. si los Indios por escusar los gastos demasiados, ò molestias, q reciben con dichas visitas, dan alguna cantidad de dinero al Alcalde, ó a otro a quien el Alcalde cometiò la visita, estan obligados a restituirla. La

RAZON

como consta del Derecho. l. Donari. ff. de donationib. *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.* Donacion es quando alguno dá alguna cosa sin aver derecho, que le obligue a darla, ni otra causa, ni titulo para darla, como dize Bart. sumando la l. Hoc iure. ff. de donat. *Quod ob causam datur non est donatio.* Y aunque en el caso presente no hubo derecho alguno, que de verdad le obligasse, ni titulo, ni causa verdadera; pero el Indio juzgò por titulo suficiente para obligarle, ó para pedirle dicho resto, el pacto precedente: como el que llega a pagar las vsuras en cumplimiento del pacto vsurario con que le prestaron, que aun que las pague juzgando que las debe, ó que no las debe, nunca es donacion, porque las paga en virtud del pacto precedente, aunq vsurario, que no induce verdadera obligacion. Llegase aqui, que segun Derecho, de ninguno se presume que quiere hazer donacion puramente liberal, si no consta con toda certeza. l. Cum de indebito. ff. de probat. *Qui enim soluit, nunquam ita reipinus est, ut facile suas pecunias lactet, & in debitas effundat.* Y el averle entregado tassadamente lo que dezia el pacto, es indicio no leue de que no tuvo animo de hazer pura donacion; porque si a haciendas lleuara animo de hazer liberalidad, no fuera la entrega tan ligada al pacto, sino diera algo mas, ó algo menos, y assi diò el dinero por error, creyendo que lo debía, y consiguientemente no tuvo voluntad de hazer donacion liberal, assi quãdo entregò el resto, que faltava al cumplimiento de la cantidad pactada, como quando entregò lo demás: y lo mismo es de todos los otros, que dièro dinero para ser Gobernadores; por lo qual ninguno tuvo voluntad, ni consentimiento de dar liberalmente lo que dieron para ser Gobernadores de sus pueblos. l. Si per errorem. ff. de iurisd. omn. iud. *Cum non consentiant qui erant, quid enim tam contrarium consensu, quam error?* Y l. Cum testamentum. C. de iuris, & facti ignor. *Cum errantis voluntas nulla sit.* Y l. Non id circo. C. si nullus sit errantis consensus.

### CONSULTA XIII.

*Si vn Alcalde mayor queda seguro en conciencia sin restituir lo que debe a los Indios, si ellos le perdonan la deuda?*

#### PROPOSTA.

VN Alcalde mayor aviendo preguntado al Autor, si estava obligado a restituir lo que avia recibido en las elecciones de Gobernadores de Indios, y aviendole respondido, que si, buelve a preguntar, si aviendole

perdonado la deuda los Indios, cessará la obligacion de restituir? y si para pedirles, que la perdonen, será necesario ponerles delante el dinero? y si a vno que traxo vn resillo, que le quedó a deber, sin pedirselo, y aviendo ya acabado su oficio, ay obligacion de restituir?

#### PARECER C. LXXI.

74. R Espondese, que si al que llegó a pagar la parte, que faltava a lo que avia prometido, le huviera defengañado, y dicho, que no era deuda, ni le debía cosa alguna, y el Indio instase diciendo, que de su voluntad daba aquel dinero: en tal caso pudiera licitamente recibir lo que assi le daban, porq se explicaba el que lo daba de que hazia de aquella cantidad liberal donacion, y entonces no deberia restituir la otra parte del dinero, que el mismo le avia dado antes; porque de la liberalidad con que haze donacion desta parte que restava, sabiendo que no la debe, ni le quieren obligar a que la dé, se colige, que con la misma voluntad liberal avia dado antes la otra parte. l. Siqui. C. ad l. Jul. de adult. *Ex presenti presumitur in preteritum.* Y alli Baldo sumando esta ley: *Per actum subsequutum presumitur aliquid in preteritum, quod alias erat incredibile.* Aunque siempre que vn Indio dá dinero al Alcalde mayor con algun titulo insufficiente como este, ó sin titulo alguno, se tiene por cierto, que lo diò por temor de que no le hiziese algun daño, y se tiene por cosa increíble, que el Indio pobre dé dineros de su plena voluntad al Alcalde rico, y consiguientemente el que recibò el dinero tiene obligacion en conciencia a restituirlo; pero llegando la dicha conjetura, que acabado el oficio trae el dinero, y defengañandole de q no lo debe, insta en que lo dá de su voluntad, se ha de tener por cierto, que haze donacion liberal, y valida, y que no queda obligado a restituir el que recibò el dinero. De la misma fuerte no estará obligado a restituir el que recibò dichas cantidades de dinero, si dando a entender al que lo diò, que se lo debe bolver, ò que assi se lo mandan los Confessores, y le pide que se lo perdonè en todo, ò en parte: si el Indio sin dificultad, y cò semblante alegre dize, que se lo perdona, ò que se lo diò, ò dá de su voluntad, ó si ofreciendose el que lo recibò a pagarlelo, dize, q no lo ha de recibir, porque lo diò de su voluntad, queda seguro en conciencia sin hazer la restitucion, porque es cosa cierta, que el Indio puede hazer dicha donacion de lo que es fuyo. l. In re. C. mandati. *Sua quisque rei est moderator, & arbiter.* Y diziendo, que lo dá, ò perdona de voluntad, no aviendole hecho amenaza, ni



dadole ocasion de que tema, ni mostrando el Indio temor, ò decontento en hazer la remission, no siendo ya Alcalde, ni teniendo jurisdiccion alguna sobre el que perdona la deuda, y especialmente si el que pide la remission les hizo algun bien, ò buen tratamiento quando era Alcalde mayor, se ha de presumir, que haze la remission voluntariamente sin coaccion; porque como dize Cayetano en la Summa, verb. Restitutio. cap. 7. el testigo mas cierto del corazon humano, es el mismo hombre: por lo qual afirmando el acreedor, que de su entera voluntad perdona la deuda, y aviendo algun titulo, como de agradecimiento para hazer la remission, y no constando, ni por el semblante del acreedor, ni por palabra, ò accion del deudor, que interviene miedo; todas estas conjeturas juntas vencen aquella presuncion general de que vn pobre, que padece necesidad (como de ordinario acontece en los Indios) no haze donacion voluntaria, ò remission de deuda al rico, que vn pobre tambien fuele ser agradecido, y tiene por bién hazer algú beneficio al rico, y poderoso, aunque sea a costa de su pobre caudal, para tener aquel arrimo en las ocasiones que se ofrecieren: y no es necesario para que la remission sea valida, dar con efecto, ò poner delante el dinero al acreedor, como opinaron algunos, juzgando no ser en todo voluntaria la remission que haze, por no ver presente la paga, por causa de que si vieran presente el dinero, ò lo tuvieran en su poder, no lo dieran con tanta facilidad. Respondese, que es verdad; que los hombres mas facilmente suelen perdonar lo que se les debe, que desembollar, y dar lo que ya poseen; pero esto no haze a la remission de la deuda forçada, ò involuntaria a mas no poder, sino solamente disminuye la aficcion al dinero, que estando ausente incita menos al apetito, y facilita mas la voluntad, para que sin coaccion alguna, haga donacion de la deuda. Assi lo afirman Cayetano en la Summa, verb. Restitutio. cap. 7. y Nauarro en el Man. cap. 17. num. 46.

## CONSULTA XIV.

*Si los Alcaldes mayores, y Guardas del Parian, estan obligados a restituir lo que les dan los Sangleyes en un combite?*

## PROPVESTA.

**S**uele el Alcalde mayor del Parian llamar a los Sangleyes a vn combite, que les haze en su casa, en el qual solamente les dá vna taza de chocolate a cada vno, y buyos, y todos los Sangleyes, que alli se juntan, le ván ofreciendo dinero, cada vno segun su volun-

tad, sin señalarles cantidad determinada, y tal vez acontece, que los mismos Sangleyes instan, y ruegan al Alcalde mayor, ò a otro Ministro de justicia del Parian, para que les llame a semejante combite; y assi dize que le sucedió a este el año primero, que entrò alli por Guarda, y despues nunca ha llamado a estos combites. Preguntase si este dinero, que assi junta el Alcalde, lo debe restituir, y lo mismo se pregunta del Guarda mayor, y otros Ministros de justicia?

## PARECER C.LXXII.

**75. R**espondese, que se debe restituir, por que dicho combite no es mas que vn titulo, y color para paliar la violencia con que les obliga a dar aquel dinero; y aunque expresamente no les obligue con palabras a dar cosa determinada, ya saben que aquella ocasion, ò combite se ordena a dicha sacaliña, y cada vno por no parecer corto, ó no padecer verguença, ó por temor de no quedar mal visto de su Alcalde, dá sin poderlo escusar alguna cantidad razonable. Para que son palabras quando el mismo hecho compèle, y haze fuerza? Por lo qual hazer dicho combite es violencia con que se fáca dicho dinero; pero en el caso que los mismos Sangleyes le rogaron, è instaron, no huvo violencia, y ellos buscaró aquel titulo, y color para hazer aquella donacion al Guarda por tenerlo grato: y assi en la opinion que dize, que los Juezes, y Superiores no tienen obligacion a restituir lo que les dán de gracia sus subditos, no la tiene el dicho Guarda del Parian.

## CONSULTA XV.

*Si el Juez debe restituir lo que recibió por no castigar un delito?*

## PROPVESTA.

**V**N Juez aviendo recibido dinero, ò para que no castigasse, ó para que no prendiesse al que se dezia aver cometido vn delito feo, se duda si tiene obligacion a restituir lo que assi recibió.

## PARECER C.LXXIII.

**76. R**espondese con distincion, que si el Juez prende, ó amenaza, ó dá a entender, que quiere prender por alguna imagen, ó apariencia de delito, que no es probable en el fuero externo, ni ay del semiplena probanga, y el reo por escusar esta extorsion le dá alguna cosa, tiene obligacion el Juez a restituir la, por lo que le dá violento por el temor de la extorsion injusta que tema. He visto presos pobres por leuissimos indicios de vn delito,

razon es, porque los Indios dán esta cantidad violentados, para redimir la bexacion injusta, que se les hazia, y no dán de su voluntad aquel dinero, sino como el dinero prestado a pagar con vsuras, que las paga involuntario a mas no poder, y como el caminante, que al saltador en sierra morena le dá cien ducados para que no le quite la vida, ò le dexé desnudo. Lo mismo digo, si el Alcalde de su proprio motivo, sin querer hazer visita manda, que los Indios le paguen tanta cantidad por no hazerla. La razon es, porque no hazer la visita, no es titulo para llevar precio, ò paga, y solamente por razon de la ocupacion, y trabajo que tiene el Alcalde en la visita, se puede ajustar, que se le dé el sustento dos, ò tres dias, y no aviendo esté trabajo, ò ocupacion, no queda razon, ò titulo por el qual aya de llevar esse sustento.

**80.** Digo lo 4. si queriendo hazer la visita sin gastos demasados, ò molestias, el Alcalde, ò otro a quien el Alcalde la cometió, los Indios hallandose culpados de su floxedad, ò temerosos del castigo, ó por otra qualquiera causa, quieren escusar la visita, y le ofrecen al Alcalde alguna cantidad de dinero para que no la haga, y él recibe lo que le dán, y no visita aquel año: en este caso no está obligado a restituir lo que assi recibió, aunque pecó en dexar de hazer legalmente su oficio por dineros. La razon es, porque el Juez que recibe cohechos para no hazer su oficio rectamente, no está obligado a restituir al que le cohechó, porque dexar de hazer su obligacion, y faltar a su oficio a peticion de otro, es precio estimable, que merece paga, especialmente quando tiene riesgo de que se le haga residencia, que por causa de ponerse a esse riesgo a peticion de otro, puede llevar paga. Todo esto consta del Derecho, l. Vbi. ff. de condict. obturpem. *Non posse repeti dicimus si pecunia datur, ut male iudicetur.* y l. seq. *Siquis in adulterio deprehensus redemerit se, cessat repetitio.* De la misma suerte si los Indios temiendo ser cogidos en su floxedad, de no aver sembrado, ni criado aves, ò por otra causa q' ellos juzguen, que les conviene, que no se haga la visita, sin que intervenga miedo de que el Juez en ella les haga mas costo, ni les ponga mas pena de la que es razon, y quieren redimirla, y pagan para que no se haga, no tiene el Juez obligacion a restituir, ni los Indios tienen accion para pedir, que se les restituya lo que assi pagaron. Esta doctrina tiene fundamento en la de S. Thom. 2. 2. q. 32. ar. 7. donde pone exemplo en la ramera. Llevan expresamente esta opinion S. Anton. p. 2. cap. 5. al princip. Silvest. in Summ. verb. Eleemosina. n. 6. y verb. Restitutio. 2. §. Sed quod dictum. Navar. in Sum. lat.

cap. 17. n. 30. y cap. 25. n. 34. Angel. verb. Restitutio. §. Obturpem. y muchos Modernos. Por esta razón se puede escusar a esse hombre de restituir, especialmente aviendo llevado con moderacion el cohecho. Por la costumbre no hallo, que se pueda honestar el llevar esse dinero por no visitar; porque la costumbre no puede prevalecer contra el derecho natural, ni puede dar derecho, ò titulo para tomar lo ageno, y despojar a los pobres Indios de su poco caudal, y está le llama el Derecho corruptela, no costumbre, cap. Cum tanto. de consuet. *Cum tanto sint graviora peccata, quanto diutius in felicem animam detinent alligatam, niemo sana mentis intelligit naturali iuri (cuius transgressio periculum salutis inducit) quacunque consuetudine, que dicenda est verius in hac parte corruptela posse aliquatenus derogari.* Si por la costumbre se pudiera hazer licito el tomar lo ageno, ya no pecaran los Soldados en ir a hurtar al Parian: de fuerte, que para no pecar el Alcalde, ò la persona a quié se comete esta visita, la ha de hazer con muy poco gasto de los Indios en dos, ò tres dias, que esté en vn pueblo, sin autos, ni escritos juridicos, preguntando a los Principales de lo que tienen sembrado, ó crian los Indios de su barrio en sus sementeras, y a los que hallaren floxos, darles vn castigo leue, ò dar orden que les compellan a sembrar; porque este no es delito, que merezca castigo de importancia, y de allí caminar presto a otro pueblo, y persuadirse, que esta comission no es para quedar rico, sino quando mucho para comer mientras la haze. Para escusar la restitucion saliendo manchada la conciencia, vale la opinion que dize de recibir lo que buenamente los Indios le quisieren dar, para que no les visiten, sin extorsion, ni violencia, ni amenazas de estarfe allí diez dias comiendo a costa del pueblo.

**VANDOS QUE ECHAN LOS ALCALDES MAYORES, Y JUNTAMENTE DADIVAS QUE RECIBEN.**

## CONSULTA XVII.

*Sobre si el Alcalde mayor, que echa vn vando de que no se saque arroz de la Provincia, pueda quedarse con los dineros, que le dieran algunos porque les permita sacar arroz?*

## PROPVESTA.

**V**N Alcalde mayor, ò justicia mandó por vn vando, que ninguno saque arroz para

para otra parte, porque dize conviene así al servicio del Rey. Si este Alcalde mayor podrá con buena conciencia llevar algo de vno, que le pide vna licencia para sacar vn poco de arroz? O si peca contra justicia de tal fuerte, que tenga obligacion de restituir? La causa de dudar es, que así tendrán los ricos mejor lugar, que los pobres, que no tienen que dar, y no será la justicia igual.

## PARECER C.LXXV.

81. **P**ARA responder a este caso es necesario averiguar primero la justicia, ó injusticia del vando, que prohibe sacar el arroz para otra parte, para lo qual se ha de advertir, que esse vando cierra a los pobres Indios el camino para que no puedan vender donde, y como ellos quisieran, se ven obligados a venderlo a menos precio a escondidas, ó a quien tiene licencia del Alcalde mayor; y aunque no se siga mas daño, que impedir a los pobres el libre uso de lo que es suyo, y les costó su trabajo, y sudor, es pecado mortal con obligacion de restituir los daños, que de esto resultaren. Es verdad, que alguna vez puede ser licito, y justo esse vando: serialo en vna necesidad grauissima de la Republica; v.g. si amenazassen guerras, ó cerco prolongado, ó otra causa muy graue del bien comun, que en tal caso los particulares deben sufrir essa molestia por el bien de todo el comun, y no se haze injuria a las partes quando les exponen al trabajo, y detrimento por salvar al todo. Y así el dicho vando, si se echa por graue causa del bien comun (que de otra suerte no se puede remediar) será licito: si se echa por bien particular de alguno, ó de algunos, será injusto; y si se echa para enterar la bandala, es injusto, aunque quieran vestir, y honestar esta injusticia con titulo del bien comun. Para dar razon desto, que ha muchos años que lo siento así, y lo he dado por escrito a los señores de la Real Audiencia, digo, que la bandala de la fuerte que se cobra estos años, es injustissima por las circunstancias que lleva; porque sin saber quanto arroz tienen los Indios se echan veinte mil cabanes, y mas a vna Prouincia corta, y pobre, y de poca gente, embarazan a los que tienen arroz muchas semanas, para que no puedan disponer dello, y despues se lo quitan todo, ó casi todo, sin atender, ó dexarles lo que han menester para su casa, y familia, y para sembrar el año siguiente, y no se lo pagan, y si alguna vez les dan alguna paga, es mucho menos de lo que vale, y esso no lo vé el pobre Indio, con cuyo sudor, y trabajo se cogió aquel arroz. Si a vn pobre Indio le piden 4. cabanes. de arroz por ban-

dala, ha menester llevar 5. para cumplirla, y aun no le bastan, porque lo miden rehinchido, y meneando el cabán, y despues les obligan a pagar otra ganta mas de cada cabán, por lo que ha de mermar despues, y para el tamborero que lo guarda. Y aviendo el Rey nuestro señor echado a estos Indios por su pobreza vn tributo muy moderado, se les carga estos años vna intolerable bandala, que les es mas costosa, que si pagassen otras quatro vezes el tributo. Cosa iniqua es, que si acaso alguna vez no ay dineros en la casa para pagar el arroz, que ha de comer la Infanteria, lo ayá de pagar todo los pobres Indios: y cosa mas iniqua es, que aunque aya dineros, ó no los aya, se les ha de echar esta carga, y tributo sin autoridad del Rey, y sin causa legitima: y cosa iniquissima, que los cobradores, y arrieros, que van a conducir dicho arroz, han de comer, y tener ganancias todos a costa del Indio. Si la bandala se echare sin injusticia, embiando dinero con que pagar el arroz, que se sacare, a como vale en cada pueblo, de fuerte, que allí de presente se dé la paga (que es lo que en conciencia le debe hazer) y sin sacarle al Indio mas de lo que buenamente puede vender, quedandole para comer él, y su familia, y para sembrar, no será necesario este vando tan injurioso, y que (como se dize por ai) haze a dos luzes, que son a que la bandala se entere facilmente, y a que algunos (a quienes no embaraza el vando) compren, y saquen el arroz a precios moderados quando está estancado; sin poderlo sacar los Indios para remediar sus necesidades, a peligro de que a titulo de bandala se lo quiten todo; que viendose en este aprieto; no es mucho que lo vendan por baxos precios: y así juzgo, que el vando que se echa por causa de enterar la bandala, no es necesario, y así es injusto, y sin causa se echa a los Indios esse grauamen de que no puedan sacar arroz: y quando algun Alcalde mayor ha echado semejantes vandos, no ha de ser absuelto en la confession sin preguntarle primero, si lo echó él por su voluntad (aunque pensasse que era servicio del Rey) y si tuvo algun interés de dicho vando, y si compró arroz estando así estancado, y a como, y mandarle restituir qualquiera ganancia que aya tenido por vando tan iniquo, y que haga diligencia a ver si algunos Indios tuvieron algun detrimento en su arroz, ó lo vendieron a menos precio por estar la saca embarazada, y si los Indios por sacar algun arroz pagaron algunos pesos a los Guardas, ó al Alcalde mayor, que lo pague quien mandó echar el vando, y todo el daño, y gasto que huviere tenido qualquiera Indio por ocasion de

de dicho vando Si se excusare el Alcalde mayor de que otra potestad superior, a que no pudo resistir, le obligó a echar dicho vando, se le ha de preguntar, si le propuso a la tal potestad los inconvenientes, é injusticias, que trae consigo dicho vando, a que está obligado el Alcalde mayor, porque es padre, y defensor de los Indios de su jurisdiccion; ó si el Alcalde mayor pidió al Gobierno, que mandasse echar dicho vando, ó fue alguna causa de que se echasse. Supuesto esto digo, que quando el vando es injusto, es tambien pecado mortal contra justicia comutativa llevar paga por dar licencia para sacar arroz, y el que lleuare alguna cosa por conceder dicha licencia, está obligado a restituir al que la dió. Esta resolucion es clara, porque haze contra justicia el que impide en tal caso sacar arroz, y quitar a los pobres la potestad, que dá la misma naturaleza a todos los hombres, para que usen de sus bienes, y los saquen, y dispendan como les estuviere mejor: y si por dexarles usar de la potestad, que naturalmente tienen, les lleuan dinero, es injusticia clara, pues les venden a los pobres el uso, que les dió la naturaleza. Segunda prueba: comun senténcia es de los Doctores, que si vn Juez lleua paga por hazer aquello a que está obligado por razon de su officio, peca mortalmente, y está obligado a restituir lo que así lleuó: dizenlo expressamente Nauar. in Sum. cap. 17. n. 34. Medina en la instruccion de Confes. fol. 169. Fr. Luis Lop. 1. p. instr. cap. 106. Corduba in quaest. q. 32. los quales afirman, que es senténcia comú de los Doctores. Los Alcaldes mayores están obligados a fauorecer a los Indios, y a impedir los agrauios, que otros les quisieren hazer, porque son padres de las Republicas de estos pobres, y Juezes para hazer, que a cada vno se le dé lo que es suyo, é impedir agrauios: y así si les lleuan dineros para que puedan sacar arroz, les venden aquello, que por razon de su officio debian hazer, pues antes debian defenderlos para que ninguno les impidiesse el libre uso de su arroz.

82. Si el vando fuessse justo, es cierto que peca mortalmente el Alcalde mayor en dar licencia a algunos para sacar arroz, por muchas causas. La 1. contra justicia legal, y contra el bien comun, para el qual se echó el vando, que siendo muy graue el bien comun para que se echa el vando, se damnifica notablemente con essas licencias dadas para sus ganancias. La 2. por la aceptacion de personas, que es pecado graue en vn Juez, quitando la obligacion del vando a vnos, y dexando a otros agrauados con él por su interés particular. La 3. porque si este vando es licito, lo

es por alguna grauissima necesidad del bien comun, a que se ha de ayudar con el arroz, que manda detener, y dexando sacar arroz a algunos, porque le pagan el permiso de sacarlo, carga sobre los otros mas carga de la que se les avia de echar, y así se verán damnificados los pobres, que no pagaron.

83. Supuesto ya, que peca mortalmente en dar por dinero essa licencia, averiguemos aora si está obligado en este caso a restituir en quanto a la cantidad, que recibió por dicha licencia. Ay Autores, que dizen, que la debe restituir al dueño que se la dió; otros dizen, que se debe restituir a los pobres, y no al dueño, que ya le dieron vna merced, que no se le debia; otros dizen, que puede retener en si dicha cantidad, hasta que el Juez le sentencie a que la pierda, y si no se deduce al fuero exterior, ó no lo condenó el Juez en que pierda esse dinero, se pueda quedar con él. Todas estas opiniones son probables, y puede seguir la que quisiere, y quedarse con dicho dinero; pero es certissimo, que si el bien comun recibió algun detrimento por falta de dicho arroz, debe satisfacer el tal detrimento: y si por aver sacado dicho arroz le cupo mas carga a otros de la que les avia de echar si no huviere avido tales licencias, debe satisfacer a los particulares el daño que les hizieron, y la mayor carga que les echaron.

## PERMISSIONES, y mandatos de los Alcaldes mayores en orden a Indios.

## CONSULTA XVIII.

*Sobre si vn Alcalde mayor, que permitió que los tamboreros del Rey llevassen vna ganta de mas en cada cabán, que median, está obligado a restitucion? Item, si le aliuian de esta carga algunos bienes notables, que hizo por los Indios? Item, si por aver mandado, y obligado a trabajar a vnos Indios reservados de Polos, y servicios personales, deba tambien restitucion?*

## PROPUESTA.

**V**N hombre fue dos, ó tres años Alcalde mayor en la Prouincia de la N. y quando acabó su officio quiso ajustar su conciencia, y propuso por escrito lo siguiente.

Quando yo entré a ser Alcalde mayor en esta Prouincia estaua en uso, y costumbre, que los tamboreros lleuassen vna ganta mas en

cada cabán de arroz, que pagá los Indios por bandala, y tributo a su Magestad. La causa porque lleuan esta ganta mas, dicen, que es por las mermas, que ha de tener el arroz; y aunque es verdad, que aviendo reclamado los Indios al Gobierno diueras vezes, para que los tamboberos; y arraes no les lleuen mas la dicha ganta, y ha salido orden del Gobierno para que no la paguen: no obitante esto la han pagado siempre, porque los tamboberos con extorsiones, molestias, y mayores daños que les causan, les obligan a que la den de mas, y los Padres Doctrineros lo ven, y callan, por escusar a los Indios de otras molestias mayores en medir, y detecciones. Quando yo vine a esta Prouincia por Alcalde mayor, vide que se pagaba esta ganta mas, y que ni los Indios lo rehusaban, ni los Padres Doctrineros lo contradecián, ni me constaba por entonces, que estaua prohibido por el Gobierno. Despues acá he visto, que algunos tienen por injusticia llevar dicha ganta mas, y dicen, que obliga a restitucion: suplico a V.P. me diga si estoy obligado a restituir por la dicha ganta de mas, que se les lleuó a los Indios, por aver permitido que la cobren, y lleuen los tamboberos, por saber que era uso, y costumbre en aquella Prouincia? Y si estoy obligado a la restitucion, si me releua de hazerla, y puede servir de satisfacion el bien que hize a los Indios de mi jurisdiccion, porque me esmeré en hazerles muchos fauores? De ellos pondré aqui algunos en particular: primeramente los negrillos, y Zambales infestaban la Prouincia, hazian entradas por las fementeras; mataban Indios por llevarse las cabezas, y no les dexaban labrar las fementeras. Yo por librarlos de estos peligros, y daños junté gente de Españoles, e Indios, hize entradas por los montes, yendo en persona a executar el castigo en los enemigos, y gastádo de mi casa en socorrer la gente de armas mas de 200. pesos. Lo segundo fue aliuir la Prouincia de 29. hombres, que debian ir a trabajar a la estancia de A, sacando dichos 29 hombres del partido de B, que están reservados de todos Polos, arriesgandome con esto vna reprehension, o vna multa grande, y estas cosas duraron vn año, todo por hazerles bien, conociendo la necesidad, y falta de gente, que tiene dicha Prouincia. Lo tercero fue, que por la misma necesidad en los cortes de su Magestad les ayudé có mas de 500. hombres para el arrastre de las maderas, los quales saqué para dicho trabajo de los pueblos reservados, considerando que dichos naturales eran pocos para los cortes, y que era forzoso que se detuviesen en ellos tanto tiempo,

que no pudiesen acudir a la siembra de su arroz, si no les ayudaba con dicha gente, arriesgandome yo en esto a los males, que me podian venir por hazerles bien. Otras muchas cosas hize por dichos naturales en quantas ocasiones pude, có particular desseo de hazer mucho mas, que no las pongo aqui, porque sería este vn gran volumen: y todo en consideracion, como he dicho, de restitucion por qualquiera cosa que les debiese. Veale si fue pecado de omision el no aver preguntado, si era licito llevar la dicha ganta, y procurar saber si avia ordenes en contra para que no se lleuase: y si tengo cargo de la ganta entera: y si puede servir de alguna restitucion los gastos, que hize por ellos, y la gente con que les ayudé con mi riesgo: y si a los reservados, que mandé salir al trabajo, les hize agrauio, y si en ello incurri en pecado mortal por no guardarles sus reservas? Consideraré lo poco que estos officios valen, los muchos gastos, que en ellos, y en los despachos se tiene, que no se cobra el salario, que se pagan dos medianatas, vna residencia, y las cuentas, con otros gastos de los titulos. No me quiero escusar de lo que debiere restituir, pues lo pregunto para ajustar mi conciencia, que es la razon que mas pesa, y en que me fundo con la ayuda de Dios, que guarde a V.P.

## PARECER C. LXXVI.

84. **P**ara responder con mas claridad a estas dudas se ha de suponer, que la costumbre de que los Indios den vna ganta de arroz mas en cada cabán, que pagan por tributo, y bandala, no está entablada, ni prescripta; porque vna costumbre para que prescriba, y se haga licita, primeramente se requiere, que no sea contra ley natural, o Diuina, como lo dize el Derecho Canonico, cap. Cum tanto. de consuetudine. *Nemo sane mentis intelligi naturali iuri quacumque consuetudine (qua dicenda est verius in hac parte corruptela) posse aliquatenus derogari;* donde dize la Glosa: *Contra ius naturale nulla consuetudo valet, quia transgressio iuris naturalis inducit periculum salutis.* Contra el Derecho natural no ay costumbre que valga, porque hazer contra el Derecho natural, siempre es peligroso contra la salvacion. La costumbre contra la ley natural, no es costumbre, sino corruptela: y muy bien se echa de ver, que quitar a los pobres Indios vna ganta de arroz mas en cada cabán, y obligarles a que vengan, y consientan en ello con extorsiones, molestias, y mayores daños (como en la pregunta se dize) es contra ley natural, y Diuina, porque viene a ser rapiña. Requiere también para que

que los tamboberos adquiriesen derecho a cobrar dicha ganta mas por la costumbre, que la huviessen cobrado por diez años por lo menos con algun titulo, que pareciese justificado, y con buena fé, como se determina en las leyes del Reyno. l. 18. tit. 29. part. 3. y en el Derecho Canon. cap. Quoniam omne. de prescriptione. donde dize: *Nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam Canonica, quam Civilis cum generaliter sit omni constitutioni, atque consuetudini derogandum, qua absque mortali peccato non potest observari, unde oportet ut qui praescribit, in nulla temporis parte habeat conscientiam aliena.* En el caso presente no pudo aver titulo razonable para obligar a los Indios a pagar dicha ganta mas, porque las ordenes de los señores Gobernadores, que reclaman en contra, y prohiben llevar dicha ganta mas, priuan de todo titulo a los arraes, y tamboberos: ni se puede presumir buena fé de parte de los tamboberos, y cobradores; lo vno, porque los ordenes, que tenian en contra, les aviaban, que no la podian llevar. Lo otro, las extorsiones, y molestias con que procuraban sacar a los Indios lo que no debian, y ninguna ley, ni mandato de Superior les podia escusar, antes les acusaban la conciencia, o por lo menos se la debian acusar. Requiere también para adquirir derecho a la ganta de mas, pacifica posesion: no la ha avido aqui, porque consta de la pregunta que los Indios han reclamado, y como por fuerza, o violencia, por extorsiones, y mayores daños, que les causaba, la han venido a cobrar: ni justifica el llevar dicha ganta mas, aver consentido en ello los Padres Ministros. Lo primero, porque el consentimiento de los Padres no puede dar derecho a ninguno para que tome lo ageno contra la voluntad de su dueño. Lo segundo, porque los Padres consintieron en esto a mas no poder, por evitar mayores daños, y extorsiones a los pobres Indios, los quales no podian escusar de otra manera.

85. Supuesto ya, que dicha ganta de mas la facan injustamente los tamboberos a los Indios, y sin titulo alguno, se responde al caso, que el Alcalde mayor, que es Juez de vna Prouincia, sabiendo, y viendo el hecho de que los tamboberos lleuan a los Indios mas arroz del que se les obliga por tributo, y bandala, no le escusa de la culpa, ni de la restitucion la ignorancia del derecho. Lo primero, porque todos están obligados a saber las cosas pertenecientes a su propio officio, como dize Santo Thomas 2. 2. q. 76 ar. 2. y todos los Doctores, y el propio officio de vn Alcalde mayor es saber las leyes, y ordenes, que ay en fauor de los Indios, para fauorecerles, y ayudarles, que

es lo que mas encarga su Magestad en las ordenanças, y en muchas Cédulas Reales, que trae Solorzano en diuersos capitulos de su Politica. Lo segundo, porque no se puede conceder ignorancia invincible en cosa tan clara, porque naturalmente disluena obligar a los Indios a que paguen las mermas, que ha de tener el arroz, que dan de bandala; porque aunque a los Indios se les pagasse enteramente el justo precio del arroz de la bandala, era cosa clara, y cierta, que no debian dar algo mas por las mermas, como no las dá ninguno que vende arroz, ni otra cosa alguna: por lo qual claramente se echa de ver, que dicha ganta de mas, o avia de ser nueva imposición, y distinto tributo, o si no facaliña injusta de los que recogian, y cobraban el arroz; y assi debia el Alcalde mayor por razon de su officio preguntar, por que, y con que titulo se pedia, y sacaba a los Indios dicha ganta mas. Lo tercero, por ser los Indios personas miserables, y cuytadas, como dize, y prueba Solorzano en su Politica, lib. 2. cap. 28. y lo dizen muchas Cédulas de su Magestad, que alli trae, y consta claramente a todos, los quales conocen, y se echa de ver en el caso que se propone: por lo qual es facil a qualquiera quitarles lo que tienen, y agrauiarlos; por cuya razon en dichas Cédulas encarga su Magestad a los Virreyes, y Gobernadores, que tengan gran cuydado de ampararlos, y defenderlos en sus personas, y bienes. Por lo qual todas las personas, que gobiernan, y tienen a su cargo Indios, o semejantes personas miserables, deben estar con esse cuydado de saber lo que les lleuan, si es justa, o injustamente, especialmente quando la cosa es tan claramente injusta, y tan sin titulo como esta: por lo qual el Alcalde mayor, que vió llevarles a los Indios vna ganta mas del arroz, que pagan por tributo, y bandala en cada cabán, y no procuró saber de que, o por que les lleuaban dicha ganta, tuvo omision culpable contra lo que debia de su officio, y assi tendrá obligacion a hazer, que los que la lleuaron, y se aprouecharon de dicho arroz de mas, lo restituyan, que ellos son obligados en primer lugar; y si ellos no restituyeren, tiene obligacion de restituir el Alcalde mayor.

86. En quanto al segundo punto, si puede servir de satisfacion el bien, que hizo el Alcalde mayor a los Indios de su jurisdiccion, y en primer lugar de muchos bienes, y fauores que les hizo, que por ser muchísimos no los especifica, se responde, que todo el bien que les hizo a que estaua obligado por razon de su officio, no puede servir de satisfacion; pero el bien que les huviere hecho precio



estimable, sin tener obligacion a hazerlo por su officio, puede servir de dicha satisfacion. Para mayor explicacion deste punto se ha de advertir, que todos los que gobiernan algun Reyno, ó Prouincia, ó vna Ciudad, tienen obligacion precisa de mirar con todo cuidado por el bien de aquella Republica, y por el de todas las Comunidades que gobierna, mucho mas que por su bien propio particular del que gobierna. Assi lo dizen S. Bern. lib. de confid. ad Eugenium. y S. Thomas 2.2. de reg. princ. cap. 12. y todos sus Expositores sobre la quest. 90. de la 1.2. art. 2. especialmente se pueden ver los Maestros Medina, y Martinez, y lo enseña también Arist. 8. & hic. cap. 10. & 11. & 3. Polit. in principio, y todos los Sagrados Expositores infieren esta verdad de aquellas palabras, Sap. 6. *Cum essetis ministri Regni illius non recte iudicatis iudicium durissimum his, qui præsunt fieri, exiguo enim conceditur misericordia, potentes autem potenter tormenta patientur.* y Rom. 13. *Ministri enim Dei sunt in hoc ipsum seruientes.* Todos los que gobiernan alguna, ó algunas Republicas, son Ministros de Dios, puestos allí para mirar por el bien del comun, y para ayudar, y defender, y cuidar de todos: y si se emplean en mirar por sí, y cuidar del propio aprouechamiento, mas que del bien comun de los pueblos de su cargo, pecan mortalmente, y se condenarán por ello, si no hazen penitencia, y restituyen los daños: porque en esto se diferencia el gouerno politico del tiranico, que en el gouerno tiranico el Superior procura sacar su prouecho de la administracion de su officio, y todas las disposiciones, y ordenes ván tirando a esse fin a su prouecho, esto es tirania; más en el gouerno politico, y recto, en todas las ordenes, y disposiciones procura el Superior el bien del comun, y no el propio. Esta es la obligacion, que generalmente tienen todos los que gobiernan alguna Comunidad, ó Republica, que es obligacion propia del officio: y mas en particular los Alcaldes mayores tienen obligacion de fauorecer, y amparar a los Indios por la razon de ser tan miserables, sin fuerças, ni animo para defenderse. Y por las Cédulas referidas en que su Magestad encarga a los Virreyes, y Gouernadores su amparo, defenfa, y todo bien, la qual obligacion la ponen los Virreyes, y Gouernadores sobre los ombros de los Alcaldes mayores: de aqui se infiere, que serán rarísimas las cosas, que hagan los Alcaldes mayores en bien de los Indios, por las quales se les deba pagar, porque por razon de su officio están obligados a mantenerlos en paz, y justicia, a ampararlos, y defenderlos de sus enemi-

gos, y de todos los que les quisieren molestar, o agrauar, y están obligados a mirar, y cuidar del bien de los pueblos, y escusar, y evitarles qualquiera daño: y assi no podrán servir de satisfacion las cosas deste genero, que huviere hecho en fauor de los Indios de su jurisdiccion. Tambien digo, que si vn Alcalde mayor se huviere esmerado notablemente en hazer bien a los Indios de su jurisdiccion, amparandolos mas de lo ordinario, librandolos de las bexaciones que suelen recibir, y sacando de los señores Gouernadores las ordenes necesarias para su aliuio, y bien de los pueblos, aunque por la mayor parte están obligados a estas cosas por razon de su officio, y no pueden pedir por ellos precio que sea paga en todo rigor; pero es cosa muy conforme a razon, que los Indios les diessen alguna dadia razonable, v.g. si vn Alcalde mayor en el año de su gouerno permitiese llevarles a los Indios vna ganta mas en cada cabán de arroz de la bandala, y despues viendo quánta iniquidad ay en esto, negociasse que para de allí adelante se quitasse tal abuso, no solamente sacando ordenes del Gouerno (que essas ya consta por experiencia, que no bastan, ni se executan, porque los cobradores hazen con sus molestias, y extorsiones, que semejantes ordenes sean a los Indios mas dañosas) sino que con efecto hiziesse quitar essa mala costumbre, y que se cobrasse solamente el arroz, que se manda por bandala, y tributo, sin que los Indios recibiesse molestias, ni bexaciones por la cobrança: en este caso de agradecimiento se le podia passar este bien por satisfacion de la omision antecedente. Y si algun Alcalde mayor echasse de ver, que la bandala, que se pedia a los Indios de su jurisdiccion, era demasiada respecto del caudal, ó posibilidad de los Indios, y casi intolerable, debia proponerlo a quien lo pudiesse remediar baxandola; y aunque esto es de obligacion de su officio, por que la Prouincia no se vaya destruyendo, si de hecho alcançó, que de allí adelante fuesse notablemente menor, debierale también vn razonable agradecimiento. Por otras cosas de menos importancia, y faciles, que los Alcaldes mayores hazen en fauor, y bien de los Indios, no pueden llevar cosa alguna, ni en agradecimiento; y si los Indios lo dán, se debe presumir, que no lo dán de voluntad, sino violentados, y como por temor, ó por fuerça.

87. En quanto a las tres cosas especiales, que en la pregunta se especifican, que hizo el Alcalde mayor en fauor, y bien de los Indios, digo, que en la primera pueden servir de satisfacion los 200. y mas pesos, que gastó en la gente de guerra para defenderlos, y castigar los

los negrillos, y Zambales; porque aunque vn Alcalde mayor tiene obligacion de defender a los Indios de su jurisdiccion de sus enemigos, en quanto le fuere posible, porque no solamente vá a su officio como Juez en lo politico, sino tambien por Capitan en lo militar, para esse efecto, y assi pecaria mortalmente con obligacion de satisfacer los daños, si dexara a los negrillos, y Zambales infestar la Prouincia, y hazer daño en ella sin salir a la defenfa pudiendo: mas no está obligado a poner de su casa los gastos de la guerra, porque para esse efecto no recibe salario de su Magestad, ni de los Indios: debianse sacar estos gastos del aver Real, porque todos los vassallos por essa razon pagan a su Rey tributo, para que les ampare, y defienda sus tierras, escusándoles de echarles nuevos grauamenes, y tributos. Assi lo dizen las leyes del Reyno, part. 1. tit. 6. l. 53. y part. 3. tit. 24. l. 6. y 11. y part. 5. tit. 7. l. 5. y mas indiuidualmente Solorç. lib. 2. de la Polit. cap. 19. Dize, que el tributo que los Indios pagan, es para ayudar a los gastos, que se huviessen de hazer en su enseñanza, y gouerno, y para defenderlos, y ampararlos en paz, y en guerra; pero no estando este aver Real en poder del Alcalde mayor, ó no siendo posible sacar dichos gastos del aver Real sin detrimento suyo, porqué no se los admitirán en cuéttas, è instando los daños, que reciben los Indios de los negrillos, los gastos de la guerra no debè ser a costa del Alcalde mayor, sino de los Indios a cuyo fauor se haze.

88. En quanto a lo segundo, y tercero, que hizo en fauor de los Indios, aliuandolos de los 29. hombres, que se mandaban sacar para la estancia, sacando dichos 29. hombres del partido de B, donde están todos reservados de todos Polos, y ayudando al corte, que tocaba a los Indios, con 500. hombres de dicho partido de B: le responde, que si el Alcalde mayor tenia potestad de arbitrar para hazer dicha saca de gente de donde mas commodamente se pudiesse sacar, ó de donde hiziesse menos falta, no obitante la reserva del partido de B (ora fuesse esta potestad por licencia expresa, ó tacita, ó que la lleuasse desde el principio, ó que viendo la necesidad de gente, ó impossibilidad de acudir a tanto, la pidiesse al Gouerno: ) en tal caso no puede servir de satisfacion a la deuda esta gracia, y fauor, que hizo a la Prouincia, porque a ley de buen Alcalde mayor, y por buen gouerno, y por razon de su officio, lo debió hazer assi, repartiendo las cargas, y grauamenes segun las fuerças, y posibilidad de los partidos; pero si no tuvo potestad, ni licencia para arbitrar en esto, como lo dá a entender la pre-

gunta, diciendo, que se expuso al peligro de la pena, por aver echado estos grauamenes de corte, y saca para la estancia a los que no podia grauar en cosa alguna por su reserva, aliviando de la carga a vnos, y echandola a otros exemptos, sobre quienes no tenia potestad para echarles semejantes cargas: en este caso está el Alcalde mayor obligado a satisfacer a los Indios del partido de B, la carga, y grauamen, que les hizo no tocandoles. El ajuste recto para dicha satisfacion, es lo que los Indios de aquella Prouincia fueren pagar a otros para evadirse de essa obligacion quando les toca, porqué essa es la cantidad en que estos trabajos se precian entre ellos: y los pueblos a quienes librò de esse grauamen, están obligados a satisfacer al Alcalde mayor, y consiguiétemente puede tambien servir de satisfacion, y restitucion de lo que les debiere. Lo que han hecho algunos Alcaldes mayores en casos semejantes, es informar a su Señoria de la mucha necesidad, y falta de gente de la Prouincia, que tiene a su cargo, ó de algunos partidos della, y su Señoria los ha aliviado en todo, ó en parte, con que los partidos necessitados han quedado aliviados, sin echar el grauamen a otros: y a esto está obligado qualquiera Alcalde mayor, que viere, que la carga, ó grauamen, que se echa a su Prouincia, es mas graue de lo que puede tolerar.

## LLAMAMIENTOS de los Alcaldes mayores.

### CONSULTA XIX.

*Sobre la restitucion, que deben hazer los Alcaldes mayores a los Indios, que sin urgente necesidad los hazen llamar, y los tienen tiempo ausentes de sus casas, y pueblos, y los ocupan.*

### PROPOSTA.

Los señores Alcaldes mayores tienen asentada vna mala costumbre, que ya de puro ordinaria no se repara en ella, y es, de embiar a llamar Indios no solo de sus casas, y fementeras, sino tambien de pueblos bien distantes, por qualquiera negocio que se les ofrezca con ellos, sin ver el daño que les hazen en sus pobres hazenduelas, y el impedimento que les ponen para trabajar, y buscar su vida, pudiendose ello negociar a menos costa por medio de sus Ministros: y aun otras vezes los llaman por mero antojo suyo, y los tienen tiempo detenidos, y embarazados sin qué, ni para qué. Consultase, pues, si son licitos estos

estos llamamientos, y si deben restituirles algo, quando los llama sin causa muy precisa?

## PARECER C.LXXVII.

89. **R**espondefe, que obligar a los Indios a que falgan de su pueblo, y vayan donde asiste el Alcalde mayor, sin causa muy grave, que conduzga al bien comun, que no se pueda excusar, es pecado mortal, y el que assi les obliga a salir de su tierra, tiene obligacion a pagarles el costo, que hizieren en ida, y buelta, y los dias que dexaren de trabajar en sus femeteras, o en otra qualquiera cosa. Esto consta claramente en todos los Derechos, l. Qui operas. ff. locati. *Totius temporis mercedem accipere debet si per eum non steterit quo minus operas praestaret.* Determinase alli, que si llama a un hombre para que trabaje, y no le dan en que trabajar, y si esta ocioso por esta causa, debe el que le llama pagarle el jornal de todos los dias, que estuvo alli sin hazer cosa alguna, como si huviera trabajado, porq̄ el que le llama para que trabajase en cosa suya, fue causa, e impedimento para que no buscasse otra cosa a donde ocuparse, o trabajar. Por esta misma razon a qualquiera hombre pobre, que busca su sustento con su trabajo, si le ocupan, o impiden, el que busque en que trabajar, ay obligacion de restituir lo que pudiera aver ganado, o buscado en aquel tiempo que le ocuparon. La razon desto se halla l. Qui occidit. ff. ad legem Aquiliam. *Qui occasionem praestat, damnum dedisse videtur.* No solamente tienen obligacion de restituir cada vno el daño que hizo, sino tambien el que dió ocasion, por la qual otro padeció algun daño, o detrimento en sus bienes, le debe pagar el daño, que por su ocasion se originó, porque es como si el proprio huviera hecho el daño, o detrimento.

90. Lo mismo consta del Derecho Canonico, cap. Si culpa. de iniurijs, & damno dato. *Si culpa tua datum est damnum, vel iniuria irrogata iure super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti exacto iure iniuriam verisimiliter posse contingere vel iacturam.* El que es en alguna manera causa de que otro tenga algun daño, o pérdida, se le debe restituir. El Alcalde mayor, que ocupa a los Indios, o los llama de unos pueblos a otros, les impide que hagan su hacienda, o fementera, y que busquen su sustento aquellos dias que los ocupa, y consiguientemente les debe pagar este daño, y no le puede excusar la ignorancia; porque bien pudo echar de ver, que ocupandolos en estos llamamientos, les impide el que trabajen en sus casas propias. Con mas claridad se determina esto

cap. Si rixati. de iniur. Dize alli, que si un hombre hiere a otro, está obligado a pagarle todo lo que gastó en la cura, y demás desto le ha de pagar todos los dias, que no pudo trabajar por estar enfermo: *Qui percusserit operas eius, & impensas in medicos restituat.* Y esto mismo es de Derecho natural, y la razon natural lo dicta, porque la igualdad de la justicia comutativa pide, que cada vno pague el daño, que hizo a su proximo, y qualquiera detrimento que le causó, y assi no solamente debe restituir lo que le hurtó, o defraudó, sino tambien lo que le hizo gastar, y perder, y lo que le impidió de que no lo ganasse, y adquiriesse.

91. Segun esta doctrina determinando con especialidad lo que deberá restituir un Alcalde mayor a los Indios, q̄ huviesse ocupado, y traído de sus pueblos, se ha de dezir, q̄ primeramente debe hazer diligencia, si por esta causa dexaron algunos Indios de hazer femetera, o se les perdió la que tenían hecha, o se les perdió otra qualquiera cosa, que tenían entre manos, de que esperaban tener algun provecho; porque en tal caso deberá restituir a los Indios lo que prudentemente se creyere, que podían sacar de utilidad, sacando de ai los gastos, que avian de tener, y algo por riesgo, y peligros, que en todas las cosas humanas que están en esperança ay hasta que se llegan a poseer. Esta es doctrina de Santo Thomas 2. 2. q. 62. art. 4. a quien figuen comunmente los Doctores. Demás desto debe satisfacerles si gastaron algo en el viage, como si vinieron embarcados, y pagaron la embarcacion: tambien si en su sustento gastaron mas, que gastarian en su pueblo. Estos daños, y gastos es contingente que los ayan tenido, y puede ser que no, y assi deberá el Alcalde mayor, que quisiere asegurar su conciencia, averiguar si los hubo, o no, para la satisfacción. Lo que con certeza siempre que llama, y ocupa Indios debe pagarles, es el jornal de los dias, que los tiene ocupados, y los que gastan en ir al llamado del Alcalde, y volver a sus pueblos: deberá pagarles por cada dia lo q̄ se fuele pagar en aquella Prouincia de jornal a cada Indio, que trabaja todo el dia en trabajo ordinario. Lo que se podia oponer a esta resolucion es, que parece rigor, que un Alcalde mayor quando para cosas de gouerno por razón de su oficio, llama a algunos Indios, les aya de pagar con tanta puntualidad lo que gastaron, o perdieron, o dexaron de trabajar.

92. Respondefe, que en las cosas tocantes al gouerno de la Prouincia, solamente puede ocupar los Indios en las cosas muy necesarias para el bien común, que no se puede excusar. La razon desto es, porq̄ la potestad que

que tiene el que gouerna sobre sus subditos, no es dominio despotico para ordenar, y disponer dellos a su voluntad, y para su provecho, o commodidad, sino un dominio politico, y potestad de jurisdiccion, que se ordena al bien de los pueblos, y del comun, y assi el que gouerna no tiene potestad para quitarles a los subditos su hacienda, ni causarles daño, ni impedirles sus ganancias, ni ocupar sus personas, sino solamente en lo muy necesario al bien publico, y aun entonces se lo debe pagar del comun. Assi lo determinan las leyes del Reyno, part. 2. tit. 1. l. 2. que hablando del Rey, y Emperador, dize assi: *Como sea señor de todos los del Imperio para ampararlos, y mantenerlos en justicia, con todo esto no puede el tomar a ninguno lo suyo, e si por ventura lo huviesse de tomar por razon, que el Emperador huviesse menester de hazer alguna cosa en ello, que se tornasse a procomunal de la tierra, tenuto es por derecho de le dar ante buen cambio, que vala tanto, o mas de guisa, que el finque pagado a bien vista de omes buenos.* Y mas abaxo dize, que aúque se le dió al Emperador el poder, y señorio sobre las gentes, para mantener, y defender el comun de todos; pero que nunca se entendió, que le hagan señor de los bienes de sus subditos, de manera, que los pueda tomar a su voluntad, sino por las razones dichas. Y luego dize, que en esta forma tiene el poder qualquiera Rey, y señor, que tiene jurisdiccion; y part. 3. tit. 18. l. 31. dize, que el Rey no puede hazer cosa contra derecho, y si la hiziere, no debe valer, y que es contra Derecho natural quitar a vno lo que es suyo: excepto si el Rey huviesse meneiter alguna cosa para el bien comun del Reyno, como la heredad de alguno, para leuantar alli un Castillo necesario para amparo del Reyno, o de algun lugar, lo debe hazer, o dandole cambio por ella precisamente, o comprandosela segun lo que valiere. Si el Rey, que tiene el supremo poder, confiesse en sus leyes, que no puede tomar lo que es de sus vassallos, ni damnificarles en cosa alguna, si no es quando fuere necesario precisamente para el bien común, y que entonces lo deben pagar: como podrá un Alcalde mayor ocupar los Indios, y quitarles su trabajo, que son sus rentas de que se sustentan, y causar con esto daño en sus cortos caudales, sin satisfacerles? Greg. Lop. sobre la l. 2. tit. 1. p. 2. con otros Autores, dize, que quando la cosa, que es de algun particular, es muy necesaria para el bien comun, y no tiene de presente el aver Real con que pagarla, puede el Rey tomarla en fauor del bien comun, sin pagarlo de presente, para pagarlo despues. Y Solorç. in Polit. Ind. lib. 2. cap. 2. y

los siguientes prueba, que es injusticia ocupar a los Indios para servicio, o utilidad de personas particulares, aunque se lo paguen, si los mismos Indios no quieren de su voluntad, o por el interés de su ganancia; pero para cosas muy necesarias del bien común, es licito ocuparlos, aunque ellos no gusten de ello, como tal, que no aya otros, que por la paga quieran ir involuntarios, y que en tal caso se les ha de pagar el precio justo de su trabajo, como se pagaria a otro, que de su voluntad se alquilasse. Toda esta doctrina del Doctor Solorç. es verdadera, y se funda en razon natural, por que los Indios son libres, y al hombre libre ningun particular le puede compeler a trabajar contra su voluntad, aunque se lo pague, si no es por razon del bien comun a que de otra suerte no se pueda acudir, porque el bien comun se antepone al particular, y entonces se le debe pagar igualmente todo lo que merece su trabajo, si el comun tiene de que, y si no tiene, deben contribuir para la paga todos los particulares pertenecientes al comun.

93. De aqui se colige, que el Alcalde mayor en negocios suyos particulares, aunque sean muy necesarios, y precisos, no puede con segura conciencia ocupar Indios involuntarios, aunque les pague todo lo que merece su trabajo; porque no siendo las cosas en que los ocupa pertenecientes al gouerno, y bien comun, pertenecen al Alcalde no como justicia, y Alcalde, sino como un particular: y como qualquiera persona particular no los puede obligar por fuerza, sino rogandoles con la paga, assi el Alcalde, y este debe cuidar mas de atraerlos con la paga, porque no vayan involuntarios, y por temor del Alcalde no se atreuerán a decirlo; pero en las cosas necesarias al bien comun, si no ay quien voluntariamente quiera trabajar en ellas por la paga igual, podrá obligar a los Indios pagandoles: y siempre será cosa ilícita, e injusta buscar cosas, que parecen bien comun, y de verdad no son necesarias para hazer trabajar a los Indios, aunque se les pague todo lo que merece su trabajo, y mayor injusticia será, con obligacion a restituirlos, si no se les paga.

## CONSULTA XX.

*Si podrán valerse de los Indios para buscar oro, o para hazer champanes, o fragatas?*

## PROPOSTA.

**A**unque digan dichos Alcaldes, que no violentan, sino solo piden dichas cosas a los Indios; pero solo el entender el Indio, que quiere el Alcalde mayor, es precepto para él, y lo haze aunque sea contra toda su

voluntad, sin atreuerse a dezir, que no, por temor del castigo, que comunmente experimentan.

## PARECER C.LXXVIII.

94. **R**espondefe lo primero, que qualquiera trabajo, ó ocupacion en que el Alcalde pudiese a los Indios para sus tratos, ó negocios particulares, tiene obligacion de pagarles su trabajo, y ocupacion, y si no lo haze, queda obligado a la restitucion. En esto assientan todos los Doctores, y es cosa evidente, porq̃ el trabajo, y ocupacion de la gēte pobre es todo su caudal, y es precio estimable.

95. Lo 2. se responde, que obligar a los Indios a trabajar, ó ocuparlos en sus tratos, ó negocios particulares contra su voluntad, es pecado mortal, aunque les paguen, porque son libres, y compeler a gente libre contra su voluntad para negocios de particulares, es injusticia, y assi nunca puede ser licito. Prueba esto Solorzano en la Polit. Ind. lib. 2. desde el cap. 2. hasta el 18. donde trata largamente si la costumbre de obligar a los Indios a trabajar, y hazer servicios personales sea licita, y se pueda tolerar: trae por ambas partes fundamentos, y pareceres de personas doctas, y en el cap. 18. cerca del fin (tratando del trabajo de los Indios en las minas de Nueva-España) refiere, que el Arzobispo de Lima D. Fr. Geronimo de Loayza, dió parecer de que es licito obligarlos por convenir assi al bien comun, y que despues cercano a la muerte, mas enterado del caso, hizo escrupulo dello, y se retractó por instrumento publico. De la misma fuerte el P. Fr. Miguel de Agra, Religioso de S. Francisco, aviendo dado diuersos pareceres de que era licita la costumbre de obligar a los Indios a los servicios personales por el bien comun: despues hizo escrupulo, y se retractó, y puso la retractacion al fin de los pareceres q̃ avia dado. De fuerte, que estos dos hombres tan doctos no se arrevieron a parecer ante el Tribunal de Dios con este cargo de aver dado parecer, de que se podia obligar a los Indios involuntarios al trabajo aun por el bien comun. No obstante Solorzano siente, que la costumbre de llevar a los Indios contra su voluntad al trabajo del bien comun, es licita, y buena, y conforme a razon, como se guarden muchas condiciones que alli pone, que todas se pueden reducir a quatro. La 1. que precisamente se les compela a cosas del bien comun, y no se les ocupe en cosa perteneciente a persona alguna; porque gente libre solamente puede ser compelida sin su libre voluntad al trabajo por el

bien comun, y compelerlos por utilidad de particulares, dize injusticia, y assi nunca puede ser licito. La 2. que el trabajo a que les compeliere sea precisamente necesario al bien comun, y que no aya otros, que lo quieran hazer pagandofelo; porque si el trabajo no es muy necesario al bien comun, ó si ay otros, que pagandofelo hagan dichos servicios, será injusticia forçar a gente libre a que los haga, porque en tal caso no insta la necesidad del bien comun. La 3. que si bastan 30. Indios para el efecto del bien comun, que se ofreciere, no se manden apercebir mas de los 30. para que no sea el grauamen mayor de lo necesario al bien comun; porque es cosa injustissima quando 30. Indios pueden hazer vna faena, mandar que vayan 50. porque cuesta poco el mandarlo, como hazen algunos Alcaldes mayores. La 4. de que se les pague todo lo que merece su trabajo, como se pagaria a otros, que voluntariamente se quisieran alquilar por su jornal. Con estas condiciones es licito obligar a los Indios a hazer servicios personales, y faltando alguna dellas, es pecado mortal hazerles trabajar, si ellos no quieren voluntariamente trabajar por su jornal. Y aunque la costumbre de obligarles sea antiquissima, y publica, no por esto se haze licito, antes es mas graue pecado, como dize, y prueba Solorzano en el lugar citado.

96. Lo 3. se responde, que de ordinario se debe presumir, y entender, que los Indios mandados trabajar en negocios del Alcalde vā involuntarios solamente por temor, y por evitar el daño, ó molestias, que les puede hazer, como afirman Sayro in Clau. Regia, lib. 1. cap. 1. n. 4. Corduba in quaest. q. 1. 18. Molin. de iust. tract. 2. q. 59. Fr. Luis Lop. 1. p. inst. q. 150. que afirman, que al Superior, que tiene jurisdiccion en el pueblo, no le assegura la conciencia la tolerancia, obediencia, y silencio de los subditos, porque se presume, que lo hazen por temor, y a mas no poder, y esto se presume por mas fuerte razon de los Indios, por ser mas pusilanimos, y estar mas sujetos, y expuestos al peligro de vn enojo del Alcalde. No obstante esto, tan buena puede ser la paga, y trato que se les hiziere, que desto, y de otras circunstancias se pueda presumir, que acuden al trabajo, y asisten a la ocupacion de su libre voluntad, y entonces no ay pecado

en el Alcalde mayor, como no lo ay en qualquiera particular, que conduce gente para sus negocios pagandole.

\* \* \* \* \*

R E-

REPARTIMIENTOS  
de el sustento de los  
Alcaldes mayores.

## CONSULTA XXI.

*Sobre si aviendo un Alcalde mayor echado en la cosecha todo el repartimiento de arroz para su sustento annual, segun las ordenanças Reales, y sucediendole otro en el oficio en algunos meses antes de acabarse el año, pueda el sucesor boluer a echar nuevo repartimiento para sustentarse los meses restantes, ó deba el Alcalde antecesor entregar por el mismo precio de la cosecha lo que corresponde a dichos meses restantes?*

## PROPOSTA.

**L**A Cedula Real dize assi: Para vuestro sustento, y de vuestra casa, y familia no aveis de poder facar, ni faqueis en cada vn año mas de tan solamente quatrocientos ceitos de arroz limpio de veinte gantas cada vno, los cuales repartireis en toda vuestra jurisdiccion al tiempo de la cosecha, en la qual aveis de comprar todo junto, y pagarlo como valiere entre los naturales a tiempo de la cosecha, y no lo aveis de comprar entre año mas de por el dicho tiempo, como está referido. Hasta qui la ordenança Real.

Proponefe el caso siguiente: Francisco fue Alcalde mayor de tal Prouincia: echó el repartimiento de sustento de quatrocientos cestos de arroz, que la ordenança refiere en su Prouincia, pagandolo a como valió al tiempo de la cosecha; pero dicho Francisco no sirvió el oficio mas que seis meses, y en ellos cobró todo el sustento por entero. Succedióle Juan en dichos oficios: preguntase si debe Juan echar nuevo repartimiento en la Prouincia, para sustentarse los seis meses restantes del año, ó si por prorata de tiempo, y sustento ya cobrado, deben ajustarse entre los dos sujetos, Juan, y Francisco?

## PARECER C.LXXIX.

97. **R**espondefe, que el Alcalde mayor, que de nuevo entra a gobernar vna Prouincia, no puede echar en la Prouincia donde entra nuevo repartimiento de arroz, sino que el Alcalde mayor que antecedió, le debe dar la parte que corresponde al tiempo, que resta desde que toma possession del oficio, hasta la cosecha del arroz; pero el

Alcalde mayor que entra de nuevo se lo debe pagar al precio, que entonces tiene el arroz en la misma Prouincia, no al precio que lo compró en tiempo de la cosecha. Esta determinacion, ó modo de sentencia en la diferencia, que v. mds. me remiten para que la determine segun hallare ser mas conforme a razon, y a derecho, tiene dos partes, y será conveniente dar razon de ambas.

98. La primera parte consta de las ordenanças Reales, que expressamente dizen, que el Alcalde mayor ha de comprar el arroz para su sustento en tiempo de la cosecha, y pagar al precio como vale en aquel tiempo, y luego inmediatamente les prohibe comprarlo entre año, sino solamente por aquel tiempo de la cosecha: por lo qual el Alcalde mayor, que entra de nuevo en vn oficio fuera del tiempo de la cosecha, hiziera contra las ordenanças Reales, si entonces echara repartimiento de arroz a los naturales, que ya dieron todo el arroz necesario para el sustento del Alcalde mayor para todo el año, hasta otra cosecha, y no pueden ser obligados a dar sustento para dos Alcaldes mayores en vn mismo tiempo; por lo qual el Alcalde mayor, que acaba, tiene obligacion de entregar al Alcalde mayor, que empieza de nuevo, la parte, ó cantidad de arroz, que le corresponde al tiempo que resta la cosecha, si lo pide, ó lo ha menester.

99. Consta tambien esto del Derecho. 1. Quae de tota. ff. de rei vend. *Quae de tota re vendicanda dicta sunt, eade, & de parte intelligenda sunt.* y l. An pars. ff. pro derelicto. *Quod iuris est de toto, quo ad totum idem iuris est de parte quo ad partem.* Disponen las ordenanças Reales, que al Alcalde mayor para el sustento de todo el año, se le den de repartimiento ochocientos cabanes de arroz cascara, ó quatrocientos de arroz limpio, que es lo mismo. Viene a sucederle otro al Alcalde mayor antes de cumplirse el año de vna cosecha a otra; pues aquella parte de arroz del sustento, que corresponde a la parte del año que resta hasta la cosecha, se le debe entregar al Alcalde mayor nuevo, porque todo aquel arroz se le dió al Alcalde mayor por sustento de todo el año, y la mitad se le dió para sustento de los seis meses de su oficio, y la quarta parte para sustento de los tres meses, y la duodezima parte para sustento de vn mes. *Quod iuris est de toto quo ad totum, idem iuris est de parte quo ad partem.*

100. La segunda parte de dicha resolucion se prueba lo primero, porque las ordenanças Reales, quando disponen que los Alcaldes mayores echen el repartimiento del

Ooo arroz



arroz de su sustento al tiempo de la cosecha, y no entre año, atendieron al bien de ambas partes, del Alcalde mayor, y de los naturales, porque entonces es de ordinario mas barato, para que assi al Alcalde mayor le cueste menos, y los Indios no reciban detrimento vendiendo su arroz a menos de lo que entonces vale: por lo qual, si el Alcalde mayor quisiere tomar su sustento entre año fuera del tiempo de la cosecha, avia de pagarlo al precio, que en el tiempo que lo recibia corriese, y no al precio que valió en la cosecha; pues por la misma razon, y de la misma manera recibiendo el Alcalde mayor que entra de nuevo, fuera del tiempo de la cosecha el arroz, que avia comprado su antecesor en la cosecha, debe pagarlo al precio que corre quando lo recibe, no al precio que corrió en la cosecha, porque se ha de conformar al precio del tiempo que corre, como si lo comprara a los Indios fuera del tiempo de la cosecha; porque como el Alcalde mayor que acaba lo compró al precio corriente al tiempo que lo compró, así quando lo vende, no se le puede obligar a que lo venda a otro precio, sino al corriente en el tiempo que lo vende.

101. Segunda razon desto es, porque el arroz que el Alcalde mayor, que antecedió, compró al tiempo de la cosecha, es suyo del que lo compró, y no es de los Indios, ni del Alcalde mayor nuevo; porque el Alcalde mayor que acaba, lo compró por su justo valor que entonces tenia, y con su propio dinero, y consiguientemente no está obligado a perder del justo precio que tuviere al tiempo que lo huviere de entregar al Alcalde mayor nuevo, porque ninguno está obligado a perder lo que es suyo, ni a dar lo que posee por menor precio de lo que vale. Para que el Alcalde mayor que entra tenga sustento, y no se vea obligado a echar a los naturales otro repartimiento de arroz, que quizá no lo tendrán, o les será muy molesto, y es contra ordenanzas Reales, que lo eche, estará el Alcalde mayor que acabó de serlo, obligado a partir de su arroz con el Alcalde mayor bago si lo pide; pero pagandofelo al precio corriente, porque no se le puede obligar a desperdiciar su hacienda, ni a darla por menos de lo que actualmente vale, porque esta es compra, y venta verdadera: assi como el que acaba el oficio de Alcalde mayor compró este arroz a los Indios por el precio corriente al tiempo que lo compró; assi aora lo vende al Alcalde nuevo por el precio corriente, al tiempo que se lo vende, porque en las ventas, y compras para que sean licitas, se

ha de dar el precio, que corre al tiempo que se hazen, como consta del Derecho. l. Præria. ff. ad l. Falc. *Præria rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.* El precio es el que comunmente tienen las cosas al tiempo que se venden; y assi el Alcalde mayor que entra, debe pagar al antecesor el arroz a como vale al tiempo que compra, sino es que quicra hazerle graciosa donacion de su libre voluntad, dandofelo algo menos del precio que corre en el puerto. l. Siquis. ff. de contrah. empt. *Siquis donatio nis, causa minoris vendat, venditio valet.* y alli Bart. *Valet donatio commissa venditioni.*

102. Tercera razon: el Alcalde mayor, que compró el arroz al tiempo de la cosecha, lo ha guardado con su riesgo, que todas las cosas desta vida lo tienen, como experimentó el Apostol San Pablo. 2. Cor. cap. 11. *Periculis fluminum, periculis latronum, periculis ex genere, periculis ex gentibus, periculis in civitate, periculis in solitudine, periculis in mari.* Y especialmente el arroz tiene diversos riesgos, si le cae vna gotera se pudre, vn fuego que sobreviene, vna avenida, ladrones, y continuamente tiene el riesgo de las ratas, que es inevitable, y siempre merma, que quantas vezes lo miden se halla algo menos. Todas estas mermas, daños, y riesgos ha pasado el antecesor, que lo compró a la cosecha; por lo qual se le haria agrauio conocido, e injusticia, si le obligasse a venderlo al precio que lo compró, porque fuera esto llevar el antecesor los daños, mermas, y riesgos, y no el prouecho del acrecentamiento del valor del arroz, el qual vtil llevaria en tal caso el Alcalde mayor, que entra, aviendose conservado con los menoscabos, y riesgos del antecesor; lo qual reprueban ambos Derechos. de reg. iur. in 6. reg. 55. *Qui sentit onus, sentire debet commodum.* y l. Secundá. ff. de reg. iur. *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur in commoda.* Las creces del precio que tiene en este tiempo el arroz, es conforme a Derecho, y a la razon natural, que sean en pro del que ha tenido las mermas, y riesgos. Demás desto pudiera acontecer, que tal vez abarate el arroz mas del precio que tuvo en la cosecha, como si lo huviere comprado a tres reales, y despues por algun accidente baxara a dos reales el cabán, que tal vez dizen que ha sucedido; en tal caso el Alcalde mayor que entra, no estaria obligado a pagarle el arroz a como el antecesor lo compró en la cosecha, sino al precio que entonces corre en el pueblo; de la misma suerte quando encarece, para que en todo se guarde la igualdad, que pide la justicia recta.

La

103. La causa de no aver costumbre asentada, de que el Alcalde que lo acaba de ser, entregue a su sucesor el arroz, que corresponde a los meses que restan hasta la cosecha, es, porque como los Alcaldes que entran de nuevo, ven que se lo deben pagar al precio que entonces vale en el puerto, viendo que tomarlo a dicho precio no les es de utilidad, no lo piden, ni lo quieren: que en caso que el Alcalde mayor lo pidiera, pagando al precio que entonces corre, por no buscarlo de otra parte, ni contravenir a las ordenanzas Reales, echando otro repartimiento fuera del tiempo de la cosecha, deberia el antecesor venderle la rata de los meses, que restan hasta la cosecha.

## SOCORRO QUE dán a la Infanteria los Alcaldes mayores.

### CONSULTA XXII.

*Sobre si el Alcalde que socorre a la Infanteria con generos que no han menester los Soldados, quedandose con el dinero con que los debia socorrer, deba restituirla?*

#### PROPUESTA.

EL Alcalde mayor de este Presidio socorre a la Infanteria con chancacas (estos son vnos panes de mala azucar, que se hazen de miel, sin blanquearse) jabon, tabaco, y vino, ajustando con esso el socorro, aunque no quieran, ni ayan menester dichos generos, diziendoles, que si no lo quieren en estos generos, se quedarán sin socorro, y que si no los han menester, que los echen a la mar. Pregunto, pues, a V. R. si debe restituirlas algo a los Soldados, que han socorrido de esta suerte.

#### PARECER C.LXXX.

104. A Esto digo, que es injusticia conocida, y para la restitution no se ha de atender tanto a la ganancia injusta que él adquiere, vendiendo con tal violencia los generos dichos, sino a lo que pierden dichos Soldados, y a vnos debiera en rigor mas que a otros, a los que no avian menester ninguna de estas cosas, y de hecho se perdieron sin prouecho alguno, o los gastaron sin voluntad, como el que no avia de comprar chancacas, y por ver que se le perderia

la comió sin ahorrar del sustento ordinario, y lo mismo es del tabaco, y vino: a estos les debe pagar otra vez todo el socorro; al que lo vendio como pudo se debe pagar del socorro esto menos, que el sacó de dichos generos, y al que los avia de comprar, tambien se ha de dar por pagado de aquella cantidad, que dichos generos le costarian, si las cosas anduviesen como debian andar del trato libre; pero por ser estas averiguaciones tan difíciles, será conveniente que se componga con los Soldados, pagandoles la quarta, o quinta parte de los socorros, que les ha pagado de esta manera; y si cada mes se avia de socorrer a cada Soldado con diez reales, que le dé, y vuelva a pagar en moneda real, dos reales a cada Soldado por cada mes, y en esto entienda tienda, que satisface tambien lo caro, y subido de precio con que les encaxaria dichos generos, sino es que fuesen tan caros, que llevasen mas del justo precio los dos reales, que en tal caso debe afirmarse, para que venga a salir siquiera la sexta parte, por averle forzado a tomar el socorro en dichos generos.

## JUEGO DE LOS Sangleyes, llamado Mer- tua, en que intervienen los Alcaldes mayores.

### CONSULTA XXIII.

*Sobre la cantidad de dineros que les toca a diferentes personas superiores, por el permiso del juego de los Sangleyes.*

#### PROPUESTA.

Los Sangleyes, porque les dexen jugar en su Palqua, ofrecen cantidad de pesos, de los quales la mayor parte se entra en las cajas Reales, y lo demás se reparte entre diferentes personas de autoridad. Hase reparado, y hecho escrupulo por algunas de estas personas, de si es licito recibir esta parte que les cabe de lo que dán los Sangleyes, y si se podrá honestar, aplicando lo que assi le dieran a alguna obra pia? Con advertencia, de que si estas personas temerotas de Dios, y ajustadas no lo reciben, con todo esso lo han de entregar los Sangleyes, y lo llevarán otros, que no hazen escrupulo de ello, y no se hará la obra pia a que lo querian aplicar.

## PARECER C.LXXXI.

105. **R**espondete, que se puede dar por licito llevarles a los Sangleyes en estos juegos vna cantidad moderada; pero no puede ser cosa licita llevarles vna cantidad demasiada, y con las circunstancias, y calidades que la cobran, y facan los cabezillas de las melas, o petates de juego a los demás Sangleyes. La primera parte de esta resolución se prueba, porque está introducido por costumbre antigua dar larga a los Sangleyes vnos pocos dias de su Pasqua para que jueguen, y en estos dias ellos facan del mismo juego cantidad de dinero, que se distribuye, y aplica entre los Ministros de justicia del Parian, y Superiores, que dan esta licencia, y parte se entra en las caxas Reales. Esta costumbre de jugar, y darles los Superiores larga para jugar algunos dias de su Pasqua, es antiquissima, guardase en el Reyno de China, en el qual les dá los Virreyes en todas las Prouincias licéncia para jugar cinco dias de su Pasqua: no les alargá mas la licéncia, por escusar los muchos inconvenientes, pérdidas, y disoluciones que trae consigo el juego, quando es común empleo, y embarazo de toda la plebe, ó de la mayor parte de ella: en Manila se les concede la misma licencia muchos años ha, creese que desde que empezó el trato, y asistencia de Sangleyes en esta tierra, porque ellos son aficionadissimos al juego; y como tienen ya en su tierra entablada costumbre de darle a él aquellos dias de su Pasqua, piden con grande ansia, y conato licencia para emplearse en esto, y jugarian toda la Pasqua (que es vna Luna, ó mes) si les dexarahn: concedeseles por cinco dias, y a vezes se les conceden otros dos, ó tres dias mas, y a vezes no; porque algunos señores Gouernadores tienen por cosa no licita, ni justa, con mucho fundamento, no acortar lo possible el tiempo, y licencia del juego por los disturbios, que acarrea el bien publico. Hallandose, pues, introducida esta costumbre de que jueguen estos dias, y que den vna cantidad, se debe tener dicha costumbre por licita, y segura en conciencia, y se puede practicar, como se colige del Derecho: cap. Consuetudo, dist. 12. *Consuetudo procedens, et ratio que consuetudinem suavit. tenenda est.* y cap. *Quemadmodum*, dist. 12. *Quemadmodum, que illicita sunt perpetrare non patimur; sic que sunt consuetudinis non negamus.* y l. Sed ea. ff. de legib. En, que longa consuetudine comprobata sunt, velut tacita ciuium conuentione non minus, quam ea, que scripta sunt iura, seruantur. y l. Diuturna. del mismo tit. *Diuturna consuetudo pro iure,*

*et lege iuris, qua non ex scripto descendunt, obseruari solet.* y l. Præses. C. que fit longa consuetudo procedens, et ratio, que consuetudinem suavit. custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat ad sollicitudinem suam renouant præses Prouincia. Esto mismo enseña S. Thomás 1.2. q. 97. art. 3. *Consuetudo habet vim legis.* Y comunmente los Doctores, Barbosa in Colleſt. tom. 1. in cap. Ecclesia. n. 10. *Consuetudo vim habet privilegij concessionis, seu dispensationis ac instrumenti publici.* Casiodor. lib. 10. epist. 2. y Suar. de legib. lib. 7. cap. 6. donde trata desto latiffimamente, y Solorzano in Polit. lib. 2. cap. 15. Por lo qual se tiene por cosa cierta, è indubitable, que hallandose introducida vna costumbre publica en vna Ciudad, se debe tener por justa, y buena, y se debe presumir, que se introduxo con titulo justo, y segura conciencia, si con claridad no consta, que contenga desigualdad, ó injusticia, ó otra deformidad.

106. La segunda parte desta resolución se prueba, porque aunque vna costumbre sea muy antigua, y publica, si tiene desigualdad de injusticia, ó de formidad contra el derecho natural, ó Diuino, ó no es conforme a razon, no se puede tener por licita, ni buena; así consta del Derecho, cap. Cum tanto, de consuet. *Licet longana consuetudinis non sit lenis auctoritas, non tamē est usque adeo valitura, ut vel iuri positiuo debeat præiudiciū generare, nisi fuerit rationabilis, et legitime sit præscripta.* Y cap. Non putamus, de consuet. in 6 se dá por mala vna costumbre antigua, por no ser conforme a razon. *Non putamus illam consuetudinem, quancumque tempore de facto seruata, consonam rationi.* Y cap. Consuetudinem. del mismo tit. se dá por mala vna costumbre antiquissima, que estaua introducida en vna Iglesia, y dize, que mas propriamente se deb e llamar corruptela, que costumbre, y que no la deben llevar adelante, aunque se ayen obligado a ella con juramento, porque el juramento no ha de ser vinculo de maldad. *Consuetudinem, quam in vestra Ecclesia seruata, aſeritis tanto tempore, quod in contrarium memoria non existit, corruptelam (cum sacris sit inimica Canonibus, et de ambitionis radice processerit) merito reputantes, eam Apostolica auctoritate reprobamus, vos que ad ipsius obseruantiam etiam si iuramento firmata extiterit, cum iuramentum iniquitatis vinculum non existat, decernimus non teneri.* Y cap. Cum tanto, del mismo tit. se explican las condiciones que ha de tener la costumbre para ser licita, y dize, que para ser buena, y licita, no ha de contener cosa, que sea contra derecho natural, ó que induzga a pecado, y ha de ser

conforme a razon, y faltando algo desto; no será costumbre, si no corruptela, y que ninguna persona de juicio puede aprobar; ni dar por buena la costumbre; que no tuviere dichas calidades. *Nemo sana mentis intelligit naturali iuri (cuius transgressio periculum salutis indicit) quancumque consuetudine (qua dicenda est verius corruptela) posse aliquatenus derogari. Licet enim longana consuetudinis non sit lenis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positiuo debeat præiudiciū generare, nisi fuerit rationabilis, et legitime sit præscripta.* Lo mismo consta del Derecho Ciuil. l. Consuetudinis. C. que fit longa consuetudinis usus, que longani non vilis auctoritas est, verum non usque adeo valitura ut aut rationem vincat, aut legem. y auth. vt nulli iudic. coll. 9. *Male adinuenta, male que consuetudines, neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur.* S. Thomás enseña lo mismo. 1.2. q. 97. ar. 3. ad. 1. donde prueba esta verdad con razon, y con autoridad de S. Isidoro. *Lex naturalis, et Diuina procedit a voluntate Diuina; unde non potest mutari per consuetudinem procedentem a voluntate hominis, et inde est, quod nulla consuetudo vim legis obtinere potest contra legem Diuinam, vel naturalem, dicit enim Isidorus in Synonymis, usus auctoritati cedat, prauum usum lex, et ratio vincat.* y 2.2. q. 75. art. 2. ad 2. *Consuetudo honesta habet vim præcepti.* Y q. 100. ar. 2. dize, que no se puede llevar dinero, ni otra cosa precio estimable, por la administracion de los Sacramentos, aunque huviere costumbre introducida de llevarlo, y dá la razón: *Nulla consuetudine potest excusari, quia consuetudo non præiudicat iuri naturali, vel Diuino.* Y todos los Doctores, así los Theologos con Santo Thomás, como los Juristas de ambos Derechos, afirman vnanimes, que la costumbre para ser licita, y buena, ha de ser conforme a razon, y no ha de discrepar en cosa alguna del Derecho natural, y Diuino: y si discrepare en algo, será en quanto a esto corruptela, y no costumbre, y no se puede hazer licita por antigüedad que tenga; antes mientras mas antigua, es mas detestable, y abominable, como dize el Derecho cap. Cum tanto, de consuet. *Cum tanto sint grauiora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam.* y cap. Nō fatis, de simonia. *Diuturnitas temporis non diminuit peccata sed aget.*

107. Question graue es de los Doctores, de lo que se requiere para que vna costumbre se pueda llamar razonable, y conguientemente para que ya introducida se tenga por licita, y buena, aunque sea contra Derecho positiuo. Nauarro in Comment.

de spolijs. §. 14. y conf. 3. de censibus. y Gerson. 3. p. Alphab. 62. lit. P. y suplem. Gabr. in 4. dist. 42. q. 1. art. 3. dub 6. y otros Modernos que les siguen afirman, que costumbre razonable es aquella, que no contiene cosa alguna contra Derecho natural, ó Diuino, y solamente será costumbre contra razon, ó no razonable, quando es de acciones, ó cosas que dizen deformidad natural contra los preceptos naturales, ó Diuinos. Otros Autores con Panor. in cap. fin. de consuet. n. 5. y 6. Bart. in l. De quibus. ff. de leg. y la Summa hostiensis. tit. de consuet. §. Quid sit consuetudo. y Juan Andr. in cap. fin. de consuet. afirman: que para ser vna costumbre razonable, demás de no contener cosa contra Derecho natural, ó Diuino, se requiere que tenga vna particular decencia positua, y conformidad a la recta razon. El exemplo desto es, si se quisiese introducir costumbre obligatoria debaxo de precepto, de que todos los Christianos oyesen Missa todos los dias, sería cosa santissima, que no desdize del Derecho natural, ni Diuino; pero no sería costumbre razonable, por que no es conforme a razon, que todo el pueblo esté todos los dias obligado a esta carga; y así fue muy conforme a razon el Decreto de la Sede Apostolica, que se promulgó en España, en que moderó, y reduxo a menor numero los dias de fiesta de precepto. A este exemplo satisfazé los Autores que lleuan la primera opinion de Nauarro, que es verdad, que no sería razonable la costumbre que introduxese obligacion, de que todo el pueblo oyesse Missa cada dia; y lo mismo es si se quisiese introducir costumbre obligatoria, de que todo el pueblo guardasse los consejos Evangelicos; pero esto sería contra Derecho natural; porque aunque oír Missa cada dia, y guardar los consejos Evangelicos, sería cosa santissima, y conforme a Derecho natural, y Diuino en todos los particulares. y en el comun; pero el introducirlo por obligacion en todo el pueblo, sería carga grauissima, y moralmente imposible de observar, y contra la razon de consejos Evangelicos, pues los hazia preceptos. Desto colijo, que estas dos opiniones tolamente se oponen en el modo de explicar esta materia, y que en realidad de verdad lo mismo dize la vna que la otra, y ambas, y todos los Doctores de la vna, y otra afirman, y sienten, que para que vna costumbre publica sea licita, se requiere, que no desdiga en cosa alguna de las reglas de la razon, que sea conforme al negocio de que es la costumbre, que no disuene de la bondad moral, y no trayga consigo inconvenientes. De aqui se colige, que la costumbre de

de llevarlos a los Sangleyes cantidad de dineros por estos juegos, que se les permiten, no puede ser licita aunque sea antiquissima, si no se purifica de qualquiera deformidad que se aya introducido: contra Derecho natural, ò Divino, ò contra la recta razon, de fuerte, que quede conforme a razon, y justicia, y a reglas de Christianidad; por lo qual son necessarias las condiciones siguientes:

108. La primera, que no les obliguen a pagar, y contribuir a los que no juegan. Para inteligencia desta condicion se ha de notar, que toda la summa de pesos que se pide a los Sangleyes para permitirles juegos en sus Pasquas, sacabale siempre de los mismos jugadores. Obliganse a pagarla los Caualleros del juego, y estos facan de cada mano vn tanro, y de esto, y lo que ganaban pagaban, y a veces quedaban destruidos; pero nunca echaban derrama, ni obligaban a contribuir a los que no jugaban, hasta que de siete años a esta parte se empezó a usar, que los cabezallas piden a cada Sangley del Parian, vna cantidad para enterar la summa, que les mandan pagar por el juego. Este año les han mandado, que cada vno entregue veinte pesos a dichos cabezas, aunque algunos por ser pobres contribuyen menos; esto es contra Derecho natural, y no puede aver titulo justo para llevar a dichos Sangleyes; que no juegan, ni quieren jugar, los 20. pesos, ni otra alguna cantidad, aunque fuese muy pequeña; porque en todos los negocios, y tratos de los hombres, solamente deben contribuir, y pagar las cargas los que reciben el beneficio. *l. Equum. ff. de infortoria. Sicut commoda sentimus ex contractibus ipsorum. y §. Cum autem. inst. de empt. & vend. Commodum eius esse debet cuius periculum est. y reg. 55. de reg. iur. in 6. Qui sentit onus sentire debet commodum, & e contra.* La summa de dineros, que se saca a los Sangleyes en este tiempo de sus Pasquas, se les saca por razon del juego, y por la larga que se les dá, y configuientemente de los que juegan se ha de sacar, y será injusticia obligar a que contribuyan los que no juegan, ni han menester, ni quieren esse fauor, ò licencia; de fuerte, que el titulo, y causa porque los Sangleyes han ofrecido, y dado dineros para la caja, y otras personas, es para que se les de este permiso, y licencia para sus juegos, y desde que se entabló esta costumbre ha salido este dinero del juego, y de los que juegan; luego esto que se ha empezado a introducir de que contribuyan todos (que jueguen, ò no jueguen) es contra todo Derecho, è inuencion nueva, y sacalina injusta.

109. La segunda condicion es, que la cantidad que ayan de pagar los cabezallas del juego, sea tan moderada, que la puedan sacar del juego de lo que facan de cada mano a los que la ganan. La razon desto es, porque el juego es vna contienda, en que cada vno de los que juegan pretende ser vencedor, por lo qual (como dize Cayetano. 2.2. q. 168. art. 3.) aun la gente virtuosa, q no juega por codicia de lo que puede ganar, si no para divertirse, no quieren jugar sin algun interes; porque desta fuerte juega cada vno con cuydado, y desseo de salir vencedor, y se conoce, y estima la victoria; pero en la gente que en el juego tiene por fin muy principal lo que ha de ganar, passa el juego a ser contrato (como dize Nauarro in Man. cap. 20. n. 3. y es comun.) y deste modo toman de ordinario los Sangleyes el juego, por ser ellos muy codiciosos del dinero. De aquí se colige, que si el que tiene casa donde se juega, y dá los instrumentos del juego, si quisiese llevar tanto dinero, que por mucho que perdiese el que fuese vencido en el juego, no pudiese ganar cosa de importancia respectiuamente el vencedor, seria este trato muy desigual en los que juegan por la ganancia; porque se expondria cada vno a perder mucho, y a ganar respectiuamente muy poco, y en los que jugassen por divertimento seria juego inulso, y mas desabrido, que si jugassen sin interes alguno, porque van expuestos a perder mucho, y a ganar poco, ò nada respectiuamente, por lo mucho que les llevaria el Coyme; y assi en las casas de juego está asentada vna cantidad moderada, que se vá sacando de cada mano: dizen, que en Manila sacan por cada baraxa tres pesos cõ que pagan las baraxas, candelas, cerna, buyos, chocolate, y tabaco, que continuamente les dán, y la molestia, è inquietud que padecen, teniendo el fuego del juego con tantos jugadores en casa toda la noche, y esta se tiene por sufficientissima paga; y si quisiese llevar mas, se reputaria por cosa excelsiva, è injusta, porque no les quedaria a los que allí jugassen esperanza de ganancia considerable, exponiendose a perder muy considerable cantidad.

110. De la misma suerte si a los Sangleyes, por el permiso del juego, se les piden cinco mil, ò seis mil pesos, no les queda esperanza de poder sacar ganancia alguna de sus juegos, especialmente en estos tiempos donde ay pocos Sangleyes de caudal, y pocos vezinos, que vayan a jugar cantidades considerables, para que de lo que facan de cada mano, pueda satisfacer tan gruesa cantidad,

por

porque no es licito obligarles a que paguen de su proprio dinero, porque si pierden es tirania, è injusticia hazer que pague el juego, si de el barato el que perdió, y assi siempre se saca del que gana, y si gana no se les puede obligar a entregar la ganancia, que ganaron con riesgo fuyo de perder otro tanto, y seria caer en el absurdo que dize el Derecho, que el Sangley se exponga al riesgo de perder, y la ganancia sea para la caja Real, y demás personas para quienes se pide tanta summa de dinero, por dar permiso de jugar: configuientemente no se puede sacar a los Sangleyes por la licencia de jugar mas cantidad, que aquella que se vá sacando cada mano, ò fuerte de los que ganan, la qual se puede sacar de vno de dos modos. El primero, poniendo persona segura que asista a los juegos, y vaya recibiendo lo que se saca de cada fuerte. El segundo, arbitrando con personas que ayan asistido, y visto los dichos juegos, quanto les parece que facarán en estos dias en la forma dicha, y esta cantidad sola se les puede llevar por licencia del juego; y exceder dicha cantidad, es injusticia, como lo es vender vna cosa por mas de su justo precio, por monopolio, ò porque el comprador no la puede hallar en otra parte, como consta del Derecho *l. Pretie ff. ad l. Falcidiam. Prætia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.* Y alli la Glosa: *Tale prætiū imponitur, quod æquialeat rei, ut commune, & æquale sit habere rem, vel prætiū.* Y Santo Thomás 2.2. q. 77. art. 1. *Si prætiū excedat quantitatem valoris rei, tolleretur iniustitia æqualitas, & ideo carius vendere rem quam valeat est secundum se iniustum, & illicitum.* Y alli prueba el Santo, que por el especial afecto commodidad, ò gusto que tiene el comprador en la cosa que compra, no es licito al vendedor aumentar el precio, porque aquel especial afecto, commodidad, y gusto del comprador en la cosa que compra, no es del vendedor, sino del comprador; y assi el vendedor no puede llevar mas precio por esso, que seria llevar precio por lo que no es suyo. Lo mismo prueba alli Cayetano, y Nauarro in Man. cap. 23. desde el n. 77. y es doctrina comun, y assi no se puede llevar licitamente a los Sangleyes por el permiso, y licencia para jugar mas cantidad, por causa del mucho afecto, y apetito, que ellos tienen al juego, sino solamente se les puede llevar lo que aquella accion vale, que es (como queda dicho) lo que se suele sacar de cada mano, ò fuerte en los dias que se juega. Y no se puede oponer contra esto, que los Sangleyes dán toda aquella cantidad de su voluntad

por jugar, porque los Sangleyes pagan tanta cantidad a mas no poder, porque de otra fuerte no les dán permiso para su juego, que ellos mas quisieran que se lo dieran por menor cantidad, y aun de valde sin pagar cosa alguna, como el que pide prestado, y paga vltimas, que las paga a mas no poder, porque sin ellas no le quieren prestar, y assi las paga contra su voluntad, y por esso ay obligacion a restituirlas: ò como dize Cayetano 2.2. q. 77. art. 1. §. Quoad tertium, de lo que compra a los que tienen hecho monopolio por mas del justo precio, porque dió aquel exceso violentado, por no hallar quien la vendiese por el justo precio, por causa del monopolio, y de ninguno se presume, que sin necesidad, ò coaccion quiera hazer donaciones espontaneas de su dinero. *l. Cum de indebito. ff. de prob. Nunquam ita resupinus est, ut suas pecunias iactet, vel indibitas effundat.* Y mucho menos se puede presumir esto de los Sangleyes, por ser muy codiciosos, que casi idolatran en el dinero.

111. Y adviertase, que desta cantidad moderada deben salir los gastos comunes del juego, como la paga de los Capitanes, que suelen poner en el Parian en el tiempo de juego como por guardas, y a los demás Ministros de justicia del Parian, a los cuales se les debe moderar lo que han de llevar segun su trabajo, y lo que restare se puede repartir, como hasta aora se ha viado, dando a la caja su parte, y a las demás personas que participaban desto; porque en quanto a estos, no es mala la costumbre introducida. Todo esto se puede hazer facilmente, moderando los salarios, que cada dia los van acrecentando con grandissimo exceso. Siete años ha que se empezó a introducir, que el Alcalde mayor lleue de cada petate dos pesos de dia, y otros dos pesos por cada noche, y assi viene a llevar en vn dia natural entre dia, y noche quatro pesos de cada petate, que juntos todos, aunque no aya mas de diez petates de juego, saca cada dia quarenta pesos: cosa que parece increíble, y que no se halla titulo para tan exorbitante sueldo, aunque el trabajo fuese mucho mayor, especialmente si se advierte, que lleva dicha cantidad a titulo de vn oficio de que tiene otros salarios, y aprouechamientos. Siete años ha que lleuaba el Alcalde mayor dos pesos cada dia entre dia, y noche de cada petate, y era cosa exorbitante, q se debia moderar, y ha subido hasta doblarse, y de la misma fuerte há subido cõ proporcion los salarios de Alguazil mayor, Guardas, y Tenientes, lleuando vnos vn peso de dia, y otro a la noche de cada



cada petate , y otros vn toston , y todo es exorbitante , pues viene a lieuar el q̄ menos diez, ò doze pesos cada dia , de mas de otras sacaliñas, que despues se apuntarán. Cercenados todos estos abusos, y reducidos a vna cosa moderada , pueden participar de lo que se saca del juego de los Sangleyes, todos los que hasta aqui han participado , no obligandoles a los cabezas a dar otra cosa mas de vno de cada veinte, que se fuere sacando de cada fuerte, ò mano. Si despues del juego saliese alguno de los cabezas ganancioso , y hiziese alguna dadiua , ó a el señor Governador , ó al Alcalde mayor, ò a otro Superior, se puede recibir licitamente , como no se le aya pedido, ni indicado, que lo dé ; porque semejante peticion del Superior al Sangley, es coacció, y causa involuntaria de temor, y es ilícito, y contra justicia recibirlo , y obliga a restitucion, como consta del Derecho. l. Continet. ff. de eo quod metus. *Siquis vi compulsus aliquid fecit per hoc edictum restituitur.* Pero si el Sangley ganancioso, de su voluntad, sin averle pedido cosa, ni aver indicios de temor de que si no dà de lo que ganó, incurriria en indignacion, ó defaecto del Superior , de alguna cantidad de lo que ganó , lo puede recibir con seguridad conciencia, porque *sua quisque rei est moderator, & arbiter.* l. In re mandata. C. mandati. Cada vno es señor de su dinero, y puede hazer del lo que quisiere : y en el caso presente se halla razonable titulo , para presumir , que vn Sangley quiere dar de su voluntad a vn señor Governador , ò a otra persona de autoridad, vna buena parte de lo que ganó, que es titulo de barato.

112. Tercera condenacion es, q̄ de cada fuerte no se saque cantidad excessiua respectivamente : hanme referido personas que se han hallado en dichos juegos, que saca el cabeza de veinte vno , de fuerte, que si vno a vna mano apuesta 20. pesos, si la gana le dán diez y nueve , quitandole de la ganancia vn peso para los gastos del juego : esta cantidad parece ajustada , porque ni es demasiada, ni corta; porque el juego de la metua, que es el que juegan los Sangleyes, no es espacioso, sino que con mucha breuedad se haze, y concluye cada fuerte , y en cada vna concurren muchas personas , y pone cada persona su cantidad, con que de todos en breue tiempo saca razonable cantidad : por lo qual siendo esta cantidad tan conforme a razon, y estando introducida por costumbre , es ilícito el aumentarla cõtra justicia contra el contrato del juego, en detrimento de los que juegan, cuya ganancia, y prouecho ha de proporcionarse con el riesgo a que se expusieron ( co-

mo se probó en la condicion antecedente ) y si les sacasen cantidad excessiua de lo que ganan, no sería proporcionada la ganancia al riesgo : y por esta razon , si en las casas del juego de Manila, el cañero quisiera sacar mas de lo acostumbrado, se quexarian con justa razon los que alli jugasen, de que les hazia injusticia ; por la misma razon sería contra justicia mandar , ó permitir a los Sangleyes, que sacasen mas de cada mano, que vno de veinte , y se debe prohibir lo que de pocos años a esta parte dizen que empiezan a introducir , que es sacar en cada fuerte de diez vno, y aun de cada peso vn real , que es cosa excessiua , y exorbitante. El titulo que los Sangleyes tienen para sacar de diez vno , es por la mucha cantidad que les piden por el permiso, y licencia de jugar, y por esta misma causa han introducido siete años ha el sacarle a cada Sangley ( aunque no juegue ) otra cantidad para poder assi los cabezas sin mucho detrimento suyo, acostada de otros, pagan tan notable summa ; por lo qual lleuandoles vna cosa moderada como queda dicho en la segunda condicion , será facil el remedio de los absurdos referidos en la primera, y tercera.

113. Quarta condicion: que a ninguno se le obligue a jugar, ni assistir al juego , porque el juego es accion libre , y contrato meramente voluntario, a que no es licito compeler a ninguno , y al que jugare coacto , le debe restituir el que le hizo fuerza todo lo que perdiese, como dize Fray Luis Lopez. 2. p. inst. cap. 34. y Man. Rodr. in Sum. tom. 1. cap. 266. y es comun de todos los Doctores, y se colige del Derecho. l. Ait prætor. ff. de eo quod metus. *Quod metus causa gestum erit ratum non habeo.* Y a los que por assistir al juego compelidos, dexan su trabajo , y officio por entonces , tiene obligacion el que les compèle a restituirles lo que avian de ganar, si les dexasen trabajar, porque contra razon de justicia se les impide su ganancia. Assi lo afirman Nauarro in Man. cap. 17. n. 197. y Lessio. lib. 2. de iust. cap. 24. dub. 2. y se colige del Derecho. l. Sed adde. ff. locati. §. Cum quidam. donde se propone , que vn hombre llamado Antonio Aquilio llamó a vn trabajador para ocuparle, y de hecho no le ocupó, ni le dió en que trabajasse , y dispone la ley, que si el trabajador no se alquiló en otra parte, le debe pagar Antonio Aquilio el alquilé de todos aquellos dias , como si huviera trabajado: *Cum perte non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilio solueres, si eodem anno mercedos ab alio non accepisti, fidem contractus impleri æquum est.* Y la razon natural

dicta , que el que es causa, è impide al trabajador su trabajo , le debe pagar como si por ordẽ suya huviese estado ocupado, y no evitã este incõueniente los Alcaldes del Paria, que a peticion de los cabezas del juego obligan a los Sangleyes Christianos de los pueblos circunvezinos, a estar en el Parian todas las noches en el tiempo que dura el juego, y de dia les dexan ir a sus causas ; porque teniendolos alli toda la noche, les impide el trabajo del dia figuete, y les impossibilitã para él. Demã desto es coacció, y fuerza moral para que jueguen , viendo alli el juego delante de sus ojos , y estando impedidos de poder irse de alli a ocuparse en otra cosa : por lo qual quien alli los detiene està obligado a restituirles lo que perdieren jugando , porque los forçaron a jugar , especialmente porque con fin de que jueguen son alli detenidos, y con esse intento piden los cabezas , que los detengan, para que aya alli mas jugadores. Otros no pequeños incõuenientes tiene esta coaccion de assistir los Sangleyes Christianos en el Parian , donde casi todos son infieles , que todos ellos combidados de los infieles comen de las cosas sacrificadas en honor de sus Idolos , con sus ceremonias supersticiosas ; ya por cortedad de no atreuerse a contradecir a quien los combida ; ya por cortesia, que les parece de cortesia grande no aceptar dichos combites ; ya porque con el mal exemplo se buelven a su costumbre antigua. Cosa averiguada es entre los Ministros del Evangelio , que han viuido en el Parian , que casi todos los Christianos , que vienen estos dias de su Pasqua al Parian entre infieles, comen idolotitos , por ser ellos fragiles , y sus conciencias enfermas faciles de caer; que es lo que dixo S. Pablo. 1. Cor. 8. *Quidam cum conscientia usque nunc idoli, quasi idolothitum manducant, & conscientia eorum cum sit infirma, pollutitur.* Se puede dezir con justa razon a los que permiten esto pudiendo estorvarlo, lo que dixo S. Pablo en el mismo cap. *Videte autem ne forte hæc licentia vestra ofendiculum fiat infirmis.* Y no es poco incõueniente tener a los cañados todas las noches, que dura el juego, apartados de sus mugeres por fuerza, sin mas causa, ni titulo , sino porque assistan al juego , figuiendose de ai discordias domesticas entre marido , y muger , por ser los Sangleyes muy zelosos , y a ellas se les dá lugar ( si alguna quisiere ser mala ) sabiendo que su marido està por la potestad publica todas aquellas noches detenido, y no dexan de ser incõuenientes las sacaliñas , que les hazen algunos de los Ministros inferiores de justicia del Parian , que por la

ganancia que experimentan, están alerta para ver si alguno de los Sangleyes de los pueblos circunvezinos sale del Paria para ir ocultamente a su pueblo, y lo cogen , y obligan a bolver, si no les dà algunos reales ; que este parto tã disforme tiene el orden de que assistan de noche en el Parian , que les cuesta a cada vno dinero irse a recoger a su casa con su muger, è hijos. Otra exaccion de dinero no menos injusta, que la passada , hazen los Ministros del Parian en tiempo destes juegos: esta es, que como ay tanto concurso de gente, algunos Sangleyes hazen por los portales, y calles del Parian fogones donde hazen comidas , que son como bodegones , donde a todas horas hallan comida preparada por su dinero los que vienen de fuera. Otros tienen vnos fogoncillos pequeños donde calientan cha ( es vna bebida especial de los Chinos ) otros sacan a vender frutas de China, y otras cosas, que ponen en cestos por los portales, y de cada cesto, y de cada fogon , y fogoncillo, les hazen pagar vn tanto los Ministros de justicia del Parian , de que sacan vna buena cantidad, y cada dia engolofinados han de ir buscando nuevos titulos con que sacar mas dinero.

114. Queriendo vn Politico escusar tantas sacaliñas , y no pudiendo purificarlas de la razon, ó sin razon de robos, dixo : Los Sangleyes son vnos ladrones publicos, que en todo el año están robando, y chupando la hacienda de todos, y en estos dias se haze vna publica recompensa , como si se pudiera honestar vna publica permission de que hurten, y hurtemos, ni tal se aya visto jamás, ni en vna Republica de barbaros. Demã desto los hurtos, que se dize que hazen los Sangleyes, son, que como mercaderes vsan trazas, y fraudes para vender a subidos precios sus mercaderias , de lo qual no puede aver justa recompensa, porque para esta se requiere , que sea cierta , y liquida la deuda , y persona que defraudó , y defraudada, y en que cantidad, y nunca nos consta qué Sangley , ni a quien, ni en quanto le defraudó , y configuientemente nunca es licita esta recompensa : y si fuera licito quitarles a los Sangleyes su dinero por esta causa de recompensa , tambien sería licito quitarles a todos los mercaderes, porque de todos ellos se presume, que hazen fraudes , y vsan trazas para vender mas caro. Por lo qual S. Juan Chriost. 3. 1. in Math. llamó al officio de los mercaderes trato torpe, contrario a la liberalidad, y rapiña. *Quæstus nota illiberalis turpis, quædam mercatura immo rapine lege seculari concessa.* Y S. Grego. Hom. 24. in Evang. cuenta a la mercancia entre los

oficios peligrosos, que casi nunca se pueden ejercer sin pecado: *Qua sine peccatis exhiberi aut vix, ut nullatenus possunt.* Repruebase mas dicha evasión, porque no consta que los defraudados hayan dado su poder a los que hazen dichas sacaliñas para dicha recompensa, ni ellos procuran dar lo que assi hacen a los defraudados por los Sangleyes, ni saben quienes sean los defraudados: de donde se convence, que no es recompensa, sino aprovechamiento propio injusto, y sin titulo, con que lo dan a los Sangleyes para defraudar mas, encareciendo quanto venden, para refarcir su daño a costa de los vezinos, y especialmente de los pobres.

115. Al otro punto que se pregunta, si se podrá honestar llevar lo que assi se saca a los Sangleyes, aplicandolo a alguna obra pia, se responde, que no, porque assi lo dizen los Santos Padres Doctores de la Iglesia, S. Agustín, lib. De bono coniugit, cap. 14. *Neque enim si agris inique acperperam invasit ita quisque utatur, ut ex eorum fructibus largas elemosinas faciat, ideò rapinam iustificat.* S. Ambrosio, lib. 3. de off. cap. 9. *Si non potest subveniri alteri, nisi alter ledatur, commodius est neutrum inuari, quam gravari alterum.* S. Greg. lib. 7. Epist. 110. ad Sergium. *Elemosina redemptoris nostri oculis illa placet, qua non ex illicitis rebus, & iniquitate congeritur, sed qua de rebus oöcessis, & bene acquisitis impenditur.* S. Thom. 2. 2. q. 110. art. 3. ad 4. *Non licet furari ad hoc, quod homo elemosinam faciat.* Consta tambien del Derecho, cap. Non est. 1. q. 1. *Non est punianda elemosina, si pauperibus dispensetur, quod ex illicitis rebus acquiritur.* Y 1. Si pignore. ff. de furtis. *Species lucri est ex alieno largiri, & beneficij debitorem sibi acquirere.* Vnde, *& is furtis tenetur, qui ideò rem amovet, ut eam alij donec.* Y lo que mas es, consta de la Sagrada Escritura, Prou. 3. *Honora dominum de tua substantia.*

116. Para que con claridad conste quando, y de que fuerte se pueden hazer obras pias de cosas adquiridas ilicitamente, se note, que de tres modos puede acontecer el hazer semejantes obras. El primero, quando con fin de hazer la obra pia se gana, y adquiere ilicitamente alguna cosa, y esto siempre es pecado, porque nunca es licito hazer mal para que se siga bien, como dize el Apóst. ad Rom. 3. *Faciamus mala ut veniant bona, quorum damnatio iusta est.* Y lo dize el Derecho, cap. Non est. 1. q. 1. *Qui hac intentione male accepit, ut quasi bene dispenset, gravatur potius quàm innatur.* Y mas abaxo. *Qui male tollit, ut quasi bene prebrat, constat sine dubio, quia dominum non honorat.* El segundo

modo es, quando ya está adquirida alguna cosa ilicitamente, pero no contra justicia, ni con obligación a restituirla, pueden con ella hazer obras pias, y es buen consejo hazerlo assi. Consta del Derecho, cap. Qui habetis. 1. q. 5. *Qui habetis aliquid de malo, facite inde bonum.* Poné alli exemplo en el que superstitiosamente adiuina, y adquiere con aquel arte dinero, y ya adquirido lo puede dar de limosna, y concluye: *Que de malo sic acquiruntur, in bonum possunt converti, de peccato etiam aliqua acquiruntur, que pauperibus iuste erogantur.* El tercero modo es, quando se adquirió alguna cosa contra justicia, porque entonces como ay obligación de restituirla a quien se quitó, es pecado hazer con ella obras pias, impidiendo, ó dilatando con esto la restitution, como lo explica la Glossa in cap. Non est. De male acquisitis non debet fieri elemosina, quod verum est, cum dominium non est translatum, vel si repetitio competi, sed ubi non competit repetitio bene, unde, *& meratrix potest facere elemosinam, sed non bñro.* Lo mismo se explica. 1. Idem. ff. de condict. obturpem. y S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 7.

117. A la advertencia, que haze la pregunta, se responde, que no es titulo justo para tomar lo ageno, el saber que otros lo han de llevar, y emplearlo mal, como dize el Derecho, cap. Forte. 14. q. 5. *Aliquis cogitat, & decet, multi sunt Christiani divites, avari, cupidi, non habeo peccatum, si sum illis abstulero, & pauperibus dederò.* Vnde illi nil boni agunt, mercedem habere potero, sed huiusmodi cogitatio ei diaboli calliditate suggeritur. Nam si totum tribuat pauperibus, quod abstulerat, addit potius peccatum quam minuat. No disminuye la culpa, sino la agrava el tomar lo que no es suyo para hazer buenas obras; y aunque se sepa que otros lo han de tomar, que lo emplearán mal, no es licito emplear bien lo ageno; porque nunca se emplea justamente lo que se gasta en otras cosas, debiendose restituir a su propio dueño.

118. Lo que se debe hazer en el caso presente, es, moderar la cantidad, que a los Sangleyes se pide por los juegos, de fuerte, que no se les pida mas de lo que se puede juntar de lo que sacan los cabezas de cada mano, ó fuerte, y de esta cantidad señalar vna parte moderada al Alcalde mayor del Parian, por el mayor trabajo, y cuydad que tiene aquellos dias, no quatro pesos, ni vno cada dia de cada petate, que es cosa muy exorbitante, sino dos pesos quando mucho cada dia de toda la summa que se sacare de todos los petates: pues por razon de su oficio, de que tiene otros salarios, está obligado a cuidar del

## CONSULTA XXV.

*Si ay obligación de restituir lo que dan los Sangleyes en retorno del chocolate, que les embia el Alcalde, ó Guarda en tiempo del juego de la metua.*

## PROPUESTA.

del Parian, y al Alguazil mayor, y Guardas, y Tenientes a peso, y a toston cada dia, conforme sus oficios de la misma forma: con esto quedará para la caxa Real alguna cantidad razonable, aunque menor de lo que solia, y para las demás personas, que por costumbre tienen Derecho a participar de lo que de dichos juegos se saca, se puede repartir respectivamente, y podrán disponer de ello como quisieren, y mas vale poco adquirido con buen titulo, y buena conciencia, que mucho con obligación de restituir. Prou. 15. *Melius est parum cum timore Domini, quam thesauri magni, & insatiabilis.*

## CONSULTA XXIV.

*Si el dinero que se recibe en el tiempo del juego de la metua ay obligación de restituirlo?*

## PROPUESTA.

EN el tiempo del juego de la metua reciben, assi el Alcalde, como las Guardas, y Tenientes, mucho dinero del barato que se les cobra a los Sangleyes. Preguntase si están obligados a restituirlo, en especial vna mayor cantidad, que le traxeron los Sangleyes despues de acabado ya el juego?

## PARECER C.LXXXII.

119. Respondese, que a los Sangleyes por la licencia que les dan para jugar, les compelen a pagar mas de ocho mil pesos con nombre de barato: estos se meten en las caxas Reales vna buena parte, y lo demás se repartió entre diferentes Superiores. Para sacar este dinero se hazen algunas injusticias, que en otras ocasiones se explicaron; por lo qual todas las personas que reciben parte de la cantidad, que los Sangleyes son compellidos a pagar por el juego, están obligados a restituirla. La cantidad mayor que dize, que despues de acabar los juegos, le traxeron los Sangleyes a su casa, sin averla pedido, ni averles dado a entender voluntad de que le diesen cosa alguna, puede quedarse con ella, porque es de entender, que los que le dieron este dinero salieron gananciosos del juego, y quisieron de su libre voluntad darle de barato esta cantidad de dinero, que avian ganado.

## PARECER C.LXXXIII.

120. Respondese, que lo que se recibe quando embian dicho chocolate, ay obligación de restituirla; porque el chocolate embiado en aquella ocasión por los Superiores, es titulo, y color para compelerles a dar aquel dinero, contra su voluntad, y no es pequeño indicio de que no contribuyen aquel dinero en agradecimiento de aquel agasajo, y honor que les hazen embiandoles el chocolate, el pedir ellos que no se lo embien, aunque el titulo de no recibirlo sea el que se refiere, porque ya consta, que no estiman en aquella ocasión aquel agasajo; y porque saben que el Superior se lo embia para que le tornen dinero, retribuyen coactos, porque aquella voluntad del Superior de que le den dineros, manifestada con aquel agasajo, es violencia para ellos, que les causa temor de tener enojado a su Superior, y mas clara es la violencia quando hazen concierto de que no le embie el chocolate, porque el le embiará el retorno; y aunque el Alcalde, ó Guarda mayor no aya dado a entender, ni indicado al Sangley, que le quiere embiar chocolate, y sale del Sangley el ofrecer el dinero, porque no se lo embie, está obligado el Alcalde mayor, ó Guarda a restituirla lo que por este titulo recibió; porque el Sangley suponiendo el chocolate, y violencia, que va con él por las noticias, y experiencias de otras ocasiones, ó de otros Alcaldes, ó Guardas,

se previene, y configuientemente siempre se verifica, que esta que se haze con este titulo, no es donacion libre, sino forçada.

CONSULTA XXVI.

Si el Alcalde mayor del Parian, que pone otro petate con su propia autoridad, está obligado a restituir?

PROPVESTA.

SVelen algunos Alcaldes mayores, y otros Ministros de justicia del Parian, demás de los perates (así llaman a las mesas de juego de los Sangleyes) permitidos por el Gobierno, poner otro petate con su propia autoridad, obligando a algun Sangley, ó con amenazas, ó con ruegos, a que sea cabeza de dicho petate: Preguntase si estos tienen obligacion de restituir?

PARECER. CLXXXIV.

121. La consulta se responde, que el que obliga al Sangley con amenazas, ó con ruegos para que sea cabeza de otro petate, está obligado a restituir por dos titulos, ó razones al Sangley todo lo que por dicho juego perdiere, ó se moscabare de su caudal; pero si aconteciere que el Sangley, así compelido a jugar, saliese sin pérdida, no avrá obligacion de restituirle cosa alguna. La primera razon es, porque solamente es licita la traslacion del dominio en el juego; por la voluntad de los que juegan, que quieren arriesgar aquella cantidad, y perderla, ó ganarla de aquella forma: por lo qual no aviendo voluntad plena en el que juega, sino mixta con involuntario; por la coacció, ó ruegos de otro a quien tiene respeto, ó temor, no se transfiere el dominio, y está obligado a restituirle el que le obligó a jugar. Todo esto explicó Cayetan. in 2.2. q. 32. art. 7. ad 2. con estas palabras: *Commutationes que fiunt in ludis ad hoc ut efficaces sint, liberant omnino voluntatem exigunt, sicut, et donaciones.* Y deste sentir son más comunmente los Doctores, así Theologos, como Juristas. S. Thom. in 4. dist. 17. q. 2. art. 4. q. 3. ad 2. S. Buenavent. in 4. dist. 17. Palud. ibid. q. 3. art. 5. Medina. C. de restit. q. 22. Turres. in cap. Episcopus. dist. 35. h. 8. S. Anton. 2. p. tit. 1. cap. 23. y otros innumeros, que se pueden ver citados en Sanchez de matrim. lib. 4. disp. 10. Y así al Sangley, que compelido fue a cabeza del juego, se le debe satisfacer todo lo que perdiere en el juego, y todos los demás daños, y menoscabos,

cabos, que padeciere en su caudal, así de pagar los baratos, como por otra qualquiera via originada del juego.

122. La segunda razon es, porque aquella accion de ser cabezalla de dicho petate, no la quiere comprar el Sangley, ni la estima en el precio, que se la dan, ni en otro menor, supuesto, que de su voluntad no lo quiere ser, y configuientemente le venden cosa que no es precio estimable para él, y así le deben bolver el precio ordinario que le lleuan con este titulo: especialmente; que esto de ser cabezalla de un petate de su naturaleza, no es cosa que se vende, ó compra, ni estima en precio, por lo qual solamente la puede hazer precio estimable el güsto, y voluntad del comprador, que allí halle alguna razon de bien: pues no aviendo esta voluntad de ser cabezalla del juego en el comprador, sino que da este dinero por no disgustar a otro a quien teme, no ay titulo para que lleue este dinero el que así compèle al Sangley.

CONSULTA XXVII.

Qué personas estén obligadas a la restitucion del petate, que se dixo en el parecer antecedente, y como se aya de hazer la restitucion.

PROPVESTA.

NO solo concurren a poner este petate los Ministros de justicia, sino otros particulares que lo diligencian, y de todos se duda si tienen obligacion a restituir; y tambien de los que participan del dinero: y si el Sangley quiere de su voluntad poner el petate por hazer este agasajo al Alcalde que se lo ruega, si por esta causa están desobligados de restituir, y porque el modo de la restitucion no es facil, se pregunta en qué forma se ha de hazer. PARECER. CLXXXV.

123. La primera razon de la consulta se responde, que están obligados a restituir, no solamente el que compèle al Sangley a tener dicho petate, sino tambien el que lo diligencia, y los que participan del dinero que así se saca: con esta diferencia, que los participantes del dinero, como no lo son en el pecado de la coacció, que se hizo al Sangley para que fuese cabezalla, y pagase tanto dinero, están obligados a restituir solamente el dinero que recibieron *ratione rei*

*rei acceptæ*; pero el que obligó al cabezalla, y los que lo diligenciaron, están obligados *ratione iniuste acceptationis*; y así deben restituir, no solamente lo que recibieron, sino tambien todo lo que el Sangley perdió, ó se le menoscabó por razon de dicho juego.

124. Si el Sangley a quien obligaron a ser cabezalla no saliese perdiendo, ni menoscabarse en cosa alguna su caudal, no está obligado a restituir el que le compelió a jugar, ni el que lo diligenció, ni los participantes. El titulo porque en tal caso pueden quedar con este dinero, que lleuaron al Sangley, es, porque ellos se expusieron al peligro, riesgo, y obligacion de restituir si el Sangley perdiere, y así pueden quedar con esta ganancia: y por otra parte no se le siguió al Sangley daño precio estimable, pues no perdió cosa alguna, y a los que lo perdieron no ay obligacion de restituirles, porque ellos sin coacció alguna se expusieron a perder, ó a ganar de su voluntad. Supongo que solamente se hazen los ruegos, y amenazas al Sangley, que ha de ser cabezalla del petate, y de ninguna fuerte se les obliga a otros a jugar, sino que llega a jugar el que quiere de su mera voluntad; porque si el cabezalla, ó otro qualquiera a quien los Sangleyes temiesen, los obligasse a jugar, a estos tambien se les avia de restituir lo que perdiessen, y configuientemente el cabezalla deberia restituir lo que ganasse, y adquiriese en el juego; y el que obligasse al cabezalla deberia restituir lo que recibió del cabezalla, y el que diligenció, y los participantes.

125. Al segundo punto de la consulta se responde, que interviniendo suplica del Alcalde, ó de otro Ministro, que tenga autoridad, y potestad en los Sangleyes, no lo haze el Sangley de su voluntad libre, y espontanea, sino coacta, y mixta con involuntario, a que llaman los Theologos: voluntad condicional de lo contrario, que no quisiera ser cabezalla de aquel juego, ó petate, si pudiera sin disgustar a quien teme. El señor Villarreal en su gouerno pacifico, q. 3. art. 5. h. 20. dice, que el Obispo que llama a sus Clerigos para jugar, y se reconoce, que no jugarán, sino les obligará el respeto, debe restituirles si pierden, aunque el Obispo no lo gane, sino otro tercero, y da esta razon: porque hombres que juzgan, que están en manos del Obispo sus medras, y honras, es comun que han de temer el desabrirle; y lo que de su voluntad no quisieran hazer, lo harán de temor, por no desabrir al Obispo, y que desto tiene experiencia en los Clerigos de su Obispado, y que lo mismo passa en todos: pues los

Sangleyes tienen mas temor al Alcalde mayor, y Guardas, y demás Ministros del Parian, que los Clerigos al Obispo, y tiene su temor mas graues fundamentos, porque el Alcalde mayor exerce mas independiente autoridad en los Sangleyes, y ellos son de su naturaleza timidos, y cobardes; y así siempre que se conociere en el Sangley defecto a ser cabezalla en el juego, y que admite serlo solamente por amenazas, ó suplicas, ó respeto del Alcalde, ó Guarda, ó otra persona que tenga sobre él potestad, queda el que así le obligó obligado a restituirle lo que recibió del Sangley, si el Sangley no lo resarce en el juego, y todo lo demás que el Sangley perdiere, ó se le menoscabare de su caudal, por causa de ser en aquella ocasion cabezalla de juego.

126. Al tercero punto de la consulta se responde, que se ha de procurar saber si el Sangley coacto a ser cabezalla del juego salió perdido, que esto es facil de saberse, y en caso que aya tenido menoscabo de su caudal, se le debe restituir lo que se dixo arriba. Tambien se ha de procurar saber si el cabezalla hizo fuerça, ó obligacion a otros a jugar, que dizen, que lo suelen hazer así para sacar de la multitud de jugadores lo que dieron al que les hizo cabezalla; y si estos que así coactos jugaron salieron perdiendo, que en tal caso el cabezalla debe pagar a estos, y el Alcalde mayor al cabezalla.

CONSULTA XXVIII.

Sobre lo que siente el Autor de un petate que llaman Zalambao.

PROPVESTA.

OTro petate de juego se suele poner todos los años vltra de los que permite el Gobierno, que llaman Zalambao (y se llama así a semejança de vna red grande armada sobre vna balsa de cañas, y madera, que sirve para la pesca menuda) y el motivo de poner dicho petate es, para que acuda a él toda la chufma de la gente menuda, Indios, Indias, y Negros, y demás personas de corto caudal, y no estorven a los Sangleyes, y demás personas que tienen gruesas cantidades que jugar. V. R. me diga, qué siente de aqueste Zalambao?

PARECER. CLXXXVI.

127. La consulta se responde, que no excediendo en el Zalambao más tiempo, que el que se ha reputado por justo



justo en el juego de los otros petates, y llevándose por él en los baratos, que pagan los cabezillas, mucho menos para que sea proporcionado lo que se les lleva con las cortas cantidades que allí se juegan, será licito; porqué cosa es conforme a razón, que los pobres de poco caudal gozen también desta larga, que se concede estos dias del juego, y que tengan a parte su juego, diuidido de los jugadores de cantidades gruesas.

## CONSULTA XXIX.

*Sobre las Suplicas que hazen los Alcaldes mayores, y otros Ministros a los Sangleyes, para que suspendan el juego, o vayan a jugar, y los conciertos de lo que les han de dar por permitirles el juego, y si pueden quedarse con lo que les dieron, y pedirlo quando se descuydan de darlo, y lo que debe hazer el Confessor en orden a esto.*

## PROVESTA.

**Q**uando entre año el Alcalde consiente que los Sangleyes tengan juego, y no ay bastante para sustentarlo, si suplica por si, o por tercera persona a algun Sangley, o Sangleyes, para que vayan a jugar, si la tal suplica se ha de entender que es fuerza? Y si el concierto que hazen con dichos Sangleyes, quando quieren jugar, diciendo, que les han de dar 18, o 20. pesos, o mas cada dia, se podrá tolerar? porque parece que es excessiuo lo que lleva, o será bueno, que el Confessor le obligue a que no lleue mas de lo que acostumbra llevar de vn petate, quando el Rey permite los juegos publicos? Y si lo que dichos Sangleyes jugadores entre año dan a los Ministros, como Guarda mayor, Alguazil mayor, Tenientes, y Vicario del Parian, lo podrán recibir los tales *titula conficiencia*, y también si lo podrán pedir, quando los Sangleyes se descuydan en darlo?

## PARECER C.LXXXVII.

Esta consulta tiene quatro puntos. Al primero se responde, que aquella suplica es fuerza, y coaccion por las razones de arriba, y aun en este caso está la fuerza mas clara; porque ya consentido que aya juego, y sabiendolo los Sangleyes, que lo ay, si ellos no acuden movidos del apetito de jugar, y hecha la suplica del Alcalde, o de otro que tenga en ellos la potestad, van a jugar, es indicio evidente, que van a jugar meramente por el respeto del Alcalde, por temor de

disgustarlo, y si ellos pudieran escusarlo sin incurrir en la indignacion del que les suplica, lo escusarán.

129. Al segundo punto se responde, que dar estas licencias, y permisos, para que los Sangleyes jueguen entre año, es pecado mortal, por los daños graues que se figuen al bien comun desta nacion de tanto juego, a que son muy inclinados, porque muchos de ellos quedan perdidos, y otros pierden los caudales de vezinos de Manila, que tienen a su cuenta. Comun sentencia de los Autores es, que pecan mortalmente los que tienen casa de juego, porque ayudan, y concurren a los daños, que de allí se figuen: assi lo afirman S. Ant. 2. p. tit. 1. cap. 23. §. 6. S. Bernar. tom. 4. Serm. 33. Hostien. in Sum. tit. de except. priu. cap. 32. Nauar. in Man. cap. 19. n. 15. Silvest. verb. Ladus. q. 15. F. Juá de la Cruz, inderec. precept. 7. art. 5. dub. 13. conc. 4. Lopez, 2. p. intr. Vega. in Sum. tom. 2. cap. 13. casu. 11. Molina de iust. tract. 2. disp. 5. 16. Valencia. to. 2. disp. 5. q. 6. pun. 5. §. 2. S. Tho. in Sum. lib. 1. cap. 7. n. 39. De lo qual colige Diana. 2. part. tract. 15. ref. 15. que el Principe no puede licitamente dar licencia para tener casa de juego donde vayan a jugar muchos: y en el Reyno de China, por evitar los inconvenientes que se figuen del juego, solamente se permite jugar los cinco dias primeros de su Pascua, y solamente se suele dispensar para jugar en otros tiempos con personas muy principales, y pocas, en quienes no corren tantos inconvenientes, y haze grandissima deformidad, que en tierra de Christianos se les permita jugar todo el año; y se traguen los inconvenientes, que trae consigo el juego continuo por la mayor parte del año; pero por esta permission no está obligado a restituir estos daños el Alcalde, ni otro qualquiera Ministro, que dá la licencia para jugar, no haziendo coaccion a alguno para que juegue; porque el mismo que pierde, y queda perdido, es la causa mas proxima de su proprio daño, y assi él se lo debe pasar, y ninguno se debe restituir. Quanto a la cantidad, que se les pide por permitirles el juego entre año, obliga a restitucion, por ser exorbitante si fuera una cantidad moderada, que llevara el Alcalde mayor, o Alguazil mayor, o otro Ministro, por permitirles tanto juego, no estarían obligados a restituir. Fundase esto en la doctrina de S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 7. donde dice assi: *Aliquid est illicitum, non quidem, quia ipsa adquisitio sit illicita, sed quia id, quo adquisitio fit, illicitum, sicut patet de eo, quod dicitur in illius, qui per meretricium, hoc proprie dicitur, ut sipe loquitur, quod autem*

*mulier meretricium exercent turpiter agit, & contra legem Dei, sed in eo quod accipit non iuste agit, nec contra legem, unde quod sic illicite adquisitum est, retineri potest.* De aqui se colige, que aunque permitirles a los Sangleyes entre año juego, es cosa illicita en los oficiales, y justicias, que lo debian impedir, y lo que llevan por esta permission, o licencia, es ganancia torpe, no están obligados a restituirlo: como la ramera no está obligada a restituir lo que le dan por el acto torpe, ni el que por dineros consenté que viva torpemente la muger que está a su cargo; pero si la mala muger con fraudes, o con violencia sacasse mucho mas dinero de lo que merece su officio de ramera; estaria obligada a restituir, como dizen Soto de iust. lib. 4. q. 7. art. 1. ad 2. Fr. Luis Lopez 1. p. instr. cap. 96. Molina de iust. tom. 1. tract. 2. disp. 94. Ledesma. 2. p. 4. q. 18. art. 5. Gutier. in qq. Can. lib. 1. cap. 37. Man. Rodr. in Sum. tom. 2. cap. 40. Bañez 2. 2. q. 62. art. 5. dub. 15. Salon ibid. controv. 4. Y es comun, y la razón es clara, porque todas las cosas tienen sus precios, o tasados por alguna ley, o por la costumbre, o por la estimacion de los prudentes, que juzgan; que tal cosa, o tal accion que vn hombre haze por otro, merece tal precio; y assi las licencias que se dan a los Sangleyes para estar en esta tierra, tienen su precio tasado, y no sería licito a qualquiera subirlas como quisiera: y el acto torpe có vna ramera, dize el Sagrado Texto, que tassadaméte vale el precio de vn pan. *Pratum scorti vix est vnius panis.* Prou. 7. Y si algunas vezes recibe mas, y no se le obliga a restituir, es, porque le hazen ordinariamente donacion del excesso: por lo qual si ella con fraudes, o con violencia sacara mucho mas, lo debiera restituir. En las casas de juego donde van Españoles, ya está sentado lo que deben pagar los que juegan, por razon de las molestias, y ocupacion, que tienen en recibir en su casa a los que van a jugar, y tenerlos allí de dia, y de noche, y por prepararles mesa, sillas, y luz, darles buyo, tabaco, y chocolate, y con todo esto si quisiera pedir el dueño de la casa mas de lo que se acostumbra, se tendría por cosa illicita, e injusta. Pareceme, que la tassacion del precio desta permission para jugar fuera de su Pascua, ha de ser el mismo que se les lleva por la permission de que jueguen los dias, que por licencia del Rey se les permite jugar; porque esse precio está ya admitido por justo, con autoridad publica, y por costumbre; y la permission de el juego que se permite entre año con algun rebozo, no merece mas precio por ser illicito, que el juego, que licita, y publicamente se les per-

mite. Como el acto torpe con la ramera no merece precio alguno, por razon de ser illicito, y pecado, sino por aquella obra natural en que se acomoda a la voluntad, y apetito del otro. Lo mismo digo de la licencia, y permission, que se dá a los Sangleyes para jugar entre año, que aunque es cosa licita, no avrá obligacion a restituir lo que dieren por dicha permission, si no excede a lo que se dá por los dias que juegan con permission del Rey; pero si se les obliga a dar mas, estarán los que les recibieron obligados a la restitucion, porque del Sangley no se presume donacion gratuita del excesso, porque regatean el precio por no dar tanto como se les pide, y assi dá todo aquel excesso a mas no poder, porque no les quieren dar la permission por el precio en que la tiene tassada la autoridad publica: como si vno fuese a comprar vna cosa, cuyo justo precio fuesen cien pesos, y el vendedor no se la quisiese dar sino por docientos, sabiendo que el comprador no la dexaria de comprar por lo excessiuo del precio, estaria obligado a restituir los cien pesos que lleuó de mas.

130. Al punto tercero se responde, que si lo que llevan en estos juegos entre año, no excede a la cantidad que acostumbra llevar en los juegos, que por licencia del Rey se les permiten, no están obligados a restituir; pero si reciben mas, deben restituir el excesso por las mismas razones de arriba. En quanto al pecado si se comete en recibir lo que se propone, digo, que si lo reciben antes que se juegue es pecado: porque como queda dicho, estos juegos entre año son causa, y raiz de muchos daños; y pecados, y configuientemente es pecado mortal consentirlos, y quando se haze la paga de la permission antes que ayan jugado: el mismo recibir el dinero incluye el consentimiento en la permission del juego; y assi es pecado; pero si despues de aver jugado el tiempo que se les permitió, paga el Sangley la cantidad moderada que se ha dicho, no es pecado recibirla, al modo que dize Diana, p. 2. tract. 16. ref. 40. de la ramera, que si recibe el precio antes de la fornicacion, pecan ambos, porque en el dar, y recibir aquel precio, está in cluso el consentimiento en el acto torpe; pero si ya cometido el pecado llega él a pagar sin animo de atraerla a otros actos libidinosos, sino solamente por pagar lo que debe, y ella lo recibe, porque se le debe, no pecan. Aunque es verdad, que siempre se presupone aver auido culpa en los Alguaziles, Guardas, o Tenientes, por el consentimiento que dieron al juego; pero el Padre Vicario puede recibir

bir el dinero sin que aya en el culpa antecedentemente, ni quando lo recibe, como no intervenga en el consentimiento del juego, ni lo apruebe, ni de consejo de que se les permita: desta fuerte puede sin cometer pecado alguno recibir todo lo que le quisieren dar de lo que se fació de los Sangleyes: por el juego; si lo que se les lleuó fue con la moderacion sobredicha; y asisto aprueba el Derecho, cap. Qui habetis. 14. q. 5. *Qui habetis de malo, facite inde bonum, esto bonus tu, qui boni facis de malo.* Y alli dize la Glossa: *Qui habet pecuniam de malo acquisitam; convertat illam in bonum.* Y cap. Non sane. dize, que los que han adquirido cosas con pecado, es mejor que las den de limosna, que bolverlas a los que las dieron, y deste lugar colige Silvest. in Summa. verb. Eleemosina, que es licito a la ramera dar de limosna a la Iglesia de lo que adquirió con su torpe trato; y a los Sacerdotes es licito recibirlo; pero si lo que se lleuá a los Sangleyes fuere excesiuo segun lo que se ha dicho, tienen obligacion de restituirlo a los Sangleyes que lo dieron, así los Tenientes, y Guardas, y Alguaziles, como el Vicario del Parian, porque aquello es como hurtado, que siempre se debe a su dueño: cap. Paenale. 14. q. 5. *Auferre nolenti sine occulte, sine palam habet praeceptum suum, furti enim nomine bene intelligitur omnis illi cita usurpatio res alienae.*

131. Al ultimo punto se responde, que assentado ya, que los Sangleyes quieren jugar de su espontanea voluntad; y que para esto se les pide, y ellos prometen la cantidad moderada que se dixo arriba, pueden los que intervinieron en el pacto, o consentieron, y permitieron el juego, pedir lo que les toca con la distincion que se dixo, que pidiendo antes del juego, o en los dias que juegan, en la misma peticion se incluye consentimiento en la culpa; pero pidiendolo despues, pueden excluir este consentimiento; pero ni en el vno, ni el otro caso incurrén en obligacion de restituir, y en ambos se presupone pecado del permiso del juego, de donde se originan grandes daños, quando los que los permiten tenían obligacion de evitarlos por razon de su officio. Quanto al Padre Vicario, digo, que con mejor titulo que todos puede pedir lo que se le adjudica (siendo moderada la cantidad, que se les lleua del modo dicho) porque el Derecho, cap. Non sane. 14. q. 5. determina, que esto que se dá en precio de lo licito, es mas conforme a la razon, y mas perfeccion que se dá de limosna, q no que se queden con ello los que consintieron lo licito, ni los que pagaron la cantidad para que se los conuin-

tiera. *Isti, si viam vita mutauerint, facilius ea, qua hoc modo adquisierunt, tanquam sua pauperibus largiantur, quam eis, è quibus accepta sunt.*

## CONSULTA XXX.

Sobre si con una manda, que dexó cierto Alcalde mayor en su testamento a los Indios de su jurisdiccion, se pueda pagar lo que debe a dichos Indios de dicha jurisdiccion?

## PROPOSTA.

Pedro difunto, Alcalde mayor, que fué de la Prouincia de N. mandó en su testamento, que se repartiessen entre los Indios 500 pesos, para ayuda de pagar la bandala de todos los pueblos de su jurisdiccion, dode se hallan muchos recibos de avios, sustento, gallinas, arroz, bacas, y otras cosas, que dieron los Indios por orden de dicho Pedro a los que passaban con despachos, y sin ellos: piden dichos Indios satisfacion destas cantidades. Consultase, pues, si el Alcalde mayor, que es al presente de dicha jurisdiccion, podrá justamente hazer, que de dichos 500 pesos se paguen dichas deudas?

## PARECER CLXXXVIII.

132. Respondo, que no es licito, ni puede passar en el fuero interior de la conciencia, ni el exterior de la justicia, que se satisfagan estas deudas con estos quinientos pesos. La razon desto es, porque estos 500 pesos los dexa Pedro por manda, y legado gracioso a los Indios de la Prouincia de N. para que todos los que pagan bandala tengan, y sientan esse aliuio, como consta de la clausula de su testamento, que dize: que por el afecto, y voluntad, que tiene a los Indios de esta Prouincia, les dexa esta cantidad, y no los dexa por satisfacion de deuda: y consta que ay mas hacienda del difunto de que se pueden pagar las deudas que constare ser legitimas, y assi no se ha de impedir esse legado, y manda, para pagar las deudas, ni es bien que estas se paguen a costa de la manda graciosa, aviendo hacienda del difunto para ambas cosas; porque son cosas muy diversas, y no se pueden cumplir ambas con el mismo dinero. Esto consta del Derecho, l. Creditorum. ff. de legatis 2. *Creditorum, cui res pignoris iure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis euiden-*

ter

ter non ostenderetur. Y alli dize Bart. sumando esta ley: *Si debitor legat creditori in dubio non intelligitur animo compensandi.* Lo mismo se determina, l. Creditor. C. de legat. y C. de rei vxorie act. l. Vnic. §. Primum. *Vxor, & amari- to relicta recipiat, & dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea de reliquerit cum manifestissimum sit testatorem, qui non hoc ad- diderit, voluisse eam utrumque consequi.* No aviendo el Alcalde mayor explicado, que dexa a los Indios este legado en satisfacion de lo que debía, se ha de entender, que es distinta cosa, y se les debe cumplir el legado, y demás desto pagarles la deuda. Y las leyes del Reyno en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 9. l. 7. determinan, que si el marido mandare alguna cosa a su muger en el testamento, no se le cuente en la parte, que la muger ha de aver en los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas aya la dicha mitad de bienes, y la tal manda, y en esto convienen comunmente los Doctores, Couarr. cap. Officij de testam. n. 2. Ant. Gom. to. 1. var. cap. 12. n. 27. Molina de iust. tract. 2. disp. 200. Lessio de iust. lib. 2. cap. 29. Layman, lib. 3. sect. 5. tract. 2. cap. 12. Sanch. in op. mor. lib. 1. cap. 13. n. 11. Fr. Luis Lop. lib. 2. de contract. cap. vii.

133. Algunos Autores, que cita Espino Gloss. 8. princ. de legat pure relict. n. 71. dize, que si vno que debe haze donacion, o legado a su acreedor sin tratar de la paga de la deuda, se presume, que con la donacion, o legado le quito satisfacer la deuda, y no la debe pagar por eitar ya satisfecha, si el legado, o donacion iguala, o sobrepaja a la deuda. Fundase en vnas leyes del Derecho, auth. de exhibendis eis. §. Quoniam. collat. 5. y auth. praeterea. C. vnde vir, & vxor. y en las leyes del Reyno, p. 6. tit. 13. l. 7. Todas estas leyes disponen, que la muger que se casó pobre sin dote suficiente con hombre rico, si el marido muere, y no le dexa con que sustentarse decentemente conforme a su calidad, debe llevar la quarta parte de los bienes del marido difunto, y consta de las mismas leyes, que si el marido dexa a su muger algun legado, debe llevar la muger menos de la quarta parte, q se le debia, lo que valiere el legado, y assi juzgan, que se debe hazer en todas las deudas, que por el legado se entiendan pagadas en lo que alcançare. Fundanse tambien en otras leyes, l. Solutionis. ff. de verbor. & rer. signif. *Solutionis verbo satisfactionem quoque comice accipiendam placet.* Dase a entender en esta ley, que de qualquiera forma, que el deudor entregue al acreedor la cantidad que le debe, se entiendo estar satisfecha la deuda, y l. Solutionis. ff. de solutionib. dize lo mismo con ef-

tas palabras: *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quo quomodo factam.*

134. Pero estos fundamentos no convencen: no el primero, porque aquellas leyes disponen, que la muger pobre debe llevar de la hacienda del marido rico la quarta parte, porque no quede desamparada, y que si la muger tuviere hacienda suya de que sustentarse decentemente, no pueda demandar la dicha quarta parte, ni cosa alguna de la hacienda del marido: de lo qual consta, que esta quarta parte, que se debe de la hacienda del marido a la muger por derecho, es deuda subsidiaria a falta de otros bienes: y assi de qualquiera forma, que la muger tuviere con que sustentarse conforme a su calidad, o sea de bienes, que herede de sus padres, o parientes, o sea por legado del marido, cessa la disposicion del Derecho en todo, o en parte conforme la cantidad del legado: lo qual no ha lugar en las deudas rigorosas de justicia, que aunque abunde el acreedor se le debe satisfacer. Puede tambien responder a esto, que las deudas legales, que tienen origen de la disposicion del Derecho, y no de contrato alguno, ni hurto, ni donacion, se recompensan con la donacion, o legado, que haze el deudor al acreedor; porque como el Derecho puso esta carga, y deuda sin voluntad, y consentimiento de los que assi constituyó deudores, quiso aliuar a los que onerava en esto, de que se recompensasse, y pagasse dicha deuda con los legados, o donaciones, si el testador, o donante no explicasse otra cosa. La doctrina desta segunda solucion es comun de los Doctores, Couarr. Ant. Gom. y Molina en los lugares citados, Greg. Lop. p. 6. tit. 9. l. 16. Tello l. 17. Tauri. Tiraquel. l. Si vnquam. ff. de revo. donat. n. 173. Espino, Gloss. 8. princ. n. 73.

135. El segundo fundamento tiene menos fuerza, porque aquellas leyes solamente disponen, que de qualquiera fuerte, que se pague la deuda, queda libre el deudor; pero no dize, que si vno tiene dos debitos se aya de confundir el vno con el otro, ni que si debe dos sumas de dinero por dos diferentes titulos, quede libre el deudor pagando solamente la vna. En el caso presente la hacienda del difunto tiene dos deudas diferentes, la vna de 500 pesos por el legado que hizo, la otra que avia contraido por diferentes contratos con los Indios.

136. Segunda razon: si el dicho testador tuviere intencion de satisfacer con dicho legado a las deudas que tuviere, ya que no huviera declarado esta intencion, y voluntad, por lo menos avia de poner la disposicion de forma, que con dicho legado se pagasse ente-

ramente a todos lo que debiese, y que no se aprouechassen del aquellos a quié no debiese; porque esto es propriamente dexar legado para con él satisfacer la deuda, y esto no se observa en la disposicion del que dexò estos 500. pesos, porque todos los Indios de la Prouincia gozan de la utilidad del legado, y no a todos debe, y a muchos debe mas cantidad de la que les puede valer el dicho legado, y de ninguno se presume tan mala, è imprudente disposicion, que intentando pagar lo que debe, desperdicie el dinero, dandolo a quien no lo debe, y dexando de satisfacer lo que debe. l. Cum de indebito. ff. de prob. *Qui enim soluit nunquam ita resupinus est, ut facies suas pecunias iactet, & indebitas effundat.* Por esta razon aun en la opinion referida arriba de que con el legado, que le dexa el acreedor, se recompensá la deuda, no se pudieran pagar las deudas del dicho Alcalde mayor con este legado, porque aquella opinion solamente afirma, que se puede hazer en caso, que al mismo acreedor se dexa vn legado; pero en este caso son diferentes acreedores, porque este legado se dexa en utilidad de todos los Indios, que en dicha Prouincia contribuyen arroz de bandala, y no es licito excluir a alguno aunque conste, que el testador no le debe cosa alguna, porq es voluntad expresa del testador, que a todos se haga este beneficio: de que se colige, que no dexò este legado formalmente a sus acreedores como a acreedores, ni por satisfacion de deuda a los Indios.

137. Tercera razon mas eficaz. Este legado de 500. pesos no se dexò a los Indios, sino a la hacienda Real, porque dize, que con dicho dinero se pague la bandala, que para gastos de la Milicia se echa de repartimiento a los Indios. Esta bandala es vna compra, que se haze con plata de las cajas Reales, y suele no pagarse por entero, quedando el aver Real debiendo a los Indios lo que falta a la entera satisfacion. De aqui consta, que mandando el testador pagar a los Indios el arroz de la bandala, satisfizo la deuda, que contraia el aver Real, y consiguientemente en fauor del aver Real hizo el legado, librandolo de la deuda que tenia, aunque indirectamente resultò en fauor de los Indios, por averseles pagado con dicho dinero lo que se les debia: y assi si con dicho legado recompensò, ò intentò recompensar alguna cosa que debia, era la deuda al Rey nuestro señor: a quien hizo principal, y directamente el legado, y no a los Indios: y en caso que fuese verdad, que debiese a la hacienda Real los dichos 500. pesos, no siendo probable en el fuero externo la deuda, pudo hazer la recompensacion

con este legado, como afirma Couarrub. cap. Offic. de testam. n. 2. y Molina de iust. tract. 2. disp. 200. y se haze de ordinario en deudas, que no se pueden probar, porque assi se restituye sin rubor, y con facilidad; y mas conveniente fuera al difunto, y a su reputacion (q despues de difunto no le ha quedado otra cosa en esta vida) que demás de dicho legado se pagassen las deudas, que se probaren, que andar averiguando si debe restituir, ò no: y assi siempre que pareciesen deudas ( aunque sean a las mismas personas a quienes aprouechò este legado ) se han de pagar a parte como otra, ni embeber vn gasto en otro; porque la clausula del testamento se ha de cumplir al modo, y con el titulo, que el testador mandò, porque es ley estrecha en que dispone de su hacienda, y se ha de cumplir en todo del modo que lo dispone, y assi se ha de cumplir como legado, y manda, quedando salvo el derecho de aquellos a quienes debiere alguna cosa para pedir la por deuda: y assi los Indios a quienes debia, pueden justificar las deudas, y pedir a la justicia, que las mande pagar al Albacea, y me parece que facilmente conseguirán la paga, porque el Albacea de dicho Pedro es hombre ajustado, de buena conciencia, y viendo que la deuda es legitima, la pagará sin meterla a pleyto. Yo le hablé en este particular, y me prometió, que de muy buena gana satisfará todo lo que constare deberse a los Indios de esta Prouincia.

## CONSULTA XXXI.

*Sobre la satisfacion, que deberá dar vn Alcalde mayor por aver preso a vn Vicario foraneo, y otros escandalosos agrauios, que hizo a vn señor Obispo.*

## PROPUESTA.

Don N. está muy malo, entiendo me llamará que satisfacion será bueno que dé de los escandalos con el señor Obispo N? y mas si dize, que le pidió perdon, ò que quiso ir a pedirselo, y no quiso recibirle dicho señor Obispo, y mas si justifica su causa, que parece vn fanto?

## PARECER CLXXXIX.

138. Responde, que el mayor escandalo que diò, y mas horrendo crime que alli cometió Don N. fue la prision de Pedro Sacerdote, y Vicario del Obispo; que iba a notificarle vn auto, y lo tuvo algunos dias

dias preso, y diò color a su delito, diziendo, y escriuiendo al señor Governador, que iba dicho Pedro con muchos Indios, de que rezelò vn motin, y para evitarlo le prendió, fue gran falsedad. Llevaba consigo seis Indios descargos, sin armas algunas; y si fueran preparados para motin, con la prision del Juez Eclesiastico daba ocasion a que se leuantassen. El Sacerdote estuvo preso todo el tiempo hasta que Don N. quiso soltarle, como si fuera en tierra de hereges: atropellò la inmunidad Eclesiastica, è incurrió en excomunion de la Bula in Coena Domini: esta se puede absolver con la Bula de la Cruzada, pero *satisfacta parte*. El delito escandalizó a todas las Islas, y como el señor Governador diò credito a la capa, que se le diò de evitar motin, se quedó riendo, y la Iglesia agraviada sin satisfacion alguna, y clamando el mal exemplo, para que otros Alcaldes mayores hagan lo mismo. Yo juzgo, que no ofreció satisfacion al señor Obispo; antes èl, y algunos de su parentela aprobaban el hecho sacrilego, especialmente Don N. su hermano, dexandose llevar del fauor del Gobierno. Yo juzgo, que tiene obligacion a escriuir al Governador del Obispado, pues ya es muerto el señor Obispo, y a dicho Pedro, sujetandose a la satisfacion, que le mandaren dar, assi personal, como real en dineros, y a pagar los daños, que por su causa padeció el dicho Juez Eclesiastico en sus bienes, y los Indios que le acompañaban, y que dexa dispuesto en su testamento, que si falleciere antes de dar dicha satisfacion, se satisfaga de sus bienes lo que determinare el Juez Eclesiastico del Obispado por dicha causa. Haziendose assi, se satisface con publicidad al mal exemplo publico, que tiene dado en materia tan sensible contra la Iglesia, y con esta diligencia satisface a los demás escandalos, que aqui no se saben bien: y si resiste a todo esto, temeré mucho su eterna condenacion, y no debe ser absuelto, sino defengañarle, y dexarlo. Preguntele V.R. tambien en general, de si es en cargo de restitution a los Indios de su jurisdiccion? porque dexò en aquella Prouincia malissima opinion de infacible codicia: y especialmente, si tenia dos cabanes desiguales; vno mayor con que recibia, y otro menor con que pagaba? que es cosa abominable ante los ojos de Dios. Prov. 20. *Pondus, & pondus, mensura, & mensura, utrumque abominabile est apud Deum.* Y mas abaxo repite: *Abominatio est apud dominum pondus, & pondus, statera dolosa.* Y Deuter. 25. *Non habebis diuersa pondera, maius, & minus, nec erit in domo tua modicus maior, & minor, pondus habebis iustum, & verum, & modicus equalis, & me-*

*lius erit tibi, ut multo vinas tempore super terram.* Traianlo al señor Obispo el arroz necesario para el sustento de su familia, y cogióle Don N. metiolo en su casa, quedòse con las cañas de las balsas (rateria fue) y luego fue entregando el arroz, midiendolo por el cabá menor, con que pagaba, y se quedò con el resto. Esto se le ha de proponer como cosa referida por acá, aunque lo se de persona fidedigna, y tiene obligacion a restituir a la Iglesia de dicho señor Obispo lo que en esta ocasion se aprouechò: y si debiere otras cosas (que tiene fama de mala paga) que lo pague todo antes de morir, y asegure su alma, y no lo dexa a sus Albaceas.

## CONSULTA XXXII.

*Sobre si al Corregidor de Mariueles le sea licito impedir, assi a los Sangleyes, como a los vezinos de Manila, que no saquen maderas de su distrito? En caso que lo impida, no siendo licito, que satisfacion deba dar?*

## PROPUESTA.

EL Corregidor de Mariueles toma a su cuenta la madera, que se saca desta Isla: parece materia escrupulosa en que se me ofrecen las dificultades siguientes. 1. Si le será licito estorvar a los Sangleyes, que no saquen madera? 2. Ya que le sea licito estorvarlo a los Sangleyes de Manila, si le será licito estorvarlo tambien a los Sangleyes Christianos, que viuen, y moran en estos pueblos? 3. Y en especial a vno, que tenia dada vna cantidad de dinero a los Indios para madera, y esto mucho antes, que el Corregidor viniera a gouernar. Esto lo preguntó atendiendo a la injusticia, que se le puede hazer a este tal Sangley, por causa de que los Indios no buelven el dinero, sino dizen al tal Sangley, que la madera la darán, y la tienen prompta, si quiere el Corregidor: y como de no querer el Corregidor (pongo por exemplo) se sigue, que el Sangley, ni reciba su dinero, ni menos la madera, de lo qual se sigue el lucro cessante; dificulto si el Indio estará obligado a bolver el dinero al Sangley, ò el Corregidor obligado a dexar sacar la madera al dicho Sangley? 4. Dificulto si *ex suppositione*, que el dicho Juez está obligado a dexar sacar la madera, si estará obligado a refarcir los daños, que le pueden aver sobrenenido al dicho Sangley por razon de lucro cessante? Esto de este Sangley no se que sea cierto; pero quiero prevenirme por lo que pudiere suceder. 5. Pregunto, si demos caso que este tal por



aver estorvado a los vezinos de Manila el sacar madera, si se siguió alguna injusticia, que diligencia moral está este obligado a hazer? Lo vno, para saber a quien le impidió; y lo otro, quanto a cada vno: porque pongo por exemplo, demos caso que no aya llegado a Manila, & nunc a estorvarlo a ninguno, sino que sola mente aya dicho, que lo estorvára; y así pregunto, que si destas amenazas se siguió, que Pedro no se atreuió a sacar madera, de lo qual se le siguió el lucro cessante, ó alguna incommodidad de sacar la dicha madera, comprandola mas cara: si estará este tal Juez obligado por razon de la amenaza a restituir los daños sobrenvenidos, y que diligencias serán bastantes moralmente hablando, para que sepa a quien debe restituir? 6. Pregunto, si demos caso, que haga propósito de no estorvar el que saquen maderas, si será bastante para cumplir con su obligacion el que mere passive se tenga en orden a esso de aqui adelante? ó si será necesario el que publique, y diga, que no es de su intención el impedir que saquen madera los que quisieren? La razon de la dificultad en quáto a esta segunda parte, está en esto, porque *ex suppositione*, que él aya impedido el contrato de maderas, parece queda todavía aquel impedimento *adminus virtualiter*, si él no lo manifiesta por expresa voluntad. Además, que quizás muchos a quienes les es lícito el contrato, no se meterán en él, y dexarán de ganar por esta parte, entendiendo dura todavía el inconveniente de no permitirlo el dicho Alcalde mayor. Y assentando que sea necesario el publicar, el que no quiere ya impedir el trato de maderas a los que quisieren: pregunto, que publicacion será bastante? si será bastante el decirlo a los mismos Indios, ó si será necesario el decirlo a Manila a aquellas personas, que le puede parecer a él tratar en esso? Pregunto, si estos Alcaldes mayores pecan mortalmente en tratar, y contratar, aunque no sobrevenga alguna injusticia al trato, sino por razon del officio? Y si demos caso que no les sea lícito por razon del officio (no hablo del officio *formaliter*, sino *concomitantur*, pues segun he oido decir aqui en Filipinas, no puede ninguno ser Alcalde mayor sin que haga juramento de no tratar, y contratar) si le será lícito el dicho trato por razon de materia parva, y quanto le será lícito a este dicho Alcalde, ó si le será lícito tratar, y contratar todo lo que él quisiere, sin hazer agravio a nadie, por la razon de pobreza, ó de no tener todo lo necesario para su casa?

## PARECER CXC.

139. **P**ara responder a las dificultades, que V.R. propone, es necesario suponer la doctrina comun de las maderas, leña, y arboles, que se crian en los montes, y campos comunes, sin beneficio de hombres, pastos comunes, y dehesas. Todas estas cosas pertenecen a los pueblos en cuyo territorio se hallan, y son bienes comunes de todos los vezinos dellos, y no es lícito a los de otros pueblos aprouecharse dellas sin consentimiento formal, ó virtual de los vezinos del pueblo a donde pertenecen. Assi lo enseñan Soto de iust. lib. 4. q. 6. art. 4. §. Dubium autem. Molina de iust. tract. 2. q. 58. Sayro, in Clavi Reg. lib. 1. cap. 10. desde el num. 8. Man. Rodr. in Summ. 1. part. cap. 38. Fr. Luis Lop. 1. p. instr. cap. 149. Toledo in Sum. lib. 5. cap. 20. Cordoba en el Questionario de casos de conciencia, q. 71. Bañez 2. 2. q. 62. art. 3. dub. 4. Aragon ibid. Salon, ibid. contr. 2. y se colige del Derecho, l. Sed celsus. ff. de contrah. emp. *In publico usu habentur, ut est campus martius.* Y §. *Vniuersitatis inst. de reru diuis. Vniuersitatis sunt non singulorum, que in ciuitatibus sunt theatra stadia, & his similia, & si qua alia communia sunt ciuitatum.* Y allí la Glosa distingue dos generos de cosas, cuyo dominio pertenece a la Ciudad; vnas, que el dominio, y el uso es de el comun, y no de los particulares de la misma Ciudad. *Quadam vniuersitatis appellantur, & quo ad dominium, & quo ad usum communem, ut sunt theatra, quaedam vero sunt vniuersitatis, quo ad dominium, & quo ad usum particularia, ut sunt prata vniuersitatis ex quibus commodum percipitur in particulari.* De esta suerte son los montes, y maderas que en ellos se crian, que el dominio es del comun del pueblo; pero el uso es de los particulares del mismo pueblo; y los que van allí de otros pueblos a cortar maderas, cometen hurto, porque ni el dominio, ni el uso les pertenece, l. *Sciendum. ff. Arborum furtim. Caesarum. Sciendum est eos, qui arbores ceciderint etiam tanquam latrones puniri.* De aqui se sigue, que no puede ser lícito al Corregidor de Marivales hazerle señor de los montes de aquel partido, y dar orden, que ninguno pueda sacar maderas sino él, y llevar él solo los aprouechamientos, pagando a los Indios precisamente su trabajo. Esto lo digo assi, no por lo que V.R. dice en la suya, ni por este Corregidor de agora, sino porque assi corre en Manila, que ha algunos años, que qualquiera que va por Corregidor a esse partido, luego se sueña el Principe de los montes, y que él solo tiene

tiene dominio en ellos, y que para esso le dán el Corregimiento. La razon desto ya queda arriba advertida, porque los montes no son suyos, pues ni los ha comprado, ni los heredó de sus padres, y quando lo hizieron Corregidor, no lo hizieron señor de dichos montes, ni le dieron facultad en nombre del Rey para que vendiesse, y hiziesse trato de las maderas, pues antes por leyes, y ordenanças Reales les está prohibido el trato a los Juezes en el termino de su jurisdiccion: y quando le dieron el officio, le mandaron jurar las ordenanças Reales, y entre ellas esta, que no trataran en el distrito de su jurisdiccion. Pero dexando a parte esta prohibicion, y juramento (de que se tratará despues) y atendiendo solamente a la parte, que puede tener vn Juez, y Superior de vn partido en los montes, y prados comunes del distrito de su jurisdiccion, se ha de dezir, que puede tener parte como los vezinos, y naturales del pueblo; porque parece conforme a la razon natural, que el Superior, aunque no sea vezino, ni natural del pueblo, por el tiempo que lo tiene goze de los bienes comunes como parte, y miembro principal de aquella comunidad: ó por mejor dezir, como cabeza della, y por esta causa podrán participar de los bienes comunes algo mas, que los demás vezinos del pueblo. En esto concuerdan comunmente los Doctores, y mas expresamente Couarr. de pract. quæst. cap. 37. Molina, tract. 2. de iust. 59. Sayro in Clavi Reg. lib. 1. cap. 11. desde el num. 5. los quales prueban allí, que el Superior del pueblo, que tiene amplia jurisdiccion en él, no es dueño de los montes, y prados; y si se haze señor de ellos, è impide a los vezinos los aprouechamientos, que debieran tener, está obligado a restituir. Añaden, que puede aprouecharse de dichos montes al doble, mas que otro qualquiera vezino, de fuerte, que él solo saque como dos vezinos, con tal que con essa saca no haga daño notable, ni impida a los demás vezinos sus aprouechamientos. Esto supuesto, es facil aplicar la doctrina comun a las dificultades que se proponen.

140. A la primera dificultad se responde, que es lícito al Alcalde impedir a los Sangleyes, que van de fuera de esse pueblo a cortar maderas, porque no son vezinos de esse partido, y assi no tienen derecho alguno a los montes, y maderas, y bienes comunes del. A la segunda dificultad de los Sangleyes avezindados en esse partido respondo, que si han viuido allí diez años, tienen derecho como los naturales de allí a los bienes comunes; pero si no han viuido allí diez años, no están connaturalizados, y se presume que es-

tán allí por sus ganancias como huespedes, y consiguientemente no tienen derecho para participar de los bienes comunes. Assi consta del Derecho, l. *Nec ipsi. C. de incolis. Nec ipsi qui studiorum causa aliquo loco morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint.* Y mas abaxo: *Si alijs rationibus domicilium habere probatus fuerit, mendacium quo minus muneribus fungaris, non proderit.* Y en las dos leyes siguientes se determina, que a los que en la forma referida no tienen domicilio adquirido en el lugar, no les pertenecen las cargas, y honores de aquel lugar; y en las leyes del Reyno, part. 3. tit. 2. l. 32. se determina con mas claridad, que los que en vna Prouincia, ó Ciudad han viuido diez años, adquieren allí derecho de naturalidad, de fuerte, que ya no deben ser tenidos por estrangeros, sino por vezinos, y naturales de allí. Y Sclorc. in Polit. Ind. lib. 2. cap. 2. y Burgos de Paz in l. 3. Taur. n. 367. y otros muchos Autores Regnicolas, que estos citan, dicen, que es costumbre general de España, que el que ha viuido largo tiempo, como diez años en vna Ciudad, es tenido por vezino, y natural della con mejor titulo, que el que nació en la misma Ciudad, si no ha morado continuamente en ella. Por esta causa haria agravio el Alcalde, y estaria obligado a restituir al Sangley, si le impidiesse cortar maderas, y aprouecharse del monte; si no es que el Sangley con su mucha actividad, y arte, se apropiasse a si casi todo el provecho de las maderas, ó mucho mas notablemente, que los Indios, que en tal caso el Sangley con su astucia, y actividad incurre en la misma culpa, y obligacion a restituir, que el Alcalde, que con su potencia se apropria a si todos, ó los mas provechos de los montes comunes: y assi puede el Alcalde moderar el exceso del Sangley, y aun como Superior, y justicia tiene obligacion a ello.

141. A la tercera respondo, que el Alcalde haze agravio a los Indios impidiendoles sacar la madera para pagar al Sangley el dinero que del recibieron, y también haze agravio al Sangley, aunque no esté en esse partido connaturalizado, porque el agravio inmediatamente lo haze a los Indios impidiendoles el trato de las maderas de su pueblo, y quitandoles los aprouechamientos, que de dicho trato pudieran tener, y apropiandose a si el señorío de los montes comunes, redúnda consiguientemente en agravio, y daño del Sangley, porque pone impedimento a la paga que se le debe, y assi la obligacion de restituir al Sangley incumbe mas inmediatamente a los Indios, que recibieron el dinero con obli-

obligacion de entregarle madera; y no pudiendo entregar esta, aunque injustamente sean impedidos, deben bolver el dinero, porque la venta no tuvo efecto, y el Alcalde mayor estará obligado a pagar a los Indios esta ganancia, que les impidió, y las demás, que por semejantes impedimentos dexaren de tener. Y en caso que los Indios no restituyan al Sangley el dinero, ó por no tener, ó por no querer, está el Alcalde obligado a restituir al Sangley, porque es causa injusta de que los Indios no le paguen en madera, pues en esta podian, y querian pagarle; cap. Si culpa, de iniurijs, & damno dato. *Si tua culpa datum est damnum, satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse contingere vel iacturam.*

142. A la quarta respondo, que si constare que huvo lucro cessante, lo debe satisfacer el Juez, que puso el impedimento. Pareceme, que si el Sangley no estava connaturalizado en esse partido del modo referido arriba, no avrá avido respecto del lucro cessante, porque en tal caso no tenia derecho para sacar mas madera de aquella, que tenia pagada a los Indios, y está siempre que se la dieren tendrá el mismo lucro, si no es que la detencion fuere tan grande, que se deba presumir, que el Sangley huviera ya vendido la madera, y huviera en otra parte hecho otros empleos del dinero.

143. A la quinta respondo, que los vezinos de Manila no tienen derecho alguno adquirido a la madera de estos montes, y assi por esta causa no se les debe restituir cosa alguna, ni por averla comprado mas cara de otra parte, ó del mismo Corregidor, que la tiene estancada, porque juzgo que tendrán por mejor comprarla algo mas cara al Corregidor, que esperar la flemma de los naturales, y como dicho es, no tienen derecho adquirido a dicha madera. El daño lo haze a los Indios, porque hecho el Juez dueño de los montes, y no dexando que otro saque sino él, ó con su orden, los Indios de esse partido, a quien la misma naturaleza dió en sus pueblos essa madera para alivio, y sustento de sus habitantes, no tienen facultad de vender maderas a su voluntad, ni de tener aprouechamiento en ellas. Por esta causa es cierto, que por dicho impedimento debe restituir a los Indios lo que huvieran ganado, si les huviera dexado facultad de tratar en maderas, y venderlas a Españoles, y Sangleyes. He oido dezir por acá, que la excusa del Corregidor es, que lo haze porque no engañen los Sangleyes a los Indios, lleuandoles las maderas por baxo precio. Con esta razoncilla se ciega para enga-

ñarse a si mismo, y proceder con la injusticia hasta la eterna condenacion, porque dicho impedimento no conduce para que los Indios tengan mas utilidad, sino para que la tenga el Juez, y los Indios carezcan de la facultad de vender sus maderas aun por esse baxo precio.

144. Lo que podrá hazer esse hombre para poderle abolver, es lo primero componer esso del Sangley, dando facultad a los Indios para que le entreguen la madera, que les tiene pagada, y si ha mucho tiempo que el Sangley pagó el precio de las maderas, que le dé por cada año de demora a razon de diez pesos por ciento, que es la cantidad ordinaria que se paga a los mercaderes por el lucro cessante, que aunque el Sangley huviera ganado mas, pero sería con riesgo, cuidado, y trabajo, y parece suficiente esos diez pesos por ciento seguros, y sin trabajo; ó compongase con el Sangley, el qual quedando contento, sin intervenir amenazas, ó brabatas de parte de Juez, ni temor de parte del Sangley, queda todo ajustado. Lo segundo, a los Indios por lo que hasta aora les ha impedido el vender, y tratar en las maderas a su voluntad, es menester satisfacerles. Primeramente se ha de ver si les ha pagado el trabajo, que han tenido en los cortes, y arrastres de las maderas, que el Juez ha vendido, segun les pagara otro particular, que no fuera alli Corregidor, ó Alcalde, porque lo que les huviere dado menos lo debe satisfacer, porque los Indios subditos no lo perdonan de voluntad, sino a mas no poder. Lo segundo, demás del trabajo corporal de cortar, y arrastrar las maderas, han de participar los Indios de la ganancia del trato; porque si solamente se les pagasse su trabajo como a jornaleros, y todo el demás prouecho, que de la venta de las maderas se sacasse, lo lleuasse el Corregidor, es lo mismo que hazer suya la madera de los montes, y venderla como suya, y quitar toda la utilidad a los naturales del partido cuya es. Quanto a esto, si hasta aqui de toda la madera que ha vendido, no ha pagado a los Indios mas que su trabajo, debe satisfacer en esta forma: que haziendo cuenta de todo lo que ha ganado, saque de ai todo lo que pareciere merecer su trabajo, y cuidado, puede se le aplicar hasta trecientos pesos en vn año, y lo que restare se ha de repartir entre todo el pueblo, tomando para si el Corregidor su parte proporcionalmente, de fuerte, que al Corregidor le quepa tanto como a los Indios, como se dixo arriba. Lo tercero, si ha impedido que los Indios traten en maderas, y vendan a quien quisieren, les ha de pagar todos

los prouechos, y ganancias, que huvieran tenido, quitando de ai vna buena parte por la incertidumbre de dichas ganancias, y por el trabajo, y ocupacion, que avian de aver tenido en ellas, porque lo que estava en esperanças con alguna incertidumbre, no vale tanto como lo que actualmente se posee, ni es conforme a justicia, que sin trabajo, y ocupacion gane tanto, como si de hecho se ocupara, y trabajara.

145. A la sexta respondo, que para saber lo que debe a los Indios de lo que les ha impedido de ganancia, se ha de valer de algun Indio, que entre los Indios lo sepa averiguar, y que se atreua a dezirle la verdad de lo que averiguar: y el mismo Corregidor puede, si quiere, echar de ver quanto huvieran vendido estos Indios, si él no lo huviera impedido, y puede darles sin trabajo de ellos la quarta, ó quinta parte de lo que con trabajo huviera ganado. Quanto a lo futuro les ha de dar a entender a los Indios del partido, que pueden libremente tratar en maderas, y venderlas a quien quisieren, y como quisieren; y notese bien la doctrina de Sayro in Clavi Reg. lib. 11. cap. 11. n. 4. y de Cordoba, q. 150. y es comun de que el Superior, y Juez, que tiene jurisdiccion en vn pueblo, si se apropria las maderas, y frutos de los campos comunes, sin pagar su parte a los vezinos, ó si les impide sacar utilidad de dichas maderas, ó frutos, está obligado a restituir, y no le excusa desta obligacion el que los subditos no pidan la restitucion, ó la perdonen, porque se presume, que callan, ó perdonan por temor, y a mas no poder, y esto se presume mas en los Indios, por estar mas sujetos, y ser mas timidos, y pusilánimes.

146. A la vltima dificultad, de si es licito a los Alcaldes mayores, y Corregidores tratar, y contratar, se responde, que el trato, y contrato en el distrito de su jurisdiccion, les está prohibido por ordenanças Reales, y se les ponen graues penas a los que las quebrataren; y demás desto antes de ir a exercer el oficio, les obligan a jurar dichas ordenanças. No obstante esto se excusan de pecado mortal, si la materia en que tratan es parva: como si en todo el tiempo de su gouierno no passá de 200. pesos, ó empleelos todos de vna vez, ó de muchas vezes; porque aquella es materia graue en materia de negociacion, que bastare para que vno se pueda dezir mercader, ó tratante, y solos 200. pesos de empleo, no bastan para constituir a vn hombre simpliciter, & absolute mercader, sino secundum modum: y quien tratasse con esta moderacion, no vá enfascado en la codicia; y la razon vá

mas desahogada para conocer, y evitar los agrauios de los Indios; pero adviértase, que si en el trato de estos 200. pesos hiziesse daño, ó agrauio de consideracion, sería pecado mortal, no contra la ordenança Real, que prohibe el trato, ni contra el juramento de guardarla, sino contra los preceptos naturales, que prohiben hazer daño, ó agrauio al proximo.

147. Quanto a la segunda parte desta pregunta, si les será licito tratar en cantidad mas graue, sin hazer agrauio a nadie: respondí, que yo tengo por cierto, que es pecado mortal; porque es cierto, que los Reyes, y Principes Seculares pueden obligar a sus subditos a pecado mortal con sus leyes, y mandatos: assi consta de la Sagrada Escritura, ad Rom. 13. *Necessitate subditi estote non solum propter iram* (por la pena que os pueden dar) *sed etiam propter conscientiam*: Por no manchar la conciencia con la culpa de la desobediencia a las leyes; y la intencion del Rey en esta prohibicion, que pone a los Alcaldes, y Juezes de que no traten, y contraten en su territorio, está conocida, que viendo quan dañoso es de ordinario al bien comun, que los Juezes traten, y contraten, les quiso obligar en ambos fueros a no tratar: púsoles graues penas, y manda, que juren dichas ordenanças, para obligar a su observancia por todos caminos; y dezir, que el Rey poniendo penas temporales a los transgresores, es señal que no fue su intencion obligarlos a culpa, lo tengo por falsissimo, porque si el Rey no quisiera obligar en el fuero de la conciencia, sino solamente a pena, no venia a proposito mandarles jurar las dichas ordenanças; y muy bien se compadece querer obligar a culpa con las leyes, y castigar con penas temporales a los transgresores, y cae muy bien la pena temporal sobre el que cometió la culpa.

148. No obstante esta doctrina, que tengo por verdadera, no he de negar, que ay Theologos, que con alguna probabilidad afirman ser licito el trato a los Alcaldes mayores en su distrito. Fundanse en que las leyes, que ponen penas temporales, no obligan a culpa: es opinion de algunos, que la dán por probable; y como las ordenanças Reales, y leyes del Reyno, ponen penas temporales a los transgresores, de ai se sigue, que en esta opinion no obligan en conciencia, y no obligando a pecado mortal las leyes, ó ordenanças, de la misma fuerte no obliga a pecado mortal el juramento de guardarlas, por que el juramento, que se haze de guardar leyes, ordenanças, y estatutos, sigue la naturaleza, y fuerza de obligar de los mismos estatutos, leyes, ó ordenanças, como enseñan comun-

munmente los Doctores, y se colige claramente del Derecho, cap. Exiui de Paradiso. Clem. do verb. signif. De aqui se colige, que segun dicha opinion no es pecado mortal en los Alcaldes mayores, y Juezes de las Prouincias tratar, y contratar quanto quisieren dentro de los terminos de su jurisdiccion, y solamente estarán obligados a pagar la pena temporal, si los convencen, y sentencian; y se aumentará alguna cosa la probabilidad de esta opinion; si se agrega mas otra opinion, que tiene alguna probabilidad, que dize, que cesando el fin de la ley en algun particular, cessa la ley, y no obliga en aquel caso, ó persona particular. La ordenança Real, que prohibe la negociacion a los Juezes, se puso para obiar los agrauios, è injusticias, que de tratar los Juezes se suelen seguir, y assi cesando estos totalmente en algun Alcalde mayor muy temeroso de Dios, dexará de obligar la ordenança, y tambien el juramento, que cae sobre la obligacion de la ordenança, y la supone.

149. Por estas dos opiniones, que por lo menos *abextrinseca* tienen alguna probabilidad, y por estar tan entablado entre los Alcaldes mayores, que les es licita la negociacion, que es imposible persuadirles lo contrario, se les puede permitir el trato, y absoluerlos, con tal que por la negociacion no hagan a los Indios los agrauios, que por dicha negociacion se originan, como atrauestar todos los generos, que ay vendibles en toda la Prouincia, que es daño grauissimo al bien comun vender el solo, y llevarse todas las ganancias del trato, quitar la libertad, que por derecho natural tiene cada vno de comprar, y vender a quien quisiere, y como quisiere; y aunque no atrauiesse mas de todo vn genero, es daño graue al bien común. Suelen tambien comprar mas barato, que lo que valen los generos en el pueblo, sin arrearfe el Indio a pedir mas de lo que le quieren dar, y a vezes obligan a los Indios a que les vendan lo que ellos no quisieran vender: ocupanlos por fuerza en sus tratos, y a vezes sin pagarles el tiempo que los ocuparon, y otros agrauios, que suelen hazer los Juezes, especialmente entre Indios, que no tienen recurso, ni resistencia; y solamente indicando el Alcalde mayor su voluntad, es grauissima violencia. Con qualquiera cosa destas; que haga el Alcalde mayor con sus tratos, no se le puede absolyer, si no dexa el trato, ó dispone hazerlo sin daño de otros, y solamente se le podrá absolyer, si comprasse, ó vendiesse sin ocupar a los Indios, ni traerlos de vnos pueblos en otros, si no es que consite, que gustan los mismos Indios de la ocupacion, y pagandoles, y

sin otro agrauio, ó daño del comun, ó particulares, sino que comprasse, y vendiesse a los Indios, como si les comprara, ó vendiera otro Indio: desta suerte se les puede permitir la dicha opinion del trato, y negociacion, y de otra manera no.

## CONSULTA XXXIII.

*Quanto estará obligado a restituir vn Alcalde mayor, que atrauiesse toda la cera, que se halla en el distrito de su jurisdiccion?*

## PROPUESTA.

EN esta Prouincia tiene el Alcalde mayor pueito vn Español, que compra toda la cera con ropa, hierro, dineros, y es de tal abilidad el Español, que apenas llega vn negrillo al pueblo, que luego está sobre él, y se la compra, con que les quita a estos pobres necesitados el comprar vn poco para acudir a sus necesidades: y si algun poco compran, vá dicho Español con buenas palabras, y con el dinero, ó ropa, y se la compara, ó por mejor dezir arrebatá; porque el llegar vn Español a estos pobres, especialmente recién baxados, a pedirles algo, es arrebatarfe. Aora aunque el Almirante no les dé orden de arrebatarlo, supongo es grande injusticia: aora pregunto, que deberá restituir el Alcalde mayor por cien chinantas? v.g. que avrá comprado, ó por mil, pongo por exemplo. Advierto por vltimo, que el Almirante paga la cera segun el precio corriente, que son quatro pesos la chinanta, y los pobres la pudierán vender a seis al Champan, y comprar, y trocar con ropa mas barato.

## PARECER C.XCI.

150. LA propuesta supone, que el Almirante está obligado a restituir, y pregunta quanto respectiuamente, como de ciento, ó mil chinantas de cera, que aya comprado. Dize V.R. que paga la cera al precio corriente en la Prouincia, que es a quatro pesos la chinanta, è indica que la ropa, y hierro, que dá por la cera, no la encaxa por mas subido precio del que ai tienen, y se colige de que el Almirante tiene ai plata, y hierro, y ropa, y en la commutacion de la cera al que por ella quiere plata, dá plata, y al que quiere ropa, y al que quiere hierro, hierro: con que ya tenemos libre al Almirante de la obligacion de restituir por la desigualdad del precio, y solamente queda que determinar, que

que deberá restituir por los daños, que se originan de atrauestar toda la cera de esta Prouincia con mano poderosa, y mediante la eficaz diligencia de su agente?

151. El primero, y mas principal daño, que suele originarse de atrauestar todo vn genero necesario al gasto del pueblo, ó de la Prouincia, es, que a los que han menester aquel genero para su gasto, ó necesidades se les quita la abundancia, y les cuesta mucha dificultad hallarlo, y mas dinero, porque sube el precio, y se encarece el genero quando vno lo atrauiesse todo: por lo qual si de atrauestar el Almirante toda la cera se siguieran dichos efectos, estaria sin duda obligado a restituir, porque todos los de la Prouincia tienen derecho a gozar de aquella abundancia, y a comprar al precio corriente, y el que lo atrauiesse priua a todos deste derecho, y les damnifica en el exceso del precio: y esta doctrina es mas cierta, y verdadera del que con potestad superior atrauiesse todo el genero, y no permite, que compren otros, que actualmente podian, y querian comprar, por que a estos injustamente se les impide comprar al precio moderado, que en aquella ocasion corre. En el caso presente juzgo, que por esta causa no está el Almirante obligado a restitucion, porque los Indios gastan poca, ó ninguna cera, y está poca facilmente la hallan; y en esta Prouincia nunca les falta a los Religiosos la necesaria para su Iglesia, y gasto: y la razon que mas haze al caso es, que el precio sentado de la cera, que nunca se varia en esta Prouincia, es a quatro pesos la chinanta. Assi valia quando yo estaua en esta Prouincia, y assi se refiere en la pregunta, que vale aora, y he oido dezir, que siempre tiene, y ha tenido esse precio: por lo qual de atrauestar el Almirante toda la cera en estos pueblos, no se sigue que suba mas el precio en dichos pueblos, ni en lo restante de la Prouincia, ni que falte a los que la han menester la necesaria, aunque no aya tanta abundancia, y assi por esta causa no resulta obligacion de restituir, sino es que con tanto aprieto se atrauiesse toda la cera, que el Religioso, que la ha menester para su Iglesia, ó el Indio para entierro de su pariente, huviere de tener gasto de las diligencias de buscarla, por no hallarse sino con muchissima dificultad: en tal caso deberia restituir lo que se gastasse en dichas diligencias; pero si en dichas diligencias no se gastó cosa precio estimable; no avrá obligacion de restituir: mas si por falta de cera no se hiziesen en las Iglesias con decencia los Divinos Oficios, seria pecado mortal, pero sin obligacion a restitucion alguna, pues no

huvo gasto originado de dicho atrauestar. Si el daño fuese solamente vn poco de mas cuidado, y trabajo, que tienen los Religiosos en buscarla para el Culto Divino, será pecado venial, sin obligacion de restituir.

152. El segundo daño, que se origina de atrauestar la cera, es el que se refiere en la pregunta de que los Indios pudieran llevar la cera al Champan, y venderla a seis pesos, y el Almirante se la paga a quatro: en este caso si los Indios estuviessen ya en los pueblos de Lalo, ó de Tocolana, cerca de donde está el Champan, y allí el Almirante les comprasse la cera, deberia restituirles por cada chinanta dos pesos mas, que ellos allí proxicamente podian ganar, sin mas dificultad, ni riesgo. Si en los pueblos nuevos de la Mission, ó en Cagayan, les comprasse el Almirante la cera, que querian llevar a vender al Champan, no les debe restituir igualmente todo aquel exceso en que la podian vender mas de los quatro pesos, por el costo, y trabajo, que avian de tener en llevarla a Lalo, que está distante tres, ó quatro dias de camino, y por los riesgos, è impedimentos, que podian ofrecerle para venderla al precio de seis pesos. Por estas causas dize S. Thomas, que el que impidió a alguno conseguir algun bien, que no le tenia muy seguro, no debe restituirle igualmente todo lo que valia aquel bien, sino que por las dificultades, y riesgos ha de restituir algo menos con proporcion, a arbitrio de hombre prudente. Assi lo afirma 2.2.q.62.art.2.ad 4. *Tenetur quidem ad aliquam recompensationem pensatis conditionibus personarum, & negotij secundum arbitrium sapientis, non tamen tenetur ad equale, quia illam nondum fuerat adeptus, & poterat multipliciter impediri.* Si algunos querian llevar desde dichos pueblos a Lalo a vender al Champan quinze chinantas de cera, y el Almirante se las compró por sesenta pesos a razon de a quatro, y en el Champan pudieran ellos sacar nouenta pesos, vendiendola a razon de a seis pesos la chinanta, me parece que les deberá restituir el Almirante, no los treinta pesos, que esperaban ganar mas, sino los veinte, baxando la tercera parte por los riesgos, y gastos en ir a Lalo, y bolver. A los que no tenían comodidad de llevarla a vender al Champan, ó no trataban de esso, no está obligado a restituirles cosa alguna por esta causa.

153. Aunque en la propuesta solamente se inquiera de la obligacion de restituir, que le corre al Almirante, es menester advertir, que no solamente el Almirante, sino su agente, debe restituir en caso que se damnifique a alguno en el atrauestar la cera, por



que ambos concurren a hazer el daño, el vno mandandolo, y el otro executandolo, segun el Apostol, no solamente los que obran el mal, sino tambien los que lo consienten son dignos de la pena. Ad Rom. 1. *Digni sunt morte non solum, qui faciunt sed etiam, qui consentiunt facientibus.* El executor del daño por mandado de otro, consiente con el que se lo manda, y lo executa: es verdad que en primer lugar está obligado a la restitucion el Almirante, porque el que manda hazer el daño es el principal damnificador, como dize S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 7. *Ille qui imbet est principaliter mouens. Unde ipse principaliter tenetur ad restituendum.* Pero si el Almirante no restituye, carga la obligacion de restituir sobre esse su agente.

## CONSULTA XXXIV.

*Si los Alcaldes mayores, y otros Juezes están obligados a cumplir las ordenanças Reales, que juran de guardar quando les cometen estos officios, especialmente la ordenança de no tratar, ni contratar en el distrito de su jurisdiccion?*

## PROPOSTA.

Quando se dá algun officio de Alcalde mayor, ó Corregidor, ó Juez de alguna Prouincia, se le obliga antes que vaya a exercer el officio a jurar ciertas ordenanças, todas justissimas, pero muchas, y rigorosas. Y supongo que están obligados a hazer el juramento, sin restriccion alguna mental, sino de cumplir, y observar aquellas ordenanças a la letra como fueren.

Esto supuesto, preguntó lo primero, si por cada vez que quebranta qualquiera ordenança peca mortalmente por razon del juramento, exceptuando algunas, como la ordenança que les manda, que obliguen a los Indios a sembrar cocos, la qual no puede obligar en la Irraya, y Itabes, donde se han sembrado muchas vezes, y nunca dán fruto?

Lo segundo, vna ordenança dispone, que el Barangay, ó barrio, que no llega a treinta tributos, se agregue a otro en muriendo el Cabeza, ó Principal que lo gouierna, y no paffe al heredero del Principal difunto; y fuele aver Barangay de ocho tributos, y dexan que paffe de vnos herederos a otros; y aun he visto, que Barangay que no llega a treinta tributos, lo han dividido en dos para hazer a otro Cabeza: si en esto se quebranta el juramento?

Lo tercero, en las Prouincias distantes de

Manila pueden los Alcaldes mayores, que gouiernan la Infanteria dar officios de guerra, como hazer Alfereses, Capitanes, Sargentos mayores, con obligacion de que estos Oficiales faquen la confirmacion del señor Governador, y Capitan General, y fueren contra ordenanças Reales quedarle exerciendo dichos officios con solo el nombramiento del Alcalde: si esto es licito por razon del juramento?

Lo quarto, compran vino, y lo remiten a los Governadores, y Tenientes de los pueblos de Indios para que lo vendan: figuense de aqui borracherias, inquietudes, pendencias, y heridas, y ay ordenança Real, que les manda evitar las borracheras, y ofensas de Dios.

Lo quinto, en las ordenanças Reales se determina la cantidad de arroz, que ha de comprar el Alcalde mayor para su sustento al precio que corre en la cosecha; y aunque esta cantidad es mas de lo que el Alcalde puede gastar en vn año, la compra, y recoge toda, para vender con ganancia quando ay poco arroz, todo lo que no ha menester. Las mismas ordenanças les prohiben el trato, y mercancia: de aqui se dá a entender, que la ordenança no permite, que compre mas de lo que ha menester para su gasto, y si le basta menos compre menos.

Lo sexto, si pueden tratar en el distrito de su jurisdiccion trayendo hierro, y ropa de Manila, y trocandolo aqui por cera, y embiando la cera a vender a Nueva-España? Bien sé, que ay opinion de algunos, que dizen, que es licito con tal, que en el trato no hagan agravio a los Indios; pero hallo por experiencia, que esto en la practica es imposible, por ser los Indios parvulos, y los agentes del Alcalde mayor, por temor de que les quite el officio, hazen buscar la cera aunque les cueste a los Indios muchissimo trabajo, y para aprovecharse van de trampas hasta en el peso de la cera; con que se ven salir estos agentes muy aprovechados.

Lo septimo, otros Españoles ay en esta Prouincia, que quisieran comprar cera para embiar a vender a Manila, y tener alguna ganancia, y no pueden, porque el Alcalde tiene distribuido dinero, y ropa, y hierro, para que luego que aya cera, antes que llegue otro, la compren para él; y demás desto no se atreven a hazer ellos diligencia por respeto del Alcalde, y por no tener algun encuentro con él. Si con buena conciencia puede persequer en este trato, que le está prohibido, impidiendo tenerlo a los demás a quien no está prohibido, y si por esta causa debe restituirles?

Lo

Lo octauo, si es licito al Alcalde dar adelantado dinero, ó generos a los Indios; para que despues lo paguen en cera?

Lo noueno, si el Alcalde mayor huviere mostrado sentimiento, ó huviere avido pesadumbre porque supo, que alguna cera no llegó a sus manos, por averla comprado antes otro; si no obstante esto le será licito al Confessor dexarle proceder en su trato en la misma forma?

Lo dezimo, si aviendo el Alcalde recogido todos los generos, que ha comprado, en su casa, le será licito irlos vendiendo con la ganancia acostumburada, y comprar toda la cera, que le traxeren a su casa a vender, como no les obligue por fuerza?

En España está prohibido el trato a los Juezes por las leyes del Reyno, y pecá mortalmente los que tienen trato: pues por mayor razon aqui, donde por ser los Indios defvalidos, no pueden, ni saben resistir a los agrauios.

## PARECER CXCII.

154. Antes de responder a la pregunta primera se ha de suponer, que en el juramento que hazen los Alcaldes mayores de guardar las ordenanças Reales, deben hazer el juramento conforme la intencion del Rey, que les manda jurar, y en el sentido que significan las palabras con que hazen el juramento, sin usar de equivocaciones, ó amphibologias mentales: y si lo hazen de otra manera, diziendo vna cosa con las palabras, y teniendo intencion en el corazon de jurar otra cosa, son perjuros, y juran falso, y mentira. Esto lo convence la razon, porque mentira no es otra cosa, sino que las palabras no concuerden con lo que está en la mente: explica, y dá a entender vna cosa al que le recibe el juramento, y tiene otra cosa en el corazon: esto es mentir, y junto con el juramento es perjurio jurar en mentira. Demás de vencerlo la razon consta expresamente del Derecho, cap. In dolo. 22. q. 2. *In dolo iurat, qui aliter facturus est, quam promittit, cum perjurium fit nequiter decipere credentem.* Jurar de guardar las Reales ordenanças con intencion de guardarlas en la escrivania, quando la intencion del que se las manda jurar es, de que cumplirá en la obra lo que en ellas se manda, es perjurio, juramento falso, y doloso, engañando al que le recibe el juramento, que cree, que jura llanamente lo que le mandan jurar; y cap. Iuramenti. 22. q. 5. *Dominus inter iuramentum, et loquelam nostram, nullam vult esse distantiam.* El juramento para que sea licito, y

verdadero ha de estar conforme con las palabras, que exteriormente se pronuncian; porqué si la intencion es de jurar vna cosa, y otra se explica con las palabras, esta distancia que ay entre el juramento, y las palabras constituye juramento falso. Y cap. Quacunque. q. ead. *Quacunque arte verborum quisque iuret, Deus tamen qui conscientia testis est, ita hoc accipit sicut ille cui iuratur, intelligit.* Y alli la Glossa, hablando del que jura equivocadamente en otro sentido diferente del que le recibe el juramento; dize, que peca por dos vias, por que jura el nombre de Dios en vano, y por que focapa del juramento engaña al proximo: *Talis dupliciter peccat, scilicet, quia nomen Dei sumit, in vanum, et quia proximum dolo caput.* De aqui se sigue, que el Alcalde, que jura con intencion de jurar otra cosa diferente de la que le mandan jurar, peca mortalmente, y es perjuro, y demás desto le obliga el juramento en el sentido, que hazian las palabras a los que le recibian el juramento, y le oian jurar, porque de aquellas palabras en aquel sentido puso a Dios por testigo de cumplirlas.

155. Esto supuesto, respondo ad 1. que el que jura de guardar ordenanças, no jura absolutamente de hazer las cosas, que se mandan en las ordenanças, sino segun disponen las ordenanças, que se guarden en la forma, que en los Colegios obligan los estatutos, que todos los Colegiales quando entran en el Colegio juran de guardar, y en ellos el juramento obliga de la fuerte, que obligan los estatutos; y assi los estatutos en que se pone precepto formal, obliga el juramento, que se haze de guardarlos, a pecado mortal: y en los estatutos, que por parvidad de materia solamente obligan a pecado venial, de la misma fuerte obliga a pecado venial: y los estatutos, que se ponen como simples ordenaciones, ó consejos, ó direcciones, en que el legislador no quiso obligar a culpa, de la misma fuerte el juramento, que se haze de guardarlos, no obliga a culpa, ni es pecado quebrarlos, por que como queda dicho, no se haze juramento de hazer aquellas cosas, que dizen los estatutos, sino de guardar los estatutos como estatutos, que es lo mismo que dezir, que se haze juramento, y se obligan por él a guardar aquellas cosas en la forma, que los estatutos disponen que se guarden. Y esto consta del Derecho, cap. Ex vii Clem. de verb. signif. §. Cum igitur. El caso desta Clementina es, que los Religiosos de S. Francisco hazen la profession con estas palabras: *Promitto semper hanc regulam observare.* Y la Regla, que prometen a Dios de guardar, contiene muchas cosas di-

verías: dudóse si todas ellas obligaban debaxo de pecado mortal, porque todas las prometē, y de guardarlas todas hazen voto en la profesión. Consultóse sobre esto a la Sede Apostolica, y respondió allí, que no todas las cosas contenidas en la Regla obligan a pecado mortal: *Quo ad quedam transgressio est mortalis, at quo ad quedam alia non, cum ad quedam ipsorum verbum apponat precepti, & quo ad aliqua verbis alijs sit contentus.* De la fuerte que la Sede Apostolica explicó en la Regla de S. Francisco, que no todas las cosas, que en ella se mandan obligan a pecado mortal por razon del voto, sino que las cosas en que la Regla pone precepto, obligan a pecado por el voto, y en aquellas en que no pone precepto, no obliga a pecado el voto, porque el voto se haze conforme a la Regla, y obliga de la fuerte que la Regla dispone: pues lo mismo es del juramento, que se haze de guardar las ordenanças Reales, que obliga en la forma, que obligan las ordenanças Reales. Pongo exemplo en la Real ordenança en que se manda a los Alcaldes, que compelan a los Indios a sembrar cocos: esta ordenança no obliga en los parages donde no fructifican los cocos; y de la misma fuerte no obliga el juramento, que sigue a la ordenança. Consiguientemente a esta doctrina se ha de dezir, que el Alcalde mayor no peca mortalmente siempre que quebranta alguna ordenança por razon del juramento, sino que se ha de ver quanto obligue cada ordenança; y las ordenanças cuya materia fuere graue, y constante que el Rey quiere obligar debaxo de pecado mortal a su observancia, obliga tambien en ellas el juramento en la misma forma; y las ordenanças cuya materia fuere leve, ó la voluntad del Rey no fuere obligar a su observancia debaxo de pecado mortal, no obligará en ellos el juramento a pecado mortal.

156. Ad 2. respondo, que la ordenança, que dispone, que el Barangay, ó barrio, que no llega a 30. tributos, muriendo el Principal, y Cabeza del, se agregue a otro, no parece cosa graue, ni de mucha importancia, y assi permitir el Alcalde, que el sucesor lo herede, no es pecado mortal, ni por razon de la ordenança, ni por razon del juramento; pero será pecado venial por el desorden, que traen consigo tantos Barangayes pequeños. Diuidir vn Barangay pequeño, lo juzgo pecado mortal, por el agrauio que se haze al dueño del, poniéndole a riesgo de que otro Alcalde se lo quite al dueño, ó a los sucesores, por verlo tan corto, excepto si la diuision se hiziese por alguna causa urgente, como si huviera

pleyto muy difícil de averiguar a qual de dos Principales pertenece, de que se pudiesen originar inquietudes, y disensiones perpetuas entre los Indios; que en tal caso sería licito para concordarlos, y quietarlos, diuidirlo. 157. Ad 3. respondo, que no es pecado mortal por no ser cosa graue, y los damnificados en no sacar la confirmación del gouierno, son los mismos Oficiales, que se contentan con el nombramiento del Alcalde, y por escusar las costas, y trabajo no sacan la confirmación, sabiendo que dichas plazas sin dicha confirmación, solamente son tenidas por buenas dentro de esta Prouincia, y saliendo de ella, los que las obtienen, ó obtuvieron serán tenidos por soldados sencillos.

158. Ad 4. respondo, que la ordenança, que les manda poner toda diligencia en evitar borracheras, y otros pecados publicos, es de materia graue, que obliga a pecado mortal, y consiguientemente tambien obliga a pecado mortal el juramento: y mayor pecado será contra la misma ordenación, y juramento, si el mismo Alcalde dá la ocasion a las borracheras, embiandoles vino, sabiendo que de esto se sigue grauíssimo daño, y disturbio en el pueblo, y teniendo obligación a evitarlo; pero si embiasse vino con moderación, dando orden, que no se vendiese generalmente a todos, sino a aquellos solamente, que se entendiese, que lo compraban para alguna necesidad, ó para su sustento, ó para viar del moderadamente, no sería pecado.

159. Ad 5. respondo, que comprar el Alcalde mayor todo el arroz, que en las ordenanças se le señala para sustento de su casa, no aviéndolo menester tanto, puede acontecer de dos modos. El primero, si compra todo aquel arroz para tener con abundancia en el gasto de su casa, y como suelen dezir, mas vale que sobre, que no que falte, por esta razon le señala la ordenança tanta cantidad de arroz: y esta misma razon puede mouer al Alcalde para comprarla toda, como mouió al que dispuso la ordenança. Si lo hiziese desta forma; no es contra la ordenança Real, que les prohíbe el trato, ni contra el juramento, ni es pecado, sino muy licito, y buen gouierno de su casa; porque el sustento necesario, como el arroz, no ha de estar tassado; y aunque despues el año siguiente, quando ya se coge arroz nuevo, ó está cerca de cogerse, viendo que le sobra cantidad, lo vendiese para que no se le pierda, no sería trato, y contrato, ni negociacion, ni contra la ordenança, ó juramento, sino vna venta accidental de lo que compró para su sustento, y no para revender, y le sobró. El segundo modo de comprar

prar dicho arroz es, que sabiendo que para su sustento no ha menester tanto arroz; sino mucho menos, por ser muy corta su familia; ó por otra qualquiera causa, y no obstante esto lo comprasse con intencion de venderlo despues quando valga mas caro: esto es en rigor verdadero trato de negociacion, prohibida a los Alcaldes mayores, y en ello se quebranta la Real ordenación; porque trato de negociacion, es comprar para vender con ganancia, ó comprar barato para vender caro; como define el Derecho; cap. Quid est. dist. 88. La dificultad está, en si esto será pecado mortal, por ser contra el juramento de guardar las ordenanças Reales. La mas probable opinion es, que es pecado mortal de perjurio, porque la ordenança, que prohíbe a los Juezes, y Alcaldes la negociacion en el distrito de su jurisdicción; es vna ley, que dispone en materia graue, porque es convenientissimo a los pueblos, que los que gouernan no se embarázen en el trato de mercancia, y se originan grauíssimos daños ordinariamente de que traten, y contraten; y no contentándose el Rey con prohibir en sus leyes, y ordenanças el trato a los Juezes en los terminos de su jurisdicción, sino demás desto mandarles, que juren de guardar dichas ordenanças; es indicio clarissimo de que quiso; y es su intencion obligar en ambos fueros, y que no obstante que pone pena temporal a los transgresores, quiso tambien obligarlos en el fuero de la conciencia a culpa mortal de perjurio. Y si solamente fuera la intencion de su Magestad, que los transgresores incurriesen en las penas temporales, que ponen las leyes, no era necesario obligarles a hazer juramento de guardar dichas ordenanças. No obstante que la opinion referida es la mas probable, y que en nuestra Religion siempre ha sido tenida por verdadera, no se puede negar, que otros Theologos defienden la opinion contraria; de que los Juezes, y Alcaldes no pecan mortalmente contra la dicha ordenança, ni contra el juramento en tratar, y contratar. La razon desta opinion es, porque es opinion probable de algunos Doctores, que quando los Principes en sus leyes ponen penas temporales contra los transgresores, no tienen intencion de obligarlos a culpa en el fuero de la conciencia, porque de los Principes se presume piedad, y amor a sus subditos, y que no quieren en sus leyes castigarlos con dos castigos graues por vna misma transgresion, a las penas temporales que pone la ley, y a la pena eterna por la culpa mortal. Por lo qual como en las leyes se ponen penas graues temporales a los Juezes, y Alcaldes, que

contratan en el termino de su jurisdicción: de aqui se sigue, que no es voluntad del Rey obligarles en la conciencia con dichas leyes, y ordenanças, y no obligando en conciencia la ley, y ordenança, se sigue, que ni obliga el juramento, que como se dixo arriba sigue a la ordenança, y se conforma con ella. De esta opinion tienen en esta tierra noticia todos los Alcaldes mayores, y la siguen, y no es posible persuadirles la contraria. Ayudales a esto ser los officios destas Islas de poca utilidad, y ser muchos los gastos, que los Alcaldes hazen en los despachos, y medianata, que pagan antes de ir a los officios; y en la residencia quando los acaban. Por lo qual al Alcalde mayor, que sin agrauio, ni detrimento de persona alguna tratate, y contractare, se le puede permitir dicha opinion, que no es improbable; ni está condenada por la Sede Apostolica.

160. Ad 6. respondo, que llevar hierro de Manila para venderlo en esta Prouincia, es trato de mercancia, y negociacion, que se haze en la Prouincia donde tiene officio de Juez; y lo mismo es si el hierro se trueca por cera para embiarla a vender a España, ó compra la cera con plata, porque todas las acciones referidas son proprias de mercader, y commutaciones ordenadas inmediatamente al aumento del dinero, sin mudar la materia, y en esto consiste la negociación. Siendo, pues, este trato de mercancia prohibido en las ordenanças Reales a los Juezes en el termino de su jurisdicción, se ha de dezir lo mismo que en la resolución antecedente de las dos opiniones allí referidas, y explicadas.

161. A lo que se añade de que practicamente es imposible, que tratando el Alcalde dexé de aver daños, y violencias contra los Indios, por ser desvalidos: respondo, que mas imposible es apartarlos del trato de mercancia, porque ya saben que ay opinión de Theologos, que se lo dá por licito, y predicarles contra esto, es predicar en desierto; y aunque dexáran la negociacion, no por esto se escusáran otros daños, y facalñas mayores, que hizieran a los Indios para pagar los gastos, que hizierón en los despachos del officio, y los que esperan hazer en la residencia. Que dexé el Alcalde mayor de buscar dinero en su officio, no es creíble, porque de ordinario se dán estos officios a hombres de meritos en la Milicia, y pobres, para que en semejantes officios busquen con que remediar sus necesidades, y gastos que tienen en los despachos, y residencia: y menos malo es, que lo saquen del trato, que de robos, que hagan a los Indios. El Derecho dispone, que de dos inconvenientes, ó males,

males, se elija el mejor, cap. Duo. dist. 13. *Duo mala licet sint omnino cautissime precauenda, tamen si periculi necessitas ex his unum perpetrare compulerit. Id debemus resolvere, quod minori nexei nascitur obligare.* Menor mal es el trato, y mercancia, que el robo, porque permitiendoles el trato se les permite cosa, que segun opinion probable la pueden hazer sin pecar, si procuran que en sus compras, y ventas no se haga agrauio, ni molestia a persona alguna, y se les dexa camino para que sin daño de tercero ( si quisieren ) puedan buscar para pagar los gastos de sus despachos, y refidencia; y si demás del trato, que pudieran usar sin daño de tercero, quieren alargarse a hazer injusticias, y molestias, pecarán mortalmente, y estarán obligados a restituir: y si los agentes del Alcalde mayor hazen los agrauios, y robos, peca el Alcalde mayor mortalmente, si lo sabe, y no lo remedia, y estará obligado a restituir; porque aunque él no mande hazer los daños, tiene obligacion por su oficio a impedirlos, como dize S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 7. *Restituere tenetur ille, qui non obstat, cum obstat teneatur.* Y está obligado a saber, y averiguar, como lo hazen aquellos a quien encomienda estas agencias para con los Indios.

162. Ad 7. respondo, que vn mercader no está obligado a aguardar, y dar lugar para que compre otro mercader, sino a cada vno le valga su diligencia; y aunque al Alcalde está prohibida la negociacion, y a los demás Españoles les es licita, y permitida, no por esto haze agrauio a los Españoles, ni obra contra justicia commutativa, sino contra justicia legal: y assi por esta causa no está obligado a restituir, porque la restitucion es acto de la justicia commutativa, que mira la satisfacion, y recompensa del daño, que se hizo a otro en sus bienes, como dize S. Thom. 2. 2. q. 62. ar. 1. Pero la justicia legal atiende a la direcció del bien comun, y gouierno de la Republica, como dize el mismo Santo, 2. 2. q. 61. art. 1. ad 4. Por lo qual, si de las acciones malas, que se hazen contra lo que las leyes justas disponen para el buen gouierno, no resulta daño en los bienes de alguno, no ay obligacion de restituir: y assi aunque por causa de atrauesar el Alcalde toda la cera de la Prouincia, no hallen los Españoles cera para sus tratos, no está el Alcalde obligado a restituirles por esta causa. Solamente pecaria contra justicia, y estaría obligado a restituir, si a otros que se huvieran adelantado a comprar cera, aviendo ya comprado, o conuenido con el vendedor, y no obstante esto los agentes del Alcalde con mano poderosa la comprassen; o si prohibiessé, o pusiesse miedo para que los

que traen cera no la vendiessen a otros, sino al Alcalde: en estos casos estaria obligado a restituir a aquellos a quien impide las ganancias, porque esto no seria ganar por la mano a los otros mercaderes con diligencia, y cuidado, sino quitarles violentamente contra justicia el derecho, que tienen a comprar los generos, que ay en la tierra, para tener alguna ganancia.

163. Ad 8. respondo, que en dar el dinero adelantado, o los generos, para que despues le paguen en cera, no ay inconveniente, si no es que les compela; y haga fuerza para que reciban el dinero, o generos, y se obliguen a pagarle en cera; pero si todo esto se haze sin fuerza, con consentimiento espontaneo de los que reciben el dinero; y generos, no ay mas culpa que el trato, y contrato del Alcalde, del qual ya se dixo, que está en opiniones su justificacion.

164. Ad 9. respondo, que si el Alcalde ha mostrado sentimiento de que otra persona aya comprado alguna cera, le debe obligar el Confessor antes de absolverle, a que diga, y proteste ante las personas de quien se entiende, que querrán comprar cera, que lo pueden hazer libremente, y que de ninguna fuerte lo llevará mal, y que todos se valgan de su diligencia. La razon desto es, porque con el sentimiento, que hizo de que otro comprasse cera, puso temor a otros para que no se atreuan a comprarla, y esto es quitarles con violencia el derecho, que tiene cada vno para sus tratos, y esta violencia siempre persevera, hasta que con palabras, y obras dé a entender a todos los que quisieran tratar en cera, que no les impedirá, ni se dará por ofendido de que todos la compren.

165. Ad 10. respondo, que segun la opinion referida arriba, es licito al Alcalde mayor vender en su casa todo lo que tiene comprado, con su ganancia, como venda sin fraude, y sin violencia, y no venda por mas del justo precio, que tienen las cosas al tiempo que las venden; y de la misma fuerte no peca en comprar toda la cera, que la traxeren a vender, con tal que no se les aya puesto fuerza, o miedo para que se la traygan a vender.

166. Al argumento, que se propone al fin, respondo, que aqui, y en Europa tiene la misma probabilidad la opinion referida, de que la ordenança Real, que prohibe a los Juezes el trato en el termino de su jurisdiccio, debaxo de penas temporales, no obliga a culpa; pero en aviendo daño de tercero, en todas partes es pecado, con obligacion de restituir.

## COBRADORES, y Champaneros. CONSULTA XXXV.

*Sobre si el cobrador, o Champanero, que cobran la bandala del Rey con ganta, que tiene una chupa de mas, deban restituir esta chupa, que va de mas en cada ganta?*

### PROPOSTA.

VN hombre vá con vn Champan a la Laguna a cobrar el azeyte del Rey, y lleva vna ganta, que tiene vna chupa de mas, y dize a los Indios: Mirad si quereis medir? Y ellos conociendo, que es grande la ganta, sin embargo miden el azeyte: dudase si está obligado a restituir, porque por vna parte parece que ay injusticia en materia graue, pues fuele sacar de mas a mas ochenta gantas para si, y por otra parte parece; que conociendolo los Indios, y midiendo, ceden de su derecho, no saben si por miedo, o por estar persuadidos a que lo deben hazer por estas razones. La primera, por las mermas que tiene dicho azeyte. La segunda, porque dicho hombre les dá tres tostones a los mozos, que van por dicho azeyte, y no pueden sustentarse sin estos provechos. La tercera, por la dilacion de entregar dicho azeyte con gasto del Rey, y esta detencion es por floxedad de los Indios.

### PARECER CXCIII.

167. A La consulta se responde, que el Arraes, que vá por el azeyte para el Rey a la Laguna, y en lugar de ganta usa para medirlo (quádo lo recibe de los Indios) vna medida, que excede a la ganta ordinaria puesta por la justicia, en vna chupa, peca mortalmente, y tiene obligacion a restituir; por que suele traer vn Champanero tantas mil gantas de azeyte, y sacar de ganancia tantas mil chupas, quitadas injustamente a pobres Indios miserables, que es circunstancia agravante *intra eandem speciem*. A lo que se alega en fauor del Arraes, se responde lo primero, que las mas vezes no saben los Indios el exceso de la ganta, hasta despues por el efecto. Consta que ha auido Indios; que obligados, o por mejor dezir, mandados, que entreguen por bandala ocho gantas, han llevado nueue bien medidas, y no ha auido bastante, y les han forçado a bolver a traer mas para cumplir las ocho gantas, que con la chupa mas, y modo de medir rebolsando, en que au-

mentan el primer hurto (y deste modo se les ha de preguntar en la confesion) excedia tanto a la igualdad de la ganta puesta por la justicia; y lo mismo acontece en el arroz, que los que van por la bandala cobran vna ganta mas en cada cabán; y está mandado por el Gouierno; que no hagan este ladroncio, y todavia lo hazen: y supe que en vna ocasion partieron las ganancias desta ganta, y modo de medir, el Champanero, y el Alcalde mayor, y halló el Alcalde mayor de ganancia mas de mil cabanés, que el mismo me dixo, que los restituiria, y antes de llegar a prometer esto, alegaba muchas razones para no darse por obligado a la restitucion. Supo deste caso el P. Fr. Juan de los Angeles siendo Prouincial, porque fue *extra confessionem*, y llegó primero a su Reuerendissima, el qual me le remitió a mi. Y en Nueva-España vn encomendero cobró algunos años el tributo por vn peso, que pesaua vn real mas; y estando cercano a la muerte, el Confessor (que era Religioso nuestro, Cura de aquel partido) no le quiso absolver; hasta que consintió en que se diese vn publico pregon en el pueblo de que todos los Indios, que huviesen pagado tributo a aquel encomendero aquellos años; viniessen a su casa por la plata, que les avia llevado de mas. Hizose assi, y a la puerta de la casa del encomendero (donde solia cobrar los tributos) se fue pagando a sus dueños, todo lo que constó averles llevado mas. Riguroso remedio fue el deste Padre; pero necesario para que aquel encomendero se salvasse, y efectiuamente se hiziesse la restitucion, y para que se deshiziesse el escandalo publico, que todos los Indios por el efecto conocian el agrauio que se les hazia.

168. Lo 2. supongo, que los Indios antes de medir el azeyte saben, y se les dá a entender a todos el exceso de la medida: en este caso es peor; porque añade el arroz sobre el hurto circunstancia de rapina; porque a vista de ojos, vestido con el nombre de Ministro del Rey, haze la violencia; y quita aquel exceso al Indio, que no se atreue a replicar por el miedo. La pregunta refiere; que el Arraes dize, que sabiendo los Indios, que la ganta es grande, no obstante esto miden: no dize, que consienten, o gustari del exceso de la ganta; ni que se lo dan de gracia (y dize verdad) sino que miden. Esto mismo hazen los que pagan vísufas; que sabiendo que no las deben las pagan: y quando en sierra Morena salen saltadores a los caminantes a pedirles la bolsa, sabiendo los caminantes que no la deben; callan, y la dan. A las razones, que se alegan para persuadir, que los Indios



consentirán, ó deberán consentir en dar mas aquel exceso, se responde, y a la primera de las mermas, que la bandala se les fáca a los Indios con titulo de compra, de suerte, que el Rey compra esta cantidad de azeyte a los Indios ( aunque despues suelen no pagarles, pero esta es injusticia de otros Ministros, en que no son culpados los Arraes ) y en todas las compras, y ventas passa el riesgo de lo que se compra al comprador en todas las mermas, desde el punto que el vendedor lo entrega al comprador, ó a sus criados, ó a quien en su nombre lo pide. Esto es cosa cierta, y usada en todas las compras, y ventas, sea al fiado, ó pagado el dinero de presente, que nunca el vendedor dá tanto mas al comprador por las mermas, que puede, ó ha de tener: y la razon es evidente, porque en las compras ( aunque sean al fiado, ó con la paga de presente ) luego al punto que el vendedor entrega la cosa al que la pide en nombre del comprador, passa la cosa assi comprada al dominio del comprador, y consiguientemente si se perdiese toda, la pierde el comprador, como dize aquella regla comun: *Quidquid perit domino perit*; ó como dixo el Apostol: *Quis est tu, qui iudicas, alienum servum? Domino suo stat aut cadit.* De la misma suerte si la cosa comprada se aumenta, los aumentos son para su señor, que lo es ya el que lo compró, y si mengua, el señor padece las mermas; y assi es injusticia pedirle al Indio, que pague las mermas, que tuvo el azeyte, quando fuele cierto que las tuvo: y mayor injusticia si antes de aver mermas se les manda, que las paguen por si acaso las huviere.

169. A la 2. razon del salario, y sustento de los mozos, que van con el Arraes a conducir el azeyte, se responde, que los que van a comprar la mercaderia para llevarla a donde manda el comprador, son ministros del comprador, el qual los debe sustentar a su costa; y querer que el vendedor, que vende en su tierra el azeyte, pague los mozos que embia el comprador, es cosa ridicula, que no lleva camino. Y para que mas claramente se les dé a entender, se confidere, que dichos mozos quando van a comprar van embiados del comprador, y consiguientemente el comprador los ocupa, y assi les debe pagar: quando compran, y reciben, hazen vezes del comprador, pues en su nombre lo reciben: y quando lo llevan ya comprado, van ocupados, y cuidando de la cosa, que es ya del comprador. Luego por ninguna causa, ni titulo tiene el vendedor obligacion de sustentarlos, ni a la ida, ni a la estada allá, mientras se compra, y recibe, ni a la buelta, ni por esta causa se le

puede pedir cosa alguna al vendedor. Yo no hallo mas titulo para mandar a los Indios pagar mermas, y sustento de los mozos, que el ser los Indios pobres miserables, que no se atreuen a resistir al Español, especialmente quando vá cubierto con capa, ó focapa de Ministro del Rey.

170. A la 3. razon, que dize, que los Indios por su floxedad causan detencion en conducir el azeyte, conque se hazen gastos al Rey, y al Arraes, se responde con tres soluciones, todas ciertas, y evidentes. La 1. los Champaneros con fogosidad quisieran, que en llegado estuviessé allí todo el azeyte prevenido, para no tener que hazer mas, que llegar, y cargar, y no advierten, que en vna cantidad grande de azeyte, que se ha de ir juntado de muchos, que lo han de ir trayendo, es necesario naturalmente que aya detencion. Aqui en Manila entre Españoles, en qualquiera cosa en que deben intervenir muchos ay detencion, y los mas diligentes, y apressurados reciben molestias, y esto es necesario ordinariamente, porque entre muchos es fuerza, que aya contingencias de detencion, ó impedimentos. Segun esto la detencion es connatural a este negocio de conducir, y comprar tanto azeyte, y consiguientemente los gastos de ella los debe pagar el dueño de este negocio, que es el Rey, que lo manda conducir: por lo qual si el Arraes por dicha detencion gasta algo de su bolsa, de ninguna fuerza se lo ha de pagar el Indio, sino el Rey cuyo negocio haze el Arraes. La 2. supongo, que el Indio por su natural floxo se detiene mas, que otro que fuesse Español. Digo, que el Indio no está obligado a salir de su passo natural por causa de la bandala, ni para escusar los dichos gastos está obligado a darse mas priessa, ni a poner mas diligencia, que la que pone en sus propios negocios, y assi estos gastos no tuvieron los Indios obligacion de evitarlos, y consiguientemente no tiene obligacion de pagarlos: debelos pagar el Rey Real; porque supuesto, que quiere comprar a los Indios, quiere tener este trato con ellos, y quiere conformarse tambien con su modo, y detencion, que ellos tienen connaturalizado en sus tratos, y negocios. La 3. a los Indios les van a fácar el azeyte a titulo de compra, y las mas vezes no se lo pagan, y la vez que llegan a pagarles, es mucho menos de lo que vale; luego a los Indios es licito escusar quanto pudieren dar el dicho azeyte, dilatarlo, y esconderlo: Harto haze el Indio en callar, y sufrir quando llegan a quitarle desta manera el azeyte, que se ha costado su trabajo, y lo tenia para remediar su pobreza, y no está el mismo

mismo obligado a entregarlo, quando se lo quieren robar a titulo de compra. Sepa pues el Arraes, que vá a vna execucion muy violenta, y que les es licito a los Indios el divertir, y escusarla quanto pudieren, y que procure el pobre escusar vna violencia, no es titulo para que sea licito al Arraes aumentarsela. La 4. solución con que se verá mas clara la injusticia desta facaliña es, que los Indios no detienen al Arraes todos igualmente, por que vnos llegan mas presto, y otros despues, y otros mas tardios; luego si dicho exceso de la ganta se les lleva por causa de la detención, a los primeros, y diligentes, no se les avia de llevar esse exceso; y a los que se tardaron poco, se les avia de llevar poco; y a los que mucho, mucho: luego obra injustamente, y con notable desigualdad en llevarles a todos igualmente vna chupa en cada ganta. Yo tengo noticia de que muchas personas pretenden con grande ahinco ser Champaneros del Rey, porque dizen, que tienen grandes ganancias: bueno fuera que las moderassen, y restringiessen a lo justo, para no perder las almas con tanta injusticia.

## CONSULTA XXXVI.

*Sobre si el cobrador, ó Champanero estén obligados a restituir el arroz, trigo, azeyte, &c. que llevan de mas en la medida de la bandala, por aver hecho colmar demasadamente las medidas, segun se acostumbra por razon de las mermas, que han de tener forçosamente estas cosas, las quales han de entregar al almacenero del Rey, sin merma alguna?*

## PROPUESTA.

Pedro fue a cobrar tributo a dos pueblos, y de cada tributo que dá 55. gantas de arroz, fáco de mas 8. gantas, por ser la ganta colmada: en otros pueblos fáco 14. gantas de mas en cada tributo: cada tributo tiene dos cabanes, y 5. gantas, y en 1193. tributos fáco de mas 463. cabanes, gastó en mermas 186. Preguntase si está obligado a restituir los otros 277. ó si todos 463? Haze en su favor, que al Rey se lo ha de entregar el cabal, y el arroz tiene mucha merma, ya ex se, ya del raton, ya del mudallo, ya de otras muchas averias. Contra él haze, que despues de cumplir todas estas quebras le ha sobrado mucho arroz; pero él no lo fáco violentamente, sino que todo lo dicho se vá assi, y de otra manera se perdieran los cobradores, y Arraes, a los quales dán los cobradores de las gantas, que a ellos les dán por mermas, dos gantas de mas.

Item, Pedro fue a cobrar el trigo, que compra el Rey, y en la medida de 900. picos (por ser colmada) fáco de mas de 35. a 40. picos despues de cumplidas las partidas del Rey, y mermas; pero él no los violentó, ni hizo fuerza. Preguntase si puede Pedro quedar se con ellos a titulo de cumplir las mermas, y ser vfo, y no aver avido violencia? Y se advierte, que el Alcalde mayor se quedó con otros cien picos de las sobras de tres gantas, que dán mas en cada pico por las mermas: y este vfo está asentado, que ni lo ha impuésse el Alcalde mayor, ni el cobrador, ni han hecho violencia. En esta misma ocasión le ofrecieró los Sangleyes labradores a Pedro vn regalo de vna colcha, y dos paños de manos, y algunas gallinas: y aviendo oido dezir aora, que se presume violencia siempre que el Indio dá al Español, dize, que le parece ser assi, y duda si tiene obligacion de restituirlo todo.

## PARECER CXCIV.

171. Responde se al primer punto de la consulta, que Pedro debe restituir todos los 463. cabanes. La razon es, porque las mermas, y riesgos de todas las cosas son a cuenta de su dueño: *Domino suo stat aut cadit.* Rom. 14. y es regla comun de los Sumistas: *Quidquid perit domino perit.* El Indio assi que acabó de pagar su tributo, y lo entregó, pagó el dominio del arroz al Rey en cuyo nombre lo recibe el cobrador, como Ministro del Rey, y assi se le haze injusticia al Indio en pedirle las mermas, que ha de tener el arroz quando ya no es del Indio, y está costumbre es contra derecho natural, como lo es que pague vno las mermas, y peligros de lo que no es suyo, ni corre por su cuenta cuidar de ello, y ya esta costumbre está reprobada por el Gobierno, que siempre que los señores Governadores la han sabido, han embiado decreto prohibiendola, y se ha introducido por violencia de los cobradores, que han hecho diferentes extorciones a los Indios, que traen el arroz, hasta que los pobres han tenido por bien dar esso de mas: y he oido dezir a personas fidedignas, que en los almazenes se les admiten mermas a los Arraes, y si algunos dellos no las piden, es por averlas refarcido a costa de los Indios, *sibi imputent*; y aunque no se las admitan, y se pierdan, no es licito fácar a los Indios essas gantas de mas: por que si vno me quita a mi lo que yo no le debo, no por esso me es licito a mi quitarlo a otros pobres. Demás, que a vno que fue mucho tiempo Arraes comuniqué, y él tambien era el cobrador, y era buen Christiano, y de-

xaba a los Indios medir a su gusto, para no defraudarles en la medida ( como suelen hazer los mas rehinchendo el cabán) y no queria que le dieffen ganta de mas, y dize, que le fobraba arroz: y esto mismo dá a entender el que pregunta el caso, diciendo, que le fobrò mucho arroz. Es verdad que este no ponía la esperança de sus medras en estos hurtillos a los Indios, sino en mantas, y ropa, que lleuaba a vender a los pueblos de los Indios, y cofillas que traía de los pueblos de los Indios a vender a Manila: y todos los que pusieren la mira en medrar en lo que les fobrare del arroz, que facan de los Indios, harán muchas injusticias.

172. Al 2. se responde, que la injusticia es clara, porque colmar tanto la medida, que sobre tanto, y demás desto facar mas tres gantas en cada pico, no es querer guardarse indemne en las mermas, sino buscar en las mermas titulo para hurtar: y como se dixo en la resolucion del caso antecedente, es contra derecho natural, que el vendedor del trigo pague las mermas, y riesgo, que ha de tener despues de vendido a otro; y assi está obligado a restituir estos 35. ò 40. picos a aquellos a quienes los comprò, y avisar al Alcalde mayor, que aquellos cíe picos los debe restituir: debe avisar, porque él como cobrador fue el instrumento por donde se les cobraron contra justicia: si el Alcalde no los restituye, se ha de ver el influxo, ò operacion, que tuvo Pedro en que se cobrasen aquellas tres gantas de mas en cada pico, que si influyó, y fue causa moral de que se cobrasen, deberá restituir Pedro en caso que no restituya el Alcalde; pero si del Alcalde salió, que se cobrasen dichas tres gantas de mas, para quedarse él con ellas, no debe restituir Pedro, aunque no restituya el Alcalde, porque no tuvo obligacion de resistir al Juez de la Prouincia, ni malquistarse con él por causa de defender la hazienda agena, porque el Alcalde mayor está obligado mas que el cobrador, a defender a los Indios.

173. A lo vltimo que se añade se responde, si Pedro no pidió tal regalo, sino que se lo traxeron sin averlo significado, se puede quedar con él, y entender que se lo dieron de su voluntad; y es cierto, que se lo pudieron dar, porque *quisque sua rei est moderator, & arbiter*. l. In re mandata. C. mandati. Y es cosa muy connatural, y conforme a razon, que cada vno disponga a su gusto de sus cosas: y del Sangley es mas facil de entender, que lo dá sin violencia, que del Indio, especialmente siendo esso cosa no de mucho valor, y esta calidad suelen dar regalo los Sangleyes a los

Juezes, y a sus Ministros por tenerlos gratos en lo que se ofreciere, y por otros fines, que ellos se faben, es politica suya.

## CONSULTA XXXVII.

*Sobre si cierto cobrador deba restituir unos dineros, que sacò con fraude de unos labradores, aviendoselo ellos perdonado por averlo así pedido dicho cobrador, haziendo ademán a quererles pagar?*

## PROVVESTA.

**A** Pedro, de quien se habló en el parecer antecedente, a quien dieron los Sangleyes el regalo de la colcha, paños, y gallinas, pidieron dichos Sangleyes (viendo que las pagas del Rey ván a la larga) que intercediesse con el Alcalde mayor, que les pagasse: hizolo, y les traxo el dinero, que fueron 800. pesos: ponderòles, que a su negociacion se debía el buen despacho: pidòles vn regalo, y pareciendole, que no se componia a su gusto, les dixo, que les daría la mitad, y en otra ocasion la otra mitad, hasta que le dieron 60. pesos, y entonces les hizo la entrega de todo el dinero. Preguntase si tiene obligacion de restituir los 60. pesos? Fuele a confessar, y le mandaron restituir, y el año siguiente quando fue a cobrar les pidió, que le perdonassen, y hizo ademán de quererles pagar, y ellos dixeron, que le perdonaban. Preguntase si por este perdon desta manera está libre de la obligacion de restituir? y todo el ademán ha sido en los 35. picos del trigo.

## PARECER C.XCV.

174. **R** Espondo, que horrible codicia indica en Pedro el querer, que qualquiera accion se le pagasse a peso de plata có tanto colmo: sin duda que aquel regalo de la colcha, paños, y gallinas, fue con fin de que hiziesse por ellos esta suplica, y Pedro a ley de agradecido debió hazer la suplica aviendo recibido aquel regalo; y aviendo sido él quié cobró el trigo, no iba fuera de camino, que él tuviesse alguna obligacion de hazer diligencia para que se les pagasse. Finalmente sacò los 60. pesos con violencia injusta, porque tenía obligacion a pagar luego toda la cantidad, y era injusticia la detencion de la mitad con que les amenazaba. Assi lo afirma Soto de iust. lib. 4. q. 7. art. 4. Molina de iust. tract. 2. disp. 756. y comunmente los Doctores; y aunque algunos con Nauair. cap. 17. n. 65. dizen, que puede el deudor retener parte, y dilatar la

la paga, lo explican en algún caso raro, quando se sigue daño graue al deudor de pagarlo todo junto luego, y al acreedor no se le sigue prouecho de mucha importancia en la dilacion; pero en este caso no hubo mas causa para la amenaza, sino sacarles con extorsion injusta estos 60. pesos, está sin duda obligado a restituirlos. A la segunda parte deste caso se responde, que aquel ademán no le excusa de la obligacion, que tiene de restituir, por que el perdon fue violento. Este punto no consiste en mas Theologia, que vn prudente arbitrio, y presuncion: esse hombre vá con potestad de comprador, y Ministro del Rey, pideles que le perdonen, conocen la codicia con que suele portarse, que les amagò el año antecedente a quererles quedar con la mitad del dinero (aquel dezirles os pagaré aora la mitad, y en otra ocasion la otra mitad, entendieron los Sangleyes, ò Indios con razonable fundamento, que se queria quedar con aquella mitad, que entonces no pagaua, por que ido vna vez con ella, entenderá qualquiera prudente, que sardina que lleua el gato, nunca buelve al plato) porque no le dabá regalo, aviendole regalado antecedentemente; tengo por cierto, que este perdon fue violento, y que debe facar el dinero del trigo, y los 60. pesos, y entregarlos efectiuamente a sus dueños.

TRIBVTOS, QUE  
cobran los Champaneros, y cobradores.

## CONSULTA XXXVIII.

*Sobre si a las donzellas prohibidas, que aun no han cumplido 25. años, se les pueda licitamente cobrar tributo?*

## PROVVESTA.

**E**N esta Prouincia las muchachas donzellas, que tienen padres, no pagan tributos hasta que han cumplido 25. años: las que no tienen padres, sino que viuen, y se sustentan por sí, pagan tributo, aunque no ayan llegado a dicha edad. Los cobradores han dado en que las muchachas a quienes prohijan los Indios, por no tener ellas padres, lo deben pagar antes de dicha edad, y se duda si están obligadas a ello?

## PARECER C.XCVI.

175. **R** Espondese, que las donzellas prohibidas no deben pagar tributo

hasta que tengan la edad de los 25. años, que se requieren para que pague tributo las que tienen padre, y madre, y assi no se lo pueden pedir los cobradores. La razon desto es, por que las que están en poder de sus padres, y son menores de 25. años, están excusadas de tributo, porque no tienen administracion de sus bienes por derecho, sino que son gobernadas por sus padres. l. Hoc aedictum. ff. de minor. 25. annis. *In hanc usque aetatem adolescentis curatorum auxilio reguntur, nec ante rei sua administratio eis committi debet.* Y la misma razon corre de las prohibidas, que no tienen 25. años, porque son gobernadas por otros, y no tienen la administracion de sus cosas; y aunque la adopcion, y prohibicion se haga sin autoridad de justicia, sino que solamente de hecho vn Indio reciba por hija a vna muchacha de menor edad, lo qual no basta para inducir cognacion legal, ni impedimento de matrimonio; con todo esto basta para excusarlos de la obligacion de pagar tributo, porque para esto basta que por su poca edad no tengan la administracion de sus bienes, aunque no estuviessen debaxo del gobierno del tutor, ò curador: y assi para que a vna muchacha menor de 25. años se le pueda llevar tributo, es menester, que se gouierne a sí misma, y tenga la administracion de sus cosas; porque assi las vnas, como las otras, son hijas de familia, y están *sub patria potestate*, y son menores de edad, y no puede aver razón por la qual a las prohibidas se les anticipe el tiempo de la obligacion de pagar tributo.

## CONSULTA XXXIX.

*Sobre si sea licito recibir tributo de las donzellas, que antes de cumplir la edad señalada le quierén pagar, por librarse de la obligacion del rezo, y otras cargas, que tienen las muchachas?*

## PROVVESTA.

**A**lgunas de las donzellas antes de cumplir la edad en que les obligan a pagar tributo, lo quieren pagar para no ser contradas entre las muchachas, y especialmente por librarse de la obligacion del rezo, y de moletar arroz: y se ha dudado si es licito llevarles a estas el tributo, que ellas vienen a dar?

## PARECER C.XCVII.

176. **R** Espondese, que queriendo ellas pagar tributo por excusar otras cargas, que tienen los menores de edad, se les

puede recibir, porque quanto a esto es como si se emancipan antes de tiempo. Aqui en Manila se emancipan algunos antes de la edad, y pagan la medianata, y entran en las obligaciones de vezinos, y salen de las de menores de edad: y assi digo, que queriendo ellas obligarse a pagar tributo, y salir de las obligaciones, y sujecion de menores, consintiendo sus padres, se les puede llevar el tributo con seguridad conciencia, porque *scienti, & consentienti non fit iniuria, neque dolus.* de reg. iur. in 6. reg. 27. y l. Nemo. ff. de reg. iur. *Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt, & consentiunt.* Lo que tengo por cosa escrupulosa es, que sea tan penosa a estas muchachas la molienda del arroz, y tan pesado el rezo, que tengan por alivio pagar tributo para librarse de estas dos cargas: y assi se les deben aligerar lo posible, de fuerte, que se les hagan muy tolerables; porque si la carga, que se echa a dichas muchachas, por demasadamente pesada a su edad, llegase a ser injusta, y por excusarla pagassen tributo, tendra obligacion a restituirle el que las echo dicha carga. l. Ait praetor. ff. de eo, quod metus: *Quod metus causa gestum erit ratum non habebit.* y l. Continet. *Siquis vi compulsus aliquid fecit per hoc edictum restituitur.* y l. Metum. dize: *Metum accipiendum non quemlibet timorem, sed maioris mali.*

## ALCAVALAS, que deben pagar los mercaderes.

### CONSULTA XXXX.

*Sobre si los mercaderes, que se componen con los Oficiales Reales para no pagar Alcauala, tengan obligacion de restituir?*

#### PROPOSTA.

San muchos llevar hacienda fuera de registro, con lo qual no pagan la Alcauala de los 6. por 100. al Rey. He pasado por ello llevando la opinion, que las leyes penales no obligan en conciencia por quanto se pone a riesgo de perderlo todo, o quando muy bien libren de pagar 25. por 100. Vn escrupulo tengo en esto por vna circunstancia que ay, y es, que los que llevan fuera de registro hacienda, van a los Ministros a quienes incumbe el registro, y les dizen como llevan tanta hacienda fuera del registro, que les suplica, que disimulen, y callen, y para esto les dan vn buen donatuo, con que sa-

can sin peligro su hacienda. Dudo si pueden hazer esto, porque es inducir verdaderamente a pecado, y pecado de restitucion a los tales Ministros. Preguntales, si los tales Ministros estan dispuestos para estos sobornos, como se dize del usurero, y de la muger publica, que no ay culpa en la precisa inducion, por estar ellos expuestos para lo dicho? y me respondieron, que lo que dizen ellos, es, que van a Acapulco para buscar la vida. Con lo que parece que se pueden excusar de pecado mortal los que dan dichos sobornos, pero siempre me queda rezelo por ser culpa de restitucion, que aunque el sobornante no defrauda al Rey inmediatamente, coopera con el Ministro para ello. V.R. me haga favor de dezirme su parecer, porque todo lo que he leído aprieta demasado, y me pone mas escrupulo.

#### PARECER CXXVIII.

177. **R**espondo, que siempre he tenido por deuda, que obliga en conciencia la Alcauala, y demas tributos, que no exceden de lo justo, y parece se colige de las palabras del Apostol, ad Rom. 12. *Reddite ergo omnibus debita, cui tributum, tributum: cui vectigal, vectigal: cui timorem, timorem: cui honorem, honorem.* Deuda la llama el Apostol, y siendo verdaderamente deuda, obliga con verdad a la satisfacion en el fuero de la conciencia, y de la fuerte que en conciencia se le debe al Rey honor, reuerencia, y temor, se le debe el tributo, y Alcauala, y la razon que da para esta deuda declara mas esta obligacion; dize assi: *Necessitate subditi estote, non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam, ideo enim, & tributa prestatis. Ministri enim Dei sunt, in hoc ipsum seruientes.* Dize, que la sujecion a los Principes es obligatoria, no solamente en el fuero exterior por la pena que pueden imponer al que no se les sujeta, sino tambien en el fuero de la conciencia, porque son Ministros de Dios, que sirven en este oficio de gouernar el pueblo, y por esto dize se les pagan tributos. La razon fundamental por la qual se les pagan al Rey tributos, y Alcaualas, es la que dize el Apostol, porque sirven en este oficio de gouernar. Si por otros cualesquiera oficios se debe en conciencia a los Oficiales el estipendio, y sustento, no ay raziõ porque no se deba al Rey, que tiene el oficio supremo de contener a todos en paz, y en justicia, para que cada vno pueda sin impedimento hazer su oficio. Y de la misma fuerte que (salva la conciencia) no se le puede negar al Rey la sujecion, y rendimiento por raziõ

zõ de su oficio, y gouierno; assi no se le puede en conciencia negar el estipendio, que se le da por razon deste oficio. Esta he tenido siempre por sentencia verdadera, quando los tributos, y Alcaualas son moderados, y es comun sentir de los Doctores.

178. No obstante esto no se puede negar la probabilidad de la opinion contraria, que defienden Nauar. in Man. cap. 17. n. 200. y cap. 23. n. 54. y Angelo, verb. Pedagogum. n. 6. y la dan por probable Maldero. 22. tract. 5. cap. 6. dub. 15. Lessio, lib. 2. cap. 33. dub. 8. n. 55. Bonac. de contract. disp. 2. q. 9. punct. 1. Saa, verb. Gabella. n. 6. y otros. La razon desta opinion es la que V.R. apunta en la pregunta, de que las leyes, que disponen los tributos, y Alcaualas, son penales, que ponen perdimiento de las mercaderias a los que fueren cogidos sin pagarlas, y en esta forma estan recibidas: y de ordinario los hombres, aunque sean temerosos de Dios, y cuidadosos de sus conciencias, no se tienen por obligados a pagarlas en conciencia, si no llegan a pedirselas, y cobrarlas, y assi conceden, que los tributos, y Alcaualas son deudas, que se deben al Rey por derecho natural por el gouierno del pueblo; pero que obliga en la forma referida quando se pide, y el que se esconde, y rehusa pagarla, con el riesgo a que se expone de pagar mucho mas si le cogen, cumple esta obligacion.

179. Conforme a esta opinion, aunque menos probable, es forzoso condescender con los que destas Islas van a vender sus mercaderias al puerto de Acapulco, y mas en estos tiempos en que reciben notables molestias de los Ministros de justicia, por cuya cuenta corre la cobrança de Alcaualas. Quatro años ha, que para tasarles la Alcauala, que debian pagar, pusieron tan subidos precios a las mercaderias, que despues no pudieron venderlas los mercaderes, ni aun en lo que avian pagado de Alcauala por ellas, y vinieron los mas perdidos. Llegate a esto las sacalinas, que fuele hazerles el Castellano de Acapulco, que dize, que compra aquel oficio por mucho dinero, y quiere sacar de la Nao, que va todos los años de Filipinas, todo lo que le costò. Estas molestias, y sacalinas de los Ministros dan mayor titulo, y fundamento para seguir dicha opinion; porque aunque la Alcauala sea en si justa, y moderada, los dichos Ministros pretendiendo cada vno su aprouechamiento, la hazen intolerable.

180. Respondiendo ya por probable la opinion de que les es licito llevar las mercaderias fuera de registro para excusarse de pagar

Alcauala, les es licito tambien el concierto, que hazen con los Oficiales Reales. La raziõ, que se apunta en la pregunta es, porque los mercaderes no pretenden directamente aprouechar a los Oficiales Reales, sino zafar sus mercaderias sin pagar Alcauala, y mas quisieran ellos sacarlas de la Nao sin que lo entendieran los Oficiales Reales, y por no poder zafarlas en otra forma, hazen dicho concierto, que es como el que pide prestado al usurero, que no pretende derechamente pagar usuras, y las paga de por fuerza, porque de otra fuerte no le prestará dinero. Esta razon dize V.R. que no le quieta, y yo digo lo mismo, que no me quieta a mi; porque el que pide dinero prestado al usurero, pide cosa justa, que el usurero puede hazer sin pecar; y assi dize S. Thom. 2. 2. q. 78. art. 4. que no es licito pedirle al usurero, que preste dineros con usuras, ni inducirle a esto; porque seria inducirle a pecado, y pedirle que haga lo que es illicito, y pecado: puede se pedir al usurero, que le preste dineros, y si el pide usuras, puede convenirse con el de pagarlas, porque de otra fuerte no le prestará, y redime su be-xacion. Las palabras del Santo son: *Nulla modo licet inducere aliquem ad mutandum sub usuris, licet tamen ab eo, qui hoc paratus est facere, & usuras exercet, mutuum accipere sub usuris.* Por lo qual no es licito inducir, o pedir a otro cosa illicita, que no la puede hazer sin pecado, aunque el otro estè dispuesto, y preparado a hazerla; porque inducir, y pedir cosa, que el otro no puede hazer sin pecado, es concurso moral en el pecado del otro. Pero puede se inducir a cosa, que el otro puede hazer sin pecado, aunque sepamos, que por su deprauada voluntad ha de pecar en ello; porque en tal caso no se le induce a cosa mala, y el que pide no està obligado a impedir con su daño proprio el pecado, que otro quiere hazer con su malicia; como el que pide juramento al idolatra, no peca, porque el juramento es cosa licita, y no le piden que jure por los Idolos, sino por lo que rectamente debe jurar, que es por Dios verdadero.

181. La razon que parece mas ajustada, es, que los que llevan mercaderias fuera de registro para excusar el Alcauala, llevan intento de desembarcarlas, si pudieren, sin que lo entiendan los Oficiales Reales: y hallando que esto, o no les es posible, o les es peligroso, tratan de excusar la pena, que ponen las leyes contra las mercaderias extraviadas; que a qualquiera reo le es licito procurar huir la pena, y en orden a esto hazer qualquiera concierto con los Ministros executores, y Juezes: porque a los Juezes, aunque sean inferiores,



res, es lícito algunas veces por alguna causa, que les parezca justa, remitir la pena merecida por la culpa, ó moderarla, como se colige del Derecho, cap. Vt constitueretur. dist. 50. *Detrahendum est aliquid severitati, ut maioribus malis sanandis charitas sincera subveniat.* Y §. Acusatorum. 2. q. 3. con sus Glosas, que citan muchos textos de ambos Derechos, y afirma Silvest. verb. Pæna. q. 8. Man. Rodr. qq. reg. q. 2. art. 2. Salcedo ad pract. Diaz, cap. 144. verb. Moderari. y Villal. 2. p. tract. 14. dist. 17. A los mercaderes, y marineros de Filipinas, no les falta causa para pedir, que se les remita, ó modere la pena, que ay puesta contra los que lleuan las mercaderias fuera de registro: aunque no huviera otra sino la pobreza, que al presente padece esta tierra, parece bastante, y a los reos no les pertenece juzgar de las causas, sino pedir, que no se les imponga pena, ó se les remita, ó modere: y si los Juezes salen pidiendo algo, viene a ser como el que pide prestado, y no quieren prestarle sin vñuras. Este camino es probable para excusarles de culpa.

182. A los que sin esta preciffion han procedido, no se les puede excusar de culpa, pero si de restitucion; porque segun la opinion referida, ellos no tienen obligacion a restituir la Alcauala, si no se la piden, y en la comun sentencia no están obligados a pagar la pena, si en el fuero externo no se la mandan pagar los Juezes: y como en el caso propuesto los Juezes no les mandaron pagar pena, ni Alcauala, se sigue, que no tienen obligacion a restituir lo vno, ni lo otro. Los Oficiales Reales si están en conciencia obligados en toda la opinion a restituir las Alcaualas, que no cobraron, y en la opinion mas probable a restituir la pena, que debian executar en los que lleuaron las mercaderias fuera de registro, por aver dexado de cobrar, sin mas causa, ni título, que su codicia.



## Gouernadorcillos de los pueblos, y Cabezas de Barangay.

### CONSULTA XXXXI.

*Sobre si por la grande dificultad, que ay en cobrar la bandala de los Indios ausentes de sus pueblos, les sea lícito a los Gouernadorcillos, y Cabezas de Barangay repartirla entre solos los Indios, que están presentes en los pueblos, echando a solos estos la carga, que se avia de repartir entre todos?*

#### PROVISTA.

EN la Prouincia de N. se echa bandala de arroz todos los años por orden del Gouierno, para sustento de la Infanteria de Manila. El Alcalde mayor con consejo de algunos Religiosos, y a veces sin consejo, reparte en cada pueblo segun los tributos que tiene, que pague tanta cantidad de arroz, con que entera toda la cantidad, que el Gouierno le manda facar. Los Principales de cada pueblo reparten cada vno en sus pueblos, y Caylianes, la cantidad que les piden. Los Principales por serles muy molesto, y dificultoso, y a veces imposible cobrar de algunos medio Cimarrones, que asisten poco en el pueblo, echan el repartimiento entre aquellos de quienes pueden buenamente cobrar, echandoles a estos mas carga de la que huvieran de lleuar si se repartiessé igualmente entre todos, cargando también a los Cimarrones lo que les tocasse. Entre los Religiosos de la Prouincia ay opiniones; vnos dicen, que el diablo se lleua a los Principales, porque la carga que pertenece a vnos, la echan a otros, porque cada Indio de por si está obligado a pagar bandala, y que los Indios, que asisten en el pueblo, no están obligados a pagarla por los medio Cimarrones, ni por otros ningunos, sino cada vno debe dar la parte que le cave. Otros Religiosos dicen, que a los Principales les obligan a entregar toda la cantidad, que les piden de bandala, y de muchos de los medio Cimarrones no les es posible cobrarla, y no ay razon para obligar a los Principales en conciencia a que paguen de su casa todo lo que tocaba a dichos medio Cimarrones, y seria carga intolerable a los Principales, y aun les seria imposible pagar cada año por tantos. V. R. nos saque de aquesta confusion.

### PARECER CXCIX.

183. **R**espondese, que si los Principales dexassen de cobrar la bandala de los medio Cimarrones, ó por amistad, ó por descuydo, no les es lícito cargar la parte de los que no lo pagan, a los otros del pueblo, aunque los mismos Principales la paguen. Esto es claro, porque a ninguno es lícito por amistad priuata ser mal distribuidor de las cargas comunes, faltando a la justicia distributiva, y cometiendo vicio de aceptacion de personas: y assi si por amistad quieren hazer gracia a algunos, haganla a su costa propia, y no a costa de los otros Caylianes. Si por descuydo notable no cobrá la bandala de estos, tambien la deben pagar los Principales, por que el descuydo de ellos en su propio officio, no lo deben pagar los otros, sino quien lo cometió. Pero si dexan de cobrar bandala de estos medio Cimarrones, no por amistad, ni descuydo, sino por no poder cobrarla, ó por ser muy dificultoso cogerlos (que en lo moral se reputa por imposible lo muy dificultoso) en tal caso pueden con buena conciencia los Principales echar la parte de la bandala, que tocaba a estos de quienes no pueden cobrar, a los otros, repartiendo esta carga entre todos aquellos de quien les es posible cobrar. Para mas claridad pongo vn exemplo: Echan a vn pueblo 500. cestos de bandala, porque dicen, que ay 500. Indios, entre los quales se reparta esta carga, y de verdad los 50. están ausentes, ó medio Cimarrones, que no les es posible moralmente a los Principales cogerlos, y hazerles pagar, y otros 50. están pobrissimos, y enfermos, que es imposible facar de ellos arroz; y no obstante les piden a los Principales del tal pueblo, que enteren totalmente los 500. cestos de bandala: en este caso estarán obligados los Principales a proponer al Superior, que echa al dicho pueblo carga de 500. cestos, ó a aquellos por cuya industria, y consejo se haze la reparticion, que dicho pueblo no tiene mas de 400. personas, que puedan pagar bandala. Tendrán obligacion de proponer lo dicho, si se cree, que serán oidos, y tendrá algun efecto; pero si prudencialmente se juzga, que no por esto les han de aliuar la carga, no están obligados a proponer cosa alguna, porque ninguno está obligado a hazer diligencias, que la prudencia reputa por inútiles, y sin fruto. Si aviendo hecho dicha propuesta, no obstante les piden los 500. cestos, ó no haciéndola, por juzgarse por inútil, deben persuadirse a que esta carga de 500. cestos se echa a

400. Indios, y pueden repartir entre los dichos 400. La razon es, porque esta carga no es metaphisica, que se aya de repartir *per intellectum*, sino phisica, y real, que se ha de facar modo humano, moralmente posible de la gente de esse pueblo, que la pueda pagar, y de quien la puedan cobrar: y como seria injusticia contra los pobres quererlos molestar para que cumplan aquello a que por la imposibilidad no están obligados, porque no ay ley Diuina, ni humana, que pueda obligar a lo imposible, y seria injusticia contra los Principales querer, que ellos paguen por los pobres vna carga, a que ni los pobres, ni los Principales están obligados; de la misma fuerte seria injusticia contra los Principales obligarlos a pagar la carga de aquellos, que por huidos, ó medio Cimarrones no pueden ser avidos, y compelidos a pagar su parte. En conclusión digo, que los 500. cestos se deben repartir entre los 400. Indios, y hazer cuenta, que a estos se echa toda esta carga de bandala, porque se echa a los que real, y phisicamente la pueden cargar, y a aquellos de quienes moralmente se puede cobrar. Al argumento que oponen, que cada Indio de por si está obligado a dar bandala, y los demás no están obligados a darla por otro, se responde: quanto a lo que dize, que está cada Indio obligado a dar bandala, cierto es, que no están obligados los que dize pobrissimos; y si los demás están obligados, depende de la justificacion desta bandala, en que por aora no me meto, ni a los Principales Indios les toca averiguar esto, sino solamente repartir esta carga, que se echa al pueblo; entre las personas que pueden pagar, y de quienes ellos pueden modo humano cobrar; guardando las leyes de la justicia distributiva, y esto no es dar bandala vn Indio por otro, sino dar cada vno lo que le pertenece desta carga, que se echa, y reparte entre todos aquellos de quienes buenamente se puede cobrar.

184. Podia se oponer contra esta resolución, que la carga que tocaba a los 50. que dize muy pobres, bien está que se reparta entre todos; porque estos no pueden, ni están obligados a esta carga: mas la que se avia de repartir entre los semi Cimarrones, no, por que pueden pagarla, y no han de pagar otros por ellos. Respondese, que estos dos terminos, pagar, y cobrar, son correlatiuos, como dar, y recibir, y el vno no puede tener consistencia sin el otro; y assi aunque estos medio Cimarrones sean muy ricos, si no pueden los Principales cobrar de ellos, viene a ser la paga imposible (ya dize arriba, que si pueden los Principales cobrar, y lo dexa por amistad, ó def-

ò descuydo, no pueden repartir la carga a los demás) y esta carga se echa a aquellos de quienes se puede cobrar, y así no es hazer pagar a vnos por otros, sino pagar cada vno lo que le toca rata por cantidad: y si el argumento probasse algo, probaria tambien, que la parte que se avia de echar a los 50. pobrífimos, y enfermos, que no tienen arroz, ni de que comprarlo, no se podia repartir entre los otros, porque los demás Indios no están obligados a pagar por los pobres, ó enfermos.

185. Vna cosa semejante passa oy en el ministerio de Batán. Dixeron a Don Diego Salcedo quando gobernaba estas Islas, que avia muchos Indios en Batán fuera del padron, por donde se echa la bandala, y servicios personales, el qual mandó al Alcalde mayor, que hiziesse nuevo padron, poniendo toda diligencia para que se empadronasen muchos, que no estauan empadronados, sin quedar vno. Hizose vn padron en que asentaron a viejos, y enfermos, que avia años que estauan reservados por el Gobierno, y muchos huídos, que avia años que no entrauan en el pueblo, ni despues acá han entrado; por lo qual ay, v.g. 300. Indios, que pueden hazer servicios personales, y pagar bandala, y están asentados en el padron 400. reparten para el corte a razon de la tercera parte de los Indios vn mes, y la otra tercera parte otro mes, y otra tercera parte el tercero mes, con que echan a vn pueblo de Batán a ciento y treinta y tantos Indios cada mes, con que el tercero mes es fuerza, que vayan muchos de los que han ido el primero, y segundo: y es carga tan pesada, y sensible, que algunos por no ir buscan a otros, que vayan por ellos, y demás de dexarles la racion, y corta paga, que el Gobierno les dá, les dán seis pesos, y con todo esto son raros los que quieren ir; y ninguno hasta aora ha dicho, que los Principales están obligados a ir en lugar de los ausentes, è impedidos, ni a pagar quien vaya por ellos. Y lo mismo es de la bandala, porque esta carga no se echa a los Principales por titulo de Principales, sino a todos los del pueblo, entre los quales la han de repartir los Principales con la igualdad, que les fuere posible, sin cargar ellos la carga de Caylianes, que les basta la carga, que tienen por Principales, de hazer estos repartimientos, y cobrarlos, y lidiar con los Españoles, &c.

186. Lo que han hecho en Batán los Indios, es avisar por medio de los Padres Ministros al Alcalde mayor, que reparte la bandala entre los pueblos, de que vea el rigor injusto del padron, porque èl està obligado a mirar por el bien de los pueblos; y repartir

con equidad, y aun a avisar al señor Governador, si se manda alguna cosa incompañable, ó muy dificultosa a los Indios, pidiendo que la reuoque, ó se modere, porque de otra manera no será padre de los pueblos, que están a su cargo, sino tirano, ó lobo: y todo Superior està obligado por razon de su oficio a mirar por el bien de sus subditos, mas que por el suyo proprio, y en esto se diferencia el buen Governador, ó Alcalde mayor, del tirano: que el tirano toda su diligencia, y cuidado, y todo su gobierno, y superioridad la ordena *ad proprium suum commodum*; pero el buen Superior todo lo dicho lo ordena al bien de sus subditos. Demás desto los Religiosos de Batán han dado cuenta al señor Fiscal para que lo remedie, porque es Protector de los Indios, señalado por su Magestad, y recibe salario por ello, y así tiene precisa obligación a mirar por el bien de los Indios, y nada ha surtido efecto; pero siempre es bueno avisarles, para que sepan la obligación de sus oficios, y así no se llevarán los diablos a los Principales por esta causa. Debeseles advertir, que si de aquellos que no pudieron cobrar al tiempo de la bandala (por ser medio Cimarrones, y echaron entre otros repartida la carga que les tocaba) cobraron despues, que no repartían por entonces lo que cobraron, por no ser posible repartir aquel poco de arroz entre todos aquellos a quienes se repartió la carga, sino que el año siguiente en la bandala echen aquello menos de repartimiento a los Indios, pagandolo de su casa el mismo Principal, si se lo comió, ó gastó, ó pagando el mismo numero si lo guardó, porque este es el modo mas facil, y que con mas igualdad satisfice esta deuda.

## CONSULTA XXXXII.

*Sobre si el Governadorcillo, ó Cabeza de Barangay, que permite que no pague tributo vn Indio pobre, están obligados a restitucion?*

## PROPUESTA.

EN orden a si están obligados a restitucion el Governadorcillo, ó Cabeza de Barangay, que permiten no pague tributo vn Indio pobre, he dudado, y la razon que me mueve es esta, porque segun parece, en España practican algunos el no restituir en casos semejantes, a los quales los Confesores no mandan, que hagan la restitucion. Pongo vn caso, v.g. el meter por las puertas de las Ciudades: acerca de lo qual he oido dezir,

que

## PARECER CCI.

188. **A** La consulta se responde, que los Governadores de los pueblos, y sus Tenientes, y Alguaziles mayores, tienen trabajo notable en sus oficios; ya en la continua asistencia en el pueblo, no pudiendo asistir a sus haciendas en el campo; en lidiar con los Españoles, y estar expuestos a las pesadumbres, que ellos dan: por lo qual tengo por cierto, que pueden pedir alguna cantidad moderada de arroz; esta será la que estuviere en uso en cada pueblo, y ha ya algunos años, que la pagan los Indios sin mucha resistencia, y sin notable grauamen: y quando pidan dicho arroz, deben guardar las leyes de la justicia distributiva, que no paguen los pobres todo, ó lo mas, y los ricos poco, ó nada. Por lo qual al Governador, que huviesse llevado arroz, ó otra cosa con la moderacion dicha, no se le obligue a restituir cosa alguna: al que huviere excedido, lleuando con exceso mas de lo que suele usarse en los pueblos, ó no guardare la justicia distributiva, antes de abolverle se le ha de mandar, que restituya a quien hizo el daño, y a quien lleuó lo que no debia.

## CABOS DE INDIOS, que van al corte, y a llevar balsas a Cauite.

## CONSULTA XXXXIV.

*Sobre si el Oficial, que por cohechos dexa de llevar algunos Indios, que le han entregado para el corte, ó balsas, está obligado a restituir dichos cohechos? y si se escusaran de restituir, por tener obligaciones que sustentar, y de lo que debe hazer el Confesor con los tales?*

## PROPUESTA.

PRimeramente vn Cabezilla, ó Bilango, que lleva 200. Indios de vna Prouincia al corte, este tal recibe cohecho de 24. Indios destos, porque los dexa ir a sus casas, y no los lleue al corte, y el cohecho es hasta vnos 50. pesos, y se queda con ellos, y de los 200. Indios quedan menos aquellos 24. de quienes recibió prouecho. Pregunto aora, a quienes está obligado este a restituir este dinero? Y si será bastante titulo para no restituir, el tener vna madre pobre, muger, y hijos, y no tener

T t t ner

que en Seuilla avia, ó ay todavia; vn Padre de la Compania muy docto, que lleva por opinion, que no avia obligacion a restituir: a lo qual parece que sea semejante el encubrir el Principal al Caylian, para que no pague tributo.

## PARECER CC.

187. **A** La consulta se responde, que según el comun sentir de los Doctores, quando el tributo es justificado ay obligacion *in foro conscientia* a pagarlo, y el tributo, que a los Indios està tassado, es justificado, en lo qual ninguno ha puesto duda, porque no es exorbitante, y el Rey gasta mas en mantenerlos en paz, y justicia. No obstante digo, que como corren aora las cosas, no està este Principal obligado a restituir, ni el Indio que no paga tributo. La razón desto es, porque estos Indios al presente están bexados con bandalas impuestas por los Governadores, que les piden mas de lo que ellos pueden pagar, que es vn tributo intolerable, è injusto con titulo de bandala, y que la pagarán, y nunca la pagan, y si tal vez pagati algo, es muy poco. Por aqui los escusaré siempre, y no obligaré a Indio ninguno, que dexa de pagar tributo, a que lo restituya. La razon de la practica de España será tambien esta, de ser los tributos muy exorbitantes; que en tal caso todos los Doctores dizen, que no obligan en conciencia, y mas especialmente lo que se cobra por la entrada, y salida por las puertas de Seuilla, que ay allí cobradores grandísimos ladrones, que despues de aver pagado los pobres harrieros todo lo que el Rey manda, ellos con bexaciones, y queriendo hazerles descargar las cargas de los machos para ver lo que lleuan, les obligan a darles algunos reales mas.

## CONSULTA XXXXIII.

*Sobre si los Governadores puedan licitamente llevar el arroz, que les suelen dar los Indios de su jurisdiccion por razon de sus oficios, y lo mismo se consulta de lo que por esta causa lleuan los otros oficios del pueblo, como Alguazil, y Teniente?*

## PROPUESTA.

EN los pueblos de los Indios el Governador, y Teniente, y Alguazil mayor, suelen llevar a los Indios cantidad de arroz por razon de sus oficios, y del trabajo, è impedimento que tienen ellos. Preguntase si les debe obligar a restituir?

ner prouecho ninguno deste oficio, sino lo que el puede ganar desta suerte, o causas que haze el Alcalde? Y dado que este obligado a restituir, si acaso está obligado el Confessor a no absolverle hasta que restituya, por aver confesado cosas deste genero otras vezes, y no aver restituido nada? Y si está obligado el Confessor a mandarle vender lo que tuviere de plata, o alhajas de casa, para que cumpla la restitucion?

Lo 2. este recibe aqui en Manila cohecho de algunos Indios, que lleuan las ballas a Cavite; y porque temen, que en llegando a Cavite los han de hazer trabajar en la ribera, danle a este dicho Bilango algunos de estos Indios, que tienen, a toston cada vno, porque los dexen ir, y no los lleue a Cavite. Este dicho recibe el toston, y dexa libres a los que dan, y los que no tienen que dar, lleuan las ballas a Cavite desde aqui en Manila. Pregunto si está obligado este a restituir, y a quien?

## PARECER CC.II.

189. **R**espondo ad 1. que si por no aver ido al corte los 24. Indios, que el Cabezilla dexò ir a sus casas, sacaron del mismo pueblo otros Indios, estará el Cabezilla obligado en conciencia a pagar a los que fueron, los 50. pesos, que le dieron los que se quedaron sin ir, y aun si se aprecia en mas el trabajo de ir, les deberá mas. Pero si no fueron otros Indios, ni de este, ni de otro pueblo en lugar de los que se quedaron, y cargó mayor trabajo sobre los que fueron en aquella ocasion al corte, deberá pagar estos 50. pesos a los que fueron al corte entonces; y si no fue causa de que los que fueron entonces al corte tuviesen mayor trabajo, pero por causa de hazer los Bilangos esta trampa de diente, y dura mas el corte, deberá a los Indios, sobre los quales carga el trabajo de acudir al corte otro mes, y otro, pudiendose acabar con mas brevedad, si los Bilangos hizieran fielmente su oficio; pero si no se siguió cosa alguna destas, a nadie debe pagar cosa alguna. La razon de todo esto es de S. Thom. 2. 2. q. 6. art. 5. porque la restitucion se haze para que se guarde igualdad, y tenga cada vno lo que le pertenece: de lo qual se sigue, que a aquellos, que recibieron el daño, se les ha de hazer la restitucion, porque ellos son los que no tienen lo que les pertenecia, y los damnificados. Las palabras del Santo son: *Per restitutionem sui reductio ad aequalitatem commutativa instituta, qua consistit in rerum ad aequatione: huiusmodi autem rerum adaequatio fieri non possit, nisi ei, qui minus habet quam quod suum*

*est, suppleretur quod deest.* Y está expreso en el Derecho, cap. Redintegrada. 3. q. 1. *Redintegranda sunt omnia spoliatis, vel erectis quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per quascunque iniustus causas.* Y l. Is cuius. ff. de furtis. *Is cuius interest non surripit, furti actionem habet.* Y mas al proposito cap. Si culpa. de iniurijs, & damno dato. *Si tua culpa datum est damnum, vel iniuria irrogata, seu alijs irrogantibus opem forte tulisti iuri super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat si scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse contingere, vel iacturam.* En la dificultad propuesta, los damnificados con el hecho del Bilango, no pueden ser otros, sino los referidos; y assi se ha de considerar a quales dellos se siguió el daño, y a estos se deben restituir los 50. pesos, y mas, si el daño que recibieron en la ida se fuele apreciar en mas: que no debe restituir cosa alguna, si a los sobredichos no se siguieron algunos de los daños referidos, consta, porque este dinero no se debe restituir a los que lo dieron, porque respecto de ellos tuvo el Bilango titulo justo para llevarlos, que es la utilidad, y comodidad que les dió escusandolos del trabajo; y por razon del peligro, y daño a que se expulo el Bilango, si se supiese la falta de legalidad, y fidelidad en su oficio. Esta es doctrina muy comun de los Doctores, que afirman, que el Juez que recibió dinero por dar vna sentencia injusta, y de hecho la dió, y el testigo que recibió paga por su testimonio falso, y el Soldado que lleuó dinero por pelear en guerra injusta, y el que lo recibió por hazer vn homicidio, no están obligados a restituir el dinero, si efectuaron la accion mala, por la qual se lo dieron; pero están obligados a satisfacer a aquellos a quienes se damnificó con la sentencia injusta, o testimonio falso, con la guerra injusta, y homicidio; y si de alguna accion destas no se siguió daño precio estimable a persona alguna, v. g. si del dicho del testigo falso no se siguió detrimento, no está obligado a restituir cosa alguna. Para todo lo dicho se puede ver a Soto de iust. lib. 4. q. 7. art. 1. Sanch. in Sum. lib. 3. cap. 9. n. 28. Molina de iust. tract. 2. disp. 94.

190. Para reducir a practica todo lo dicho pondré tres conclusiones. La 1. si esse hombre sabe, que por no aver ido aquellos 24. hombres al corte embiaron a otros, en tal caso les debe restituir a los que fueron los 50. pesos; y aunque es verdad, que es mas de lo que le puede caver a cada vno, lo que se aprecia, y paga al que vá por otro al corte, no obstante bastará que pague a los que fueron estos

estos 50. pesos, porque se ha de atender a que estos que fueron, con esta ida escusan que en otra ocasion los lleuen tan presto (si los Superiores, que disponen estas sacas de Indios, hazen la distribucion, y repartimiento como deben) y en este caso de que ayan ido otros por los que el Bilango dexò, no se escusa de la restitucion por tener madre pobre, y muger, y hijos, porque no es licito sustentar la familia con daño de otros, reg. 48. de reg. iur. in 6. *Lo cupletari non debet aliquis cum alterius iniuria, vel iactura.* Y l. Iure. ff. de reg. iur. *Iure natura equum est neminem cum alterius detrimento, & iniuria fieri locupletiozem.*

191. La 2. conclusion es, si no le constó que ayan ido al corte otros Indios a suplir la falta de los 24. que dexò (en el qual caso se dixo, que debe restituir por el mayor trabajo que tuvieron los que fueron, y porque con otras trampas de los Bilangos duran mas los cortes con molestia de los pueblos) en tal caso porque no se puede averiguar, que Indios trabajaron mas, ni si por esta causa tuvieron mayor trabajo, ni puede constar si entonces otros Bilangos hizieron otras trampas semejantes, de fuerte que detuviesen mas los cortes, se le pueden aplicar al mismo Bilango estos 50. pesos para sustento de su madre pobre, y muger, y hijos, como se aplican a pobres, y obras pias las cosas hurtadas; cuyos dueños no se conocen: y V. R. se lo diga, que se lo aplica de esta manera, y que otra vez no haga esta injusticia contra la fidelidad, y legalidad de su oficio, y en detrimento de otros pobres Indios, porque se lo mandará restituir.

192. La 3. conclusion es, si le consta que ni fueron otros Indios al corte por los que el dexò por el soborno, ni por esta causa cargó mas trabajo sobre los que fueron, ni duró mas tiempo el corte, no debe nada, y assi ni debe pagar estos dineros, ni es menester aplicárselos: y es contingente que aya sucedido assi, porque como a los Superiores, que gobiernan estas cosas, y disponen la lleuada de estos Indios al corte, les cuesta poco el dezir, que vayan centenares de ellos, y no les duelen las molestias, que padecen los pobres Indios, o no las consideran, mandan a bulto. Para este puerto de Cavite, no aviendo en ocasiones maderas en que trabajar, han embiado tantos cientos de Indios, y pierden el tiempo, y faltan a sus casas sin necesidad; no obstante esto por ser lo mas cierto, que aquellos 24. Indios huvieran hecho algo con que huvieran aliviado algo al trabajo de los otros, y no tiene derecho, ni titulo el Bilango para sacar prouecho a costa del mayor trabajo de los

Indios, es conveniente aplicárselos por limosna, como se dixo en la segunda conclusion.

193. A la segunda parte desta dificultad respondo, que en caso de la primera conclusion en que deba restituir a los que de hecho fueron al corte por los que el dexò, no le es licito al Confessor absolverlo hasta que de hecho restituya, porque *peccatum non dimittitur, nisi restituatur oblatum*, de reg. iur. in 6. reg. 4. Porque a los que fueron por causa del Bilango, sin deber ir al corte, ni seguirse por entonces, es como si les huviera hurtado la cantidad que importa, y en que se fuele apreciar el daño que les causó con la ida, y está obligado a satisfacer luego sin dilacion, como dize S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 8. La razon es, por que como le hizo injusticia en hazerle aquel daño, assi vá continuando la misma injusticia todo el tiempo que no restituye, y el damnificado vá padeciendo el daño, careciendo del uso de la cosa, que le pertenece, y debe tener; y mas aviendose confesado ya otras vezes de cosas semejantes, y aviendole el Confessor mandado restituir, y no aviendolo hecho, debe presumir el Confessor, que esta vez hará lo mismo, y se quedará sin restituir como las otras vezes, cap. Mandata de praesump. *Extra sancta in te vita didicimus, quid de subsequenti conversatione tua presumamus.* Y cap. Scribam. del mismo tit. *Ex prius datis, & neglectis apparet, quod has negligent.* Por esta obligacion, que tiene el penitente de satisfacer luego sin dilacion, y por la presuncion, que debe tener el Confessor, de que absuelto sin restituir antes, se estará sin restituir como otras vezes, debe no absolverle hasta que de hecho restituya, porque el Confessor haze oficio de Medico del alma, y de Juez, cap. Omnis vtriusque de poenit. & remiss. *Sacerdos sit discretus, & cautus, & more periti Medici superinfundat vinum, & oleum vulneribus sauciati.* Y S. Thom. in 4. dist. 19. *Sacerdos debet scrutari conscientiam peccatoris in confessione quasi Medicus vulnus, & Index causam.* Y assi absolverlo será faltar a su oficio de Medico espiritual, por no aplicar al enfermo el remedio necesario para sanar al tiempo que le aprouecharia; y sería mal Juez, dando sentencia de absolucion al reo, que está en estado de condenacion.

194. A la vltima parte desta primera dificultad respondese, que en caso que tenga obligacion de restituir a personas que se pueden conocer (segun queda resuelto) debe vender las cosas, que tuviere de plata, y alhajas de casa, que no fueren muy necesarias para la viuienda suya, y de sus hijos, y muger: y los Indios ordinariamente tienen suficiente viuienda con vna casilla, vn petate, y vna



manta, y vnas ollas donde cozer morisqueta, y vn poco de pescado, y todas las demás alhajas, que exceden a esto, las debe vender para pagar. Esto se colige de la comun sentençia de los Doctores, que vnanimos afirman, que los hombres plebeyos, que deben cantidad, están obligados a vender todo lo que tienen para pagar, exceptuando solamente los instrumentos del arte, en que trabajan para buscar su vida, y la ropa necesaria para vestirse medianamente, y taparse de noche, sin mas aparato del que usa la gente de su calidad; y aun de ai debe quitar algo, y estrechar su modo de viuir para ir pagando. Veanse a Bañez 2.2.q.62.art.8.dub.2.Aragó,ibid. Lessio, lib.2.cap.6.dub.1. Azor,3.p.lib.4. 39. Bonac. de restit. disp.1.q.vlt.pun.1. Fr. Luis Lop. in 1. part. instr. cap. 118. Y aun de los Nobles, y Caualleros afirman, que tienen obligacion a moderarse en la comida, y vestido, y escusar todos los demás gastos, que no son necesarios para conseruar la decencia de su estado, y consiguientemente tambien debe passar sin alhajas de plata, y oro. Es verdad que no se le ha de obligar a que estas cosas de plata las malbarate para venderlas de priesa, sino que se le ha de dar lugar para que busque quien se las compre por su justo valor, como dize Medina, q.2. dub.4. Clauis Reg. lib.10. tract.5. cap.8. Lessio en el lugar citado.

195. Ad 2. respondo, que no debe restituir cosa alguna a los Indios, que dieron el toston, y se fueron libres, por las mismas razones que a los 24. Indios del caso antecedente no les debia restituir los 50. pesos; que le dió para no ir al corte. Para averiguar aora a quienes ha de restituir estos tostones, se ha de distinguir si dichos Indios fueron mandados conducir por el Superior solamente para llevar las balsas a Cauite, y bolverse; o juntamente para ir a trabajar a la ribera (porque suelen ser muy ordinarios los repartimientos de Indios para trabajar en la ribera en tiempo de fabrica de Nao.) Si iban conducidos solamente para llevar las balsas, y el trabajo de la ribera, es solamente bexacion, y sobrecarga, que les suelen echar los que tienen el mádo en Cauite. En este caso debe el Bilango solamente pagar a los que de hecho llevaron las balsas a Cauite; porque el trabajo, que se avia repartido entre veinte, v. g. por orden de los Superiores, lo cargaron entre diez, por lo qual a estos diez se les aumentó el trabajo, y se les debe pagar, y siendo el caso desta manera, debe este Bilango, o Cabezalla, hazer diligencias de quienes eran los Indios, que fueron en la ocasion, para repartirles el dinero, que dieron sus compañeros; y puede

el Cabezalla, o Bilango quedarle con algo, v. g. puede quedarle con otro tanto como lleva cada vno de los que llevaron las balsas, y aun doblado, porque en este caso haze lo que es vtil a los que llevaron las balsas, y a los que dexa ir libres a sus casas; a estos por dexarlos ir, y a aquellos en convertir en vtilidad de ellos la ida de los otros, aunque sea con vn poco de mas trabajo de ellos; y si esto se hiziere con consentimiento de los Indios, que llevan las balsas, bastando ellos para llevar las balsas a Cauite sin riesgo, ni detención, seria licito, y conveniente hazerlo assi, dando los Indios que se van libres, vn tanto, que se repartiessse entre los que llevan el trabajo, y el Bilango que viene en ello: porque no cede esto en menoscabo del seruiçio del Rey, bien comun, ni en daño de los vinos, ni de los otros Indios; antes es bien para todos, porque a vnos se les escusa el trabajo, y molestia, y a otros con poco mas trabajo se les añade ganancia: y el Bilango que tenia derecho para obligarlos a todos a ir a Cauite, y es el medio por donde consiguen esta vtilidad, tiene título para llevar su parte. Por esta razon esculé de restitucion a vn Español, que en tiempo que se fortificaba esta Ciudad para resistir al Sangley Pumpuan, tenia a su cargo dos, o tres bancas para traer a la Ciudad cosas necesarias para la fortificacion. Dieronle para esto vn numero de Indios, que bastassen a bogar, cargar, y descargar las bancas. La tercera parte dellas ofreció vna cantidad moderada de dinero para irse; pidióse consentimiento a los demás, vinieron en ello, diciendo, que ellos bastauan para cumplir con aquella funcion. Repartióse el dinero entre los que quedaron en el trabajo, llevando el Español tanto como dos Indios. Pusele vn limitacion, y es, que si huviera de aver repartimiento de Indios para aquel efecto otros meses, avisasse al Superior, que no son menester tantos: porque embiando a cada funcion mas numero de los necesarios, agrauian, y molestan notablemente a los pueblos. Esta es cosa tan conforme a razon, que se le puede avisar al Bilango, que esto le será licito siempre; si lo haze con consentimiento de los que llevan las balsas, y repartiendo del modo referido el dinero. Si al Bilango le fuere imposible saber quienes fueron los Indios, que llevaron las balsas en estas ocasiones, para repartirles el dinero del modo referido, se le puede aplicar a el dicha cantidad por via de limosna por la pobreza de su familia, y no se le ha de creer facilmente si dize, que no podrá saberlo, o mediante el Padre Ministro, o el Governador del pueblo, o de otra forma, porque debe

hazer

## PARECER CC.III.

hazer diligencia para saberlo, y cumplir esta obligacion. Y siendo el caso en esta forma, el trabajo a que les obligaren en la ribera, vá por cuenta del que en Cauite los violentó al trabajo, sin tener potestad para ello, por no ir aquellos Indios destinados para esso por la potestad que gouierna a todos los pueblos.

196. Si los dichos Indios iban conducidos, no solamente para poner las balsas en Cauite, sino tambien para trabajar en la ribera, no se puede honestar el hecho del Bilango, ni escusarse de graue culpa, porque aumenta el trabajo de todos los que van a la ribera, y puede ser que por su causa se prolonguen mas los repartimientos, y todo esto lo debe restituir. Pero por no constar quanto es el daño, ni a quienes se ha de restituir, se le puede aplicar lo que por estos daños debiera de restitucion: y en todo caso pague a los que llevaron las balsas del modo que queda dicho, porque no está menos obligado a pagarles, si sucedió en esta forma, que si huviera sucedido en la forma antecedente, antes lo está mas.

## CONSULTA XXXV.

*Sobre si el Oficial de dichas tropas de Indios del corte, y balsas, que come de lo que ellas han hurtado, está obligado a restituir todo el hurto, no aviendo sido causa de el, sino participante solamente?*

## PROPOSTA.

VN Bilango yendo con los Indios de su repartimiento, matan los Indios vnas tres bacas a los Indios de otro pueblo, y Provincia: come el de ellas, sabiendo que han sido hurtadas; si a este le obligaré a restituir in totum a los pobres del pueblo de donde eran las bacas, por no conocer los dueños? o si acaso se escusará este de restituir, por aver hallado el las bacas ya muertas, que las avia muerto los Indios antes que el llegasse, y no haze mas que comer de lo que los otros avian hurtado, y muerto? En este mismo pueblo de donde eran las bacas, hurtó vn Indio vna banca por medio deste Bilango: no conoce el dueño della; si se le ha de mandar pagar a los pobres de aquel pueblo, o embiarlo al Padre Ministro del, para que lo reparta entre ellos? La banca valdria donde la hurtó vn peso.

197. Responde, que el Bilango no está obligado a pagar las tres bacas, porque no concurrió, ni ayudó, ni consintió para que se hiziesse el hurto, y muerte dellas, ni lo pudo impedir, pues quando lo supo ya estava el hurto hecho, y las bacas muertas; pero por aver comido de la carne con mala fé, sabiendo que eran hurtadas, debe restituir el valor de lo que comió Dizenlo Bañez 2.2. q.62.art.7. donde dize, que si aviendo hecho algunos ladrones vn grande hurto, y presa, llega despues otro, y entra a la parte en el hurto, que ya halló hecho, no debe mas que la parte que lleuó. Lo mismo dizen Lessio, lib.2.cap.9.dub.3. Clauis Reg. lib.10. tract.2. cap.12. Molina, to.3. disp.734. y es comun. Tuvo obligacion el Bilango de reprehender el hurto, y mostrar que no lo aplaudia por causa de alguna superioridad, que tenia entre aquellos Indios; y si no mostró displicencia, ni lo reprehendió, sino que gustoso comió de lo hurtado, fue como darles consentimiento para que hiziesen otros hurtos: por lo qual aunque por este hurto no quedó obligado a restituir, porque no lo supo, ni pudo presumirlo; pero por aplaudir esto se haze consentidor de que hagan otros, y pecaria mortalmente, y si despues hizieran otros hurtos, se podia presumir, que avia influido aquel consentimiento, y permiso para hazerle restituir. La banca está obligado a restituirla, y si ya no la tiene, ha de restituir su valor enteramente, porque fue la causa, o instrumento moral por donde se hurtó. Para restituir esta banca, y la carne que comió, tiene obligacion a hazer diligencia en aquel pueblo por si, o por otra persona, para saber a quien en aquel tiempo faltó vna banca, y a quien faltaron las bacas, para restituir a sus mismos dueños: y no basta que diga el Bilango, que no los conoce. Si hecha esta diligencia no se pudiere saber, se puede dar para los pobres de aquel pueblo donde se hizieron ambos hurtos: y tambien se puede aplicar al mismo Bilango, aunque sea de otro pueblo, y en esso no ay otro peligro, sino que se puede temer, que viendo que le aplican quanto hurta, quedará saboreado en hurtar, y proseguirá hurtando.



## VISITADORES de los pueblos.

### CONSULTA XXXXVI.

*Sobre si el Visitador de los pueblos a quien comete el Alcalde mayor la visita (que ya se ha reducido a pura ceremonia, y sacaliña) este obligado a restituir los dineros, que acostumbran dar los Indios para que dexen de hazer la visita, y los dexen en paz?*

#### PROPOSTA.

Los Alcaldes mayores visitan cada año su Prouincia para reconocer si se cumplen las ordenanças Reales en quãto a criar aves, plantas, cocos, &c. y los Indios porque no hagan la visita, les ofrecen vn tanto. Estãdo vn Alcalde mayor ocupado, diò la comission para hazer estas visitas a Pedro, el qual las hizo dos años, y cada año sacò cien pesos de 6 pueblos, y a ruegos del mismo Pedro se diò comission a otro Español para visitar otros pueblos con concierto, que avia de partir las ganancias con Pedro. Preguntase si por ser costumbre recibida en las Prouincias dar semejante pensión a los que van a hazer esta visita, puede Pedro quedarse con dicha cantidad, ó si tiene obligacion a restituirla? Y si por aver influido en que el Alcalde mayor embiara al otro Español a la visita, estará Pedro obligado a restituir lo que el otro Español sacò, no restituyendo èl, ni el Alcalde que le embiò? Y adviértese, que sacò Pedro de vnos pueblos a 12. pesos, de otros a 15. y de otros a 20. con que ajustò dicha cantidad; pero aviendose de detener 12. dias si hiziera la visita, dandole de comer el pueblo, se detuvo en cada pueblo dos dias solamente.

#### PARECER CC.IV.

198. **A**Ntes de responder a estos casos, digo, que casi todos los Españoles, que van con algun oficio entre los Indios, se condenan, porque ponen el fin en como se han de aprouechar, y sacar ganancia del oficio; no como lo han de hazer ajustadamente, y con Christiandad: y como el fin en las cosas morales es el principio de donde se originan todas las demás acciones, como dize Santo Thomas 2.2. q. 27. art. 6. *In omnibus appetibilibus, & agibilibus mensura est finis, quia eorum, quae appetimus, & agimus oportet propria rationem ex fine accipere.* De aqui se siguen injusticias, y robos, y que los Indios siempre

tengan quien los pele, y ninguno que mire por el bien dellos. Dixe casi todos, porque puede ser que algun Español vaya entre Indios con buen fin; pero rarissimo es, porque los Españoles, que van a estos officios, son de ordinario pobres, y desean ser ricos en breve, y si algun rico va, quiere serlo mas, y suele ser peor, y tambien lleva por delante el mal exemplo de otros, que quieren que les sirva de titulo justo, por ser ya costumbre, como si la costumbre de pecar pudiera hazer licito el pecado, ni la de robar pudiera honestar el robo, cap. Cum tanto, de consuetud. *Nemo sane mentis intelligit naturali iuri (cuius transgressio periculum salutis inducit) quacumque consuetudine (quae dicenda est verius in hac parte corruptela) posse aliquatenus derogari.* Y cap. Quanto, del mismo tit. *Ad excusandas excusationes in peccatis solam consuetudinem pretendentes.* Dixe, que se condenan, porque lo mas que assi recogido de los Indios, les obliga a restitucion. *Peccatum non dimittitur, nisi restituatur oblatum.* de reg. iur. in 6. reg. 4. Y esta restitucion està llena de dificultades, ya porque el Español no se acomoda a desembolsar lo que ya le parece que es suyo, ya porque juzga que no tiene, porque lo que tienen lo han menester para su gasto, y mientras mas tiene mas ha menester, y nunca se reduce a restringir el gasto para pagar; ó ya que quiere pagar, lo haze por tales arcaduces, que no llega a manos de los Indios damnificados, y queda todavia con la obligacion a restituir: y algunas vezes, que no obliga a restitucion, quedã tan engolosinados a la ganancia, que alli tuvieron por malos medios, que siempre estãn anhelando a ganar mas por los mismos medios; y assi no se arrepienten, hasta que en la otra vida dizen. Sap. 5. *Ergo errauimus a via veritatis, & iustitiae lumen non luxit nobis.*

199. A lo primero se responde lo primero, que Pedro pecò mortalmente contra la legalidad, y fidelidad de su comission, y los Alcaldes mayores, que cometen estos officios a personas codiciosas, y a Soldados pobretes, y de quienes debian presumir, que van a tener ganancias, pecan tambien mortalmente. La razon desto es, porque dicha ordenacion se estableciò, y para que los Indios, que naturalmente son descuydados, y flojos, procuran criar aves, puercos, y plantar cocos, para que aya prouision en los pueblos, y tengan ellos que comer, y vender; y consiguientemente esta ley se ordena al bien comun del pueblo, y el Juez que con Christiandad avia de hazer esta visita, no avia de ir a destruir con la visita mas de lo que podia ser prouechosa la observancia de dicha ley; porque

si fuere assi, seria ley, ó ordenança perniciosa, pues en su misma disposicion, y execucion le causaba mas daño, que el prouecho, que por ella se intentaba. Debia el Juez averiguar con moderacion la observancia deste mandato, si han criado, ó plantado lo que se les manda, y al que no lo huviese cumplido darle vna pena muy moderada, no mas de para ponerles algun miedo para que sean algo diligentes en su prouecho, que como este no es delito en daño de tercero, sino de si propios, no merece notable castigo; y los Juezes con esta introduccion de que los Indios rediman la visita con dineros, que paguen al Juez, hazen la ley nociua al bien comun, porque no conduce ya para que los Indios crien, ó siembre, sino para que a titulo de ella los desuelen. El Juez que por dinero falta assi a su obligacion, le dan las leyes por infame, y le condenan a que pague todo lo que recibió, y lo que damnificò al bien comun, l. De eo. C. de pœna iudicis, qui male iudicauit. *De eo qui pretio deprauatus, aut gratia perperam iudicauit, ei vindicta, quam leserit, non solum estimationis dispendij, sed etiam litis discriminis praebeatur.* Y dize alli la Glossa: *Dispendium estimationis patitur, quia efficitur infamis.* Y otras muchas leyes le castigan en diuersas penas, y dize Silv. verb. Iudex. l. n. 17. que es delito mas graue que la rapiña.

200. A lo segundo se responde, que no està obligado a restituir, porque la sentencia mas comun de los Doctores es, que lo que se dà a vn Juez en vna causa para que no haga su oficio rectamente, no està obligado a restituirlo a quien se lo diò, sino a la parte lesã en cuyo daño juzgò el Juez. En el caso propuesto, ó no ay parte lesã, ó lo es la misma comunidad de los Indios, porque la ordenança, que iba a hazer guardar, es en fauor de los Indios, y a su comun, y a ellos damnifica el que no cuye el Juez de que se guarde, y los Indios, y su comun diò al Juez el precio para que no hiziese rectamente su oficio; porque supuesta la floxedad de los Indios en la observancia de esta ley, les estaua mejor, que no se averiguasse. Las penas que las leyes ponen al mal Juez (como son penas) no obligan a pagarlas en el fuero de la conciencia, hasta que otro Juez le sentencie, y obligue a pagarlas: y assi puede V.R. darle por no obligado a la restitucion de lo que èl adquiriò, y de lo que el otro Español sacò tambien a los Indios con el mismo titulo de mal Juez. Demãs desto viene a ser poco lo que sacò respectivamente de cada pueblo, pues sacò de vnos pueblos a 12. pesos, de otros a 15. y de otros a 20. y se estubo en cada pueblo dos dias, y si

visitara se detuviera 12. en los quales le avia el pueblo de dar el sustento, en que les gastaria poco menos de la cantidad que les lleuò.

## ESCRIVANOS.

### CONSULTA XXXXVII.

*Sobre si el Escriuano pueda llevar alguna paga por una visita extraordinaria, que a peticion de los Indios le manda hazer el Alcalde mayor.*

#### PROPOSTA.

**A**L tiempo de la cosecha del arroz suele algun pueblo, que no la tuvo buena, pedir ante el Alcalde mayor, que embie a su Escriuano para que dé fé de su mala cosecha: si el tal Escriuano puede llevar paga por la tal visita? Y es la dicha, que despues de pagar al Escriuano la visita, y al Alcalde mayor la embiada, le hazen pagar bandala.

#### PARECER CC.V.

201. **R**espondo, que puede licitamente el Escriuano llevar paga de su trabajo por la visita que se propone, porque es visita especial, que los Indios piden por juzgar que les conviene, y que mediante ella se eclararã de dar buena parte de la bandala: que despues no configan los Indios la rebaxa de la bandala, que pretendian alcanzar mediante dicha visita, no corre por cuenta del Escriuano, que puso su trabajo a fauor, y peticion de los Indios, como consta de la regla 41. de reg. iur. in 6. *Imputari non debet ei, per quem non stat si non faciat, quod per eum fuerat faciendum.* El Escriuano hizo de su parte la diligencia que le pidieron, y èl no fue causa de que no surtiesse el efecto que pretendian, y assi se le debe la paga de su trabajo; como si alquilassen a vn hombre para que arasse tal tierra, y la sembrasse, se le debe paga de su trabajo, aunque el dueño de la tierra, que le mandò trabajar, no coja despues fruto por esterilidad, ó por otra qualquiera causa, en que no influye el que fue alquilado para arar, y sembrar. Y aunque en las ordenanças, è instrucciones, que se dan a los Alcaldes mayores se manda, que ellos, y los Escriuanos no lleuen derechos por los despachos, escrituras, y mandamientos, que se hizieren de seruido de su Magestad, como son de bandalas, repartimientos, y otras cosas, que son de oficio, se pena que boluerã lo que lleuaren

varen con el quatro tanto, no corre la misma razon en el caso propuesto; porque la visita especial, que piden los Indios, no es en orden al servicio del Rey, ni a la cobrança de la bandala, sino antes se ordena para escusarse los Indios de dar bandala, en todo, ó en parte; lo mismo se ha de dezir del Alcalde mayor.

## RELATORES.

### CONSULTA XXXXVIII.

*Sobre si el Relator, que de sola la una parte que solicita, cobra por entero los derechos de la relacion, peque, y deba restituir?*

#### PROPOSTA.

Está mandado, que el Relator cobre de las partes los derechos de la relacion en esta forma: que de la parte que solicita cobre la mitad dellos antes de hazer la relacion, y hecha cobre la otra mitad, que resta de la otra parte, pidiendo contra ella mandamiento de apremio, sin que por ningun caso cobre por entero los derechos de la parte que solicita, sino que (como lleuo dicho) cobre solamente la mitad de antemano, y la otra mitad restante de la otra parte, despues de hecha la relacion. Suele acontecer las mas vezes, que el Relator cobra por entero los derechos de la parte solicitante: preguntase si por esta causa peca, y tiene obligacion de restituirle la otra mitad, que debia cobrar de la otra parte?

Para cuya resolucion se supone lo primero, y servirá tambien de razon de dudar, que hecha la relacion regularmente, se halla defraudado el Relator de la otra mitad de los derechos, que incumbe dar a la parte que no solicita; ó porque fenecida la causa, se ausenta, y no parece; ó porque le es trabajoso, y molesto el pedir cada dia diuersos mandamientos de apremio ante la Real Audiencia, aviéndolo de rogar para el efecto al Secretario, que los ha de autorizar, y al Alguazil, que los tiene de executar, poniendole cada dia en muchos pleytos por los derechos de su trabajo; y siendo este de los mas excessiuos, è intensos, feria dura cosa, que siempre lleuasse la mitad del perdido, y defraudado, lo qual cessa, y se escusa cobrandose por entero los derechos de la parte que solicita.

Lo segundo se supone, y tambien por segunda razon de dudar, aun caso que la primera no militara, que el trabajo de la relacion vale, y está tassado en todo aquello, que por entero se cobra de la parte que la solicita, y

que en pedirle por entero los derechos, no le pide mas de lo que en si vale la relacion. De que se deduce este argumento: Nadie haze agrauio a otro en pedirle lo que vale su trabajo, si lo quiere conducir; ó feriar el solo. La parte solicitante es la que pide, y solicita, que se haga la relacion, la qual por si vale, y está tassada en todo lo que por ella se pide por entero; luego en pedirle los derechos por entero, y cobrarlos, no le haze agrauio alguno.

#### PARECER CC.VI.

202. **R**espondese, que peca el Relator en cobrar por entero de la parte solicitante, y está obligado a restituir. La razon es clara, porque cobra aquella parte de quien no la debia, y por consiguiente le pide, y cobra dicha parte contra justicia, obligandole a pagar lo que no debe: y consta del Derecho, l. Quod indebitum. de condict. indebite. *Quod indebitum per errorem soluitur, aut ipsum, aut tantumdem repetitur.* Y allí explica la Glosa, que si lo que se recibió era en especie, como vn vestido, ó vn libro, ó otra qualquiera alhaja, ay obligacion de bolver lo mismo; pero si se le pagó en dinero, se ha de bolver otro tanto: *Vbi soluitur species ipsa est in obligatione sicut in mutuo.* Y mas claro lo expresa l. Falsus. ff. de furtis. *Falsus creditor hoc est, is qui se simulat creditorem, siquid acceperit, furtum facit, nec numi eius sunt.* El que solicita la relacion, no es verdadero deudor de aquella mitad, que debe pagar el otro: y consiguientemente el Relator no es verdadero acreedor del solicitante, respecto de esta parte, porque acreedor, y deudor son correlatiuos, y consiguientemente no puede ser el vno acreedor mas de en aquello, que el otro le es deudor, y consiguientemente es falso acreedor en quanto pide, que se le pague esta parte, que el solicitante no debe: y assi comete hurto segun la dicha ley, y no haze suyo lo que assi recibe, *nec numi eius sunt*, y como cosa agena la debe restituir. Y lo mismo consta de las leyes del Reyno, p. 5. tit. 14. l. 28. *Crean a las vegadas los omes, que son tenudos de dar, ó de fazer pagas de cosas, que non deben: è por ende dezimos, que debe ser tornado en todas guisas lo que assi oviesse pagado.*

203. A la primera razon de dudar se responde, que aun esta circunstancia no omitieron las leyes de quando realmente se le debe al acreedor la cantidad que se le paga, pero la paga otro que no la debe, l. Si pænæ. ff. de cond. indeb. *Quamvis debitum sibi quisque recipiat, tamen si is qui dat, non debitum dat, repetitio competit.* Que la deuda sea muy

muty legitima; que las dificultades de la cobrança sean grauissimas, y que por ellas el acreedor venga a perder lo que se le debe, no le dá derecho para cobrar de quien no le debe. No será fuera de proposito el caso, que se refiere aver sucedido en vn lugar corto de la Europa. Vn zapatero, que avia en el pueblo, mató a vn hombre, fue preso por ello, entraron en consejo los Alcaldes, y Regidores para tratar del suceso: estauan todos concordados en que se hiziesse justicia: hallauan inconveniente de que en el pueblo no avia otro del mismo oficio, y seria falta muy graue, y daño comun. Salió vno de aquellos Regidores, y dixo: Buen remedio, en el pueblo ay dos herreros, y para la obra que ay que hazer basta vno, ahorcar a vno de los herreros, y se haze justicia, y no quedamos sin zapatero. Lo mismo es en el caso propuesto: no se puede cobrar del que lo debe, pues paguelo el otro en quien no ay tantas dificultades, ó inconvenientes para la cobrança.

204. A la segunda razon de dudar, que tiene mas apariencia, respondo, que esta razon tira a destruir lo que supone. Dexa supuesto por ley justa, y Decreto de la Real Audiencia, que al Relator debe la mitad de su salario la parte solicitante, y la otra mitad la parte demandada, è intenta probar, que todo lo debe la parte solicitante. Y no es inconveniente, que vno solicite vna accion, y la pida, y no esté el solo obligado a pagar todo el salario que la accion merece, quando la accion es en orden a dos correlatiuos, especialmente quando por ley, ó ordenança legitima está establecido quanto deba pagar cada vno: y querer que el solicitante pague por entero la relacion, y escusarle la paga al otro, feria hazer de peor condicion al diligente, que solicita que se ajuste por autoridad publica la causa, y de mejor condicion al negligente, que lo rehusa, lo qual es contra Derecho, que siempre fauorece a los diligentes, l. Pupillus. ff. quæ in fraudem. *Si vigilanti, meam conditionem meliorem feci, quia ius civile vigilantibus scriptum est.* Ni se puede presumir del que solicita la relacion, que de su voluntad quiere pagar la parte, que el otro debe pagar, l. Cum de indebito. ff. de prob. *Qui enim soluit nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, è indebitas effundat.* De ninguno se presume, que quiere echar por ai su dinero, ó que quiere pagar lo que no debe, y assi el solicitante, que paga por entero al Relator, lo haze, ó por error, porque piensa que está obligado a pagar por si solo aquella accion, ó por temor de que si no lo paga todo, no se hará la relacion, y perderá su justi-

cia, y consiguientemente no pagá de su voluntad, l. Nihil. ff. de reg. iur. *Nihil consensui tam contrarium est atque metus.* Y mas abaxo: *Non videntur, qui erant consentire.* En dos casos no está el Relator obligado a restituir al solicitante, que le pagó la relacion por entero. El primero, quando el solicitante fue condenado en costas. El segundo, quando despues de hecha la relacion, quando no se presume temor en el que solicitó el pleyto, dize que lo perdona, y no quiere que se le buelva; porque cada vno puede dar a quien quisiere lo que es suyo, l. In re. C. mandati. *Sua quisque rei est moderator, è arbiter.*

## ALGUAZILES.

### CONSULTA XXXXIX.

*Sobre si los Alguaziles, y otros semejantes Ministros de justicia deban restituir los cohechos, que reciben por no denunciar a las personas in fraganti delicto?*

#### PROPOSTA.

VN cierto Bilango, ó Alguazil ha recibido algunos cohechos de algunas personas cogidas en fragante delicto, porque no las lleue al Alcalde mayor, como es amancebados: y estando este obligado a restituir, a quien ha de ser? He leído en vn libro, que tengo aqui manuscrito, que es probable, que no está obligado a restituir, si se lleua esto *ante condemnationem Iudicis*, y este lo ha llevado assi; luego segun esta sentencia parece no estar obligado. Cita este mamotreto por esta sentencia a S. Anton. Silvest. Angel. Navarro, y no dá razon este libro, ni cita donde lo dizen estos Autores: con lo qual no me atreuo a determinar sin el parecer de V. R. y si siendo esta sentencia verdadera, que se pueda seguir, harémos restituir a este Bilango 24. pesos, que recibió de dos Sangleyes, que los cogió dentro de vn aposento a los dos solos, con que queriendolos llevar presos a presentarlos al Juez, le dieron esta cantidad de dinero?

#### PARECER CC.VII.

205. **A** La consulta se responde, que es opinion probable, que no está el Bilango obligado a restituir lo que assi ha llevado por cohechos. Lleuanla los quatro Autores graues, y antiguos, que refiere este libro manuscrito, S. Antonino, p. 2. cap. 5. al principio.



principio. Silvest. in Summ. verb. Eleemosina. n. 6. y verb. Restitutio. 2. §. Sed quod dictum est. Navar. in Summ. Latina, cap. 17. n. 30. y cap. 25. n. 34. Angelo, verb. Restitutio. §. Turpe. y muchos modernos que figuen a estos, y lo que mas es tiene fundamento en S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 7. donde dize assi: *Aliquid est illicitum non quidem, quia ipsa acquisitio sit illicita, sed quia id ex quo acquiritur est illicitum, sicut patet de eo, quod mulier acquirat per meretricium, & hoc proprie vocatur turpe lucrum, quod enim mulier meretricium exerciat turpiter agit, & contra legem Dei, sed in eo, quod accipit, non iniuste agit, nec contra legem. Unde quod sic illicitum est, retineri potest.* Toda esta doctrina, que trae S. Thomas poniendo el exemplo en la ramera se puede aplicar al Bilango, que haze torpemente en ocultar los delitos, contra la obligacion, y legalidad de su officio; pero no recibe torpemente la paga. Otro calo trae Navarro, que tiene mas semejança con este del Bilango: dize en el cap. 25. citado, que las guardas, que tiene puestas la Republica, para que los estrangeros no saquen mercaderias del Reyno, si reciben cohecho para no denunciar a los que las sacan, no estàn obligados a restituir lo que assi recibieron. Y Silvestro en los lugares citados dize, que los que reciben precio para hazer contra su obligacion solamente, deben restituir quando el Juez por sentencia les manda restituir, ò el Confessor se lo manda en penitencia. y añade, que puede el penitente no aceptar la penitencia del Confessor. Tiene tambien esta opinion fundamento en el Derecho, cap. Non sane. 14. q. 5. que tratando de los que adquirieron algo con accion pecaminosa, faltando a su obligacion, dize: *Facilius ea, que hoc modo acquiruntur tanquam sua pauperibus largiantur, quam eis à quibus accepta sunt, tanquam aliena restituunt.* Claramente dize, que no lo deben restituir a los que lo dieron; como si fuera cosa agena, y aconseja, que como cosa propria lo den a los pobres de limosna; y l. Vbi. ff. de condict. ob turpem. *Non posse repeti dicimus, si pecunia detur, ut male indicetur.* Y l. seq. está expresso el caso que se pregunta: *Si ob stuprum, datum sit vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se, cessat repetitio.* Item: *Si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudine versatur, cessat repetitio.* Fundase tambien en razon, porque el Bilango escusa a los que cogió en fragante delito, de las penas, y molestias, y gastos, que avian de hazer en la causa, si los presentara al Alcalde, y les haze este bien, y utilidad; que no tenia obligacion a hazerfela, antes la tenia de presen-

tarlos al Juez: demás desto el Bilango se pone a riesgo de que le cojan por esse bien que les haze, y le hagan pagar mucha mas cantidad de lo que le dieron por el cohecho; todo lo qual es precio estimable.

206. Por estos fundamentos tengo a esta sentencia por segurissima, y aun mas probable que la contraria, especialmente por que los Autores, que lleuan la opinion contraria, aunque concuerdan en dezir, que el que recibe paga por estas cosas, tiene obligacion a restituir, estàn discordes sobre a quien se ha de hazer la restitucion. Vnos dizen, que se ha de restituir a los pobres, y se fundan en el texto referido del Derecho Can. cap. Non sane. y de aquel texto, si se mira con atenció, se verá, que no manda que se restituya, ni pone obligacion de restitucion, como de cosa agena de que no aya adquirido dominio; antes dize, que el que recibió estas cosas por mal fin, como proprias suyas que son ya, las dé de limosna a los pobres, y este es vn santo consejo, que será bien que el Confessor lo dé a ricos, que no passan necesidad, quando han recibido alguna cantidad por hazer alguna cosa mala, ò contra la obligacion de su officio. Otros Autores dizen, que se ha de restituir el dinero del cohecho al que lo dió; pero esto es expressamente contra Derecho en el cap. referido Non sane. donde dize, que mas facilmente; ò con mas razon se dé a los pobres, que al que lo dió; y de los dos, mas derecho tiene a quedarse con dicho dinero el que lo tiene ya recibido; que el que lo dió, porque ambos hizieron mal, el vno dando el dinero por impedir la justicia, y el otro recibiendo para el mismo fin, ambos concurrieron al mismo delito; y segun derecho, en igual causa de torpeza, y delito, mejor es la condicion del que está en possessio, de reg. iur. in 6. reg. 65. *Impari delicto, vel causa potior est conditio possidentis.* Y l. Impari. ff. de reg. iur. *Impari causa possessor potior haberi debet.* Otros dizen, que se ha de restituir al fisco, y esta sentencia tiene mas razon, porque por el delito que ambos cometen; lo debèn perder ambos: y esto se colige de algunas leyes. l. Generaliter. ff. de verb. oblig. y l. Iuris gentium. ff. de pactis. §. Si ob maleficium. Pero estas leyes, que ponen por delitos penas pecuniarias, no obligan al reo a pagarlas, hasta que el Juez le sentencie, como dize expressamente S. Thom. 2. 2. q. 62. art. 3. *Postquam condemnatus est, tenetur penam solvere.* Y ad 3. dize del reo, que antes de la sentencia no tiene obligacion a pagar la pena: *Quod ante quam condemnatur, non debet.* Y alli Cayet. *Non tenetur reus ex sola lege ad huiusmodi penam executionem.* Y al fin del art. ha-

hablando en caso mas apretado de los que han cometido heregias, y otros crimines *lesse Maestatis*, a los quales ponen los Sagrados Canones pena de privacion de todos los bienes *ipò facto*, dize, que hasta que el Juez los sentencie no estàn obligados a despoñerse de su hazienda, ni a entregarla al fisco: *Dicuntur privati dominio rerum a lege, non tamen tenentur ea assignare fisco, nisi interveniat actio iudicis.*

207. De aqui se colige, que no tiene obligacion a restituir a estos dos Sangleyes los 24. pesos, con tal que aya bastante presuncion, y causa para que los castigassen, si los cogiesen; porque si no avia fundamento para presumir, que estauan alli por mal, y con la amenaza les puso miedo, y les quitó el dinero, lo deberá restituir a los mismos Sangleyes los 24. pesos, porque esta opinion solamente corre en caso que el delincuente se libró del castigo merecido, al qual redimió con el cohecho, y queda el reo con esto que pagó en alguna manera castigado por su delito.

## CONSULTA L.

*Sobre si obró licitamente un Juez, que a unos Alguaziles suyos quitó un cohecho, y lo bolveró al que se lo avia dado porque no lo prendiesen, y denunciassen un grave delito, que avia cometido?*

## PROPOSTA.

MIs Alguaziles cogieron a vn Sangley infiel con vna muger Christiana en delito, y pusieron preso al Sangley en el ceppo, sin darne parte a mituvieronle en el dos dias, hasta que el tal Sangley les dió treinta pesos, y por ellos le soltaron: dizen, que lo hizieron, porque desta fuerte redimió el Sangley su bexacion: y todo esto fue sin darne parte a mi. Supe este caso, y a dichos Alguaziles hize exhibir el dinero, y se lo remiti a Manila a dicho Sangley delincuente: no es de mi territorio, sino que viue en Manila. Succede oy, que dió la buelta por acá a sus negocios, y le cogieron dichos Oficiales, y le amarraron en la calle publica, y amarrado me lo traxeron, pidiendo que yo le castigue. Solíle por parecerme, que bastantemente fue castigado en aver estado dos dias en el ceppo, y averle quitado treinta pesos; y aunque es verdad, que yo se los hize bolver, por el modo con que se los quitaron, sin ser condenado segun derecho, fue por castigar a dichos mis Oficiales. Este es el caso, V. P. se sirva de darne su parecer, para no obstante lo que

he referido padeciò dicho Sangley, deba yo en conciencia prenderle, y actuar contra él, sin aver nueva causa, ò nuevo delito: y si tengo obligacion de hazer causa a los dichos Oficiales por el cohecho?

## PARECER CCVIII.

208. EL hecho de los Alguaziles no fue recto, porque es cohecho; pero el bolver al Sangley el dinero, no fue accion ajustada al derecho, ni a la obligacion en conciencia. Si vamos a la obligacion en conciencia, los Alguaziles se podian quedar con los treinta pesos cò buena conciencia. Consta del Derecho Canonico, cap. Non sane. 14. q. 5. *Facilius ea, que hoc modo acquiruntur tanquam sua pauperibus largiantur, quam eis à quibus accepta sunt tanquam aliena restituunt.* Habla de los que han recibido dinero culpablemente, ò por cohecho, ò por encubrir algun delito, y dize, que no estàn obligados a restituirlo al que lo dió, sino les dá consejo, que los den a los pobres, como cosa propria suya de los que lo recibieron con pecado. Y en el Derecho Civil ff. de condict. ob turpem causam. l. Vbi. *Non posse repeti dicimus si pecunia detur ut male indicetur.* Y l. seq. está expresso el caso: *Si quis in adulterio deprehensus redemerit se, cessat repetitio. Quoniam utriusque turpitudine versatur.* El que cogido en delito se redimió cohechando a los Ministros de justicia, no tiene accion para pedir lo que dió para escaparse, ni en conciencia se le debe, y la razon lo dicta; porque los Ministros escusaron al delincuente de las molestias, y gastos en hazer la causa, y de la pena que se le avia de dar, y le hazen este bien sin tener obligacion a ello, antes contra su obligacion, poniéndole a riesgo de que les castiguen por ello: esto es en conciencia.

209. Quanto a la justicia, y fuero externo, si el Juez sabiendo el caso quisiera proceder con todo rigor de justicia, avia de coger el dinero, que sus Ministros avian recibido por cohecho, y aplicarlo a alguna obra pia, porque entregárselo al Sangley, fue lo peor que se pudo hazer; porque *in pari delicto vel causa potior est conditio possidentis.* de reg. iur. in 6. reg. 65. y *in pari causa possessor potior haberi debet.* l. In pari. ff. de reg. iur. En el cohecho delinquen el que cohecha, y el que recibe el cohecho, y ya recibido, y estando en possessio los que lo recibieron, tenían mejor derecho: y no fue conforme a razon quitar el dinero a los que tenían mejor derecho a él, por tener ya la possessio, por darlo al que tenia peor derecho. Si lo huviera quitado a todos,

y aplicadolo a vna obra pia, y castigado a los Ministros por ello, y al Sangley por el amancebamiento, ó fornicacion, huviera sido acciõ de Juez recto, y de que ninguno pudiera tener queixa con razon. Si el Juez solamente aplicara el dinero a obra pia, y dexara sin otro castigo al Sangley, y Ministros, seria mas benignidad, y quedaba el Sangley castigado en aquello solamente con que el tuvo por bien de redimir su delito, y los Alguaziles en no gozar del cohecho, ni de los derechos, que si huvieran procedido bien les avian de pertenecer. Tampoco fuera injusticia en el Juez, si sabiendo el cohecho reprehendiese en secreto a los Alguaziles, y les dexasse el dinero; porque aunque avia sido adquirido con culpa de cohecho, no lo retenian injustamente, ni el Sangley tenia accion para pedirlo, como se probó arriba: y assi al Sangley no se le hazia injusticia, y a los Oficiales tacitamente se les aplicaba el dinero por aver celado contra el delinquent; y por el mal modo de que viaron, se les corregia con la reprehension, y escarmentaban para otra vez: y el Juez tal vez puede no castigar a sus Oficiales, aunque siempre debe procurar, que no vñen estos medios con los delinquentes, que son malos fornanes; pero que el Sangley, que siendo infiel pecó con Christiana, se fuesse sin castigo (ni aun aquel que el tenia por bien de dar para escaparle) y que los Ministros queden corridos, y castigados a vista del Sangley, es cosa muy odiosa; y aunque el Sangley no vivia en el territorio de v. md. *ratione dubitanti* con que escandalizo a este pueblo, se sujetò a esta jurisdiccion para ser aqui castigado, y no es castigo dos dias de cepto para delito de aquella calidad, quando el tuvo a buena fuerte pagar treinta pesos. Pero aviendolo ya v. md. embiado libre, y bueltole su dinero con buena fé, no està obligado a prenderlo otra vez, y castigarlo, porque no ceda tanta mudança en descredito, y desautoridad del Juez, y por que no fue delito con injuria especial de tercero, ni ay parte que pida, que los Ministros, que piden, pueden ser rechazados de su peticion, por aver delinquido en el cohecho, y por averlo ellos ya soltado libre, y el dinero que avian recibido, siempre tenia el Juez accion para quitarfelo: y que indebidamente se le aya buelto al Sangley, no les haze a los Ministros mas daño, pues siempre tenia el Juez derecho para que no se quedassen con dicho dinero.

## REOS, Y PRESOS.

### CONSULTA LI.

*Sobre si al que està preso por delitos graves, le sea licito por enadirse de la justicia fingirse loco, aunque se disfame a si, y a sus hijos con la locura?*

#### PROVISTA.

**V**N hombre està preso, y rezela que le sentencien a muerte, y para escapar cõ la vida se ha empezado a fingir loco, y se ha dudado si esto le es licito. Lo vno, porque es impedir la justicia con ficciones: en David fue licita esta ficcion, porque contra justicia le querian quitar la vida; pero a este, que justamente se la pueden quitar, como le ha de ser licita esta ficcion? Lo otro, porque se descredita a si, que todos lo tendrán por loco, y disfama a sus hijos, que les llamarán los hijos del loco.

#### PARECER CC.IX.

210. **A** La consulta se responde, que le es licito fingirse loco para escapar con la vida. Lo primero, porque aunque tenga muy merecida la horca por sus delitos, le es licito huir, como no haga resistencia a la justicia, y esta ficcion no tiene razon de resistencia, sino de fuga de la muerte. Lo segundo, porque con las acciones de loco puede significar vna verdad de la falta de juicio recto, que tuvo quando cometió los delitos, que el pecar es locura, y el pecador insipiente, que dize en su corazon: *Non est Deus.* Plal. 52. Lo tercero, porque es mayor bien la vida, que la opinion de hombre cuerdo, y mayor mal la muerte, que la opinion de loco, y a los hijos mejor les està que les llamen hijos del loco, que hijos del ahorcado, y assi si le vale, y escapa, es commutacion prudente, y buena moraliter.



CON-

### CONSULTA LII.

*Sobre si el que està preso por delitos graves pueda huirse de la carcel, aunque de su fuga aya de venir daño al carcelero?*

#### PROVISTA.

**V**N hombre ha vn año que està preso por causa de averle querido casar, y ay sospechas que es casado, y viue iu muger en Nueva-España. En esta Nao, que se està esperando, se aguarda la resolucion: acriminase su causa por aver inducido a Españoles a jurar de que es soltero, los quales se desdixeron diciendo, que por miedo originado de amenazas, que les hizo el Juez. Padece el reo mucho de enfermedad (que tiene berben) y de grauissimas necessidades, è incommodidades, que padece en la prision. El Juez se le ha mostrado enemigo, y muy apassionado, habla de el acremente, y le niega todo aliuio: antes cada dia le van nuevas amenazas de rigor. Està el preso afligidissimo, y quisiera huirse, y retraerse en vna Iglesia, para lo qual pregunta si lo puede hazer licitamente sin pecar, aunque de su fuga le aya de venir daño al carcelero? Juzga que sin daño de nadie lo podrá hazer.

#### PARECER CC.X.

211. **R** Espondese, que le es licito huir de la carcel, aunque sepa que por ello ha de venir daño al carcelero, con tal que no haga resistencia possitiua graue a los Ministros de justicia, porque està seria pecado mortal, porque no puede aver *bellum iustum ex utraque parte*. Y es cierto, que los Ministros de justicia, y carcelero tienen derecho justo para impedir la fuga de los presos, y para resistirles quando se quisieren huir; y consiguientemente la resistencia, y guerra, que en contra hiziera el reo para huirse, será illicita, y pecado mortal. Le es licito todo lo que es mera fuga, y algunas resistencias leves, que dizen naturalmente conexion con la fuga, como vn arrempujon al carcelero, que està a la puerta de la carcel; vna puñada a vn corchete, que se le pone delante; vn amago, ò amenaza a vn Alguazil, que lleno de miedo le vá siguiendo; porque todo esto es fuga, y traza, y ardid del que huye, y no es propriamente resistencia, y si tiene algo de resistencia, es cosa poca, y materia leue, como dize Silyio in 2.2.q.69.art.4. queritur.2. Dixe arriba, que le es licito al preso huir de la

carcel, aunque sepa que le ha de venir por ello daño al carcelero, porque el preso vñ de su derecho para poner en salvo su vida, ò librarle de las molestias de vna aspera prision, y no pretende, ni quiere el daño ageno, sino librarle a si: por lo qual el daño, que viene al carcelero, es *prater intentionem fugientis*, el qual no tiene obligacion de evitar el daño ageno con tanto detrimento proprio.

### CONSULTA LIII.

*Sobre si unos hombres, que fueron condenados por delitos graves a esclauitud perpetua, y estan huídos de sus amos, puedan licitamente estar ausentes, ò esten obligados a bolver a servirle?*

#### PROVISTA.

**V**Nos hombres fueron castigados por ciertos delitos en esclauitud perpetua, y están huídos de sus amos, y quieren ajustar sus conciencias. Preguntate si licitamente pueden estar ausentes de sus amos, ò si tienen obligacion a bolver a servirles?

#### PARECER CC.II.

112. **R** Espondese, que la resolucion deste caso no es tan facil, ni cõ tanta priesa como V. R. la pide he hallado Autores, que traten deste caso; porque aunque todos comunmente dizen, que los esclauos cuya esclauitud tuvo origen de averlos vendido sus padres, ò averse vendido ellos mismos, no pueden huir licitamente, y los esclauos cuya esclauitud le originò *ex bello licet iusto ex parte captiuantis, è iniusto ex parte captiui*, pueden licitamente huir; pero poco se debe hallar escrito desta tercera especie de esclavos, que no lo son por venta, ni por guerra, sino que por castigo, y pena de sus delitos están sentenciados a esclauitud. Respondete con distincion: si la seruidumbre que pasan es tolerable, v.g. si el trato que les hazen no es demasadamente riguroso, ni aspero, ni el trabajo excessiuo, y el sustento es razonable, y para dezirlo en breue, si los tratan segun la buena razon dicta que se traten los esclauos, no les es licito huir, y si se huyen están obligados a bolver a sus amos, ò pagar lo que valia su seruido. La razon es, porque estos fueron sentenciados como reos por sentencia justa (que assi se debe presumir del Juez, que sentenció, mientras no consta otra cosa) a dicha esclauitud, y assi la deben cumplir; por que quando la pena a que justamente senten-

cian

cian a alguno, es de tal calidad, que no puede executarfe por otro sino por el mismo reo, y la pena es tolerable, de las que los hombres por si mismos executan, está el reo obligado a tolerar, y cumplir dicha pena. Si la esclauitud fuese de mañadamente aspera, de fuerte, que pasáffen vna vida llena de pesadumbres, ó miserias (no hablo de las que naturalmente la esclauitud trae consigo, sino de malos tratamientos exorbitantes, que comunmente no suelen hazerfe a los esclauos) puedé huirse, porque ni el Juez le sentenció a pasar semejante vida, ni (aunque les sentenciasse) están obligados a sufrir, y cumplir por si propios pena tan horrible, y continuada de toda la vida.

## CONSULTA LIV.

*Sobre si aviendo su Magestad despachado en Madrid una Cedula en que priuaba a cierto Ministro suyo, que estava en estas Islas, del sueldo que le tenia señalado, la priuacion de dicho sueldo se deba entender desde el dia que llegó la Cedula a estas Islas, ó desde el dia de su fecha en Madrid?*

## PROPUESTA.

Entre las cantidades de plata, que debia el señor Oydor Don N. se halla vna algo gruesa, que se debe a la caxa Real de vna librança, que sacó de vn Sangley. Si ay camino para que esta deuda se ajuste por los salarios, que avia de lleuar el dicho señor Oydor el tiempo que estuvo retraido, será gran cosa, porque avrá para pagar a todos los acreedores, y quedará alguna cosa para sus hijos; pero si esto no puede hazer, quedarán los niños en miserable estado, y muchas deudas sin ajustar. No obstante esto hemos de hazer lo que fuere justo: suplico a V.R. dé la resolucion a este punto, que será servicio de Dios, para que veamos con claridad lo que podemos hazer con segura conciencia. Para que V.R. vea el estado de la causa, y lo que della se juzgó en el Consejo, saqué vn traslado de la Cedula de la Reyna, en que cometió la causa al señor Governador, de la qual se pone aqui solamente la clausula necesaria para la resolucion deste caso, que es como se sigue.

He tenido por bien de cometeros (como por la presente os cometo) el conocimiento desta causa, y ordenaros, y mandaros (como lo hago) que luego que recibais este despacho procedais en juicio abierto a la averiguacion de los delitos, y excessos, que ha cometido el dicho Don N. y aviendo substanciado

la causa, la determinareis, nombrando para ella vn assessor Letrado de vuestra satisfacció; y hallando al dicho Don N. fuera de la Iglesia, le mandareis ir luego al puerto de Cavite, notificandole no salga de el, hasta que la causa se determine definitivamente; y que no se le acuda con los salarios, y emolumentos de su plaza, ni buelva al exercicio della hasta tener orden mia: y asimismo le embargareis todos los bienes, y efectos, que hallaredes ser suyos. Para todo lo qual, y lo a ello anexo, y perteneciente, os doy, y concedo tan bastante poder, comission, y facultad, como de derecho se requiere, y en tal caso es necessario.

Quando llegó la sobredicha Cedula Real estava Don N. retraido: aora se pregunta, si el no acudirle con el sueldo, ó el no poderle perceber licitamente, se ha de entender desde el dia que llegó la dicha Cedula a estas Islas, ó desde el dia de su fecha en Madrid, ó desde el dia que se retraxo, y dexó de servir su plaza de Oydor? La razon de dudar en contra es, porque siendo reo, su misma culpa parece que fue causa de su retraimiento, y de no poder servir su plaza. La razon, que en su fauor se puede alegar, es la que a el mismo muchas vezes le oimos dezir, y es, que el averse retraido no fue por la culpa, que contra el podia resultar, sino porque estauan ya sus enemigos vnidos para destruirle, y el Governador apassionado, y que temia no avia de ser oido, y que avia de morir indefenso en vna fuerça, ó destierro.

## PARECER CCXII.

211. **R**esponde, que desde el dia que en estas Islas se pronunció sentencia contra el señor Don N. en virtud de la Cedula de su Magestad, no se le debia salario de su oficio de Oydor, y hasta entonces si por lo qual si debiere alguna cosa a la caxa Real, la puede descontar por los salarios, que avia de recibir desde el dia que se retraxo, hasta que se pronunció dicha sentencia. La primera, y mas clara prueba desta resolucion, son las palabras de la Cedula de la Reyna nuestra señora, que aviendo sido informada del señor Governador de Filipinas, de todos los delitos, que resultauan de la informacion, que se avia hecho contra el señor Oydor D. N. que queriendole prender se avia retraido en el Conuento de S. Francisco, y que llamado por edictos, y pregones, no se presentó, sino se estuvo en su retraimiento, por lo qual se hizo la acusacion en forma, y se substanció la causa en rebeldia, y se ratificaron los testigos de la sumaria, y se remitieron al Consejo Real

Real de Indias los autos en estado de sentencia. Esta causa se vido en el Consejo de Indias; y aunque iba tan criminal, y en muchos puntos se agravaban los delitos mas de lo que en realidad eran, resolvió el Consejo con gran prudencia, y mucho tiento, que se procediesse en juicio abierto a la averiguacion de los delitos, y que determine la causa el señor Governador con vn Assessor, que se le embarguen los bienes, que no se le acuda con los salarios, y emolumentos de su plaza, ni buelva al exercicio de ella hasta tener orden de su Magestad. Todo esto consta de la Cedula de la Reyna nuestra señora, donde claramente se colige, que supone la Reyna, y el Consejo Real de Indias, que el señor D. N. despues de cometidos los delitos contenidos en la informacion, que se le remitió, y despues de retraido, y llamado a pregones, gozaua los salarios, y emolumentos de su plaza; y no disponen, que se le cobren, ni los dá por no debidos dar, sino manda, que desde allí en adelante no se le acuda con ellos. Por lo qual se ha de entender, que antes de llegar dicha Cedula, y de determinarse en virtud de ella, que no se le acuda con los salarios, y emolumentos de su plaza, le pertenecian dichos salarios; porque las determinaciones, y disposiciones, que hablan generalmente sin determinar tiempo, no comprehenden al tiempo pasado, como dize Bart. l. Omnes populi 2. q. 5. n. 39. ff. de iust. & iur. y l. 2. ff. de cond. & demonst. y Felino, cap. fin. de testib.

214. Para que se vea que la disposicion de dicha Cedula es conforme a derecho, se pone la segunda prueba, para cuya claridad se advierta, que no es la misma razon de los salarios de los señores Oydores, y de otras personas, que administran officios publicos con salario publico, que de los criados, que sirven a personas particulares por su salario; porque a los criados, si por enfermedad, ó por otra causa, que se tiene de parte de ellos, dexan de servir, no se les debe salario; pero a los Oydores, y demás personas de officios publicos, si dexan de acudir a sus officios por algun impedimento proprio, como enfermedad, no obstante reciben sus salarios por entero. Affi lo afirman Silvest. verb. Familia. q. 2. Aviles de prætoribus, cap. 1. Gloss. Salario. n. 19. Los quales en el mismo lugar afirman; que al Abogado, que tiene salario publico (si muere al principio del año) lleuan sus herederos el salario de todo el año; pero no es assi del salario, que le paga la parte litigante, porque de este (si muere) solamente se les debe a los herederos la parte del salario, segun el tiempo que affiñó al litigio, prorrateandolo. Lo

mismo dize Bart. l. Diem functo. ff. de officio assessorum, y allí dize del Corregidor, que murio aviendo tenido la plaza tolo vn mes, que a los herederos se debe todo el salario de todo el año; y todo esto consta del Derecho, l. Diem functo. ff. de offic. assessorum. donde se determina, que a los Assesores del legado del Cesar difunto, se les pague por entero: y lo mismo dize l. Diem functo. ff. locati, & conducti. *Diem functo legato Cesaris salarium committibus residui temporis prestandum.* Y l. Præses. ff. de varijs, & extraord. §. Divus. *Ab heredibus advocati eo mortuo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat quominus causam ageret.* Determina aqui, que si el Abogado muere antes de cumplir el año, por el qual avia recibido salario publico, no se les pida a los herederos la cantidad, que corresponde al tiempo que no sirvió. Y l. Qui operas. ff. locati. mas vniuersalmente se determina de los Abogados, que dexan de asistir a sus officios, que si no es por culpa suya, no deben restituir los salarios: *Advocati quoque, si per eos non steterit quo minus causam agant honoraria reddere non debent.* Llamanse honoraria los salarios publicos, que dá el Rey, ó la Republica, porque no solamente ceden en utilidad del que los recibe, como los salarios, que pagan los particulares, sino que tambien ceden en honor del que recibe salario publico, como dize la Glossa in l. Præses. ff. de varijs, & extraord. y l. Cum hæres. ff. de statu liberis. se determina, que si a vn esclauo le dexa su amo libertad en su testamento, con condición, que sirva vn año a tal persona, los dias que el esclauo estuviere enfermo, ó impedido de poder servir, por qualquiera causa que legitimamente le impida, se le deben passar en cuenta del año aquellos dias, como si huviera servido. *Si quibusdam diebus, aut valetudo, aut alia iusta causa impedimento fuerit, quo minus seruiat, & hi anno imputandi sunt, seruire enim nobis intelliguntur etiam ij, quos curamus egros, qui cupientes seruire, propter adversam valetudinem impediuntur.* La Glossa in l. Si vno. ff. locati. §. Item cum quidam, dize, que esto es especial en la libertad, y en los Abogados. Y la misma razon corre de todos los que lleuan salarios publicos; porque lo que se concede a los Juezes, y Abogados por la dignidad de sus officios, se concede a los esclauos en fauor de la libertad. Esto mismo está determinado en las leyes del Reyno, p. 5. tit. 8. l. 9. de todos los Juezes de la Corte del Rey, y de todos los Oficiales de su casa, y de los Maestros de las ciencias, que reciben salarios cada año del Rey, ó del comun de alguna Ciudad, ó Villa, y dá la razon la ley: *Por que*



que no fincò por èl de cumplir , è de fazer lo que debia , mas por ocasion que le aconteció , que no pudo desviar. Y luego la misma ley determina lo contrario del Abogado , que comencò a abogar en el pleyto de algun particular con salario señalado; que si impedido con la muerte, ò con otro legitimo impedimento, no pudo concluir el pleyto , èl, y sus herederos no pueden llevar todo el salario, sino aquella parte, que se hallare aver merecido, y ganado: y lo mismo se determina de los demás Ministros, y Oficiales. De suerte, que esto de llevar salario sin trabajar por estar impedidos legitimamente , solamente lo tienen los que gozan plazas, y oficios de honor, y dignidad; y assi Greg. Lop. en el comento de las Partidas p. 5. tit. 8. l. 9. tratando de la razon que dá la ley, porque el Juez legitimamente impedido lleva el salario entero , aunque no exerça su oficio , por causa de que no quedó por èl no cumplir , y hazer lo que debia , sino por el acontecimiento , que no estuvo en su mano, dize: *Hæc ratio non esset sufficiens de por se, nisi coniuncta cum casu, in quo loquitur, ubi habetur respectus necdum ad premium respectu laboris, sed & respectu dignitatis, & scientia.* De suerte , que llevar los salarios sin exercer los oficios, por tener legitima ocupacion, que no pueden escusar, solamente compete a los que tienen estos oficios de dignidad, y honor, como Juezes, Assesores, Abogados, y Maestros de ciencias; y lo mismo dispone el Derecho Canonico de los Canonigos, y Clerigos, que sirven a las Iglesias, cap. Cum percussio de Clerico ægrotante. *Laiorem pensum ad percipiendam, qua consueta sunt ab Ecclesia tua, agritudo sua non debeat impedire.* Y mas abaxo: *Quacunque ei si sanus esset, poterant ministrari, de ipsa exiguitate, qua Ecclesia potest accedere, fraternitas tua prebeat ægrotanti.* Y cap. Ad audientiam de Cleric. non resid. se refiere, que los Canonigos de la Iglesia Meldense avian hecho vna constitucion a que se obligauan con juramento, de que los Canonigos, que no residian, no gozassen los frutos de sus Prebendas, excepto los enfermos, y los que estuviesen en servicio de la Sede Apostolica: y por esta causa no querian dar los estipendios, que les pertenecian de sus Prebendas, a dos Canonigos, que assistian al Obispo. Llegò esto a noticia del Papa, y mandò, que a dichos dos Canonigos se les acuda con sus estipendios, por la legitima ocupacion en que estauan. *Decernimus ut duo ex Canonicis Ecclesie memorate in tuo servitio existentes suarum fructus integre percipiant Prebendarum.* El Doct. Solorc. in Polit. Ind. lib. 5. cap. 4. hablando indiuidualmente de los Oydores, dize,

que a los enfermos, è impedidos por legitimo impedimento de servir sus plazas, se les paga por entero su salario, como si las estuviesen sirviendo actualmente, y que assi està expresamente dispuesto por Cedula de el Rey de 1. de Diziembre de 1573. escrita al Virrey del Perú: y dize alli este Autor, que en quanto a pagar a los Oydores el salario de todo el año ( si mueren antes de cumplirlo) no se observa; y antes està lo contrario determinado por Cedula Real de 26 de Mayo de 1573. y de 5. de Julio del mismo año, que mandan, que solamente se pague a los herederos lo que huvieren devengado hasta el dia de su fallecimiento. Y Bobadilla in Polit. lib. 1. cap. 2. n. 23. dize, que la disposicion de el Derecho comun, y ley de las Partidas, de que se pague a Juezes el año entero, aunque mueran al principio del año, no se practican, ni se paga mas de la rata de lo que sirvieron; y lo mismo dize Greg. Lop. sobre las Part. p. 5. tit. 8. l. 9. pero todos assientan en que los que tienen estos oficios publicos, estando enfermos, ó legitimamente impedidos, deben llevar sus salarios por entero, y que assi està en practica.

215. Resta agora averiguar, si el retraimiento del señor Don N. fue impedimento legitimo, que le escusasse de acudir a servir su plaza, para que assi pueda llevar sus salarios, y se le deban. Tengo por cierto, que si el retraimiento huviesse sido por escusar el castigo, que conforme a derecho mereciesen sus delitos, y para escusar el venir a juicio, y que se ventilassen sus causas, no pudiera llevar salario; porque los textos citados, y Autores dizen, que para que el Juez pueda llevar su salario sin acudir a su oficio, se requiere, que el no acudir no sea culpable, sino por impedimento justo, que no estè en su potestad evitarlo: y el que por escusar el castigo merecido se retrae, pudo escusar su impedimento antecedentemente, no cometiendo delitos, y no es conforme a derecho, que de su delito saque utilidad, y se haga de mejor condicion, llevando el salario sin la asistencia, l. Non fraudantur. ff. de reg. iur. *Nemo ex suo delicto meliorem conditionem suam facere potest.* Y ya cometido el delito, si no acude a su oficio para que no le obliguen a parecer en juicio, y que se juzgue su causa, no tiene justo, ni legitimo impedimento: y como el Juez, ni le haze agrauio, ni violencia en querer, que se ponga en juicio su causa, l. Furtum. ff. de reg. iur. *Nemo videtur vim facere, qui iure suo utitur;* assi el reo no tiene justo titulo, ni justo impedimento para no assistir a su obligacion por dicha causa.

De

216. De la misma suerte tengo por cierto, que si el retraimiento fuessè, no por escusar la pena, que mereciesse su delito, ni por escusar venir a juicio, y ser juzgado còforme a derecho; sino por presumir en el Juez con suficiente fundamento enemistad, ó passion, ò disposicion para agrauarle mas de lo que demanda la recta justicia: en tal caso si se retraxessè, y no acudiesse a su oficio, se ha de tener por legitimamente impedido; y que tiene causa justa, y titulo justo para no asistir; y consiguientemente se le deben sus salarios, y emolumentos. La prueba desto se halla en el Derecho, cap. Veniens. el 2. desponf. donde se propuso a la Sede Apostolica, que vn hombre tuvo trato deshonesto con vna donzella, y ella quedò preñada, y se dieron palabra de casamiento: despues el mismo hombre se mezclò con otra donzella, desfloròla, y cogiòlos el padre de la donzella cometiendo el delito, y alli le obligò a casarse con ella por palabras de presente. Consultòse este caso a la Sedè Apostolica, y respondió, que no aviendo mas de esponsales con la primera, el matrimonio con la segunda era valido, si el consentimiento no fue coacto con temor, que cayessè en varon constante. Los Doctores tratando de esta resolucion de la Sede Apostolica, y de què suertè el miedo que le puso el padre de la donzella compeliendole pudo caer *in virum constantem*, y anular el matrimonio, supuesto que justamente le pudo compeler, y obligar a casarse con ella. La mas comun, y mas probable opinion dize, que si el padre de la donzella le amenazò de que le avia de llevar ante el Juez, para que fuessè castigado por aquel delito conforme a derecho, fue miedo justo, que justamente le pusieron, ò por mejor dezir se le puso su proprio pecado, y que este miedo no haze violencia, ni anula el matrimonio, porque no compèle a mas de aquello a que por su culpa està obligado, ni le amenaza con otra pena mas de aquella en que por su culpa; y voluntad incurrió; pero si el padre de la donzella le amenazò de que alli le avia de matar, si no se casava, ò le avia de hazer otro daño graue con su autoridad priuata: en tal caso hubo coaccion injusta, y violencia, y fue el matrimonio nulo. Assi explican este texto todos los Doctores, que afirman, que el miedo justo no anula el matrimonio, sino solamente el que se pone injustamente. Entre los muchos Doctores, que llevan esta sentençia, es vno Couarr. que la explica 4. Decret. 2. p. cap. 3. §. 4. n. 12. con estas palabras: *Siquis iure aliquid se facturum comminatur, ut aliquid ei promittatur, desur, aut fiat, non videtur res illa gesta*

*permetum cadentem in virum constantem, quia is qui rem agit metum sibi inusit committendo rem dignam comminatione, & ita ipse erat in metu constitutus.* De aqui se colige, que el temor de que le dén la pena merecida por su culpa, no es impedimento legitimo, que le escuse de acudir a servir su plaza, porque este impedimento se lo puso por su voluntad cometiendo la culpa; y lo pudo escusar no cometiendo la culpa; y todos los textos del Derecho citados arriba, y la ley del Reyno, piden para que vn impedimento sea legitimo, y escuse la asistencia a servir; y que puedan llevar salarios; que sea tal; que no estè en su mano el escusar el impedimento, ni faltar por èl a la asistencia, y servicio a su plaza. Pero si le amenazan con otro temor de pena mayor de la que merece su delito, será coaccion puesta injustamente, y causará impedimento legitimo para no acudir a su plaza, y podrá llevar los salarios con segura conciencia.

217. En el caso propuesto no tengo por justificado todo lo que obrò el señor D. N. en el tiempo que gobernò, y por lo menos ninguno le puede aprobar por ajustado el destierro del señor Don N. ni la prision de el señor Don N. sin hazerles causa, ni oirlos, sino de hecho. No obstante esto, no se puede dudar, que tuvo bastante fundamento para temer mayor mal, y mas graue, y estrecha prision de lo que merecia su culpa; porque veia a sus enemigos muy adunados, y vnidos con el señor Governador: a sus amigos muy desviados, y mal vistos, y aun algunos dellos recibieron bexaciones de tal calidad, que las de vno propuestas a la Reyna, y al Consejo en la Corte, no parecieron ajustadas. Y aun de la carta de la Reyna, en que comete el conocimiento, y sentençia de la causa al señor Governador, se colige, que no se propusieron los delitos con toda legalidad, sino agrauando algunos puntos mas de lo que demandava la verdad. Dize alli, que se introduxo violentamente en el gobierno de las Armas; y consta que los dos señores Oydores, y señor Fiscal, que era entonces, le entregaron pacificamente, y de su voluntad el baston, y puesto de Governador de las Armas, para interin que se determinava el litigio, que avia entre los dos señores sobre la antigüedad, y el señor Don N. a los tres, ò quatro dias, junto con dos Abogados, determinò, que el pleyto sobre la antigüedad de los señores Oydores se remitiesse al Consejo, y se aguardasse de allá su determinacion, y que en interin retuviesse el baston, y gouerno de las Armas el señor Don N. Este punto puesto en esta forma como fue, haze dife-

rentes visos, que del modo que se propuso a la Reyna, y al Consejo en la relacion, è informacion remitida. Dize mas, que a vn hijo fuyo de siete años lo hizo Capitan de la Guardia, con sueldo de mil y quinientos pesos cada año; y consta que tenia mas de onze años: y el señor Governador, que le sucedió antes de cumplir vn año, le halló capaz para el puesto, pues le conservó en él mas de medio año despues en la misma forma. Agraua otros puntos de que se colige en el Juez animo de agrauar, y molestar al reo mas de lo que merece la causa: y consiguientemente, que tiene el reo titulo suficiente para temer mas molestia de la que merece su culpa, y legitimo impedimento para no acudir a su oficio, pues no solamente rezela la pena a que él se quiso obligar cometiendo la culpa, sino los daños que le añadiera el Juez enemigo.

218. Confirmase esto con vna doctrina muy clara del Doctor Solorzano in Pol. Ind. lib. 5. cap. 4. dize allí, que a los principios de las Audiencias de Indias, se concedian a los Oydores los salarios de sus plazas desde el dia que se hazian a la vela en España: y despues por evitar fraudes de algunos, que solian detenerse mucho tiempo antes de llegar a servir sus plazas, se ordenó, que se les paguen los salarios de seis meses por todo el tiempo del camino, y nauegacion, y no obstante esto dize, que fuele el Consejo ordenar, que se les pague mas cantidad, si consta que gastó mas tiempo en el camino sin culpa suya, como si se tardó por no aver embarcacion segura, ó acomodada, ó por invasiones de enemigos, ó por otros impedimentos por mar, ó por tierra, porque no está obligado a embarcarse en embarcacion poco segura, ó muy desacomodada, ni a exponerse a peligros de caer en manos de enemigos. Porque aunque dexa dicho de algunos Oydores, que por ganar la antigüedad se han embarcado sin seguridad, y con mucha incomodidad; pero no están obligados a exponerse a ello por causa de asistir a sus plazas: y assi es impedimento legitimo para recibir salario todo el tiempo, que por dicha causa tardare en el camino. Si se tiene por legitimo impedimento para recibir salario sin asistir a servir su plaza, el rezelo de la poca seguridad, ó mucha incomodidad de la embarcacion, ó de caer en manos de enemigos; luego por mayor razon será legitimo impedimento el rezelo fundado de la enemistad del Governador, y que le agrauara mas de lo que la culpa merece, y de caer reo en manos de Juez enemigo, ó muy amigo, y vnido con sus enemigos. Por estas razones si el señor Don N. debía en concien-

cia alguna cosa a la caja Real, se puede descontar de los salarios, que debia recibir, y no se los dieron, desde el tiempo que se retraxo, hasta el dia que en virtud de Cedula Real se determinó en estas Islas, que no exerciesse su plaza, ni se le acudiesse con los salarios, y emolumentos de ella.

## TESTIGOS.

### CONSULTA LV.

*Sobre si ciertos testigos falsos, por cuyos dichos fue libre vno a quien acumulaban, y probaban una muerte, están obligados a restituir algo a los herederos forçosos de el difunto.*

#### PROVISTA.

VN Indio, y vn Sangley salieron en vna banca juntos por el rio: el Indio bolvió despues solo, y el Sangley no ha parecido: acumulale al Indio la muerte, declara el Indio en su confession juridica, que él dexó en otra banca al Sangley, y que no sabe que se aya hecho. Tienenle preso mas de año, porque no ay mas prueba, que es la ausencia del Sangley. El Indio llamó a Pedro, y le rogó, que jurasse en su fauor lo mismo que él tenia declarado: ( Pedro estava a la lengua del agua quando passaron los dos, y tambien quando bolvió el Indio solo, y la verdad es, que el Indio bolvió en la misma banca dentro de dos horas.) El dicho Pedro por hazer bien al preso juró, è induxo a jurar a otro lo mismo, que el preso tiene declarado; esto es, que le vido venir al Indio en otra banca, y que le vido en otro parage distinto. El Indio está todavia preso, y por razon de estos testigos podrá ser que se libre, en que reciben detrimento los hijos del Sangley, que son herederos abintestato. Preguntase si supuesto lo que dizen Silvestro, y Lessio del testimonio falso, está obligado a restituir los daños? Y si está el inocente padeciendo, dize Lessio, que el que le puso en esse peligro está obligado a desdizirle, ó a pagar los daños, como parece dize Bonacina en otro caso del que niega la verdad, y parece que con vno, ó con otro satisface. Vea V.R. qual será mas conveniente para vn moreno pobre, ó si ay camino para excusarle del todo.

### PARECER CC.XIII.

219. A La consulta se responde, que estos testigos de facto no han causado daño en los hijos del Sangley, porque ellos no han de heredar mas porque ahorquen al Indio; ni la justicia fuele mandar, que de los bienes del que ahorcan se pague a los hijos de aquel a quien mató, el sustento que les daua su padre: y aunque se acostubrara mandar, que se les pague, el Indio no tendrá. Añado que esse indicio no es muy proximo, ni con él se prueba, ni aun semiplene el homicidio: por lo qual al Indio (quando no tuviere testigo en su fauor) le detendrian en la carcel años; y esto no es utilidad para los hijos del Sangley: pues desta forma a los hijos del Sangley no se les defrauda cosa alguna porque el preso salga, porque ni de que lo ahorquen, ni de que lo detengan, pueden esperar utilidad; y assi los testigos con su testimonio falso solamente han hecho bien al Indio, y de ninguna fuerte causan nocumento a los hijos del Sangley, que no es nocumento de ellos, que no se castigue el homicidio, por que del castigo no se les sigue a ellos utilidad: consiguientemente no está obligado a desdizirle (que seria dañarse a si mismo sin prouecho de nadie) ni a pagar daños, porque al presente no los ay. Los Autores que V.R. cita hablan en caso, que del testimonio falso se sigue daño a algun inocente.

220. Por lo qual los que en el caso propuesto juraron, solamente están obligados a arrepentirse de aver jurado falso, por ser ofensa de Dios, y a proponer de no hazerlo otra vez, ni por la vida de todos los hombres del mundo, cap. Super eo. de vsuris. *Cum Scriptura Sacra prohibeat pro alterius vita mentire*; y cap. Siquis. 22. q. 2. *Nunquam pro cuiusque vita temporalis mentiendum est.*

Si por la vida de qualquier hombre no se puede mentir, peor será jurar falso.



### CONSULTA LVI.

*Sobre que deba hazer el Confessor con vn testigo falso, por cuyo dicho en vna residencia quedaron algunos defraudados de sus haciendas? Lo mismo se pregunta del Juez de dicha residencia, en la qual se hizo con el residenciado con mucha remission, y amistad.*

#### PROVISTA.

VN Español, que acaua de ser Alcalde mayor, está dando su residencia, y falliendole diuersos cargos, que le obligan a restitucion, è probò con testigos falsos, que no lo debe; y el Juez de residencia tambien se ha auido con remission, è con amistad con el residenciado; por cuya causa no se han probado cargos de restitucion. Preguntase si alguno de los testigos llega a confessarse a que se le ha de obligar? Y si ay obligacion en el Confessor a preguntarle desto? Y como se ha de aver con el Juez de residencia si llegare a confessarse?

### PARECER CC.XIV.

221. R Espondese, que el Confessor debe preguntar los pecados, y circunstancias, que prudencialmente juzga que avrá, ó podrá aver cometido el penitente, porque de su parte debe procurar, que la confession sea entera, y buena, como el Juez que examina en el fuero externo a los testigos: y assi debe preguntar al penitente de quien tiene noticia que jurò falso, de dicho juramento, y del daño, que por él se siguió al tercero, y le debe obligar a satisfacerle todo, v. g. si juró que el Alcalde mayor a quien se tomaba residencia, no debia tal cosa, ó no hizo tal agravio, y sabia el testigo que lo debia, y de hecho lo dieron por libre, y no satisfizo, debe satisfacer el testigo todo enteramente, si no satisfacen su parte los demás testigos, porque cada vno debe resarcir el daño de que fue causa moral, como lo es el testigo. Por lo qual si el testigo tiene con que satisfacer, no se le abuelva hasta que de hecho satisfaga: si es tan pobre, que no tiene, se le debe absolver, proponiendo, que satisfará quando tuviere con que; esto es, si está ya hecho el juicio, y el Alcalde mayor residenciado está ya dado por libre; que si el juicio, y residencia está to-

davia inferi, debe desdezirle. Si de su testificacion falsa no se siguió daño a nadie, ni se dexó de restituir nada que se debiese, no está obligado a mas, que arrepentirse del juramento falso. En quanto al Juez digo lo proprio: si está la residencia todavia haziendose, debe enmendarla, y hazerla con rectitud; y si está ya hecha, debe procurar saber todos los daños, que hizo el residenciado, y todo quanto debia restituir, y pagarlo todo, o por lo menos aquello, que se huviera probado, si él huviera hecho su oficio con la rectitud que debiera: y sin duda que si los Indios vieran rectitud, y temor de Dios en el Juez de residencia, se atreverian todos a pedir lo que se les debiese, y los testigos no rehusarian dezir la verdad. Esta doctrina se les haze muy dificultosa a los que tomaron la residencia, y dizen, que ellos no han de pagar deudas ajenas, y daños, y agravios, que otro hizo: y no quieren abrir los ojos, y echar de ver, que ellos quando no obligaron a restituir al culpado, y lo dieron por libre, traspasaron a si mismos el delito ageno, y echaron sobre sus almas la carga, y obligacion del otro, como dize San Leon Papa de Pilatos, que por dar gusto a los Judios, pronunció sentencia injusta contra el Justo, y se hizo reo del delito ageno. S. Leon Papa, Scrm. 8. de Passione.

*Nec ipse enasit reatum, qui dereliquit  
iudicium proprium, Et in cri-  
men transfuit alie-  
num.*



## J V E Z E S.

### CONSULTA LVII.

*Sobre si a pedimento de los vezinos de esta Ciudad puede un juez competente embargar las haciendas, que los estrangeros contra las Cédulas Reales, y en detrimento del comercio de estas Islas, embían empleadas a Nueva-España.*

#### PROPUESTA.

**E**L Rey nuestro señor (que Dios guarde) por diuersas Cédulas ha concedido el trato de aqui para la Nueva-España a los vezinos de esta Ciudad, prohibiendo este trato a todos los demás, aunque sean vezinos de Mexico. Estas Reales Cédulas están en los libros del gouierno, y sus trasladados autorizados en el pleyto, que siguió el señor Licenciado Don Juan de Boliuar, sobre que se diessé por perdida la plata de los vezinos de Mexico, que vino en la Nao San Francisco Xavier, que se perdió en Boronga, y sus originales en los libros del gouierno. El año de 638. pidieron los vezinos de la Ciudad de Mexico a su Magestad licencia para poder embiar aqui docientos y cincuenta mil pesos de empleo de aqui para la Nueva-España. Mandó su Magestad, que de esta peticion se diessé traslado a los vezinos de esta Ciudad; en lo qual proueyó (como siempre) justicia, considerando, que esta gracia avia concedido a los vezinos de esta Ciudad, de poder ellos solos emplear en las Naos para Castilla, y que no queria perjudicarles sin su consentimiento, y que podian renunciar el dicho favor que tenían: ha se quedado assi.

De embiar los vezinos de Mexico plata a los vezinos de esta Ciudad, para comprar mercaderias, y de remitirselas en las Naos, resulta vtilidad a algunos vezinos de esta Ciudad, que tocan diez por ciento de la administracion, y en general al comercio, por quanto están los vezinos muy pobres, y son muy pocos los que tienen algo que poder emplear, y solo por lo que tienen los vezinos no acudirán mercaderias, y aviendo mucha plata de Mexico, al sonido de ella acudirán mercaderias.

De comerciar estrangeros, como Moros, Armenios, y otras qualesquiera naciones en las dichas Naos, es expressamente contra dicha prohibicion, y vn gran daño de los vezinos de esta Ciudad; porque segun lo publico,

y

### PARECER CC.XV.

y notorio en las Naos, que se esperan, que Dios trayga a salvamento, han embiado Armenios, y Moros mas de sesenta mil pesos de empleo de aqui, vnos a corresponder, y otros para administrar: es en graue daño de los vezinos de esta Ciudad, que estos sesenta mil pesos importan mas de cien mil pesos en la Nueva-España, con que abaten el precio de las mercaderias, que embían los vezinos, y si no las embiaran en las Naos, aqui las vendieran con mas comodidad de vezinos.

Preguntase aora, si la Ciudad de justicia, y conciencia podrá pedir al señor Governador, y Capitan General, que eche vando en las Naos, para que los que lleuaron hacienda para administrar, o corresponder de los dichos Armenios, y Moros, la manifiesten pena de perdimiento de bienes, y la que se manifestare se dé por perdida, para que conforme a sus pareceres pida la Ciudad, o dexé de pedir?

Notese, que esta consulta la remitió el Cabildo de esta Ciudad a vn hombre docto a quien pedía su parecer acerca de ella, el qual viendo la dificultad, que tenia el caso, la remitió al Autor, que se hallaua entonces en vna casa de campo, que tiene el Colegio de Santo Thomas en la Isla de Nabotas, suplicandole, que en esta materia le dixessé su sentir, y que él tomara el trabajo de ponerlo en forma. Y porque dicho Cabildo suponía en la consulta por cosa llana, y sin escrupulo, el trato de los vezinos de Mexico en estas Islas, embiando de allá dinero a los vezinos de esta Ciudad para que en su nombre se emplee aqui, y lo remitan en la primera ocasion, pagando a los agentes diez por ciento, que era contra el dictamen de dicho hombre docto, consultó tambien de camino

si era bien, que en la respuesta advirtiesse a dicho Cabildo lo ilicito de este trato?



**222.** **P**ara obedecer al mandato de V.R. hasta en las mas minimas circunstancias, no pondré mi sentir en forma, sino succintamente, y rudimnerua, para que V.R. de la forma a la materia de mis borrones, è illustre con su sabiduria a la rudeza de este escrito, que irá como de quien en este parámetro no tiene libro alguno, y las especies que le han quedado están ya agrestes, y montarazes. Primeramente digo, que no es bien, que en la respuesta se diga, ni indique si es conveniente, o no, que traten en estas Islas los vezinos de Mexico, y embien dinero a los vezinos de aqui para el trato: o si conviene, que se executen respecto de los vezinos de Mexico las Cédulas Reales, que les prohiben el trato en estas Islas, y mandan, que se dé por perdido todo el dinero de capital, y ganancias, que para dicho trato remitieren. Lo primero, porque no lo proponen en la pregunta, sino antes suponen, que es conveniente, que se les permita el trato. Lo segundo, porque de qualquiera parte, que se les diga algo, se sigue inconveniente; si se les dize, o indica, que es conveniente, que traten aqui los vezinos de Mexico, juzgo que es contra la verdad, y contra el bien comun de las Islas, y que esta es vna de las causas, que ha ayudado a la ruina de esta Republica, porque por el mucho dinero, que se ha remitido de Mexico muchos años ha, se han encarecido aqui demasiado los generos, especialmente, que los vezinos de aqui, que manexaban el dinero de los de Mexico, por no perder su diez por ciento, dauan la pancada en lo mejor luego que llegauan, no reparando en que quizá deteniendose, los darian a precio mas moderado, y con los muchos generos, que ván para los de Mexico, y los suben a la Ciudad, no procuren baxar mercaderes a Acapulco a comprar los generos de los vezinos de Manila, conque se venden en el puerto pocos, y mal vendidos, y se vén obligados a remitirlos a Mexico, y a aguardar años al procedido. Las Cédulas Reales igualmente prohiben el trato de los estrangeros, y de los vezinos de Mexico: y las razones que alegan en esse escrito para probar, que no conviene que comercien en nuestras Naos los estrangeros, prueban igualmente de los vezinos de Mexico, excepto la vltima, de que si no se les permitiesse remitir mercaderias a Nueva-España, las venderian a los vezinos aqui con mas comodidad: y aun creo, que esta razon no ha corrido estos años, que ha avido tanta ropa, que se ha vendido



dido a precios muy baxos, y aun no la han podido vender toda, fino que aun tienen mucha por vender, y aun dicen, que alguna han buelto a sus tierras. Y las dos razones, que se alegan para probar ser conveniente, que se reciba al trato de dinero de los de Mexico, no prueban cosa alguna: no la primera, porque el bien comun debe preferir al particular, y estos pocos que lleuan diez por ciento, empobrezan generalmente a la Republica. Demás que esta ganancia de diez por ciento, es corta respecto de lo mucho, que han ganado, y ganan los de Mexico a costa de los vezinos de estas Islas a quienes se ha quitado tantos años ha esta ganancia. Vn vezino de esta Ciudad, que ya ha años que murió, persona principal de mucha capacidad, y que avia recibido mucho dinero de los de Mexico, y remitido mercaderias por el diez por ciento, dixo en vna ocasion con mucho sentimiento, apesarado de aver tratado con el dinero de los de Mexico: *Qué provecho nos viene de este trato, mas que destruir esta pobre tierra, y que todas las ganancias sean de los mercaderes de Mexico? Pienan algunos, que yo he tenido algo: yo he sido vna puente por donde passaba la hacienda de los de Mexico, y lo demás es engaño.* A la segunda razon, que se alega tienen algunos por concluyente en estos tiempos de tanta pobreza de estas Islas, y conceden, que en tiempos passados, quando avia mas caudales, fue mal hecho permitir a los de Mexico este trato, porque ayudò a empobrecer a esta tierra: y no advierten, que la causa que entonces era eficaz para empobrecer la tierra, que aun tenia alguna substancia, será bastante aora para acabarla de consumir, quando ya casi no la tiene. Conceden, que esta fue causa de su naturaleza destructiva de los caudales de esta tierra, y aplicada aora la misma causa, quieren que no lo sea, sino que antes sea pacífica, porque al sonido de la plata de los de Mexico vienen mercaderias; como si siempre no huviera sido assi, que quando los estrangeros sienten mas plata traen mas mercaderias. A mi me parece, que si se guardasen perfectamente las Reales Cédulas, y solamente empleasen para Nueva-España los vezinos de Filipinas, no saltarian mercaderias para que los vezinos empleasen esta poca plata, que tienen, a precios muy moderados; y estas mercaderias, por ser pocas, se venderian muy bien en la Nueva-España luego de presto en Acapulco, sin ser necesario subir a Mexico, con que no se detuvieran años, y crecerian en breue los caudales de los vezinos de estas Islas: razones

que me convencen, por lo qual nunca me arreuerè a afirmar, que conviene aqui el trato de los de Mexico, ni aprobarlo a persona alguna.

223. Ni es conveniente dezir aora, ni indicarle en este parecer que piden, que no conviene el trato de los de Mexico, ó que se les prohiba, y executen respecto de ellos las Cédulas Reales, que no lo preguntan aora, y de dezirlo se siguen inconvenientes, sin esperanza de fruto alguno bueno. Los hombres, que reciben estos diez por ciento de los de Mexico, como tienen mas sonido de dinero (aunque ageno) tienen mas sequito, y entrada donde quiera, y estos están fixos en que es conveniente dicho trato. Elegase a esto, que han tenido, y tienen Theologos de su opinion, que se los justifican, y abonan, con que no les sacarán del quantos aran, y caban: y si alguno les dize lo contrario, le cobran aborrecimiento, y les parece mala doctrina, y forman del mal concepto. De esto tengo bastante noticia, y porque vn Religioso buen Predicador de nuestra Orden, predicò vna palabra desto, algunos afectos de la Orden, que oy viuen, y le daban por muy afectos, hablaban mal del, y antes de esto oian de buena gana sus Sermones, y los alababan. Dize Seneca: *Nihil aliud nisi odium laborando quaerere summa dementia est.* Quando se espera algun fruto, bueno es padecer trabajos por la verdad, y aun dar la vida especialmente por el bien de la Republica donde vivimos; pero grandissimo disparate sería exponerse al odio de los que nos son afectos, y poderosos, sin esperanças de fruto alguno. San Agustín dize: *Si scirem tibi nihil prodesse, non te admone-rem.* Las quales palabras están en el Derecho Canon. cap. Siquis. dist. 7. de poenit. y lo mismo se colige del cap. Quia circa. de consang. Trabajo vano, inutil, y superfluo, y consiguientemente vicioso, es el que no espera algun fruto; y si espera fruto, malo solamente, como es odio, ó murmuracion del otro: es trabajo nociuo, y pernicioso al mismo que trabaja, y al otro por quien lo trabaja.

224. Supuesto pues, que en la respuesta de esta pregunta no se ha de indicar, si conviene, ó no, el trato de los vezinos de Mexico en las Naos que salen de estas Islas, digo a la pregunta con mas brevedad, que el señor Governador, y Capitan General, no puede con buena conciencia, ni con justicia, echar dicho vando, ni dar por perdida la hacienda, que les viene a los Armenios, y Moros, procedida del trato, y empleo, que hizieron a Nueva-España: y por consiguiente no es licito, ni conforme a justicia, ni a buena concien-

ciencia, que la Ciudad pida tal cosa, que sería pedir al señor Governador vna cosa injusta, y contra conciencia. Las razones, que para esto tengo, son: la primera, porque las Cédulas, que prohiben el trato de estas Islas a Mexico a los que no son vezinos de ellas, y dá por perdida la hacienda de los que no siendo vezinos de estas Islas embiaron empleos en sus Naos, hablan vniuersalmente de todos los que no son vezinos de estas Islas, a todos igualmente les prohiben, y a todos dan por perdidas las haciendas, y dineros de los empleos. No obstante la dicha prohibicion emplean los de Mexico, lo qual es publico en estas Islas, y lo saben todos: por lo qual, ó dichas Cédulas no están bastante promulgadas, ó no están recibidas; ó si lo estuvieron, los vezinos de esta Ciudad en cuyo fauor se concedieron, han consentido en que no se guarden, y tacitamente han renunciado el fauor de estas Cédulas. Y como las Cédulas hablan igualmente, è indiuidualmente de todos los que no son vezinos de estas Islas; permitiendo los vezinos de ellas, que empleen los de Mexico, sin explicarse, que respecto de vnos, y no de otros renuncian el fauor, puede, y debese justamente entender, que lo renuncian respecto de todas las naciones: por lo qual no será conforme a razon, que aviendo llamado al empleo de vnos contra las Cédulas Reales, reclamen aora contra el empleo de los otros, porque fueron contra las mismas Cédulas. Y aunque se puede responder, que el trato de estos Armenios, y Moros es mas dañoso a esta Republica, no satisface; porque como toda la prohibicion, y penas de este trato nace de las Cédulas Reales, y estas sin explicacion de que respecto de vnos se guarden, y no de otros, no se guardauan, no es aora licito dezir, que tienen fuerza respecto de vnos, y no de otros, que hablan igualmente de todos. La segunda razon es, porque aunque la ignorancia del Derecho ordinariamente no excusa, como consta ex reg. ign. de reg. iur. in 6. *Ignorantia facti, non iuris excusat:* y estas Cédulas han sido muy repetidas, y notorias, por aver avido pleyto sobre su cumplimiento; con todo esto como no se atiende a su cumplimiento respecto de los vezinos de Mexico, antes comunmente se permitia, y esto es cosa sabida, pudieron entender los estrangeros Armenios, y Moros, que comunmente no se observaban, y tener ignorancia probable de que ya no obligaban: y que no obligasen a los vezinos de Mexico por especial consentimiento de los vezinos de Manila, el qual no tuviesen respecto de ellos, no estauan obli-

gados a saberlo, porque esto pertenece al hecho, y no al Derecho, y la ignorancia del hecho excusa, como consta de la regla del Derecho referida. Por lo qual dichos Moros, y Armenios tuvieron bastante ocasion, titulo, y causa para ignorar, que dichas Cédulas Reales estuviesen en su fuerza, y vigor, y observancia: por lo qual se les haria agrauio, è injusticia contra conciencia en echarles la pena de dichas Cédulas, y del mismo agrauio, è injusticia serian causa los que tal cosa pidiesen.

225. Por lo qual es nuestro parecer, que la Ciudad no puede con buena conciencia, ni conforme a justicia, pedir al señor Governador, que eche dicho vando, para que se dé por perdida la hacienda de los Armenios, y Moros, que ya emplearon con buena fé, ó con ignorancia probable del vigor de dichas Cédulas. Lo que podrá pedir es, que de aqui adelante se ponga el remedio que convenga, para que no embien mas empleos a Nueva-España en las Naos de estas Islas; porque no solamente está prohibido en las Cédulas referidas, sino tambien en las leyes del Reyno, l. 5. tit. 18. lib. 6. Recop. donde se manda, que ningun estrangero pueda tratar en Indias por si, ni por interposita persona, ni tener compania con persona, que trate en ellas, so pena de perdimiento de todos sus bienes. Pídase, que se les intime la dicha ley con las Cédulas sobredichas con suficiente solemnidad, y desde entonces

se les podrá castigar con perdimiento de sus haciendas, si contravinieren.



536.

## CONSULTAS, Y PARECERES.

## CONSULTA LVIII.

*Sobre si a cierto Juez le fuesse licito confiscar las haciendas, y Nauios de vnos Holandeses, que sobre el seguro que les dieron vinieron en cierta ocasion a comerciar a estas Islas?*

## PROPUESTA.

**G**ouernando N. estas Islas entraron aqui quatro Pataches, de Banta los tres, y el otro de Macilipatan, segun dixeron; pero eran de Holandeses de Batauia segun se conoció, porque los Cabos, y personas de porte eran Holandeses, especialmente en los tres, que dixeron ser de Banta. Recibieronse con permiso, y seguridad, que les dió dicho Governador, y vno de ellos traxo desde allá permiso, y passaporte de vn Oficial Real en nombre de dicho Governador. Despues de aver acabado dicho Governador su gouerno, pide el Fiscal con repetidas peticiones, que presenta, que dichos Nauios sean apresados, y las haciendas aplicadas al Fisco, por ser contra Cédulas Reales, y capitulos de las pazes con Holanda, que no vengán acá a nuestros puertos, ni comercien. Los señores Oidores para justificar mejor su causa, piden parecer a las Religiones.

## PARECER CC.XVI.

**226.** **D**ezimos, que a los dichos estrangeros, que entraron en la barra, y puerto de Cauite a vender sus mercaderias con permiso, y licencia del señor Governador N. quando gouernaba estas Islas, se les debe dar licencia para que se buelvan a sus tierras con sus Nauios, y haciendas, y esto nos parece lo conveniente, y vtil, y lo contrario tiene graues inconvenientes. La razon desto es, porque aviendoles dado licencia, y permiso quien entonces gouernaba las Islas en nombre de su Magestad, representando inmediatamente su Real persona, y aviendo dichos estrangeros entrado en nuestros puertos con este seguro, sería vn genero de fraude, y violencia, que con la misma potestad (que reside en la persona, ó personas, que le sucedieron en el gouerno) fuesen castigados, y molestados con pérdida de sus haciendas, como si huviessen entrado sin licencia, y sin seguridad: y tuvieran dichos estrangeros justa queixa del gouerno destas Islas, de que con engaño les permiten entrar en sus puertos, para despues quitarles las haciendas, y no

guardarles la palabra, y seguridad prometida, contra el derecho de las gentes. Y aunque es verdad, que es contra Cédulas de su Magestad el comercio con dichos estrangeros; y entrada de sus Nauios en estos puertos; no obstante aviendo ya entrado, y comerciado con dicho permiso, y seguro, no se les debe molestar, ni quitar sus haciendas por lo que obraron con licencia de quien gouernaba estas Islas. Lo primero, porque el apresar los Nauios, y quitarles las haciendas, es vna pena grauissima, que no se les debe poner sin expresa determinacion de Cédula de su Magestad, que hable en este proprio caso, quando entraren con licencia, y permiso del Governador, y con tolerancia del señor Fiscal, por la regla in pænis. de reg. iur. in 6. que dize: *In pænis benignior est interpretatio facienda.* Para imponer penas se ha de seguir la interpretacion mas benigna; y dize alli la Glossa: *In pænis non arguimus ad similia, quia pena non excedunt proprium casum.* Quando en las Cédulas de su Magestad, y capitulos de las pazes ajustadas con los Holandeses, aya pena de perdimiento de Nauios, y hacienda a los Holandeses, que entrassen a comerciar en nuestros puertos, no se debe entender de quando entrassen con este permiso, y licencia, que este es muy diferente caso, que añade vna circunstancia muy considerable, que escusa notablemente la dicha entrada, y comercio. Vea el que dió el permiso con qué facultad, y titulo lo dió; pero los que assi entraron, no deben ser castigados con dichas penas. Lo segundo se prueba ex cap. *Licet de rerum permutatione*, donde aviendo vn Clerigo de perder vn Beneficio, si se atendiese al rigor del Derecho, por otras causas que alli concurrían de equidad, con que parecia demasado rigor el dexarle sin el Beneficio, se determina alli, que no lo pierda, y dize la letra del texto: *Aequitatem praefereutes rigori*; y alli la Glossa: *Nota quod aequitas est praefereuda rigori.* Y esta misma doctrina es del Derecho Ciuil, l. *Placuit. C. de iudicijs.* Si en el caso presente les quitassen a dichos estrangeros los Nauios, y hacienda, aviendo entrado con la seguridad referida, sería vn rigor grauissimo contra toda equidad. Prevallezca, pues, la equidad al rigor, que assi lo determinan ambos Derechos Ciuil, y Canonico.

**227.** Lo tercero se prueba, porque en algunos casos no se debe guardar el rigor de la ley, antes se debe mitigar por la epiqueya, y equidad. Assi lo dize Bart. in l. *i. C. de legib.* donde llama a esta equidad: *Conuenientiam quandam, & benignitatem iuris.* Prueballo Santo Thomas 2.2. q. 120. art. 1. donde dize,

que algunas vezes sería nociuo guardar la ley como si fuera, y que sería malo, y viciofo. Esta misma verdad conoció Aristot. 5. & hic. cap. 10. donde a la equidad, y epiqueya la llama: *Emendationem legis ex ea parte, quae deficit propter vniuersale.* Dize, que la ley habla vniuersalmente, y no pudo prevenir todos los casos particulares, que pueden acontecer; y assi quando aconteciere caso en que la razon natural dicta, que es cosa dura, y demasado rigor guardar la ley al pie de la letra, se debe templar su rigor. Santo Thomas 2.2. q. 147. art. 3. dize, que en semejantes casos, *si legislator adesset non decerneret legem seruandam*; è in 3. dist. 37. q. 1. art. 4. dize, que en algunos casos raros *obseruando legem discreparet quis ab intentione legislatoris.* Y en esto conuenien comunmente los Doctores Couarrub. in 4. p. 2. n. 9. Nauarro in Summ. verb. Lex. q. 8. Cayetano. 2.2. q. 120. Y tengo por cosa certissima, que no es la intencion de nuestro Rey, que se les haga molestia alguna a los que entraron con seguridad de su Governador, que estaua en lugar de la persona Real, y con su permiso, y seguro. Lo quarto se prueba de la doctrina, que trae el Doctor Solorzano in Polit. Indiana, lib. 3. cap. 12. donde dize, que no es nueuo sustentar se lo que hizieron los Virreyes excediendo de sus poderes, contraviendo en algo a la voluntad, è intencion de su Magestad. Esta doctrina de Solorzano se debe practicar aqui por los graues inconvenientes, que se figuen de que entrando con permiso, y seguro de vn Governador, no se les guarde. Lo quinto se prueba, porque si se les hiziese algun daño a dichos estrangeros, tendrian justa queixa destas Islas, y de su gouerno, de que recibendolos con capa, y titulo de amistad, les traten como enemigos, y se podian temer muchos daños, como de mala fama, y opinion del mal tratamiento; que aqui se haze a los que vienen a comerciar, que antes de saber las circunstancias corre la voz. De aqui se puede originar tambien, que a los Nauios, y embarcaciones, que salieren de nuestros puertos en estas Islas, nos los procuren coger, y no tengan seguridad con los circunvezinos, y aun quizá, que tomen de aqui ocasion para romper las pazes: y assi es nuestro parecer, que intimandoles, que de ninguna suerte buelvan a estos puertos (por que no se les permitirá otra vez) se les dé licencia para que se vayan con sus Nauios, y haciendas, sin hazerles molestia alguna.

## CONSULTA LIX.

*Què sentencia deba dar vn Juez en vna causa, en que el actor aviendo lleuado vsuras pide, que se le pague por entero la deuda?*

## PROPUESTA.

**V**N Armenio demandaba ante el Juez, que vn Sangley le pagasse cantidad de dinero, que le debia. El demandado era poco capaz, y no sabia defenderse. Remitió la causa al Autor el Juez, pidiendole consejo para la sentencia.

## PARECER CC.XVII.

**E**sta causa no està en estado de sentencia definitiva, y el auto que v. md. debe pronunciar en ella ha de ser como se sigue.

**228.** En el Parian de los Sangleyes, en 13 dias del mes de Julio de 1680 años, el señor Governador, y Justicia mayor de dicho Parian, aviendo visto lo pedido por Antonio Armenio en las dos peticiones, que tiene presentadas en esta causa, y el recibo, y declaracion de Francisco Sangley, dixo: que debía mandar, y mandò, que se notifique a dicho Francisco, que dentro de seis dias presente los recibos, que tuviere de las cantidades, que huviere entregado al dicho Antonio, assi por razon del capital, como de las ganancias; y de lo que no tuviere recibos presente testigos dentro del mismo termino, porque de no hazerlo le parará perjuizio. Y Antonio declare con juramento todas las cantidades, que ha recibido del dicho Francisco, assi a titulo del capital, como de las ganancias desde que celebraron el trato, que se contiene en el recibo presentado en esta causa; la qual declaracion hará ante el presente Escriuano a quien se comete, y dá comission en forma. La justificacion deste auto se funda en que consta del recibo presentado, que el Armenio lleuaba vn logro excessiuo de 10. pesos cada mes por el emprestito de 250. pesos, que salen al año 120. de ganancia: lo qual no hallo, que pueda ser licito, ni permitirse en Tribunales de Christianos; y si se atiende a la declaracion del Sangley, que parece que habla en esta causa con mas sencillez, que el Armenio, en la ocasion que hizieron el dicho trato no recibió el Sangley dinero alguno del Armenio, sino que el Sangley no se halló con dinero para satisfacer de presente al Armenio los 250. pesos, que le

Y y

debía,

debia, y para que le esperasse, y por la dilacion de la paga, le obligó a pagar tan exorbitante logro. Y es cosa cierta, y averiguada entre los Doctores cō S. Thomas 2.2.q.78.art.2.ad 7. que por la dilacion de la paga no se puede llevar cosa alguna, y está expreso en el Derecho, cap. Consuluit. de viuris. Y el Armenio en sus peticiones parece, que procede cō cautela, porque no haze mencion alguna de las ganancias de si las ha recibido, ò no, y solamente insta en que se le pague el capital, y el Sangley vá especificando mas conforme al trato, que está expreso en el recibo presentado, lo que debe del capital, y a lo que se obligó de ganancias, y refiere por menor las cantidades, que le ha ido entregando, que todas hazen 335. pesos, de donde resulta presuncion contra el Armenio de que además de aver recibido las ganancias exorbitantes contenidas en dicho trato, quiere recibir enteramente el capital: y juntamente resulta presuncion de mucha ignorancia en el Sangley demandado, que le parece, que con aver declarado las cantidades, que ha satisfecho al Armenio, le basta para su defensa, sin presentar testigos, ni recibos, aunque dize, que los tiene, y así debe el Juez mandar, que se le haga notorio, se le explique muy bien en su lengua de modo que lo entienda, que no le aprouechará cosa alguna su declaracion, si no prueba lo que haze en su fauor con recibos, ò testigos: y obligar al Armenio demandante, que declare lo que ha recibido de ganancias, ò capital desde que se hizo el dicho recibo, para que lo que constare aver recibido de ganancias injustas se descuente del capital; porque el Juez debe atender a todos los puntos de la causa, para que en la sentencia no aya injusticia alguna, como dize el Derecho, cap. Iudicantem. 30. q. 5. *Iudicantem oportet cuncta rimari, & ordinem rerum plena inquisitione discutere.* Y especialmente se ha de atender a lo que haze en fauor del reo, al qual favorece mas el Derecho, que al actor, cap. Ex

litteris de prob. *Cum promptiora sint iura aa absolvendum quam ad condemnandum.*



## J V E Z E S Contadores.

### CONSULTA LX.

*Sobre si cierto Juez Contador deba poner en la matricula, o padron a ciertos Indios, que firuen en una hacienda?*

#### PROPUESTA.

**E**N esta ocasion me es forçoso enfadar a V.P. y valerme de su amparo, así para mi conciencia, como el no dañar a las partes; la vna es el Rey nuestro señor, la otra el encomendero de estos pueblos de Bocauí, donde estoy como Juez Contador de los Reales tributos, y de particulares desta Prouincia.

En la hacienda de Lolomboy están algunos Indios, y Indias originarios de estos dichos pueblos, y con consentimiento del encomendero han viuido allí, con tal que se le pague el tributo; y como han gozado dichos Indios de la reserva de dicha hacienda de Lolomboy, han pagado al encomendero onze reales sin tener polos, ni repartimientos, por dezir son reservados, y al Rey nuestro señor no se le ha pagado cosa alguna, y me dizen, que desde que el dicho General es encomendero de estos dichos pueblos, ha cobrado dicho tributo en la conformidad referida. Y a mi me parece, que las reservas que su Magestad dá a las haciendas, han de ser de gente vagamunda, como Ylocos, Pangasinanes, y otros advenedizos, que llaman vagamundos, y estos como tales se agregan a vna hacienda, gozan de la reserva pagando tan solamente cada año diez reales al Rey nuestro señor, sin tener polos, ni otras funciones. Los de Lolomboy no lo han hecho, sino que han pagado al dicho encomendero, porque dizen, que ha sido con consentimiento suyo el que viuan allí, como le paguen el tributo de diez reales: los pueblos lo han lastado, porque como son de reserva, no han tenido polos, ni otras facilidades, que tienen dichos pueblos.

Al presente se cuenta, y matricula toda la gente de esta encomienda, y por el padron que yo hiziere constará los tributos, que ha de gozar el dicho General, y los que quedaren fuera serán vagamundos, y los gozará su Magestad: y así reparo, que si la gente que está en Lolomboy, los que fueren originarios de dichos pueblos referidos los meto en el padron, han de reconocer cabezas que les cobren, y acudir a las funciones del pueblo, y la dicha hacienda de Lolomboy se quedará

fin

sin gente: si no los empadrono reparo, que quedarán por vagamundos, y el encomendero pierde estos tributos, sin tener accion de poderlos cobrar, porque no constará del padron, que tuviere de sus tributantes: y así digo, que V. P. vea lo que debo hazer en esta ocasion, porque no quisiera faltar a la conciencia, que es lo principal, ni tampoco a la obligacion de hijo de esta santa Casa.

#### PARECER CC.XVIII.

**229.** **E**N esta ocasion, y en las demás, que v. md. me quisiere ocupar, no será para mí de enfado, sino de mucho gusto. A lo que v. md. propone se responde con quatro proposiciones. La primera, el estado, ò modo que se refiere tener los Indios de estas haciendas, no es conforme a razon, ni licito, porque ni son vagamundos, ni dexá de serlo. Quanto a la vtilidad del encomendero se portan como empadronados, y no vagamundos, pues le pagan el tributo del modo que le pagan los que pertenecen al pueblo, y reconocen cabeza en él, y están empadronados. Quanto a la vtilidad del pueblo se portan como del todo estraños vagamundos, pues no hazen oficios personales, ni acuden a aliuar las cargas de los del pueblo en cosa alguna. Quanto a la vtilidad de las haciendas se portan como vagamundos, pues las reservas que se coeden en pro, y vtilidad de las haciendas, siempre restringen a que los que allí se reservare sean vagamundos. Y quanto a la vtilidad del Rey, ni son vagamundos, ni empadronados, pues ni pagan al Rey el tributo como los vagamundos, ni el situado como los empadronados pertenecientes a encomiendas de particulares: y así este modo de portarse los Indios de estas haciendas, es vn mixto pernicioso, que se debe enmendar reduciendo, y declarando a estos Indios, ò por vagamundos, y estancieros, ò por pertenecientes a algun pueblo cabeza, y padron, en la forma que se dirá en las tres proposiciones siguientes.

230. Segunda proposicion: todos los Indios, que no se halla aver estado empadronados como pertenecientes a algun pueblo, y cabeza, son vagamundos para que paguen enteramente su tributo al Rey, y de ninguna fuerte al encomendero, y gozen de la reserva de las estancias donde se hallaren, aunque sean originarios de Bucalan, ò de otro qualquiera pueblo. La razon desto es, porque vagamundos son los que no tienen habitacion cierta en lugar determinado: así los explica el Santo Concilio de Trento, Sess. 24. cap. 7. de refor. matr. *Qui vagantur, & incertas ha-*

*bent sedes.* Y especialmente en las reservas, que se conceden a las estancias, se llaman vagamundos aquellos Indios, que no están alitados en algun pueblo para pagar allí su tributo, y acudir a las cargas, y servicios personales, aunque no sean de Ylocos, ni de Cagayan, ni Pangasinan, sino de Manila, y de sus arrabales. Para mayor evidencia desto se ha de advertir, que no ay nacion alguna, que sea de vagamundos, ni los Cagayanes son vagamundos de su naturaleza, ni los Pangasinanes; porque ser vagamundo es cosa personal, modo de viuir de algunos particulares, no proprio de la nacion, ni del origen: y si por ser originarios de algun pueblo no pueden ser vagamundos, no huviere vagamundo alguno, porque todos quantos Indios ay en todas las Islas son originarios de algun pueblo donde ay padron, y cabezas. Y así no se ha de atender para esto al origen, ò a si son de pueblos distantes, ò cercanos, sino solamente a si consta, que están, ò han estado empadronados en algun pueblo ellos mismos, reconociendo a su cabeza, y Barangay para acudir a los servicios, y trabajos a que acuden los de su calidad: y no hallandose razon de aver estado así empadronados, ni pertenecientes a algun padron, y cabeza en la forma dicha, ò porque siendo pequeños salieron de su pueblo, ò por otra qualquiera causa, se deben tener, y declarar por vagamundos, y que como tales fueron recibidos en la hacienda, y allí se deben dexar, y allí deben pagar al Rey el tributo, que pagan los vagamundos, y gozar de su reserva, exemptos de pagar a qualquiera encomendero particular. Y no haze contra esto lo que se refiere, de que el encomendero les ha cobrado tributo allí en la hacienda, y les ha dado su permiso, y consentimiento para que estén allí: y tambien los tendrá alistados en su padron, porque dichas acciones del encomendero son furtivas, y no tiene derecho a ellas. Suele acontecer, que Indios que se vienen a viuir a Manila desde niños, en llegando a edad de pagar tributo se lo cobra el cobrador de los vagamundos, y despues les cobra otro tributo el cabeza de su pueblo, y a vezes acontece, que vno se fue a viuir a otro pueblo, y le pretenden cobrar tributo los cabezas de ambos pueblos injustamente, que cada Indio no tiene mas obligacion, que de pagar vna vez vn tributo en cada vn año, segun el pueblo, y estado en que se halla, que es libre, y se puede ir a viuir al pueblo donde le estuviere bien. De la misma fuerte digo, que el Indio que nunca reconoció cabeza, y padron en su pueblo, y asentó en alguna hacienda, no debe pagar dos tribu-

Yyy 2

tos,



tos, vno al Rey por vagamundo, y otro al encomendero como vezino, y morador del pueblo, sino solamente vno al Rey, como queda dicho, y el encomendero haze agrauio al Rey, y al Indio en cobrarlo.

231. Tercera proposicion: los Indios, que reconocieron cabeza en algun pueblo, y estuuiéron allí empadronados, si ya a diez años que salieron del dicho pueblo, y que no están en la lista, y padron del, son vagamundos, y no deben pagar tributo al encomendero, sino al Rey, y gozar de la reserva de la hacienda. La razon desto es, porque segun las leyes del Reyno, part. 3. tit. 2. l. 32. y el Derecho comut. l. Nec ipse. C. de incolis. y Greg. Lop. part. 7. tit. 1. l. 15. Gloss. fin. en diez años de vivienda, y habitacion en alguna parte se adquiere allí conaturalidad: de fuerte, que aviendo viuido en algun lugar diez años, ya no se puede llamar extranjero, ó extraño del lugar, sino natural de allí donde ha viuido tanto tiempo. Y Solorz. in Polit. Ind. lib. 2. cap. 2. y Burgos de Paz in l. 3. Tauri, n. 367. y otros Autores Regnicolas, que estos citan, dizen, que es costumbre general en todos los Reynos sujetos al Rey de España, que el que ha viuido largo tiempo como diez años en alguna parte, sea tenido por natural de allí con mejor titulo, que el que nació allí, que no ha viuido allí de continuo. De aqui se colige, que los Indios que ha diez años que viuen en alguna hacienda, ya pertenecen a ella, y se han de reputar como apartados de la vezindad de sus pueblos originarios, y como vagamundos, que no reconocen ya mas cabeza, ni mas pueblo, ni padron, que a la hacienda donde ha tanto tiempo que asentaron, porque aviendose en tan largo tiempo conaturalizado en la hacienda, están ya legitimamente segregados del pueblo, y cabeza a donde primero pertenecian. De la misma fuerte, y forma que los que eran realmente vagamundos, y asentaron en la hacienda, y allí se cataron, que ellos, y sus hijos ya pertenecen a la hacienda, no tanto por vagamundos, como por conaturalizados en ella, y como ya no pertenecientes a otro pueblo alguno.

232. Quarta proposicion: todos los Indios, que han estado empadronados en algun pueblo, y no ha diez años que salieron del, y se fueron a alguna estancia, no son vagamundos, y se deben assentar en el padron del pueblo, y reconocer a sus cabezas, y pagar su tributo al encomendero, y acudir a los seruios, y ocupaciones a que asisten los demás del pueblo. Esto es cierto, porque estos todavia se reputan por vezinos de sus pueblos, y

no ay titulo para dezir, que se ayan desavezinado, ó perdido el domicilio de dichos pueblos, y assi todavia no se pueden reputar por vagamundos, ni es bien dar essa larga, porque no desamparen los pueblos, y se vayan a las estancias: y mandandose en las reservas, que solamente gozen de ellas Indios vagamundos, dá claramente a entender, que no gozen la dicha reserva los que están empadronados en algun pueblo, si todavia no han perdido el domicilio por la habitacion fuera de allí por largo tiempo.

## CONSULTA LXI.

*Sobre si los hijos de las Indias casadas con mestizos, y los hijos de las Indias casadas con Sangleyes; y las mestizas, hijas de India, y Español, casadas con Indios, y los hijos de estos tales deban entrar en la matricula, que haze vn Juez. Contador?*

## PROPOSTA.

PARA la cuenta que estoy haciendo de los tributos Reales, y encomiendas de particulares, necessito de que V.P. perdonandome el enfado, que en esto le doy, me alumbré en las dudas siguientes.

1. En estos pueblos ay muchas Indias naturales casadas con mestizos de Sangley, y pretenden, que sus hijos sean contados entre los mestizos Sangleyes, y reputados por vagamundos, y que no sean puestos en el padron de los naturales, y parece que segun razon, y derecho deben seguir al vientre, y ser empadronados como naturales.

2. Los hijos de mugeres naturales, casadas con Sangleyes, si deben empadronarse como naturales?

3. Algunas mestizas, hijas de padre Español, y madre natural, se han casado con Indios naturales: preguntase de estas, y de sus hijos, si deben ser empadronados con ellos en el padron de los naturales?

## PARECER CC.XIX.

233. NO ay enfado en cosa alguna, que v.m.d. quisiere mandarme, sino mucho gusto en servirle. Resp. ad 1. que los hijos de mestizos Sangleyes, y de Indias naturales, se reputan por mestizos, y no por naturales, y consiguientemente entran en el numero de los vagamundos. La razon desto es, porque assi está en estilo, y costumbre, cap. Quem admodum. dist. 12. *Quae sunt consuetudinis non negamus.* y cap. Consuetudo. dist. ead. *Consuetudo praecedens, et ratio, quae consuetudinem suam tenenda est.* Fundase esta

costumbre en el Derecho, l. Cum legitima. ff. de statu hominum. *Cum legitima nuptia facta sunt, patrem liberi sequuntur. Vulgo questus matrem sequitur.* Segun esta ley, los hijos si son legitimos figuen al padre; pero si son ilegítimos, a la madre: lo qual dize mas claro l. Lex naturae. ff. del mismo tit. *Lex natura haec est, ut quis nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud indicet.* Esto está moderado por ley especial del Reyno, p. 7. tit. 1. l. 1. donde se determina, que los hijos de hombre hidalgo figa la hidalguia del padre, aunque la madre no sea hidalga: có tal que sean avidos en legitimo matrimonio, ó en muger que conocidamente sea manceba del tal hombre hidalgo. Todo esto se reduce a que los hijos para seguir a los padres en el origen, casta, ó hidalguia, han de ser reconocidos por sus padres, y reputados comúnmente por hijos: y assi los que costa ser hijos de mestizos legitimos, ó no legitimos, si comúnmente son reputados por hijos de mestizos, no se han de empadronar con los naturales, sino ponerlos en la lista de los vagamundos. Si huviere alguna duda, ó no son comúnmente reputados por hijos de mestizos, han de ser empadronados entre los naturales, siguiendo en todo a la madre, que es cierta, y de ella no se puede dudar. A lo que v.m.d. dize, que debian seguir al vientre, respondo, que la regla del Derecho: *Partus sequitur ventrem.* l. Partum. C. de rei vendic. y l. Et fervorum. ff. de statu hominum. se entiende solamente quánto a la condicion seruil de esclauitud, como expressamente dizen las leyes referidas; pero quánto al origen, familia, parentela, y honores, figuen al padre, como consta de la Glossa in l. Cum legitima. de statu hom. y de muchas leyes que allí cita.

234. Ad 2. respondo lo mismo de los hijos de los Sangleyes avidos en Indias, por la misma razon, y aun mas urgente.

235. Ad 3. respondo, que las mestizas hijas de padre Español, y madre natural, casandose con naturales se deben reputar por naturales, y ponerse en el padron por tributantes ellas, y sus hijos. Quanto a los hijos es cierto, y se colige de las leyes citadas, respondiendole a la primera duda, porque figuen al padre. Quanto a las mismas mugeres mestizas se prueba, porque igualmente tienen de la sangre de los Españoles, y de los naturales, y assi antes de casarse seguian la parte mas fauorable por aquella regla: *Odia restringi, et fauores conuenit ampliari.* de reg. iur. in 6. reg.

15: Pero casandose con naturales se aplican, y determinan, y reducen a la familia, origen, y casta de los naturales, y a su modo de viuir,

y assi parece conforme a razon, que se pongan en el padron por tributantes, como lo están sus maridos, y se colige del Derecho, l. Mulieres. C. de dignitatibus: *Mulieres honore maritorum erigimus genere nobilitamus, et ferum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus. Si autem minoris ordinis virum postea sortita fuerint priore dignitate priuata posterioris mariti sequentur conditionem.*

J V E Z E S D E  
testamentos.

## CONSULTA LXII.

*Sobre que potestad tenga el Juez de testamentos para compeler a los Albaceas, assi Seculares, como Religiosos, a que cumplan los legados, y vltimas voluntades, y para avocar a si la execucion de los albaceazgos, y cumplimiento de los testamentos?*

## PROPOSTA.

PEDRO dió poder para testar a Francisco, y juntamente a Antonio, y a Diego, y a cada vno in solidum, y de la misma fuerte dexó a los tres por Albaceas, y debaxo desta disposicion murió dicho Pedro. Murió tambien Francisco; y aunque avia usado del albaceazgo, no tenia hecho el testamento, sino que dió poder para testar al P. Fr. N. y dexóle por su Albacea. El Juez Eclesiastico de los testamentos, y vltimas voluntades le mandó al dicho P. Fr. N. con vn auto, que presente el testamento de Pedro, y diese cuenta si se avian cumplido sus legados. Pidió termino, dieronfelo muy breue, apeló al Papa, púsole pena de descomunion mayor, entregó el testamento de Pedro, diziendo, que le tocaba hazerlo, por ser incidencia, y dependencia de Francisco, y en él hazia muchas mandas a las Iglesias, y Casas de su Orden. El Juez de testamentos no aceptó dicho testamento de Pedro hecho por el dicho Padre, y hizo el proprio otro como testamento, donde vá distribuyendo en legados toda la hacienda de Pedro, y prosiguió notificando censuras al dicho Padre, para que no distribuya los bienes de Pedro segun el testamento, que dicho Padre ha hecho, sino que se los entregue para executar su distribucion. El dicho Padre dize, que a él no le pueden descomulgar, que es exempto. Respondele, que si pueden, como a Albacea, que en esto no tiene exempcion. En este estado está la cosa, oy dudan personas del Cabildo si le pondrán en la tablilla por descomulgado: la materia es delicada, y assi yo con dichas personas del Cabildo suplico

co a V.P. nos diga lo que siente acerca de todos los puntos, que aqui se han tocado, para escusar delacietos.

## PARECER CC.XX.

236. **P**ara responder con mas claridad a todos los puntos propuestos diuidiendo la resolucion en diuerfas dudas, y a la primera, que es la propuesta, se responde, que en muchos capitulos del Derecho se dá potestad a los Ilustrísimos señores Obispos para tomar cuentas a los Albaceas, y hazer que cumplan las vltimas voluntades de los difuntos, y que no las dilaten, y que siendo amonestados, y no enmendándose, les quiten el oficio de Albaceas, y cumplan los legados por sí mismos. Cap. Nos quidem. de testam. se propone, que vna muger Religiosa quedó por heredera, y Albacea en vn testamento: dilatada el cumplimiento de vna obra pia de edificar vn Monasterio, y dize la Santidad de Gregorio IX. al Obispo: *Te hortamur, ut eam commoneas quatenus infra annum Monasterium, quod iussum est, debet ordinare. Et cuncta secundum voluntatem defuncti sine altercatione construere, quod si infra predictum tempus tecum implere neglexerit, tunc per te edificetur, et omnia per te loco ipsi sine diminutione assignentur, sic enim secundum piissimas leges, dilatas defunctorum pias voluntates Episcopali decens est studio adimpleri.* De aqui consta, que no solamente por los Sagrados Canones, sino tambien segun las leyes Ciuiles, pertenece a los señores Obispos compeler a los Albaceas, para que cumplan las vltimas voluntades de los difuntos, y sus testamentos dentro de vn año, y pasado el año puedan remouer a los Albaceas, y cumplir por sí mismos los testamentos. Lo mismo consta del cap. Si heredes. del mismo tit. donde se determina, que el Obispo compela a los Albaceas a cumplir la voluntad del difunto, poniendoles pena de que perderán los legados, frutos, y emolumentos, que les huviere dexado el difunto, donde dize la Glosa: *Non dicitur expresse, quod priuentur, sed interdicitur eis quidquid relictum est, ut sic indirecte compellantur adimplere voluntatem defuncti.* Parece que esta pena de perdimiento de los legados, y emolumentos del albaceazgo, quiere el Derecho, que se ponga solamente *ad terrorem*. Y en el cap. Tua nobis. del mismo tit. se determina, que el Obispo, precediendo amonestacion, compela a todos los Albaceas, assi Religiosos, como Clerigos seculares, y legos, a que cumplan la voluntad del difunto: *Fideliter, et plenarie*; y que no apliquen a otros efectos, o vfos los bienes del difunto, y que obliguen a esto los Obis-

pos, aunque el testador en su testamento exima, y releue a los Albaceas de dichas cuentas, y de la jurisdiccion del Obispo. Y en el cap. Ioannes. del mismo tit. dize: *Per diocesani cogi debent testatoris explere ultimam voluntatem.* Y el Concilio de Trento, Sess. 22. cap. 8. determina, que los señores Obispos, como delegados de la Sede Apostolica, sean executores de todas las disposiciones pias: *Iam in vltima voluntate, quam inter vivos.*

237. Esta potestad como es de jurisdiccion, la tiene el Cabildo in Sede vacante: consta del Derecho, cap. Cum olim. de maiori ritate, & obed. donde se propone, que estando la Iglesia Mesa vacante por muerte del Obispo, en el Monasterio de S. Salvador (cuya Abadia estaua tambien vacante) eligieron Abad, y se determina en dicho Capitulo, que por estar vacante aquella Iglesia, a cuyo Obispo pertenecia confirmar la elecció del Abad, que pidan la confirmacion al Capitulo: *Electiorem suam confirmandam, vel informandam presentent Capitulo Aebanensi;* dize alli la Glosa: *Patet hic manifeste, quod vacante Ecclesia potestas, seu iurisdicchio Episcopi debet uari ad Capitulum.* Y cap. Ad abolendam. de hereticis. se determina el modo con que han de proceder los Obispos, y dize, que en Sede vacante pertenece esto al Cabildo; y alli dize la Glosa: *Habes hic argumentum, quod vacante Ecclesia iurisdicchio remanet penes Capitulum.* De aqui consta, que el Cabildo in Sede vacante sucede al Obispo en todo lo jurisdiccional; y es cosa clara, que la execucion de testamentos es cosa jurisdiccional, como consta de la l. Imperium. y l. Iubere cauere. ff. de iurisdicchio omnium iudicium. De aqui consta, que toda la jurisdiccion, y potestad; que se há dicho tiene el Obispo en la execucion de los testamentos, está en el Cabildo in Sede vacante, y assi lo dizen expresamente Couarr. in cap. Ioannes. n. 1. & 2. Barbat. ibid. Calderino, ibid. conf. 1. 3. El Cardenal in Clem. 1. de testam. colum. 3. Silv. in Sum. verb. Testam. 2. q. 3. dict. 3. Franc. Banvino, tract. de potest. Cap. Sede vacante. 3. p. q. 7. colum. 7. Spino de testam. Glos. 28. n. 20. y es comun sententia de los Doctores, y está en practica en toda la Iglesia Catolica. Esta jurisdiccion, y potestad la puede comunicar el Obispo, y Cabildo Sede vacante a otra persona: dizenlo expresamente Silv. verb. Testam. 2. q. 3. dict. 1. Couarr. in cap. Ioannes. de testam. n. 3. Barbat. ibid. n. 1. 1. y contra del Derecho Canonico, cap. Pastoralis. de offic. delegati. y del Ciuil. C. qui pro sua iurisdictione. l. vnic. La persona a quien esto se comete se intitula Juez de testamentos, y tiene subdelegada toda la potestad,

tad, que en esto de hazer executar las vltimas voluntades tiene el Obispo, y el Cabildo in Sede vacante; y aunque todo esto es tan constante, no lo es en qué casos puede quitar el albaceazgo, y executar, y cumplir por sí propio el testamento, y disponer de los bienes del difunto en obras pias, y esto vltimo es mas dificil de averiguar: todo se verá en el parecer siguiente.

## CONSULTA LXIII.

*Sobre si vn Religioso Albacea de Francisco, a quien dicho Francisco dio poder para testar, pueda hazer el testamento de vn difunto, que dio a dicho Francisco poder en primer lugar para testar por el, no aviendolo hecho Francisco.*

## PROPUESTA.

**S**i el dicho Padre Fr. N. Albacea de Francisco, pueda hazer el testamento de Pedro, por ser dependencia de Francisco, que tenia poder para testar por Pedro, y murió sin hazerlo, dexando poder para testar a dicho Padre?

## PARECER CC.XXI.

238. **R**espondese, que el Padre Fr. N. no puede ordenar el testamento de Pedro, y el testamento que tiene hecho de los bienes de dicho Pedro, es nulo. Pruebase primeramente, porque Pedro cometió la disposicion de su testamento personalmente a Francisco, y quando vn negocio se comete personalmente a alguno, no lo puede cometer a otro, sino es que el tal negocio sea en utilidad de algunos; que en tal caso de consentimiento de todos a quienes por alguna parte toca, y pertenece, se puede cometer, o subdelegar. Esto consta del cap. Quoniam, de officio, & potest. Iud. deleg. in 6. que dize: *Provisionem sibi commissam alteri demandare non potest, nisi forma commissionis habeat ut perse vel per alium id valeat expedire;* y dá la razon: *Quia circa eligendum personam, eius industria tunc videtur electa.* Y alli dize la Glosa: *Is cuius industria eligitur, non subdelegat.* Y la Glosa en el cap. Religiosus. de testam. in 6. verb. Mortuo. dize: *Nota ex litera, quod mortuo executore, eius officium non transit ad heredem. Videtur enim industria, et amicitia eius electa.* Consta por lo dicho, que es cosa cierta en derecho, que quando para vn negocio se elige vna persona atendiendo a su industria personal, o por la satisfacion, que de ella se tiene, o por amistad, no se puede el tal negocio subdelegar, ni la persona assi electa por su industria lo puede cometer en vida, ni en muerte, ni por cosa alguna a otra persona, aunque conociadamente sea de mayor industria. Y esto mismo consta del Derecho Ciuil, l. Per diuersa. C. de offic. diuers. Iudic. Afir-

En el caso presente el alma del difunto, que es la heredera, es a quien principalmente toca este negocio, de cuyo consentimiento no consta para que se pudiese cometer: y assi digo, que en este caso no ay consentimiento de partés a quienes pertenezca, y está cometido personalmente, y assi no puede pasar este derecho de testar por Pedro, al P. Fr. N. ni por herencia, ni por comission, ni por Albacea. Confirmase esto de la Glosa in cap. Religiosus de testam. in 6. que hablando del officio de Albacea, y testamentario, dize: *Quod autem dixi non transire ad heredem, verum est, nisi testator expresserit.* Y dá la razon alli, por que es officio, y carga personal: *Vide quod non transeat officium licet ibi transeat onus non personale.* Sacase aqui eficaz argumento, porque esto de testar por otro, es cosa personal, y assi no passa, ni a heredero, ni a sucesor, ni Albacea del Albacea.

239. Lo segundo se prueba, porque siempre que se comete algun negocio a alguno, atendiendo a su industria, capacidad, o amistad, o fidelidad personal de la persona a quien se comete, no se puede subdelegar el tal negocio a otra persona. Consta esto del cap. Quoniam. citado, donde aviendo determinado el Derecho, que de *consensu partium* se puede subdelegar el negocio cometido personalmente a alguno, exceptua algunos casos en los cuales, ni *ex consensu partium* se puede subdelegar, ni cometer a otra persona; y dá la razon desta excepcion con las palabras siguientes: *Cum in his omnibus casibus industriam, et fidem persone cui talia committimus eligere videamur.* Lo mismo consta del cap. Is cui. de officio, & potest. Iud. deleg. in 6. que dize: *Provisionem sibi commissam alteri demandare non potest, nisi forma commissionis habeat ut perse vel per alium id valeat expedire;* y dá la razon: *Quia circa eligendum personam, eius industria tunc videtur electa.* Y alli dize la Glosa: *Is cuius industria eligitur, non subdelegat.* Y la Glosa en el cap. Religiosus. de testam. in 6. verb. Mortuo. dize: *Nota ex litera, quod mortuo executore, eius officium non transit ad heredem. Videtur enim industria, et amicitia eius electa.* Consta por lo dicho, que es cosa cierta en derecho, que quando para vn negocio se elige vna persona atendiendo a su industria personal, o por la satisfacion, que de ella se tiene, o por amistad, no se puede el tal negocio subdelegar, ni la persona assi electa por su industria lo puede cometer en vida, ni en muerte, ni por cosa alguna a otra persona, aunque conociadamente sea de mayor industria. Y esto mismo consta del Derecho Ciuil, l. Per diuersa. C. de offic. diuers. Iudic. Afir-

544.

manlo expresamente el Abad, y Felino, cap. fin. de officio legati. En el caso presente quando Pedro cometió a Francisco, que hiziesse su testamento, eligió la industria, fidelidad, satisfacion, y amiltad, que tenia en la persona de Francisco, como es constante, y assi de ninguna suerte lo pudo Francisco cometer a su Albacea, ni se puede cometer este negocio de hazer testamento de Francisco al P. Fr. N. por razon del albaceazgo, que exerce de dicho Francisco, ni por razon del poder, que le dió el dicho Francisco para que hiziesse su testamento, aunque expresaméte le huviesse dado poder para testar por Pedro, porque no lo puede dar, ni el tal poder sería valido.

240. Lo tercero se prueba del mismo cap. Quoniam al fin, donde se determina, que las personas a quienes se comete predicar la Cruzada, descomulgar a algunos, o absolverlos, que no pueden cometer a otros estas cosas, y la razon del texto es: *Quia non sibi iurisdiclio, sed certum ministerium potius committitur in hac parte.* De fuerte, que si a alguno no se le comete jurisdiccion, sino solamente ministerio determinado, no puede cometerlo a otro. Silvestr. verb. Delegatus. q. 8. n. 10. dize, que generalmente hablando, quando se comete *nudum ministerium*, y no jurisdiccion, no se puede subdelegar. El poder para testar no dize jurisdiccion, sino vn cierto ministerio, y ocupacion, especialmente quando el que dá el poder para testar nombra heredero, y dexa memoria firmada de su nombre, para que se rijan por ella, y por sus libros de caja, como la haze Pedro en el poder para testar, que dió a Francisco, que entonces es nudo ministerio, como dize Spino de testam. Gloss. 5. n. 32. y assi no pudo subdelegarlo, ni cometerlo a otro.

## CONSULTA LXIV.

## PROTESTA.

SI en el caso de la question antecedente, supuesto que no pertenece al P. Fr. N. como Albacea de Francisco, hazer el testamento de Pedro: si pertenecerá al Juez de testamentos puesto por el Cabildo, disponer los legados, y hazer las mandas, que le parecieren justificadas de los bienes de dicho Pedro?

## PARECER CCXXII.

241. R. Respondese, que de tres maneras pudo suceder este caso, y cada vna pide diferente resolucion. La primera, si Francisco huviesse fallecido antes de cumplido el termino del Derecho, dentro del qual debe hazer el testamento el comissario a quien dió

Pedro el poder. La segunda, si Francisco murió despues de cumplido ya el termino de la ley, sin averfelo prolongado el que le dió el poder para testar. La tercera, si murió despues de cumplido el dicho termino; pero Pedro en el poder se lo prolongò, diciendo, que pudiesse hazer su testamento, aunque fuesse cumplido, y pasado el termino, que dispone el Derecho.

242. Respondese, pues, que si sucediesse de la primera manera, es cierto q no pueden entrar el Juez de testamentos a disponer las mandas, y legados, sino el nombrado en segudo lugar por el dicho Pedro, por tres razones. La 1. se funda en los textos de Derecho, alegados en el parecer antecedente, porque quando se dá poder a alguno para testar, es comission puramente personal, y se elige la industria, satisfacion, y amiltad de la persona; y assi de la misma fuerte, que el Ordinario, y Juez de testamentos, no se podian entrometer a disponer de la hazienda de Pedro, quando vivia, sin su consentimiento: de la misma fuerte no pueden disponer della despues de muerto Pedro, ni hazer mandas, ni legados, porque ay quien los haga en nombre, y con poder de Pedro, que es como si el mismo Pedro lo dispusiera. La 2. razon, porque aviendo dexado Pedro comissarios para que en su nombre hiziesse su testamento, no murió *intestatus*, sino como si el proprio huviesse hecho, y ordenado su testamento, como consta del cap. Cum tibi. de testam. *Qui extremã voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.* Y no porq muera el vn comissario, si quedan otros con el mismo poder *in solidum*, se ha de entender, que murió *intestatus*; porque siempre que constare, que ay alguno viuo, que tiene poder del difunto para testar, y sus vezes, no ha muerto *intestatus*, sino que el testamento que hiziere qualquiera de sus comissarios dentro del termino de la ley, es como si el mismo Pedro lo huviesse hecho. La 3. razon es, porque el Ordinario, y Juez de testamentos, solaméte puede entrometerse en el cumplimiento, y disposiciones de vltimas voluntades del difunto, quando falta el Albacea, o executor, o quando es negligente, como consta del Derecho, y se dirá despues: luego no puede entrometerse quando no se ha cumplido el termino puesto por el Derecho, para hazer el testamento, y cumplirlo.

243. La 2. manera es, quando despues de cumplido el termino del Derecho, en q avia ya de estar ordenado, y hecho el testamento, murió el que tenia poder para testar en primer lugar. Si en este caso debe entrar el Ordina-

dinario, o Juez de testamentos, a ordenar los legados, y disponer de la hazienda del difunto en obras pias, especialmente por aver dexado a su alma por heredera? si tocará el hazer el testaméto, y los legados al que tenia el poder del difunto en segundo lugar? Y en este caso suponemos, que el que dió el poder no prolongò a sus comissarios el termino del Derecho.

244. Respondese, que no puede en este caso hazer el testamento el comissario, que tenia el poder en segundo lugar, ni el q estava nombrado en primer lugar lo pudiera hazer pasado el termino de la ley, aunque estuviesse viuo; sino que el Ordinario, y Juez de testamentos se ha de gobernar por el poder, q dexò el difunto, y por la memoria, y libros de caja, que refiere en el poder, y los demás bienes, que quedaré, ha de distribuir en obras pias, como si quanto a esto huviesse muerto *intestatus*. Esto consta de la ley 33. de Toro, que es la 7. tit. 4. lib. 5. de la Nuev. Recop. donde se determina, que el comissario a quien se dió poder para testar, no tenga mas de 4. meses de termino para hazer el testamento, si estava presente en el mismo pueblo quando le dió el poder, y si estava ausente del pueblo dentro del Reyno, tenga solamente 6. meses, y si estava fuera del Reyno, tenga de termino vn año, y no mas, y que este termino corra desde el dia de la muerte del que dió el poder para testar; y que aunque el comissario no tuviesse noticia del poder, le corre el dicho termino, el qual pasado, si el comissario no hizo el testaméto, se cumplirá todo lo que el difunto dispuso de su hazienda en el poder, assi de heredero, como de mandas especiales, y legados, y en lo demás se obrará como si huviesse muerto *intestatus*. Todo consta expresamente de las leyes del Reyno citadas; y aunque es verdad, que el segundo a quien se cometió el poder para testar, no ha sido negligente, ni omisso; no obstante ha perdido la accion de testar, si no le prolongò el difunto el termino de la ley: porque las dichas leyes no señalan el termino *in odium negligentium*, sino *in fauorem defuncti*, para que no se dilate el cumplimiento de su vltima voluntad, y a fauor de los legados, y obras pias, como consta de dicha ley, que dize: *Los quales terminos mandamos, que corran al tal comissario, aunque diga, y alegue, que nunca vino a su noticia, que el tal poder le avia sido dado.* Quando no llegó a noticia del comissario, que le avia dado poder para testar, no está en culpa de negligencia, aunque se le passé el termino sin hazer el testamento: porque en las cosas que pertenecen al hecho particular de otro, no es culpa la ignorancia; y no obstante por las leyes de

Reyno pierde la accion de testar, si se le passa el termino señalado por dichas leyes: luego las leyes ponen dicho termino, y que pasado se pierda la accion de testar, no en pena, ni en odio de la negligencia de aquel a quien se dió el poder para testar, sino en fauor de la vltima voluntad del difunto, y legado: y es cosa cierta, que quando el termino se señala en la ley, no en odio de los negligentes, sino en fauor de alguno, o de alguna obra, le corre al ignorante, y al impedido, y al que no tiene culpa alguna de negligencia, o omision, como consta de la l. Graue. ff. de his, qui not. inf. donde se determina, que el tiempo de vn año corre a la muger, que ignora la muerte del marido. Tambien consta del Derecho Can. cap. Statum. de Præbend. & Dign. donde determinó la Santidad de Greg. X. que los Beneficios, y Dignidades, que vacaren in Curia Romana, cuya prouision pertenece por Decreto de Clem. III. al Summo Pontifice, que si su Santidad no los huviere proueido: *Post mensem a die, quo Dignitates, seu Beneficia ipsa vacauerint numerandum*, los prouean los Prelados inferiores a quienes alias de iure pertenecia antes del dicho estatuto, o Decreto de Clem. III. donde dize la Glossa: *Et ergo expressum istud tempus non a tempore scientie, sed vacationis currere*; y dá la razon con estas palabras: *Quia hoc statutum fuit in fauorem Ecclesiarum, ne contingerit Beneficia diu vacare; non autem in odium Summi Pontificis negligentis.*

245. La 3. manera como pudo suceder este caso, y de hecho sucedió assi, es, q dicho Pedro prolongò a sus comissarios el tiempo, y termino de la ley, para que aunque fuesse pasado dicho termino pudiesse hazer su testamento. En este caso digo, que muerto el primer comissario pasado el dicho termino de la ley, pertenece al nombrado en segundo lugar el hazer, y ordenar el testamento, y no al Ordinario, ni al Juez de testamentos.

246. La 1. prueba desto es, porq el dicho termino le pusieron las leyes en fauor del que dá el poder para testar, por lo qual puede el renunciar este fauor, y dilatar el tiempo. Esto lo afirman comunmente los Autores, q han escrito sobre las leyes del Reyno, Matienço lib. 5. Recop. tit. 4. l. 7. Gloss. 2. n. 3. Greg. Lop. l. 6. tit. 10. p. 6. Gutier. lib. 2. pract. q. 45. Castill. l. 23. Taur. Gloss. 1. Tello, ibid. n. 2. Ant. Gom. ibid. Menchaca de succes. creat. ff. 4. n. 3. Lo mismo enseña Couar. in cap. Nos quidem. de testam. n. 1. Y es verdad constate, en que comunmente assientan los Doctores, que tratan este punto, q qualquiera que dá poder a otro para testar, le puede prorogar el termino de la ley; y se puede probar esto del cap. Quoniam. de offic. & pot. Iud. deleg. donde se de-



termina, que quando se manda, ó comete a alguno algun negocio para que personalmente lo haga, lo puede cometer a otro, con tal que las partes consentan en esta subdelegacion: *Dummodo partes consentiant*; y dá allí la razon la Glosa: *Quia partes possunt renuntiare iuri suo*. De suerte, que aunque segun derecho, lo que personalmente se comete a vno, no lo puede cometer a otro, como se probò en la conf. 62. q. 2. con todo esto si es el negocio en utilidad, ó fauor de algunos, consintiendo ellos se puede cometer a otro, porque cada vno puede renunciar los derechos, y leyes que hablan en su fauor. Haze tambien a este proposito aquella regla del Derecho: *Quod ob gratiam alicuius conceditur, non est in eius dispensationem retorquendum*. Lo que se concede en fauor de alguno, no le ha de ser tan necesario, y obligatorio, que si le conviene renunciarlo no ha de poder. Tambien se puede hazer argumento eficaz para probar esto, de aquella sentencia comun, que adelante se referirá con sus Autores, que dize, que quando el testador prolongò el tiempo del albaceazgo a su Albacea, no le puede còpeler el Obispo a que lo còcluya dentro del año, que dispone el Derecho, porque esta disposicion del Derecho es en fauor del testador. Luego tambien puede el que dá poder a alguno para testar, prolongarle el tiempo prefixo de la ley, porque es la disposicion de esta ley en fauor del difunto, que dexa a otro su poder para testar. Probado ya, que pudo Pedro prolongar el termino de la ley para que testasen sus comissarios, y que de hecho lo prolongò; se sigue que muerto el primer comissario, que tenia el poder, queda el segundo cò termino abil para hazer el testamento: porque por dicha prolongacion es como si no se huviesse pasado el termino; luego (como diximos en el primer punto desta question, que quando no se ha pasado el termino prefixo, y abil para testar, muerto el primer comissario, ha de testar el segundo) assi se ha de dezir aqui, por que aun dura el tiempo abil para testar por el poder, que dexò el difunto.

247. La 2. prueba desta verdad, porque el difunto señaló tres comissarios, y a todos tres les diò su poder in solidum, y prolongò a todos tres el termino de la ley: todo esto denota, que quiso, y pretendió cò todos los medios posibles, no quedar se *intestatus*, sino que en todo caso, y sin falta hiziesse su testamèto alguno de sus comissarios, y que entrasse el vno a falta del otro. Cap. In litteris, de officio delegati, se còsultò a la Sede Apostolica hasta que tiempo dura el oficio de Juez delegado, de suerte que pueda entrometerse en las causas de su legacia? y responde, que persevera su ju-

risdicion hasta que la sentencia dada por él se execute, y entòces espira, y no antes; aqui dize la Glosa: *Verba cum effectu sunt accipienda*. Tomaronse estas palabras del cap. Relictum, de Cleric. non residentib. Sobre este lugar dize Innoc. y otros, que en los actos extrajudiciales siempre que se dá alguna potestad con intencion de que *omnino aditus habeat effectum*, no espira el mandato, ni la comission hasta que se satisfaga de facto a la intencion del que diò la comission. De aqui infiere Spino de testam. Glos. 5. n. 56. que si el que tiene poder para testar hizo testamento nulo por algun defecto, puede hazer otro testamento, que sea valido, porque por el primero no se satisfizo a la voluntad del que le diò el poder, pues no se consiguió el efecto. En vna decision de la Rota, decis. 1 sub tit. de priuil. ay vn caso, que haze mucho a este proposito: determinase allí, que si a vn Obispo por priuilegio, ó costumbre le compete nombrar vn Canonigo, para que en su Iglesia le reciban, si el nombrado por el Obispo no acepta, ó se muere antes de tomar possession, ó por alguna causa no es admitido, puede el Obispo nóbrar otro, para que tenga efecto el priuilegio, ó costumbre. En el caso presente la intencion de Pedro en nombrar tres comissarios a cada vno in solidum, y prorogarles el termino de la ley, fue no quedar *intestatus*, porque a esto tiran estas prevenciones; y assi faltando el vn comissario ha de entrar el otro, hasta que tenga efecto, y quede satisfecha la intencion del dicho Pedro.

248. Tercera prueba: aunque en el cumplimiento del testamento ya hecho, muerto el primer Albacea, no es necesario que lo acabe de cumplir, y executar el Albacea nombrado en segundo lugar; lo vno, por escusar traspassos de bienes juridicos, en que ay disminucion, y gastos forçosamente, traspassò, y multiplicacion de papeles, y lo principal, por que ya consta la voluntad del difunto, y no resta mas que acabar de distribuir los bienes de la suerte, que está dispuesto, y ordenado en el testamento: y assi que el Albacea del Albacea en cuyo poder paran, los distribuya inmediatamente a los legatarios, porque no pasen por tantas manos con dilaciones, no es cosa que desdize; ni tampoco desdize, que el Ordinario por si proprio los distribuyesse, mandandose los exhibir luego al Albacea, porque en rigor no le pertenece esta distribucion; pero en hazer el testamento corre otra razon, porque la voluntad del difunto, no es la voluntad del Ordinario, ni del Juez de testamentos, ni del comissario, y Albacea de su comissario, por que el difunto no les cometiò sus vezes, ni les comunicò lo que se debia disponer de su hacienda, y a sus comissarios si lo cometiò, y comunicò,

nicò, como dize en el poder. Haziendo el segundo comissario el testamento se verifica, que el dueño dispone de su hacienda a su voluntad, y no otro sin la voluntad de su legitimo señor: porque como dize Spino de testam. Glos. 5. n. 10. el que diò a otro poder para testar, no muere *intestatus*, sino que real, y verdaderamente haze testamento, porque lo dispuesto por el comissario es disposicion, y vltima voluntad del difunto. El mismo Autor, n. 25. dize: *Fideicommissarius non propriam voluntatem in testamento constituit, sed voluntatem defuncti declarat, ad heredem voluntati defuncti*. Y todo esto consta del cap. Cum tibi, de testam. que dize: *Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus*. Por lo qual dexado el difunto comissarios a quien dexò sus vezes para disponer su vltima voluntad, y les prolongò el termino de la ley, viuiendo ellos, ó alguno de ellos, no puede otro tercero, aunque sea el Ordinario, disponer de sus bienes, y si dispusiere será todo nulo, porque será disponer de hacienda agena sin voluntad de su dueño, aviendo quien pueda disponer della conforme la voluntad del difunto, por averfela comunicado, y dado sus vezes. Confirmase esto de la doctrina que trae Bart. in l. Cum quidam, ff. de legib. 2. y Panorm. in cap. Nos quidem, de testam. que si alguno en su testamento mandasse vn legado, que se distribuyesse a pobres, los que declarasse Antonio, si se passasse el año, no puede el Ordinario señalar, ó declarar los pobres a quienes se ha de distribuir este legado, porque la voluntad del difunto es, que a los pobres declarados por Antonio, y no a otros, se distribuya este legado. Vease la Summa Angelica, y Rosel. y el Archid. in cap. Litteras, de suplem. negl. Prelat. que expresamente afirman esto. Prueba tambien esta verdad la doctrina que trae Silvest. in Summ. verb. Testam. 2. q. 3. dist. 6. Quando se manda vna limosna determinada a persona, ó lugar determinado, se puede hazer por tercera persona, porque aqui cosa ninguna ay que arbitrar tocante a la voluntad del difunto; pero quando no està determinada la persona, ó lugar a quien se ha de dar la limosna, ó la cantidad que se ha de dar, no se puede por tercera persona, sino el proprio a quien lo cometiò el difunto, porque ninguno ha de ser arbitro de la voluntad del difunto, sino aquel a quien el difunto se la dexò cometida. Esto mismo dizen Juan Andr. y Oldrad. y otros, que cita Silvest. Todo esto prueba con toda claridad, que aviendo comissario a quien el difunto dexò sus vezes, y cometiò su poder para testar, no puede otra persona alguna disponer de los bienes del difunto: y en todo el Derecho Canon. no

se hallará, que viuiendo algun comissario a quien el difunto dexò su poder para testar, pueda el Ordinario disponer de los bienes del difunto, distribuyendolos en obras pias, a su voluntad. En las leyes del Reyno, l. 33. de Toro, y en la Nueva Recop. l. 7. tit. 4. lib. 5. se señala termino al comissario, dentro del qual si no haze el testamento, no lo puede hazer despues, sino que en tal caso se cumpla todo lo que el difunto dexò dispuesto en el poder, y quanto a lo demás se proceda como si fueren bienes abintestato; pero exceptuan luego comunmente los Doctores, quando el que diò el poder prorogò a su comissario el termino de la ley, que en tal caso siempre le queda su derecho salvo al difunto, para que su comissario en su nombre haga, y disponga su testamèto.

249. En el caso presente Pedro prolongò el termino de la ley a sus comissarios cò estas palabras: Para que en su nombre, despues de sus dias, hagan, y ordenen su testamento conforme les tiene tratado, y comunicado dentro del termino, que dispone la ley 33. de Toro, ó fuera del; y mas abaxo dize: Y vñ del albaceazgo, aunque sea pasado el año fatal, que el Derecho dispone, que para ello les proroga vno, dos, y mas años. Segun esto sienta, que el ordenar el testamento de dicho Pedro pertenece al comissario señalado en segundo lugar, pues con él, y no con el Ordinario, ni cò el Juez de testamètos, dexò tratadas las cosas de su conciencia el difunto, y al dicho segundo comissario diò sus vezes como al primero.

## CONSULTA LXV.

## PROVISTA.

EN que casos puede el Juez de testamètos compeler a los Albaceas a cumplir los legados, y castigarlos, y priuarles del albaceazgo?

## PARECER CC. XXIII.

250. R. Espondese, que constando, que el Albacea depende los bienes contra la voluntad del difunto, y en otros vsos, se puede compeler con censuras, y otras penas el Juez de testamètos, y quitarle el albaceazgo, y cumplir por si mismo la voluntad vltima del testador. Esta resolucion es expresa del Derecho, cap. Tua nobis, de testam. donde aviendose hecho relacion al Papa, que algunos Religiosos, y Clerigos seculares, y legos, siendo Albaceas, aplicaban a otros vsos los bienes, que dexaua el difunto para obras pias: responde el Papa Greg. IX. que en todos los legados pios debe cuidar, y procurar el Obispo, que se cumpla la voluntad del difunto, aun que el testador aya querido recluir de esto a su Albacea, que no obstante que el testador diga, que no se pueda entrometer el Obispo

en el cumplimiento de su testamento, ha de cüdyar el Obispo, que se cumpla, y concluye el cap. cõ estas palabras: *Mandamus quatenus executores, ut bona ipsa fideliter, & plenarie in usus predictos expendant, monitione premissa compellas.* De donde consta, que aunq el testador diga, que el Obispo no se entrometa en el cumplimiento de su testamento, sino que dexé a sus Albaceas, que lo cumplan; cõ todo esto si constasse al Obispo, que se gastaua la hazienda del difunto en otros vsos contra su voluntad; puede entrometerse, y compeler a los Albaceas, para que la gasten en las obras, y legados, que dispuso el testador. La razon desta decission se toma del cap. Requiristi. de testam. *Quia priuata dispositio testatoris non potest generalem constitutionem Canonis immutare.* Y no es creible, ni verisimil (como dize Siluest. verb. Testam. 2. q. 8. dict. 5.) que el testador en aquella clausula, que no se entiõniera el Obispo en el cumplimiento de su testameto, quisiese que se frustré, y quede sin cumplimiento su voluntad vltima, sin que aya quien ponga remedio en ello.

251. En quanto a la dilacion, si el Albacea no dissipa los bienes del difunto, sino dilata mas del año determinado por Derecho el cumplimiento del testamento, tiene mas dificultad. El Derecho Can. claramente dize, que el Ordinario compela al Albacea a que dentro del año lo cumpla, y si no lo cumpliere, que el Obispo quitando al Albacea el oficio por si mismo lo cumpla. Assi està expreso cap. Nos quidem. de testam. Pero esto tiene dos excepciones; la 1. quando el testador prolongó al Albacea el termino para el cumplimiento del testamento: que pueda el testador prolongar al Albacea este testamento, es sentenciã comun: tienenla expresfamente Couarr. cap. 3. de testam. n. 1. Ant. Gom. l. 3. de Toro, n. 2. Azeued. lib. 5. Recop. tit. 4. l. 7. n. 4. Matienç. ibid. Glor. 2. n. 3. Y assi puede mandar el testador, que a sus Albaceas no les corra el tiempo señalado por el Derecho, sino q dure el albaceazgo el tiempo, que a ellos les pareciere necesario, de manera, que por esta causa de dilacion, no se debuelva al Ordinario, ni al Juez de testamentos el albaceazgo, como dize Couar. in cap. Tua. de testam. n. 6. y Bald. y Barbacio citados por Sanchez, lib. 4. conf. cap. 1. dub. 5. n. 1. Y Spino de testam. Glor. 28. n. 4. dize, que puede el testador prolongar el termino a sus Albaceas; y si les prolonga otro año, no podrá el Obispo entrometerse hasta pasado el segundo año; y trae para esto otros graues Autores, Siluest. in Summ. verb. Testam. 2. q. 8. dict. 5. Aunque sienten por cierto, que no obstante que el testador prohiba, que el Ordinario tome cuen-

tas a su testamentario, se las puede pedir, y tomar; dize luego, que quando en la detencion no se ofende la voluntad del difunto, por aver puesto el mismo difunto el tiempo de la execucion en la voluntad del Albacea, no puede el Ordinario compelerle a que lo cüpla en el termino señalado por Derecho. Esto es cierto, en que comunmente affientan los Doctores, que puede el testador prolongar el tiempo a su Albacea, porque el termino lo señala el Derecho en fauor del difunto, y assi el puede renunciar a su derecho, y a este fauor, como se dixo en la quest. 3. pun. 3. prueba 1. y porque *unusquisque est sua rei moderator, & arbiter,* puede el testador prolongarle los años que quisiere a su Albacea, como de hecho le prolongó a los suyos Pedro, que dize en su poder: *Que sus Albaceas usen del albaceazgo, aunque sea pasado el año fatal, que el Derecho dispone, y que para ello les prorroga uno, ò dos, y mas años.*

252. Esto corre en las cosas en que pudo el difunto dilatar, y prolongar el termino al Albacea; porque en el pagar las deudas, como el testador no podia dilatar la paga, sino luego en pudiendo estaua obligado a pagar, assi no pudo prolongar el termino de dicha paga al Albacea, como dize Nauarr. in Man. cap. 25. n. 65. y Navarra de rest. lib. 3. cap. 4. n. 165. Pero en las mandas, y legados, que dependen graciosamente de la voluntad del testador, como pudo no dexarlas, pudo tambien prolongar el tiempo al arbitrio del Albacea. Lo mas comun es, que los testadores quierén en el fuero externo aliuar a los Albaceas de esta carga, de que les puedan obligar a cumplir el testamento dentro de vn año; pero en el fuero de la conciencia quierén, que se cumpla con breuedad la que buenamente se pudiere sin notable molestia del Albacea, y esto pretenden, y quieren en semejantes clausulas en que releuan a los Albaceas del termino de la ley, y se lo prolongan.

253. No obstante esto me parece, que si la dilació fuesse muy notable, y sin aver causa alguna razonable de embarazo de los bienes, ni ocupacion, ò impedimento especial de el Albacea, sino que sin causa alguna se fuesse quedando muchos años el testamento sin cumplir, puede el Juez de testamentos compelerle a que lo cumpla: porque aqui no solamente ay detencion, y la prolongacion que el testador concedió al Albacea, sino presuncion vehemente de que se quedará sin cumplir el testamento, y voluntad del difunto, q es el punto primero, q se trató en esta quest.

254. La segunda excepcion es quando no se puede cumplir modo humano el testamento dentro de vn año, lo qual acontece por

por vna de tres causas. La 1. por ser los legados, y obras tales de su naturaleza, que piden tiempo mas largo. Exemplo desto se halla en la auth. de Eccles. tit. collat. §. Siquis ædificationem. donde al executor de testamentos se le conceden 5. años para edificar vn Oratorio, ò Iglesia, que ordenó el testador, y otras muchas cosas fueren mandar los testadores, que piden para su cumplimiento mas tiempo que vn año. Spino dize, que estas cosas que piden largo tiempo, tiene el Albacea obligacion a empezatlas dentro del año. La 2. causa es, quando ay pleytos, ò embargos de hazienda, de cuya conclusión dependen los legados, y su ajuste. La 3. quando ay cobranças de hazienda, que se han de hazer, y no se puede cobrar tan presto, ò que se ha de traer de lexos, como si estuuiesse en España, ò Nueva España, ò si huviessse posesiones, ò bienes raizes q vender, y no se hallasse tan presto quien los comprasse. Estas causas son de suyo tan manifiestas, y tan claramente justifican de su naturaleza la dilacion, que no se pueden poner en duda. El Derecho Can. reg. Nemo. de reg. iur. in 6. *Nemo potest ad impossibile obligari.* Y el Derecho Ciuil, 1. *Impossibileum.* ff. de reg. iur. *Impossibileum nulla est obligatio.* Ricardo citado por Siluest. in Summ. verb. Testam. 2. q. 8. dicto. 1. dize que el Albacea està obligado a cumplir todos los legados *intra annum à die mortis, si habet bona in promptu de quibus possit intra annum implere legata.*

255. Y aunque es verdad, que todos los Derechos, que señalan el termino en que debe el Albacea dar cumplimiento al testamento, atienden a la negligencia del Albacea, y la castigan; pero principalmente atienden, y miran al fauor del alma, y cumplimiento breue de las vltimas voluntades: de lo qual se colige, que aunque sea el impedimento del Albacea legitimo, le corre el tiempo, y debe ser remouido del albaceazgo, si dentro de vn año no le dá cumplimiento, como dize Bald. l. Captatorias. ff. de hæred. instit. n. 12. y 13. y Tello, l. 33. de Toro, n. 1. Ant. Gom. ibid. n. 4. Castill. ibid. n. 3. y otros. Por lo qual si el Albacea estuviere impedido por enfermedad, ò prison, ò por ocupaciones graues personales, que le sobreviniessen, por las quales no pudiesse cumplir el albaceazgo dentro de vn año, debia ser remouido si el testador no le prolongó el termino; porque si se lo prolongó, es señal que quiso mas fiarse de dicho Albacea con dichas dilaciones, que de otros. Pero quando el impedimento legitimo no està de parte del Albacea, que es intrinseco, y necesario al albaceazgo por la impossibilidad, q tiene de su naturaleza de cumplirse dentro de vn año, por alguna de las tres causas refe-

ridas arriba; en tal caso no se puede quitar por la dilacion el oficio al Albacea nombrado por el difunto, aunque no le aya prolongado el termino del Derecho: porq es constante, que ni el Juez Eclesiastico, ni otro ninguno puede en estos casos de impedimento intrinseco, è impossibilidad natural de parte de los mismos bienes, ò legados, cumplir el testamento con mas presteza, que el Albacea puesto, y nombrado por el difunto. Esta resolucion es conforme a Derecho, cap. Nos quidem. de testam. donde señala vn año por termino en que se han de cumplir los testamentos, donde dize, que el Obispo amonette al Albacea, para que dentro de vn año, sin altercar, cumpla la voluntad del difunto; y luego añade: *Si intra predictum tempus tecum implere neglexerit, tunc parte adificietur.* Reparese en que siempre va el Derecho a que si por causa del Albacea se dilata el cumplimiento del testamento, en tal caso lo cumpla el Obispo, y no otro. Está claro en aquellas palabras: *Si intra annum implere neglexerit, tunc parte adificietur.* Reparese en aquella palabra *tunc*: esto es, conforme a la misma razon natural; porque si la dilacion no està de parte del Albacea, y qualquiera que se encargue de la execucion del testamento ha de tener la misma dilacion, porque es intrinseca al estado de los bienes, y legados: luego se haria injuria al testador en mudar su Albacea por esta causa, y los bienes tendrán gran diminucion en pasar por tantos administradores sin causa virgente. Esta resolucion en quanto a este punto, de que si es la dilacion por impedimento intrinseco de los bienes, ò legados, no se le puede al Albacea quitar el oficio, ni inquietar para que lo cumpla con mas breuedad: y es cosa tan cierta, que no he hallado Autor, que sienta lo contrario. Quãto al otro punto, de quando el impedimento es de parte del Albacea, pero legitimo impedimento, està en opiniones, Couarr. in cap. Nos quidem. de testam. n. 3. Y en el mismo lugar, Hostiense, y Immola, y sobre las leyes del Reyno Greg. Lop. p. 6. tit. 10. l. 6. vers. Facto. Azeued. lib. 5. Recop. tit. 4. l. 1. à n. 133. Matienço en el mismo libro, y tit. l. 10. Glor. 6. n. 2. Sarmiento, lib. 1. Select. cap. 12. n. 12. sienten que si està el Albacea legitimamente impedido, aunque el impedimento sea personal, no le puede quitar el albaceazgo por causa de no aver cumplido en el año fatal; porque *impedito ad aliquid agendum non labitur tempus prescriptum.* Y no ay ley, ni Canon, que sin atender a la negligencia del Albacea diga, que sea priuado del oficio, no cumpliendo el testamento dentro de vn año; pero Baldo, y los citados al principio deste parrãfo sienten, que ocupado,

ó impedido le corre el tiempo, y debe ser privado del albaceazgo, porque es en favor de la víctima voluntad, y no en odio de la negligencia.

## CONSULTA LXVI.

## PROVISTA.

**S**al Religioso a quien dieron poder para testar, el que haga mandas, y legados a las Iglesias, y Casas de su Religión?

## PARECER CC.XXIV.

256. **R**esponde, que en el cap. Per nos. tras. de iure Patronatus. se determina lo siguiente: *Nullus se potest ad personatum alicuius Ecclesie presentare, quantumcumque idoneus sit, & quibuscumque studijs, & meritis adiuvetur.* donde dize la Glosa: *Quia differentia debet esse interdantem, & accipientem.* Y mas claro en el cap. Cum ad nostram. de institutionib. donde se determina, que vn Abad no podia retener el oficio de Custodio, que tenia antes de ser electo en Abad, y dize el texto assi: *Custodiam ipsam recipere non potuit a se ipso, cum interdantem, & recipientem debeat esse distinctio personalis.* Entre el que dá, y el que recibe, debe aver distincion de personas: de aqui infiere Silvest. verb. De testam. 1. q. 2. dist. 2. que vn Albacea, ó Comissario a quien se dió poder para testar, no puede hazerse a si mismo manda, ó legado alguno. No obstante esto se responde, que el Religioso, que tiene poder para testar, puede hazer mandas, y legados a las Iglesias, y Casas de su Religión, y al Conuento donde viue, y qualquiera Beneficiado, ó Prebendado a su Iglesia: porque entre el Religioso, y el Conuento ay bastante distincion personal, como consta del cap. Insuper de testibus, & attest. donde se determina, que los Clerigos puedán ser admitidos en las causas de su Iglesia por testigos, con tal, que el Clerigo, ó Clerigos, que estuviere nombrados por procuradores, ó defensores en las causas, no sean admitidos por testigos en las mismas causas; donde dize la Glosa: *Clerici possunt ferre testimonium in causis Ecclesiarum suarum, item non potest quis in eadem causa esse procurator, & testis.* De fuerte, que puede vn Religioso ser testigo en favor de su Conuento, y vn Clerigo en favor de su Iglesia, como no sea el mismo procurador, ó defensor, y testigo en la misma causa. Si entre vn Religioso, y su Iglesia se halla bastante distincion personal para ser testigo en las causas de su Iglesia, tambien la ay para mandar vn legado a su Iglesia. La razon desto se halla en el cap. Super prudentia,

14. q. 2. que dize assi: *Domestici ad probationem non admittantur, ut pro his, quorum sunt domestici testimonium ferant: hi autem non pro domesticis, sed pro Ecclesia, qua mater est omnium pauperum testimonium dicant.* De fuerte, que el Clerigo, ó Religioso, que tiene poder para testar por alguno, y manda vno, ó muchos legados a su Iglesia, ó Monasterio, no los manda a si propio, ni a sus domesticos, sino a la Iglesia, que es Madre de los pobres, y quasi persona distinta de todos. De aqui consta, que si el poder para testar, que dexó Pedro a Francisco, se transfiriese al P. Fr. N. por ser Albacea, y comissario de Francisco, fueran validos los legados, que hiziera a su Religión (como lo serán los que hiziere de los bienes de Francisco) y assi no pudiera el Juez de testamentos impedirlos.

## CONSULTA LXVII.

Sobre si aviendose perdido el testamento de vn difunto, hecho por el sin asistencia de Escriuano, mas ante testigos suficientes, pueda su Albacea hazer de nuevo dicho testamento, y los mismos testigos, que le vieron otorgar, firmarlo?

## PROVISTA.

**F**rancisco estando enfermo en el Hospital Real de estas Islas Filipinas, hizo testamento sin asistencia de Escriuano, pero ante testigos suficientes para su valor, segun las leyes del Reyno, los quales firmaron. Dicho testamento por caso fortuito le mojó, y rompió: ofrecese, que para la cobrança de vn poco de dinero, que le deben en Nueva España, era necesario, que pareciesse el testamento, para que constasse quien como Albacea puede cobrar dicho dinero. Hazer en estas Islas informacion ante la justicia con los testigos, que alli firmaron, es muy dificultoso, porque el difunto no dexó aqui vn real, y el Albacea no quiere costear dicha informacion, por no exponerse al riesgo de no cobrar despues cosa alguna. Preguntase, si será licito hazer otra vez el mismo testamento, y firmarlo los mismos testigos?

## PARECER CC.XXV.

257. **R**esponde, que es licito hazer el testamento de nuevo, con tal que no se añada, ni se quite del que estava hecho antes, otorgado por el difunto: y constando a los testigos ser en substancia lo mismo, que otorgó el dicho difunto, les es licito firmarlo. La razon de esto es, porque a nadie se haze agravio en hazer dicho testamento, y se le haze bien al difunto, haziendo por esta via, que se dé cumplimiento a su vltima voluntad,

rad, y se haga bien por su alma: ni se comete falsedad alguna; pues el mismo testamento substancial, y formalmente se haze, que otorgó el difunto, y solamente se varia en cosa muy accidental, y material. Por lo qual disponiendo aora en el testamento, que se hiziere, todo lo que el difunto tenia dispuesto, realmente no es hazer nuevo testamento en substancia, sino sacar a luz el mismo, que el difunto avia otorgado, y los testigos que lo firmaren, no firman otro testamento, sino el mismo que vieron otorgar al difunto, y lo que firmaron lo vuelven a firmar otra vez: y como la primera vez, que fueron testigos, y firmaron, procedierón con toda verdad, y justificacion, porque firmaron lo que vieron otorgar al difunto; de la misma fuerte, y con la misma verdad pueden ser testigos aora segunda vez, y firmarlo, porque en substancia es el mismo, que vieron otorgar al difunto.

258. Segunda razon: el testamento, que hizo Francisco, no fue testamento cerrado, sino abierto, que llama el Derecho *nuncupatio*, y este no ha menester para su valor, que esté escrito, sino basta que el testador aya expresado su voluntad, y otorgandolo ante los testigos, como consta del Derecho, l. *Hæredes palam*. ff. de testam. *Licet ergo testantur hæredes, vel nuncupare, vel scribere, sed si nuncupat, palam debet nuncupare. Quid est palam? Non utique in publicum, sed ut exaudiri possit; exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus.* Y §. Sed hæc. inst. de testam. *Siquis autem sine scriptis voluerit ordinare iure Civili testamentum testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum iure Civili, firmum que constitutum.* Para el valor del testamento no es necesario que esté escrito, sino basta que conste averlo otorgado el testador en presencia de los testigos. Y el testamento de Francisco tiene esto, que fue otorgado en presencia de suficientes numero de testigos; y assi en rigor, y en conciencia es valido, y firme, y conguiente los testigos, que se hallaron presentes a verlo otorgar, no cometen falsedad alguna, ni hazen testamento de nuevo, sino solamente firman, y afirman por valido al testamento, que de su naturaleza es valido, y ponen por escrito lo que desde el principio fue valido por escrito, y ya por averse roto, era valido por otorgado in voce en presencia de testigos.

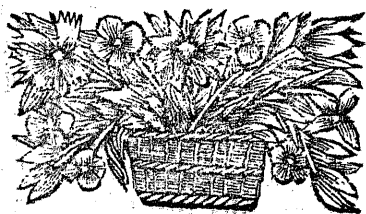
259. Y aunque en casos semejantes fuele el Albacea presentar los testigos ante el Juez, que hecha la informacion dá potestad al Albacea para exercer el albaceazgo: pero en el caso presente, como en poder del Alba-

cea no ha entrado vn real de los bienes del difunto, ni tiene total certeza de que los cobrará; no se quiere exponer a hazer dicha informacion a su costa. Por lo qual no ay en este caso otro medio, para que se haga diligencia para cobrar la hacienda del difunto, y cumplir su testamento; y hazer bien por su alma, sino bolver a hazer el testamento, que el difunto otorgó, con las mismas clausulas, y que lo firmen los testigos, y de otra fuerte no tendrá efecto el testamento, ni se cumplirá clausula alguna del, y se perderá la hacienda del difunto. Para evitar este inconveniente se ha de presumir, que la voluntad del difunto (quando formó, y otorgó su testamento en presencia de tantos testigos) fue, y quiso, que mediante dichos testigos tuviesse efecto su testamento, y siempre pudiesen testificar de palabra, y por escrito con sus firmas, hasta que llegasse a conseguirse su cumplimiento de su vltima voluntad; porque las palabras del testador se han de entender dichas de la fuerte, y forma, que tengan efecto, y de ninguna fuerte se fustre, cap. *Relatum*. de Cleric. non resid. *Cum igitur verba accipienda sint cum effectu; y l. Si per alium. ff. nequis eum.* *Verba cum effectu sunt accipienda.* Y no es conforme a razón natural, ni a derecho, que constando por testigos fidedignos la voluntad, è intencion del testador, por averse roto el papel, y palabras escritas con que lo dictó, se aya de faltar a la substancia, y obras pias que dispuso: porque lo principal a que atendió el testador, no fue a que pareciesse, y se conservasse aquel mismo papel, y palabras, que en él se escriuieron, sino a que se cumpliesen con efecto las obras pias, que alli determinó con inteligencia. de verb. signif. *Non sermoni res, sed rei est sermo subiectus,* y cap. *Sedulo*. dist. 38. *Ita esse proponendas verbis sententias, ut proponitur animus corpori.*

260. Tercera razon: constando qual fue la vltima voluntad del difunto, y a quienes dexó su hacienda, aunque no parezca, ni aya testamento, se les debe la hacienda por obligacion natural a aquellas personas, ó obras, a quienes la quiso dexar su dueño. Esta es sententia de muchos, y graues Autores; llevanla Julio Claro de testam. q. 9. Lessio, lib. 2. cap. 29. dub. 3. Mantica, lib. 2. de coniect. vltim. volunt. tit. 14. n. 10. Maldero, de testam. dub. 3. Molfesio in Summ. part. 2. tract. 12. cap. 2. n. 141. Molina, tom. 1. disp. 81. Silvest. verb. *Hæreditas*. 3. q. 7. Medina de rest. q. 23. Adrian. quodlib. 6. concl. 2. Panor. in cap. *Quia plerique*. de immun. Eccl. n. 42. Tapia in Caten. Mor. tom. 1. lib. 4. q. 13. art. 3. y tom. 2. lib. 5. q. 21. art. 4. Y la razon de esto



es fortissima, porque el que es dueño, y señor absoluto de alguna cosa, puede disponer de ella a su voluntad por derecho natural, l. In re. C. mandati. *Sue quisque rei est moderator, & arbiter.* Y consiguientemente constando, que el testador dispuso de su hacienda en tal obra, en ella se debe confumar, y no en otra cosa: y las leyes que disponen la solemnidad, y calidades, que deben tener los testamentos, no quieren contravenir a este derecho natural, sino solamente pretenden justissimamente evitar los fraudes, y engaños, que puede aver en fingir testamentos, y legados, que no dispuso el dueño de la hacienda. Así consta del Derecho, l. Hæc consultiissima. C. qui testamenta. donde dá razon de la solemnidad, y calidades, y testigos, que han de concurrir en el testamento, con estas palabras: *Ne locum ullum relinquat insidijs, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus.* Por lo qual constando, que no ay fraude, y que la voluntad del testador fue, que se dispusiese en tal forma de su hacienda, se debe hazer así: y esto está determinado en el Derecho Canonico, cap. Cum esset. de testam. donde se determina, que en qualquiera testamentos, constando la voluntad del testador, se debe cumplir en la forma que lo dispuso, aunque no contenga el testamento la solemnidad, y calidades, que disponen las leyes. Y en estas cosas, que conducen a la salud del alma, y son del fuero de la conciencia, se ha de estar a lo dispuesto por Derecho Canonico. Por esta causa los testigos, que estuvieron presentes, y vieron otorgar el testamento, que hizo Francisco, lo pueden bolver a hazer, y firmarlo con segura conciencia, constandoles, que aquellas fueron las mandas, y legados, que dispuso el testador: porque en hazer dicho testamento, y firmarlo, no cometen falsedad, ni hazen agratio a persona alguna, sino hazen que se cobre el dinero del testador, y se cumpla, y se haga de su hacienda lo que su dueño dispuso, y no se queden con ella injustamente las personas a quienes no pertenece.



## CONSULTA LXVIII.

*Sobre si el Juez de testamentos por noticias extrajudiciales, que tiene de que un Albacea ha ocultado bienes de un difunto, pueda a instancia de partes conocer de una sentencia, que a favor de dicho Albacea, y contra los herederos del difunto dio la Real Audiencia? Item, si estando aún en litispendencia, si un quidam era de los herederos, que nombraba dicho difunto, hizo bien dicho Albacea en entregar a los otros herederos la parte de herencia, que le tocara, protestando ellos entregar dicha parte en caso que constase, que era de los herederos nombrados?*

## PROTESTA.

**J**uan, Principal del pueblo de Tondo, fue nombrado Albacea por Maria, la qual en su testamento dexò muchos legados gratuitos a diferentes personas, y del remaniente nombrò por sus herederos a quatro sobrinos. Estos pusieron pleyto contra dicho Albacea en la Real Audiencia, sobre diversos puntos del testamento, y herencia. La sentencia salió en favor del Albacea, poniendo perpetuo silencio en aquella causa a los herederos. Ellos recurrieron al señor Juez de testamentos, el qual despues de aver hecho diversas diligencias lo remitió al Autor, diciendo, que tiene algunas noticias extrajudiciales de que el Albacea ha ocultado bienes de dicha difunta, y suplicandole le dixesse su sentir, para proceder con toda justificacion en esta causa.

## PARECER CCXXVI.

**261.** **P**ara responder cõ segura conciencia, y no a ciegas a lo que el señor Juez de testamentos me manda, he visto todos los cinco procesos, que remitió, de los quales el vno tiene cinquenta y quatro hojas, y he oido a las partes, que han querido informarme de su derecho: y juzgo, que puede, y debe el señor Juez de testamentos embiar libre al Albacea, sin detenerle, ni molestarle mas, entregandole el auto de la Real Audiencia, que alcançò en el litigio para su favor, por quatro razones. La primera, porque de los herederos resulta deste litigio presuncion graue de que proceden con malicia, y sin fundamento para molestar al Albacea. Esta presuncion se colige de muchas cosas diversas, que han intentado contra el Albacea, y en todas han sido vencidos, y muchas de ellas ha constado con toda claridad, que oponian falsamente contra el Albacea. Pri-

Primeramente alegaron en la primera petition deste litigio, que el Albacea ordenò maliciosamente el testamento, poniendo por herederos a otros estraños, y no a ellos, que son parientes de la difunta. Este intento se desvaneciò luego, constando, y confessando ellos, que son los mismos que están en el testamento señalados por herederos, y que solamente fue equivocacion en los nombres, como consta de la petition que presentaron, que está a fol. 19.

**262.** Averiguado, que eran los dichos herederos nombrados en el testamento, pidieron, que se les entregassen todos los bienes, que eran de la difunta su tia, y al entregarlos por mandato de la Real Audiencia, con intervencion del Governador del pueblo, intentaron, que no se cumpliesen los legados, y mandas, que contenia el testamento, sino que a ellos se entregassen todos los bienes, por ser ellos parientes sobrinos de la difunta, y no serlo los legatarios. Este intento, y pretension fue contra toda razon, pues ellos no eran herederos forçosos, pues solamente son sobrinos de la difunta, la qual como no tenia hijos, ni otros descendientes, pudo dexar su hacienda libremente a quien fuesse su voluntad, y así salió sentencia contra ellos de los señores de la Real Audiencia, que determinaron, que se debian cumplir todas las mandas, y legados contenidos en el testamento. Este auto está a fol. 31. Para conseguir su intento, alegaron nulidad de testamento, diciendo, que no lo avia otorgado la difunta, sino que el mismo Albacea, juntamente con su hijo, que era el Escriuano del pueblo, lo avian hecho, despues de dos dias que avia muerto la que ponian por testadora, y que no hubo testigos, que viesen otorgar el testamento, y los que estaban en el testamento puestos por testigos, eran falsamente supuestos por el Albacea, y el Escriuano su hijo; y aunque esta alegacion constaba ser falsa, y pura calumnia por el inventario, que se hizo el mismo dia que murió la testadora, que está a fol. 12. ante el Governador del pueblo, y muchos testigos, y allí consta del testamento, que estava ya hecho, y en conformidad salió auto de la Real Audiencia, de que no ha lugar la nulidad de testamento, intentada por los herederos ( está dicho auto a fol. 31. ) lo qual no obstante, despues presentaron testigos para probar la nulidad, pretendiendo desvanecer todas las mandas, y que a ellos, como herederos abintestato, por ser sobrinos de la difunta, se les entregasse toda la hacienda, y aunque al principio presentaron algunos testigos de oidas

en su favor, despues presentando a los testigos, que se hallaron presentes al otorgar la difunta el testamento, dixeron los testigos, que la difunta otorgò el testamento ante ellos, y que se leyeron todas sus clausulas, y dixo, que estavam buenas, y que aquella era su voluntad, con que ellos mismos con los testigos que presentaron no los pueden tachar, porque ellos presentandolos los aprobaron por buenos, como consta del Derecho, l. Siquis. C. de testib. *Siquis testibus usus fuerit, eidem quo testes aduersus eum producantur non licebit ei personas eorum excipere.* Y allí la Glosa: *Idest excipiendo repellere, quia approbasse videtur eorum personas.* Y l. Si vxor. ff. ad l. Jul. de adult. §. fin. se determina, que no puede vno rehusar las costumbres, que vna vez aprobò. Alegaron mas, que dicho Albacea avia ocultado muchos bienes de la difunta, sin inventariarlos; y aunque por orden de la Real Audiencia, a petition de los herederos, se traxeron los testigos que ellos nombraron, sin dexarles comunicar con los Albaceas, por causa de aver opuesto contra el Albacea, que con astucia pervertia a los testigos, aun de esta manera no probaron cosa alguna.

**263.** Vencidos en todos los dichos puntos, y convencidos del contrario, dada la sentencia por los señores de la Real Audiencia, trataron de inquietarle con pleytos ante el señor Juez de testamentos, sobre los mismos puntos, y otros que de nuevo empezaron, y se referirán despues. Piden con toda instancia en muchas peticiones, que el Albacea sea preso, y como no lograban su intento, recurrieron al señor Governador, el qual quiso librarle de la molestia, è inquietud de dichos herederos, remitiendolos al Juez de testamentos, y ellos por no dexar via, ni camino que no intentassen, recurrieron al señor Arçobispo, el qual los remite otra vez al Juez de testamentos, encargandole la brevedad en la conclusion desta causa por la pobreza de los Indios.

**264.** Los puntos que alegan de nuevo son: el primero, que no se les ha entregado lo que se manda en la sentencia de la Real Audiencia, que se les entriegue. Esto tambien consta no ser como dizen, porque en los autos a fol. 27. se halla, que el Governador del pueblo, executando el auto, y mandato de la Real Audiencia, hizo parecer ante si a los Albaceas, y herederos, y mandò, que luego se les hiziesse reparticion de los bienes que heredaban, y estando los Albaceas prompts para entregarlos, ellos no los quisieron recibir por causa de que el Albacea no les entregaba todo lo que dexò la difunta dif-

puesto en diferentes legados, porque querian ellos contra toda razon ser viiuerfales herederos de todos los bienes, y que no se cumplieren los legados, que dexò dispuestos la testadora. En esta ocasion estavan presentes los tres herederos, y la madre del quarto, llamado Joseph, que representaba a su hijo: despues en estos mismos autos a foj. 29. consta, que estando presentes los tres herederos, no asistiendo alli Joseph, ni su madre, ni otra persona puesta por él, recibieron los tres todo el remaniente, protestando los tres, y afirmando, que Joseph no era heredero legitimo, y obligandose por escritura ante el Escripturano del Pueblo, y testigos a pagarle a Joseph su parte, si le perteneciese, y a seguir a costa dellos, y no del Albacea el pleyto, si Joseph lo moviese para pedir parte de la herencia. De aqui consta, que alegan falsamente, y piden sin justicia, alegando, que no han recibido el remaniente de los bienes, que les mandò entregar la Real Audiencia, y pidiendo el remaniente, que ya tienen recibido. De aqui se colige tambien, que los herederos no procedian con verdad, y llaneza, sino con codicia, pues antes de recibir dicho remaniente, estavan vnidos en las peticiones con Joseph, que todas salian en nombre de todos quatro herederos: despues al repartimiento de la herencia lo excluyeron, y repartidos los bienes, bolvieron a vnir con él, para litigar contra el Albacea, saliendo en nombre de todos quatro las peticiones. Todo esto arguye animo fraudulento, y no atento a la justicia, y verdad.

265. Otra cosa fuera de camino pidieron contra el Albacea, y es, que el dinero, que se pagò por limosna de la Misa de cuerpo presente, y candelas, no se le pague en cuenta al Albacea, porque la difunta no mandò, que se cantase Misa de cuerpo presente, y que lo debe pagar a su costa. En esto no tienen los herederos razon, porque el Padre, que hazia oficio de Cura mandò a los Albaceas hazer entierro solemne con Misa cantada de cuerpo presente, y el Albacea lo comunicò con dos de los herederos, que estavan presentes, y dieron su consentimiento, y ellos lo testifican, como consta en vno de los cinco procesos pequeños, que el señor Juez de testamentos me entregò. Dizen a esto los dos herederos, que no se hallaron al entierro de la difunta, que se pague a costa de los herederos, que dieron su consentimiento: y en esto se conoce mas, que van mas con codicia, que con razon, porque los Albaceas, y herederos no podian resistir a lo que el Padre disponia acerca del entierro, candelas, y Misas,

ni era decente que resistiesen, porque dexando la difunta suficiente hazienda, parecia conveniente hazer entierro, y funeral decente, y honrado, aunque no lo mandasse. De la misma fuerte se colige malicia en los herederos, quando piden, que el recibo de todos los legatarios no se le pague en cuenta a los Albaceas, por ser vno el recibo de todos, al qual llaman en su peticion recibo a bulto, y de tropel, sin especificacion, y sin razon, peso, ni medida: y es el caso, que el Albacea propuso ante el Governador del pueblo, como los recibos de los legatarios, a quienes dexò la testadora mandas graciosas, se le avia perdido en las idas, y venidas de Manila, que hazia para responder a las peticiones molestas, que presentaban contra él los herederos; el Governador hizo parecer alli los legatarios, que todos estavan en el pueblo, y todos afirmaron, que avian recibido lo que la testadora les mandaba entregar, y desto dà testimonio el Escripturano, que passò en presencia del Governador, y otros testigos. Esta diligencia, è instrumento equivale a todos los recibos, y es vn recibo de todos muy autentico, y firme. De la oposicion que contra él hazen los herederos se colige, que no van a averiguar la verdad, ni a que se les pague lo que de verdad se debiera, sino a molestar al Albacea, porque constando la verdad de la entrega, no se varia, ni vicia porque conste por vno, ó muchos papeles. l. Periculis. ff. de auro, & argento. §. Labeo. *Non mutauit substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio.* Y constando la verdad, ha de prevalecer contra qualquiera opinion, y argumento, que se le oponga. l. Siquis rem. inst. delegatis. *Plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione.*

266. Ultimamente oponen los dos herederos contra otro heredero, que los movió a litigar, y que despues de empezado el litigio, los dexò, y se hizo de parte del Albacea. De aqui se colige mas el poco fundamento, que tuvieron los herederos para mover pleyto contra el Albacea, y que lo que han gastado (que sin duda será mucho mas de lo que heredaron) debe ser a su costa, pues imprudentemente se arrojaron a pleytear, y no se les debe creer cosa alguna de las que alegaren, y opusieren contra el Albacea, porque constando, que han opuesto algunas falsedades, y calumnias, y otras cosas sin fundamento, que no las han podido probar, se debe presumir, que en todo van a calumniar falsamente, y sin fundamento. l. Qui iudicio. ff. de acufationib. *Calumniā notatis ius accusandi ademptum est.* Y reg. 5. de reg. iur. in 6. *Semel malus*

*malus semper presumitur esse malus.* Y alli la Glossa: *In eodem genere delicti.*

267. La segunda razon es, porque està en opiniones, si el Juez debe juzgar *iuxta allegata, & probata*, constandole, que lo que se prueba es contra la verdad. La mas probable, y mas comun opinion entre Theologos, y Juristas, es, que puede juzgar la causa *iuxta allegata, & probata* contra la verdad, que sabe con ciencia particular, y assi lo siente S. Thom. 2. 2. q. 64. art. 6. ad 3. *Non peccat, secundum allegata sententiam ferens, quia ipse non occidit innocentem, sed illi, qui eum asserunt nocentem.* Y q. 67. art. 2. prueba esto con la razon siguiente: *Indicare pertinet ad iudicem secundum, quod fungitur publica potestate, & ideo informari debet in iudicando, non secundum id, quod ipse nouit tanquam priuata persona, sed secundum id, quod sibi innotescit tanquam persona publica.* El Juez juzga no como persona particular, sino como persona publica, y consiguientemente debe juzgar no segun la ciencia, que tiene como persona particular, sino con la ciencia publica, adquirida de lo alegado, y probado. Y esto mismo dispone el Derecho Can. cap. Siquis Diuinis. 30. q. 5. que dize: *Quamuis vera sint, non tamen credenda sunt, nisi qua manifestis iudicij comprobantur, nisi qua manifesto iudicio conuincuntur, nisi qua iudicario ordine publicantur.* Y alli la Glossa dize: *Iudex non secundum conscientiam, sed secundum allegata debet iudicare.* Y cap. Præbiter. 15. q. 5. donde se refiere de vn Diacono, que avia cometido vn delito graue, por el qual merecia ser depuesto, y esto le constaba al Obispo; pero el Diacono no queria confessar en juicio su culpa, antes se queria defender con juramento. Diòse parte a la Sede Apostolica, y respondió, que aunque el Obispo tenga cierta ciencia del delito, si el Diacono no lo confiesa en juicio, ò no se le prueba, y convence con testigos, no se le puede castigar, y concluye con estas palabras: *Sola ergo spontanea confessio, & Canonicus numerus, & qualitas testium Clericum priuat proprio gradu.* cap. Deus Omnipotens. 2. q. 1. Pone alli por exemplo, quando Dios quiso castigar a Sodoma, que teniendo ciencia manifestissima de los enormes delitos, que alli se cometian, no quiso castigar con sola esta ciencia, sino que quiso hazer vn genero de probança primero con testigos, que fueron la familia de Lot, y assi dixo: *Descendam, & videbo, utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleuerint.* Gen. 18. De aqui colige el Derecho, q̄ no ha de pronúciar sentencia por su ciencia particular, sino por lo alegado, y probado, con estas palabras: *Siquis negaret se in-*

*terfecisse eum, quem sub oculis iudicij in conspectu multorum interfecit, hic quia se reum negat, sine examine feriri non potest.* Este caso, que pone el Derecho, es ajustadissimo al caso presente. Dize, que vn homicida, que matò a vn hombre en presencia del Juez, y de otros muchos, y niega con todo esto el homicidio, no puede ser castigado, hasta que sea examinada la causa, y probada con testigos. De la misma fuerte al Albacea no puede el Juez obligar a pagar cosa alguna, aunque tuviere noticias ciertas particulares de que ha ocultado bienes, no constando de lo alegado, y probado. Y esta doctrina se debe seguir mas especialmente en estas cauillas de los Indios, y en el albaceazgo presente, que es de cosas muy tenues, y juzgo, que es mas lo que han gastado de ambas partes en el pleyto, que siguieron primero en la Real Audiencia, y actualmente están siguiendo en el juzgado del Juez de Testamentos, que lo que vale toda la herencia: por lo qual juzgando luego al punto, y dando la sentencia definitiva *iuxta allegata, & probata*, se haze bien a ambas partes, librandolas de gastos, inquietudes, y disensiones. Y si por las noticias privadas, que ay contra lo probado, se va deteniendo la conclusion de la causa, reciben daño ambas partes litigantes, con gastos, y ocupaciones molestas, y se engendran discordias: por lo qual juzgo por ajustadissima la sentencia de la Real Audiencia en 23. de Nouiembre de 1676. años, en que absolviéron, y dieron por libre al Albacea de la querrela, que ponian contra él los herederos, y mandaron poner perpetuo silencio en la causa.

268. Esta razon es eficaz, aun en caso, que el Juez tuviere cierta ciencia particular, y noticias claras de que el Albacea huviere ocultado bienes, ò se quedasse con algo perteneciente a los herederos; pero en el caso presente no ay cierta ciencia contra el Albacea, sino vnas noticias confusas, colegidas de conjeturas falibles, como la que alegan en vna peticion a foj. 32. y al fin de la memoria de bienes, que dizen ocultò el Albacea, a foj. 33. dizen alli, que los bienes, y cosas contenidas en la memoria, las avian visto en poder de la difunta tiempo antes, quando viuia, y que no los podia aver enagenado, ni deshechote de ellos, porque tenia lo que avia menester. En otra peticion dizen, que porque tenia fementeras se ha de creer, que tenia carabaos (lo mismo que bufalos, animales con que aran los Indios sus fementeras) peyones de arados, y otros instrumentos de labrar las tierras. Todas estas son presunciones re-

motas, y muy falibles, porque la hacienda, y bienes de fortuna con grandissima facilidad se consumen, y gastan, se acaban, y pierden. En otras peticiones alegan la mucha astucia, ardid, y poder del Albacea, y nunca prueban, que con dicha astucia aya defraudado cosa alguna de su herencia, ni de otra persona alguna.

269. Estando, pues, las noticias particulares del Juez tan confusas, è inciertas, es cosa certissima fuera de toda opinion, que tiene obligacion el Juez a concluir la causa conforme lo alegado, y probado, y poner perpetuo silencio a los litigantes, porque es cierto, y comun de todos los Doctores, que lo alegado, y probado ha de prevalecer por lo menos a todas las noticias confusas, è inciertas, y particulares, y a todo lo que no consta con toda evidencia; y assi consta del Derecho en los textos alegados. Y cap. Iudicantem. 30. q. 5. *Pro incertis à certis recedendum non est.* Y mas abaxo: *Cum fides dubia rei nisi testium approbatione, vel legitima confessione iudici fieri non valeat.*

270. La tercera razon es, porque todas las causas pertenecientes a testamentos (si no son pias) son puramente legas, y pertenece su determinacion a los Juezes legos, y solamente los legados pios pueden pertenecer al Juez Eclesiastico, porque son *mixti fori*. Esto consta del Derecho, cap. Relatum. el 1. de testam. donde se manda a los Juezes legos, que los legados pios, que en los testamentos se dexan a las Iglesias, los juzguen, y determinen conforme a los Sagrados Canones, y no conforme a las leyes Seculares. De fuerte, que no les prohibe a los Juezes legos la determinacion de los legados pios, sino les dize por donde los han de determinar: *Mandamus quatenus cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis.* Y lo mismo se colige de la l. Nulli licere. C. de Episc. & Cler. donde indiferentemente se manda, que para la execucion de los legados pios se recurra, ò al Juez lego de la Prouincia, ò al Obispado: *Ne pium defuncti propositum improba fraudatorum calliditate celetur; quidquid pro huiusmodi causa à restatore relictum fuerit, uniuersi, qui id quocunque modo cognouerint, vel in viri clarissimi rectoris Prouincia, vel in urbis Episcopi notitiam deferendi liberam habeant facultatem.* El fundamento desto es, porque el actor debe seguir regularmente el fuero del reo, como consta del Derecho, cap. Si Clericus. de foro competenti. donde se determina, que si vn Clerigo pide a vn lego, que le entregue co-

fas de la Iglesia, que el lego tiene en su poder, si el lego niega ser de la Iglesia, se ha de recurrir al Juez lego a que determine la causa, porque el actor ha de acudir al fuero del reo: *Debet de rigore iuris ad forensem iudicem trahi cum actor forum rei sequi debeat.* Y assi vemos estar en practica, que qualquiera debito, que se aya de cobrar de Seculares, aunque sea perteneciente a causas pias, como de Capellanias, ò legados pios, se suele recurrir a su Juez lego, aunque por ser cosa pia, y pertenecer al bien del alma, y ordenarse a cosa espiritual, se puede tambien pedir ante Juez Eclesiastico, como determina el Derecho, cap. Qui oblationes. el 1. y el 2. y cap. Clerici. 13. q. 2. y assi lo afirman comunmente los Doctores. Veanse Molina de iust. tract. 2. q. 134. y Couarr. in cap. Si hæredes. n. 1. de testam. y Panorm. ibid. Gutier. in qq. pract. Ciuil. l. 2. q. 48. Barbosa, de offic. Episc. p. 4. allegat. 82. Pero siendo legados puramente profanos, pertenece su determinacion al Juez lego, como dize la Glossa in cap. Relatum. el 1. de testam. *Nota causas ultima voluntatis defunctorum ad Ecclesiasticum iudicem pertinere, quod verum est in relictis Ecclesie, & pauperibus.* Y mas abaxo dize: *Quod tantum derelictis ad pias causas intelligendum est.* Causa pia es lo que se dexa a las Iglesias, ò a los pobres, ò para sufragios de difuntos, ò para el Culto Diuino, ò bien del alma, como dize Molina, de iust. tract. 2. disp. 134. pero lo que se dexa por titulo de parentesco, ò de amistad, de ninguna fuerte es causa pia: por lo qual la causa de que aqui se trata, no es de aquellas, que de su naturaleza pertenecen al Juez Eclesiastico, porque es causa de herencia por titulo de parentesco, y solamente podia pertenecer al Juez Eclesiastico por vno de dos titulos. El primero, por averse pasado el año, y no aver cumplido los Albaceas la voluntad del difunto, porque pasado el año, qualquiera ultima voluntad, y disposicion del difunto comienza a ser causa pia, porque el difunto por si mismo no es capaz de procurar la execucion de su ultima voluntad, y assi como a persona impedida, es piedad que se haze al difunto, ayudar, y hazer que se execute lo que dispuso. Coligese del Derecho, cap. Si hæredes de testam. donde se determina, que si los herederos se descuydan en cumplir lo dispuesto por el testador, les compela el Obispo, donde no distingue de legados pios, ò no pios, sino generalmente habla de todos; y de la misma fuerte habla alli la Glossa, y Couarr. sobre este cap. n. 2; lo dize expressamente, y Barbosa, de offic. Episcop. p. 3. alleg. 82. n. 15. Gutier. qq. pra-

practic. lib. 1. quaest. 44. y otros muchifimos.

271. El segundo titulo por donde pudiera esta causa pertenecer al Juez Eclesiastico, es por ser los herederos pobres, y miserables personas, y no poder conseguir su justicia ante el Juez lego, como consta del Derecho, cap. Licet ex suspecto. de foro competenti, donde se determina, que los Juezes Eclesiasticos no se entrometan a determinar causas, que pertenecen al fuero Secular, si los Juezes Seculares administran justicia en su fuero a los que acuden a pedirla en sus Tribunales; pero que en defecto de los Juezes Seculares, la administren, aunque las causas sean de su naturaleza legas: y mas proprio deste caso es el que se refiere, cap. Ex tenore. de foro compet. Vna viuda noble traia pleyto sobre su herencia con vn hombre poderoso. La dicha señora viuda alcançó letras de su Santidad, en que cometia la causa al Arcediano, y Tesorero de la Iglesia Turolense, y el Conde de Breñaña, a cuyo fuero pertenecian la demandante, y el demandado, mandò a la muger, que siguiese la dicha causa ante su Tribunal, prometiendola, que la determinaria segun justicia. Y llegando esto a noticia del Papa, mandò a los dichos Juezes Eclesiasticos, que se abstuviesen del conocimiento de aquella causa, si la dicha viuda podia alcançar su justicia por el Juez Secular; pero si en los Tribunales legos no pudiese alcançar su justicia, determinassen la causa: *Nos igitur attendentes, quod sic sumus viduis in iustitia debitores, quod alijs iniustitiam facere non debemus, mandamus quatenus tali cause super sedere curetis, dummodo per Iudicem Seculare suam possi iustitiam obtinere, alioquin non obstante ipsius contradictione causam ipsam ratione preuia terminetis.* Y alli la Glossa: *Causa viduarum principaliter ad forum Seculare pertinet, propter negligentiam Iudicis Secularis transfertur iurisdictione ad Ecclesiasticum Iudicem.* Y mas abaxo: *Ad iudicium Seculare spectant causa viduarum, pupillorum, & orphanorum.* Y despues pone en el mismo predicamento a las demás personas miserables: *Et aliarum miserabilium personarum.* Que solamente quando se les haze injuria, ò violencia, y no les ampara la justicia Secular, puede conocer de sus causas el Juez Eclesiastico.

272. En el caso presente la causa es puramente lega, porque es acerca de la herencia por titulo de parentesco. Demás desto estan ya cumplidos los legados pios, y no pios, y entregada la herencia a los herederos, como consta a foj. 29. y consiguientemente cú-

plida enteramente la voluntad de la difunta, y assi falta aquel titulo primero, por donde pudiera conocer desta causa el Juez Eclesiastico. Demás desto en la Real Audiencia han litigado los herederos, y propuesto todas sus querellas contra el Albacea, y siempre han sido oidos, y se les ha administrado enteramente justicia en todo lo que han pedido, hasta mandar traer los testigos, sin dexarlos comunicar con los Albaceas, hasta que se les recibiese su dicho, por averlo pedido assi los herederos: por lo qual no hallo titulo alguno, por el qual se le pueda obligar al Albacea a estar en juicio ante el Juez Eclesiastico por causa de dicha herencia, y a peticion de los herederos.

273. Ni puede ser titulo para traer al Juez Eclesiastico el dezir, que no ha cumplido lo que se le mandò en el auto de la Real Audiencia, porque aunque esto fuese verdad (ya queda probado arriba, que es falso) el Juez Eclesiastico no es competente para pedirle la execucion de la sentencia, que diò el Juez Secular, porque al mismo Juez que dà la sentencia pertenece el mandar ejecutarla, y el Juez Eclesiastico no es executor de las sentencias, que dan los Juezes legos, como consta de las leyes del Reyno, p. 3. tit. 27. l. 1. *Cumplir pueden los juizios que son valederos aquellos mismos Juezes que los dieron.* Y alli la Glossa: *Sententiam potest exequi Index, qui eam protulit.* Y lo mismo se colige de ambos Derechos, l. A diuo Pio. ff. de re iudicata. §. 1. & 2. y Pastoralis de offic. delegati. Es esto tan cierto, que aunque el Juez que diò la sentencia fuese Eclesiastico, no puede otro Juez Eclesiastico ejecutarla, sino es el Superior del que diò la sentencia, ò si tuviere letras requisitorias del que la diò. Assi consta de ambos Derechos en los lugares citados, y de la ley del Reyno citada, y su Glossa: ni les favorece lo que alegan, de que el señor Governador cometió la execucion desta causa al señor Juez de Testamentos, porque el señor Governador no diò jurisdiccion alguna al señor Juez de Testamentos, ni le cometió la execucion de la sentencia de la Real Audiencia, porque el señor Governador solamente decretò: *Ocurran al Juez de Testamentos, y Capellanias, que les hará Justicia.* Esto no es dar jurisdiccion lega, sino evadirse del conocimiento de esta causa, y remitirlos al Juez Eclesiastico, para que concluya conforme a justicia lo que hallare pertenecer a su jurisdiccion Eclesiastica en dicha causa; y a mi parecer mas lo hizo el señor Governador por zafarse de la molestia de dichos herederos, que no le dexaban de molestar con peticiones ca-



da dia, como han estado molestando al señor Juez de Testamentos. Ni el señor Governador podia ya cometer esta causa, ni entrometerse en ella, porque ya estava conclusa, y fenecida en lo que toca a la jurisdiccion laical. Ya el señor Governador, como Juez, avia pronunciado sentencia definitiva en este litigio, y assi no podia ya juzgar esta causa, ni cometerla a otro, que la juzgasse. l. Iudex. ff. de re iudicata: *Iudex postea quam semel dixit sententiam iudex esse desinit.* Y mas abajo: *Iudex qui semel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit.* y dà la razon la misma ley: *Semel enim male seu bene, functus est officio.* Y cap. In litteris. de offic. & potest. iud. de leg. *Ex eo quod Iudex per se, vel per alium sententiam executioni mandavit, vel mandari precepit, eius auctoritas, & iurisdictio cessat, quia semel est officio suo functus.* Y cap. Venerabili. del mismo titulo: *Archiepiscopus ipse (cum iam suo functus esset officio dicto Abbati committendo in integrum vires suas) huiusmodi negotium dicto thesaurario non potuit demandare.* Ni al Juez Eclesiastico es decente, ni licito ser executor de la sentencia de vn Juez lego, como consta del Derecho, cap. Sed nec procuraciones. nec Clerici, vel Monachi. donde dize assi: *Nec iurisdictiones Saculares sub aliquibus principibus, vel Sacularibus viris, ut iustitarius eorum fiat Clericorum quisquam exercere presumat, si quis autem adversus hac venire tentaverit ab Ecclesiastico fiat ministerio alienus.* Lo mismo consta cap. Pervenit. 21. q. 3. y cap. Cleric. de postulando. con su Glosa.

274. Quarta razon: en esta causa los herederos son pobres Indios, que juzgan se les quita, ó niega parte de la herencia de su tia, que les pertenecia, y se aumenta su dolor, y sentimiento por lo mucho, que han gastado en estos pleytos, y parece, que la piedad mueve a compasion para que se les ayude, y favorezca. Por otra parte el favorecerles tiene inconveniente de molestar al Albacea, y detenerle en esta Ciudad, ó por lo menos hazerle venir varias vezes a ella, con detrimento de sus sementeras, y de otros negocios, y ocupaciones: pues en caso desta calidad lo que se debe hazer, es no favorecer a los herederos, por no exponerse a hazer daño al Albacea. Assi lo determina el Derecho, cap. Denique. 14. q. 5. *Si non potest subveniri alteri, nisi alter ledatur, commodius est, neutrum invari, quam gravari alterum.* Y en el caso referido arriba del Derecho, cap. Ex tenore de foro competenti. Manda el Papa Innocencio III. retirar las letras, que avia despachado en favor de la causa de vna viu-

da, por entender, que en favorecerla se damnificaba a otro, y dà esta razon: *Nos igitur attendentes, quod sic sumus viduis in iustitia debitores, quod alijs iniustiam facere non debemus.* Por la misma razon no se debe molestar al Albacea, sino que los herederos pasen por la sentencia, que dió la Real Audiencia, y la observen, teniendo silencio en esta causa.

275. Resta vn punto, que haze dificultad en esta causa, y es, que el Albacea entregò el remaniente de los bienes de la difunta a los tres herederos, como se dixo arriba, y quedò el quarto sin su parte; y es cierto, que el Albacea no hizo bien en entregar a los tres herederos el remaniente partible entre los quatro, viendo que querian excluir de la herencia al quarto heredero: porque aunque estando todos quatro vnidos como hermanos, en vna misma peticion la herencia de todos, seria licito al Albacea entregarles todo el remaniente indiviso, para que ellos entre si lo repartiessen; pero conociendo, que al recibir la herencia se apartaban los tres del quarto heredero ausente, y sin oirlo le querian excluir, debió no entregarles la parte, que pertenecia al quarto heredero, sino retener todo el remaniente, hasta que los herederos entre si se conviniessen, ó excluyessen al quarto por sentencia de Juez competente, ó repartir a cada vno su quarta parte, no obstante la pretension de los tres, si no sacaban de Juez competente con toda brevedad mandamiento para que la retuviesse el Albacea hasta el ajuste de la causa, porque el Albacea tenia obligacion a dar el remaniente a los herederos nombrados en el testamento, y estando nombrados todos quatro, entre todos debió repartirlo, no aviendo mandato de Juez competente, que excluyesse de la herencia a alguno de ellos; y aunque en favor del Albacea haze, que entregando dicho remaniente a los tres herederos, y a la madre de Joseph quarto heredero, que en aquella ocasion representaba a la persona de su hijo, no lo quisieron recibir por causa de que no les entregaba todo lo que la difunta avia dispuesto en diferentes legados, que querian ellos contra toda razon ser vniuersales herederos de todos los bienes, y que no se cumpliesen los legados, que hizo dicha difunta. Assi consta de estos autos, a foj. 27. que el Governador del pueblo, executando el auto, y mandato de los señores de la Real Audiencia, hizo parecer ante si a los Albaceas, y herederos, y mandò, que luego se les hiziesse reparticion de los bienes que heredaban, y estando los Albaceas prompts a entregarlos, ellos no los quisieron recibir; pero

pero no escusa totalmente de culpa al Albacea, porque despues a foj. 29. consta, que estando presentes los tres herederos, no asistiendo alli Joseph, ni su madre, ni otra persona alguna puesta por él, recibieron los tres herederos todo el remaniente, excluyendo de la herencia a Joseph, y obligando por escrito ante el Escriptuano del pueblo, y testigos a sus personas, y bienes a pagar a Joseph su parte, en caso que la deba tener en la herencia, y a seguir el litigio, si Joseph lo pusiere, pretendiendo heredar, en lo qual no hizo el Albacea lo que debia.

276. En este caso juzgo, que Joseph tiene accion de pedir contra el Albacea, para que le entregue la parte de la herencia que le toca, ó cobrando de los tres herederos a quienes indebidamente la entregò, ó pagandola de su bolsa. Pero el Albacea tiene fuerete, y legitima defensa en la obligacion, que los tres herederos hizieron por escrito ante el Escriptuano del pueblo, en que confiesan aver recibido la parte de la herencia, que pertenecia a Joseph, y se obligan a entregarla, siempre que conitäre debersele, y a seguir el pleyto en defensa del Albacea, si lo pusiere Joseph. Presentando el Albacea este escrito, y obligacion, qualquiera Juez ha de cargar la obligacion de responder a la demanda de Joseph, y de pagarle su parte sobre los tres herederos, porque assi està expresso en las leyes del Reyno, lib. 5. de la Nueva Recop. tit. 16. l. 2. *Pareciendo, que vno se quiso obligar a otro por promission, ó por algun contrato, ó de otra manera, sea tenido a cumplir aquello a que se obligò.* Y despues dize: *Mandamos, que valga la dicha obligacion, y contrato, que fuere hecho en qualquiera manera que parezca, que vno se quiso obligar.* Y lo mismo se determina p. 5. tit. 11. l. 1. Si se huviera de mover este pleyto, se avia de poner la demanda, y seguirse ante Juez lego, porque la causa es puramente lega, y las personas son legas: y siendo tan corta la cantidad sobre que es el litigio (que todo el remaniente partible entre los quatro herederos no llega a treinta pesos) se gastaria mucho mas en papel sellado, y otros gastos inescusables en los pleytos, que lo que puede esperar despues de vencido el pleyto muy en su favor, y assi serà imprudencia poner litigio por cosa tan poca, como lo ha sido el que hà seguido, y lo q por tantas vias hà intentado.

277. El bien que les puede hazer el señor Juez de testamentos a todos quatro herederos, es hazer que se compongan, entregando los tres herederos, que recibieron el remaniente, su parte a Joseph, porque a esto

estàn obligados *ratione rei acceptæ*, porque de hecho recibieron la parte, que era de Joseph, por la obligacion que hizieron quando la recibieron, y al Albacea debe el señor Juez de testamentos darle por libre, y absuelto en lo que toca a su fuero, y Tribunal, y que cada vno de los herederos pague las costas, que ha hecho en el pleyto, porque han pleyteado sin suficiente fundamento, y las que huviere hecho el Albacea han de ser a costa de el remaniente de los bienes de la difunta, si ha quedado algo en su poder: por lo qual si acaso era en cargo de alguna cosa, que huviesse ocultado, que de los inventarios se colige no pudo ser mucho, lo avrà gastado en litigio tan largo, y quedará seguro en conciencia, descargada de escrúpulos de retencion de hacienda agena; y aun juzgo, que avrà gastado todo lo que le pertenecia por su trabajo de Albacea, y mucho mas de su casa.

## CONSULTA LXVIII.

Sobre la clausula de un testamento, como se pueda cumplir?

## PROPUESTA.

FRancisco dispuso por clausula de su testamento, que se entreguen de su hacienda dos mil pesos al Convento de Santo Domingo de Manila, para vna Capellania perpetua, y que se ha de obligar dicho Convento a dezirle cada año vna Missa cantada, y cien Missas rezadas. Y si el dicho Convento no quisiere obligarse, se entreguen dichos dos mil pesos a la Mesa de la Santa Misericordia, juntamente con otros dos mil, que dexa a vna sobrina suya, para que todos quatro mil los embie a corresponder con la ganancia acostumbrada de cincuenta por ciento, en esta forma, que en vn año se den a corresponder mil pesos pertenecientes a su sobrina, y otros mil de los que dexaba para aplicar por limosna de Missas, y otro año los otros dos mil, de tal fuerte, que siempre se vayan alternando, dandose cada año mil pesos de cada obra destas a corresponder, y de los quinientos pesos, que cada año se ganaren, pertenecientes a las Missas, se han de mandar dezir Missas a razon de a quatro reales la limosna de cada vna, y el tiempo que media desde que se cobran los dos mil pesos, que se dieran a corresponder, hasta que se buelvan a dar para llevarlos otra vez, se den a las ganancias que en la tierra suele aver. El Albacea hizo oblacion de dichos dos mil pesos al Convento de Santo Domingo, y no los

los admitió, ni la Mesa de la Santa Misericordia quiso admitir los quatro mil. Acudieron los Albaceas al señor Arzobispo, el qual remitió el caso al Autor.

## PARECER CC.XXVII.

278. **H**E visto la petición de los Albaceas, y cláusula del testamento del señor D. Francisco, y hallo, que ambas disposiciones de los dos mil pesos, que dexa para obra pia de Missas, no son exequibles, y con justa razon las partes del Convento de Santo Domingo, y Mesa de la Santa Misericordia no la quieren admitir. Primeramente la disposición de que se entrieguen al dicho Convento dos mil pesos, y que se obligue a dezir cada año cien Missas rezadas, y vna cantada, tiene dos inconvenientes, por los quales no se debió admitir. El primero era poner vna obligacion perpetua por dichos dos mil pesos, sin finca alguna, por no tener el Convento de Santo Domingo hacienda alguna, ni posesion, y que el Convento gastase en sus necesidades dicha cantidad luego de presente, y que le fuese la carga, y obligacion perpetua a todos los venideros, sin emolumento alguno. El segundo inconveniente es, que siendo la limosna que dexa para cada Missa tan estrecha, y corta, que sale cada Missa rezada a razon de siete reales, siendo así, que en el Arzobispado está determinada la limosna de Missas perpetuas de Capellanias a razon de veinte reales cada Missa, quiere poner la obligacion perpetua, sin riesgo alguno, para siempre, que durare la dicha Comunidad, y Convento, pues segun la dicha disposición avia de estar la obligacion sin finca sobre posesion alguna, sino cargada sobre la Comunidad de dicho Convento, de fuerte, que ni por invasion de enemigos, ni terremotos, ni fuegos, pueda padecer riesgo, ni disminucion, mientras durare dicha Comunidad del Convento. Esta carga, y obligacion con tanta seguridad, y sin riesgo, es tan estimable, que aunque se señalara por limosna de cada Missa mucho mas de los veinte reales, que se señalan por cada Missa de Capellania, no se debiera admitir, y mucho menos siendo la limosna tan corta, y diminuta.

279. La segunda disposición de que se entriegue a la Mesa tiene tres inconvenientes, por los quales con justa razon no la quieren admitir los Diputados. El primero es, el embarazo, y carga, que les pone, sin utilidad alguna para su Mesa, y Colegio: *Qui militat suis stipendijs unquam: quis pascit gregem, & de lacte gregis non manducat?* i. Cor.

9. El segundo, la corta limosna de las Missas perpetuas de quatro reales la limosna de cada vna. El tercero, de que la cantidad que queda en la tierra cada año, se dé a alguna ganancia dentro de la tierra. Esta calidad parece imposible, porque acabados de cobrar los mil y quinientos pesos de principal, y correspondencia, se ha de tratar luego de a quien se han de dar a corresponder el año siguiente; y si se diessen a alguno para que pagase en interin alguna cantidad, sería arriesgar la correspondencia del año siguiente, porque es dificultoso, que el que la recibiese compre generos, y tenga salida de ellos con tanta ganancia, que pague ganancias, y le quede ganancia de su trabajo, y pueda entregar el dinero a tiempo, que se le pueda dar al que lo lleva a corresponder en tiempo apto, que pueda comprar con comodidad las mercaderias, que ha de llevar, o embiar a Nueva-España, y es imposible que la Mesa se obligue a este cuidado de no tener este dinero vn instante ocioso, ni vn particular, que tuviese estos dos mil pesos propios, que no tuviera otra cosa a que acudir, pudiera tener esse cuidado, de que recibidos los mil pesos con su correspondencia, buscara luego quien los recibiera pagando ganancias, hasta llegar el tiempo de entregarios otra vez a corresponder.

280. Añentando, pues, que ambas disposiciones no se pueden executar con todas las circunstancias que dispuso el testador, se ha de ver lo que se debe hazer de dichos dos mil pesos. Cosa cierta es, que no se puede dar por nula en toda la disposición, como consta del Derecho, cap. Nos quidem. de testam. donde se refiere, que el testador avia ordenado, que se hiziese en tal lugar determinado vn Monasterio, y se determina, que si en aquel lugar no fuere posible edificarle, se edifique en otra parte. Y l. Legatum. ff. de vsu, & usufructu. se refiere de vnos reditos, que dexó vn hombre en su testamento, para que todos los años se hiziera en su memoria cierta fiesta publica, y regozijo del pueblo: *Legatum Civitati relictum est, ut ex redditibus quot annis memoria defuncti conservanda gratia spectaculum celebraretur, quod illic celebrari non licet.* Hallóse, que la fiesta, y regozijo, que mandaba hazer, era ilícita, y prohibido en aquella Ciudad, y se determina, que por ser obra pia, y memoria de difunto, no se debe dar por nulo este legado, sino convertirle en otra cosa equivalente, que ceda en memoria del testador: *Converti debet fideicommissum, ut memoria testatoris alio, & licito genere celebratur.* Y lo afirma Tiraquello. de pri-

privileg. cause pie. priu. 38. y el Cardenal Thulco. verb. Legata pia. conf. 190. y otros muchos que estos citan. De la misma fuerte es cierto, que no se puede mudar, ni commutar en otra obra pia totalmente diversa, como consta de los dos lugares del Derecho Canonico, y Ciuil ya referidos, y se determina exprestamente, cap. Quia contingit. Cl. de Relig. domib. *Cum ea, qua ad certum usum largitione sunt destinata fidelium, ad illum debeant, non ad alium (salva Sedis Apostolica auctoritate) conuerti.* Por lo qual dizen Couar. y Panorm. in cap. Tua nobis. de testam. que ningun Prelado inferior al Summo Pontifice, puede mudar, o commutar la obra pia, que dispuso el testador en otra, si la tal obra pia en alguna manera se puede cumplir; y aun el Summo Pontifice no debe mudar, ni commutar lo dispuesto por el testador, sin causa justa, y necesaria, como dize el Sacro Concilio de Trento, Sess. 22. cap. 6. de reform. donde manda a los Obispos, que quando vieren commutaciones de vltimas voluntades dispuestas por la Sede Apostolica, averiguen si las causas, y narrativa se propuso con verdad, para conseguir la commutacion de la Sede Apostolica, que sin causa justa, y necesaria no se debió hazer: y la razon lo convence, porque ninguno puede vsar de la hacienda agena contra la voluntad de su dueño. Y así aviendo el testador dispuesto de su hacienda, siendo en alguna manera posible su disposición, no es licito a Prelado alguno disponerla de otra manera: por lo qual quando la obra que dispone el testador se puede cumplir, quitando, o mudando algunas circunstancias, que la hazia imposible, se ha de cumplir, mudando, o quitando dichas circunstancias. Así consta del Derecho, cap. Nos quidem. de testam. y l. Legatum. ff. de vsu, & usufructu. donde no pudiendose executar en todo la voluntad del testador, se determina, que variando, y mudando las circunstancias, que hazian imposible, o ilícito lo dispuesto, se execute lo que el testador dispone en todo lo posible.

281. En este caso, como ya queda dicho, no se puede executar en todo la voluntad del testador, ni en lo que dispone en segundo lugar, por lo qual se deben quitar, y mudar las circunstancias, que la hazen inexecutable, y quitadas estas, se ha de bolver a tratar de la primera disposición del testador, que es tratar con el P. Prior del Convento de Santo Domingo, que se ponga a censo la dicha cantidad con fincas razonables, las mas seguras que se hallaren, y que el Convento se obligue a dezir las Missas, que dispone el

testador por la limosna dispuesta, que es por 12. pesos y medio la Missa cantada, y las 100. rezadas a siete reales la limosna: y si en algun tiempo se rebaxare el censo, o fuere a menos la renta, o por alguna causa no se pudiere cobrar, se rebaxe respectivamente de las Missas, porque no es verisimil, que el testador quisiese que su obra pia estuviese exempta, libre, y segura de todos los peligros, y contingencias a que están sujetas todas las cosas humanas; y aunque lo quisiese así, como lo indica la cláusula referida, no es executable, ni conforme a razon, que esta obra pia, o Capellania, que manda imponer en esta tierra, aya de estar exempta de todos los riesgos a que están expuestas todas las Capellanias, y obras pias desta tierra: es verdad, que se ha de presumir que quiso que se impudiese en lo que pareciese mas firme, y seguro; pero no quiso, ni pudo querer, que tuviese total seguridad, firmeza, y perpetuidad de que no son capaces las cosas humanas, y menos las desta tierra.

282. Si propuesto esto en esta forma al P. Prior, y Convento de Santo Domingo de Manila, no quisiere obligarse en la forma dicha a las Missas, se ha de recurrir a la segunda disposición, tratando con el Proveedor, y Diputados de la Mesa de la Santa Misericordia, que reciban dichos dos mil pesos en la forma que dispone el testador, mudadas dos circunstancias, que obstan a la execución. La primera, que de los quinientos pesos de correspondencia, que se ganan cada año, fáque la Mesa cincuenta, y otros cincuenta de la correspondencia perteneciente a la sobrina del testador, con que tenga la Mesa para el sustento de las niñas de su Colegio cien pesos en cada vn año, que se facere la correspondencia, y no se impidiere por algun accidente. La segunda circunstancia, que se ha de mudar, es la obligacion que quiso poner el testador de que se den a ganancia en la tierra los mil pesos desde que se cobren del que los llevó a corresponder, hasta que se ayan de entregar al que los ha de bolver a llevar, porque la execucion desto está llena de embarazos, y dificultades, y es casi imposible, y no es creible, que la Mesa de la Santa Misericordia se quiera obligar a esso.

283. La otra circunstancia, que dispone de que la limosna de las Missas se dé a razon de 4. reales cada vna, y se pide, que se suba a seis reales por ser de testamento, no se debe mudar, porque en rigor dichas Missas no son de testamento. La razon porque a las Missas de testamento está tasada mayor limosna, es para obligar a los Sacerdotes, é

Iglesias que las reciben, á dezirlas con mas brevedad, y antelacion a las demás, de que recibieron, ó tienen recibida limosna, por la necesidad, que se cree tendràn las animas, que ha poco salieron desta vida. Esta razon daba el Ilustrissimo señor D. Miguel de Poblete, siendo Arçobispo de Manila: y como es razon del mismo legislador, a quien pertenece poner el arancel, y tassá de la limosna de las Missas, es indubitable. Y esta razon no corre en estas Missas, que se dexan para siempre por perpetua memoria del difunto; y como los Sacerdotes que las han de dezir, no se obligan a otra cosa mas que a dezir la Missa, ni tienen la dificultad de la cobrança, ni obligacion al rezo por esta causa, ni a otra cosa, como en las Capellanias, ni corre por su cuenta, que se conserve el principal, ni que corra la correspondencia, sino solamente dezir las Missas quando les dieren la limosna, y todo el demás trabajo, y cuydado carga sobre el Proveedor, y Diputados de la Mesa, no ay razon para subir la limosna a seis reales, no queriendo el testador darles mas de quatro reales por cada Missa, y no faltaràn Sacerdotes, que las digan por dicha limosna, ni a la Mesa importa mucho, que se dê dicha limosna de Missas a quatro reales, ó a seis. Panormitan. in cap. Tua nobis. de testam. n. 4. dize, que pudiendose hazer licitamente todo lo que manda el testador, no se puede commutar cosa alguna, ni con autoridad del Obispo. Y aunque Couarr. en el mismo cap. n. 9. dize, que se puede commutar alguna cosa con autoridad del Obispo; pero afirma, que para esto es necesario el que aya causa gravissima, y vrgentissima: al presente no ay causa tan grave, que obligue a mudar dicha circunstancia.

284. Quanto a los dos mil pesos, que dexa el testador a su sobrina, como no ay mas de vna disposicion de que se entriegue a la Mesa, para que los dê a corresponder, y solamente se necesita para la execucion de que tenga la Mesa para su Colegio los cincuenta pesos de la correspondencia cada año, se debe parte a la dicha sobrina del testador, y viniendo en ello con assenso de su Ilustrissima, se le pueden luego sin mas dilacion entregar dichos dos mil pesos a la Mesa. Que se deba dar parte a la sobrina del testador, y que se pueda hazer, consta del Derecho, l. Legatum. ff. de vsu, & usufruct. donde para variar vn legado se determina, que de mas de la autoridad publica, es necesario intervenga tambien el assenso de los herederos: y la razon lo convence, porque los quinientos pesos, que cada año se esperan ganar en la

correspondencia de los mil pesos, que se dexan a la sobrina del testador, pertenecen a la dicha sobrina, y así aviendose de disminuir los cincuenta pesos en cada vn año, porque la Mesa tome a su cargo este trabajo, y cuydado, se le debe dar aviso, como a la parte interesada, para que sepa, como para la execucion de dicha clausula es necesario, que cedan en utilidad de la obra pia de la Mesa los cincuenta pesos, y viniendo en ello, no ay dificultad de que se puede disponer así.

## PARROCOS, y Ministros de Doctrina.

### CONSULTA LXIX.

#### PROPOSTA.

SI vn Ministro de Doctrina, que haze que los Indios hagan alguna cosa superflua en la casa, ó Iglesia, estará obligado a restitucion? La razon de dudar que tengo es, que los Indios no parece que están obligados a hazer mas de lo que fuere suficiente para la viuienda del padre, è Iglesia suya.

#### PARECER CC.XXVIII.

385. A La consulta se responde, que es verdad que los Indios no están obligados a mas, que a lo suficiente para la viuienda del Padre, y para su Iglesia; pero qual sea lo suficiente en estas cosas, no es facil de averiguar, porque para Iglesia no es suficiente vn lugar donde quepa la gente, sino que pide vn genero de decencia, y esplendor, q̄ cause veneracion. Por lo qual ponderando el Profeta la gala, y adorno de las hijas de hombres ricos, dize: *Filia eorum composita circumornata, ut similitudo Templi.* Psalm. 143. donde claramente dà a entender, que el Templo naturalmente pide mucho adorno, y decencia. En quanto a las casas de nuestra viuienda siempre será mas seguro tener mucha moderacion, porque nuestras Ordenaciones generales dizen, que sean a la forma, y modo *pauperum domus*, y que hui-gamos las curiosidades *que paupertatem nostram deformant*. Y hazer cosas no necesarias en nuestras casas a costa, y trabajo de los Indios, no lo tengo por cosa segura en conciencia. Juzgo, que ningun Ministro obligará a hazer a los Indios en nuestras casas, è Iglesias cosa que le parezca superflua, y la

dise-

diferencia está solamente en que lo que vnos juzgan por superfluo, a otros parece necesario, ó conveniente.

### CONSULTA LXX.

Sobre si los Curas, y Ministros de Doctrina puedan castigar con azotes a los Indios, y Sangleyes, que dexan de oír Missa?

#### PROPOSTA.

HAnme dicho, que no puedo castigar el delito de oír Missa, sin hazer causa primero, y segun derecho castigar. Y fue, que el Domingo pasado di a tres Sangleyes (no como Juez, sino como Ministro) vna buelta de azotes a cada vno, por no ayer oido Missa, y di dichos azotes en mi casa con todo secreto, sin que huviesse publicidad alguna. Suplico a V.P. me diga lo que debo hazer en lo referido.

#### PARECER CC.XXIX.

286. Q Vanto a los Sangleyes azotados por no aver oido Missa, digo, que vn castigo moderado puede dar el Cura como Padre, sin hazer causa alguna. Por lo qual sin escrupulo alguno se les puede dar a los Indios Timabas vna buelta de azotes, porque de esto entre los Indios no se le sigue afrenta, ni el dolor es demasiado. Del Sangley han reparado algunos, que tiene mas reputacion, que los Indios. Timabas, y que sería afrenta notable para con los de su nacion, si les diesse vna buelta de azotes. Pareceme, que si el Sangley es de los pobres cargadores, que no tienen mucho pundonor, y se les dá en casa del Cura con secreto, es castigo moderado, que no excede al que puede dar vn padre a su hijo, y así lo podrá dar el Cura sin fulminar causa.

### CONSULTA LXXI.

Sobre si los Ministros de Doctrina puedan castigar a los Indios de sus ministerios, imponiendoles penas pecuniarias, ó quasi pecuniarias?

#### PROPOSTA.

LOS dias passados vinieron a pescar a los parages deste pueblo de A (donde la gente deste pueblo tiene sus corrales, y los pescadores que traen pescado a esta casa) vnos tres, ó quatro hombres del pueblo de B, los

quales segun el informe que hizieron los pescadores deste pueblo, que se vinieron a quejar a mi, dizen, que azotaban el mar de manera, que fuesse el pescado a los corrales de los de B, y no a los del pueblo, y llegó dia en q̄ no cogieron los pescadores desta casa ningun pescado, sino que para traernos pescado para aquel dia, lo huvieron de buscar por otros corrales. Viendo yo la insolencia tan grande, y no menor atrevimiento, mandé al Teniente deste pueblo, que les quitasse todo el pescado, y lo repartiessse a la gente del pueblo, como lo hizo. La cantidad, que repartió, entiendo fueron tres tinajas llenas de pescado salpreso, y otro poco de pescado fresco, que sería media tinaja. Estando repartiendo me dixeran dichos hombres del pueblo de B, como lo más de aquel pescado lo avian pescado en otras bocanas de rios algo lexos de la jurisdiccion deste pueblo; pero yo algo colerico, por la queja que me avian dado los pescadores deste pueblo, no les di credito, y dixele quitassen todo el pescado, y que solo las tinajas les bolviessen, como lo hizieron. Sucedido esto, me començo a remorder la conciencia, si acaso avia excedido en la pena de aver mandado les quitassen todo el pescado, sin dexarles con alguno, ó si con tan poca averiguacion (como fue no más de la queja destes pescadores del pueblo) excedi, mandandoles, que se lo quitassen todo, pudiendo ser verdad lo que alegaban los pescadores de el pueblo de B, que avian cogido mucho de ello en otras bocanas de rios. Suplico a V. R. me haga merced de sacarme deste escrupulo, y dezirme lo que debo de hazer, si restituir algo, ó no, en orden a la materia, y con el modo que mas conveniente a V. R. le pareciere. La gente es como tengo dicho del pueblo de B, y al presente no sabré quienes son, y si están en su pueblo.

#### PARECER CC.XXX.

287. R Espondese, que ay obligacion de restituirles a los Indios de B, el pescado, que se repartió entre los de este pueblo, por cinco razones. La primera, porque dado caso, que en este pueblo huvieran cogido todo aquel pescado, no lo avian quitado a nadie, porque lo avian cogido de la mar, donde el pescado estava libre, sin pertenecer a ningun Indio del pueblo, ni al comun, y así los Indios de B, no estavam obligados a restituir aquel pescado, porque era suyo de ellos, y consiguientemente quien se lo hizo quitar, les despojó de lo que era suyo, y les debe restituir.



288. La segunda, aunque los vezinos de vn pueblo tienen derecho para que otros de diferentes pueblos no pesquen en sus rios, ni cazen en sus montes, especialmente quando la pesca, y caza es tan poca, que cazando, ó pescando los estraños, reciben detrimento los vezinos del mismo pueblo, por el mucho trabajo con menos fruto, que les cuesta la caza, y pesca, talados los rios, y montes por los estraños; con todo esto los estraños, que allí pescan, ó cazan, no están obligados a restituir lo que cazaron, ó pescaron, porque ninguno tenia dominio de dicha caza, y pesca, y así los que la cazaron, y pescaron adquirieron el dominio. Lo mas que podian hazer los Indios de A, era no dexarles pescar, echandolos de allí, ó poner demanda ante Juez legitimo, para que los penasse.

289. La tercera, porque este daño no hizieron los Indios de B, con intencion de dañar, solamente procuraban su provecho, y pescar con todo cuydado, y diligencia, y no tuvieron obligacion de atender a que con esto se impide que pesquen los de A, porque podian dezir, que los Indios de A, pesquen tambien con diligencia, y cuydado, y pescarán tanto como los de B, y mas por la ventaja del conocimiento de los parages. Y es comun sentir de los Doctores, que el que haze alguna cosa con buen fin, sin intencion torcida de hazer mal a otro, sino pretendiendo su provecho, solamente no siendo la accion de su naturaleza damnificativa, no está obligado a restituir, aunque se siga de su accion daño a otra persona. Por esta razon no tenían los Indios de B, obligacion de restituir a los de A, el daño, que recibian en no coger pescado; y consiguientemente fue contra justicia quitarles el pescado, para restituir a los de A, lo que no se les debia.

290. La quarta, porque para quitar a otros lo que tienen adquirido, era necesario, que constase clarissimamente, que lo debian, y que avian hecho daño considerable real, y verdaderamente, y así no constó con claridad, que los Indios de B, avian hecho daño a los de A, los quales quizá otras muchas vezes no traen pescado, aunque los de B, no pesquen por floxedad de los, la qual aumentaría con la escusa, que tenían con la pesca de los Indios de B.

291. La quinta, porque aunque tuviesen culpa por las exorbitantes diligencias en pescar, ó cazar, no se dexassen llevar tanto de su floxedad, que se conociese, y averiguasse claramente el daño, que recibian los de A, en hazerles difícil la pesca, por estar el pesca-

do muy perseguido, y hostigado; en tal caso quando mucho debiera pagar la pena, que les impusiese el Juez legitimo por la culpa. Y antes de la sentencia del Juez no están obligados a pagar cosa alguna, porque esto no es restitucion de cosa hurtada, sino pena de culpa, que se les imputa, y el Sacerdote, que haze oficio de Cura en el pueblo no tiene jurisdiccion para imponer penas pecuniaras por culpas, porque no es Juez, sino solamente puede, quando consta con toda certeza, y claridad, que vn Indio tiene alguna cosa usurpada, ó hurtada, que es de otro, hazerla restituir, y que se dé a su legitimo señor, que esto es oficio de Padre, y director de las conciencias, proprio de los q hazen oficio de Cura, quando sin estrepito judicial se puede componer no se hagan agravios, y que cada vno tenga lo que es suyo, y se le vuelva lo suyo a su dueño. Pero imponer penas de perdimiento del pescado, es cosa perteneciente al oficio del Juez, y así no la puede hazer el Sacerdote, que solamente tiene oficio de Cura. Y juzgo, que ninguno le pondria esta pena de perdimiento del pescado que tenían cogido, sino quando mucho le mandaria alejar de allí adelante, y no pescar cerca de los corrales del pueblo; con pena de perdimiento del pescado que cogiesen, si bolviesen a pescar cerca del pueblo. Finalmente no aviendoseles amonestado, ni mandado antecedentemente, que dexassen aquella pesca en aquellos lugares, no hallo causa por la qual les debiera penar el Juez, y así juzgo, que ay obligacion a restituirles su pescado.

292. Para hazer la restitucion se ha de preguntar al Teniente quienes eran los pescadores de B, ó alguno de ellos, que no dexará de conocer a alguno, ó si a ninguno, con quien lo pregunte a los de este pueblo; con quienes los del pueblo de B, comunicaban, y quanto suelen valer en esse pueblo las tres tinajas de pescado salpreso, y la media de fresco? que yo haré aqui la restitucion, aplicando a esso alguna limosna.

## CONSULTA LXXII.

*Sobre si el Ministro de Doctrina pueda dexar de confesar a los Indios, que no pagan tributo, usurpandolo a sus encomenderos?*

**PROPOSITA**  
VN Ministro de Doctrina me pidió le diga, que debe hazer en vn caso, que se le ha ofrecido, y ofrece cada año, y es, si

podia dexar de confesar a sus feligreses, que no avian pagado, ó no pagaban tributo, usurpandolo, y si podrá no confesarlos hasta tanto que le paguen, por razon de que aunque los confesaba, y no pagaban el tributo, no le passaban en data al dicho Ministro para sus estipendios? Estimare que V. P. aconseje a este pobre lo que debe hazer, porque ninguno con mas experiencia, ciencia, y practica lo podrá hazer, que V. P.

## PARECER CC.XXXI.

293. EN el caso propuesto mas quisiera oír la resolucion de v.m.d. que dezir la mia, aunque no me ha de costar trabajo el darla, porque ha pocos dias, que respondí a otro caso muy semejante al propuesto. Responde, que la comun opinion de los Doctores, es, que ay obligacion en conciencia de pagar el tributo, quando es moderado, y justo, y el que lo defrauda, tiene obligacion a restituirlo: y tengo esto por verdad cierta, porque el Principe está obligado a mirar por la Republica, y administrar a todos justicia, para que todos viuan en paz, y quietud, y a ninguno le hagan agravio, ni quiten lo que es suyo, y a esta obligacion precisa en el Principe es forzoso, que ha de corresponder otra en los subditos en orden al Principe. Esta es la obligacion de pagarle el tributo justo con que el Principe conserva la decencia de su estado, y la autoridad, y grandeza de su puesto, y dignidad. Ambas obligaciones de los Principes, y subditos explicó el Apost. ad Rom. 13. *Ideo enim, & tributa prestatis, ministri enim Dei sunt, in hoc ipsum seruientes, reddite ergo omnibus debita, cui tributum, tributum, cui vectigal, vectigal.* Bien claro dize, que el tributo es deuda, que ay obligacion de pagarla, por lo qual nunca me ha parecido segura la opinion de Angelo, verb. *Pedagium*, n. 6. y de Nauarr. in *Man. cap. 17. n. 200.* y *cap. 23. n. 54.* á quienes siguen algunos Modernos, que dizen, que no ay obligacion en conciencia a pagar los tributos, y que siempre, que sin restitencia, ni escandalo los dexan de pagar, no tienen obligacion a restituir, al modo de las leyes penales, que no ay obligacion de pagar la pena, si no es quando el Juez compéle a pagarla. Pero la razon de arriba, y autoridad de la Sagrada Escritura me convencen a afirmar, que ay obligacion en conciencia de pagarle, quando el tributo es justo; porque quando es excesivo, todos los Doctores asientan en que no se debe en conciencia. De la misma fuerte, que si vno, que por vn contrato está

obligado a pagar cinco reales, y le obligassen a pagar diez, no haria contra conciencia, si buenamente pudiera ocultarse, y no los pagara. El tributo que pagan los Indios, es muy moderado, puesto con mucha justificacion, y atencion a su pobreza: por lo qual si al tributo no se añadieran otras cargas, tuvieran por acertado, que se les obligara en el fuero de la conciencia a restituirlo a los que lo huviesen dexado de pagar, y no se les absolviese hasta que lo restituyessen, si tuvieran de que, como se haze con los que se llegan a confesar, que tienen otras deudas. Pero considerando, que les van echando cada dia tantas cargas de bandalas, y servicios personales, sin pagarles igualmente (que por echarseles por la potestad pública son exacciones a modo de tributos) juzgo, que mientras estas bandalas, y servicios personales no se moderaren mucho, no se le ha de obligar a los Indios en el fuero de la conciencia a que paguen el tributo, que han dexado de pagar, porque entre tantas exacciones, que todas juntas no son justificadas, tienen derecho a evadirse de las que buenamente sin escandalo pudieren. Y esta doctrina se haze mas verdadera, si se considera, que estas bandalas de sacas de arroz, que se echan a los Indios a titulo del sustento de la Infanteria, no son muy antiguas, porque en tiempo del señor D. Diego Faxardo, que gobernaba estas. Indias el año de 1650. aviendo falta de arroz para la Infanteria, lo embió a comprar a como valia en cada pueblo con la paga del dinero de presente, y con orden, que no se le pidiese a los Indios mas de aquello, que no huviesen menester para su sustento, y siembra, sino lo que avian de vender a otros, lo vendiesen al Rey al precio, que lo avian de vender a otros. Los servicios personales, que llaman tanorias, y otras ocupaciones no necesarias al bien comun, se han aumentado mucho de pocos años a esta parte, aunque algunos Alcaldes mayores, mas atentos a no enfuziar sus conciencias los suelen aliviar. Y es sentencia de muchos, y graves Doctores, que las impositions, y exacciones nuevas, que se hazen a los subditos por la potestad pública, se presumen no justificadas, si no consta con claridad de su causa, y justificacion, y no obligan en conciencia. Así lo afirman Villalob. to. 2. tract. 8. diff. 13. Molina de iust. tract. 2. disp. 274. n. 7. Fr. Juan de la Cruz, in Direct. p. 1. q. 7. art. 3. dub. 1. y otros muchos citados por estos.

294. A la razon de dudar, que se añade, se responde, que aunque al Sacerdote que administra los Santos Sacramentos, y Doc-

trina a los Indios se le paga estipendio mayor, ó menor, conforme el numero de los que pagan tributo en aquella Doctrina, no por esto se ha de entender, que si vn Indio no paga tributo, no está el Ministro obligado a confesarlo, ni el Indio, porque le confiesa, y administra los Sacramentos, y Doctrina, si dexa de pagar tributo, comete pecado de injusticia en orden al Ministro, de modo, que esté por esta razón obligado a restituir; porque si fuera así, a los Indios, que están por justo título reservados, no debería administrar, y si les administrasse, estarían ellos, ó quien los reservó obligados a pagar al Ministro, especialmente si la causa porque los reservaron no fue por aver hecho alguna cosa en favor, ó utilidad del Ministro, ó de su Iglesia. Para mayor claridad desta doctrina se advierte, que entre los Indios, y el Sacerdote, que los administra, no ay contrato alguno, ni obligacion contrahida de pagar tributo ellos, y administrar el Sacerdote: de tal suerte, que el numero de los administrados no exceda al numero de los que pagan tributo. La obligacion natural es de dar al Ministro congruo sustento, como consta del Sagrado Texto. Math. 10. *Dignus enim est, operarius cibo suo.* Y lo prueba el Apost. 1. Timoth. 5. *Qui bene praesunt presbyteri duplici honore digni habeantur, maxime, qui laborant in verbo, & doctrina dicunt enim Scriptura, non alligabis os boni trituranti, & dignus est operarius mercede sua.* Esta obligacion la contrae el Rey, ó el encomendero, y para no dexar dudoso, y en la voluntad de cada encomendero quanto ha de dar para el sustento del Ministro, está determinado por la potestad publica, que de 500. tributos entregue al Ministro 100. pesos, y 100. fanegas de arroz, y vna arroba de vino de Castilla para las Míssas; y donde huviere mas, ó menos tributos, se aumente, ó disminuya el estipendio respectivamente; y esta determinacion habla de los tributos que se cobran, y así está entendida, y recibida generalmente, no de las personas, que son administradas en el pueblo: por lo qual si en vna casa, y familia ay diez, ó doze personas capaces de Sacramentos, y Doctrina, que no pagan tributo, ó por muchachos, ó por viejos, ó impedidos, no se aumenta por ellos el estipendio del Ministro, porque la cantidad respectiva, que se faca de los que de hecho pagan tributo está reputada por congrua sustentacion del Ministro, que administra a todos los del pueblo, paguen, ó no paguen tributo, y no tengo por cosa decente, que el Ministro Eclesiastico cuyde de que paguen tributo todos los Indios, para que no se le disminuya su estipendio.

## CONSULTA LXXIII.

*Sobre si el Ministro de Doctrina puede cobrar los tributos, que se ocultaron al encomendero, para aplicarlos a la fabrica de la Iglesia?*

## PROPUESTA.

**A**lgunos Indios, que de nuevo avian de empezar a pagar tributo en el pueblo, ó por ser recién venidos de otra parte, ó por aver entrado entonces en la edad competente, como no son conocidos, no los buscan, y se quedan sin pagar tributo. Dudase si el Ministro de Doctrina en sabiendo esto de algunos, les puede obligar que lo paguen, aplicándolo a la Iglesia para su fabrica, pues cede esto en bien del encomendero, y en cumplimiento de su obligacion, pues debe cuidar de que los Indios sus encomenderos tengan Iglesia, y Doctrina?

## PARECER CC.XXXII.

295. **R**espondo, que juzgo, que lo seguro es no cobrarles tributo a estos bagos, en lo qual no puede aver escrupulo; porque aunque el tributo que se pide a los Indios es muy moderado, y justo, y les obliga en conciencia a pagarlo, pero echanle tantas cargas, y obligaciones sobre el tributo, como son bandalas, Cortes, y servicios personales, que todo junto es intolerable, por lo qual les es licito escusarse de pagarlo siempre que buenamente pudiere: y consiguientemente no peca quien a estos nuevos no les compèle este año, que por ventura fuya no fueron hallados a tiempo, y poniendose el Ministro de Doctrina a cobrarles despues del tiempo de la cobrança, aviendose ya ellos escapado, se expone a peligro de hazerles injusticia, y esta cobrança de tributos sería odiosissima a los Indios, y al encomendero, que no llevará bien que a su costa furtivamente se ayude a su Iglesia.



CON.

## CONSULTA LXXIV.

*Sobre si el Ministro de Doctrina de un pueblo pequeño, a quien dan un estipendio muy corto, que apenas basta para su comer, y vestir, se puede aprovechar de otra cosa del Rey, ó de los Indios para cumplimiento de su congrua sustentacion, y vestuario?*

## PROPUESTA.

**E**N tiempo del gobierno de D. Sebastian de Corcuera se daban cien pesos, y arroz, y vino de Castilla para Míssas a cada Ministro de los que administran a los Indios, aunque el pueblo donde administraba fuese muy pequeño. Por Cedula de su Magestad despues se ha alterado esto, y al Ministro Evangelico, que cuyda de vn pueblo pequeño (como si por esto no huviera de comer, y vestirse, ni dezir Míssa cada dia) le dan vn estipendio mucho menor. Preguntase si podrá el Ministro valerle, ó aprovecharse de otra cosa del Rey, ó de los Indios para cumplimiento de su sustento?

## PARECER CC.XXXIV.

296. **R**espondese a la consulta, que en tiempos de D. Sebastian Hurtado de Corcuera se daban cien pesos, y cien cabanes de arroz, y vna arroba de vino de Castilla a cada Ministro Evangelico, que administraba vn pueblo de Indios, aunque fuese muy pequeño de muy pocos tributos, y esto dizen, que estava mandado por Cedula de su Magestad. Hallaronse en esto algunos inconvenientes, y no era el menor, que algunos encomenderos de pueblos pequeños no sacaban de su encomienda para pagar al Ministro. Huvo algunas mudanças acerca del modo como se avia de ajustar el estipendio a los Sacerdotes, que administran los Sacramentos a los Indios, y prevaleció el que se fiesen cien pesos, y cien cabanes de arroz al que administrasse Doctrina entera, que son quinientos tributos; y al que administrasse mas, o menos, se le añadiese, ó quitasse, rareando a razon de cien pesos, y cien cabanes de arroz por la Doctrina entera. Este modo pareció a los mas de la junta (que para esto dizen, que se hizo en Manila) mas ajustado, porque se dà el estipendio al Ministro conforme al trabajo: desta determinacion dizen, que se dió cuenta a su Magestad, y al Consejo, y que se confirmó. Esto no lo escrivo porque juzgué por mejor esta disposicion,

que siempre juzgaré por conveniente, que al Ministro del pueblo mas desdichado se le diese entera sustentacion, aunque fuese moderada, porque no se viesse obligado a buscarla con modos estraños a su estado: y podia ser, que sabiendo los Beneficiados, que no se le ha de multiplicar tanto el estipendio por multiplicarse los feligreses, no apeteciera vno tener seis pueblos, sin poderlos administrar, muriendoseles cada dia los feligreses sin Sacramentos, sin serles posible otra cosa. Helo escrito para probar, que ya no ay Cedula de su Magestad, que mande dar al Ministro cien pesos, ni ay otra ley humana, ni Diuina, ni natural, que esto mande, solamente ay ley humana, y Diuina, y natural, que se dà al Ministro lo necesario para su sustento, y verificandose, que se le dà lo necesario, no tiene titulo para pedir, ni tomar otra cosa. Y advierte Silvestro in Summ. verb. Decimæ. que al Parroco de vn pueblo pobre, no se le debe sustentacion tan pingue, como al de vn pueblo rico, y consiguientemente siente, que no es inconveniente, que vn Parroco de vn pueblo pobre, y pequeño pascie necesidades, y pobreza. Y así en vn pueblo pequeño basta a vn Ministro vna muy moderada sustentacion, como la tiene vn Español pobre, que por esto tiene menos trabajo, y se conforma a sus ovejas Juzgo, que en Cagayan en qualquiera pueblo tiene el Ministro lo necesario de arroz, y pescado, y otras cosas necesarias, por lo qual no podrá tomar otra cosa de los Indios, ni del Rey. Y si acaso en algun pueblo es tan corto el estipendio, que no basta para el sustento moderado, y necesario del Ministro, podrá llevar el pescado de valde, y entiendo que ay costumbre de esto en algunos pueblos, y quizá se fundó la costumbre desta Theologia.

## CONSULTA LXXV.

*Sobre quanto pueda llevar el Ministro de Doctrina de limosna por las Míssas de los Indios, que mueren sin hazer testamento?*

## PROPUESTA.

**M**Vere vn Indio sin hazer testamento, y traenle al Sacerdote, que administra los Santos Sacramentos, y Doctrina en aquel pueblo vna cantidad de dinero, como ocho, ó diez pesos por su alma, y se ha dudado, si se le han de aplicar las Míssas a seis reales la limosna de cada Míssa, ó a quatro? Por ambas partes se ofrece razon de dudar.

Por

Por la vna parte de que se han de aplicar quatro reales por cada Missa, es la razon, porque el arancel de todas estas Islas es, que las Missas de testamento se aplican a seis reales la limosna, y las demás a quatro, y estas Missas no son de testamento, y así quedan debaxo de la disposicion ordinaria de quatro reales la limosna, y será contra justicia pedir, o llevar mas, pues esta es la tasa recibida en todas estas Islas. Por la otra parte de que se ayan de aplicar seis reales de la limosna de cada Missa, insta la razon, porque si al Indio, que por ser cuidadoso de su alma hizo testamento, se le huvieran de llevar seis reales de limosna de cada Missa, y al descuydado, que no hizo testamento, se le huvieran de llevar quatro reales de cada Missa, se seguiria, que al cuidadoso, que dexò en su testamento nueve pesos, se le huvieran de dezir doze Missas solamente, y al descuydado, que no hizo testamento, si dàn para bien de su alma otros nueve pesos al Sacerdote, le diràn diez y ocho Missas; y consiguientemente a estos su descuydo les sería provechoso, y a aquellos su cuydado dañoso, y serian de peor condicion los diligentes, que los descuydados, lo qual es contra razon natural, y contra Derecho, l. Pupillus. ff. quæ in fraudem: *Si vigilanti, meam conditionem meliorem feci, quia ius Civile vigilantibus scriptum est.*

Para salir desta duda se pregunta, si con segura conciencia se pueden llevar seis reales de limosna por cada Missa de las que se aplican a los Indios, que murieron sin testar, como se llevan por las Missas de testamento? o si solamente se pueden llevar quatro reales por cada Missa, por no ser Missas de testamento?

## PARECER CC.XXXV.

297. **R**esponde, que es licito llevar seis reales por cada Missa en el caso propuesto, por tres razones. La primera, porque quando el arancel hecho, y dispuesto por los Prelados, señala mas crecida limosna por las Missas de testamento, que por las otras Missas ordinarias, no atendió para dicho exceso en la limosna a q̄ las Missas estuviesse escritas en el testamento, porque el estar escritas, o mandadas dezir en el testamento, no haze mayor el trabajo del Sacerdote que las dize, ni le haze merecedor de mayor estipendio; lo que atendió, y la causa porque se aumentò el estipendio en estas Islas, es, porque los que salen desta vida, y ya no han menester los bienes deste mundo, es conforme a razon, que den a la Iglesia, y a sus Ministros al-

guna mayor limosna por los suffragios que se les hazen. Y esta determinacion de mayor limosna por las Missas de testamento, no se estableció en detrimento del alma del difunto, para que se le dicesen menos Missas, sino en favor del alma, contra los herederos; porque si el difunto mandò en su testamento, que se le dicesen doze Missas, no cumplen los herederos, o Albaceas dando seis pesos de limosna, sino deben dar nueve pesos, y esta mayor limosna le aprouecha mas alma: de suerte, que el fin desta disposicion es, que la Iglesia, y sus Ministros gozen esta limosna mas, del que ya se despide de los bienes desta vida, y para que el alma del difunto goze este mayor bien espiritual por la mayor limosna de las Missas, aunque algunas vezes acontesca seguirse della, que se hagan por el difunto menos suffragios, que es quando el difunto en su testamento, o sus herederos, o Albaceas no disponen el numero de las Missas, sino solamente dan el dinero, que ha de ser en bien del alma. Pero las leyes, y disposiciones generales no atienden, ni miran a estos accidentes, que rara vez acontecen, sino a lo general, y ordinario que sucede, que es determinar el testador, o Albaceas, o herederos el numero de las Missas. Y esta razon igualmente procede, quando el difunto dexò testamento hecho, y quando no lo hizo; y así quando por causa de la muerte de alguno, para la disposicion de sus cosas se mandan dezir Missas, se ha de dar la limosna a seis reales, aya, o no aya testamento, porque aquellas Missas debian ser de testamento, y corre en ellas la misma razon, que en las Missas de testamento, para que se lleve dicha limosna; porque donde corre la misma razon de la ley, tiene lugar la misma ley, como dize Silvest. verb. Lex. n. 17. y otros muchos Autores, que alli cita, y la razon de la ley es el alma, y la mente de la ley, por lo qual mas se debe atender a la razon de la ley, que a las palabras materiales de la ley.

298. La segunda razon es, porque en las Missas de testamento se paga la limosna a seis reales para mover con el exceso de la limosna a los que la reciben, para que las digan, y cumplan con prelación a otras obligaciones, porque esta voluntad se presume en todos los que mueren, que quieren ser aliviados con brevedad, y sin dilacion de las penas del Purgatorio, y esta misma voluntad se presume en los herederos, y Albaceas, y por esta causa se mandò en el arancel, que han hecho los Obispos, que en las Missas de testamento se pague la limosna a seis reales, y así se lo oí dezir al Ilustrissimo señor D. Miguel

de Poblere, Arçobispo dignissimo que fue de Manila, el qual tratando conmigo de vna materia semejante en algo a la que aqui se pregunta, me dixo, que la razon de ponerse en el arancel las Missas de testamento a seis reales, era para mover a los Sacerdotes, y obligarles a dezirlas con antelacion, para q̄ el que sale desta vida, y dexa su dinero a los Ministros de la Iglesia, lleve este alivio, y consuelo con presteza, y diligencia, y sin notable dilacion. Desta razon he hecho siempre mucho caso, porque es del mismo legislador, es del Arçobispo, a quien pertenece tasar la limosna de las Missas, y considerar las razones, que ay para poner mas limosna en vnas, que en otras; y como solo el legislador es quien puede interpretar sus leyes autoritativamente, como consta del Derecho, l. Leges. C. de legib. *Eius est interpretari leges, cuius est condere.* Y l. fin. del mismo tit. dize, que la interpretacion, que dà el Emperador a sus leyes, se ha de tener por cierta, è indubitable, y dà la razon: *Quia si leges condere soli Imperatori concessum est, etiam leges interpretari solo dignum Imperio esse oportet.* Y en el Derecho Canonico, cap. Inter alia. de sentent. excom. dize: *Vi unde ius prodit, interpretatio quoque procedat.* La disposicion, y arancel de la limosna, que se ha de llevar por las Missas, dimana de los Obispos en cada Obispado, no en quanto el Obispo es tal persona, sino en quanto tiene la potestad Episcopal, y la ley, y disposicion siempre pende de aquel que tiene dicha potestad, y consiguientemente la puede interpretar, y declarar, y dar la razon de la ley; y así esta interpretacion se debe tener por verdadera, y firme, la qual corre igualmente en todas las Missas, que se mandan dezir por causa de la muerte de alguno, como por funeral, aya hecho testamento, o no lo aya hecho.

299. La tercera razon es la costumbre, que es la mejor interprete de las leyes, como consta de ambos Derechos, cap. Cum dilectus. de consuet. *Consuetudo est optima legum interpret.* Y l. Si de interpretatio. ff. de legib. *Inspiciendum est quo iure Civitas retro in eiusmodi casibus usa fuit. Optima enim est legum interpret. consuetudo.* He visto en Manila por cosa llana en que no se pone duda, que quando mueren algunos sin testar, o por muerte repentina, o por ser hijos de familia, las Missas que se les dizen por funeral se pagan a seis reales la limosna; y aun quando algun esclavo muere, obligan al amo a dar limosna de tres Missas por el alma del esclavo, a seis reales la limosna de cada vna. Y así juzgo, que en esta Prouincia se puede licitamente llevar

limosna de seis reales por cada Missa de las q̄ se mandan dezir, como funeral, aunque no ayan hecho testamento, porque ni en esta Prouincia ay diferente costumbre generalmente introducida, ni se puede presumir que huviesse otras razones para ordenar, que por las Missas de testamento se pague la limosna a seis reales, porque siendo la misma disposicion en todos los Obispos destas Islas, quanto a las limosnas de las Missas, se ha de presumir, que hubo la misma razon, no constando con certeza, que en este Obispado, y Prouincia se moviesse por distinta razon. Asegurate esto mas con vn texto elegante del Derecho, cap. Super eo. de cogn. spiri. t. donde se ignoraba qual fuessè la costumbre de vna Iglesia sufraganea, y respondiò la Santidad de Alexandro III. que se viesse qual era la costumbre de la Iglesia Metropolitana, o de las otras Iglesias circunvezinas, y segun la tal costumbre se procediesse, y obrasse en aquella Iglesia: *De his te volumus consuetudinem Ecclesie Metropolitanae, vel aliarum circumpositarum inquirere, è diligenter imitari.* La costumbre desta Iglesia Metropolitana es, que la limosna de las Missas de funeral (aunque no se manden dezir por testamento) sea a seis reales; y la razon porque se aumenta la limosna en las Missas de testamento, así en Manila, como en las demás Prouincias de Filipinas, no es, ni puede ser porque están escritas en el testamento; sino porque son Missas de funeral: por lo qual con segura conciencia pueden aplicarse a seis reales por cada Missa, así en esta Prouincia, como en todas las de Filipinas, quando dan alguna cantidad de dinero por aver muerto algun Indio, sin pedir determinadamente tantas Missas, ni señalar limosna determinada para cada Missa.

## CONSULTA LXXVI.

Sobre si los Ministros de Doctrina del Reyno de China esten obligados a sustentar con el socorro que les embia su Prouincia, a los niños que echan por las calles?

## PROPUESTA.

**S**velen los Chinos pobres echar los hijos recién nacidos, por ser muchos, y no tener a vezes con que sustentarlos; y así echados los niños se fuelen morir muchos, y tal vez ay alguno, que les coge, y los cria. Pregunto, pues, si estará obligado el Ministro a gastar todo el socorro, que le embia la Prouincia en criar dichos niños? Porque aunque es extrema su necesidad, mas de la vida,



vida, y conservación del Ministro depende la salud espiritual de otras muchas almas, mas que las de los niños: y dado que no aya obligación de gastarlo todo, se pregunta si apartando lo simpliciter necesario para el sustento de aquel año, estará obligado a gastar lo restante, aunque sea cantidad graue en dicha crianza de los niños? porque es contingente, que el año siguiente, y aun años como aora ha sucedido, no aya camino para embiar socorro de Manila: y tambien que si los Ministros huvieran de gastar el socorro en la necesidad dicha, no sabemos como lo llevara la Prouincia, pues dirá no tiene para tanto, &c. El pedir limosna los Ministros en China, ya se vé las dificultades que trae consigo, ser los Christianos ordinariamente pobres, pedir a infieles, que tienen por cosa afrentosa el pedir limosna, ó despreciarán al Ministro, ó dirán, que vá a China solo por no tener que comer en su tierra. Preguntase si ay alguna obligación?

## PARECER CC.XXXVI.

300. **R**esponde, que está obligado a remediar la necesidad extrema de aquellos niños, aunque gaste en ellos todo lo que le embia la Prouincia. La razon es, porque tenemos obligación a remediar la necesidad extrema del proximo, aunque sea con qualquiera trabajo, è incommodidad nuestra, y aun si fuere necesario tomar lo ageno para remediarla, ay obligación, como dize S Thom. 2. 2. q. 32. art. 5. donde dize, que obliga debaxo de precepto todo aquello, que es necesario para verificar que tenemos amor al proximo: *Cum dilectio proximi sit in precepto, necesse est, omnia illa cadere sub precepto, sine quibus dilectio proximi non conservatur.* Y art. 8. ad 1. dize del Religioso, que le es licito hurtar para dar limosna en caso de extrema necesidad: *In articulo extrema necessitatis licitum esset ei furari, ut elemosinam daret.* Vease tambien en la quest. 62. art. 5. ad 4. y q. 66. art. 7. ad 2. y q. 101. art. 4. y alli Cayetano, que explica como la obligación de socorrer al proximo en extrema necesidad precede a todas las demás obligaciones. *Preceptum iuris natura, & Divini in extrema necessitate praeminent omni voto, & vinculo.* Dexar morir a aquellos niños, pudiendolos socorrer, es faltar al precepto primero, y mas connatural de la segunda tabla, en que se encierran, y al que se ordenan todos los demás preceptos de Derecho natural, como consta del cap. 22. de S. Math. donde refiere los dos preceptos del amor de

Dios, y del proximo, y dize: *In his duobus mandatis uniuersa lex pendet, & Propheta.* No es posible que tenga amor a Dios, y al proximo el que dexare morir aquellos niños de hambre, como dize expressamente la Sagrada Escritura. 1. Ioann. 3. *Qui habuerit substantiam huius mundi, & uiderit proximum suum necessitatem habere, & clauscrit viscera sua ab eo, quomodo charitas Dei manet in eo?* Por lo menos se ha de entender esto de la necesidad extrema, y no puede aver necesidad mas extrema, que la propuesta, donde se vé eminentemente morir a vnos niños incapaces de poder buscar su remedio, y arrojados sin el de sus propios padres. A todos los inconvenientes, y temores, que se proponen, respondo, que esse temor no se compadece con la caridad. 1. Ioann. 4. *Timor non est in charitate.* Porque la caridad paciente, y benigna sufre, y tolera todas aquellas dificultades, inconvenientes, è incommodidades, para suplir vna necesidad tan extrema, y cree en Dios, y espera que su Diuina Magestad le dará posible para esto. Todo esto lo dize el Apóst. 1. Cor. 13. *Charitas patiens est, benigna est, omnia suffert, omnia credit, omnia sperat, omnia sustinet.* Y mas en particular se responde a cada vno de dichos inconvenientes. Al primero de que la Prouincia, y los Prelados no llevarán bien, que se gaste en esta necesidad lo que embia para el sustento de los Religiosos, respondo lo primero, que la Prouincia, y Prelados no son en esto *rationabiliter inuitos*, porque deben querer que se gaste en remediar las necesidades, que constare evidentemente ser extremas, como la propuesta. La segunda, que en necesidad extrema del proximo, es licito hurtar para remediarla, como dize S. Thom. 2. 2. q. 32. art. 8. ad 1. donde dize, que el Religioso a quien está encomendada la administracion, puede dar limosna; pero el que no tiene administracion no puede darla, porque no tiene cosa propria, y luego exceptua los casos de necesidad extrema, en los quales qualquiera Religioso subdito puede dar limosna sin licencia, ni consentimiento del Prelado, y le es licito hurtar para darla: *Si non habet dispensationem tunc non potest facere elemosinam sine licentia Abbatis, vel expresse habita, vel probabiliter praesumpta, nisi in articulo extremae necessitatis in quo licitum esset ei furari, ut elemosinam daret.*

301. A lo segundo de que le faltará el sustento a los Religiosos, de cuya vida temporal depende el bien espiritual de muchas almas, respondo, que si instara la necesidad de los Religiosos de suerte, que huviera pe-

ligro

ligro proximo de perecer, si gastásen entonces lo que tenían en aquellos niños, no sería licito el gastarlo en ellos. Así lo dize S. Thomas 2. 2. q. 32. art. 5. *Prius oportet, quod unus quisque sibi provideat, & his quarum cura ei incumbit, & postea de residuo aliorum necessitatibus subueniat.* Y la razon lo convence, porque la vida espiritual de aquellos niños ya puede quedar remediada para aquel articulo con el Baptismo, y la vida corporal de ellos, importa mucho menos, que la de los Religiosos en aquel Reyno: y así sería mala commutacion ponerse a riesgo de perder las vidas, porque la conserven los dichos niños. Pero no aviendo este peligro de perecer de haber, como de hecho no lo ay, deben socorrer dicha necesidad extrema, aunque gasten no solamente lo que tienen para el sustento de otro año, sino tambien lo del mismo año corriente, como dize S. Thom. art. 5. citado ad 3. *Nec oportet, quod consideret omnes casus, qui possunt contingere in futurum, hoc enim esset de christiano cogitare, quod dominus prohibet.* Math. 6. *Sed debet iudicari necessarium secundum ea, quae ut in pluribus occurrunt.* Coligese, que no ay riesgo de que perezcan de hambre por este gaito, porque acontece vezes tener los Padres de China socorro para solo vn año, y no embiarles cosa alguna en dos, y tres años, ó por embarazos de guerras, ó otras causas, y no perezcan de hambre: luego algun modo ay de buscarlo, aunque sea con muchas incommodidades, y estas deben padecer por sacar a los proximos de necesidad extrema.

302. Al vltimo inconveniente, de que si gastan el socorro, que se les embia, en criar dichos niños, se verán obligados a pedir limosna a infieles, que lo tienen por cosa afrentosa, y despreciarán al Ministro, ó dirán, que vá a China por no tener que comer en su tierra: respondo, que la caridad paciente, y benigna tolera esse inconveniente por socorrer la necesidad extrema de los proximos, no haciendo caso del desprecio de los infieles, siguiendo el exemplo de Christo nuestro Señor, y de los Apóstoles Sagrados, y de N. P. S. Domingo, como dize S. Vicente Ferrer, in tract. de vita spiritus. cap. 1. *Proh dolor multi de paupertate solo nomine gloriantur, sed quo pacto! ut eis nihil desit dicunt se amicos paupertatis, sed paupertatis sodales fugiunt, sitim, contemptum, despectionem, non sic Beatissimus Dominicus Pater noster, non sic ille, qui cum diues esset pronobis egenus factus est, omnes que Apostoli uerbo, & exemplo docuere.* En China no se ha de entablar otro modo de predicar el Euangelio, tan opuesto al de Christo, y de los Apóstoles, y de S. Domingo, que

por no parecer pobres, y porque no desprecien a los Predicadores por pobres, ayan de dexar de acudir a las necesidades extremas, y dexar morir a aquellos niños, pudiendo por entonces remediarlos: y no se puede conceder, que es cosa especial en China despreciar por pobres a los Predicadores, porque en todo el mundo son los pobres tenidos en menos, y los ricos estimados en mas. El desprecio, y poca estimacion es en todas partes compañero continuo de la pobreza, y quien abrazó la pobreza, abrazó el ser tenido en poco en el mundo. En vn caso, que me propusieron los Padres de China se ponía por inconveniente, que en China fueren los Religiosos tenidos por ricos; y respondiéndole a aquel caso, me pareció bien, y conforme al Euangelio, que la opinion de ricos se tenga por inconveniente a los que proponen los infieles; y configuientemente me disonó mucho en este caso, que se proponga por inconveniente, que los Ministros Euangelicos de China sean reputados por pobres: y si se mira bien, ningun infiel puede despreciar a quien para criar aquellos niños hijos de los mismos Chinos, pidiese limosna. Tambien sería conveniente usar de otros medios, como acudir a los Juezes, y Magistrados (si se cree, que tendrá algun buen efecto) ponderandoles el desorden, crueldad, y fealdad, que es de vna Republica dexar perecer así tantos niños, y quizá darán orden para que se crien: y quando falte esto, afalar a dos mugeres pobres, que los crien, que en China con poco salario se contentan los pobres: y quando no se halle quien les dé de mamar, con atole (es el almidon, que se haze de la harina de arroz, y agua) se pueden sustentar, como otros niños hijos de pobres; especialmente, que nunca se llegará a juntar mucho numero, porque entre tanto que la fiereza de sus padres los arroja, y la caridad de el Ministro lo llega a haber, y los recoge, están ya medio muertos. Procurese poner el ombro al remedio desta necesidad, y Dios, que es caridad, abrirá camino.



## CONSULTA LXXVII.

*Sobre lo que deba hazer uno, que quitò a vn mestizo una negrilla del monte, por sospechar que la queria hazer esclava? Item, si diziendo algunos Indios, que avian comprado vn negrilla del monte, pueda el Religioso Ministro del pueblo impedir el que les sirva?*

## PROPUESTA.

VN mestizo entraba de ordinario en los montes de los Zambales, y del nos dixo el Alcalde mayor, que tenia noticias de que llevaba a vender a Manila niños Zambales negritos. Pasò este mestizo por este pueblo, por venir muy enfermo vn hermano suyo, y otro compañero, que todos tres trataban de comprar cera a los negrillos. Traia el mestizo vna negrita como de tres años, y dixo, que èl sabia, que estos negrillos no podian ser esclavos, y que la queria criar como hija, y que le avia costado quinze pesos. Viendo yo esto, dixè: sin duda, que lo que le dixeran al Corregidor es verdad, y este mestizo va introduciendo este trato de llevar niños a vender, de lo qual se puede seguir, que los Indios codiciosos de lo que les puede dar por ellos, les quiten sus hijos a los negrillos, y los negrillos sentidos dello, haràn algunas muertes en los pueblos, de que se pueden seguir grandes alborotos. Con estos fundamentos, o discursos que hize, llamè al mestizo, y le refè, y aun le amenazè con el señor Governador, y ordenè, que de ninguna manera le entregassen la niña, la qual sabiendo yo despues, que no tenia padre, ni madre, y que vn hermano suyo la avia vendido a vn Indio de Marihumo, y este a el sobredicho mestizo, la baptizè, y la di a vna señora principal de Manila, para que la criara, y enseñara. Esto supuesto, se me ofrecen las presentes dificultades.

La primera, si con los fundamentos presupuestos le pude yo quitar la negrita, o si debia depositarla, y dar cuenta al Corregidor, para que èl como Ministro del Rey dispusiera de ella?

La segunda, si supuesto que le quitè la negrita, estoy obligado a dar al mestizo los 15 pesos, que dize le costò, o algo menos, porque suelen estos por vn poco de tabaco, y dos mantas podridas hezer semejantes compradas, y dezir, que les costò veinte, o treinta pesos, siendo assi, que suele ser quatro, o cin-

co quando mas. Ahora pregunto, si en suposicion que yo deba dar esto, serà bueno averiguar, que fue lo que le diò al Indio, y pagarle al mestizo en la misma especie?

La tercera, si en suposicion, que deba darle, o los quinze pesos, o lo que èl le diò al Indio, pueda aplicarme algo por lo que se sigue: y es el caso, que como dixè arriba entrò en este pueblo con dos enfermos, que trataban juntamente con el mestizo en cera, y otras cosas, y como viò el mestizo, que se acercaba la muerte del vno, quizà porque no le averiguaran lo que llevaba del enfermo, aquella noche con el hermano, aun con estar muy malo, se embarcò para Manila, sin dexar siquiera para vna mortaja, y assi yo le di mortaja, a por amor de Dios, y candelas, y le hize vn entierro honrado. Pregunto ahora, si por esta razon, en suposicion que le deba pagar la negrita, me pueda aplicar algo por el dicho entierro, y mortaja, y si podrè aplicar algunas Misas por el dicho difunto, pues es muy probable, que el dicho mestizo se quedó con algunos bienes del difunto? para lo qual tengo este fundamento; porque queriendo los hermanos del difunto cobrar del mestizo en Manila lo que le pertenecia de lo que avia llevado, dixo el mestizo, que solamente le debia seis, o ocho pesos, y que en el entierro avia èl gastado mucho mas. Los dichos hermanos del difunto me preguntaron estando yo en Manila, si era verdad lo que dezia el mestizo? Respondiles lo que passò, y embiando a llamar al mestizo, no quiso parecer, sino que llamado se ausentò. En esto dà bastante motivo para discurrir que se quedó con alguna hacienda del difunto, pues si en vna cosa, que con tanta facilidad podian concluir, y averiguar, como lo del entierro, mintió tan a las claras, que mucho que en los tratos que ellos terminan, donde ni avia papeles, ni testigos, mintiesse tambien? Ahora pregunto, si en suposicion que se le deban bolver los quinze pesos, o lo que diò el mestizo por la negrita, los seis, o ocho pesos, que èl confiesa se deben aplicar por el alma del difunto, diziendo algunas Misas, o darlos a sus hermanos, o si es bastante fundamento el dicho para no darle nada, y a quien se ha de dar?

La quarta, si para baptizar la negrita, supuesto que era tan niña, y no se podia hazer sin consentimiento de los padres, fue bastante diligencia por dos vezes examinar a tres, o quatro Indios, los quales afirmaron no tener padre, ni madre, sino que vn hermano suyo la vendió. Pregunto, si debia hazer mas diligencia, como embiar al monte donde naciò

la

la negrita (esto era dificultoso por estar muy distante) a hazer mayor averiguacion de la verdad del caso?

La quinta, si en suposicion que esta negrita tuviesse padres, a los quales se la huviesse quitado contra su voluntad, si en tal caso, aun con saber yo que la avia de vender por esclava el mestizo, si tenia obligacion de haciendome desentendido, dexar q̄ la llevasse, aun temiendo los peligros, que dixè al principio? Parece que si, porque si se la quitara, parece tenia obligacion de bolverse a sus padres, y como ellos no quisiesse que fuesse Christiana, le estaria mejor ser esclava Christiana, que libre Gentil.

La sexta, los dias passados vino vn negrillo a este Convento, pidiendo por amor de Dios, que le recibiera en casa, porque queria ser Christiano: yo suponiendo, que se avia criado en el monte, y que con mucha facilidad se bolveria a èl, iba muy poco a poco enseñándole, por ver si perseveraba. A pocos meses, que estuvo en casa, llegaron tres Indios a mi, diziendo, que era su esclavo, porque siendo niño lo rescataron por quinze pesos: respondiles, que se fueran con Dios, que los negrillos del monte no eran esclavos, y que si lo avian criado desde niño, que como no lo avian instruido en la Fè, y dadolo a baptizar. De alli a no se quantos meses bolveron a instar, y yo les dixè, que se lo llevassen con intencion de en viniendo el Corregidor a este pueblo pedirle, que declarasse por no esclavo al negrillo, y que sirviesse a quien quisiesse. Despues como no ha venido el Corregidor, el negrillo se ha buuelto a casa, pidiendo, que por amor de Dios lo reciba, porque èl tiene tres amos, y a cada vno le dan de vestir, ni le enseñan, ni quieren, que sea Christiano. Los Indios dizen, que en suposicion, que el Padre tenga el negrillo, que les pague los quinze pesos en que lo rescataron, o que lo dexè, o le obligue a que vaya a servirlos. Ahora pregunto, si serà necesario por parte del negrillo meter peticion al Corregidor, o si estarè yo obligado en la suposicion que queda en casa a pagarle a los Indios los quinze pesos?

## PARECER CC.LXXVII.

303. **P**OR la suplica de V. R. ( que es para mi precepto de superior a inferior) escusarè multiplicar textos, y razones, aunque por la estimacion que de ellas V. R. haze, no dexarè de poner vna, o otra, porque no es bien, que por ocupado dexè perder

tanta estimacion. Respondetur ad 1. que para quitarle la negrita fueron suficientes los fundamentos propuestos, porque diziendo el mestizo, que sabia de cierto, que no podia ser esclava, y que la llevaba a criarla como hija, venia a conceder, que no le quitaban esclava: y si esto lo dezia con verdad, que no llevaba interès de esclava, sino la buena obra de criarla bien, mejor se consigue este fin, dandola a criar el Religioso a vna señora honrada de Manila: y assi no se le haze agravio por esta parte al mestizo, antes tiene que estimar, y agradecer, que la buena obra, que èl intentò, y empezò, se perficionò mejor con menos costa, y cuidado suyo; pero si la llevaba por esclava para venderla, era iniquidad, y consiguientemente fue licito quitarla, aunque sea verdad que la comprò al Indio a quien la vendió vn hermano de la niña, porque el hermano no tiene derecho alguno para vender a su hermana: si èl no la pudiesse sustentar, pudiera darla a criar a otro, y no aviendo quien las quisiesse criar de valde, pudiera hazer pacto de que la hermana en teniendo edad, sirviesse hasta pagar las costas de la criança; pero recibir el hermano dinero, vendiendo la libertad de su hermana para su utilidad, es totalmente injusto, y solamente concede el Derecho a los padres, que puedan vender a sus hijos a quien dieron el ser, para sustentarse ellos, si de otra fuerte no pueden conservar la vida, y esto es de Derecho natural. De aqui consta, que la venta que hizo el hermano de la negrita fue hurto, y agravio, y el mestizo comprò a ladrón, y a quien no tuvo derecho de vender, ni pudo transferir en el mestizo el dominio, que èl no tenia. Averiguado, pues, que el mestizo no tenia derecho alguno para llevarse la negrita, està claro, y facil el fundamento por donde fue licito quitarla: porque aunque es verdad, que el que no es Juez, ni tiene autoridad publica, no es licito quitar a otro la possession de lo que tiene usurpado, y robado; pero quando el robo se està executando actualmente, que aun no tiene el ladrón pacifica possession de lo robado, es licito a los particulares quitarle por fuerza. Assi consta del Derecho, cap Qui contentit. dist. 82. vease a Silvestr. in Summ. verb. Bellum. 2. n. 3. dize alli, que aunque por via de la justicia se pueda recuperar del ladrón lo que lleva hurtado, es licito a los particulares, sin recurrir a la justicia, quitarle quando todavia se verifica, que se està haciendo el hurto, o la violencia: *Dum est in ipso rapi.* En el caso propuesto el robo de la niña todavia estava *in fieri*, que aun no la avian sacado de su

su tierra; y aunque la venta de la niña estava ya efectuada por su hermano, todavia no estava acabada de tiranizar la libertad de la niña, sino que entre el hermano, y el Indio de Marihumo, y el mestizo se iba perfeccionando el ponerla en perpetua servidumbre, y para esto la sacaban de su tierra. Si quando acabaron de vender a Joseph los hermanos, aconteciera que su padre Jacob viesse a aquellos Estrangeros, que llevaban a su hijo cautivo por esclavo, licitamente lo pudiera recuperar con violencia, aunque era persona privada, porque todavia se verificaba estar *in fieri* el injusto cautiverio, y el injusto trato de venta, que celebraron sus hermanos no les dió mas derecho a los compradores, que el que los hermanos tenían de violencia, y fraude, aunque por error entendiesen, que justamente lo llevaban comprado. Y en el caso presente el mestizo no tiene mejor derecho a la esclavilla, por ser segundo comprador, que el que tenia el Indio de Marihumo por ser primero, como consta del Derecho, l. Sed vbi. ff. de minor. y l. Sed si lege. §. Si autem. ff. de pe. hæc. Podiafe dudar, si fue licito al Religioso restituir a la libertad a dicha niña, no tocandole por parentesco, ni siendo cosa suya, que parece que el Derecho concede *vim vi repellere*, en defensa cada vno de si, y de sus cosas, y de todo aquello que le pertenece, no de los estraños.

304. Respondefe, que a qualquiera, que por si no puede defenderse, es licito facarle del agravio, y opression, que otro le haze. Assi consta del Derecho, cap. Non inferenda 23. q. 3. y cap. Error. dist. 83. Por lo qual a vna niña incapaz de defenderse, y de conocer la tirania con que le ponian en perpetua servidumbre, fue licito defender, y conforme a lo que dize el Psalm. 81. *Eripite pauperem, & egenum de manu peccatoris liberate.* Y aunque concedamos, que el robo de la niña estava ya hecho, y que ya estava el mestizo en pacifica possession della, seria licito al Religioso el quitarfela. La razon desto es, porque a los particulares no es licito quitar lo que otros tienen usurpado, porque en esto hanan agravio al Juez, usurpandole su oficio, y causarían escandalo en el pueblo con la resistencia del otro, que no permitiria, que otra persona privada le quitasse lo que tiene usurpado: y en el caso presente cesan los dichos inconvenientes, porque del Juez se presume, que tiene por bien, que el Religioso impida al mestizo hazer esclavos en la forma referida, y para esse fin dió el aviso al Religioso: *Scienti, & consentienti non fit iniuria.* de reg. iur. in 6. Y esta misma presuncion de que lo tendrá

a bien el Juez, y el mismo pecado acobarda al mestizo, y le quita el animo de resistir, por lo qual no se teme escandalo en semejantes casos.

305. Ad 2. respondetur, que si pareciefse el mestizo, se le deberá dar razon de como la negrita fue llevada a Manila, donde tenga mejor criança, y donde tenga mejor efecto la buena intencion del mestizo ( si lo hizo con buena intencion ) y con esto se le satisficere, si el no lleva en la negrita animo de aprovecharse de la compra. Pero en caso que la aya comprado, y la llevassé con animo lucrá-di ( que es lo mas cierto ) se ha de notar, que ay dos opiniones ambas probables acerca de el que compra alguna cosa al ladron, que la vendió sin ser suya. La primera, y mas probable dize, que en pareciendo su dueño debe restituirfela. En esta opinion no ay obligacion de pagarle cosa alguna al mestizo, sino dezirle, que cobre el precio, que dió por la negrita del que se la vendió, pues no se la pudo vender. La otra opinion dize, que el que compró al ladron, tiene derecho a bolver la cosa al ladron, que se la vendió, para cobrar su dinero, porque tiene derecho a conservarse indemne sin agravio de otro, y el que buelve la cosa al ladron, no haze agravio al verdadero dueño, pues no pone la cosa en peor estado, sino que la dexa en el estado en que la halló. Segun esta opinion se le debe al mestizo no todo lo que el pidiere por la negrita, porque como la compra que hizo no fue valida, no puede el venderla de nuevo, ni ponerle precio, sino solamente tiene derecho a rescindir el contrato, que fue nulo, y recibir lo que realmente le costó en la misma especie, ó en otra equivalente: y es verisimil, que no le costó los quinze pesos que dize, porque demàs de las conjeturas, que se traen en la propuesta, haze grande fuerça la siguiente, porque el mestizo la compraba para tener ganancia en la venta: y vna niña tan chiquita con los peligros de morirfe, que tiene aquella edad, y costo de criarla, y ser esta casta de negrillos de poco servicio, y sin instrumentos autenticos de su esclavitud, que siempre que ella ponga demanda de libertad, la ha de dar por libre la justicia; no avia de hallar en Manila quien le dè los quinze pesos por ella: y assi no es creible, que el mestizo, que quando va a comprar, para el trato lleva muy bien sabido lo que ha de ganar, comprasse aquella niña por tanto dinero, que no lo pudiera sacar de la venta.

306. Ad 3. respondetur, que en caso que se quiera llevar esta opinion mas favorable, al mestizo, se avian de descontar estos seis, ó ocho

ó ocho pesos, que el confiesse deber al difunto, y aplicarse por la mortaja, y candelas lo que podian valer, y por el oficio de sepultura lo que suele darle en esse partido de limosna en semejantes entierros: porque aunque es verdad, que lo que vna vez se dà de limosna, ó por donacion, no le puede bolver a cobrar, ni a pedir paga della; pero la limosna, y donacion, que en semejantes casos se haze a vn difunto, es condicional, que lleva alli implicita la condicion, si no tiene la limosna costueta, que se dà a la Iglesia. Y concluyendo en esta materia, digo, que por aver opiniones, y la mas probable, que no se le debe al mestizo cosa alguna, sino que vaya a cobrar del Indio de Marihumo, y este del negrito hermano de la negrita, dexé V.R. esta materia en la forma que està, sin darle por obligado a cosa alguna, si no es en caso que venga el mestizo a pedir algo, que entonces se le ha de dar satisfacion, averiguando lo que realmente le costó la negrita, y lo que el debia al difunto, y lo que debe el difunto de su entierro, candelas, y mortaja.

307. Respondetur ad 4. que en qualquiera causa grave bastan por Derecho Natural, y Divino dos testigos para determinarla. Math. 18. *In ore duorum, vel trium testium stet omne verbum.* Y S. Pab. 2. Cor. vlt. *In ore duorum, vel trium testium stabit omne verbum.* Y lo que mas es, para quitar la vida a vn hombre, bastan dos, ó tres testigos. Ad Hebr. 10. *Irritam quis faciens legem Moysi, sine vlla miseratione duobus, vel tribus testibus moritur.* Y por mayor razon han de bastar para darle la vida de la gracia a esta niña. Y para otros casos, que pueden acontecer, digo, que aviendo vna criatura sin uso, ni razon, cuyos padres no parecen, ni ay quien la conozca, ó sepa cuya es, bastará publicarla, y aguardar siete, ó ocho dias, y aun menos, lo que baste para que pueda estenderse la noticia por el pueblo, y sembrerteras circunvezinas, donde suelen venir negrillos, y no pareciendo sus padres, ni persona a quien le pertenezca, se debe bautizar, y dar a criar, reputandola por huerfana, ó desamparada, que tu padre, y madre la desampararon, ó no la quieren buscar, y la dan por derelicta, y Dios la recibió, como dize el Profeta, Psalm. 26. *Pater meus, & mater mea derelinquerunt me, Dominus autem assumpsit me.*

308. Ad 5. respondetur, que si vn Juez callara por esse buen fin, pecara mortalmente, con obligacion de restituir, porque està obligado por su oficio a impedir los robos, y agravios, y por el buen fin de que la niña sea Christiana, no dexa de ser robo, y agravio, en

que el Juez es culpado, si lo permite, y calla. El Apostol dà por merecedores de la condenacion a los que dicen: hagamos mal para que se siga algun bien. Ad Rom. 3. *Sicut aiunt quidam faciamus mala, ut veniat bonum, quorum damnatio iusta est.* En vn Religioso, y en otro qualquiera, que no tiene oficio de justicia, si buenamente puede, sin detrimento proprio, impedir vn agravio, ó robo, que se haze a vn inocente, será pecado mortal no impedirlo, aunque si no lo impide, no està obligado a restituir, como lo està el Juez, porque en el Juez es obligacion de justicia, y en el particular de caridad, que obliga *sub mortali* a socorrer al proximo en los daños graves, que padece, si puede sin riesgo proprio. 1. Ioan. 3. *Qui viderit fratrem suum necessitatem habere, & clauserit viscera sua ab eo, quo modo charitas Dei manet in eo?* De aqui se infiere, que si vn muño, ó asno de vn pobre se ha atascado en vn lodazal, y el solo no puede sacarlo, y passá por alli alguno, que le puede ayudar, y no le ayuda, y le muere el asno, peca mortalmente contra el precepto de la caridad, porque no ayudó al pobre, para que no perdiesse su asno, y su hacienda. Pues la libertad, que pierde aquella inocente, es mucho mas que el asno: *Non bene pro toto libertas venditur auro.* Y al padre es mas estimable su hija, que otra qualquiera alhaja de tu casa: y ya se dixo arriba, que el fin bueno de la Christianidad de la niña, no puede hazer licito al robo, ni a la maldad: y lo mismo es del que la consiente, ó permite, pudiendo facilmente impedirla. Ad Rom. 1. *Qui talia agunt, digni sunt morte, & non solum, qui ea faciunt, sed etiam qui consentiunt facientibus.* Añadese, que esta Christianidad de la negrita seria en este caso muy costosa, pues seria con la condenacion del mestizo Christiano, que siempre quedaria obligado a rescatarla, y mientras no lo hiziesse, estaria en estado de condenacion, y es muy dificultoso que lo haga, porque despues a quel a quien la vendió, le ha de pedir por ella mas dinero, y hazer a vno Christiano con la permission de que el que es ya Christiano se quede en estado de condenacion, no es buen trueque, y es cosa indecentissima, y contra el decoro de la Iglesia, que con robos semejantes se aumente, y crece la deformidad con los daños, é inconvenientes, que dize la pregunta, que pueden seguirse. Por lo qual el Religioso impida las maldades, y robos, que buenamente pudiere, y dexé a la providencia Divina la salvacion de los niños hijos de infieles.

309. Ad 6. respondetur, que esse negrillo puede ser que con justo titulo se a su esclavo,



vo, como si lo vendieron sus padres obligados de la necesidad, ò si él se vendió a sí mismo: y aunque aya sido injusta la esclavitud, como los amos estavan ya en posesión pacífica de mucho tiempo, no es justo quitarlo sin autoridad de justicia, que averigüe la causa, y título de su servidumbre, y tengo por inconveniente grave, que el Religioso se meta en estas averiguaciones, ni en pedir al Corregidor, que las haga, sino al que se hallare, que está reputado por esclavo, y sus amos sirviendose dél en pacífica posesión, se ha de dexar así: ni los Juezes pueden inquietar las posesiones de los amos, si no son requeridos para ello del esclavo, que tenga suficiente prueba de lo injusto de su esclavitud, y estas averiguaciones son muy dificultosas a los Corregidores legos, y sin pericia del Derecho. Lo que en este caso ha de hazer el Religioso, es, obligar a los amos a que le den el tiempo necesario para disponerse para el Bautismo, y aprender la Doctrina, ya que ellos no se la enseñan: para esto no es menester valerse del Corregidor, por ser proprio del oficio de Cura, y para enseñarle lo muy necesario, no eran menester tantos meses, como indica la pregunta. Si en menos de vn mes no aprende lo necesario, es indicio claro, que no le trae a la Iglesia la gana de ser Christiano, sino para defraudar a sus amos el servicio, que les debe, y se debe entregar a sus amos, mandandoles, que les dexen ir a la Iglesia a aprender los dias de fiesta.

310. Quanto a si es licito comprarlo, se responde, que se hará obra de caridad, si los amos sin violencia alguna, ò sin miedo, quieren venderlo. Lo mismo digo del componerse con los amos por menos de los quinze pesos, porque nunca puede ser licito obligar al amo a que venda su esclavo contra su voluntad, y mas ilícito será obligarle a que lo venda por menor precio; pero si constare, que los amos buenamente consienten en venderlo por los quinze pesos, ò por menos, sin ponerles miedo, será licito, porque *scienti, & volenti non fit iniuria*. de reg. iur. in 6. Pero adviértase, que será violencia, y miedo para los Indios amos, si se les dá a entender, que si no lo venden, se lo han de tener en el Convento muchos dias, hasta que aprenda para ser Christiano; porque en tal caso creerán los amos, que có el título de hazerle Christiano, ya no les ha de servir, y lo venderán coactos por qualquiera cosa. Con intentos de ser mas breve me apliqué a esta resolución, y con el fervor de responder, me he alargado *prater intentionem*. Nuestro Señor alargue a V.R. los auxilios de su gracia, para que con-

tinuamente se emplee en su santo ministerio de la salud de las almas, y a mí para que acierte a ayudarle en las dificultades, que en este tanto ministerio se ofrecieren.

## SACRISTANES.

### CONSULTA LXXVIII.

*Sobre si el Sacristan (y lo mismo es de los Curas) que por estar justamente preso, y consiguientemente impedido a servir la Sacristia, de sa perder, no solo lo que se le está señalado por su congrua sustentacion, sino tambien los derechos de los entierros, y casamientos, &c.*

#### PROPOSTA.

**P**edro, Clerigo de menores Ordenes, Sacristan de cierta Parroquia, fue preso justamente, y en el arancel Eclesiastico ay clausula, que faltando en la asistencia al Cura por sí, ò por su ayudante, manda, que pierda los derechos, y el Cura dará lo que le pareciere al que asistiere en su lugar, y lo demás a la Fabrica de la Iglesia. Si dicho Sacristan no aviendo puesto en su lugar ayudante, pierde los noventa y tantos pesos, que colativamente tiene de congrua sustentacion, y si debe pedir judicial, y extrajudicialmente los derechos, que le tocan por entierros, y casamientos, ò cumplirse exactamente el tenor de dicha clausula, y de qué ha de dar cuenta el Cura con cargo, y data al tiempo de la visita?

#### PARECER CC.XXXVIII.

311. **R**espondese, que no pierde los noventa y tantos pesos, que tiene de congrua; pero los derechos, que le avian de tocar de entierros, y casamientos, los pierde todo el tiempo, que no tuviere puesta persona, que asista en su lugar. La primera parte desta resolución consta por tres razones. La primera, porque los noventa y tantos pesos, que tienen señalados los Sacristanes mayores de algunas Iglesias en estas Islas, que se les paga cada vn año de las caxas Reales, están destinados por congrua sustentacion, y título suficiente, por el qual se ordenan de Orden Sacro los dichos Sacristanes: y la congrua sustentacion, a cuyo título se dan Ordenes Sacros, no se pierde, ni es amisible tan fácilmente; como se colige del Sacro Concilio de Trento, Sef. 21. de reform. cap. 2. don-

donde con grauísimas palabras dize quanto conviene al decoro, y honor del Clero, que la congrua a cuyo título se ordenan los Clerigos sea fixa, y estable, que de ninguna suerte se pueda resignar, enagenar, extinguir, ò remitir, hasta que conste, que aya conseguido otro Beneficio suficiente para su honesta sustentacion, ò que tengan otra renta fixa, de que puedan sustentarse commodamente. Y sería sin duda alguna contra esta determinacion del Concilio, y contra el fin, que en ella pretende, si por las faltas a sus officios huvieran de ser los Sacristanes mayores privados de su estipendio, ò congrua.

312. Segunda razon: en el Derecho, cap. Consuetudinem. de Cleric. nó resid. se determina, que los Prebendados, y los demás Clerigos, que están obligados a la asistencia a los Divinos Officios en alguna Iglesia, si no asisten como deben, no lleven las distribuciones quotidianas, y que *ipso facto* no asistiendo, las pierdan, y de ninguna suerte dize, que pierdan la renta fixa de sus Prebendas. Lo mismo determina el Sacro Concilio de Trento, Sef. 21. cap. de reform. donde dize, que si en algunas Iglesias no huviere distribuciones quotidianas, ò estas fueren tan cortas, que no hagan caso de perderlas, se señale la tercera parte de los frutos por distribuciones quotidianas, para que las pierdan *ipso facto* los que no asisten, y las ganen los que asisten. Aquí se vé, que no quitó el Derecho, ni el Concilio, que por estas faltas a su officio, y obligacion, pierdan *ipso facto* los Clerigos la renta fixa de sus Prebendas, que es su congrua sustentacion, sino que aya siempre vna parte fuera de la congrua, y sustentacion fixa, que la puedan perder por razon de dichas faltas: y quando las faltas fueren demasiadas, que pidieren mayor castigo, dispone el Sacro Concilio, Sef. 24. cap. 12. de reform. que le quiten la mitad de la renta de su Prebenda el primer año, y si no se enmendare el segundo año, le priven de todos los frutos de la Prebenda; y si todavia perseverare con rebeldia, y contumacia en no asistir, se proceda contra ellos, conforme disponen los Sagrados Canones. Adviértase aquí, que en llegando a tratar de perder de la renta fixa, no dize, que *ipso facto* la pierdan, como dispone en el perdimiento de las distribuciones quotidianas, sino que se les ha de privar de ella por sentencia judicial, precediendo citacion, y dandoles lugar, y tiempo para defenderse, y alegar lo que les convenga. Y para que esto se vea con mas claridad, se note, que el Derecho Canonic. cap. Extirpandæ. de Præb. & dignit. §. Qui verò. pone privacion del Curato *ipso*

*facto* a los Prebendados, que tienen anexa alguna Iglesia Parroquial, si no tienen puesto en ella Vicario idoneo, que la sirva. Despues el Concilio de Trento, Sef. 23. cap. 1. de reform. moderó este rigor, y dispone, que el Cura notablemente defectuoso en no residir, sea citado, y se le compela con censuras, hasta llegar por sus grados a la privacion del Curato por sentencia. Si para privar a vn Cura de congrua por falta de la asistencia, se vá con tanto tiento, y se piden tantos requisitos, siendo su ausencia tan nociva: por mucho mayor razon no se privará tan facilmente a vn Sacristan de su congrua, pues su falta es menos dañosa.

313. En el caso propuesto, los noventa y tantos pesos, que gozan los Sacristanes mayores, y se les paga de las Reales caxas, son la renta fixa, y congrua sustentacion, a cuyo título se ordenan; y consiguientemente no la deben perder por faltas que hagan en su officio, si no fuere por demasiada rebeldia, y contumacia, y entonces avia de preceder para quitarla sentencia de Juez. En el Sacristan preso no se puede presumir, que falta por rebeldia, y contumacia, sino por el embarazo de su prision: y así ni por esta via puede ser privado de su estipendio, si no es que el delito porque está preso fuere de calidad, que mereciere, que por sentencia le privassen dél, ò le suspendiessen del officio de Sacristan, ò diesen la Sacristia por vacante.

314. Tercera razon: segun Derecho las penas se deben restringir. de reg. iur. in 6. reg. 15. *Odia restringit, favores conuenit ampliari*. La regla del arancel dize, que el Sacristan, que no asiste por sí, ò por su ayudante, pierda los derechos: por derechos en rigor, y propiedad no se entiende el estipendio de noventa y tantos pesos, que recibe cada año de la caxa Real, sino solamente lo que le pertenece de los entierros, y casamientos, y otras obenciones; y consiguientemente no debe perder por dicha falta los dichos noventa pesos.

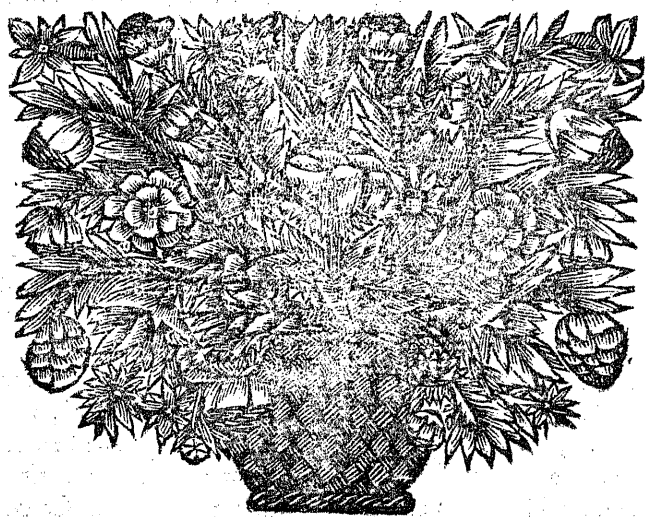
315. La segunda parte de la resolución se prueba lo primero, porque los derechos de entierros, y casamientos no es la congrua sustentacion a cuyo título se ordenan de orden Sacro, por ser cosa accidental, y salible, que vnas veces la ay, y otras no: y así respecto de estos derechos no tiene inconveniente, ni es contra alguno de los Sagrados Canones, ni Decreto del Concilio, que se ponga regla de que si no asistiere por sí, ò por su ayudante a las obligaciones de su officio, que pierda dichos derechos: antes es muy conforme a razon, para que la Iglesia esté

mas bien servida, que es como vn pacto, y condicion con que se le dà dicho oficio de que asista, ó tenga cuidado de poner quien asista en su lugar, y si faltare, pierda los derechos, l.Secundum.de reg.iur. *Secundum naturam est commoda. cuiusque rei cum, se qui, quem sequantur incommoda.*

316. Segunda razon: de la misma fuerte que los nouenta y tantos pesos, que tienen los Sacristanes situados en la caja, son como la gruella, y renta fixa de los Prebendados, y otros Clerigos, que sirven a alguna Iglesia: assi los derechos de entierros, y casamientos, son al modo de las distribuciones quotidianas, que van segundadas al oficio, y trabajo de cada dia: y assi como el Derecho, y Concilio de Trento en los lugares citados disponen, que pierdan las distribuciones quotidianas los que no asistieren, es muy conforme al mismo Derecho, y Concilio, que los Sacristanes, que no asisten, pierdan dichos derechos de la fuerte que dispone el arancel.

317. Y lo especial, que pone el arancel acerca de los Sacristanes, de que poniendo quien sirva, y haga sus vezes, no pierda los derechos (lo qual no se permite a los Prebendados) es muy conforme a razon, porque los Prebendados son muchos, y aunque faltan algunos, no ay falta en los Oficios Diuinos, porque asisten otros; pero el Sacristan mayor es solo vno en cada Iglesia, y como por las necesidades humanas es forçoso, que

algunas vezes falte, fue tambien forçoso determinar, que pueda cumplir con la asistencia de vn substituto, para que nunca aya falta. De aqui se sigue otra notable diferencia, y es, que el Prebendado, si falta por enfermedad, ó otra vrgente necesidad, no pierde las distribuciones, porque la imposibilidad moral de asistir, haze que no se le impute la falta, y se repate por asistente; pero el Sacristan mayor pierde los derechos, si no assiste, aunque la ocupacion sea legitima, porque si estubo impedido para asistir personalmente, pudo, y debió asistir por vn substituto, lo qual no se permite al Prebendado. De aqui se colige que en qualquiera tiempo, que el dicho Sacristan preso embiare persona, que asista al oficio de Sacristan, se le deben sus derechos; porque las penas se deben restringir, como se dixo arriba, y el arancel priva de los derechos al Sacristan solamente quando ni por si, ni por su ayudante assiste: por lo qual siempre que embiare su ayudante, ó substituto, se le deben sus derechos de entierros, y casamientos, y que el mismo Sacristan pague al substituto; y quando se descuidare en embiar substituto, no tiene derecho a cobrar los derechos, sino con ellos debe el Cura pagar al que asistiere haciendo oficio de Sacristan, y lo demás lo debe reservar para la fabrica de la Iglesia, conforme el arancel.



CLAS-

# NONA CLASSE,

## EN QUE SE PONEN LOS PARECERES

### tocantes à testamentos, albaceazgos, herencias, y partijas de los bienes.

## TESTAMENTOS,

### y albaceazgos.

### CONSULTA I.

*Sobre se vn papel juridico, en que declara vno su ultima voluntad, se pueda revocar por otro papel simple, sin testigos, ni solemnidad alguna?*

### PROUESTA.

**D**Vdamos si vn papel simple, sin testigos, ni solemnidad alguna en derecho, fecho por Pedro, v.g. que está enfermo, y se halla en vna Ciudad, en donde ay tres Juezes Receptores, y no le vrge extrema alguna necesidad, puede revocar otro instrumento juridico, fecho con autoridad Real, que aya otorgado el dicho Pedro, expresando su ultima voluntad, siendo el dicho papel simple de ruego, y encargo, que le haze Pedro a su muger?

### PARECER CC.XXXIX.

1. **P**ORQUE quien remitiò la duda propuesta, y las otras cinco, que se siguen despues deste parecer, las embia a consultar a los señores Letrados, y Abogados de la Real Audiencia de Manila, y porque las cosas que en ellas se preguntan, mas pertenecen a la Jurisprudencia, que a la Theologia, me escusaba de responderles: *Ne videret falcem mittere in messam alienam.* Pero rogado del señor Doctor D. Francisco Pizarro de Orellana, Maestre Escuela de la Santa Iglesia Cathedral de Manila, y Comissario General de la Santa Cruzada en estas Islas Filipinas, cuyo ruego es para mi mandato preciso de Superior a inferior, no he podido negarme a este trabajo, aunque de mi profession soy Theologo.

2. A la duda se responde, que el instrumento de que se pregunta, simple, sin testigos, y sin solemnidad alguna, no puede revocar al instrumento autentico, que antes tenia hecho el mismo Pedro. Lo primero, porque *omnis res per quascumque causas nascitur, per easdem dissolvitur.* cap. Omnis. de reg. iur. Para desvanecer vn instrumento autentico, que se presenta, es menester presentar otro de igual autoridad, y equivalente, y para revocar vna escritura, es menester chancelarla ante Escrivano, y testigos, como se avia hecho.

3. La segunda prueba desto es, porque aunque el instrumento autentico no es de tan infalible verdad, que no pueda vencerse, y desvanecerse; pero era menester para esto (si no ay otro instrumento mas firme) mucha fuerza de testigos. Assi còsta del Derecho, cap. Tertio. de probat. donde en vn litigio la vna parte presentaba instrumento autentico, la otra daba vna probança grande de testigos, y diò la sentencia la Sede Apostolica en favor de la parte, que diò la probança de testigos: *Respondemus, secundum assertionem testium tantummodo indicandum.* Y dize alli la Gloss. *Testes preferuntur instrumento, quia potius credendum est viva voci, quam mortua.* Y mas abaxo explica la calidad, y numero de testigos, que pueden prevalecer contra vn instrumento autentico. *Illud intelligendum est per bonos testes, & idoneos, sine suspitione, nec videtur, quod tunc sufficiant duo, vel tres testes, immo plures, ad minus quatuor, tabellio enim aequivalet vni testi, & plus, & instrumentum duobus ad minus, quia duo testes ad minus in instrumento scripti esse debent, & sic per plures, & honestiores debet fieri talis reprobatio.* En qualquiera instrumento se ponen por lo menos dos testigos, y el Escrivano vale por otro testigo muy idoneo, y autorizado, por estar puesto en aquel oficio por la publica potestad.

tad: y así para vencer la autoridad del Escrivano son menester dos testigos, y para vencer todo el instrumento son menester por lo menos quatro testigos muy idoneos, y sin tacha. Lo mismo consta del cap. Cum Ioannes de fide instrum. donde dize: *Et si eandem vim obtineant instrumentorum fides, & depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quolibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium, vel plurium idoneorum testium depositionibus preferatur.* Y se dió la sentencia contra la parte, que presentó el instrumento en favor de la que dió probança de testigos, y dize allí la Glosa: *Ita patet, quod contra instrumentum quantumcumque publicum admittuntur testes, ut hic; quia secundum testes productos contra instrumentum sententiatur, sed queris, quot testes preiudicent instrumento? Potest dici, quod quatuor, vel quinque ad minus, quia auctoritas tabellionis videtur aequivalere duobus testibus, & ipsum instrumentum valet duos testes, quia parem vim obtinet probatio testium, vel instrumentorum, ut hic dicitur. Et sic patet, quod ad minus per quatuor meliores, vel quinque testes instrumentum reprobetur.* Aquí se ve claramente, que para prevalecer contra vn instrumento publico se requiere grandissima probança de cinco testigos, ó por lo menos de quatro, que excedan en calidad á los testigos, que estan escritos en el instrumento, y si en el instrumento ay escritos mas de dos testigos, se requieren otros tantos: mas en la probança. Esto mismo consta del Derecho Civil, l. Cum præcibus. cap. De probat. allí la vna parte avia presentado instrumento autentico en su favor, y se le manda a la otra, que para conseguir sentencia en su favor, ha menester dar probança contra el instrumento: *Addito indice competenti probare te oportet contra voluntatem tuam hunc fundum instrumento adversarium tuum sibi adscribi laborasse, ut secundum tenorem rescripti nostri possis consequi sententiam.* Y allí la Glosa: *Præsumitur interim pro instrumento, sed probatio in contrarium admittitur, ut plus valeat veritas quam scriptura.* Y l. In exercendis. C. de fide instrument. In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. Y Auth. de instrum. cautela, & fide. §. Si verò tale. col. 6. *Existimamus ea, quæ viva dicuntur voce cum iure iurando, hæc digniora fide, quam scripturam ipsam secundum se subsistere.* En el caso presente por vna parte ay escritura autentica, y por la otra vn papel simple, restituido de otra qualquiera solemnidad, y sin testigos, que le aseguren y así es cierto, que prevalece, y debe prevalecer el dicho instrumento autentico, hecho por au-

toridad publica ante el Juez Receptor.

4. La tercera prueba es mas especial de los testamentos, y vltimas voluntades, que para que tengan valor se requiere, segun las leyes del Reyno, que asista el Escrivano Publico, y tres testigos vezinos del lugar, que estén presentes al otorgarlo: y si lo hiziere sin Escrivano Publico, ha menester cinco testigos vezinos del lugar; y si no pudiere aver cinco testigos vezinos del lugar donde se haze el testamento, ni Escrivano Publico, vale el testamento, ó vltima voluntad, como aya presentes tres testigos vezinos del lugar, que lo vean otorgar; pero aviendo siete testigos, aunque no lean vezinos del lugar, ni se haga ante Escrivano, vale el testamento, y vltima voluntad. Todo esto está expresso. l. 1. tit. 4. lib. 5. Nouæ Recop. que dispone, que se guarde esto en todo testamento, y otra qualquiera vltima voluntad. Desto se colige claramente, que aviendo Pedro expressado su vltima voluntad en instrumento autentico, y valido, segun las leyes del Reyno, no lo pudo revocar, sino expressando su vltima voluntad en otro instrumento valido, segun las leyes del Reyno, que si no quiso llamar Escrivano, ayan asistido a verlo otorgar siete testigos, ó cinco vezinos del lugar, lo qual bastaria para dicha revocacion, aunque le fuese fácil llamar Escrivano, y lo dexasse de llamar por solo no querer; porque así lo dize expressamente la dicha ley del Reyno, y así lo dizen Antonio Gom. in l. 3. Tauri. n. 47. y Villalob. in Summ. p. 2. tract. 30. dif. 3. n. 4. En el caso presente se propone por vna parte instrumento autentico, y juridico, en que Pedro expressó su vltima voluntad, y por la otra parte vn papel simple, sin solemnidad alguna, ni testigos: por lo qual el primer instrumento permanece valido, y firme, y el segundo no lo puede revocar.

5. Pero se ha de advertir, que si el papel vltimo, que Pedro hizo, es para alguna causa pia, y consta por dos testigos idoneos, que aquella fue su vltima voluntad, y que quiso revocar el primer instrumento: en tal caso debe prevalecer el vltimo, aunque sea hecho sin solemnidad de Escrivano, y testigos, que pide la ley del Reyno, con tal, que se pueda probar con dos testigos idoneos. Así consta del Derecho Canon. cap. Relatum. el 1. de testam. donde haze mencion de algunos testamentos, en que se dexaban a la Iglesia algunos legados, y los Juezes no los mandaban cumplir, por no tener los testamentos la solemnidad, que pide el Derecho de cinco testigos; y la Santidad de Alexandro III. los reprehendió. y dize: *Mandamus quatenus cum aliqua*

*aliqua*

*aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, tribus, aut duobus legitimis testibus requisitis, quoniam scriptum est in ore duorum testium stat omne verbum.* Y dize allí la Glosa: *Quod tantum de relictis ad pias causas intelligendum est.* Y comunmente los Doctores afirman, que en causas pias vale el testamento, y qualquiera vltima voluntad de legado pio, aunque no tenga la solemnidad del Derecho, de Escrivano, y testigos, como se prueba con dos testigos idoneos, que aquella fue la voluntad del difunto. Así lo dizen Molina, to. 1. de iust. disp. 134. Lelso, lib. 2. cap. 19. dub. 2. Antonio Gomez, in l. 3. Tauri. n. 110. Couarr. in cap. Relatum. 1. de testam. n. 9. Julio Claro. §. Testamentum. q. 6. n. 1. Villalob. 2. p. tract. 30. dif. 4. y es comun: los quales Autores dize, que en qualquiera Juzgado, y ante qualesquiera Juezes Eclesiasticos, ó Seculares, que se trate de disposicion testamentaria en causa pia, ó dexten a la causa pia toda la herencia, ó algunos legados, se debe juzgar segun dicho texto del cap. Relatum dando por valido el testamento, ó legado de causa pia, aunque no tenga mas solemnidad de probarte con dos testigos, que aquella fue la vltima voluntad del que así lo dispuso. Y añaden los Doctores citados, coligiendolo del dicho cap. Relatum. que solamente para la probança del fuero externo se requieren los dos testigos en este caso; mas no se requieren para obligar en el fuero de la conciencia: por lo qual si lo que dexò encomendado el difunto a su muger, era cosa perteneciente a obra pia, lo debe la muger cumplir, si pudiere, aunque no se pruebe con testigo alguno, sino que ella sola se lo aya oido. Dize si pudiere, porque si aquello de que avia de cumplir, y executar el legado pio, obliga el Juez, que se expnda en cumplimiento del testamento, ó vltima voluntad, que se probò en el fuero externo, no podrá cumplir lo que sabe, que fue vltima voluntad del difunto en orden a obra pia. La razon que ay para que en orden a legados pios, y testamentos para causas pias, se deba estar al Derecho Canonico, y no a las leyes del Reyno, es porque el Papa en las cosas, que pertenecen al bien de las almas, y fin espiritual, puede disponer en los Reynos, que no están sujetos a su jurisdiccion temporal, porque en esto es el Papa Superior a todos los Principes, y Reyes, y así puede revocar (como de hecho revocò en dicho cap. Relatum) las leyes de qualesquiera Reynos, que disponen la solemnidad, que deben tener los testamentos, è instrumentos de vltimas vo-

luntades, quando disponen, ó hazen mandas a causas pias, para que en tales causas baste solamente la solemnidad, que se requiere por Derecho natural.

6. Reduciendo en summa a tres puntos breves todo lo dicho, digo lo primero, que si al otorgar Pedro el dicho papel simple de su vltima voluntad, en que revocaba la primera disposicion, se huviesse hallado cinco testigos vezinos del lugar a verlo otorgar, aunque no los huviesse escrito en dicho papel, debia valer la dicha disposicion; y revocaba a la primera, aunque les fuese muy fácil llamar Escrivano, ó Juez Receptor, si huvieran querido, y aunque teste para causas profanas. Y lo mismo seria en caso que no huviesse podido hallar cinco testigos, ni Escrivano, y se huviesse hallado presentes al otorgamiento tres testigos vezinos del lugar; y así lo debe juzgar qualquier Juez en qualquiera testamento, y disposicion de vltima voluntad, aviendolo certificado, que se hallaron presentes cinco testigos al otorgar, ó tres en caso de necesidad, porque así lo dispone la ley del Reyno citada arriba.

7. Digo lo segundo, si al otorgar Pedro el dicho papel simple, se huviesse hallado presentes dos testigos idoneos, con que se pudiesse probar, si la disposicion no es para causas pias, no tienen valor en el fuero externo, y el Juez la debe repeler, y dar por nula, y dar por valido el instrumento primero, y mandar que se cumpla, porque así lo dispone la ley del Reyno. Pero si el dicho papel simple, y disposicion fuese para causa pia, es valido, y revoca a la primera disposicion; y así se debe juzgar en ambos fueros por qualesquiera Juezes, porque así lo dispone el Derecho Canonico, y deroga quanto a esto a la ley del Reyno, y dize, que para el valor del testamento *ad pias causas*, basta la probança ordinaria de dos testigos idoneos, que por Derecho natural se requiere para qualquiera negocio: y valiendo por testamento esta disposicion de la vltima voluntad, queda revocado el primero, porque no puede vno tener dos testamentos validos, segun Derecho. §. Posteriore. instr. quibus modis. *Posteriori testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur.* Y mas abaxo: *Prius testamentum non valet ruptum à posteriore.* Y §. Sed, & si quis. dize: *Siquis priore testamento iure perfecto posteriori aqne iure fecerit, superius testamentum sublatum est.* Por lo qual si el segundo testamento es para causas pias, y tiene dos testigos, es valido; y el primero, aunque esté hecho con todos los requisitos, queda anulado, y revocado: y si este segundo testamento sim-



simple con dos testigos no es *ad pias causas*, no vale, y tendrá el primero valor; pero valdrán los legados, que tuviere de causas pias.

8. De fuerte, que si el papel, ó disposición, que últimamente hizo Pedro, es para causas pias, y prueba con dos testigos idoneos, que lo hizo Pedro, y que fue la última disposición que hizo, debe prevalecer contra la primera disposición solemne, que hizo antes ante Escriuano Publico, ó ante el Juez Receptor, y testigos. La razon desto no es, porque vn papel con dos testigos valga mas que otro hecho ante Escriuano, y con mas numero de testigos; no es por esto, sino porque el último testamento es valido, y los demás se anulan luego que se haze otro despues, como queda probado: de fuerte, que la voluntad del testador no es firme, ni inmutable, hasta que se confirme con la muerte, y hasta aquel punto es ambulatoria; y siempre que se hiziere otro testamento, se deshazhen los hechos antes de aquel, como consta de la Sagrada Escritura, ad Hebr. 9. *Testamentum enim in mortuis confirmatum est, alioquin nondum valet dum vivit, qui testatus est.* Y del Derecho Canon. cap. Cum Marthæ. de celebr. Missar. *Novissimum, & enim hominis testamentum immobile perseverat, quia testatoris obitu confirmatur.* Y del Ciuil. l. Quod si. ff. de adimend. vel transf. legat. *Ambulatoria est voluntas defuncti, usque ad vita supremum exitum.* Y l. sequenti. *Sicut adimi legatum potest, ita, & ad alium transferri.* Y l. sequenti. *Novissima voluntas servatur.* La última disposición, que haze el difunto, si tiene valor, es última voluntad, y revoca a las demás antecedentes, aunque tengan mucho mayor numero de testigos, y de mayor calidad, y solemnidad de Escriuano, y Juez, porque esta disposición mas solemne no se opone a la menos solemne, sino cessa, y dexa de ser última voluntad, haziendo el testador otra disposición; si no es, que esta segunda disposición fuese codicilo, y no tuviese oposición alguna con la primera.

9. Digo lo tercero, si la dicha disposición segunda, que hizo Pedro, no tiene dos testigos con que se pueda probar *in foro externo*, la debe repeler el Juez, aunque sea *ad causas pias*, y mandar, que se cumpla la última voluntad de Pedro, segun el instrumento primero, y juridico, que tenia hecho. Pero si a la muger le consta, que aquella fue la última voluntad de su marido, en que murió, debe cumplir todo lo que pudiere, y le diere lugar, assi de la herencia *ad pias causas*, como de los legados; pero si la disposición, que hizo en el segundo papel simple no es *ad pias*

*causas*, está en opiniones si la muger debe cumplirla, ó no. Ambas opiniones son probables, la vna se funda en el Derecho natural, segun el qual el que es señor absoluto de alguna cosa, puede transferir el dominio de ella en quien quisiere, y aquel a quien el dueño la dá, se haze señor de ella, y no otro alguno. Y es cosa certissima, que aqui el último instrumento, que Pedro hizo sin solemnidad, aunque solamente lo aya sabido su muger, fue su última voluntad en que murió: por lo qual a los que dexó por herederos alegatarios en esta última disposición, a ellos es a quienes el difunto quiso dar su hazienda, y transferir el dominio en ellos, y no a los que dexaba por herederos, ó legatarios en el primero instrumento solemne, porque esta voluntad la revocó haziendo el segundo instrumento. La otra opinion se funda en las leyes del Reyno, y del Derecho, que dan por nulo, y de ningun valor al testamento, y disposición de última voluntad, que se hizo sin la solemnidad que disponen las leyes: por lo qual el testamento, ó disposición hecha en papel simple, y sin testigos, es nula, como si no se huviera hecho, y consiguientemente no pudo revocar la primera disposición solemne.

10. Otras razones, y textos del Derecho tienen en su favor cada vna destas opiniones, que aora dexo por no alargar mas este escrito, contentandome con dezir, que cada vna de dichas opiniones tiene gravissimo fundamento en el Derecho, y en la razon natural, y en Autores muy graves, q la defienden: y assi si a la muger de Pedro consta con toda certeza, que aquella segunda disposición sin solemnidad, ni testigo alguno la hizo su marido, y fue la última, puede en el fuero de la conciencia disponer de los bienes de su marido, segun dicha última disposición, aunque la disposición no sea *ad causas pias*: y tambien puede (si quiere) dexar esta última disposición como si no la huviera hecho su marido, y cumplir la primera solemne. Pero advierta, que si cumple la segunda disposición, se pone a peligro de que si el Juez pide cuentas del cumplimiento del testamento, no pasará por esto, y le obligará a cumplir tambien el testamento primero solemne, y no querrá pasar por el segundo, ni darle credito, por faltarle la solemnidad requisita por Derecho.

## CONSULTA II.

## PROPOSTA.

SI la competencia de dos papeles, el vno simple, como en el parecer antecedente se expresa, y el otro juridico: si aquel puede derogar a este, ó no, sea articulo mere lego, y toca al Juez Secular, segun regalía de las leyes del Rey nuestro señor? Y si es de jurisdiccion Real dicho conocimiento? Y si Juez alguno Eclesiastico puede conocer de dicho articulo, y en que penas incurrirá?

## PARECER CC. XXXX.

II. A La consulta se responde, que si dichos papeles, ó instrumentos de la última voluntad son pertenecientes a obras pias, pertenece al Juez Eclesiastico determinar la competencia entre ambos; pero si pertenecen a cosas profanas, pertenece la determinacion al Juez Secular. La primera parte se prueba, porque al Juez Eclesiastico pertenece el conocimiento de las obras pias, que dexaron ordenados los fieles en sus testamentos, y disposiciones de sus últimas voluntades. Assi consta del Derecho Can. cap. Ioannes. de testament. donde se refiere de vno, que avia dexado en su testamento algunos legados a lugares pios: *Piis locis de bonis suis in ultima voluntate legavit.* Y dize, que el Obispo Diocesano obligue a los Albaceas a cumplir estos legados: *Per Dioecesanum cogi debent testatoris expleve ultimam voluntatem.* Alli la Glossa: *Voluntates defunctorum ad pias causas per Dioecesanum Episcopum mandari debent executioni.* Y cap. Tua nobis. del mismo titulo. *Cum igitur in omnibus pijs voluntatibus sit per locorum Episcopos providendum, ut secundum defuncti voluntatem uniuersa procedant.* Y luego manda al Obispo, que amoneste, y compela a los Albaceas a cumplir la voluntad del difunto: *Mandamus quatenus executores testamentorum huiusmodi, ut bona ipsa fideliter, & plenarie in usos predictos expendant monitione premissa compelas.* Lo mismo se determina en el Derecho Ciuil. l. Nulli licere. y l. Licet testator. C. de Episcopis, & Clericor. y Author. de Ecclef. titulis. §. Siquis autem pro redempt. col. 9. *In omnibus pijs voluntatibus sanctissimos locorum Episcopos volumus providere, ut secundum defunctum uniuersa procedant.* Ya tenemos expreso de ambos Derechos, que al Juez Eclesiastico pertenece el conocimiento de los legados pios, que se

dexan en las últimas voluntades, y de las herencias *ad causas pias*.

12. Pues el Juez a quien pertenece el conocimiento destas causas, y legados, le pertenece tambien el conocimiento del instrumento, ó papel en que dexó el difunto declarada su última voluntad; porque al Juez a quien pertenece el conocimiento de vna causa, pertenece tambien el conocimiento de todo aquello, que es necesario, y conducente para determinar la causa. Consta de ambos Derechos, cap. Intelleximus. de ordine cognit. donde para determinar el articulo principal de vn pleyto matrimonial, manda el Papa al Obispo, que conozca primero de la consanguinidad de los testigos, porque el hombre les oponia, que eran consanguineos de la muger, que en su favor los presentaba, y dá la razon: *Cum exceptione probata, questi o principalis permittitur, ante est cognoscendum de ipsa, quam ad definitionis articulum procedatur.* Y alli la Glossa declara elegantemente, que de las questiones, que suelen intervenir en el articulo principal de algun litigio, vnas son incidentes, y otras emergentes. Question incidente es aquella, que antes de la contestacion del litigio está adherente a la causa de fuerte, que no sobreviene al litigio ya empezado, sino que antecede a el. Question emergente es aquella, que empezado ya el pleyto, se atraviesa, y origina en el mismo litigio. Y dize alli la Glossa, que acerca de la question incidente, no ha de pronunciar sentencia el Juez, sino ha de conocer de ella, y pronunciar sentencia en la causa principal: *Super incidenti questione pronuntiar non debet, sed tantum cognosci de ipso; sed super principali solum modo, quia eo ipso, quod pronuntiat super principali questione, satis intelligitur esse pronuntiatum super incidenti per quamdam consequentiam.* Pero acerca de la question emergente ha de pronunciar sentencia: *In istis pronuntiare debet, alias non potest procedere iudex in principali, nisi in his pronuntietur.* Aunque muchos Autores dizen, que sea la question que se ofrezca emergente, ó incidente, siempre debe el Juez pronunciar acerca della. Veanse los que cita alli la Glossa, y Glossa, in l. Adite. C. de ordin. iud. Pero todos los Doctores concuerdan en que nunca puede embarazar al punto, y articulo principal de la causa: y especialmente es forzoso que el Juez Eclesiastico conozca del valor de los instrumentos, que presentaren las partes en los litigios, de que debe conocer el Juez Eclesiastico; porque de otra fuerte, ni de las Capellanias, ni obras pias de los legados

dos pios, pudiera conocer sin remitir primero los litigantes al Juez Secular, que reconociese los instrumentos, qual prevaleciese; y seria diminutissima la jurisdiccion Ecclesiastica, si no pudiera conocer, ni juzgar del valor de los instrumentos en que estan las causas Ecclesiasticas, y qual es mas legitimo, y debe prevalecer. El conocimiento del instrumento esta tan conjunto con la causa, y es tan intrinseco a ella, que no se puede llamar causa distinta, ni articulo distinto, y assi es forzoso, que el Juez a quien toca el conocimiento de vna causa, le pertenezca tambien el conocimiento de los instrumentos, y escritura. Y quando se quiera dezir, que es questio distinta, por lo menos es incidente a la causa pia, y assi es forzoso, que el Juez Ecclesiastico reconozca dichos instrumentos, y los juzgue en quanto conducen al juicio de la obra pia, o legado pio, que dexò el difunto, como consta del cap. referido del Derecho. y cap. de prudentia. de donationib. *De matrimonio principaliter cognovisti, & de dote, qua est causa incidens accessorie cognoscere valuisti, & sententialiter deservire.* Y l. Adite. C. de ordine Iudicior. *Pertinet ad officium Iudicis, vniuersam incidentem questionem, que in iudicium de vocatur, examinari.* Y es de notar, que alli trata de vna questio incidente, cuya determinacion no pertenecia al Juez de la causa principal de que era el litigio, y determina el Derecho alli, que no obstante examine dicha questio por ser incidente; pero que no pronuncie sentencia de la questio incidente, sino de la causa principal, que era de la herencia: *Quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat.* Y l. Cui. ff. de iurisd. om. iud. *Cui iurisdicchio data est, ea quoque concessa esse videtur, sine quibus iurisdicchio explicari non potuit.* Es imposible, que se juzgue de la causa pia, si no se juzga del instrumento, y papel, por el qual consta la causa pia: por lo qual debe conocer de dicho instrumento el Juez Ecclesiastico.

13. Pruebase esto tambien del cap. Cum esset. de testam. donde manda el Papa Alexandro III. debaxo de descomunion, que los testamentos hechos sin la solemnidad, y sin el numero de testigos, que disponen las leyes, se tengan por validas, y por firmes las vltimas voluntades de los difuntos, hechos sin dicha solemnidad, y dize alli la Glossa, que habla alli el Derecho de los legados, que se dexan a las Iglesias, y de las demas obras pias, no de las profanas. Y cap. Relatum. el primero de testam. dispone el Derecho, que en los legados, que se dexan a la Iglesia, no se juzgue segun las leyes, sino segun los Sagrados Ca-

nonnes, y que admitan el instrumento de la vltima voluntad del difunto, y lo den por valido, aunque no tenga los requisitos de las leyes: *Cum ad vestrum examen super relictis Ecclesia causa deducitur, vos nisi septem, vel quinque idonei testes interuenerint, inde postpositis iudicare, mandamus quatenus, cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, tribus, vel duobus legitimis testibus requisitis.* Claramente aqui se manda a los Juezes Ecclesiasticos, que en las causas, y legados pios conozcan del instrumento, y lo aprueben, y den por valido, segun los Sagrados Canones, aunque sea contra lo dispuesto por las leyes. De aqui se colige claramente, que si huviere vn testamento conforme a Derecho ante Escrivano, y testigos, y otro hecho despues sin esta solemnidad, pero que se pudiese probar con dos testigos, que este vltimo sin solemnidad, fue la vltima voluntad del difunto, y el testamento, o disposicion, que vltimamente hizo: toca al Juez Ecclesiastico declarar, que este vltimo testamento es el verdadero, y que no vale la primera disposicion solemne. La razon es, porque como consta del Derecho, cap. Relatum. el testamento *ad pias causas* vale en ambos fueros, si se prueba con dos testigos, y el Juez Ecclesiastico lo debe dar por valido; luego dara por nulo al testamento, o disposicion solemne, que se hizo antes, porque haziendose otro testamento valido, se rompe, y se anula, y da por nulo el que estava hecho antes, por solemne que sea, y juridico, como se dixo respondiendo a la duda primera, que la disposicion vltima vence a todas las que se hizieron antes.

14. La segunda parte de la resolucion desta duda, de que si estas disposiciones no son para causas pias, pertenece el conocimiento de los instrumentos al Juez Secular, consta de los mismos textos del Derecho, cap. Ioannes. de testam. dize, que los legados pios del testamento ha de hazer cumplir el Obispo Diocefanico. y cap. Tua nobis. de testam. habla con la misma restriccion. *In omnibus pijs voluntatibus sit per locorum Episcoporum providendum, ut secundum defuncti voluntate vniuersa procedant.* En los legados pios conozcan los Obispos del cumplimiento de la vltima voluntad del difunto, donde se ve, que el mismo Derecho Canonico dexa el conocimiento de las vltimas voluntades, que no son *ad pias causas*, y los legados, que no son para obras pias, al Juez laico. Y cap. Relatum. el 1. de testam. habla de la misma suerte: *Super relictis Ecclesia,* y manda alli, que no se

se juzguen estas causas, segun las leyes Seculares, sino segun los Sagrados Canones: de donde se colige, que en otros legados para cosas profanas dexa, que se juzguen segun las leyes, y configuientemente lo dexa por punto perteneciente a la jurisdiccion laical. Y cap. Cum esset. de testam. parece, que el Derecho habla alli de todo testamento, y manda, que se proceda segun los Sagrados Canones, y no segun las leyes. Y alli la Glossa lo limita, diciendo, que habla solamente de los legados pios, y testamentos *ad pias causas*, o se debe entender, que dispone alli esto, para que se observe en las tierras sujetas a la jurisdiccion del Papa en lo temporal: *Istud locum habeat super relictis Ecclesia, siue ad pias causas favore Religionis, vel Papa statuit hoc tantum in his observandum, in quibus habet temporalem iurisdictionem, quia quantum ad illos potuit legibus derogare.* Y mas arriba dize mas expresamente, que no puede el Papa en los legados, y testamentos, que no son *ad causas pias*, derogar a las leyes: *Nec forte posset tollere leges quantum ad eos, qui non sunt de sua temporali iurisdictione.* De suerte, que esta materia de vltimas voluntades es puramente laical: por lo qual se debe juzgar en ella por las leyes de los Principes Seculares, y el Papa no puede disponer, que se juzgue en ellas por los Sagrados Canones; y assi por la misma razon no puede hazer, que pertenezca al Juez Ecclesiastico, porque es causa puramente lega, y asi al Juez lego pertenece el conocimiento della, y del instrumento, y escritura por donde se probare.

15. Resta que terminar a que Juez pertenece el conocimiento desta causa, si la vna disposicion es de causa pia, y la otra de cosas profanas? a lo qual se responde, que pertenece en tal caso al Juez Ecclesiastico; porque quando se vnen dos causas, la mas digna trae a si a la menos digna. Cap. Quod indubios. de consecr. Eccl. *Non negamus, quin oleum non consecratum consecrato possit oleo commisceri.* Y alli la Glossa dize: *Sacrum tanquam dignius trahit ad se non sacrum.* Y del Derecho Ciuil se colige lo mismo, l. Queritur. ff. de statu hominum. y alli dize la Glossa: *Nota prenalere, quod plus est.* Y l. Et si non sunt. ff. de auro, & argento legat. *Accesio cedat principali.* Coligete lo mismo de la l. Quae Religiosis. ff. de rei vindicatione. *Quae Religiosis adherent, Religiosa sunt, & id circo, nec lapides in adificati postquam remoti sunt, vendicari possunt.* De suerte, que las piedras, que no eran cosa Sacra, ni Religiosa, puestas en edificio Religioso, se hazen de su calidad. Prueba tambien esto, l. Si alieni. de solut. donde vno pagò vna

deuda que debia, con dinero que quitò a otro: el que lo recibio lo mezclò con el tuyo, y dize alli la ley: *Si mixti alijs, sint ita, ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit.* Y alli la Glossa: *Quasi sint consumpti per inmixtionem cum alijs.* De fuerte, que el que recibio de su deudor el dinero ageno, que no le podia pagar, si lo tenia separado, o se podia distinguir, lo debe bolver, porque no adquirio dominio del, y le queda accion de cobrar su dinero del deudor, que no pudo satisfacer con dinero ageno. Pero si lo mezclò con el tuyo, y no se puede distinguir, adquiere dominio del, porque todo se haze de vna calidad, y aquel a quien el deudor lo hurtò, tiene accion para cobrar su dinero del ladron: de fuerte, que aquel dinero se hizo de la calidad del otro a que se juntò, y aun dexò de ser el que era, que esto quiere dezir la Glossa quando dize, que quasi se consumiò con la mezcla. Lo mismo en este caso, que aviendo dos causas, que no se pueden diuidir, vna Ecclesiastica, y otra lega, ambas se deben decidir por el Ecclesiastico, y la causa lega es como si fuera Ecclesiastica, porque la mas digna trae a si la menos digna.

16. Y explicando del modo que estos instrumentos pueden ser el vno de obra pia, y el otro de profana, digo, que si el primer instrumento juridico, y solemne es para causa pia, y el segundo para causa profana; en tal caso el segundo no vale, porque las leyes lo dan por nulo, y los Sagrados Canones no le favorecen, y assi el Juez Ecclesiastico entra sin contradiccion, haziendo executar el primero, y repeliendo el segundo como nulo, y de ningun valor. Si el primero es para causas profanas, y el segundo es para causa pia, ha de ver el Juez Ecclesiastico, si el valor del segundo se prueba con dos testigos, y para esto le toca el conocimiento, que es instrumento de causa pia. Si no se puede probar, puede el Juez Ecclesiastico dexar la causa como meramente lega al Juez Secular; pero si el instrumento segundo se prueba con dos testigos, toca al Juez Ecclesiastico darlo por valido por lo que queda dicho, y declarar por roto, y revocado al primero, aunque solemne; y si ambos son *ad causas profanas*, pero contienen algunos legados pios, vale el primer testamento, o disposicion de la vltima voluntad, por estar hecho conforme a las leyes del Reyno; pero debense cumplir los legados pios del segundo, si se prueban como dicho es. Y si se oponen con los del primero, prevalecen los del segundo, como se colige de los textos del Derecho ya alegados, en que se dà por valida qualquiera disposicion de vltima

ma voluntad para cosa pia, aunque no tenga la solemnidad, que piden las leyes, como consta por prueba suficiente por Derecho natural, y así lo afirman comunmente los Doctores: veanse a Couarr. in cap. Relatum. l. n. 3. Molin. disp. 134. Villalob. 2. p. tract. 30. dif. 4.

17. De lo dicho se colige, que el Juez Eclesiastico, que se metiere en juzgar dicha causa, si es disposicion para causa pia, ó contione legados pios, no incurre en pena alguna, antes obra bien. Pero si fuessen ambas disposiciones profanas, sin legados pios, hará mal el Juez Eclesiastico en entrometerse en juzgar dicha causa; pero no tiene por ella pena determinada en el Derecho, sino solamente, que la sentencia será de ningun valor, y todo lo que actuare, como consta del cap. Atí Clerici. de iudicijs. *Sicut enim sententia a non suo iudice lata non tenet, ita nec facta confessio coram ipso.* Y cap. Ex tenore. de foro competenti. se propone este caso, que el Conde de Bretaña propuso ante el Summo Pontifice, que dos Juezes Eclesiasticos, el Arzobispo Turonense, y el Tesorero de la misma Iglesia conocian de vna causa, que se litigaba entre dos subditos suyos, y le pertenecia. El Papa responde mandandoles, que considerada bien la causa, si hallaren que no es Eclesiastica, remitan luego al punto los litigantes al dicho Conde: y si fuere de materia perteneciente al foro Eclesiastico, que la juzguen, y no trata de poner pena alguna a los Juezes, si se huviesen entrometido en causa puramente lega. No obstante, si huviesse vn Juez Eclesiastico cautado mucho escandalo en el comun, ó daño a las partes, y costas, por seguir causa, que no le tocaba, y el arrojamiento huviesse sido mucho, y la temeridad por aver atentado conocer de la causa, sin fundamento alguno, no ay duda sino que mereceria pena conforme a la grauedad, y calidad de la culpa, segun el arbitrio del Juez, y le avian de obligar a pagar los daños, y costas. Cap. Si culpa. de iniurijs, & damno dato. *Si tua culpa datum est damnum, vel iniuria irrogata, seu alijs irrogantibus opem tulisti, iure super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse contingere, vel iacturam.*



### CONSULTA III. PROPVESTA.

SI dicho papel simple, ó memoria sin forma alguna juridica, y sin palabras expresivas de su vltima voluntad del dicho enfermo, ni revocativas del instrumento juridico, que tenia fecho, estando en papel comun, contra la Pragmatica del papel sellado, haze fé, y si se debe admitir en juizio?

#### PARECER CC. XXXXI.

18. La consulta se responde, que no tiene quatro defectos de la segunda disposicion de Pedro, y pregunta si con todos ellos haze fé, y se puede admitir en juizio. El primer defecto es, que dicho papel simple, ó memoria está sin forma alguna juridica: a esto ya queda dicho, que si el testamento, ó papel simple de la vltima voluntad no es *ad causas pias*, no vale no estando en forma juridica; pero si es *ad causas pias*, vale, y haze fé en juizio, y fuera del, y se debe admitir, con tal que se pruebe con dos testigos idoneos, que lo contenido en aquel papel fue la vltima voluntad del difunto.

19. El 2. defecto de dicho papel, es, que está sin palabras expresivas de la vltima voluntad del difunto. A esto se responde, que no es necesario, que el enfermo aya expresado, que aquella es su vltima voluntad, sino basta, que conste que hizo aquel papel, para que por él constase lo que avian de hazer sus Albaceas despues de su muerte, y que lo contenido allí, quito que se guardasse, y aunque en el dicho papel hable con su muger, rogandola, y encargandola lo que ha de hazer de sus bienes en muriendo él, es bastante expresion de su voluntad. Así consta del Derecho, l. Quoniam. C. de testam. *Verborum non esse necessariam observantiam, virum imperativis, vel directis verbis fiat, aut inflexis, nec enim interest, si dicatur, heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit, sed quibuslibet confecta sententijs formata institutio, valeat, si modo per eam liquerit voluntatis intentio, nec necessaria sunt momenta verborum, qua forte seminecis, & balbutiens lingua profudit.* No pudo dezirlo mas claro. En constando por las palabras la intencion del enfermo, vale su disposicion, y no se ha de atender a los momentos de las palabras, si sobra alguna, ó falta, y si explicó su voluntad por via de ruego, ó de encargo, ó deseo. De qualquiera suerte que lo aya dicho vale, con tal que conste qual fue la voluntad vltima. Lo mismo se colige de la l. Si in nomine. C. de testam. *Si testator erraverit, nec tamen de quo senserit incertum est, error huiusmodi, nihil officit veritati.*

El

20. El defecto tercero de dicho papel es, que no contenia palabras revocativas del instrumento juridico, que ya tenia fecho. A esto se responde, que para revocar vn testamento, ó disposicion de vltima voluntad, no son menester mas palabras, que hazer otro testamento, ó otra disposicion, que tenga fuerza de testamento, como queda ya probado; porque por Derecho el segundo testamento rompe, y anula al primero de fuerte, que solamente puede valer el vltimo, sino es, que aquella vltima disposicion tuviesse forma de codicilo, que en tal caso no revocaba a la primera, porque el codicilo se compadece muy bien con el testamento, y con otros muchos codicilos.

21. El quarto defecto es, que dicha disposicion está en papel comun, contra la Pragmatica del papel sellado. Responde se, que si esta vltima disposicion es para causa pia, vale, aunque no esté en papel sellado, porque en el Tribunal Eclesiastico no se gasta papel sellado, sino comun: por lo qual solamente se han de atender dos condiciones en la dicha segunda disposicion, que son, si fue para obras pias, y si se prueba con dos testigos idoneos: si tiene estas dos condiciones, vence al testamento juridico, que se hizo antes, y haze fé, y se debe admitir en juizio, y fuera del, y si le falta alguna de dichas dos condiciones, no haze fé en juizio, ni le debe admitir el Juez.

### CONSULTA IV.

#### PROPVESTA.

SI dicho enfermo, teniendo a la vista tres Juezes Receptores, debió hazer con vno dellos papel en forma, para revocar el primero instrumento que avia fecho, pues no estava en extrema necesidad, y tuvo sobradissimo tiempo, y juizio para hazerlo? y si es malicioso dicho papel simple?

#### PARECER CC. XXXXII.

22. La consulta se responde, que para revocar el instrumento de su vltima voluntad, ó testamento autentico, que tenia fecho, no tenia necesidad de llamar Juez Receptor, ni Escriuano, aunque lo tuviesse muy a mano, porque le bastava hazer su testamento delante de cinco testigos vezinos del lugar, ó delante de siete testigos, aunque no fuesen vezinos de allí. Así lo disponen las leyes del Reyno. l. 1. tit. 4. lib. 5. Noua Recop. donde se determina, que valga el testamento fecho sin Escriuano, con el numero de testigos referido, sin restriccion algu-

na de caso de necesidad. Y siendo valido el segundo testamento, queda revocado el primero, como se probó en la resolucion de la primera duda: y esto se entiende, aunque el segundo testamento, ó instrumento de vltima voluntad, fuesse *ad causas profanas*. Pero si fuesse para causas pias, bastará que aya dos testigos idoneos, conque se pruebe, que lo allí dispuesto es vltima voluntad del difunto, y que aquello fue lo que vltimamente otorgó, porque así lo dispone el Derecho. Cap. Cum esses. & cap. Relatum. el 1. de testam. donde se determina, que el testamento *ad causas pias*, y legados pios de qualquiera testamento, valen en ambos fueros, aunque no tengan solemnidad alguna del Derecho, como se pruebe su verdad con dos testigos; y consiguientemente dando el Derecho por valido el segundo testamento, dá por nulo el primero. Pero si el segundo instrumento no se prueba con dos testigos, lo debe repeler el Juez, aunque sea *ad causas pias*, porque en el fuero externo se tiene por sospechoso, y valdrá el primero. Y si dicho segundo instrumento *ad causas profanas*, no tiene cinco testigos vezinos del lugar, ó siete, lo debe repeler el Juez, porque la ley del Reyno citada lo dá por nulo.

### CONSULTA V.

#### PROPVESTA.

SI solo en partes en donde ay indigencia de Escriuano, y Juezes Receptores, se haze semejante papel simple, por obligar entonces el precepto natural?

#### PARECER CC. XXXXIII.

23. La consulta se responde, que en caso de necesidad, que no se hallasse Escriuano, ni Juez Receptor, bastan tres vezinos del lugar, que se hallen presentes al otorgar el instrumento de la vltima voluntad, porque así lo dispone la ley del Reyno citada. Y no ayiendo allí dichos testigos, se dará por nula la disposicion, y por valida la primera, que ya tenia hecha, aunque quando hizo esta segunda se hallasse, en vn desierto, donde no fuesse posible hallar Escriuano, ni tres testigos, porque así lo dispone el Derecho para evitar peligro de fraudes. Si testasse para causas pias en caso de necesidad urgente, tambien se requiere, que se pueda probar por lo meritos con dos testigos, que aquella fue vltima voluntad del difunto, para que el Juez pueda favorecerla, y dar por



revocada la primera disposicion, y no aviendo dos testigos, no ay suficiente prueba, cap. Licet. de testib. *Licet quedam sint causa, quae plures quam duos exigant testes, nulla est tamen causa, quae unius testimonio (quamvis legitimo) terminetur.* Y l. iuris iurandi. C. de testibus.

## CONSULTA VI.

Sobre si el testamento, que hizo un Indio sin asistencia de Escriuano (aviendolo en la Prouincia) más con asistencia de testigos, cuyos nombres no se escriuieron en dicho testamento, sea valido? *Item se consulta, si por una clausula de dicho testamento quedaron libres unos esclavos?*

## PROPOSTA.

EN la Prouincia de Pangasinan, vna India llamada Maria, hizo testamento sin asistencia de Escriuano; y aunque hubo presentes algunos testigos, no se escriuieron en el testamento, sino solamente está con la firma del nombre de la testadora. Hallóse presente un Religioso Sacerdote, que sabia muy bien la lengua Pangasinana, el qual dispuso a la testadora, y la dirigió. En dicho testamento, después de avel referido que tiene un esclavo llamado Bernardo, y dispuesto dél, se sigue inmediatamente otra clausula, que traducida fielmente en nuestra lengua Castellana, dize: Este esclavo Bernardo tiene quatro hijos, vna muger, y tres varones, estos no han de ser esclavos, porque no parecerá bien delante de Dios, porque su madre de ellos es libre. Supuesto esto se pregunta, si todos quatro hijos de dicho Bernardo esclavo, se deben dar por libres en conciencia?

## PARECER CC. XXXIV.

24. Para responder con mas claridad a este caso supongo, que es costumbre inmemorial de los Indios de la Prouincia de Pangasinan, desde el tiempo de su gentilidad observada hasta ahora, que los hijos en quanto a la condicion de seruidumbre, o libertad siguen al padre, y a la madre por mitad de suerte, que entre los Indios, si el padre es esclavo, y la madre libre, o por el contrario, el padre libre, y la madre esclava, la mitad de los hijos son libres, y la otra mitad esclavos. Y si el padre es esclavo de un amo, y la madre de otro diferente, la mitad de los hijos son esclavos del amo del padre, y la otra mitad del amo de la madre. Y no obsta, que segun el

Derecho Ciuil, y del Reyno: *Partus sequitur ventrem*; porque no obitante esto, a los Indios se les debe guardar la costumbre dicha, porque no es contra Derecho Natural, ni Diuino, y por Cedula de su Magestad está mandado, que a los Indios les dexen observar sus costumbres, que fueren desta calidad; y los Autores comunmente dizen, que esta regla: *Partus sequitur ventrem*, aunque es lo mas conforme a natural, con todo esto donde huviere otra costumbre se debe guardar. Assi lo dize Silveit. in Summ. verb. Seruitus q. 4. y Panorm. in cap. Licet. de coniug. servor. y la Glossic. cap. Liberi. 32. q. 4. y Villalob. 2. tract. 10. dif. 9. Por lo qual si el dicho testamento fuere nulo, o en él (aunque fuere valido) no constare su voluntad de la difunta, que queda libres todos quatro hijos de dicho esclavo Bernardo; en tal caso debian ser los dos libres, segun la costumbre de los Indios; y darlos por libres a todos quatro, feria injulicia contra los berederos; pero si el testamento es valido (por lo menos quanto a la clausula referida) y en ella consta ser voluntad de la difunta, que todos quatro quedé libres, se debe declarar por libres todos quatro; y feria injulicia clara hazerlos esclavos a los dos, porque feria quitar a los pobres esclavos la libertad, que su ama les dio, y quien interviniese en esto, tendra obligacion de restituirles. Supuesto esto, toda la dificultad de este caso consiste en averiguar dos puntos. El primero, si el dicho testamento, o por lo menos aquella clausula de los esclavos, es valida *saltem in foro conscientiae*. El segundo punto es, explicar la dicha clausula, y averiguar, si su legitimo fin es dar libertad a todos quatro esclavos hijos de Bernardo, o solamente es dexar, que se disponga dellos segun la costumbre de los Indios.

25. Quanto al primero punto digo, que el dicho testamento es valido por quatro causas. La primera, porque el Derecho del Reyno no pide necesariamente para el valor del testamento abierto, que llaman nuncupativo, que asista el Escriuano. Vease en el lib. 5. de la Nueva Recop. tit. 4. l. 1. y 2. donde claramente dize, que si el testamento se haze delante de Escriuano, basten tres testigos vezinos del pueblo; pero sin Escriuano, aunque lo aya en el pueblo, y pueda ser llamado, si no lo llaman, son necesarios cinco testigos vezinos del pueblo, o si no son vezinos, han de asistir siete; pero si no se hallaren en la ocasion cinco testigos del pueblo, ni Escriuano, en tal caso vale el testamento con solo tres testigos vezinos del tal pueblo. Esta es ley expresa del Reyno, y lo dizen

co-

comunmente todos los Doctores, que han escrito en los Reynos de España, especialmente lo dize el señor Ilustrissimo Tapia, Arçobispo de Sevilla, que escriuio el año de 1657. tom. 2. de su Catena Moral, lib. 5. q. 21. art. 2. n. 5. y el Maestro Martinez de Prado, que escriuio el año de 1656. tom. 2. Theol. Moral, cap. 2. 9. q. 6. n. 4. Villalob. to. 2. tract. 30. dif. 3. p. Fr. Martin de S. Joseph, lib. 2. de testam. tract. 2. n. 2. Molina, to. 1. de iust. disp. 127. Ni es necessario para el testamento abierto, que se escrivan los nombres de los testigos, sino basta que se hallasen presentes al otorgarlo, como lo dizen expresamente los mismos Autores, deduciendo de las leyes del Reyno, y con mas especialidad Villalob. 2. p. tract. 30. dif. 2. n. 2. y dif. 5. n. 4. y el P. Fr. Martin de S. Joseph, loc. cit. n. 16. Por lo qual el dicho testamento de la India vale en ambos fueros, aunque fuere entre Españoles, con tal que los testigos, que asistieron, ayan sido cinco, y si no se podian hallar mas, ni avia alli Escriuano, ayan sido tres, vezinos del mismo pueblo donde se hizo el testamento. Vease si de hecho asistieron, y no es menester otra razon, porque basta esta sola, que es expresa ley del Reyno, que el testamento desta manera es valido.

26. La segunda razon: dado que al dicho testamento le faltasse la solemnidad que requiere el Derecho, y que no asistiesen los tres testigos referidos al otorgarle, en tal caso es cosa cierta, y sin duda alguna, que valen las clausulas, y legados, que se hazen por causa pia. Esta es comun sentencia de los Doctores, y consta expresamente del Derecho Canon. cap. Cum esses, & cap. Relatum. 1. de testam. y lo dizen comunmente los Autores, assi antiguos, como modernos. Couar. in dict. cap. Relatum. n. 1. Julius Clarus. ff. testament. q. 6. n. 1. Molin. tract. 2. disp. 134. Spino de testam. Gloss. 3. l. n. 43. nuestr. Tapia, to. 2. Catena. Mor. lib. 5. q. 21. art. 3. Villalob. 2. tract. 30. dif. 4. Fr. Martin de S. Joseph, lib. 2. de testam. tract. 4. Porque es sentecia comun, que el testamento, o legados *ad pias causas* no requieren solemnidad, ni otra cosa, sino que de alguna manera conste la voluntad del testador: de suerte, que para el fuero exterior solamente se requieren dos testigos, como parra qualquiera prueba, aunque no fuesen escritos, sino que afirmen, que lo oyeron al testador, y para el fuero de la conciencia, no es necesario testigo alguno, sino que el heredero, o qualquiera por cuya cuenta corriere cumplir el testamento, debe cumplir los legados pios, que de qualquiera manera le constaren, aunque no estén escritos en el testa-

mento. En el caso presente sin duda consta, que la dicha India hizo testamento, y que esta fue su voluntad, aunque no huviere mas testigos, que el dicho Religioso, que lo testifica, y no es cosa que ceda en su prouecho, ni se puede presumir fraude en dicho Religioso: por lo qual deben valer, y valen todas las obras, y legados pios de dicho testamento, y qualquiera que impidiere su execucion estará obligado en conciencia a restituir. Este legado de dar libertad a esclavos, es legado pio. Lo primero, porque consta expresamente del Derecho Ciuil, l. In testamentum. ff. de fideicommiss. libert. & Baldus. Lo segundo, porque todo lo que se manda en testamento a personas miserables, se presume hazer se por misericordia, y por obra pia, como dizen comunmente los Doctores: veanse los citados arriba, y no pueden ser mas miserables que los esclavos. Lo tercero, porque en la vida de los Santos martires Gervasio, y Protasio, que celebra la Iglesia a 19. de Junio, entre las obras pias destes Santos, por donde se dispulieron para recibir el martirio, y de que tomaron ocasion para tenerles odio, y acusarlos los Sacerdotes de los Idolos, se cuenta esta, que dieron libertad a sus esclavos, y lo demás del patrimonio, y hacienda la dieron a pobres de fuerte, que la Iglesia en el rezo destes Santos refiere por obra tan pia, y heroyca el dar estos Santos la libertad a sus esclavos, como dar lo restante de su hacienda a otros pobres.

27. La tercera razon es, porque admitiendo, que el dicho testamento no tuviere la solemnidad del Derecho, ni fuere causa pia el legado de la libertad de esclavos; con todo esto no es licito a las personas privadas darlo por nulo, o impedir su execucion, sino solamente al Juez, que tiene por oficio procurar que se observen las leyes del Reyno, y revocar, y anular los ratos, que se hizieron contra ellas. Para mayor inteligencia desta razon supongo, que acerca de si el testamento, que se hizo sin la solemnidad del Derecho, es valido, ay opiniones: vna dize, que es valido en conciencia, porque el Derecho natural prevalece a todas leyes humanas; y es Derecho natural, que toda persona libre, que tiene entero dominio de sus bienes, que no los tiene obligados por otra via a otra persona, puede hazer dellos lo que le pareciere conveniente, y darlos a quien quisiere, y que la donacion sea valida, aunque las leyes dispusieron otra cosa, y los Juezes por sentencia quisieran invalidarla. La contraria sentencia tambien es probable, que dize, que puede el Principe disponer el modo con que se han de hazer los contratos, y donaciones, y testa-

men.

mentos, y que los que se hizieren de otra fuerte sean nulos. Supuestas estas dos opiniones, dize lo comun de los Doctores, que para seguir esta segunda opinion de que se anule la manda del difunto por falta de solemnidad, y constando, que fue voluntad del difunto dar tal cosa a vna persona, despues negarsele, y no cumplirse la manda, es necesario, que intervenga autoridad de la justicia por sentencia, que anule, è irrite la manda. Assi lo dize Martinez de Prado, en Theolog. Mor. cap. 26. q. 3. y el Ilustrissimo señor Tapia en el lugar cit. el Maestro Soto, in 4. dist. 29. q. 1. art. 3. Bañez, 2. 2. q. 62. de domin. disp. 5. dub. 4. Ledesm. in Summ. to. 2. tract. 8. cap. 3. Ludouicus Lopez, in instruct. conf. 2. p. cap. 14. q. 2. & q. 6. Fr. Juan à Cruc. in 7. precept. q. 1. art. 5. dub. 25. concl. 4. Serra. 2. 2. q. 66. art. 2. dub. 5. concl. 2. y es comun entre los Autores de la Orden, y entre los de fuera tambien. Thom. Sanch. lib. 4. conf. cap. 1. dub. 24. n. 5. & 6. Julio Claro, de testam. q. 90. Fr. Martin de S. Joseph, de testam. tract. 8. n. 4. & 5. Lefcio, Lugo, Henriquez, Palacios, Burgos de Paz, Ripa, y otros muchos, que dizen, que no es seguro en conciencia por autoridad privada, y sin sentencia de Juez hazer, que no se cumpla lo que consta que fue voluntad, y disposicion del difunto en su propia hacienda; porque no ay ley expresa, que de por nulo *ipso facto* el testamento, ó disposicion, que no guarda la solemnidad del Derecho, ni la costumbre ha interpretado, ni entendido ser nulo el testamento, ó legado sin solemnidad *ipso facto*; antes todas las personas tomerosas de Dios hazen escrupulo de retener lo que les cõsta, que el difunto dispuso, y mandò, que se diese a otro, aunque no lo pusiese en la clausula del testamento, ni por escrito. Y yo he visto, que esta es la practica en Manila, que muchos antes de morir dexan mandado de palabra, que se hagan algunos legados, y mandas, y de hecho las cumplen, y hazen graue escrupulo de lo contrario, no solamente las personas virtuosas, sino aun los mas desbarataços: por lo qual tègo por cierto, que aunque el dicho testamento no tuviese la solemnidad necesaria, ni fuese *ad pias causas*, se debè cumplir mientras el Juez no lo irritare por sentencia en juicio contradictorio, y lo contrario no es seguro en conciencia, y serà cosa escandalosa entre los Indios, y entre los Españoles, que lo supieren.

28. La quarta razon es la costumbre inmemorial de los Indios, que regularmente hazen sus testamentos sin Escriuano, ni testigos, ni papel sellado, porque esta costum-

bre no es contra Derecho Natural, ni Diuino, antes es muy conforme a la pobreza, sinceridad, y rudeza de los Indios. Si la ley de que *partus sequitur ventrem*, siendo tan justa, y conforme a razon, y Derecho natural, como dize S. Thom. in 4. dist. 36. y comunmente los Doctores, no la figuen los Indios, ni la deben seguir, porque tienen costumbre en contra: por què se les ha de obligar a seguir la ley de que sus testamentos se hagan por Escriuano, y demás solemnidades, teniendo costumbre en contra, de que sus testamentos valgan, y se executen hechos sin estas solemnidades? Antes tengo por cierto, que si alguno quisiese entablar entre los pobres Indios la observancia de las solemnidades, que se observan en los testamentos de los Españoles, les haria notabilissimo agravio, è injuria, echandoles acuestas vna carga intolerable, y a los que tal intentassen introducir, se les podria dezir con iustissima razon aquello de los Actos de los Apostoles, cap. 15. *Nunc ergo, qui tentatis Deum, imponere iugum super cervices Discipulorum, quod neque patres nostri, neque nos portare potuimus.* El modo con que se hazen, y executan en estos tiempos los testamentos por los Escriuanos, y demás Ministros, seria intolerable a los Indios: solamente los que han sido Albaceas saben los gastos, y molestias que se pasan en vn testamento, que si se haze con Escriuano, y con los demás requisitos, de la fuerte, que aora se vfa entre los Españoles, es fuerza hazerle en papel señalado (porque los Escriuanos no pueden hazer instrumento valido en otro papel) luego es menester que el Alcalde admita a los Albaceas, para que puedan exercer este cargo, y todo se pide con peticiones en forma, y en papel sellado, hazer inventario, almonedas, juramento, jurisdiccion, y otra multitud de diligencias, y todo cuesta dineros. Todo esto seria para los Indios intolerable carga; y assi se les debe guardar su costumbre, y estilo, y llano modo de hazer su testamento, mediante el Religioso su Padre espiritual, ò algun Indio de quien tenga el testador confianza, ò que de qualquiera fuerte que conste con certeza moral qual fue la voluntad del difunto de palabra, ò por escrito, se tenga por testamento, y vltima disposicion valida. Con esto queda este punto bastante cierto, y averiguado, y todos los Ministros del Sagrado Euangelio, que asisten en los Partidos de los Indios pobres, y desvalidos, debieran sentar en èl.

29. Quanto al segundo punto, digo, que la clausula en parte està clara, y en parte ambigua, y obscura: està clara en quanto a la dis-

posicion, que dize, que dichos quatro hijos de Bernardo no han de ser esclavos; pero la razon que luego dà causa obscuridad, que dize: *Porque no parecerà bien delante de Dios, que sean esclavos, porque su madre es libre.* Esta razon puede hazer dos sentidos: el vno es, que la testadora juzgasse, que era pecado, y ofensa de Dios dexar por esclavos a los dos hijos del dicho Bernardo, pensando, que tenia obligacion en conciencia a dexarlos libres a todos quatro, por serlo la madre, y esto se vè, que es engaño, y error, porque con segura conciencia podia dexar a dos por esclavos, y a los otros dos por libres, por la costumbre legitima de ellos. Y si la India testadora procedió con este error de fuerte, que ella quisiese dexar los dos hijos de Bernardo por esclavos de sus herederos, y el tal error la obligò a no dexarlos; en tal caso en conciencia se deben declarar los dos por esclavos, porque sin duda el tal error causò involuntario. Otro sentido cave tambien en la dicha razon, y es, que no parecerà tan conforme a razon, y a la ley natural, y configuientemente delante de Dios, que queden esclavos siendo la madre libre. Este sentido es muy comun entre gente vulgar, y ordinaria, especialmente, quando hazen sus testamentos, y tratan de disponerse para morir, que proponiendoles dos cosas ambas licitas, si se les propone, que la vna es mas loable, ò mas acepta a Dios, que la otra, luego dizen, que no parecerà bien delante de Dios dexar lo mas perfecto, y mas loable por lo menos (especialmente en aquel estado:) y aun entre personas muy doctas corre este modo de hablar, de que podia poner muchos exemplos, basta por aora vno del Padre Comissario Fr. Francisco de Paula, que estando desafuziado me llamò para disponer de cierto dinero, que vna persona ya difunta avia dexado a su disposicion: y aviendo dispuesto vna obra pia, y muy buena, el dia siguiente me bolviò a llamar, y me dixo, que estava con rezelo, si no agradaba a Dios la disposicion del dia antecedente: y asegurandole yo la piedad de la obra, que sin duda era muy acepta a Dios, respondiome: Es verdad, pero en este estado debemos hazer lo que pareciere mas acepto a Dios, y mas conforme a su Diuina voluntad, y hazerlo de otra manera, no serà bien parecido delante de Dios: y con esto lo mudò, no la substancia de la disposicion (porque no se hallò otra cosa mas grata a Dios, segun nuestro juicio humano) sino vna circunstancia con que se realçò la obra pia. No ay duda, sino que es mas conforme a razon dexar libres a todos quatro, que no dexar

dos libres, y dos esclavos, porque aquella regla: *Partus sequitur ventrem*, es mas conforme a razon, y a Derecho natural, como dize S. Thom. in 4. dist. 36. y comunmente los Doctores, y desto dan muchas razones. Lo segundo, porque es totalmente cierto, que estos quatro muchachos son hijos de madre libre, y no es tan cierto que sean hijos de padre esclavo, especialmente entre gente vil, y de pocas obligaciones, como es la muger de vn esclavo, que facilmente se mezcla con otros: por lo qual siendo todos quatro libres, no se expone a riesgo de hazer esclavo al que es libre por ambos padres; y por el contrario dexando a dos por esclavos, queda algun riesgo de que siendo de padre, y madre libres, sean hechos esclavos. Lo tercero, porque el padre destes quatro hijos no passò el riesgo de la vida, y salud en el parto dellos, ni las molestias, y embarazo de la preñez, ni trabajos de la criança de la criatura: por lo qual no es tan conforme a la razon natural, que los amos de los padres esclavos gozè los emolumentos, y prouechos de la seruidumbre de los hijos, sino la madre, que passò dichos riesgos, y embarazos. Lo quarto, porque la testadora no tenia herederos forçosos, v.g. hijos, y assi aviendo de disponer de dichos hijos de Bernardo, fue cosa mas conforme a razon dexarlos hechos libres a todos quatro, que dexar a los dos hechos esclavos de Indios, aviendolos criado en su casa, y quizá teniendolos como hijos, no era tan conforme a razon, que los dexasse por esclavos de los sobrinos. Lo quinto, porque dexar a los dos por esclavos de los sobrinos por razon del parentesco, no es obra pia, como dizen comunmente los Doctores, y dexarlos libres, haziendoles a los esclavos este bien, librandolos de la miseria del cautiverio, es obra pia, y configuientemente mas agradable a Dios. Lo sexto, porque siguiendo la costumbre de los Indios, siempre ay gran dificultad, y perplexidad sobre quales de los quatro han de ser esclavos, y quales libres, y en Cagayan, donde ay esta misma costumbre, vide grandes pleytos, que duran toda la vida de los pobres esclavos, sobre esto de qual debió ser libre, y qual esclavo: y haziendoles a todos quatro esse bien, y buena obra de la libertad, se sale facilmente de essa perplexidad, y de pleytos. Y siempre vide a los Ministros antiguos de los pueblos aconsejar a los que tienen esclavos con estas, ò semejantes circunstancias, que los dexen libres, haziendo esse servicio a Dios, bien a sus propias almas, obras de caridad a los esclavos, y quietud a los herederos, librandolos de estos pleytos. Por lo qual si la

si la intencion de la India en dicha clausula, fue desta manera de querer lo mas agradable a Dios, y mas conforme a razon; en tal caso todos quatro deben ser tenidos por libres. Estando, pues, la dicha clausula dudosa, y ambigua, por la razon que en ella se alega, se ha de recurrir al Padre Vicario, que dicen dirigio a la testadora, para que en conciencia diga, si la India estuvo engañada, juzgando, que estava obligada en conciencia *sub peccato* a dexarlos libres a todos quatro, de suerte, que por causa deste error les diere libertad: o si les dió libertad por entender, que esto era lo mejor, y mas acertado; porque en el caso presente no ay otro camino para saberse la verdad en el fuero de la conciencia sino este, y está obligado el Religioso a dezirla, y declararla, y a esto se ha de estar por ser el Religioso de credito, y de conciencia, de quien no se puede presumir, que quiera quedar obligado a la restitucion, yendo contra la libertad, especialmente no siendo interesado en esto. Si esta duda no se alianare, se deben dar todos quatro por libres en ambos fueros, por quatro razones. La primera, porque la clausula del testamento claramente dize, que los dexa libres a todos quatro; y para que la razon que luego añade deshiziera la verdad, valor, y fuerza de dicha clausula, era necesario que fuese muy clara, y evidente: por lo qual estando la razon dudosa, debe quedar la clausula como suena. La segunda, porque en qualquiera duda todos los Derechos van a favor de la libertad, cap. Ex literis. de probat. Si *utriusque partis testes aequales fuerint, pro libertate sententia proferatur.* Y I. Quoties ff. de reg. iur. *Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.* Y I. In obscura. del mismo titulo. *In obscura voluntate manumittentis, fauendum est libertati.* La tercera, porque la libertad tiene titulo de causa pia, y es la mas favorable de todas las causas, cap Cum Redemptor. 12. q. 2. *Pietatis intuitu Montanam, atque Thomam famulos Sancte Romanae Ecclesiae, liberos ex hac die efficiamus.* Y I. Libertas. ff. de reg. iur. *Libertas omnibus rebus favorabilior est.* Y por esta causa prevalece al titulo de herencia especialmente quando no son herederos forzosos, sino voluntariamente instituidos, como acontece en el caso presente. La quarta, porque dexarlos a todos quatro libres, es mas conforme a razon natural, como queda probado con seis razones.



## CONSULTA VII.

*Si el albaceazgo, o fideicomiso, que solamente de palabra comete a otro, uno que se esta muriendo, tiene valor; y si vale encomendandose sub sigilo al Confessor?*

## PROPUESTA.

**T**Raxeronme a esta Iglesia un Sangley enfermo, administrale los Sacramentos, y encomendome algunas cosas tocantes a su alma en el secreto de la confesion. A la tarde le agravó la enfermedad, fuy a verle, y en presencia de muchos, que le asistían me bolvió a requerir de lo encargado; y mas dixo, que lo tocante a su alma me encomendaba, y de los bienes que hallara (que bien pocos eran) los dispusiera como fideicomiso suyo. No se escribió cosa alguna de esto mas, que averlo oído los circunstantes. Al fin murió dicho Sangley: el Capitan, o Governadorcillo deste pueblo echó embargo sobre los pocos bienes que tenía, y bolviendo el Alcalde para este pueblo, dió por bien hecho el embargo, diciendo, que murió abintestado, contra opinion de Bucembao, y Diana, que dicen lo contrario. Aviendo concurrido las circunstancias referidas del caso, queriendo proceder a almoneda de bienes, interpuse suplica, que se suspendiera hasta que yo declarasse Juez competente, y se remite a Manila al señor Juez de bienes de difunto s. V. R. me avise lo que se debe hazer, que el escrúpulo que a mi me estimula es el no poder poner en execucion la voluntad del difunto por el óbice que se me ha puesto, y lo que a mi encomendó, como a su Confessor, pedia breve su execucion, y aquella pobre alma es lo que a mi me dá pena, que si Dios nuestro Señor por su misericordia la puso en el Purgatorio, por la mora interpuesta no le detenga mas. Remitió el Juez de testamentos al Autor este escrito.

## PARECER CC. XXXXV.

**30.** EL testamento, que llaman nuncupativo, o abierto, no es necesario que sea por escrito, sino basta, que el testador declare su voluntad ante los testigos que dispone el Derecho. Las leyes del Reyno disponen, que bastan tres testigos vezinos del lugar donde se haze el testamento, juntamente con el Escriuano; pero que si al hazerlo no assiste Escriuano, son menester cin-

cinco testigos vezinos del pueblo; y en caso que no se halle Escriuano Publico, ni se hallen cinco testigos, basten tres testigos vezinos del lugar. Disponen tambien las mismas leyes, que haziendose el testamento en presencia de siete testigos, es valido, aunque no se llame Escriuano, y aunque los testigos no sean vezinos del lugar. Así está dispuesto en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 4. l. 1. Si el Sangley declaró su voluntad última ante siete testigos, o ante cinco, si eran vezinos del pueblo donde estava, ó por lo menos ante tres, no hallandose allí mas, vale todo lo que dispuso, y ordenó, y no se puede llamar intestato: y si fue desta forma, el remedio que esto tiene es dar cuenta al Alcalde mayor, para que con los testigos averigüe como el dicho Sangley antes de morir declaró su última voluntad *in voce* en presencia de testigos: y remitiendo suficiente probanza desto, es cierto, que el Juez de bienes de difuntos no le embarazará disponer de los de este difunto: y supuesto el delcuydo que hubo en advertir al enfermo, que declarasse por escrito su última voluntad, es necesaria la diligencia referida, porque el Juez de bienes de difuntos no puede con segura conciencia dexar los bienes de uno, que se dize aver muerto sin testar, a que otro los recoja, y los consuma a titulo de que el difunto le dexó encomendada su alma, y sus bienes, si no le consta por instrumento suficiente ser así. En bienes de difuntos, que no hizieron testamento, ni declararon su voluntad, requiere el Derecho mucho fundamento, para que puedan otros entrar en sus bienes, porq ya los dueños difuntos no los pueden defender, ni hablar por sí, y como a indefensos por naturaleza, y miserables, los ampara, y favorece en todo el Derecho, que presume, que como a viña sin viñadero avrà muchos, que acometan a desfrutarla con diversas trazas.

**31.** Lo que el Sangley le encomendó *sub sigillo* no haze al caso para poderle entregar al Confessor los bienes del difunto, que son diferentes fueros, y ay *magnum chaos* entre ambos, que no se puede pasar del uno al otro; y si los testigos dicen solamente, que le encomendó las cosas de su alma, sin especificar cosa alguna, no aprouechará, porque por la razon dicha en la disposicion de bienes de difuntos se requiere mucha certeza, y claridad de que le dexó por Albacea, y le cometió la disposicion de sus bienes. Si esto no se prueba con claridad, ó no hubo el numero de testigos referido; es lo mismo que aver muerto sin testar, y lo que dixo sin dicha solemnidad de testigos, no haze fé, ni prueba

en juicio, ni fuera del, como dicen las leyes del Reyno, lib. 5. Nouæ Recop. tit. 4. l. 2. y lo mas que puede hazer el Juez de bienes de difuntos en tal caso, es dexarle al Religioso todo el quinto, para que lo gaste en bien del alma del difunto, y en las cosas, que *sub sigillo* le ordenó que hiziesse: y al alma del difunto no la castigará Dios, que es Juez justissimo, por lo que no tuvo culpa, como si la falta de disposicion de sus cosas fue inculpable, ó por no dar lugar la aceleracion de la muerte, ó por ignorancia invincible, porque *impossibile nulla est obligatio*. l. Impossibile. ff. de reg. iur. Pero si delinquirió en la mala disposicion, es fuerza que allá pague su culpa, aunque acá se disponga muy bien todo.

## CONSULTA VIII.

*Sobre si el Albacea esté obligado a cumplir los juramentos del testador? Item se consulta, si aviendo cometido el Albacea al Tribunal del Juez Eclesiastico, pidiendo relaxacion de los juramentos del testador, pueda retroceder, y no estar a la determinacion, ó sentencia de dicho Juez, aunque le compelan con censuras?*

## PROPUESTA.

**P**edro hizo escritura, y contrato con Juan, de no pedir cierta cantidad de hacienda, que se le debía, si no es con tales circunstancias, y tales condiciones, y dicho contrato, y convencion juró en la forma que suele hazerse de no ir contra él, &c.

Murió Pedro, y Maria su muger, como su Albacea testamentaria, y heredera, pidió ante el Juez Eclesiastico relaxacion de dicho juramento, alegando la pedia *ad cautelam*, aunque no estava obligada, por quanto no passa el juramento del testador a sus herederos, segun Derecho Canonico, y parece consta del cap. Veritatis. de iure iurand. Covarrub. Gutier. y otros. Y aviendo el Juez mandado citar la parte, sintióse Maria, y retiró su peticion con el auto proveido: y Juan aviendo llegado a su noticia el caso, presentó peticion contradiziendo dicha relaxacion, de la qual mandó el Juez dar traslado a Maria, para con lo que respondiesse determinar el articulo. Respondió al traslado Maria desistiendo del intento, y pide, que dicho Juez Eclesiastico se declare no serlo en este caso, para ocurrir donde le convenga, protestando, &c.

Dos puntos se preguntan. El primero, si



dicho juramento en este caso obliga a Maria? que aunque parece es doctrina comun de los Doctores, y expresa decission del cap. Veritatis. citado, no passar el juramento del testador a sus herederos; con todo parece, que el averlo ratificado con los poderes que dieron, segun alega Juan, le obliga a Maria a su observancia.

El segundo es, que aviendose Maria presentado, y sometido al Juez Eclesiastico, pidiendo la relaxacion del dicho juramento, si puede retroceder, y desistir del intento? Y por configuiente, si aviendo desistido, como consta de su respuesta, puede, y debe el Juez Eclesiastico compelerla a que responda en forma, y esté a su determinacion, en quanto al articulo de la relaxacion, pues para ello le dá el Derecho al parecer bastante poder, y facultad, segun el cap. Cum laicus, fin. de foro compet. in 6. y otros?

PARECER CC. XXXVI.

32. **A** Lo primero se responde, que del juramento promisorio, hecho en favor de tercero, nacen dos obligaciones: vna a Dios, a quien pone por testigo: y otra a la parte, a quien se obliga mediante el trato, y promesa confirmada con el juramento promisorio, como dize S. Thom. 2. 2. q. 89. art. 7. ad 3. La primera obligacion, que es a Dios por la reverencia debida a su nombre Santissimo, no passa a los herederos, porque es personal: de suerte, que el heredero que no cumple los juramentos promisorios, ni contratos jurados de la persona, cuya hacienda heredó, no es perjuro, ni quebranta juramento, porque esta obligacion inmediata del juramento, que pertenece a la virtud de la Religion, solamente la tiene el que juró. La otra obligacion segunda, que es a la parte en cuyo favor se hizo el juramento, passa a los herederos, no como obligacion de juramento, sino como obligacion de justicia, por razon de los bienes que paran en su poder, a los quales por el contrato, y promesa jurada, se cargó, y vino la obligacion, y carga contenida en dicho trato, y juramento promisorio. Esta es comun sententia de los Doctores, Sanchez, in Summa, lib. 3. cap. 13. n. 1. & 4. & cap. 9. an. 19. Prado, in Theologia Mor. to. 2. cap. 32. q. 3. y otros muchos citados por estos. La razon lo convence, porque los pactos, y contratos hechos entre partes sin juramento promisorio, pasan a los herederos irrevocable, y firmemente: luego con mayor firmeza los hechos, y confirma-

dos con juramento, porque el juramento añade al trato firmeza, y a algunos contratos, que por Derecho son invalidos, ó revocables, los haze firmes, como se prueba en el papel, que va con este, y como dize Solorgano in Politic. lib. 4. cap. 6. que no es de poca importancia el juramento añadido a vna obligacion, ó trato, porque lo haze mas eficaz, y mas firme. Ni es contra esto el cap. Veritatis. porque alli solamente se determina directamente, que los que hizieron juramento de fidelidad a Clemente III. cuyo es aquel Decreto, ó a alguno de sus sucesores, están obligados debaxo del mismo juramento a todos los Summos Pontifices, que les fueren sucediendo: lo qual es certissimo, porque no juraron a Clemente por su persona, sino por el puesto de Summo Pontifice. Demás desto el juramento de fidelidad de que alli se trata, es de accion personal, que no cae sobre los bienes del que jura, y así no induce obligacion al que los hereda: diferente cosa es del juramento promisorio de hacienda, ó contrato, que carga, y firma sobre los bienes, y hacienda del que jura. Todo esto va mas latamente probado en vn escrito, que hize para vna persona, que desde Cauite me embió a consultar vn punto semejante a este, del qual embio a v. md. vn traslado.

33. **E**sto supuesto, digo, que Maria no está obligada con la obligacion inmediata del juramento, que es por la reverencia del nombre Divino, aunque aya ratificado el contrato por poderes, que aya dado ella misma libre, y espontaneamente, si de nuevo no hizo juramento; porque como queda dicho, la obligacion inmediata del juramento, que es a Dios, y a la reverencia de su nombre, solamente obliga a la persona que juró.

34. **Q**uanto a la segunda obligacion, que resulta del juramento promisorio en favor de tercero, digo, que Maria está obligada, si el contrato no fue injusto por violencia, ó por fraude, ó por temor *cadente in virum constantem*. Consta de lo dicho, porque del contrato jurado resulta en los bienes del que juró vna obligacion eficaz, y firme, y con ella pasan los bienes al heredero, y a donde quera que vayan, llevan anexa esta obligacion: que esta obligacion no passa, si el contrato fuese injusto contra Derecho natural, consta de la doctrina de Santo Thomás en el lugar citado, donde hablando de la obligacion, que nace del juramento promisorio a la parte en cuyo favor se haze, dize así: *Talis obligatio tollitur per coactionem, qui ille, qui vim intulit, hoc meretur, ut ei promissum non seruetur*. Por la coaccion, y trato in-

trin

trinsecamente injusto, no adquiere la parte derecho alguno; y así solamente queda obligacion inmediata del juramento, que es a Dios: por lo qual dize Santo Thomás en el lugar citado, que esta obligacion la suelen quitar los Summos Pontifices, con que no queda obligacion alguna en el que hizo el juramento. Este es comun sentir de los Doctores, Leand. de iurament. tract. 1. disp. 10. q. 9. dize, que deste juramento sacado del modo dicho, no adquiere aquel en cuyo favor se hizo derecho alguno, ni accion, ni obligacion. Lo mismo dizen Couarr. de pactis. 2. p. §. 3. n. 2. Sanch. lib. 3. Summ. cap. 11. n. 8. Lelsio, lib. 2. de iust. cap. 17. dub. 6. Molina, to. 1. de iust. disp. 150. y tom. 2. disp. 115. De suerte, que si el contrato huviesse sido injusto, la parte que hizo la violencia, ó fraude no adquirió derecho, y el que juró, solamente quedó con la obligacion inmediata del juramento, que es a Dios, de hazerlo testigo de verdad. Esta obligacion no passa a los herederos, por ser personal; y así en tal caso quedarian los herederos libres de toda obligacion.

35. **A**ora queda dificultad, si no obstante que este contrato huviesse sido injusto, quedaria Maria obligada con esta segunda obligacion, por aver dado sus poderes en prosecucion del contrato? A esto se responde, que si el contrato fue nulo desde sus principios por aver intervenido temor grave, ó violencia, era necesario para que se revalidasse, y quedasse Maria obligada a él, que diese Maria nuevo consentimiento expreso, tacito, ó presunto. Veamos, pues, si dar los poderes en consecucion del contrato, fue consentirlo, y revalidarlo.

36. **P**ara que se presume, que vna accion exterior revalida vn contrato, que avia sido nulo, es necesario, que la tal accion signifique libre, y espontaneo consentimiento, y voluntad del contrato; porque si ay otro titulo, causa, ó razon, por lo qual se hiziesse la tal accion, no se presumirá de ella, que fue consentimiento, ni revalidacion del contrato: y al contrario, si significa la accion, consentimiento, y voluntad espontanea del contrato, sin duda que lo revalida. Así lo afirman Nauar. lib. 1. cons. tit. de his, quæ vi. cons. 2. ó 4. por las mudanças que hizo en diversas impresiones. Bart. l. 2. cap. De his, quæ vi. n. 10. Bald. ibid. n. 14. Azevedo, lib. 4. Recop. tit. 21. l. 1. n. 195. A mi me parece, que dar poderes para proseguir el contrato, es quererlo, y que no puede tener otro

fin; y así, que Maria queda obligada a él, si concurrieron dos condiciones. La primera, que al tiempo que dió los poderes, tuviesse noticia cierta del defecto, y nulidad del contrato; porque si el contrato fue nulo desde sus principios por falta de consentimiento libre, y espontaneo de la parte, requiere para revalidarse con la heredera, que ella consenta espontaneamente, y quando ay error, é ignorancia, no ay consentimiento, porque *nihil magis contrarium consensui quam error*. l. Si per errorem. ff. de iurisdic. omn. iudic.

37. **L**a segunda condicion es, que quando dió los poderes huviesse cesado y a las causas de temer, que obligaron a hazer el contrato a su antecesor; porque si todavia duraban las causas del temor, se presume, que duraba el temor, aunque en lo exterior pareciesse, que lo daba espontaneamente. Así lo afirman Ludouic. Lopez. 2. part. intruc. cap. 40. Ant. Gom. 2. var. cap. 14. n. 27. Menoch. de preumpt. lib. præf. 4. n. 22. Mascard. de probat. concl. 1055. n. 36. Bart. l. 2. n. 7. C. de his, quæ vi. Bald. ibid. n. 8. Decius, cons. 219. n. 7. Por lo qual se ha de ver qual fue la causa de consentir en el contrato el marido de Maria: y si quando Maria dió los poderes duraba la causa, no se revalidó el consentimiento por dichos poderes. Si faltó alguna destas dos condiciones, el contrato, que fue nulo desde sus principios, se quedó nulo como antes. Si concurrieron ambas, juzgo que se revalidó, porque no hallo otro fin, para que Maria diese sus poderes espontaneamente para proseguir este contrato, sino porque juzgasse, que le estava bien, y gustasse de passar por él, aprobandolo, y consintiendo.

38. **A**l segundo punto se responde, que si el que hizo el juramento huviesse pedido la relaxacion, es cierto, que no podia desistir. Lo primero, porque el conocimiento de qualquiera causa de juramento, y de obligacion de cumplirlo, pertenece al Juez Eclesiastico, como consta del Derecho, cap. Cum. C. Laicus. de foro comp. in 6. y cap. Nouit. de iudicis. donde dize: *Nunquid non poterimus de iuramenti Religione cognoscere, quod ad iudicium Ecclesia non est dubium pertinere?* Y cap. Venerabilem. de election. Lo segundo, porque el que juró el contrato (fuese espontaneamente, ó por miedo, ó violencia) está al juramento por la reverencia, que debe al nombre de Dios, y de verificar, que puso a Dios por testigo de verdad; y así no puede salirse fuera del contrato. al

alcantar primero relaxacion del juramento, *ad effectum agendi*, contra el contrato, como consta del cap. Si vero. de iure iur. Lo tercero, porque ya empezado el juicio ante el Juez Eclesiastico, no podia desistir: *Quod semel placuit, amplius displicere non potest.* de reg. iur. in 6. reg. 21. y *nullus potest venire contra factum suum.* cap. Poenitentes. dist. 53. Por todo lo dicho, si el que hizo el contrato jurado, huviesse pedido la relaxacion del juramento, no pudiera despues desistir, y si desistiesse, le pudiera, y debiera compelir el Juez Eclesiastico con censuras a que respondiesse en forma, y estuviesse a derecho.

39. Pero siendo la que pidió relaxacion del juramento *ad cautelam*, la heredera, que no hizo el juramento, no tiene la obligacion, que inmediatamente nace del juramento, que es a Dios, como a testigo, y fiadora de la promessa, y así no incurre en delito de perjuzio, no cumpliendo la promessa jurada, ni el contrato confirmado con juramento, aunque el contrato sea justo, licito, y espontaneo *ex utraque parte*; porque en tal caso solamente tiene la heredera obligacion de justicia, por razon de los bienes del difunto, que passaron a su poder con la obligacion, y carga originada del contrato jurado: y aunque es verdad, que por el juramento se afirmó, e hizo mas irrevocable el contrato, y obligacion, que anexa a los bienes passó a la heredera; pero siempre lo dexò dentro de los limites de contrato obligatorio, *ex iustitia*, sin passar con los bienes a la heredera, obligacion perteneciente a la virtud de la Religion, como se colige de la ley Titius. ff. ad Senatus Constrebell. Y lo advierte Bald. in l. Si Procurator. ff. de condict. in deb. y consta de lo dicho al primer punto; y así por causa del juramento no està obligada a litigar ante Juez Eclesiastico, ni por causa de aver empezado el litigio ante su Tribunal, pidiendo la relaxacion del juramento *ad cautelam*, como consta del cap. Ex tenore. de foro compet. donde vna viuda noble tenia pleyto con vn Cauallero sobre su herencia: los Juezes eran el Arçobispo de Turon, y el Tesorero de la misma Iglesia, a los quales el Papa Innocencio III. avia remitido la causa. El Conde de Bretaña (de cuya jurisdiccion eran ambos litigantes) les mandò, que retirassen el pleyto de aquellos Juezes, y viniessen a litigar ante el, que con toda rectitud haria justicia. No obstante esto los mismos Juezes procedian todavia en la causa, porque

se hallaban en posesion de aquel juicio, en el qual avian entrado al parecer justamente por comision del Papa. Recurrió el Conde a su Santidad, y respondió desta manera: *Nos igitur attendentes, quod sic sumus viduis iniustitia debitores, quod alijs iniustitiam facere non debemus, mandamus quatenus, nisi sit talis causa, que ad Ecclesiasticum iudicem pertinere noscatur, ei supersedere curetis.* Es mi parecer, que el señor Provisor, y Vicario General de este Arçobispado debe declarar, que esta causa en el estado que està no pertenece a su Tribunal.

## CONSULTA IX.

*Sobre si aviendo vn difunto dexado su hacienda para sufragios de su alma, y declarado, que queria se dixesse por su alma vn gran numero de Missas, que no puso en el testamento por justa causa; de dicha hacienda se puedan dotar huerfanos, y hazer otras obras pias? Y finalmente, si tenga obligacion el Albacea de mandar dezir a quel numero de Missas?*

## PROPUESTA.

Estando para morir D. Maria disponiendo su vltima voluntad, queria mandar dezir quinientas Missas; pero advirtiendo, que avria duda sobre si resultaria contra sus bienes vna deuda de cantidad considerable, con que no quedaria lugar para tantas Missas, dispuso, que se dixessen cincuenta Missas, y dexò a su alma por heredera, para que de todos sus bienes se hagan sufragios por ella. Las cincuenta Missas se dixeron luego que murió la testadora, y de ellas se diò la tercera parte al Cura de la Parroquia: mucho despues de aver fallecido la persona que esto dispuso, constò no aver la deuda que se presumia, de aqui resultan quatro dificultades.

La primera, si no obstante que la difunta dispuso, que de todos sus bienes se hagan sufragios por su alma, se podrá aplicar alguna parte a limosna, ó ayudar al dote para casar vna huerfana, ó a otras obras pias?

La segunda, si el Albacea tiene obligacion precisa de mandarle dezir las quinientas Missas, que tuvo intencion de querer man-

mandar dezir la testadora, y lo dexò de hazer por la causa referida?

La tercera, si es obligacion dar la limosna de cada vna destas Missas a razon de a feis reales, como se suele hazer en las Missas de testamento, ó si bastará dar la limosna ordinaria de a quatro reales?

La quarta, si se debe dar al Cura de la Parroquia alguna parte destas limosnas de Missas? y en caso que se deba, si se debe la tercera parte, ó la quarta?

## PARECER CC. XXXVII.

40. **R**espondese a la primera dificultad, que puede hazer limosnas, y ayudar al dicho dote, y hazer otras obras de la hacienda, que dexò la testadora para sufragios. La razon desto es, porque qualquiera obra pia satisfactoria, que se haze por vn alma, es sufragio que se le haze, porque sufragio quiere dezir socorro, y auxilio, que se le dà a alguno, como dize Santo Thomas in 4. distinct. 45. y el Derecho, cap. Animæ. 13. q. 2. distingue quatro modos con que se puede ayudar a las almas del Purgatorio, que son oblaciones de los Sacerdotes (estas son Missas) oraciones de los buenos, limosnas, y ayunos: *Animæ defunctorum quatuor modis solvantur, aut oblationibus Sacerdotum, aut precibus Sanctorum, aut charorum elemosinis, aut ieiunio cognatorum.* Y aunque el Derecho allí no les llama sufragios, sino modos con que se libran las animas del Purgatorio; pero esto es lo mismo que sufragios, y la Margarita del Decreto, verb. Suffragium. les llama sufragios, y dize: *Quatuor modis fiunt suffragia pro mortuis, aut Missis, aut elemosinis, aut ieiunijs, aut precibus,* y se remite al cap. Animæ. citado. Y en las leyes del Reyno, part. 1. tit. 4. l. 42. se ponen estos quatro modos de ayudar a las animas de los difuntos, y allí la Glossa les llama sufragios: y Silvestr. verb. Suffragium. q. 1. al fin dize, que ay quatro modos de sufragios. El primero, y principal es la Missa. El segundo, la limosna. El tercero, la oracion. El quarto, el ayuno; y se colige claramente, que no fue la intencion de la difunta, que todos sus bienes se gastassen en Missas, sin dar lugar a otras obras pias, porque aviendo dispuesto, que se le digan cincuenta Missas, y mostrado antes voluntad de que se le dixessen quinientas, si fuera su intencion, que todo lo demás se gastasse en Mis-

as, lo dixera con la misma palabra Missas, y pues vió de otro vocablo, pidiendo sufragios, se colige claramente, que no fue su intencion que todo fuesse en Missas, sino tambien quito, que se hiziesen otras obras pias a discrecion de sus Albaceas.

41. A la segunda dificultad se responde, que tiene el Albacea obligacion de mandar dezir por el alma de dicha difunta las quatrocientas y cincuenta Missas, que restan para el cumplimiento de las quinientas, que tenia intencion de mandar dezir. La razon desto es, porque el Albacea tiene obligacion de expender, y gastar la hacienda, que le encomendò el testador, segun la intencion del mismo testador. Así consta del Derecho, cap. Tua nobis. de testament. *Secundum defuncti voluntatem uniuersa procedant.* Y cap. Idicante. te refiere de vna muger, que cercana a la muerte dispuso algunas cosas de palabra, sin otra solemnidad. Y la razon lo conuence, porque ninguno puede disponer de la hacienda agena en otra forma, sino segun la voluntad de su dueño: por lo qual sabiendo el Albacea con toda certeza, que la voluntad de la difunta fue, que se dixessen quinientas Missas, y que las dexò de poner en el testamento solamente por temor de que si se verificaba tener dicha deuda, no avria con que satisfacer la limosna de todas las quinientas Missas: hallando despues el Albacea, que no se verificò la deuda, y que aycaudal para satisfacion de dichas Missas, las debe mandar dezir, como voluntad conocida, y expressa de la difunta: de tal suerte, que solamente deben preferir a las quatrocientas y cincuenta Missas los sufragios, y obras pias, que la difunta dexò especificados en el testamento, si dexò algunas, porque las cosas que dexasse en su disposicion determinadas fueron mas de su voluntad, y despues desto las quatrocientas y cincuenta Missas deben preferir a otros qualesquiera sufragios, y obras pias, que se huvieran de hazer en virtud de la clausula general de que se gaste su hacienda en hazer bien por su alma, porque estas Missas fueron mas de la voluntad de la difunta, que otros qualesquiera sufragios, limosnas, y obras pias.

42. A la tercera dificultad se responde, que basta que se de la limosna de las quatrocientas y cincuenta Missas, a quatro reales cada vna, porque en realidad de verdad no son

son Misas de testamento, porque aquella voluntad que manifestó la testadora de que se le dixessen quinientas Misas, no la puso de hecho en el testamento, por razones que tuvo para ello. Y el Albacea no manda dezir las quatrocientas y cincuenta Misas en virtud de clausula especial del testamento, que le mande dezir Misas, sino en virtud de la clausula general de hazer bien por el alma de la difunta, que quedó por heredera: por lo qual assi como el Albacea en las obras pias, que hiziere por el alma de la difunta en virtud de dicha clausula general, puede aplicar mas, ó menos limosna, como le pareciere conveniente, porque la difunta dexó esto a su prudencia, y disposición: de la misma fuerte puede aplicar la limosna, que le pareciere conveniente a dichas Misas, que de mas del Sacrificio que se ofrece a Dios por la difunta, es obra pia, y limosna, que se haze a las Iglesias, y Sacerdotes. Pareceme, que sería bueno, que se mandassen dezir por lo menos ciento con limosna de a seis reales; pidiendo, que se digan en Altar priuilegiado, donde se saque anima de Purgatorio, para que goze el alma desta especial Indulgencia de la Sede Apostolica: y de las demás se pague la limosna ordinaria de quatro reales, para que reste alguna cantidad para obras pias.

43. A la quarta dificultad se responde, que a la Parroquia pertenece la quarta parte de las Misas de testamento. Assi se contiene en la concordia que se hizo en estas Islas, mandada guardar por la Sede Apostolica, cuya Bula fue pasada por el Consejo, y mandada executar en estas Islas por la Real Audiencia, que en ellas reside; y como las dichas Misas no son de testamento, como se dixo en la respuesta antecedente, no ay obligacion precisa de darle parte alguna a la Parroquia.

(§)



## CONSULTA X.

*Sobre si el Albacea esté obligado a dar cuenta de unos testamentos, que estuuan a cargo del testador? Item, si el Juez de testamentos le pueda obligar a ello?*

### PROPOSTA.

**P**edro fue Albacea de Francisco, el qual avia sido Albacea de cinco testamentos: del vno de ellos dió cuentas al señor Arçobispo D. Miguel de Poblete, de los otros quatro no las ha dado, y entre los papeles, que quedaron despues de su muerte, no se hallan dichos testamentos, ni papeles algunos por donde conste, que se ayan cumplido las mandas, y legados, que es cierto se contenian en ellos. Obligale el Juez de testamentos al dicho Albacea con censuras, que dê cuentas del cumplimiento de dichos testamentos, que administró dicho Francisco. Consultate, pues, si le puede obligar el Juez de testamentos a dar cuentas de los otros testamentos?

### PARECER CC.XXXVIII.

44. **R**espondese ser conveniente, que el señor Juez de testamentos declare al Albacea por no obligado a dar cuentas de los testamentos de que fue executor, y Albacea el dicho Francisco difunto, cuyos recaudos, y recibos no se hallan entre sus papeles, y que solamente está obligado a dar razon, y satisfacer de los bienes de dicho difunto a las demás mandas, y legados, deudas, y otras cosas, que constare deber el dicho Francisco por dichos testamentos. Las razones, que tengo para esta resolucion son estas. La primera, porque en los casos en que no se puede hallar probacion, se ha de determinar por presuncion, y conjeturas, como consta del Derecho Canon. cap. Afferre. de præsumptionibus. y del Ciuil. l. Non omnes. ff. de re militari. En este caso es imposible (moralmente hablando) averiguar claramente las mandas, y legados, obras pias, y deudas, que puede aver dexado sin cumplir dicho Francisco, porque primeramente sería necesario butcar en los protocolos de los Escriuanos de Manila, donde están dichos testamentos, y facer sus traslados, y ver en ellos todas las mandas, y legados, y despues desta diligencia no es facil averiguar quantos, y quales estarán cumplidos, ó por cumplir; porque algunos a quienes se hazen man-

mandas, y legados en dichos testamentos, estarán autentes, otros ya difuntos, y otros no se acordarán si lo recibieron; ni es seguro preguntar si lo han recibido, que lo pueden negar, para que se les pague otra vez. Y como segun Derecho no se cree al que testifica de su proprio prouecho, serán menester pruebas para cada cosa, y vn processo inacabable, y que con grandissimo trabajo, y costo no se saque otra cosa mas de gastarse en esto la hacienda que dexó el difunto, y no se cumpla su testamento, y vltima voluntad, ni les que se que hereclar a los que instituyó por herederos; y es imposible averiguar ahora los legados, y clausulas no cumplidas, y assi es conforme a Derecho determinar este caso por conjeturas, y las ay muy verisimiles, de que el dicho Francisco cumplió todos los legados, y mandas, y clausulas de los testamentos que tuvo a su cargo. Las conjeturas son, que era Sacerdote de virtud, y de buena fama, y opinion, y no murió de repente, sino de enfermedad larga, en que dispuso de espacio las cosas de su conciencia, y dixo muchas vezes, y dexó escrito en su testamento, que no debía cosa alguna delante de mi, aviendome llamado dias antes de su muerte para disponer las cosas de su conciencia, y aviendole yo asistido hasta que espiró, y en estos dias se acordó de cantidades pequeñas, que debía a personas, que estavan autentes de aqui muchísimas leguas, y las mandó apuntar a su Albacea, para que siendo posible se pagassen: y no es verisimil, que quien tanto cuydado tuvo, y se acordó de las deudas mas antiguas, lo tuviera menor, y se olvidasse de las que avia menos tiempo, que se avia contraido. En el cap. Cum in iuuentute de presumpt. se refiere, que el Rey de Hungria deponia de vn Prelado de su Reyno, que era incontinente, y daba mal exemplo, y responde el Papa Inocencio III. que el dicho Prelado avia tenido buena fama de honesto, y virtuoso desde su mozedad, y assi que no se puede creer, que a la vez fuesse tan torpe, si no se prueba muy bien. De dicho Francisco no hubo mala fama en materia de quitar cosa alguna, ni quedarle con hacienda agena mientras viuia, y avia menester bienes desta vida para passarla bien: pues como se ha de creer, que a la muerte, quando no avia menester cosa desta vida, se quiso quedar con lo ageno? En la mozedad no siendo Sacerdote; no se quedaba con lo ageno, ni se dixo tal del; pues mucho mejor se ha de presumir, que procedió en el vltimo tercio de su vida, y mas aviendo subido a estado mas perfecto de Sacerdote.

45. La segunda razon, porque aunque lo que dize el testador no prueba cosa alguna en su favor regularmente hablando; pero quando lo que dize es verisimil, prueba. Assi lo dize Tiraq in l. Si vnquam. C. de reuoc. don. in præf. n. 51. y lo prueba con muchísimos textos del Derecho, y Autores, que afirman, que vna escritura de vn particular, que ordinariamente no prueba, ni vale en favor del que la escribió, prueba quando en ella dize cosas verisimiles en favor del mismo que la escribió, con su simple juramento. Y Baldo, lib. 2. conf. 117. dize, que en las cuentas que dan los tutores de la hacienda, que han administrado de sus menores, se debe estar a lo que ellos dizen, y a lo que en sus libros tienen escrito, con tal que sea verisimil: y lo mismo buelve a dezir en el lib. 3. conf. 418. y Tiraquel en el lugar ya citado, n. 52. refiere Autores graues, y lo aprueba, que a todos los administradores de hacienda agena se les debe creer, y a sus libros en lo verisimil, que dixeren. El dicho Francisco, que administró hacienda agena como Albacea, dize en su testamento, que no debe cosa alguna; y es muy verisimil que sea assi por lo que queda dicho, y porque no ay duda sino que cumplió alguna cosa. Claro está, que mandaria dezir algunas Misas, por lo menos las que tocaban a la Colecturia se las avian de pedir, y obligar a que exhibiesse la limosna, y el funeral, algunas deudas, y legados a personas que estén en la Ciudad, y les consta de la manda, que se les haze, ó del legado que se les dexa en el testamento, y luego lo piden. No se puede dudar de que aya pagado algunas cosas destas, porque si se huviesse quedado con todo, no dexara de aver contra el clamores de los damnificados, y mala opinion, y con todo esto no tiene recibos, ni recaudos de cosa alguna: luego en Francisco no se sigue de no tener recibos, que no aya satisfecho; y aun consta del testamento del Beneficiado N. de que fue executor el dicho Francisco, que de muchos legados, que es constante que cumplió, no cobró recibos, ni parecieron, como consta del testamento de dicho Beneficiado, y de las cuentas, que de su execucion tomó el Ilustrissimo señor Arçobispo al dicho Francisco. De aqui se sigue, que no tener recibos, no es cierto indicio de que no ha cumplido los testamentos, y por otra parte está en su favor la presuncion, y assi se debe creer, que los cumplió, mientras no constare otra cosa.

46. La tercera razon, porque el Obispo quando presume, que el Albacea procede bien en la administracion, y cumplimiento del



del testamento, sin defraudar a las obras pias, que mandó el difunto, y demás legados, y sin negligencia no tiene obligacion de pedir cuentas al Albacea; pero quando le consta, que ay negligencia en la execucion, ó que se defraudan los legados, tiene precisa obligacion de pedir cuentas, y obligar a que se dé cumplimiento a los testamentos. Assi consta del Derech. Can. cap. Nos quidem. y cap. Tua nobis. y cap. Ioannes. de testam. & ult. volunt. y lo dize, y prueba Barbof. de potestat. Episc. allegat 82. n. 26. El Ilustrissimo señor D. Miguel de Poblete no pidió cuentas a Francisco de los dichos testamentos, que tenia a su cargo: y de vn Prelado tan Santo no es creible, que si entendiessé, que tenia obligacion de obligarle a dar cuentas, lo huviesse dexado de hazer contra su conciencia. Y assi tengo por cierto, que su Ilustrissima seguridad de la buena conciencia de Francisco, y de su recta, y diligente administracion de los Albaceazgos, que tenia a su cargo, no se halló obligado a tomarle cuentas; y es verisimil, que dicho Francisco conociendo esto, no procurasse hazer, y guardar recibos de los legados que avia cumplido: y supuesto, que el Derecho Can. no obliga a los Ordinarios a tomar cuentas a los executores de testamentos, quando de ellos no se presume fraude, ó negligencia, y el señor Arçobispo no la presumió en Francisco, así no se halló obligado a pedir cuentas: puede de la misma fuerte el señor Juez de testamentos con segura conciencia no tomarlas, especialmente por la mayor dificultad, que aora despues de difunto Francisco tiene este caso, que si él estuviera viuo, daria razon de como avia cumplido dichos testamentos, y donde paraban, y a quienes avia satisfecho los legados. En el cap. Dudum. de presumptionib. se refiere, que el Papa mandó, que se le diessé vn Beneficio a vn estudiante, que alli nombra: *Si persona fuerit idonea*. El Arcediano no le dió el Beneficio, respondiéndole, que no era idoneo: huvo dificultad, si el tal Clerigo debia probar su idoneidad. Recurrieron con este caso al Papa, el qual respondió con estas palabras: *Eidem scholarari probandi se idoneum nulla necessitas imponatur, cum prima facie presumatur idoneus, nisi aliud in contrarium ostendatur*. De la misma fuerte digo, que Francisco mientras vivió pareció ajustado, y que no procuró enriquecer con hacienda agena, y por lo menos prima facie parece, que procuró ajustar su conciencia, y que no quedó debiendo cosa alguna de los testamentos que tuvo a su cargo, y por esta razon su Ilustrissima no se sintió obligado a tomarle cuentas de los Alba-

ceazgos: pues aora no se le obligue a que pruebe su ajustamiento en dichos testamentos, sino dexesle pasar con la buena presuncion de que pagó, y cumplió todos los legados, si no es que se ofrece alguna persona, que quiera probar, que no dió cumplimiento a alguna clausula, y que la debe satisfacer; que en tal caso se le debe oír, y obligar a Pedro, Albacea de dicho Francisco, que responda, y siendo vencido, que pague: que aviendo prueba clara de que debe, cessa toda verisimilitud, y presuncion, que estava en su favor. Llegate aqui, que dicho Francisco me dixo en su vitima enfermedad, y juzgo, que lo puso en su testamento, que de su salario le debia la Iglesia Cathedral de Manila mas de mil pesos, y que se los dexaba de limosna, con intencion de que si debia alguna cosa de la misma Iglesia, ó a otra persona, que no supiesse, fuesse dicha limosna satisfacion de la deuda: de fuerte, que ni deudas inciertas quiso dexar sin paga; y así juzgo, que a dicho Albacea de Francisco no es bien obligar a gastar en hazer diligencias de sacar testamentos, y averiguar si quedó Francisco debiendo algun legado, porque demás de las razones dichas, seria por deudas inciertas, y por si acaso debe, hazerle pagar, y gastar dinero cierto.

## CONSULTA XI.

## PROPESTA.

Quanto tiempo concede el Derecho al Albacea para no poder ser compelido, ni apremiado del Juez Eclesiastico, ó Secular a dar las cuentas del Albaceazgo?

## PARECER CCXXXIX.

47. **R**espondese, que el Albacea desde el punto que acepta el Albaceazgo, está obligado a cumplir el testamento, segun diere lugar la cobrança, y disposicion de los bienes del difunto. Esto consta del Derecho, cap. Qui oblationes. 13. q. 2. *Qui oblationes defunctorum, aut negant Ecclesie, aut difficulter reddunt, tanquam egentium necatores excommunicantur*. Y cap. seq. *Qui oblationes defunctorum retinent, & Ecclesia tradere demorantur, ut infideles ab Ecclesia sunt abijciendi*. Y l. Nulli. C. de Episc. & Cler. § Sin autem. *Pium defuncti propositum, sine ulla cunctatione (ut conuenit) impleturus*. Y alli la Glossa: *Id est, sine ulla mora*. Y l. Cum res. ff. de legat. 1. *Cum res legata est, si quidem propria sui testatoris, & copiam eius habet heres, moram facere non debet, sed eam prestare, qua mora intercedente usuras, & omnem utilitatem prestandam*. Don-

Donde se vé que el heredero, que recibe la herencia, y se tarda en pagar los legados, está obligado a pagar los daños del lucro cesante, y daño emergente, que por la tardança padeciere el legatorio. Si el heredero por tener los bienes del difunto, tiene obligacion a cumplir sin detencion alguna los legados, por la misma razon el Albacea, que tiene los bienes del difunto en su poder: y l. Si domus. ff. de leg. 1. *In pecunia legata modicum tempus ad solutionem dádum est*. Y las leyes del Reyno, part. 6. tit. 10. l. 6. *Los testamentarios, en cuya mano dexare alguno su testamento, deben cumplirlo si pudieren, en aquella manera, e fasta aquel tiempo, que el finado mandó en su testamento: e si por ventura el no señalar dia, ni tiempo fasta que lo cumplieren, deben ellos trabajar luego despues de la muerte del testador de lo cumplir, lo mas aína que pudieren, sin alongamiento*. Donde claramente afirma, que los legados, y demás cosas, que dispone el testador, se han de cumplir el dia, y tiempo, que el difunto; y si no señaló dia, ni tiempo, se han de cumplir luego que se puede: y assi lo dize expressamente Santo Thomás, quotlib. 6. q. 8. art. 14. donde determina, que con toda brevedad se ha de cumplir lo que el difunto dispone, y que solamente será licita alguna detencion, quando fuere necesario para vender bien los bienes, y que no se malbaraten, ó por otra causa necesaria, ó razonable. S. Antonin. 3. p. tit. 10. cap. 3. §. 12. donde prueba esto con muchos exemplos Nauar. in Man. cap. 25. n. 65. Ricardo in 4. dist. 45. q. 4. art. 5. Espino in specul. testam. Gloss. 28. n. 8. Nauarra lib. 3. de rest. cap. 4. n. 169. Azevedo, lib. 5. tit. 4. l. 7. n. 6. Y es comun, y la razon lo conuence; porque quanto a las deudas, que manda pagar el difunto, estava obligado a pagarlas luego sin tardança alguna, si pudiesse; porque no solamente es pecado hurtar la cosa agena, sino tambien retenerla contra la voluntad de su dueño. Por lo qual todos los que tienen hacienda agena, pecan mortalmente en dilatar la paga, pudiendo pagar luego sin dilacion. De aqui se colige, que el Albacea (porque carga las obligaciones del difunto desde la hora que se hizo cargo de sus bienes) está obligado a pagar las deudas del difunto sin dilacion, luego que pueda, y tenga dineros del difunto con que pagar: ni el difunto en su testamento le puede prolongar el tiempo de dicha paga, sin consentimiento del acreedor: y si por alguna clausula diessé permisso a dicha dilacion, la tal clausula no se deberia seguir, por ser de cosa iniqua, porque *rei turpis mandatum nullum est*. l. Si remunerandi. ff. mandati.

Quando a la entrega de la herencia, si son herederos forcosos, está de la misma fuerte obligado el Albacea a entregarla luego que pueda, y la tenga en su poder, porque es de los herederos desde el dia que muere el testador, el qual no tiene potestad para mandar, que se retarde la herencia. Los demás legados, y herencia, quando el heredero no es forcoso, puede el testador disponer, que se dilaten hasta el tiempo que le pareciere, de fuerte, que puede ponerles los grauamenes que le pareciere: y el Albacea está obligado a cumplir al tiempo que el testador dispone; pero si no determina tiempo el testador, sino absolutamente dispone, tales mandas, y legados son de los legatarios desde el dia de la muerte del testador: por lo qual pudiendo el Albacea cumplirlos luego sin dilacion, y dilatando el cumplirlos sin causa razonable, que le obligue a la dilacion, es lo mismo que retener lo ageno sin voluntad de su dueño, y consiguientemente es pecado mortal.

48. De aqui se sigue, que en qualquiera tiempo, que los acreedores del difunto, ó herederos, ó legatarios pidieron ante el Juez, que el Albacea les dé lo que les pertenece de los bienes del difunto, constando, ó probando, que parán en su poder bienes suficientes: para esse efecto puede, y debe el Juez compelerle, porque en tal caso ellos piden con justicia, y el Albacea está obligado por todos derechos a satisfacerles sin dilacion; luego el Juez por razon de su oficio debe compelerle a ello, y lo mismo es si fuesse publico, y notorio, que el Albacea disipa los bienes del difunto, ó no trata de cumplir con la obligacion del oficio: porque en los crimines notorios puede el Juez proceder de oficio, porque la infamia, y publica voz hazen vezes de acusador. Cap. Euidencia de acusar. *Euidencia patratu sceleris non indiget clamore accusatoris*. Y alli la Glossa. *In notorijs ordo non requiritur*. Y esto consta de las leyes del Reyno, part. 6. tit. 10. l. 7. donde dize, que constando, que algunos Albaceas son negligentes, ó proceden maliciosamente en el oficio, los apremie el Obispo.

49. No aviendo demanda de parte, ni notoriedad del mal proceder del Albacea, no puede el Juez pedirle cuentas, ni molestarle en cosa alguna por causa del Albaceazgo hasta pasado vn año. Esto consta del Derecho, cap. Nos quidem. de testam. donde se determina, que a vna muger, que retardaba el cumplir vn testamento de que era Albacea se le amonestó, que dentro de vn año lo cumpla, y que si dentro de vn año no lo cumpliera, sea remouida del Albaceazgo, y

procure el Obispo, que se cumpla el testamento; y I. Nulli. C. de Episc. & Cler. de vnos legados, que se dexaron para redimir cautivos, dize: *Post verò anni spacium, & numerum captiuorum, & data pro his prætia eum manifestare precipimus, ut per omnia impleantur tam pia deficientium voluntates.* Y allí la Glos. *Est hoc quasi redditio rationum.* Y las leyes del Reyno, p. 6. tit. 10. l. 6. despues de determinar, que luego sin dilacion se cumpla el testamento, añaden: *Si embargo tan grande huviesen, porque no lo pudiesen cumplir, deben trabajar, que lo cumplan en todas guisas a lo mas tarde hasta un año despues de la muerte del testador.* Y en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 4. l. 10. dize de los executores de testamentos: *Lo qual si dentro del año, contando desde la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos, que nuestras justicias les compelan a ello.* De fuerte, que todos los Derechos señalan un año, para que el Juez de oficio pueda tomar cuentas al Albacea, y averiguar si ha cumplido todo lo que se ordenaba en el testamento.

50. Pero los Doctores mueven cuestion, y ponen en duda, desde quando se ha de contar este año. Vnos dizen, que desde el dia, que se les haze la admonicion: deste parecer es Couar. in cap. Nos quidem. de test. n. 2. y otros. Tiene esta opinion mucho fundamento en las palabras de dicho cap. *Eam commoneas, quatenus infra annum monasterium, quod in sum est, debeat ordinare, & cuncta secundum voluntatem defuncti sine altercatione construere.* Otros dizen, que se ha de contar desde que recibe en sí los bienes del difunto: así lo afirma el Abad, cap. Nos quidem. de testam. n. 10. Imola. n. 7. Greg. Lop. in l. 6. tit. 10. part. 6. Glos. hasta un año. Tiene esta opinion mucho fundamento, porque el Albacea hasta tener en su poder los bienes del difunto, está impedido, è impossibilitado de hazer cosa alguna, porque le falta el instrumento, y al impedido no le puede correr el tiempo. *Ignoranti, vel impedito ad aliquid agendum non labitur tempus præfixum.* Cap. Quia diuersitatem de concef. Preb. l. 1. C. de annuali excep. auth. nisi trecennale. C. de bonis matern. La tercera opinion dize, que se ha de contar desde el dia de la muerte del testador, esta es mas comun opinion, lleuanla Espino in spec. Glos. 28. n. 1. Burgos de Paz, l. 3. Tauri. conc. 7. n. 253. l. Cum quidam. de legatis 2. n. 9. y otros muchos, que estos citan, y las leyes del Reyno expressamente dizen, que se ha de contar el año desde el dia de la muerte del testador. Esta tercera opinion se ha de seguir por ser mas pro-

bable, y en los Reynos de España necesariamente por dichas leyes, que no se oponen en esto al Derecho Canonico, antes ayudan a su intento; pero siempre con atencion, que el Albacea aya tenido en su poder bienes del difunto dentro de aquel año, para poder cumplir el testamento, ò que no ayan faltado por negligencia del Albacea; porque sino ha podido juntar los bienes del difunto, ò buena parte de ellos, suficiente para cumplir el testamento en el discurso del año, sería molesto injustamente sin culpa suya, si le obligassen a dar cuentas, y castigassen por no aver cumplido el testamento. Tambien es verdad, que antes de molestarle sobre no aver cumplido el testamento, se le ha de amonestar, y despues de la admonicion darle algun termino competente en que la pueda cumplir: porque esto conita claramente del Derecho, cap. Nos quidem. de testam. Por lo qual aunque es verdad, que se debe seguir la tercera opinion ya referida, en alguna manera tienen lugar las otras dos opiniones.

## CONSULTA XIII.

*Sobre si constando, que en poder de cierta persona para el testamento de un difunto, por aver dado un traslado de él de letra suya, le deba tener dicha persona, ò su Padre por Albacea de dicho difunto, y consiguientemente pueda ser compelida con prision, y embargo de sus bienes, a manifestar el testamento de dicho difunto, a dar cuentas de su hacienda, y entregar todo aquello en que fuere alcanzado en ella, y tambien unos dineros, que recibio por el traslado del testamento?*

## PROPOSTA.

EL hecho consiste, en que D. Domingo, y doña Isabel hermanos, han tenido noticia, que su abuelo era rico, tenia tierras de sembrar, esclauos, oro, y plata: quando este murió, ya no tenia hijo alguno viuo, pero tenia nietos, que forçosamente avian de heredar la hacienda de su abuelo. Ha siete años que recibieron un pedazo de tierras, que están labrando, y no han recibido otra cosa: han llegado a saber, que el Albacea de su abuelo fue el padre de D. Bartolomé, y consiguientemente en poder de dicho D. Bartolomé para la dicha hacienda, y debe dar cuenta de ella, como vnico heredero de su padre: hanle puesto demada, para que entregue el testamento del abuelo de los foredichos, y los inventarios de su hacienda, y

se le tomen cuentas por ellos, y entregue los bienes en que fuere alcanzado. Para fundar su intencion han dado informacion con seis testigos, con que prueban, que el testamento de dicho su abuelo para en poder de D. Bartolomé, por aver entregado a los nietos de dicho difunto un traslado de dicho testamento de letra de dicho D. Bartolomé, el qual traslado hizo, y entregó a los nietos de dicho difunto por cinco pesos, que le dieron: y en virtud de dicha probança piden los demandantes, que D. Bartolomé sea preso, y embargados sus bienes, y compelido a entregar el testamento, y a dar cuentas de la hacienda de dicho difunto, y a entregar a los herederos la hacienda en que fuere alcanzado, juntamente con los cinco pesos, que recibió por el traslado. Por el contrario D. Bartolomé lo niega todo: dize, que ni su padre fue Albacea de tal difunto, ni entraron sus bienes en su poder, y que él no tiene su testamento, y que el traslado que entregó no es de su letra, sino que lo halló entre los papeles de su padre, y que los cinco pesos le dieron por buscarlo, sin pedirlos él. V. P. aora vea lo que se debe hazer en este pleyto, que nos tiene harto confusos.

## PARECER CCL.

51. HE visto esta causa, y hallo, que debe el Juez declarar a D. Bartolomé por libre, y abueito de el litigio, y demanda, que le han puesto D. Domingo, y doña Isabel. Y para ajustar el Derecho al hecho ya propuesto, digo lo primero, que se debe dar por bastante la probança dada, de que el testamento de dicho difunto lo tiene D. Bartolomé, porque el mismo D. Bartolomé entregó a los nietos del difunto un traslado de dicho testamento, que está en estos autos, y él mismo lo confiesa averlo entregado, aunque dicho traslado está diminuto, y falso, y consta de dos testigos, que le vieron trasladar, y sacar dicho traslado de otros papeles, y que acabado de trasladar lo entregó a los nietos del difunto, y otro testigo le oyó dezir al mismo D. Bartolomé, que él avia sacado del testamento un traslado, y lo avia entregado a los nietos del difunto. Llegase a esto otro indicio, que las letras de dicho traslado son muy parecidas a las que forma el mismo D. Bartolomé, y él mismo lo concede; aunque para negar, que sea letra suya alega, que ay vnas letras, que se parecen a otras. Todos estos quatro indicios, que son aver él mismo entregado el traslado del testamento, aver confesado extrajudicialmente, que él sacó dicho traslado del testamento, aver-

se lo visto trasladar dos testigos, que vieron los papeles de que sacaba el traslado, y ser la letra de dicho traslado muy parecida a la de D. Bartolomé, juntos con un testigo pleno, que vido el dicho testamento en poder de D. Bartolomé, y lo empezó a leer, hazen suficiente probança de que dicho testamento para en poder de D. Bartolomé; porque en causas ciuiles, no se requieren tan exactas probanças como en las criminales, como dize Silveit. verb. Probatio. q. 1. al fin, y consta del Derecho, l. Sciant. C. de probat. y l. Ad dictos. C. de appellat. No obstante, que dicha probança está suficiente, debe el señor Juez de testamentos declarar por abueito a D. Bartolomé, de la demanda que le ponen, por dos razones.

52. La primera, porque no consta, que el dicho D. Bartolomé, ni su padre aya sido Albacea del dicho difunto, ni ay testigo que lo diga, ni los mismos demandantes lo saben; y así en la primera peticion, que está en la foja 1. desta causa alegan; que fue Albacea el mismo D. Bartolomé, y despues en la segunda peticion, que está a foja 2. dizen, que el Albacea fue su padre de dicho D. Bartolomé. Consta, pues, que en este punto los mismos demandantes varian, y no ay testigo, que hable palabra del. De la misma fuerte no ay testigo que afirme, que aya entrado hacienda alguna de dicho difunto en poder de D. Bartolomé, ò de su padre, ni que se ayan hecho cargo de ella, y solamente libran sus esperanças, y su justicia para compelerles a dar cuentas como Albacea, y entregar los bienes del difunto en el infrumento, ò testamento, que está en poder de D. Bartolomé, que (como ya queda dicho) está suficiente probado: por lo qual instan, que lo entregue, y presente ante el Juez, para con él molestarle, y probarle, que fue Albacea él, ò su padre, y que entró en su poder la hacienda del difunto, y compelerle a que de cuenta de ella. Este fundamento de que se valen, es muy debil, porque segun ambos Derechos, el reo, y demandado, no está obligado a entregar instrumentos contra sí, en fauor del actor. cap. Ex Epistolæ. de probat. *Nulli dicendum est, ea que contra te sunt, apud temet ipsum debes documenta requirere, in medium que proferre.* Y allí la Glos. *Reus non tenetur dare actori instrumenta sua, contra se, sed actor debet habere suas probationes, nec è contra actor tenetur dare reo instrumenta defensionis.* Y cap. Si testes. 4. q. 2. *Qui intendit, sue intentioni proprias debet asserre probationes, non petere, adversarium cogi ad exhibitionem eorum, per quos sibi negotium fiat.* Y allí la Glosa propone el caso en

esta forma: *Quendam petebat ab adversario suo, ut demonstraret sibi instrumenta sua, per quae suam intentionem fundaret; nunc queritur utrum sit audiendus? Et respondetur, quod non, sed suas debet habere probationes paratas.* Y añade mas abaxo la Glosa: *Actor non potest petere, ut reus exhibeat sibi instrumenta sua, nisi reus sit, eis usus.* El Derecho Civil determina lo mismo l. Nimis. C. de prob. *Nimis gravis est, quod petitis urgeri partem adversam ad exhibitionem eorum, per quos sibi negotium fiat, unde intelligitis, quod intentionis vestrae proprias afferre debetis probationes, non adversus se ab adversariis adduci.* Y l. Qui acular. C. de edendo. *Neque iuris, neque aequitatis ratio permittit, ut alienorum, instrumentorum, inspiciendorum potestas fieri debeat.* La Glosa allí propone el caso en esta forma: *Si agere vis contra me, et ad intentionem tuam fundandam petis ut exhibeam instrumenta, an sis audiendus queritur? Et dicitur, quod non, cum neque iuris, neque aequitatis ratio hoc permittat, et si comprobaberis absolvar.* Y mas abaxo: *Qui occultat proprium instrumentum non committit dolum, neque falsum, cum non teneatur edere.* Cosa terrible, y rigorosa feria, y contra toda razon, y derecho, querer obligar a alguno, que presente contra si propios instrumentos, en favor de su adversario, como si le quisiesen obligar a que presentase testigos contra si (que en los pleytos lo mismo obran los instrumentos, que los testigos) l. In exercendis. C. de fide instrument. *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.* Es verdad, que si el reo por ignorancia, ó por descuido, ó por dinero, ó por otra qualquiera causa entregasse al actor el instrumento, se pudiera el actor aprovechar del; como si presentase testigos que depusiesen en favor del actor, aprovechará al actor sus testimonios, como dize la Glosa. *Qua quisque. ff. de edendo. §. Editiones, si sponte iudici obtulerit instrumentum, ex quo adversarius invari possit, inuatus eo, ad instar testium, quos contra se producere nemo tenetur. Si tamen produxerit credituris.* Y assi D. Bartolome no haze mal en ocultar el testamento, y el señor Juez de testamentos no le puede obligar a que lo presente contra si. Solamente en dos casos está el reo obligado a manifestar al contrario el instrumento, que tiene en su poder. El primero, quando el mismo reo se quiere valer de tal instrumento, que entonces es fuerza, que se manifieste al contrario, para que vea si tiene que oponer en contra. El segundo, quando tiene en su poder el instrumento, por razon del oficio publico, y comun que usa, como el Escriua-

no, que está obligado a manifestar los instrumentos de su protocolo al que los pide para seguir su justicia, mandándolo el Juez, y pagando al Escriuano, como conita expresadamente del Derecho, l. Argentarius. ff. de edendo. y l. Qui accusare. C. de edendo, y cap. Ex. Epistole, de probat. con sus Glosas. De todo lo dicho consta, que los nietos de dicho difunto debieron buscar el testamento, y los inventarios en el protocolo del Escriuano ante quien se hizieron, ó por lo menos inquirir que Escriuano los hizo para pedirle dichos instrumentos, y obligarle a dezir a quien los entregó, ó que hizo de ellos, ó por lo menos debian probar con testigos quien fue el Albacea, que vió el Albaceazgo, y que entraron en su poder bienes del difunto; pero litigar sin tener testigo alguno, ni instrumento, ni otro genero de prueba, sino esperar todo el fundamento en que han de fundar su intencion de la parte contraria, es litigar sin fundamento, y sin tener preparada prueba alguna. Dize, que litiga sin testigos, porque los que tiene presentados, no depone de que les debía alguna cosa la parte contraria, ni de que aya entrado cosa alguna de su abuelo en su poder, sino solamente se ordenan sus testificaciones a dar noticia, de que ay instrumento para litigar en poder de la parte contraria, que es lo mismo que no averlo, porque no tiene obligacion a presentarlo; y consiguientemente se debe dar por libre; y absuelto a D. Bartolome desta demanda, porque no probando su intencion el demandante, debe obtener sentencia en su favor el demandado, aunque no ay probado cosa alguna: assi está expresso en el Derecho, l. Qui accusare. C. de edendo. *Actore non probante, qui convenitur, et si nihil ipse praestat, obtinebit.* Y allí la Glosa: *Id est absolvetur;* y mas arriba dize la misma Glosa: *Nam actore non probante reus absolui debet.*

53. Segunda razon: aunque los nietos de dicho difunto consiguiesen, que se les entregasse el testamento de su abuelo, no conseguirian por esso utilidad alguna, ni les seria de provecho, aunque allí constasse que fue nombrado por Albacea, porque el nombramiento de Albacea, que haze el testador, no induce obligacion alguna en el assi nombrado: por lo qual a los nietos del difunto para fundar su accion contra alguno, no les basta adquirir el testamento de su abuelo; y saber por él a quien nombró por su Albacea, porque vemos muchos nombrados por Albaceas, que no exercieron el Albaceazgo ni recibieron bienes del difunto, ni se hizieró cargo de ellos: y assi lo que han menester para

para fundar su accion, es el inventario de los bienes, por donde conste quien se hizo cargo de ellos; y como en la probança dada solamente se prueba, de que en poder de D. Bartolome está el testamento, y no se prueba, ni hablan palabra los testigos del inventario: de ai se sigue, que piden cosas inútiles, que no les es de provecho alguno, y consiguientemente no se les debe conceder, como consta del Derecho, reg. 52. de reg. iur. in 6. *Non praestat impedimentum, quod de iure non sortitur effectum.* Y cap. Per tuas. el 1. de Simonia, no se admiten las excepciones, que vno ponía en su favor contra los testigos de la parte contraria, porque aunque las probasse, no le aprouechaban. *Ceteras exceptiones diximus repellendas, quoniam, et si probata fides testium debilitarent in aliquo, non tamen evancuerent ex toto.* Esto mismo consta del Derecho Civil. l. Aliquando. ff. ad Senatuf. Velleian. §. Si sub conditione, la qual ley summa assi Bartolome. *Frustra expectatur conditio, cuius eventus nihil operatur.* Y l. Ad probationem. C. de probat. de vna probança inutil que ofrecia, dize *Erga probationem laborare non convenit, si quidem huiusmodi licet probetur factum, tamen intentioni nullum praebet adminiculum.* Y allí la Glosa: *Id debet quis probare, quo probato ad inuetur.* Y la Glosa Marginal: *Iudex non debet permittere, ut labor in summatum circa inanes probationes.* Vanas, e inútiles son las probanças de quien tiene el testamento, aunque consiguiesen, que se les entregasse; y assi debe el Juez no recibirles mas prueba desta calidad, sino dar desde luego por libre al demandado.

54. Los cinco pesos, que D. Bartolomé recibió por el traslado del testamento, les debe restituir a la parte demandante, que se los dió, porque fue fraude. Pedianle el testamento de su abuelo, para ver si en él hallaban en que fundar su accion contra los Albaceas, y dióles vn traslado diminuto sin autoridad alguna, y totalmente inutil, que es lo mismo, que no averles dado el testamento que le pedian, y aver lleuado los cinco pesos sin titulo. l. Si aut nullum. C. de legit. hered. se dá por lo mismo no hazer testamento, ó hazerlo invalido: y Bald. summa allí la ley assi: *Nihil, et invalidum aequiparantur.* Pero los demandantes deben pagar a D. Bartolome las costas, que huviere hecho en este litigio, como dizen las leyes del Reyno part. 3. tit. 2. l. 39. Determinase allí, que el que huviere de poner demanda a otro ante el Juez, debe certificar se bien antes de poner la demanda, si tiene bastante probança de testigos, ó instrumentos; pero que si no va bien fundada la

demanda, quedará avergonzado, y avrá de pechar todas las costas al demandado: y allí Greg. Lopez: *Vbi actor deficit in probatione, non potest dici, quod habuerit iustam causam litigandi, imo iniustam, et sic debet semper condemnari in expensis.* Y tit. 22. l. 8. se determina, que a los que pusieren demanda contra otros, ó la defendieren sin tener derecha razon para lo hazer, que el Juez le sentencie en que pague todas las costas, que hizo la otra parte; assi porque tienen obligacion a restituir lo que hizieron gastar al otro injustamente, como para escarmiento de otros, que no se atreuan a molestar a sus proximos con pleytos, si no tienen mucha razon, y justicia. Lo mismo determinan ambos Derechos, cap. Calumniam. de pænis. *Præcipimus, ut de cetero in causis pecuniarijs victus victori in expensis condemnentur.* Y instit. de pænis temere litig. §. *Hæc autem improbus litigator, et damnatum, et impensas litis inferre adversario suo cogatur.* Lo mismo se determina. l. Eumquem temere. ff. de iudicijs. y l. Properandum. C. de iud. §. Sin autem.

## CONSULTA XIII.

*Sobre si al Albacea le sea licito pagar a los depositarios de la hacienda del testador los alcances, que le hazen a dicho testador?*

## PROPUESTA.

Embargaronsele a Diego sus bienes por auto juridico de la Real justicia, y con autoridad de ella se inventariaron, y pusieron en poder de Juan, a quien nombraron por depositario, y por autos, y recaudos de la Real justicia fue entregando todos estos bienes a personas legitimas, y con legitimos recaudos. Acabados de entregar todos los dichos bienes, mandandole a Juan, que dé la cuenta como depositario, que ha sido de dichos bienes, y dada con recaudos juridicos, que todos se le passaron en data, y se aprobó por la Real justicia: haze Juan de alcance en estas cuentas hasta en cantidad de mas de quatrocientos pesos, los quales no ha podido cobrar por no saber donde aya bienes de Diego, en cuya fazon tiene Juan noticia de vna restitucion, que vn quidan difunto dexó se le hiziesse de mas de docientos pesos a Diego: y acudiendo Juan a este reclamo, halla, que es cierta la restitucion, y que el Albacea de este difunto está presto a hazer dicha restitucion, y reconveniendole Juan con dezirle, que por razon del debito, que le debe



debe Diego; es parte legitima, y que se le puede dar por razon del alcance, que a sus bienes haze en la cuenta, que de ellos dió: responde el Albacea de dicho difunto, que tiene que hazer dicha restitucion, que como le dè pareceres de hombres doctos, en que queda descargada la conciencia de su difunto, los entregará luego al punto.

Pide Juan aora parecer, para que con él se le puedan entregar como a persona legitima, y acreedor, que es de Diego, por el alcance que se le haze en sus cuentas, suplicando se perdón el trabajo, que en esto dá para dexar descargada la conciencia de Diego, que ya es difunto, y la conciencia del difunto, porque se haze dicha restitucion, y que su Albacea quede satisfecho, y Juan pagado de parte de lo que se le debe como depositario que fue.

## PARECER CCLI.

55. **R**esponde, que es licito al Albacea entregar dicha cantidad a Juan, y está expresso en el Derecho en muchos lugares: primeramente l. Solvendo. ff. de negotijs gestis. *Solvendo quisque pro alio licet insitudo, et ignorante liberat eum.* Y despues dá la razon, porquè vno licitamente puede pagar la deuda que otro debe, aunque el deudor no lo sepa, y es, porque pagando la deuda haze bien al deudor, y mejora su condicion; y esto que es mejorar la condicion de otro, es licito, aunque él esté autente, è ignorante: empeorarla no es licito sin consentimiento suyo. *Naturalis simul, et civilis ratio suadet alienam conditionem meliorem etiam ignorantis, et inuiti nos facere posse; deteriore non posse.* El Albacea tiene obligacion precisa de restituir dicha cantidad, para descargarse el alma de su difunto, y como la deuda de su difunto era a Diego, debe entregar esta cantidad de fuerza, que ceda toda ella en bien, y utilidad de Diego, y haga mejor su suerte. Y no ay duda sino que entregando esta cantidad a Juan, mejora la suerte de Diego, si está viuo, librandolo de la mayor parte de esta deuda; y si es difunto, descargando a su alma, y a sus bienes de esta obligacion. Por lo qual es forzoso, que despues la justicia, y el mismo Diego, ó sus Procuradores, ó Albaceas den por buena, y legitima, y conforme a Derecho la dicha paga. Lo mismo consta l. *Quæ utiliter.* del mismo tit. donde se refiere, que Ticio pensando, que su hermana era heredera de vn difunto, pagó ciertas deudas, que el difunto debía, pensando que hazia los negocios de su hermana, pagando lo que ella de-

bia pagar como heredera. Despues costò no ser su hermana heredera, sino otros muy diferentes, con quienes él no tenia obligacion, ni comunicacion, y no obitante esto dá allí el texto la paga por legitima, hecha en utilidad de los herederos, y que ellos quedaron obligados a Ticio. Lo mismo costà, l. Si rem. del mismo tit. donde se dá por buena la paga, que vno haze de la deuda de otro; pero mejor está este caso. l. *Cum pecuniam. ff. de neg. gest. Cum pecuniam eius nomine solueris, qui tibi nihil mandauerat, negotiorum gestor actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit, nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solui.* Aquí dá el Derecho por buena, legitima, y ajustada la paga que vno haze de la deuda agena, sin averle mandado el doudor que la pague, porque con aquella paga hizo bien el negocio del deudor, sacandole de aquella obligacion. Pero exceptua el Derecho vn caso, y es, quando no estuviere bien al deudor, que se pagase aquella deuda, porque en tal caso no hizo bien en pagar deudas ajenas sin orden del deudor, y consiguientemente el deudor no le debe passar en cuenta lo que assi pagò: y allí la Glosa pone los casos en que no está bien al deudor, que se pague su deuda. El primero es, quando la obligacion de pagar aquella deuda tenia plazo determinado, que no se avia cumplido, como si debía pagar a venidas de Naos, y el otro se adelantó a pagar mucho tiempo antes: entonces la paga no es legitima, y el deudor no está obligado a passar por ella, ni a satisfacer al que pagò por él, hasta que se llegue el tiempo, y dia en que debía pagar. El segundo, quando el deudor tenia titulo justo para no pagar, ó cuentas, y ajustes con el acreedor, en que se podía compenstar vna deuda con otra. En el caso que se propone la deuda de Diego a Juan, es legitima, clara, y constante por instrumentos legitimos, y no aguarda plazos, porque ya está debida la dicha cantidad a Juan; y assi lo dize expressamente Silvest. verb. *Restitutio. 3. q. 8. §. Qui tum, y la razon lo convence; porque el Albacea tiene obligacion de restituir este dinero de suerte, que toda la cantidad ceda en utilidad de Diego: y es cosa cierta, que entregando esta cantidad a Juan ceda toda en utilidad de Diego, porque le saca de esta obligacion en que ya estaua incurso: y si Diego es difunto, ó está ausente, le escusa a él, y a sus bienes de costas, y riesgos, que tiene siempre el dinero en andar por muchas manos, como si el Albacea entregara dicha cantidad a los Albaceas, ó Procuradores de Diego, estos por su*

su trabajo avian de tomar vn tanto por ciento, y en los recibos, y pagas, y cuentas se gasta algo, y en todas las cosas desta vida ay riesgo, y mas en el dinero; y entregando el Albacea dicha cantidad a Juan, se vá por el atajo, escusando todo lo dicho: y si Diego estuviere presente, y viue, le está mejor, que dicho dinero se entregue a Juan, porque de esta manera escusan del trabajo de entrada, y salida de dicho dinero, y sin cuydado, ni trabajo, ni molestia le pagan, y paga, y no puede tener justa quexa de quien lo hiziese assi, dandole seguridad con instrumento bastante, para que no le obliguen a pagar otra vez.

56. Demàs desto juzgo, que el Albacea tiene obligacion graue de pecado mortal a entregar a Juan dicha cantidad, satisfaciendole con ella parte de la deuda, que le deben los bienes de Diego. La razon desto es, porque como parece de la propuesta, Juan no puede cobrar lo que le deben por otra parte, porque no halla bienes de Diego, con que viene a perder de su caudal mas de quatrocientos pesos, que es grande pérdida, de la qual le puede librar el dicho Albacea sin riesgo suyo, y sin contravenir a la justicia, ni a la obligacion de Albacea, y consiguientemente tiene obligacion de hazerlo assi, haziendo en Juan la restitucion, que debe hazer a los bienes de Diego; porque en qualquiera necesidad graue, ó peligro vrgente de el proximo, los q lo saben, y pueden sin riesgo, ni detrimento proprio librarle, tienen obligacion a hazerlo assi debaxo de pecado mortal: y esto obliga el precepto Diuino de amar al proximo como a si mismo, y consta del Sagrado Texto. i. Joan 3. *Qui habuerit substantiam huiusmodi, et viderit fratrem suum necessitatem habere, et clauserit viscera sua ab eo, quomodo charitas Dei manet in eo? Filioli mei non diligamus verbo, neque lingua, sed opere, et veritate.* De aqui se colige, que ay obligacion precisa, que obliga a pecado mortal de amar a los proximos, no solamente de palabra, sino con la obra, y con verdad, y que ay la misma obligacion de socorrerle, quando está en necesidad de nuestro fauor en cosa graue, si está en nuestra potestad el fauorecerle; y es Doctrina de S. Thomàs 2.2. q. 32. art. 2. & 3. y comun de los Doctores, de la qual infiere Nauarr. in Man. cap. 24. n. 122. que el que passa por vn camino, y vé vn macho metido en vn atolladero, y que el harrero no basta para sacarlo, que peca mortalmente si no le ayuda, porque está puesto en graue necesidad de aquel auxilio: y el que vé arder la casa de su proximo, y pudiendo a pagar el fuego, no lo haze, peca mortalmente: y el que vido

entrar el ganado en los sembrados de otros, y pudo echarlo, y no lo hizo, cometió pecado mortal. Lo mismo es de otro qualquiera daño graue, que recibe el proximo, de que puede otro sin riesgo librarle, peca mortalmente si no le libra, porque es contra el amor del proximo no librar, ni socorrerle en la necesidad, ó daño, que padee, pudiendo sin riesgo proprio. En el caso propuesto, Juan está a riesgo de perder esta cantidad de mas de 200. pesos: el Albacea puede escusarle este daño sin contravenir a lo justo, ni a su officio, y sin riesgo suyo, y assi está obligado. Esta obligacion del Albacea respecto de Juan, no es de justicia, sino de caridad, porque dicho Albacea no ha contraido obligacion de justicia respecto de Juan, sino solamente respecto de Diego, al qual debe de justicia pagar lo que el testador le mandò que pagase; porque la obligacion de justicia, que tenia el testador respecto de Diego, se hizo propria del Albacea desde que admitió el Albaceazgo. Por lo qual si el dicho Albacea entregase la cantidad a quien tuviere poder de Diego, ó fuese su Albacea (en caso que aya muerto) cumpliria con la obligacion de justicia, y no está obligado a restituir cosa alguna; pero faltaria a la caridad en materia graue, dexando a Juan perder tanta cantidad, pudiendo facilmente socorrerle, para que no la perdiera. Esta Doctrina se colige de S. Thomàs en el lugar citado. q. 62. art. 7. *Lessio lib. 2. de iust. cap. 13. dub. 9. §. 10. Couar. reg. peccatum. p. 2. §. 3. n. 5. Nauar. in Man. cap. 17. n. 18.* y otros muchos que afirman, que el que no tiene obligacion por razon de su officio, ó por su salario, que lleua por guardar la hacienda de otro, no peca contra justicia en no defenderla, ni mirar por ella, que no se le pierda, aunque pueda con facilidad, sino solamente peca contra caridad. Por lo qual el dicho Albacea está obligado en rigor de justicia commutativa, que obliga a restitucion de Diego; pero respecto de Juan, tiene obligacion nacida de la caridad: y assi dando esta cantidad a Juan en recompensa de lo que debe Diego, satisface a ambas obligaciones, y si a ninguno las restituye, las quebrantará ambas, y si la restituye a los Albaceas, ó agentes de Diego, haze contra la vna, que es la caridad, dexando a Juan en graues dificultades de recuperar su dinero, pudiendo facilmente librarle de ellas. Si se creyese, y presumiese con buenos fundamentos, que con facilidad pudiera Juan cobrar la dicha cantidad de los que tuvieran los poderes de Diego, no sería pecado mortal, que el Albacea entregase la cantidad a los que tuviessen di-

dichos poderes; pero siempre es mas ayudado a la justicia commutativa, y a la caridad, que el Albacea entregue este dinero a Juan, porque allí paga la deuda de su difunto, y libra a Diego, y a sus bienes de esta carga, y obligacion, y haze a Juan este bien, para que no pierda esta cantidad de su hacienda.

## CONSULTA XIV.

*Sobre si pueda ser compelido un Albacea a entregar al marido de una su menor la dote, y demas hacienda suya, que para en su poder, no queriendo el marido otorgar de ello carta de dote, hasta que esta se le entregue, y entere toda, sin costas, ni litigios, y con finiquito de cuentas.*

## PROPOSTA.

Toda la hacienda de vna niña menor de doze años paraba en poder de vn Sacerdote, Albacea de la abuela de dicha menor, el qual tenia en vn Convento guardada cantidad notable de dinero de la menor. En este tiempo el señor Governador destas Islas, con pretexto de necesidad de las caxas Reales, tomó toda la dicha cantidad por via de emprestito, dexando por prendas algunas joyas de oro, y diamantes, pertenecientes a los bienes de otro señor Governador, que estauan detenidas en las caxas Reales. La dicha niña llegó a la edad competente, y tomó estado de matrimonio: su marido pide ante el Juez Eclesiastico, que el dicho Sacerdote Albacea le entregue toda la hacienda perteneciente a su muger, juntamente con la cantidad, que sacó del Convento el señor Governador, y que el Albacea recibiese las prendas para su resguardo, y cobrase como pudiesse la cantidad, que sacó por emprestito el señor Governador, y no quiere hazer carta de dote a su muger, hasta que se le entregue todo lo que la pertenece, y que en interin solamente ha de dar recibo de lo que fuere recibiendo. Por el contrario, el Albacea aunque dize que está prompto para entregar los bienes de dicha niña, que paran en su poder, no quiere entregar cosa alguna, sino es haciendo, y otorgando el marido carta de dote de lo que se le entregare: y en quanto a las joyas, que están empeñadas, no se quiere encargar de ellas, sino que las reciba el marido, y corra por su cuenta la cobrança, y el riesgo por cuenta de la dote; y vna estancia no la quiere entregar desde luego hasta el ajuste de cuentas, por diferentes

dependencias que tiene. Remitió esta causa el señor Arçobispo al Autor, pidiendo su parecer, con los autos.

## PARECER CCLII.

57. Por mandado del Ilustrissimo señor D. Fr. Juan Lopez, del Consejo de su Magestad, Arçobispo electo de Manila, he visto esta causa, y hallo, que en algunos puntos de ella, Pedro ha probado su intencion, y lo que le competia probar, y en otros puntos de la misma causa no ha probado lo que debia probar, y Antonio Albacea en vnos puntos desta causa ha probado su intencion, y lo que le competia probar, y en otros no ha probado lo que le convenia: y assi se debe determinar, que Antonio entregue luego sin dilacion alguna a Pedro los bienes, que tiene conocidos pertenecientes a Maria, como son las casas, y esclavos; y Pedro haga, y otorgue carta de dote a su muger de lo que assi recibiere, sin dar finiquito de cuentas al dicho Antonio, sino expresando, que quando entregare lo demás, que constare pertenecer a dicha Maria, se añadirá a la carta de dote, y lo otorgará tambien. Quanto a las joyas, que están empeñadas, que al presente las reciba dicho Pedro por la cantidad en que están empeñadas, y se pongan en la carta de dote, expresando, que recibe dicha cantidad, no en reales, sino en tales prendas, y que no se obliga a los riesgos, y peligros, que pudiere tener su cobrança, sino que en todo tiempo solamente esté obligado a lo que constare, que huviere cobrado de dicha cantidad, y que los riesgos, y peligros de dicha cantidad corran, ó por cuenta de la misma dote, ó de Antonio, si de las cuentas que diere resultare aver incurrido la dicha cantidad en dichos riesgos por culpa suya; y que entregado todo lo referido, y otorgada la carta de dote, luego sin dilacion, Antonio de cuentas de todo lo que ha entrado en su poder perteneciente a Maria; y de la diligencia, y cuydado que puso en guardarlo, y de los reditos que huviere tenido, ó debido tener las cantidades en reales, que han entrado en su poder, para que assi conste si fue culpable en dicho Antonio el embarazo, en que está la cantidad de dinero en que está el empeño de las prendas: y juntamente de cuenta de los litigios, y dependencias, que tiene la estancia, para que conste si de dicha estancia toca alguna cosa a Maria; y dadas las cuentas, se entregue todo lo que le perteneciere a Pedro, el qual otorgue carta de dote de todo.

La

58. La justificacion de todos los puntos que aqui se determinan, se irá declarando, y probando. Primeramente, a Pedro se le debe mandar, que otorgue carta de dote de lo que le entregare Antonio. Pruebase con tres fundamentos: el primero es del Derecho, que determina, que el tutor, ó curador, que cuyda de algun menor, ó de su hacienda, tiene obligacion de hazer aquello, que vn diligente padre de familias haria. Y es cierto, que vn padre de familias no haria bien de entregar la hacienda de vna niña al marido, sin la seguridad de carta de dote. l. A tutoribus. ff. de administrat. & peric. tutor. & curat. A tutoribus, & curatoribus pupillarum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam pater familias rebus suis ex bona fide prabere debet. Y l. Generaliter. del mismo titulo: Generaliter quotiescumque non fit nomine pupilli, quod quis pater familias idoneus faceret, non videtur defendi. No mira por la hacienda de su menor, ni la defiende el que no haze todo aquello, que hiziera vn padre de familias provido, y diligente, y el mismo padre de la menor, si viuieste: y es cierto, que vn padre de familias diligente no entregaria la hacienda de su hija al que se casasse con ella, sin la seguridad de carta de dote, y assi pertenece al tutor, y curador pedir, que se haga carta de dote de la hacienda, que entregare al marido de su menor, y no haria bien de entregar su hacienda, sin que se hiziese carta de dote. Mas expreso consta del mismo Derecho, l. Curator. del mismo titulo: Curator pro minore non tantum dotem dare debet, sed etiam impendia, que ad nuptias faciendae sunt. Y allí la Glossa: Curator adulta debet constituere dotem nubere volenti de bonis ipsius adulta. De fuerte, que de los bienes de su menor le ha de señalar dote en forma, que tenga los privilegios de dote: por lo qual no cumpliera con su obligacion el que con solo vn recibo entregara los bienes de su menor, sin la seguridad de carta de dote, constituyendole dote en forma; l. Cum post mortem. del mismo titulo, se pone, que pertenece al oficio de curador de los bienes de los menores señalarles dote, y allí dispone lo que se debe hazer quando el curador señaló quatrocientos ducados de dote a su menor; y despues no alcanzó la hacienda de la menor a dicha cantidad, donde se echa de ver, que es oficio del curador hazer, que se haga carta de dote, y se constituya, y haga dote en forma, como dize allí el Derecho: Quoniam in instrumento, ita scriptum est. Y en las leyes del Reyno se halla determinado lo mismo, part. 4. tit. 1. l.

l. 9. Qualquiera hombre, que tenga en su poder, ó en su guarda alguna mançeba con todo lo suyo, que fuese ya de edad para casar, pidiendo apremiar, que la case, è la establezca dote; segun fuere la riqueza, que avia ella, è la nobleza de aquel con quien la case, que si mas estableciere por dote de lo que huviere, no valdria. Ciaramente se ve, que habla de dote en forma con carta de dote; porque si solamente quisiera allí dezir la ley, que le entregue su hacienda a la que se casare, no fuera necesario dezir, que le establezca el dote segun la calidad del marido, y caudal de la muger, y que si le estableciere mas dote de lo que alcanza el caudal de la menor, que no valga. No fueran menester todas estas palabras, sino bastara dezir, que quando se casasse le entregasse su hacienda; y assi tengo por cosa cierta, è indubitable, que pertenece al oficio del curador, que tiene la hacienda de la menor a su cargo, el constituirle dote, y hazer que se haga carta de dote en forma, y no entregar la hacienda de su menor de otra forma.

59. El segundo fundamento es, porque en las leyes del Reyno, lib. 5. Nueva Recop. tit. 16. l. 2. se determina, que contando, que alguno se quiso obligar a otro, sea tenido a cumplir aquello a que se obligó. Las palabras de la ley son las siguientes: Pareciendo, que uno se quiso obligar a otro por promission; ó por algun contrato; ó en otra manera, sea tenido a cumplir aquello a que se obligó. Y al fin de la dicha ley añade: Mas vos, que valga la dicha obligacion, y contrato, que fuere hecho, en qualquiera manera que durare, que uno se quiso obligar a otro. Y lo mismo se determina part. 5. tit. 1. l. 1. y consta de la prueba dada por Antonio desde fol. 114. de los autos, hasta la 117. con dos testigos mayores de toda excepcion, que Pedro se obligó por concierto, y trato que hubo entre él, y Antonio, a otorgar carta de dote de los esclavos, casas, y seis mil pesos en joyas, que dicho Antonio le entregasse: por lo qual está obligado dicho Pedro a otorgar carta de dote de dichas casas, y se le debe compeler a que la otorgue, pues se obligó a ello.

60. El fundamento tercero es, porque en estos mismos autos consta tener ya admitido, y consentido el mismo Pedro el otorgar la carta de dote en vna peticion a fol. 34. donde confiesa, que aver resistido el otorgamiento de la carta de dote hasta entónces, ha sido por rezelarse, que otorgando por aora carta de dote se embarazaria el ajuste de cuentas de todos los bienes, que entraron en poder de N. pertenecientes a Maria, y se dilataria el entrego de las cantidades, que

Hhh

que

que le pertenecen; pero que manifestado ya el intento de Antonio, que no es querer finiquito de cuentas, ni embarazo, ó dilacion del entrego de la demás hacienda, que confiare por las cuentas que se ajustaren, pertenecer a dicha Maria, viene, y consiente en otorgar carta de dote, en que se expresse, que resta mas cantidad que ajustar perteneciente a la misma dote, y que estará presto a otorgar otra carta de dote, quando se le entregare lo demás: y así este punto de que se otorgue carta de dote en la forma referida, sin dar finiquito de cuentas, está admitido, y consentido de ambas partes litigantes.

61. El segundo punto de que Antonio está obligado a entregar luego sin dilacion la hacienda, que consta pertenecer a Maria, a Pedro, cumpliendo dicho Pedro la obligacion dicha en el punto antecedente, es cosa tan evidente, y cierta, como es cierto, y evidente, que a cada vno se le debe dar lo que es suyo, y lo que le pertenece. Demás desto consta de los textos alegados en el punto antecedente, donde se determina, que el curador, ó administrador de los bienes de alguna menor le deba constituir dote, según el caudal de la menor. De aqui consta, que de hecho, y con efecto le debe entregar al marido por dote los bienes de la menor, que parán en su poder. Demás desto consta del Derecho, l. In minorum. C. In quibus causis. in integr. donde se determina, que en dilatar la paga, y satisfacion de la hacienda de los menores, se contrae mora culpable: *Ex solo tempore tarda pratij solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in ijs videlicet que moram desiderant, idest in bona fidei contractibus, & fideicommissis, & legatis.* De fuerte, que tenga la hacienda de dicha Maria, como tutor, ó como curador, ó como fideicomisario, ó como Albacea, ó de qualquiera manera que la tenga, Antonio está obligado a entregarla luego sin dilacion, otorgandole la seguridad de carta de dote él que la recibiere. Lo mismo se determina mas generalmente l. Mora. de vturis. *Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona idest, si interpellatus opportunio loco non solverit, quod apud indicem examinabitur.* El que administra hacienda agena, cae en mora culpable, quando cumplido el plazo, y aviendo las demás circunstancias del lugar, y tiempo, no entrega lo que administraba; y así aviendo ya tomado estado de matrimonio Maria, y pidiendo su marido la hacienda, que pertenece a su muger, dispuestó para otorgar luego que se le vaya entregando, la carta de dote, no ay título para que la entrega se dilate vn dia mas: y

así debe entregar luego las casas, y esclavos, que el mismo Antonio confiesa en sus peticiones ser bienes conocidos pertenecientes a Maria. De los demás bienes, que Pedro pide, se irá diciendo en los puntos siguientes.

62. El punto tercero es acerca de las joyas, que están empeñadas por seis mil y quinientos pesos, si debe Pedro recibir las por la cantidad, ó si se debe obligar a Antonio, que exhiba los seis mil pesos, que confiesa pertenecer a dicha Maria, y que la cobranza dellos, y sus riesgos corran por cuenta de Antonio. Y para que la resolucion desto conste con mas claridad se advierte, que Antonio tenia guardados como en deposito en el Colegio de San N. seis mil y quinientos pesos, y aviendolo sabido el señor Governador por ocasion de vn escrutinio, que hizo en dicho Colegio, por averle dicho avia en él bienes de vno a quien confiscaron la hacienda, y hallando allí dicha cantidad, y otras, dixo, que las avia menester para gastos precisos. Llamó a Antonio, y pidióle, que se los prestasse con prendas, que le daria de mas valor, el qual dixo, que si, y admitió las prendas: y es de notar, que al Rector de dicho Colegio le pidió el mismo señor Governador, que le prestasse otras cantidades, que avia allí en deposito, y otra de vn difunto, que el dia antes avia muerto, y mandaba hazer bien por su alma en algunos legados, y Missas. Ofreciale el señor Governador otras prendas; y el Rector se escusó, que no podia, ni le era licito por no ser hacienda suya, sino agena, y no obstante esto le sacaron al Rector dichas cantidades, y por entonces no le dieron prendas. Es verdad, que algunos meses despues las bolvió a pedir, y se las dieron, porque aunque no juzgaba las prendas por cosa muy segura, por rezelos de que las podia pedir el Tribunal de la Inquisicion, que eran del señor don N. y se las avia embargado el Padre Comisario del Santo Oficio, quando le prendió; pero menor seguridad era no tenerlas, que alguna seguridad hazen dichas prendas, como quiera que sean.

63. Supuesto esto, digo, que la resolucion deste caso, si debe correr el riesgo de dicha cantidad en que están empeñadas las prendas, por cuenta de Antonio, ó por cuenta de la hacienda de dicha Maria, depende del ajuste de las cuentas, que el dicho Antonio ha de dar; porque si tuvo lugar y tiempo, y personas seguras, para poner la dicha cantidad a vñura pupilar, lo debió hazer así, y los daños, que se siguieron de

tener el dinero ocioso en deposito, los debe satisfacer juntamente con los renditos. Pero si en las cuentas que diere alegare alguna razonable excepcion, por donde no aya podido commodamente poner dicha cantidad a vñura pupilar cobrable con toda seguridad, no estará obligado a los riesgos, que se siguieron; porque pedirlos prestados el señor Governador fue caso impenfado, que no lo pudo prevenir Antonio, y ya pedidos, no los pudo negar, y aunque los negara, no aprovecharia nada para el efecto, porque *vellus, mollis*, se los avian de sacar. Esta resolucion consta del Derecho, l. Tutor. §. Si post depositionem. ff. de admin. & peric. tutor. & curat. donde se determina, que los tutores, y curadores tienen obligacion de comprar posesiones fructíferas del dinero de los pupilos, ó menores: y si no compraren semejantes posesiones, paguen de sus haciendas lo que pudiera averle aumentado la hacienda del menor, si no huviera tenido el dinero ocioso. Y luego limita esta disposicion, para que solamente se entienda quando el tutor, ó curador fue la causa de que no se empleasse el dinero del pupilo, ó menor: *Vturis plebendi sunt tardidatis gratia.* Por la demora en emplear el dinero del menor; y prosigue: *Nisi per eos factum non est quo minus compararent.* Si no fue por falta del tutor, ó curador no comprar posesion fructífera con el dinero del menor, y quedarle ocioso el dinero, no está obligado el tutor, ó curador a la paga, ni a los riesgos, sino que se pierde por cuenta del menor, ó pupilo. Y l. Si sine hærede. §. Modestinus. del mismo título, se determina, que el daño que acontece sin culpa del tutor, no se le debe imputar, ni lo debe pagar: *Damnum si quod accidit, eo quod cautiones soluti veltigalis inuenta non sunt, ad tutorem cuius nulla culpa ad missa proponitur, minime pertinere.* Aqui claramente se determina, que para que el tutor, ó curador esté obligado a pagar el daño, que le sobrevino a los bienes del menor, es necesario, que se reconozca culpa en él, y si no se halla culpado en el daño, no le debe pagar. Y l. Si res pupillaris. ff. del mismo título, se determina, que si ladrones robaron la hacienda del pupilo, no está obligado el tutor a satisfacerla, aunque se perdiese toda: y que si el tutor dió la hacienda, ó dinero del pupilo a vn mercader rico, y acreditado, para que acudiesse con las ganancias acostumbreadas, y el mercader quebró, y no puede pagar, no está el tutor obligado a pagarlo, sino que se perdió por cuenta del pupilo. Las palabras de la ley son: *Sic res pupillaris incurse*

*latronum pereat, vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor prestare cogitur.* Es cosa tan cierta, y clara esta de que el tutor, ó curador, y qualquiera administrador de hacienda agena, debe pagar los daños, que por su culpa suceden, y no debe pagar aquellos en que no tuvo culpa, que no necessita de pruebas. La dificultad está, si tuvo culpa, ó no, Antonio en que le sacasen el dinero de su menor del Colegio donde lo tenia guardado, y depositado: y es cierto, que directamente no tuvo culpa, porque fue caso impenfado, que no se pudo prevenir: y si el Derecho en el lugar referido elculá al curador, a quien ladrones robaron la hacienda del menor; mas bien se debe escutar aquel a quien sacaron el dinero del menor por orden del señor Governador, a cuyo poder, y fuerças mucho menos se puede resistir, que a los ladrones. Y si el curador, que entregó el dinero del menor a vn mercader rico, y acreditado; que despues quebró, no está obligado a la satisfacion; mucho menos quien lo depositó en vn Colegio, y casa de Religiosos; que entre Catolicos suele ser el lugar mas seguro para los depositos. En el Templo de Gerusalen se depositaban las haciendas de las viudas, y pupilos. 2. Machab. 4. *Summus Sacerdos ostendit deposita esse hæc, & victualia viduarum, & pupillorum.* Y se tenia por cosa muy segura: y aun el mismo Heliodoro, pagano Gentil, despues de los azotes, que llevó por averse atrevido a lo que estava allí depositado, confesaba la seguridad de aquel lugar con estas palabras: *Eo quod in loco sit verè Dei quadam virtus, nam ipse qui habet in Cælis habitationem, visitator, & adiutor est loci illius, & venientes ad male faciendum percunt, ac perdit.* Pues aquel Templo no era de tanta magestad; y dignidad, como los Templos, y Casas Religiosas de la Ley de gracia: por lo qual Antonio pudo, y debió presumir, que allí donde depositaba el dinero de su menor, tenia mayor seguridad, que en otra qualquiera parte: y averle sacado de allí fue vn caso, que no se pudo prevenir, y vn deslucado, que se hizo a vna Casa Religiosa, que Dios permitió por sus iustos juizios; como permitió, que aquel Templo de Gerusalen tan venerado lo profanasen los Gentiles, por mandado del Rey Antiocho. 2. Mach. 6. *Templum luxuria, & comessationibus gentium erat plenum, & scortantium cum meretricibus.* Por lo qual es cierto, que en la invasion, y toma del dinero no hubo culpa alguna en Antonio directamente: pudola aver indirecte en quan-



to debió dar este dinero a alguna ganancia lícita, que comunmente llaman usura pupilar de cinco por ciento, y debió de entender que dando el dinero de la menor a usura pupilar, con seguridad de hipotecas firmes, y fianças, transfería los peligros en el que recibía el dinero, lo qual no avia teniendo-lo en depósito, que no se transfieren los riesgos al depositario. Y en qualquiera parte que esté el dinero tiene algun riesgo, como todas las cosas humanas, y era mas en favor del menor poner los riesgos a cuenta de otro, pudiendose commodamente, dando el dinero a usura pupilar, que dexar los riesgos a cuenta del menor en el depósito. §. Præterea, & is. inf. quibus modis re contrahitur obligatio. Y l. Mutuum. ff. de rebus creditis. y l. Incendium. C. si certum petatur. Y así poner el dinero del menor en depósito, tiene dos daños, ó inconvenientes. El primero, que está el dinero ocioso sin ganancia alguna. El segundo, que no se transfieren el riesgo en otro: esto tiene en su contra Antonio. Tiene tambien ay muchos, que en Manila siempre ay muchos, que quieren tomar dinero a usura pupilar para la mercancia, y entre muchos no faltarian algunos, que diessen bastante seguridad. Y para esto dize Gutierrez, que en España, donde frecuentemente se halla quien venda censos anuales, no tiene escusa el tutor, ó curador. de tutel. p. 2. cap. 9. n. 23. y lo mismo dize de Genoua, donde ay muchos mercaderes ricos, que piden dinero a usura pupilar.

64. Y en su favor hazen dos presunciones del Derecho. La primera es, que no consta, que aya puesto a ganancia de usura pupilar dinero suyo proprio, que si lo huviera puesto así su dinero, y dexado en depósito el de su menor, se convencia de que tuvo commodidad, y ocasion de poner a usura pupilar el dinero de su menor, y lo dexò de hazer por descuydo, y negligencia culpable en la hazienda del menor, l. Tutor. ff. de admin. tut. & cur. *Non est audiendus tutor cum dicat, ideò cessasse pupillarem pecuniam collocare, quod idonea nomina non inuenit, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse.* De fuerte, que si el tutor, ó curador diò su proprio dinero a usura pupilar, y sacò del ganancia, y al de su menor lo tuvo en depósito ocioso, presume el Derecho contra el tutor, ó administrador, y no se le debe oír si alegare, que no hallò personas seguras en quienes imponer el dinero de su menor: y por el argumento a contrario se sigue, que si el cura-

dor no diò dinero suyo a ganancia en aquel tiempo, y alegare, que no tuvo en quien poner el dinero del menor con seguridad, debe ser oído, y examinadas las excepciones que tuviere, y causas para no aver puesto a usura pupilar el dinero de su menor; y aun Baeza, de decimis tutorum, cap. 2. n. 99. dize, que a la parte del menor pertenece probar, que el tutor, ó curador pudo, y tuvo ocasion de poner el dinero del menor, ó pupilo a usura pupilar. Y se colige del Derecho, l. Cum plures. ff. de admin. tut. donde dize: *Si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit, quod non erat cui crederet, pupillo vacabit.* Ya el Derecho dà por libre al curador deste cargo, si no hallò persona a quien con seguridad pudiesse dar a usura pupilar el dinero de su menor: y como está a su cuenta, que no lo entregue sino a persona segura, que sea de su satisfacion, diziendo el curador, que no hallò persona a quien con seguridad pudiesse entregar el dinero, incumbe al menor el onus probandi, que huvo persona de toda seguridad en quien lo pudiesse imponer. Y lo mismo se colige de la l. Si tutor constitutus. ff. de admin. tut. & cur. donde se determina, que si el tutor en los seis primeros meses de su tutela no cobrasse la hazienda de su pupilo, ni la pusiesse a usura pupilar, esté obligado al capital, si se perdiese, ó no se pudiere cobrar, y a los reditos. Y allí la Glosa, verb. Non collocauerit. dize: *Cum potuerit alioquin contra.* Y cita allí muchos textos del Derecho, de donde se colige, que para obligar al tutor, ó curador a pagar los reditos, y daños del dinero del menor, que no puso a usura pupilar, ha de constar, y probarse por parte del menor, que pudo poner el dinero a usura pupilar con bastante seguridad; y no constando, ni probandose esto, no está el curador, ó tutor obligado a los daños. Es verdad, que otros Doctores con Gutierrez de tutelis. p. 2. cap. 9. n. 29. dizen, que si consta, que el administrador recibió el dinero, ó lo tuvo ocioso mucho tiempo, que en tal caso el mismo administrador ha de probar, que no la pudo imponer a usura pupilar.

65. La segunda presuncion es, que Antonio no se aprouechò del dinero de su menor en usos propios; que si lo huviera hecho así, y se huviera perdido, presumiera en tal caso el Derecho contra él. l. Tutor, qui repertorium. ff. de admin. & per tut. & cur. *Pecunia, quam in usus suos conuerterunt tutores, legitimas usuras præstant, sed hoc ita demum, si euidenter doceantur, pe-*

*cuniam in usus suos conuertisse.* De fuerte, que si huviera el tutor, ó curador aprouechadose del dinero de su menor, no era menester mas presuncion, ni otra prueba para cargarle los daños, y reditos; pero constando, como al presente consta con toda evidencia, que no se aprouechaba del dinero, está libre de presuncion, y ha de constar para obligarle a los riesgos, que pudo commodamente poner el dicho dinero a usura pupilar. Y l. Qui negotiationem. §. Ex duobus. ff. de admin. tut. está la misma presuncion contra el tutor, y dize, que si se aprouechò del dinero del pupilo, ha de pagar todos los reditos a razon de lo mas subido, que suele pagarse. Deste odio con que el Derecho le castiga tambien se colige, que debe pagar los daños, y detrimento, que padecieren los bienes del menor, ó pupilo; pero que si no se aprouechò del dinero, ha de pagar solamente los reditos, que commodamente huviera adquirido, si huviera puesto diligencia, y que estos reditos solamente los deberá pagar si constare, que pudo ponerlos a usura pupilar con seguridad, y lo dexò de hazer por negligencia: *Si eam pecuniam in se vertisset, omnium pecuniarum usuras præstandas, quod si pecunia mansisset in rationibus pupilli, præstandum, quod bona fide percepisset, aut percipere potuisset, si fenori dare (cum potuisset) non neglexisset.* Haze tambien en favor de Antonio la mucha dificultad, que de ordinario ay en esta tierra para cobrar el dinero, que se diò a usura pupilar. Por Enero del año que viene de 1674. hará dos años, que di a usura pupilar seis mil pesos, que eran de los menores nietos del Capitan Manuel Diaz Coello, y ha medio año, que vna niña a quien pertenecen los tres mil pesos se casò, y no he podido cobrar vn real de dichos seis mil pesos, para entregar al Sargento mayor Pedro Lozano, que casò con dicha menor: el qual daria por bien empleado, y tendria por mas conveniente, que le tuuiesen sus tres mil pesos en depósito, y se los entregassen sin los reditos de la usura pupilar, que esperar la dilacion de que venga otro año la Nao de Nueva-España; siendo así, que se entregaron dichos seis mil pesos a personas de las mas abonadas de Manila, con hipotecas firmes, y fianças seguras, obligandose por escritura a pagar el capital, y reditos en qualquiera tiempo que se les pida. Pero alegan luego tantas cosas tan verisimiles, que emplearon el dinero para remitirlo a Nueva-España, y arribò la Nao, y este año lo buelven a embiar,

que si se les cobrò, no le ha sido de prouecho alguno, sino que pagan de valde los reditos; y finalmente, que toda la hazienda la tienen en Nueva-España, que si no es vendiendoles las fincas, que son las casas en que viuen, no lo pueden satisfacer aora. Todo esto se ha de atender, y se le ha de obligar a Antonio a que dê sus cuentas, como se dirà despues, y en ellas ha de dar razon, por qué dexò de imponer aquella cantidad de dinero a usura pupilar, y quanto tiempo la tuvo ociosa en depósito? y de ai resultará si se le deben cargar los daños, y riesgos de dicha cantidad en que están las prendas, ó si deben correr por cuenta de Maria, y si debe Antonio pagar los reditos de dicha cantidad, el tiempo que la tuvo ociosa en depósito, y el tiempo que la ha tenido en emprestado el señor Governador, que todo esto depende del ajuste de cuentas que diere, que dellas ha de constar si fue demora culpable en no aver puesto dicho dinero a usura, ó si fue accion prudente en ponerlos en depósito, y custodia en vna casa Religiosa, donde siempre se presume grande seguridad.

66. Supuesto ya que al presente, antes del ajuste de cuentas, no está obligado Antonio a entregar los seis mil pesos, que sacò del Colegio el señor Governador, se le deben entregar las prendas a Pedro, y que se pongan en la carta de dote que otorgare, con el resguardo que le pareciere mas conveniente. Puedese poner, que recibe los dichos seis mil pesos, no en reales, sino en vnas joyas, que son de las que se embargaron al señor N. que están empeñadas en dicha cantidad, y que no se obliga a los riesgos, que en la cobrança de dichos seis mil pesos puede aver, sino solamente a lo que constare aver recibido de ellos, ó de Antonio, si en el ajuste de cuentas se les cargaren los riesgos de la cobrança, ó de la caixa Real, si en dicho ajuste quedare Antonio absuelto de sus riesgos, y cobrança. Que se le deben entregar las prendas a Pedro, consta lo primero, porque en el trato, y pacto, que hizo con Antonio antes de contraer matrimonio con Maria, se obligò a esto, y a ponerlas en la carta de dote, como consta de la probança de dos testigos, que tiene dada en esta causa dicho Antonio. Lo segundo, porque suponiendo, que aora no ha de recibir Pedro los dichos seis mil pesos, mejor le está recibir las prendas, que estar sin las prendas, y sin el dinero; porque aunque las prendas no tengan muchissima seguridad, como dize en su peticion, por lo menos no será posible negar, que

que alguna mas seguridad tiene la cobranza de esta cantidad por medio de estas prendas, que si no huviera prenda alguna, sino solamente huviera accion de cobrar esta cantidad de la casa Real, donde tan mal se cobra qualquiera deuda: ni impiden el recibirlas el peligro, que dize aver de que se la hurten, que esse mismo peligro tendrían los seis mil pesos si los cobrasse, y se puede poner en su guarda toda la seguridad, que humanamente se puede, ó la que pone en guardar las joyas, y cosas preciosas propias.

67. El punto quarto es, que hasta el ajuste de cuentas no se le debe obligar a Antonio a que entregue la estancia, ni otros bienes, ó cantidades de dinero, sino solamente lo ya referido, que tiene confesado por bienes pertenecientes a Maria, por las razones que alega en sus peticiones a foj. 31. y 118. Fundate esto en dos textos del Derecho, l. Sciendum. ff. de vsuris. *Sciendum est non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, mora annumerandum, quid enim si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendis debitis, vel fidei inscribis rogandis, vel exceptio aliqua allegetur, mora debiti facta non videtur.* Y allí Bart. *Qui difert solutionem ex iuxta causa, non committit moram.* Al presente Antonio tiene gravissima excepcion para no entregar la estancia por los litigios, y dependencias que tiene, ni otras cantidades, porque aun no está liquidado quanto puede pertenecer a Maria, y así no es demora culpable el no pagarle luego hasta el ajuste de cuentas. El otro texto del Derecho es, l. Siquis. ff. del mismo titulo. *Siquis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non fecisse videtur moram utique si iuste ad iudicium provocavit.* Justissima cosa es, que se den, y ajusten las cuentas, y se vea, y examine lo que se debe, y a esto debe estar dispuesto, y prevenido Antonio, y así no comete demora en detener la paga hasta el dicho ajuste. La Glosa sobre la dicha ley dize: *Titius debitor dicit, se nolle solvere, sed iure parere: quaritur, an sit in mora? Respondet, quod non; si iuste.* A ninguno puede parecer mal, que se ajusten las cuentas, y en el interin no se comete demora en detener la paga. Lo que se podía oponer aqui contra esto, si avia presuncion de que esta dilacion en la paga con titulo de dar cuentas, era solamente fraude, para ir dilatando la paga, lo qual parece que indica en sus peticiones Pedro. Pero a esto se satisface, que nunca se presume dolo, ni culpa, ni negligencia en el administrador, y el que la alegare, la debe probar, como se determina, l. Quoties. §. Qui dolo. ff.

de probat. y lo prueba latamente Bart. in l. Si ab hostibus. §. Si vir. ff. soluto matrimonio, y l. Non omnis. §. A barbaris. ff. de re militari. y mas especialmente del administrador, tutor, ó curador, in l. Tutor. qui repertorium. §. Qui post. ff. de admin. tut. y l. Cum plures. in fin. del mismo titulo: y mas latamente lo prueba Mascardo, to. 1. de probat. concl. 531. donde cita muchissimos Autores, que lo dizen. Al presente no prueba Pedro, que esta dilacion sea dolosa; antes parece conveniente, y necesaria, porque no es posible pagar hasta ajustar, y saber lo que se debe: y así es cierto, que para la entrega de las demás cantidades, que pide Pedro, debe aguardar a que se haga el ajuste de cuentas.

68. El último punto es acerca de las cuentas, en lo qual no puede aver duda de que las debe dar luego sin dilacion, y que se empiece a obrar en ellas luego que se pronuncie, y notifique, y acepte la sentencia de este litigio. Consta expresamente del Derecho, l. Siquis. ff. de edendo. y l. Argentarius. del mismo titulo, donde se determina la obligacion de dar cuentas, que tienen todos los que administraren hacienda agena, y se declara el modo como se han de dar estas cuentas, y los instrumentos, que han de concurrir en ellas. Y l. Non solum. §. Is, qui ff. de liber. legat se determina, que no basta pagar los bienes, y cantidades, que restan en poder del administrador, sino que es necesario ajustar cuentas de cargo, y data: *Is, qui reddere rationes iussus est, non videtur satisfacere, si reliquum reddat non editis rationibus.* Lo qual prueba, y confirma Jasson, lib. 2. conf. 219. y de la misma suerte no teria dar cuentas, si no entregasse las cantidades en que fuere alcanzado, como consta de la misma l. Non solum. y l. Cum servis. ff. de condit. & demonstr. y lo dize Jasson, loco cit. y Angelo, conf. 175. De suerte, que luego con efecto se debe entender en las cuentas, y estas ajustadas, que pague el que fuere alcanzado.

69. En este parecer las leyes, y textos, que se han alegado, hablan de los tutores unas veces, y otras de los curadores. Antonio en algunas de sus peticiones tiene dicho, que no ha sido tutor de Maria: por lo qual me ha parecido dar aqui razon de como las dichas leyes hablan deste caso, aunque no aya sido tutor, porque no puede aver duda, que por lo menos aya sido curador *ad bona* de la dicha Maria; y aunque no se le aya discernido esse cargo por justicia alguna, lo ha tenido con efecto, pues ha administra-

do

do los bienes de la dicha Maria, y ha corrido por su cuenta alimentarla, y cuidar de que tomasse estado: para lo qual se ha de advertir, que tutor, y curador se distinguen en esto, que el tutor se dá principalmente a la persona de pupilo, y configuientemente, ó como segundariamente se dá para todos los bienes, y acciones del pupilo, l. Cum plures. §. Cum tutor. ff. de admin. tut. y §. Certe. y §. Datus. inst. de excusat. tut. y en las leyes del Reyno, p. 6. tit. 16. l. 9. y el curador se dá principalmente para cuidar de la hacienda, y bienes del menor, y configuientemente, y como cosa accessoria, cuyda de la persona, como prueba Molina de iust. & iur. tract. 2. disp. 220. Otras muchas diferencias ay entre el tutor, y curador en el Derecho, l. Ventri. 20. ff. de tutoribus, & curatorib. y en su Glosa; pero la principal es la referida, y a ella se reducen las demás. No obstante esto, tutor, y curador tienen entre sí grande similitud, y afinidad, y se equiparan, y corren por las mismas leyes en todas las cosas, que piden administracion, como lo dize, y prueba Bart. in l. Inter bonorum. ff. de admin. tutor. y Espino, in Speculo. Gloss. 29. n. 19. donde añade, que siempre que los Doctores hablan del tutor del modo que ha de administrar la hacienda del pupilo, y como la ha de aumentar, se deben entender tambien del curador acerca de la hacienda del menor, porque las mas veces hablan usando de ambos nombres: ya le llaman curador, ya tutor en vna misma question, y tratado. Y Gutierrez de tutelis, l. p. cap. 16. n. 151. dize, que en las disposiciones del Derecho acerca del tutor se comprehende el curador, y que así lo sienté, è interpretan comunmente los Doctores: *Doctores communiter interpretantur, & accipiunt dictionem tutor, aut tutela, procuratore, & cura.* Y mas abaxo: *Estque recepta omnium scribentium sententia, quod in dispositione legis, tutela, curam comprehendit.* Y aunque no se le aya discernido el cargo de curador, sino que solamente de hecho aya corrido con él, y lo aya exercitado, corre la misma razon, y debe mirar por la hacienda del menor, y procurar su aumento, y ganancias, que lícitamente se pudieren, como si fuera curador, ó tutor en forma, y le huviera discernido la justicia esse cargo; porque no debe ser de mejor condicion el que de hecho exerce el cargo, y oficio de tutor, ó curador, que al que lo recibió legitimamente por orden de la justicia. Consta del Derecho, l. Pro tutela. ff. De eo, qui pro tutore, vel pro-

*curatore negotia gessit, cum plerumque incertum sit, utrum quis tutor, an verò quasi tutor pro tutore administraverit tutelam. Idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut siue tutor sit, siue non sit, qui gessit, actione tamen teneatur. Solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit, & sic gesserit: an verò non fuerit, pro tutore tamen munere functus est. Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur, siue se putet tutorem, siue sciat non esse. Y l. Qui pro tutore. del mismo titulo. *Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem, & diligentiam prestabit, quam tutor prestaret.* Y así no ay duda de que debe estar Antonio a las mismas condiciones, y calidades, que el tutor, y curador, aunque no aya tenido esse cargo discernido por la justicia. Así lo afirma Deciano, conf. 85. n. 21. y Gutierrez, de tutelis, p. 3. cap. 1. n. 8.*

## TUTORIAS.

### CONSULTA XV.

*Sobre si siendo un abuelo tutor nombrado por la justicia, de sus nietos, y casandose su hija, madre de dichos nietos, con persona capaz de administrar qualquiera hacienda, se le pueda encomendar a este tal la tutela de los nietos?*

#### PROTESTA.

Pedro murió sin testar, y dexò a Maria su muger, è hijos, a los quales nombrò tutor, y curador la justicia a Francisco ( padre legitimo de la dicha Maria: ) despues le casò con Diego, persona de prendas bastantes para administrar qualquiera hacienda. Preguntase, si se le debe entregar al dicho Diego la tutela de sus entenados, ó si debe proseguirla el dicho Francisco, abuelo de los menores?

#### PARECER CCLIII.

70. R. Responde, que Francisco ha de proseguir con la tutela, y de ninguna suerte le pertenece a Diego. La razon primera desto es, porque segun Derecho ay tres modos de tutores, testamentarios, legitimos, y dativos. inst. de legitima agnat. tut. §. Quibus, è inst. de Attiliano tutore. §. Si cui. Y con mas expresion en las leyes del Reyno, p. 6. tit. 16. l. 2. que dize así: *En tres maneras pueden ser establecidos los guardadores de los*

los

los mozos que fincan huérfanos. La primera es, quando el padre establece guardador a su hijo en el testamento, que se llama tutor testamentario. La segunda, quando el padre no dexa guardador al hijo en su testamento, y ha parientes, que entonces las leyes otorgan, que sea guardador del huérfano el que es mas cercano pariente, que se llama tutor legitimo. La tercera es, quando el padre no dexa guardador a su hijo, ni ha pariente cercano, que lo guarde, entonces el Juez del lugar le dà por guardador algun hombre bueno, y este se llama tutor dativo. Entre estos tres modos de tutores se guarda este orden, que en primer lugar debe entrar por tutor el testamentario, si lo ay, de tal manera, que aviéndolo dexado el padre en su testamento por tutor a alguno, no lo puede ser otro mientras este viue, y es abil, y capaz de serlo. A falta de tutor testamentario, entra el tutor legitimo, que es el pariente mas cercano de los huérfanos: y aviendo pariente cercano, no lo puede ser otro; y quando falta este, entonces ha lugar de que entre el tutor dativo, que es el que señala el Juez. Esto consta del Derecho, inst. de legitima agnator. §. Quibus. donde dize: *Quibus testamento tutor datus non est, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.* Dize aqui, que tutor legitimo se dà a falta del testamentario, y no de otra fuerte. Y despues, inst. de Attiliano tut. §. Si cui. determina, que quando no ay tutor alguno testamentario, ni legitimo, entonces entra a la tutela el tutor dativo: *Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe à pretore Urbano.* Y alli se suma esta ley en esta forma: *Cessante testamentaria, & legitima tutela, locus est dativa, idest, à iudice danda.* Y la Glosa alli pregunta: *Quando locum habet dativa tutela?* Y responde: *Si cui nullus omnino tutor, neque testamentarius, neque legitimus sit, tunc demum habet locum dativa tutela.* Lo mismo consta de la ley del Reyno ya citada, y alli Greg. Lop. dize: *Triplex est tutela, testamentaria, legitima, & dativa, deficiente testamentaria est locus legitima, & istis duabus deficientibus pervenitur ad dativam.* Y mas abaxo: *Habenti tutorem legitimum non potest dari dativum.* Y en esta conformidad hablan todos los Doctores Regnicolas, de que solamente ha lugar el tutor dativo, que es el que señala el Juez, quando no ay tutor testamentario, ni legitimo. Vease especialmente a Gutierrez de tutel. 1. p. cap. 2. n. 13. & 14. & 15. donde prueba con muchos textos del Derecho, que faltando tutor testamentario, debe serlo el consanguineo mas cercano, como su abuelo paterno, o materno, o su tio, y cita muchos

Doctores, que sin contradiccion assientan en esto; y cap. 9. n. 21. y cap. 12. n. 1. 93. afirma, y prueba, que aviendo tutor legitimo, que es el consanguineo mas cercano, no puede nombrarle tutor dativo. Lo mismo prueba doctamente Molina de iust. tract. 2. disput. 220. En el caso presente no ay tutor testamentario, por aver muerto sin testar el padre de los huérfanos, pero ay tutor legitimo, que es el abuelo materno de los huérfanos, el qual no está impedido, y assi no ay lugar de dar por tutor de los dichos huérfanos a Diego, marido de la madre dellos, porque este seria tutor dativo, pues no es tutor testamentario, ni legitimo, porque no es pariente consanguineo de los huérfanos, y assi avia de ser dativo; esto es, que solamente fuesse tutor por ser dado, y nombrado por la justicia, y esto no puede aver, si no es a falta de tutor testamentario, y legitimo. Es tan cierta, y fixa esta determinacion del Derecho, que si aviendo consanguineo de los huérfanos, nombrasse la justicia tutor dativo, no valdria el nombramiento, y quedaria con la tutela el consanguineo, como tutor legitimo: assi consta expressamente del Derecho, l. Si fororis. C. qui dare tutores. Suma Baldo esta ley assi: *Habenti legitimum tutorem non potest dari dativum.* Y alli la Glosa: *Nota legitimam superare dativam.* La tutela legitima vence, y echa fuera a la dativa. Otro caso expresso en el Derecho añade mas fuerza a esta doctrina, y es, que quando por no aver tutor testamentario, ni legitimo, la justicia pusiesse tutor dativo a los huérfanos, y despues de estar este exerciendo el cargo de tutor, empezara a aver pariente cercano consanguineo de los menores, pierde la tutela el tutor dativo, y la recibe el legitimo. El caso en que puede suceder es, quando por ser todos los hermanos de menor edad, ninguno de ellos pudo ser tutor, y el Juez les puso tutor dativo. Si despues vno de los hermanos cumple la edad suficiente para poder ser tutor, estando todavia otro, o otros de los hermanos en la edad pupilar, ha de entrar en la tutela el hermano mayor, y dexa de ser tutor el que estava señalado por la justicia. Assi lo dize expressamente el Derecho, l. Si tutor. ff. de tutelæ, & ration. *Si duobus impuberibus fratribus tutor datus sit, & alter eorum in legitimam tutelam fratris sui perfectæ ætatis constituti reciderit, tutorem esse de seipso: : quavis si testamento datus fuisset, non desineret esse tutor eius, qui adhuc erat impubes, quis semper legitima testamentaria cedit.* Pone diferencia entre el tutor puesto por el Juez, y el que puso el padre de los menores en

en su testamento, que el tutor testamentario no dexa de ser tutor, aunque alguno de los huérfanos cumpla la edad de veinte y cinco años, estando todavia otros de sus hermanos en la edad pupilar; porque el tutor testamentario vence al legitimo, y lo echa fuera; pero el tutor dado por el Juez, dexa de ser tutor quando alguno de los menores cumple la dicha edad, porque el hermano mayor de veinte y cinco años es tutor legitimo, que vence, y echa de la tutela al dativo.

71. Segunda razon. Las leyes tienen por cosa sospechosa, y odiosa, que entre el padrastro a ser tutor de sus entenados, y solamente lo permiten en algun caso muy particular. Para que esto se vea con claridad se ha de advertir, que la madre de los huérfanos, si quiere ser tutora, tiene el primer lugar, y ninguno le puede quitar la tutoria, no aviendo el padre de los huérfanos dadoles tutor en su testamento; pero en caudose la pierde: assi consta del derecho, l. Educatio. C. vbi pupilli. *Educatio pupillorum nulli magis quam matri eorum. Si non vitricum eis induxerit committenda est.* Y l. Sacramentum. C. quando mulier. *Contractis secundis nuptiis expelli eam à tutela convenit.* y auth. vt sine prohibitione matres, collat. 7. §. Propterea igitur. *Mox tamen ut secundas contraxerit nuptias, repente expelli à tutela.* Lo mismo determinan las leyes del Reyno, par. 6. tit. 16. l. 5. *Cajandose la madre, el Juez del lugar debe sacar luego los mozos de su guardia, e de su poder, e darlos a alguno de sus parientes al mas cercano, que sea hombre bueno, e sin sospecha.* Y l. 19. dize: *Si huic vie semadre, que fuesse muger de buena fama, bien le puede dar el hijo que le crie, y ella puedelo tener mientras mantuviere viudez, y no casare: mas luego que casere deben sacar al huérfano de su poder, porque dixeron los sabios, que la muger suele amar tanto al nuevo marido, que le daria los bienes de sus hijos.* Y esto afirman comunmente los Autores Regnicolas, Gregorio Lopez p. 6. tit. 16. l. 5. verb. El mas cercano. Tello. l. 6. Tauri. n. 31. Antonio Gomez, l. 14. Tauri. n. 10. & 11. Gutierrez de tutel. 1. p. cap. 8. n. 8. dize, que si algun Juez con ignorancia discerniesse el cargo de tutor a la madre, que passa a segundo matrimonio, seria nulo el nombramiento, porque la madre passando al segundo matrimonio, pierde ipso iure la tutela de sus hijos; y añade, que el Juez que tal hiziesse, incurre en crimen lesa Maiestatis. Lo mismo dize, y prueba Craueta conf. 18. y el mismo Gutierrez, n. 77. colige, que por la misma razon no puede el padrastro ser tutor de sus entenados, y aun por mas fuerte razon, porque a la madre

que es tutora de sus hijos, le quita el Derecho la tutela por causa de segundo marido, y padrastro que les introduce; y consiguiientemente por mas fuerte razon ha de ser excluido el padrastro de la tutela. Lo mismo colige Sanchez de mari. lib. 7. disp. 88. n. 17. y aquel axioma comunmente recibida lo convence: *Propter quod unum, quodque tale, & illud magis.* A la propia madre la repèle el Derecho de la tutela, porque les dà a sus hijos padrastro; pues por mayor razon ha de repeler al padrastro del oficio de tutor: y aunque no se puede negar, que en algunos casos puede ser el padrastro tutor de sus entenados, pero son muy raros. Primeramente se requiere, que no aya pariente consanguineo que lo sea, como consta de la razon antecedente. Lo segundo, que aunque no aya pariente consanguineo de los huérfanos, se les ha de poner otro tutor extraño, si lo ay de toda fidelidad, antes que el marido de la madre de los huérfanos, porque en este presume sospecha el Derecho. Baldo in l. Omnem. C. ad Tertul. dize, que puede ser tutor el padrastro en caso que no aya algun extraño mas idoneo, y de otra fuerte no. Greg. Lopez, p. 6. tit. 16. l. 19. Gloss. 5. dize, que assi la madre de los huérfanos, que passa a otro matrimonio, como su marido, no se admiten a la tutela, si no es en caso que la madre no pueda heredar a su hijo, porque tiene ya substituto en la herencia. Finalmente, Gutierrez en el dicho cap. 8. n. 77. trata con gran erudicion esta question, de si puede ser nombrado el padrastro por tutor de sus entenados, y despues de aver referido las opiniones de varios Autores de fuera de los Reynos de España, que con muchas limitaciones afirman que lo puede ser, resuelve al fin de dicho numero, q regularmente hablando, el padrastro no puede ser tutor de sus entenados, aunque la madre de ellos lo pida, y el Juez no puede discernirle la tutela: y q los Autores de fuera del Reyno, que dixeron lo contrario, no tuvieron noticia de nuestras leyes: y alli refiere, que pareciendo, que vn tutor era sospechoso, nombrò vn Juez al padrastro de los huérfanos, a pedimiento de la madre de ellos, para que fuesse tutor juntamente con el dicho tutor, que parecia sospechoso, y que se lleuò la causa en grado de apelacion a la Real Chancilleria de Valladolid, de donde salió decretado, que al padrastro de los huérfanos se le quitasse la tutela, que el Juez le avia discernido. Si aun en caso, que el tutor nombrado se tiene por sospechoso, no se puede dar por coadjutor en la tutoria al padrastro, como se podrá nombrar al mismo



padraastro para que solo sea tutor?

72. Tercera razon: a los huérfanos, que ya tienen tutor, no se les puede dar otro sino es en caso, que el primero muera, ó se aya hecho incapaz de serlo; así consta del Derecho. l. Si fororis. C. qui duntutores. Refierefe allí, que exerciendo el cargo de tutor materno de los menores, el Juez nombró por tutor a un tío materno, y allí se determina, que este nombramiento de tutor es nulo; porque segun Derecho, no se puede dar tutor a quien ya lo tiene; sino es que el primero esté legitimaméte impedido, ó escusado de serlo. Las palabras de la ley son estas: *Si fororis tua filijs tutore legitimo paterno constituto, nec ullo excusato privilegio, tutor datus est, cum habenti tutorem, alium dari iura prohibeant, necessitatem administrationis ad eum pertinere, nec te datione teneri non ambigitur.*

73. Por estas razones tengo por cosa cierta, è indubitable, que en el caso presente no puede el Juez discernir a Diego el cargo de tutor, ni a pedimento de la madre de los pupilos, ni de los mismos pupilos; y si se discerniese el dicho cargo, sería nulo *ipso iure*, y solamente pudiera nombrar por tutor al dicho Diego, en caso que los pupilos no tuviesen abuelo, ni tío, ni hermano de veinte y cinco años, ni pariente alguno consanguíneo capaz de la tutoria. Y demás desto se requería, que el Juez hiziese primero inquisición diligente, y solamente en caso, que en todo el pueblo no hallasse otro hombre, que pudiese exercer dicho cargo a satisfacion del Juez, pudiera nombrar por tutor al dicho Diego.

## CONSULTA XVI.

*Sobre se quedando la muger por Albacea de su marido, y tutora de sus hijos, deba hazer inventario de la hacienda del marido? Item, si le toca la mitad de los bienes gananciales? Item, si casandose otra vez pierda la tutela de los hijos?*

## PROPUESTA.

Murió mi marido, y antes de su fallecimiento hizo vna memoria en presencia de siete testigos, en que declaró tener dos mil pelos poco mas, ó menos en reales, y me nombró por su Albacea, y tutora de sus hijos in solidum: la qual dicha memoria la revalidé ante la justicia Ordinaria, y con parecer de V.P. está declarada por testamento bastante, y última voluntad del dicho mi

marido, y a mi por tal su Albacea, y tutora de los dichos mis hijos, y que se me discerniese el cargo, dando las fianças en derecho necesarias. Dizenme, que para mayor justificación es muy necesario, que se haga inventario de todos los bienes, que dexó dicho mi marido, y que se traygan a partición, para saber lo que a cada vno toca, para que de todo me haga yo cargo: suplico a V.P. me diga si se debe hazer así.

Tambien me dizen, que por razon de que al tiempo que contraxé matrimonio con el dicho mi marido, no lleué ningun dote, ni él tenía caudal ninguno, sino que durante dicho nuestro matrimonio adquirimos el poco que dexó a la hora de su muerte, debo aver segun derecho la mitad de todo: suplico a V.P. sea servido de dezirme si esto es cierto, para que siendolo pueda yo mejorar en algo alguno de dichos mis hijos, y hazer algun bien a mi alma sin cargo de conciencia, y cómo se ha de hazer la partición, porque el Contador que me la quiere hazer lo ignora, y me dixo lo comuniqué a V.P. para que él sepa donde deben entrar los gastos de lutos, cera, Muñas, entierro, y deudas, que tengo pagadas de dicho mi marido.

Tambien me dizen, que sin embargo de que en su testamento dicho mi marido me nombra por tutora de dichos mis hijos in solidum: en caso de quererme casar, si piden sus tias ante la justicia, han de entrar en el cargo de tutora, aunque sean mugeres solteras las susodichas?

## PARECER CCLIV.

74. AL punto primero se responde, que es conveniente hazer inventario de la hacienda, que quedó por muerte de su marido de v.md. para que conste con distinción, y claridad lo que a cada vno pertenece, con que se escuten pleytos, y peladumbres, que de lo contrario se pueden seguir despues. Al segundo punto se responde, que no aviendo traído bienes el vno, ni el otro quando contraxeron matrimonio, es cierto, que todos los bienes que quedaron por muerte de su marido, son gananciales, y configuientemente son partibles entre marido, y muger por iguales partes. Consta así expressamente de las leyes del Reyno, lib. 5. Nouæ Recop. tit. 9. l. 1. donde se determina, que todos los bienes que tienen los casados, son de ambos por iguales partes, excepto solamente los que constare, ó se probare, que son de alguno de los dos: y despues en la ley 2. 4. y 5. se determina, que todo

todo quanto se ganare, y multiplicare de hacienda durante el matrimonio, sea comun de marido, y muger, la mita a cada vno, y en la ley 6. se determina, que disuelto el matrimonio por muerte del vno de los casados, puede el otro disponer de su mitad de bienes, y que no está obligado a reservar los dichos bienes gananciales, ni sus frutos para los hijos, que huvo en el marido difunto que los ganó: y así es cosa cierta, que puede con feçura conciencia mejorar a qualquiera de sus hijos, y hazer bien por su alma de los bienes gananciales, en la forma que lo pudiera hazer si fueran hacienda propia; que huviere heredado de sus padres, porque la mitad de los bienes gananciales es hacienda propia de la muger. Quanto a las deudas que debia su marido quando murió, contraídas durante el matrimonio, se deben pagar del monton antes de hazer la partición entre marido, y muger, porque lo que estaua debiendo el marido, no se reputa por hacienda suya, ni de su muger, ni por bienes gananciales: así consta del Derecho. l. Sub signatum. ff. de verb. signif. *Bona intelliguntur cuiusque, qua de doto are alieno super sunt.* Quanto a los gastos del entierro, Muñas, cera, lutos, y obras pias, se ha de sacar todo de la parte que pertenece al difunto, y todo esto no puede exceder a la quinta parte de lo que le pertenece: esto es cierto, porque está expressamente determinado en las leyes del Reyno, lib. 5. tit. 6. l. 13.

75. Al punto tercero se responde, que en casandose pierde luego la tutela de sus hijos: y antes de efectuarse este segundo matrimonio, está obligada a pedir a la justicia, que les señalen tutor, al qual se le ha de entregar la parte de hacienda perteneciente a sus hijos. Esto es cierto, porque lo disponen así las leyes del Reyno, p. 6. tit. 19. l. 5. y lo afirman comunmente los Autores Regnicolas. Greg. Lopez. p. 6. tit. 16. l. 5. verb. El mas cercano. Tello. l. 6. Tauri. n. 31. Antonio Gomez, lib. 14. Tauri. n. 10. & 11. Tambien consta del Derecho comun, auth. vt sine prohibitione matres. §. Propterea igitur. *Mox tamen ut secundis contraxerit nuptias, repente expelli à tutela.* y l. Sacramentum. C. quando mulier tutela. *Contra etis secundis nuptijs expelli eam à tutela conuenit.* Y aun puede ser, que si se casa le saquen sus hijos de su casa, y mande la justicia, que los crien sus tias; porque a la muger, que teniendo hijos del primer matrimonio, se casa segunda vez, la presumen las leyes por sospechosa en la criança de los hijos del primer matrimonio, y cometen a la prudencia del Juez, para que vista, y considerada la calidad de la madre, y del

nuevo marido, y de los parientes, que quierén criar a los menores, determine, y cometa la criança donde hallare, ó le pareciere que serán mas bien criados. l. Educatio. C. vbi pupilli educari debeant. *Educatio pupillorum nulli magis, quam matri eorum, si non vitricam eis induxerit committenda est. Quando autem inter eam, & cognatos, & tutores super hoc oria fuerit dubitatio, aditus pates pronuncia; in spectata personarum qualitate, & coniunctione, pendet, ubi puer educari debet.* De fuerte, que si se casa pierde luego al punto la tutela de sus hijos, y de toda la hacienda que les pertenece, que es la mitad de los bienes. Lo que se gaito en el funeral, Muñas, cera, lutos, y mandas, se ha de entregar luego sin falta al tutor, que señalare la justicia: y la criança de sus hijos se la han de poner en pleyto, y la justicia avrá de averiguarle las costumbres, y determinar si conviene que los crie su madre, ó el tutor que señalare. Supuesto esto vea v.md. si quiere que haga la diligencia que dize para contraer dicho matrimonio.

TENEDOR,  
y Administrador  
de bienes.

## CONSULTA XVII.

*Sobre si el administrador, y tenedor de los bienes de un difunto, que fue Albacea de vno, que debia dar cuentas del aver Real, que paró en sí poder, deba dar dichas cuentas; y afirmándose pagar las deudas de dicho Albacea al aver Real, no teniendo a penas con que ajustar la dote de su muger.*

## PROPUESTA.

EL Sargento mayor D. Antonio, aviendo sido Alcalde mayor de la Provincia de Tayabas, murió en esta Ciudad de Manila sin aver dado cuentas de la hacienda Real, que entró en su poder en tiempo de dicha Alcaldia: dexó por su Albacea al Padre Prior de S. Agustín; el qual despues de aver vñado algun tiempo del Albaceazgo, hizo dexacion del, y fue nombrado por administrador de los bienes por la Real justicia; el Capitan D. Miguel, el qual fue tambien tutor de D. Rafael, nieto del dicho Sargento mayor. Murió el dicho Capitan D. Miguel, y fue nombrado por administrador de sus bienes el Capitan D. Bartolome. A este le

embargaron los Oficiales Reales unas tiendas del Parian, que eran bienes del dicho D. Miguel, y le mandaron por vn auto, que diese cuentas del Real aver, que avia entrado en poder del Sargento mayor D. Antonio el tiempo que fue Alcalde mayor de Tayabas, y pagasse las cantidades en que fue alcanzado, y demás desto pagasse la medianata del segundo año de la encomienda de D. Rafael, que tenia en segunda vida, por muerte del dicho su abuelo D. Antonio, que la tuvo por primera vida. Respondió dicho Capitan D. Bartolome, no deber dar dichas cuentas, ni pagar los debitos que de ellas resultasen, ni la dicha medianata, porque él no era tutor del dicho D. Rafael. Remitióse la determinacion deste litigio al Autor.

## PARECER CC.LV.

76. **T**Res puntos contiene este litigio. El primero, si D. Bartolome administrador de la hacienda del Capitan D. Miguel, deba dar cuentas del aver Real, que entró en poder del Sargento mayor D. Antonio. A este punto se responde, que no debe dar dichas cuentas por dos razones. La primera, porque dichas cuentas serian inútiles, y sin fruto, y a diligencia inútil, è infructuosa ninguno está obligado, l. Aliquando. ff. ad Sanat. conf. Velleianum. *Quo enim bonum est expectare conditionem vel diem? Cuius in ea causa sit prior iste debitor, ut omnino ipse debeat suscipere actionem.* Aviendo ya vn acreedor a quien pertenece la accion de cobrar el dinero, que quedó por fin, y muerte del Sargento mayor D. Antonio, que es su nieto D. Rafael, por el dote de su abuela, muger legitima del dicho Sargento mayor, y no alcanzando los bienes de dicho Sargento mayor a satisfacerle todo lo que le debe, no ay para que hazer cuentas, ni gastar tiempo, dineros, y trabajos en averiguar quanto debe a la hacienda Real, ni a otros acreedores, porque seria todo en vano, por falta de bienes de que cobrar. *Frustra expectatur conditio cuius eventus nihil operatur,* dize Bart. sumando la dicha ley: inútil esperança, è inútil cuentas, pues de ellos no se espera paga, ni utilidad.

77. Segunda razon: ajustar dichas cuentas avia de costar dineros, suelen costar mas de cientos pesos, y avianse de costear con los bienes del dicho Sargento mayor, que el administrador no lo ha de gastar de su casa, que aviendo hecho inventario, no está obligado a mas de lo que consta por los inventarios aver entrado en su poder de los bienes

del difunto: y como los bienes que quedaron por muerte del dicho Sargento mayor, están ya adjudicados, y pertenecen a D. Rafael, por estar graduado en primer lugar por los señores de la Real Audiencia, por ser la suya deuda dotal, por el dote que consta aver recibido el dicho Sargento mayor quando caló con doña Melchora, abuela de dicho D. Rafael, y como el dote es deuda privilegiada, concurriendo con otra deuda privilegiada, qual es la deuda a la hacienda Real, prefiere la que fue primera en tiempo segun la regla del Derecho. *Qui prior est tempore, potior est iure.* de reg. iur. in 6. reg. 54. y l. Quoties. ff. de reg. iur. *Is praferendus est cuius in lucro causa tempore precidit.* El dote precedió muchos años a la Alcaldia en que manexó hacienda Real: de aqui se colige, que sería injusticia, y agravió costear dichas cuentas con los bienes, que se deben a dicho D. Rafael, como acreedor de mejor calidad, y de la misma fuerte sería injusticia hazerlas a costa de los bienes del administrador de la hacienda de dicho Sargento mayor: y consiguientemente no se puede obligar al dicho administrador a dar dichas cuentas, por no aver bienes del dicho Sargento mayor con que costearlas, y por ser inútiles.

78. El segundo punto deste litigio es, si se debe alçar el embargo hecho en las tiendas del Parian, pertenecientes a los bienes del Capitan D. Miguel. Responde se, que es cosa clarissima, que se debe alçar dicho embargo; porque aviendo el Capitan D. Miguel recibido por inventario ante la justicia los bienes, que entraron en su poder, pertenecientes al dicho Sargento mayor, solamente está obligado a pagar de las deudas del dicho Sargento mayor, aquello a que alcanzaren sus bienes, y no mas: y como estos no alcanzan a satisfacer la primera deuda, sigue se, que los demás acreedores no pueden echar mano para hazer se pago de la hacienda del administrador, y consiguientemente se deben desembargar sus tiendas, y dexarle libres.

79. El punto tercero deste litigio es, acerca de las cantidades de dinero, que se cobraron del alquiler de las tiendas del Parian el tiempo que han estado embargados, y se responde, que de dicho dinero se debe pagar al aver Real la medianata de la encomienda, que entró gozando en segunda vida D. Rafael, por muerte de dicho Sargento mayor, que la tenia en primera vida, y no debe remitirse la paga para que la haga el que aora es curador *ad bona* del dicho D. Rafael: consta, porque D. Miguel es alcanzado en cantidad

dad de dineros, procedido de los bienes del dicho Sargento mayor, y dicha cantidad la debe enterar al dicho menor: y demás desto debió el dicho D. Miguel como tutor, que era entonces del dicho D. Rafael, aver enterado entonces la dicha medianata, y consiguientemente incurrió en la deuda, y debió pagarla de los bienes que en su poder paraban pertenecientes al dicho D. Rafael; y assi ay justo titulo, para que dicha medianata se pague de lo procedido de dichas tiendas, dándole recibo, y certificacion con que pueda descontar lo que assi satisficere de lo que debe enterar de los bienes del dicho Sargento mayor al menor, ó a su tutor.

## HERENCIAS.

## CONSULTA XVIII.

*Sobre quanta sea la parte de hacienda, que deben heredar los padres de sus hijos en especial Eclesiasticos? Y si los padres puedan reclamar contra el testamento de sus hijos, no dexandoles la parte de hacienda, que por derecho les toca?*

## PROPUESTA.

**P**edro Eclesiastico, no heredó de sus padres (por pobres) cosa alguna, y por su propia industria, y trabajo adquirió suficientes bienes; y estando a la muerte hizo testamento, donde declara por herederos a sus padres del remaniente de sus bienes, ajustadas las limosnas que dexa, y otras clausulas de diferentes mandas pias a terceras personas, y niños huérfanos, que crió.

Supuesto esto se pregunta lo primero, qué parte de sus bienes por derecho debió en conciencia señalar para sus padres?

Lo segundo, si pueden sus padres viendo la tenuidad del remaniente, y siendo mayor la cantidad de las mandas pias, anular las clausulas, ó ratar las partidas por el exceso de dichas mandas?

## PARECER CC.LVI.

80. **A**Lo primero se responde, que solamente pudo disponer de la tercera parte de sus bienes en obras pias, y otras mandas, y de esta tercera parte deben facarse los gastos del funeral, y Misas, y sus padres son herederos forçosos de las otras dos partes de la hacienda, porque assi está expresá-

mente ordenado en las leyes del Reyno, l. 6. de Toro, y en la Nueva Recopilac. lib. 5. tit. 8. l. 1. Y no obsta, que dichos bienes los haya adquirido el hijo con su trabajo, è industria, ò sean castrenses; porque las dichas leyes absolutamente ordenan, que los padres hereden a sus hijos en dichas dos partes de qualesquiera bienes, que tuvierén al tiempo de su muerte, de qualquiera calidad que sean (son palabras expresas de la dicha ley) y assi lo afirman los Doctores, que escriuen sobre las leyes del Reyno. Veale a Antonio Gomez sobre las leyes de Toro, l. 6. n. 2.

81. A lo segundo se responde, que los padres tienen accion para pedir contra el testamento de sus hijos, si en él no les dexa enteramente las dichas dos partes de toda la hacienda que poseía, y el Juez tiene obligacion de mandar, que se entreguen las dichas dos partes a los padres del testador, haciendo todo lo que faltare de los legados, y mandas, aunque sean pias. Assi consta del Derecho, l. Omnimodo. C. de in officio testam. *Liceat vero ijs personis, qua testamentum quasi inofficiosum, vel alio modo subvertendum queri poterant id quod minus portione legitima sibi relictum est adimplendam eam sine ullo gravamine, vel mora exigere.* Y mas abaxo: *Et hæc quidem de ijs personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, & aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato licet minorem legitima portione reliquerint.* Todo lo qual se colige tambien de las leyes del Reyno, l. 6. Tauri. y l. 1. de la Nueva Recop. tit. 8. lib. 5. y l. 1. ut. 3. p. 6. De todas las leyes referidas consta, que aviendo el testador nombrado en el testamento a sus padres, y no los desheredando totalmente, ni alegando causas para desheredarlos, sino que les dexa parte de su hacienda, pero no todo lo que debia dexarles segun las leyes; es valido el testamento, y no se puede dar por nulo. Por lo qual Baldo, cap. Per tuas. de probat. colum. fin. dize, que si el testador dexa en su testamento vn solo real a su heredero forçoso, no se puede romper, ni dar por nulo el testamento; y assi en el caso presente el testamento es valido, pero se debe corregir, y suplir a los padres enteramente su legitima. Para hazer este suplemento, y enterar la dicha legitima a los padres del difunto, no se pueden anular las clausulas del testamento, en que dexa distribuida la otra parte de sus bienes: porque como queda dicho, el testamento es valido, y consiguientemente todas las clausulas son validas, y se deben cumplir en todo lo que alcanzaren los bienes, salva la legitima de los padres del difunto.

Auth.

Auth. de nuptijs. coll. 4. §. Disponat. *Disponat itaque unusquisque in suis, ut dignū est, & sit lex eius voluntatis*; y mas abaxo: *Vti legasset quisque de sua re, ita ius est, nullo valente citra illius voluntatem*; y mejor en el Derecho Can. cap. Tua nobis. de test. *Secundum defuncti voluntatem uniuersa procedant*. Todas las clausulas se han de cumplir en lo que alcançaren los bienes, excepto si huviera algunas de cosa ilícita, porque *rei turpis mandatum nullum est*. l. Si remunerandi. ff. mandati. Lo mismo cōsta l. Si vero. del mismo tit. §. Si adolescens. y l. Si tibi. §. Qui ædem. Lo mismo se ha de dezir si huviera algunas clausulas, que dispusieran contra lo dispuesto por las leyes, ò dexasse mandas, ò legados a personas incapazes de heredar por derecho; porque las clausulas desta calidad serian nulas, cap. Requisisti. de testam. *Primata dispositio testatoris non potest generalem dispositionem Canonice immutare*. Y l. Nemo. ff. de legatis. 1. *Nemo potest in testamento suo cauere ne leges in suo testamento locum habeant*. Y assi todas las clausulas, y legados, que fueren licitos, y no constare ser contra derecho, se han de cumplir en lo que alcançaren los bienes rateandolos, excepto si el testador dispuso, que alguno, ò algunos de sus legados tuviessen prelación, que en tal caso estos se deben cumplir primero enteramente, aunque no quedé cosa alguna para los demás legados; y si quedare algo, se rateará entre los demás legatarios, a quienes el testador no dió semejante prelación.

## CONSULTA XIX.

*Sobre si la hija ilegítima sea heredera forçosa de su madre, viniendo a ella la abuela materna?*

## PROPOSTA.

**M**aria fue casada con Juan, pero dentro del primer año se dió por nulo el matrimonio. Aviendo quedado soltera tuvo vna flaqueza con vn hombre casado, de que vino a tener vna hija: murió dicha Maria abintestato, dexádo dicha hija ilegítima. Preguntase, si teniendo dicha Maria madre legítima viua, es heredera de ella la hija ilegítima?

## PARECER CCLVII.

**R**espondió a la consulta el padre Juan de Landa, y despues dize sobre la respuesta su sentir el Autor.

82. Respondo, que es heredera dicha hija ilegítima de todo lo que la madre tenia, como si fuera legítima: es expresia ley del

Reyno, que es la 7. del titulo 8. lib. 5. de la Nueva Recopilacion, y la 9. de las de Toro; y assi lo sienten sobre dicha ley 9. Tello, Avendaño, y Antonio Gomez, y Molina en la disp. 167. n. 14. y en la disp. 165. n. 7. dize por la misma razon, que es heredera de su abuela materna, como si fuera legítima, porque representa a su madre, que fue legítima. Para prueba de lo dicho bastará traer la dicha ley 7. y dize assi: *Los hijos bastardos, ò ilegítimos de qualquier calidad que sean, no pueden heredar a sus madres ex testamento, ni abintestato, en caso que tengan sus madres hijos, ò hijas, ò descendientes legítimos*. Y mas abaxo: *Y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legítimos, aunque tengan padre, ò madre, ò ascendientes legítimos, mandamos, que el hijo, ò hijos, ò descendientes, que tuviere naturales, ò expurios por su orden, y grado, les sean herederos legítimos ex testamento, y abintestato, salvo si los tales hijos fueren de dañado, y punible ajuntamiento de parte de la madre*. Y luego declara quales hijos se digan de dañado, y punible ajuntamiento, por estas palabras: *Queremos, y mandamos, que entonces se diga, y entienda de punible ajuntamiento, quando la madre por el tal ajuntamiento incurriere en pena de muerte natural*. Y mas abaxo pone otra excepcion, que no sea hijo de Clerigo, ò Frayle, ò Religiosa.

83. De lo dicho se colige claro ser heredera dicha hija ilegítima, porque su madre no dexó hijo, ni descendientes legítimos. Lo segundo no fue de dañado, y punible ajuntamiento; y lo tercero, ni fue hija de Clerigo, ni Frayle, ni Religiosa: luego tiene todas las condiciones, que se requieren, para que sea heredera de su madre. De lo dicho se sigue, que aviendose dicha hija ilegítima casada, y velado, se le debe entregar toda la hacienda en que su madre tenia dominio, como es la legítima de su padre, y todo aquello que la huviesse dado, assi su madre, como otras personas, y lo por ella adquirido durante el matrimonio, y despues. Item, se le debe entregar todo lo que a dicha hija ilegítima le huvieren dado; porque aun dado, que estuviere debaxo de patria potestad (que no lo está por muchos titulos) en casandose, y velandose, la dá el Derecho del Reyno por emancipada, mandando se le entreguen los bienes adventicios: assi lo dizen expresamente la ley 8. y 9. tit. 2. lib. 5. de la Nueva Recopilacion. Esto sienten, salvo meliori. En este Colegio de S. Ignacio de la Compañia de Jesus de Manila a 18. de Março de 1664. Juan de Landa.

Avia

84. Avia dos años y medio, que se me preguntó el caso de que se haze mencion arriba, y aviendolo resuelto, y aprobado despues mi resolucion el Padre Francisco Perez de la Compañia de Jesus, y el Licenciado Manuel Suarez de Oliuera, y el Licenciado Antonio Quixano, segun parece del traslado, que ha venido a mis manos, y va por cabeza deste escrito, el Doct. N. contradixo la resolucion por dos caminos. Lo primero, porq̄ dixo, q̄ la propuesta que se me hizo, no se ajustó a la verdad, por quãto en ella se dize, que el casamiento estaua disuelto, y no fue assi; porque por aver interpuesto el Promotor Fiscal apelacion en tiempo, que quedó la sentencia suspensa, y assi quedó el casamiento aun valido in facie Ecclesie. Y assi por el delito, que cometió dicha N. en esse tiempo, incurrió pena de muerte natural, con que la hija que nació fue de dañado, y punible ajuntamiento, y por coniguiente excluida de heredar a su madre, como se dize expresamente en dicha ley 7. tit. 3. lib. 5. de la Nueva Recopilacion; especialmente, que en la ley 4. tit. 20. lib. 8. Nouæ Recop. que es la 81. de la de Toro, se dize, que la muger casada incurre la pena de adulterio, aunque despues se pruebe, que el casamiento fue nulo.

85. El segundo camino por donde el Doct. N. contradize la resolucion, es, que aunque se concediera, que la propuesta era ajustada, y que realmente ella fuesse ya soltera, se avia de dezir, que la hija no era heredera, por aver sido de adulterio de parte del padre, que era casado. Lo otro, porque ella era donzella, que en ambos casos (dize) incurrieron ambos pena de muerte, y assi se verifica aver sido de punible, y dañado ajuntamiento. Añade, que puesto que se debiesse la herencia, no avia de ser todo lo que la dicha lleuó de dote, por aver sido inoficiosa, por tener otros dos hermanos con quienes se debía partir dicha dote.

86. Antes de responder a las dudas propuestas, digo, que respondo a ellas, por averme asegurado de parte de quien se pregunta, que no es su intencion poner demarcada, ò pleyto: porque en tal caso no me tocaba el dar parecer en ello, sino que la remitiera a los Juristas, que les toca. Esto supuesto comencaré por lo mas facil, y es dezir, que verificado, que ella era soltera como se propuso, es cierto lo que se resolvió, sin que aya hallado (aunque lo he buscado con cuydado) Autor, que diga lo contrario, y fuera de los que cité arriba, la lleuan Palacios Rubios in leg. 9. Tauri. n. 27. donde dize: *Si autem filius est ex patre ligato, cum non sit ex damnato*

*coitu, talis filius est successibilis, quia non damnatur talis coitus de iure Civilis, licet de iure Canonico puniatur*. Tienelo tambien Salgado explicando dicha ley 9. y como digo, no he visto ninguno, que trate el caso en terminos desta ley, que diga, ni cite a otro por lo contrario.

87. No ay otra prueba, que la propuesta arriba, y es, que la ley 7. citada dize, que aunque tenga la madre ascendientes legítimos, la suceda el hijo, ò hija, como no sea de ajuntamiento, por el qual incurra pena de muerte natural. La muger soltera por juntarse con hombre casado, no incurre pena de muerte natural: luego el hijo de soltera, y casado hereda a su madre, aunque tenga la madre ascendientes legítimos. Ninguna proposicion admite duda, aun en el sentir del Doct. N. sino es la menor, y es, que la muger soltera no incurre pena de muerte natural por juntarse con hombre casado; la qual proposicion es certissima, porque no ay ley en España, ni creo que la ay en Reyno alguno, que tal pena ponga, y aunque la huviera de derecho comun (que no la ay) bastaua que en España no la aya, como se puede ver en todo el titulo 20. lib. 8. de la Nueva Recopilacion.

88. Esto constará mas, defatando los argumentos de dicho Doct. El primero opone la ley 17. p. 7. *Pueda acusar a su muger del adulterio, si lo fiziere, è ella non à el, è esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier, que segun el juicio de sancta Iglesia non seria assi*. Luego es punible, y dañado por Derecho Canonico. Responde, que es verdad ser punible, y dañado por Derecho Canonico; pero no con pena de muerte natural, que es lo que excluia de la herencia de la madre, como consta de la ley citada.

89. Oponen lo segundo, que el delito de adulterio tiene pena de muerte sin distincion, aora sea de parte de la muger, ò del varon; pruebalo del Lebitico. cap. 20. n. 10. ibi: *Si mechatas quis fuerit cum uxore alterius, & adulterium perpetraverit coniuge proximi sui, morte morientur, & mechas, & adultera*. Esta ley Sagrada es decorrelatiuos, y el fin es prohibir, y castigar los adulterios: luego no pudiendote negar, que comete adulterio la muger que se junta con casado, sin duda incurre pena de muerte. Responde, lo primero, que las leyes del Testamento Vieo no obligan, sino es que esten canonizadas por algun Canon, ò recibidas en la Ley Evangelica; lo qual no acontece en la ley alegada: porque si assi fuera, obligaba a todos los Christianos, y no pudieran las leyes Civiles ir con-



contra ella; lo qual consta ser falso. Respondo lo segundo, dado q̄ la ley citada obligasse de facto, q̄ en dicha ley no se habla del adulterio, que haze el hombre a su muger, sino del que haze la muger al marido, como consta de las palabras: *Siquis mechatus fuerit cum uxore alterius, & adulterium perpetraverit cum coniuge proximi sui*. Porque en esta segunda parte no se dize otra cosa mas, que en la primera, sino es poner *coniuget* en lugar de *uxore*: siendo assi, que en Hebreo, Griego, y Siriaco esta la misma palabra en vna parte que en otra, como dize Lorino in hoc loco, y assi S. Agustin que est. 73. apud Lorinum, en lugar de aquellas palabras segundas: *Et adultera verit cum coniuge proximi sui*, dixo: *Quicumque adultera verit uxorem proximi sui*. No huvo, pues, ley en el Testamento Viejo, que castigasse con pena de muerte al casado que pecasse con soltera, como lo puede ver quien quisiere en los interpretes deste lugar.

90. A lo que añade en dicha prueba, que aunque las leyes de España se han permitiuiamete en el fragante; pero en la acusacion criminal probado el adulterio, pronuncian sententia de muerte contra los reos acusados: digo, que no cita ley ninguna, que diga, que acusada la muger soltera de que pecó cō casado, le den pena de muerte; porq̄ si esto fuera assi, ya estuvieramos concluidos. Añade luego inmediatamente a lo dicho, que no obstante, que a la muger no le dan los Autores, y Derecho acció para acusar al marido, que se amancebó con otra muger casada, ò soltera; pero admitefele para acusar a la muger que le quitó el marido, y le hizo agrauio con el adulterio, cuya pena es capital, y la incurrió luego, q̄ por el delito se expusó ser acusada. Hasta aqui son sus palabras, pero no hallará Autor, ni ley, q̄ tal diga hablado de España. Vease todo el tit. 19. del lib. 8. de la Nueva Recopilac. y se hallará, que la pena, que se dà a la muger soltera, que està amancebada publicamente con hombre casado, es por la primera vez, que se le probare, vn marco de plata, y destierro de vn año, y por la segunda vez vn marco de plata, y destierro de dos años, y por la tercera vez vn marco de plata, y 100. azotes, y destierro de vn año, y que qualquiera la pueda acusar, y denúciar, y nunca dize, q̄ pueda darse sententia de muerte cōtra ella. La razon porque las leyes ponen mayor pena al adulterio de la muger casada, que al del varon, se puede ver en Tiraqueo lib. 1. Conub. Glosf. 1. n. 44. donde prueba con la comun fer mucho mas detestable la impudicia de la muger, que la del varon.

91. Opone lo tercero aver incurrido en pena de muerte, por aver sido ella donzella, segun consta del pleyto de la nulidad; prueba esto del cap. 22. del Deuteronomio, donde dize: *Si puellam virginem desponderit vir, & inuenerit eam aliquis in ciuitate, & concubnerit cum ea, educes utrumque ad portam ciuitatis illius, & lapidibus obruentur*. Donde se ve, que la pena del que llega a donzella es de muerte. Respondo, que ni aun en la ley Vieja avia tal ley, de que el que pecasse con donzella, fuese ella, y él muertos, como se puede ver en el mismo cap. 22. pues en el vers. 29. dize, que el que llegare a virgen se case con ella, &c. A las palabras que se traen, se dize, que por esto se pone allí pena de muerte, por aver llegado a muger casada, que esto quiere allí dezir: *Desponderit*; lo qual consta de las palabras, que se figuen en el mismo verso: *Puella, quia non clamauit cum esset in ciuitate, vir quia humiliavit uxorem proximi sui*. Luego no siendo casada dicha N. aunque fue donzella, no incurrió en pena de muerte.

92. Arguye despues lo quarto: Dado que no incurriese pena de muerte la madre, aun no puede ser heredera la hija; porque el Summo Pontifice en el cap. *Tanta, qui filij sunt legitimi*, tiene declarados por inhabiles de la herencia de padre, y madre a los hijos de casado, y soltera, donde de los tales dize: *Nihilominus spurius erit, & ab hereditate repellendus*. Palabras indefinitas, y generales, y proposicion indefinita, que equivale a vniuersal, y haze este sentido. *El espurio es inhabil de toda herencia, sea de padre, ò de madre; porque ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

93. Pues que el conocimiento, y juicio de las causas, y juizios de la incapacidad de heredar la hija adulterina, sea del Pontifice, y leyes Eclesiasticas en los casos tocantes a la herencia, y legitimidad de los herederos validos durante el matrimonio, se prueba del cap. Lator. 1. qui filij sunt legitimi. *Cum autem idem R. N. coram seculari iudice super hereditate avi eiusdem R. patris dist. H. traxisset in causam, ille sibi presumpsit obijcere, quod pater eius non fuit de legitimo matrimonio natus, & ideo de hereditate avi sui nihil posset iure successorio veniicare, tandem cum super, questione natiuitatis coram Norwicensi Episcopo tractatum fuisset, ad nostram extitit audientiam appellatum. Ideoque mandamus, quatenus causam super questione natiuitatis patris eiusdem R. infra duos menses seblato appellationis obstaculo terminetis*. Porque el juicio de la natiuidad, y habilitacion de la herencia en causa matri-

mo-

moniales del juicio, y Juzgado de la Iglesia, vt optime Glosa, verb. quæst. Natiuitatis, ibi: *Que ad iudicium Ecclesie tantum pertinet*. Y assi la ley citada de la Nueva Recopilacion no comprehende el caso de la pregunta, ni pudo comprehenderle, porque no se estiene de al juicio de las causas matrimoniales, y assi no es contrario a los Sacros Canones.

94. Respondo lo primero, que puefio lo que dà el argumento, y admite, conviene a saber, que no aya incurrido la madre pena de muerte natural por el ajuntamiento, que no se puede negar de ninguna manera, que este caso no estè incluido en la ley citada, porque allí se dize expresamente, que solo es dañado, y punible ajuntamiento aquel por el qual la madre incurre pena de muerte natural: luego no incurriendo en este caso la madre pena de muerte natural, siguefe con toda claridad, que no fue dañado, y punible ajuntamiento; antes dize expresamente la ley, que herede a la madre como si fuera legitimo: luego este caso es comprendido expresamente en la ley, lo qual bastaba por solucion del argumento, pues hemos de suponer, que la ley es justa, quando no consta de lo contrario con evidencia.

95. Respondo lo segundo, que en el dicho capitulo *Tanta*, no haze ley el Pontifice de que no sucedan los hijos espurios a sus madres; y quando dize, que el espurio *est ab hereditate repellendus*, se entiende conforme a las leyes; esto es, *ab hereditate paterna*, y assi lo supone la Glosa, ibid. vers. Finem, ibi: *Alij dicuntur spurij, vt nati ex adulterio, & isti in nullo succedunt, nec institui possunt a patre*. Y luego cita las leyes Ciuiles, por donde son excluidos; *ita*, que el intento del Pontifice solo es en dicho capitulo declarar en què casos el matrimonio *sub sequente* legitima los hijos avidos antes de contraerle, y assi declara, que quando al tiempo del nacimiento del hijo, el padre era casado con otra, no se legitima, aunque despues muerta la primer muger, cate con la madre, y que el assi espurio, que no sea heredero de la herencia, se entiende, que pide legitimidad.

96. Que hable el Pontifice conforme a las leyes Ciuiles, consta del cap. Per venerabile. n. eodem titulo, donde en el fin hablando de los espurios, dize: *Canone vetante tales ad Sacros Ordines promoveri, Secularibus quoque legibus non solum repellentibus eos a successione paterna, sed ne; antibus ipsis etiam alimentis*. Donde expresamente distingue, què es lo que los Sagrados Canones disponen del espurio, conviene a saber, que no sean promovidos a los Ordenes: y què las leyes Secu-

lares, conviene a saber, que no hereden a su padre. Consta claro, que la mente del Pontifice no es disponer en dicho cap. *Tanta*, cosa alguna acerca de heredar el hijo espurio a la madre, sino que lo dexa a las leyes de cada vno. Lo que dize, que a solo el Summo Pontifice toca el juicio de declarar si el hijo adulterino ha de heredar, ò no a la madre, se niega, y a la prueba digo, que antes del mismo cap. Lator. se prueba lo contrario, porque allí se dize, que el Obispo termine la causa de si es legitimo, ò no, y que la causa de la herencia la remita al Juez Seglar, ibi: *Seculari domino, sub cuius iudicio de hereditate causa vertitur, intimetis, vt pro questione natiuitatis non dimittat, quin causam super hereditate audiat, & decidat*. Què cosa mas clara? Compruebase esto del cap. *Causam*, el segundo, eodem titulo, donde dize el Pontifice, que decidida la causa de si el matrimonio fue, ò no legitimo, le dexa n al Rey la causa de la herencia, ibi: *Nos attendentes quod ad regem pertinet non ad Ecclesiam de talibus possessionibus iudicare, ne videamur iuri Regis Anglorum detrabere mandamus quatenus Regi possessionum iudicium relinquentes de causa principali, videlt, utruz mater pradicti. R. de legitimo sit matrimonio nata cognoscatis*. Què cosa mas clara? Aqui se ve, que al Pontifice le pertenece declarar lo que toca a la legitimidad, por ser esto causa matrimonial; pero declarado si es legitimo, ò no, a las leyes de cada Reyno toca el decidir de la herencia. De lo dicho se infiere, que estando a la suposicion de que quando concibió dicha N. estava ya dada por soltera, le es heredera su hija de todos los bienes que tocaban a su madre pocos, ò muchos, que esto no me toca averiguar, ni esto se preguntó, porque si es heredera legitima de su madre, como dize la ley citada, representa a su madre, y se le debe todo lo que a su madre pertenecia, por qualquier camino q̄ le perteneciese de derecho.

97. Solo falta que responder a lo que se dize de ser la dote inoficiosa, por averfele dado seis mil pesos, teniendo otras dos hermanas legitimas, a lo qual respondo, que segun lo que el Doct. N. supone, que dicha su madre al tiempo que la dotó tenia doze mil pesos, no se pueden dezir, que seis mil pesos, es dote inoficiosa, porque como dize la ley 3. tit. 8. lib. 5. de la Nueva Recopilacion, de contrario alegada: *Para se dezir la tal dote inoficiosa, se mire a lo que excede de su legitima, y tercio, y quinto de mejora, quando hizo la dicha donacion, ò dio la dicha dote, aviendo consideracion al valor de los bienes del que dio, ò prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha*

KKKK

dote

*dote fue constituida, o mandada, o al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, o la prometió, lo que mas quisiere escoger aquella quien fue la dicha dote prometida, o mandada.* Hasta aqui la ley, de la qual se colige, que teniendo la que dió la dote doze mil pesos, y pudiendo mejorar a la hija en tercio, y quinto, no son seis mil pesos dote inoficiosa: lo qual se prueba, porque el quinto de doze mil son 2400. que baxados de doze mil, quedan 9600. y el tercio de estos son 3200. que rebaxados de 9600. quedan 6400. que repartidos entre tres hermanas, les cave de legitima 2133. pes. 2. t. 8. gran. Juntado, pues, 2400. del quinto, y 3200 del tercio, y 2133. ps. 2. t. 8. gran. de legitima, hazen 7733. &c. que pudo ser la dote sacado el funeral; luego seis mil pesos, o como dize la carta de dote, cinco mil y quinientos, no es dote inoficiosa.

98. Todo lo dicho es corriente, si se asentase la propuesta como verdadera: conviene a saber, que al tiempo del concebirse dicha hija, estuviese ya la madre dada por soltera, y libre para poderse casar, lo qual parece no ser así, porque se dió la sentencia de nulidad a 3. de Febrero de 1644. la qual aceptó la dicha N. y aceptó el Procurador de su marido; pero notificandose al Promotor Fiscal en 11. del dicho mes, respondió, que apelaba, y despues a 19. del mismo mes echó petición, pidiendo los Apostoles, y el Juez admitiendo la apelacion, le mandó dar testimonio, para que se presentase ante el Juez de apelacion dentro de cinquenta dias. No se dió mas passo en el pleyto, ni se presentó en Camarines al tiempo señalado, con que quedó la apelacion desierta, segun el cap. Cum sit Romana. de appellationib. Nueve meses despues de dada la senténcia concibió dicha N. segun se dize en el papel de arriba.

99. Segun esto parece, que se ha de dezir, que dicha hija no es heredera de su madre, porque todo el punto está, como hemos visto, en si su madre por el ajuntamiento mereció pena de muerte, porque para merecerla basta que el casamiento esté hecho *in facie Ecclesie*, aunque despues se pruebe ser nulo, como lo dize la ley 4. tit. 20. lib. 8. Nou. Recop. y que estuviése casada *in facie Ecclesie* parece claro, porque aunque huviese sentencia de nulidad, se apeló della en tiempo, y la apelacion suspende la sentencia, y dexa el negocio en el mismo estado, que quando el pleyto se contestó, y así como durante el pleyto estava casada *in facie Ecclesie*, así lo quedó despues de la sentencia, mediante la apelacion.

100. Ni obsta el dezir, que la apelacion quedó desierta por no aver el Fiscal presen-

tado el testimonio dentro del termino de los cinquenta dias, conforme al cap. Cum sit Romana. citado, porque para que la sentencia tenga efecto, es necesario que la apelacion se declare por desierta por el Juez, citada antes la parte, para que se vea si por su culpa dexó de proseguir la apelacion, como lo advierte la Curia Filipica, 2. p. tit. Juizio executivo. §. Cosa juzgada; y es cosa asentada en practica: luego no aviendo avido citacion de parte, ni declaracion de Juez, aun estava pendiente el pleyto, y el matrimonio constante *in facie Ecclesie*, y por consiguiente era digna de muerte por el delito.

101. No estar excluida la hija de la muger casada, concebida en adulterio, de heredar a su madre por virtud desta ley 7. puso en duda el primero Gregorio Lopez Madera, en la Glosa sobre la ley 11. tit. 13. p. 6. verb. Natus. y fundóse en que la muger casada, que comete adulterio, no se puede dezir propriamente, q. incurrió pena de muerte; porque la ley 1. tit. 20. lib. 8. de la Nueva Recopilacion, de donde coligen todos, que la muger por el adulterio incurre pena de muerte, no dize expresamente tal cosa, sino que si el marido acusare a los adulteros, y se probare el delito, se los entreguen, para que haga dellos lo que quisiere: de fuerte, que si quisiere darles la muerte, se la dè, y si quisiere los perdone, y dè otra pena menor; *sed sic est*, que no es lo mismo incurrir pena de muerte, y mandar la ley, que se le dé, que permitir que el marido si quisiere pueda licitamente darfela: luego por el adulterio no incurre la muger propriamente pena de muerte, y por consiguiente el hijo, que naciesse de adulterio, no está excluido de heredar a la madre, porque es ley penal, y no se ha de estender, sino a tender el rigor de las palabras. Prueban esta parte Tello Fernandez sobre la ley 9. de Toro, y Diego Perez, l. 2. tit. 15. lib. 8. ordinat. column. 293. y aunque llevé la contraria como verdadera, no dicen, que estas es improbable. La misma probabilidad le dá Villalpád. in leg. p. 2. pag. 94. y atendiendo a las razones que por ella traen, particularmente Tello, y Diego Perez, no se puede negar ser probable. Pero con todo esto, como la contraria es mas probable, así por la razon, como por la autoridad, porque absolutamente la juzgan por mas verdadera, y probable los que la han tocado *in terminis*, despues que Gregorio Lopez la puso en duda, como son los citados, y Avendaño, in leg. 9. Tauri. Matienço, y Azeuedo; absolutamente juzgo, que por esta razon debia excluirse de la herencia el hijo nacido de adulterio, porque allí la ley no atendió a que

a que necesariamente le huviesen de dar la muerte, sino a que el delito fuese tal, que estuviese expuesta a ello, si no es que la parte quisiese perdonar, porque esto basta para que se diga aver incurrido pena de muerte. Vea quien quisiere a Tello, Avendaño, y Diego Perez, que lo tratan *pro dignitate*.

102. Por otro camino tengo por muy probable, que la hija de dicha N. no debe ser privada de la herencia en las circunstancias del caso, no incurrió dicha N. pena de muerte por el ajuntamiento ilícito que tuvo. Si esto se probare, consta de lo dicho arriba, que no será el ajuntamiento dañado, y punible; y por consiguiente la hija, que fue procreada de tal ajuntamiento, no será excluida de heredar a su madre. Vamos a la prueba: no merece la pena de adulterio el que quando peca juzga invinciblemente, que no lo es, o ignora invinciblemente, que lo sea; *sed sic est*, que dicha N. quando tuvo tal ajuntamiento ignoró invinciblemente, que fuese adulterio contra su marido, luego no mereció, ni incurrió pena de adulterio: la consecuencia es legitima, si se prueban las dos premisas, o propuestas. Lo primero, que ignorando vno invinciblemente, que sea adulterio el que haze, no merezca la pena de adulterio, lo dize expresamente la ley 5. tit. 17. part. 7. donde se dize, que si vno peca con vna muger, ignorando que sea casada, no merece la pena de adulterio: luego el que ignora que su pecado es adulterio, no merece, ni incurre la pena puesta a los adulteros.

103. Esta doctrina prueba lata, y difusamente el Presidente Couarrub. cap. Alma mater. l. p. §. 10. n. 13. donde dize, que siempre que se ignore alguna circunstancia, que escuse de la culpa, no se incurre la pena puesta por la tal culpa, como si huviese pena puesta contra el que hurta en la Iglesia, no incurirá en ella el que hurta no sabiendo, que está en la Iglesia. Otros muchos exemplos trae allí, y la razon es clara, porque como se dize cap. 2. de constitut. *Rem, qua culpa caret in damnnum venire non conuenit*, y sin culpa ninguno ha de ser castigado. reg. sine culpa. 23. de reg. iur. in 6. Lo mismo se prueba de la ley fin. ff. de decretis ab ordine faciendis, ibi: *Respondit eiusmodi penas scientibus esse dispositas*. Y la razon trae la l. Si ignorans. §. 2. ff. locat. *Non enim contemnit disciplinam, qui ignoravit*.

104. Lo segundo se prueba, porque la pena se ha de commensurar al delito, cap. Felices. de poenis in 6. *Index penam metiatur ex culpa*. Y cap. 2. de his, quæ fiunt à maiore

parte, cap. ibi: *Nec poena sit ulterius pro trahenda quam culpa; sed sic est*, que el que ignora, que su culpa era adulterina, no comete delito de adulterio delante de Dios, ni de los hombres, que tuviesen noticia de la verdad: luego no merece la pena impuesta a los adulteros.

105. Esta parte defiende la Glosa, cap. 2. de const. huvo culpa. Indoc. ibi. n. 1. Hostien. ad finem. Anton. n. 19. Abbas. n. 7. Bald. n. 1. Anchar. n. 5. Henric. n. 6. Decio, n. 22. Aretin. n. 3. Alex. de Nevo, n. 28. de Berolius, n. 44. Imol. in Clem. 2. n. 2. de Hæreticis. vbi Bonifacius, n. 27. Couarrub. vbi sup. n. 8. & 9. Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 2. casu 185. y mas expresamente lo sienten Felino, Juan Andr. Dominicus, Juan de Lignauo, Silvestro, Tabien, Pedro de Soto, Castro, Nauarro, Ledesma, Ovando, Enriquez, Bartolom. de Ledesma. Ludou. Lopez, Philiarco, Manuel Rodriguez, Lelius Cecus, Graffis, Vega, y Julio Claro, que cita, y sigue Thomas Sanchez, lib. 9. de matrimon. disp. 32. num. 9.

106. Y por ella se pueden citar todos los que cita n. 7. & 8. que son muchísimos, los quales quando dizen, que no evita la pena de la ley el que ignora la ley humana, que pone dicha pena, si es que el delito estava prohibido por ley antigua, Diuina, natural, o positiva, se entiende, como se puede ver en Couarrubias, quando la ignorancia no escusa de ninguna manera de la culpa, por la qual la ley humana impuso la pena, que es la razon total, por la qual dizen, que ha de incurrir la pena, porque la ignorancia, que no escusa de la culpa, dizen no debe escusar la pena: pone la ley humana pena de muerte por el hurto, que de si es prohibido por ley Diuina, si hurta vno sabiendo, que es pecado de hurto contra la ley Diuina, dizen estos Autores del n. 7. y 8. que incurre la pena puesta por la ley humana, porque aquella ignorancia no le escusó de la malicia de hurto; pero si la ley humana pone pena por vna accion, que no está prohibida por ley natural, o Diuina, el que ignorare esta ley no incurirá en pena de muerte, porque la ignorancia le escusa de la culpa: luego siempre que la ignorancia le escusa totalmente de la culpa, por la qual está puesta la pena, escusa totalmente de la pena, y en esto no ay distincion de si es ignorancia del Derecho. La primera propuesta, o primissa, que el que invinciblemente ignoraba, que su culpa era adulterio, no incurre la pena impuesta a los adulteros, queda bastantemente probada.

107. Vengamos a la segunda primiffa, y es, que en las circunstancias del caso dicha N. quando pecó ignoraba invinciblemente, que su culpa era adulterio, porque no ay duda, que si ella juzgasse invinciblemente, que ya su casamiento estava disuelto en la faz de la Iglesia, y que ella soltera, y que podia libremente disponer de su persona, es cierto, que ignoraba, que su culpa era adulterio; *sed sic est*, que en las circunstancias que passaron, ella juzgaba, que su casamiento estava disuelto *in facie Ecclesie*, luego ignoraba, que su culpa fuese adulterio. La ignorancia, como dize Baldo, lib. 1. n. 10. ff. de legib. se prueba por conjeturas, y mas facilmente en las mugeres, como noto Preposito, C. quod. dist. 16. Pues quien duda, que en el caso propuesto las conjeturas denotan, que dicha N. juzgaba, que ya su casamiento *in facie Ecclesie* estava disuelto? porque que podia juzgar vna muger de 17. años, ignorante de puntillos de leyes, y practicas, viendo que se avia dado sentencia de nulidad del matrimonio, con facultad de que pudiesse casarse, y que aviendo ella aceptado la sentencia, la aceptò el Procurador de su marido, el qual nunca avia contradicho a la impotencia que se le imputaba? y que aunque el Promotor Fiscal por cumplimiento avia apelado, no avia hecho otra diligencia, ni presentadose ante el Juez de apelacion del termino que se diò, y que avian passado ya nueve meses despues de la sentencia, sin que mas se hablasse en ella: que avia de presumir, sino que ya el pleyto estava acabado, y que ella estava libre para hazer de su persona lo que quisiesse sin agravio del que avia sido su marido?

108. Prueba mas esta conjetura el que ella dentro de vn año despues de la sentencia, pidió vn traslado autorizado de ella para en guarda de su derecho, y en ella nombrando a su marido, dize: *Mi marido que fue*, que aunque se puede dezir, que esto lo hizo por temor para asegurarse, no juzgó que era necesario, que la sentencia se aprobase de nuevo, ò la apelacion se aclarasse por desierta: dexado ya el pleyto, se tenia ella por segura soltera en el fuero de la Iglesia. Y confirmase mas en ver, que el marido quando vino a la tierra despues de la sentencia año y medio, pidió otro traslado de la sentencia, diciendo lo queria para en guarda de su derecho, de que se colige tenerse ya por descajado en el fuero de la Iglesia: luego si en vn hombre de mucha mas edad, que era la muger, hubo ignorancia de que el casamiento *in facie Ecclesie* estava disuelto, mucho mejor se puede presumir en ella, que

era de diez y siete años, y muger en quien (como dize Preposito) se puede presumir mas facilmente ignorancia. Si a esto se allegasse, que algunos de los que oy viuen afirmassen, que ella se tenia por soltera, y por libre, como se colige de su peticion, que arriba dize, donde dize: *Mi marido que fue*, y probaran con evidencia la resolucion de que la hija que nació de dicho ayuntamiento, no fue de ayuntamiento dañado, y punible, y que assi es heredera de lo que a su madre se podrá tocar de derecho; como si al contrario se probasse por personas que estèn oy viuas, que dicha N. se tenia todavia en el fuero exterior, dixera lo contrario, que entonces no fuera la hija heredera de su madre. Esto siento, salvo meliori iudicio. En este Colegio de S. Joseph, a 31. de Octubre de 1666. años.

Este parecer es del Padre Juan de Landa, de la Compañia de Jesus: ponele, porque aviendo el dicho Padre dado su parecer en la conformidad deste, pero mas breve, el Doctor N. escribió contra èl muy largo, procurando probar lo contrario. Despues el Padre Landa bolvió a escriuir su sentencia con mas latitud, que es el parecer de arriba, y las partes lo remitieron al Autor para ver su sentir, prometiendo de estar a èl, que es el que se sigue.

109. Conformome con el parecer de arriba, porque todo lo que contiene es verdad cierta, y segura, fundada en leyes expresas del Reyno, y seguida comunmente de los Doctores Theologos, y Juristas, sin contradiccion: y assi tengo por cierto, que la dote no fue inoficiosa, y que la dicha hija ilegítima es heredera de los bienes de su madre, que murió abintestato, y en conciencia se le deben, por no aver tenido su madre hijos legítimos, y porque no fue avida en ayuntamiento dañado, y punible, que segun las leyes del Reyno, es quando por el tal ayuntamiento incurriessè la madre en pena de muerte natural. En quanto a lo ultimo, que dize, que es muy probable, que la hija ilegítima no debe ser excluida de la herencia, porque su madre no incurrió en pena de muerte por el ayuntamiento ilícito en que concibió a dicha hija, digo, que es mi parecer no solamente, que es probable, sino cierto, y claro. Lo primero, por las pruebas que contiene el parecer, que persuaden mas que probablemente, que por la ignorancia de la calidad de la culpa, no se incurre la pena puesta por la especie, y calidad de tal culpa: y las conjeturas de que la dicha N. ignorò, que su culpa era adulterio, son tan urgentes, que hazen esta verdad moralmente cierta, y en la

esti-

estimacion de los prudentes no dexan genero de duda: Considerense bien las circunstancias del caso, la sentencia de nulidad de matrimonio, admitida, y consentida de ambas partes, en que les daban a ambos por libres, y sueltos de matrimonio; y que aunque el Promotor Fiscal interpuso apelacion, ni la siguiò, ni tratò mas della, lo que es bastante para que quien no estuviere muy en los puntos del Derecho, y en la practica de pleytos (como se debe entender de vna muger de diez y siete años) se tuviesse ya por libre del vinculo del matrimonio, especialmente, que hallandose ya preñada, pidió vn traslado autentico de dicha sentencia de nulidad de matrimonio. Claro està, que juzgando, que le bastaba para su total indemnidad, que es lo que en tal lance se pretende, pues pudiendo con la misma facilidad pedir al Juez, que declarasse por desierta la apelacion del Promotor Fiscal, no lo hizo: de donde con toda claridad se colige la ignorancia, que tenia de que faltaba esta declaracion, para que passasse en cosa juzgada la sentencia dicha.

110. Lo segundo se prueba, porque las leyes del Reyno piden expressamente sciencia de adulterio en la adultera, para que incurra la pena. Vease la l. 5. tit. 17. p. 7. donde dize estas palabras: *Y aziendo algun home con la muger casada, no lo sabiendo, ni cuidando que lo era, dezimos, que tal como este non debe ser acusado de adulterio, fueras ende si le fuese probado, que lo sabia; pero si la muger lo hizo a sabiendas, debe por ende recibir la pena.* Donde se ve con toda claridad, que para incurrir esta pena de adultera pide la misma ley, que el adulterio se aya cometido a sabiendas: por lo qual aviendo tan vehementes conjeturas de que la dicha N. ignorò, que todavia no estava disuelto su matrimonio *in facie Ecclesie*, ni incurrió la pena de adultera. Contra tan vehementes conjeturas tengo por imposible probar, que la dicha N. cometió a sabiendas el adulterio, y que sabia, que su matrimonio aun no estava disuelto, lo qual era necesario probar, para que pudiesse ser acusada de adulterio, como dize la misma ley del Reyno: *Que el que cometió adulterio con muger casada, sin saber que lo era, no debe ser acusado de adulterio, si no le fuere probado, que lo sabia.* Lo mismo se ha de dezir de la muger que nó sabia, que era casada.

111. Lo tercero, porque en el caso presente hubo ignorancia *facti*, porque la dicha N. ignoraba, que su ayuntamiento fuese adulterio: y es cierto, y averiguado entre los Doctores, que la ignorancia del hecho escu-

sa de la pena de la ley. Vease a Sanchez de matrimo. lib. 9. disp. 31. n. 23. donde dize ser cosa cierta, que la ignorancia del hecho, que escusa de la culpa, escusa tambien de la pena, y que de la misma fuerte es cierto, que aunque no escuse la ignorancia totalmente la culpa, sino solamente la circunstancia de la culpa, por la qual se puso la pena, no se incurre la pena. Y esto consta del Derecho Canon. cap. Si verò. de sentent. excommunic. donde se determina, que el que hiere a vn Clerigo, que anda en abito de lego, sin saber, que era Clerigo, no incurre en la excomunion del Canon: *Siquis suadente.* Y la Glossa en la ley del Reyno citada confirma esta verdad con estas palabras: *Quamvis det operam rei illicita si probabiliter ignorabat, eam esse coniugatam, non punitur de adulterio.*

112. Lo quarto, porque quando la ley pone alguna pena contra los que cometen algun delito a sabiendas, se requiere para incurrir la pena, sciencia, y sabiduria del delito: y no basta para incurrir en la pena, que se cometa el delito con ignorancia, aunque sea crassa, y culpable. Esto es cosa averiguada entre los Doctores, que cita, y sigue Sanchez loc. cit. n. 36. La ley del Reyno, l. 5. tit. 17. part. 7. que pone pena de muerte a la adultera, dize, que si hiziere el adulterio a sabiendas, y assi no incurre la pena de muerte la que comete adulterio con alguna ignorancia, aunque sea culpable. Esta verdad se confirma con la ley 1. del mismo titulo, que define el adulterio desta manera: *Adulterio es yerro, que home haze a sabiendas, y aziendo con muger casada.* Por lo qual el que no se haze a sabiendas con conocimiento de que es muger casada, no es adulterio, segun las leyes del Reyno, para el efecto de incurrir la pena de muerte.

113. Lo quinto se prueba de las leyes del Reyno, l. 4. tit. 20. lib. 8. Nouæ Recop. segun las quales para incurrir la adultera pena de muerte, no es necesario, que el matrimonio sea en realidad de verdad valido, y verdadero: por lo qual aunque despues se declarasse, que el matrimonio avia sido nulo desde sus principios; con todo esto si tuvo ayuntamiento con otro, quando era tenida por casada, y se reputaba por tal, debe morir por ello. Acerca de lo qual dize Barbosa, ff. soluto matrimonio. 2. p. l. 2. que las leyes castigan con pena de muerte a la muger, que comete adulterio en el matrimonio que se juzgaba verdadero, aunque despues constasse, que fue nulo por declaracion de la Iglesia; porque aunque en realidad de verdad no era casada, si se juntò, y mezclò con otro, es rea-

de



de adulterio. Infiere à *conuicio sensu*: luego la casada, que juzgando no serlo, se mezcló con otro, no incurre la pena del adulterio; porque aunque todavía no estava disuelto el matrimonio *in facie Ecclesie*; con todo esto, porque juzgaba, que ya estava disuelto, y que no era casada, no fue rea de adulterio, porque no se ha de presumir, que las leyes, y legisladores se inclinan mas al rigor, y al odio, que a la benignidad, y favor; antes siempre se inclinan mas al favor, y a la gracia, que al odio, y a la pena, segun la regla 15. del Derecho Canon. *Odia restringi, & fauores conuenit ampliari*. de reg. iur. in 6. por lo qual si castigan las leyes con pena de muerte por adultera, a la que estando en reputacion de casada delinquirió en odio del adulterio, aunque no verdadero, sino solamente existimado, y en odio de la mala fé con que cometió la culpa; mucho mejor, y por mayor razon han de escusar de la pena de muerte a la que estando en reputacion de soltera, delinquirió en favor de la buena fé, porque no es justo, que sea menos favorecida la buena fé, que castigada la mala.

114. Lo vltimo se prueba, porque segun las leyes del Reyno, l. 2. y 3. tit. 10. lib. 8. Noue Recop. solo el marido tiene accion para acusar a la adultera, y el Juez no puede inquirir de oficio contra muger casada, ni proceder contra ella *in iudicio*, *neque extra*, por razon de adulterio, si no es que su marido la acuse, y pida contra ella. De aqui se infiere, que en tanto tiene pena de muerte la adultera, en quanto el marido tiene accion de pedir contra ella: de fuerte, que este delito de adulterio no tiene pena de muerte absolutamente, como el homicidio, sino solamente condicionalmente, si el marido la acusare, y quisiere matarla. Por lo qual dixo Gregorio Lopez en la Glosa sobre las leyes de las Partidas, in l. 11. tit. 13. p. 6. y otros, que segun las leyes del Reyno, el adulterio no tiene absolutamente pena de muerte, y que por esso pueden heredar a su madre los hijos adulterinos, a falta de los legitimos. No llevo esta opinion de Gregorio Lopez, por ser menos probable, como dize doctamente el parecer de arriba; porque basta, que con verdad se diga, que cometió crimen, por el qual incurrió pena de muerte. Pero no se puede negar, que si por alguna causa en algun adulterio el marido no tuviere accion para acusar a su muger, ni para matarla, que ella en tal caso no incurre pena de muerte, ni se la pueden dar; y consiguientemente el hijo avido en tal ajuntamiento no pierde la herencia de su madre. Pues en el caso presente

no tenia el marido accion para pedir contra dicha N. criminalmente: por lo qual no incurrió la dicha N. pena de muerte, y assi no fue ajuntamiento punible, y dañado. Que el marido en tal caso no tuviere accion para poder pedir contra la dicha N. para que la castigasen con la pena de la ley, consta del cap. Gaudemus. de diuortijs. donde dize: *Non tamen dimissor poterit obijcere fornicationem dimissa pro eo, quod nupsit alij post repudium, nisi alias fuerit fornicata*. Donde se determina, que el marido, que despidió a su muger (habla de lo que sucede entre infieles, y naciones, que permiten el repudio de la muger propria) si la muger repudiada se juntasse con otro hombre, no puede el marido proponer contra ella cosa alguna, porque ya su marido la avia despedido, y no la tenia por su muger, ni por cosa suya, y assi no se puede dar por agraviado: y aunque es verdad, que todavía permanezca el vinculo natural de matrimonio, no tiene el marido accion contra ella, porque ya quanto es de su parte dexó todo el derecho, que tenia sobre el cuerpo de su muger. Tengo por cierto, que en este caso no puede aver Juez, que se atreva a dar sentençia de muerte contra la muger assi despedida del marido, consentida por ambos la sentençia de nulidad de matrimonio.

115. Confírmate esto con vna doctrina elegante de Nauarr. in Summ. lat. cap. 22. n. 24. y de Enriquez, lib. 11. de matrim. cap. 17. y Sanchez de matrim. lib. 10. disp. 5. n. 9. que dizen, que si entre Catolicos vn hombre niega el matrimonio contraido legitimamente, y puesto pleyto, alcanza sentençia de nulidad de matrimonio, y consiente en ella, por lo qual la muger despedida se casó con otro, ó tiene ajuntamiento ilícito con otro, como dize Sanchez, el marido que la despidió, no tiene accion para acusarla de adultera, porque negando el matrimonio, y consintiendo en la sentençia de nulidad, dexando a la muger libre quanto es de su parte, le dió causa suficiente para adulterar. Toda esta doctrina, y resolucion a mi parecer es clara, y cierta, por lo qual a la dicha hija ilegítima se le deben en conciencia todos los bienes de su madre, como a heredera forçosa abintestato, y su abuela le debe entregar todos los bienes de su madre, que huviere parado en su poder, y declararla por su heredera entre las demás hijas en cabeza de su madre difunta, por las razones referidas, y porque es cosa indecente, que vna abuela, siendo persona principal, por desheredar a vna nieta, quiera afirmar de su hija, que me-

reció

reció, è incurrió pena de muerte por adultera.

### CONSULTA XVII.

*Sobre si aviendo vno muerto sin testar, no solo sus hermanos viuos, sino tambien los sobrinos, hijos de sus hermanos ya difuntos, sean herederos abintestato? Y sobre si el quinto de la hazienda del tal intestato se deba gastar en el funeral, y obras pias por su alma, y a quien toca esta disposicion?*

#### PROPUESTA.

Francisco murió sin hazer testamento, no tiene descendientes, pero tiene dos hermanos, y muchos sobrinos, hijos de otros hermanos ya difuntos. Preguntase lo primero, si han de heredar los dichos sobrinos, ó solamente los hermanos del difunto?

Lo segundo, si se debe gastar el quinto en funeral, y en hazer bien por el alma del difunto?

Lo tercero, si aviendose de consumir el quinto en hazer bien por el alma del difunto, a quien toca disponer las Misas, limosnas, ó demás obras pias?

#### PARECER CCLVIII.

116. Responde a lo primero, que deben heredar los hermanos, y los sobrinos, con esta diferencia, que los hermanos que viuen, heredan por sus propias personas, que llama el Derecho *per capita*; pero los sobrinos *instirpe*, representando a su padre: por lo qual si huviere dos hermanos viuos del dicho Francisco difunto, y otro hijo de otro hermano tambien difunto, la hazienda que quedare despues de hecho el funeral, y obras pias, se ha de partir en quatro partes iguales, y a cada hermano se ha de dar vna parte, y entre todos los cinco sobrinos hijos de vn hermano se ha de repartir otra, porque todos ellos representan a vn hermano de Francisco: otra quarta parte igual ha de llevar el vn sobrino, porque él solo representa a vn hermano de Francisco, y lleva todo lo que pertenecia a vn hermano. Esto està expreso en las leyes del Reyno, p. 6. tit. 13. l. 5. y l. 8. de Toro, y en la Nueva Recopilacion, lib. 5. con estas palabras: *Mandamos, que sucedan los sobrinos con los tios abintestato a sus tios instirpem, y no in capita*.

117. A lo segundo se responde, que segun la mas comun opinion no ay obligacion de gastar todo el quinto en hazer bien por el alma del difunto, y solamente lo ay de gastar lo que pareciere decente, conforme a

su calidad, y cantidad de bienes, que dexó, y al uso de la tierra. Esto se colige de las leyes del Reyno, p. 6. tit. 13. l. 5. donde dize assi: *Si alguno, que muriese sin testamento, no huviere de los parientes que suben, ó descienden por la linea derecha, è huviere hermano, ó hermana, ó sobrino, fijo de tal hermano, ó de tal hermana, que fuese ya muerta, el hermano, y el sobrino heredarán los bienes del tal difunto igualmente.*

Y l. Siquis sepulchrum. ff. de Religiosis, & sumpt. fun. donde hablando de los difuntos, que no dexaron determinados los gastos de su funeral, dize, que se gaste en el funeral conforme a la cantidad de la hazienda, y dignidad del difunto: *Sumptus funeris adhibentur pro facultatibus, vel dignitate defuncti*. Hablando la ley absolutamente, que hereden los hermanos, y sobrinos los bienes del difunto, sin restringirles en cosa alguna, no ay titulo, ni razon para restringirles a herencia, ni para obligarles a gastar todo el quinto en hazer bien por el alma del difunto, sino solamente estarán obligados a gastar lo que la razon natural dicta, segun vn dictamen prudencial, que es hazer vn entierro honrado, y soleme, conforme suele hazer se a personas de su calidad del difunto, y en la misma conformidad honras, y mandar dezir vna razonable cantidad de Misas, segun el numero, que suele ordinariamente dezirse a personas de su caudal, y calidad, y no ay obligacion precisa de otra cosa, y assi lo sienten comunmente los Doctores, que escriben sobre las leyes del Reyno. Antonio Gomez, in l. 36. Tauri, n. 2. Telio, ibid. n. 3. Castillo, ibid. n. 2. 9. Del testador. Angulo, de melio ratione. lib. 13. Glosa 4. n. 3. & 4. Sanchez, lib. 4. conf. cap. 1. dub. 27. n. 13. Molina, de iust. to. 1. tract. 2. disp. 162. La contraria opinion llevan algunos Modernos, y se fundan en la ley 36. de Toro, que dispone, que si el difunto dió poder a alguno para hazer su testamento, y el que tenia el poder no hizo el testamento, ni dispuso los bienes del difunto, ó porque se le pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió antes de hazerlo, hereden los herederos del difunto abintestato: los quales si no son herederos forçosos, están obligados a disponer de la quinta parte de los bienes por el alma del difunto. De aqui coligen algunos, que siempre que los herederos no son forçosos, y el difunto no dispuso de sus bienes, se debe gastar el quinto en hazer bien por el alma del difunto. Y esto se puede probar con razon clara, porque la dicha ley 36. de Toro manda, que los herederos que no son forçosos gasten el quinto de los bienes del difunto en hazer

hazer bien por su alma en caso que dió poder para testar, y no se vió del: luego lo mismo se ha de hazer en caso que no uiesse poder, sino que muriesse totalmente sin testar. Confirmafe mas esta razon: la dicha ley dispone, que se gaste la quinta parte de los bienes en hazer bien por el alma del difunto, quando no se vió del poder que otorgó, y los herederos no son forçosos, porque esta se reputa ser voluntad presumpta del difunto: pues la misma presuncion ay quando murió sin dar poder, y no se hallará fundamento razonable para dezir, que quando dió poder, de que no se vió, se presume voluntad en el difunto de que se gaste el quinto en hazer bien por su alma, y que esta voluntad no se presume quando no dió poder. Añadete a esto, que los bienes del que muere abintestato, los heredan por las leyes aquellos a quienes quizá el difunto no dexaria vn real si huviera podido disponer de sus cosas, y ya que les dexara algo, como esto no era de obligacion, sino puramente de gracia, se debe presumir, que mas estimaria a su alma, que a parientes tranfvertales: y consiguientemente dexaria para su alma la mayor parte de su hacienda. Luego ya que no tuvo lugar de testar, se debe gastar la quinta parte de los bienes en bien del alma del difunto.

118. No obstante todo esto tengo por mas probable la opinion, que dize, que no ay obligacion de gastar todo el quinto por el alma del difunto, porque la ley está expresa, y clara, que los hermanos, y sobrinos heredan los bienes del que murió abintestato, sin herederos descendientes, ni ascendientes, sin limitarles, ni obligarles a gastar el quinto. Y la ley que se trae en fauor de la segunda opinion habla en diferente caso de quando el difunto dexó poder para testar, y no se vió del, y no es razon que conuença de vn caso dispuesto por las leyes a otro, que tiene diferentes, y opuestas circunstancias; especialmente si el otro caso está dispuesto por otra ley en otra forma, como acontece en el caso presente. Y los Doctores, que tratan este punto segun las leyes de nuestros Reynos, dizen comunmente, que no ay obligacion de gastar el quinto en fauor del alma: y solamente he hallado vn Autor, que diga lo contrario, que es Roxas; in Epitome succel. à num. 7. A la primera razon de dicha opinion se responde, que del que dió poder para testar se presume, que no quiso dexar toda su hacienda a los herederos abintestato, sino que quiso, que se dispusiesse, ó de toda ella, ó de mucha parte en otras cosas, y por esta causa dió poder para testar. cap. Cum ti-

bi. de testam. *Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur de-cedere intestatus.* Es como si huviera hecho testamento, y dispuesto de sus bienes, y no quererlos dexar abintestato. Y esta voluntad, que se presume que tuvo el difunto, que se avia de explicar, y determinar por el poderatario, la determinó la ley, y restringió al quinto de los bienes; pero quando el difunto no dispuso cosa alguna, ni dió poder, no ay fundamento positivo donde fundar la presuncion, de que tuvo voluntad de disponer de su hacienda en obras pias, ni de que tuviesse voluntad alguna acerca de la disposicion de sus bienes, y assi que son todos sujetos a la disposicion de las leyes. Las de España disponen, que los hereden los hermanos, quando muere abintestato, sin ascendientes, ni descendientes, sin restriccion, ni limitacion, y a esto se ha de estar, y solamente ay obligacion de gastar por el alma lo que la recta razon dicta, como se dixo arriba. A lo vltimo que se añade en fauor de dicha opinion, se responde, que quando mucho prueba, que seria decente, que los herederos abintestato no fueran escasos en gastar todo el quinto en fauor del alma del difunto, especialmente si no padecen necesidades; pero no prueba, que ay obligacion precisa de esso, porque no se le haze agravio al que murió sin testar, gastandose en su funeral, y bien de su alma todo lo que pareciere decente conforme a su calidad, y caudal, y heredando lo restante sus parientes mas cercanos, segun disponen justamente las leyes; y si el difunto queria disponer de otra manera, tuvieralo prevenido, haciendo testamento con tiempo.

119. A lo tercero se responde, que en caso, que se aya de gastar el quinto en bien del alma del difunto, conforme a la opinion menos probable, que se refirió arriba, pertenece la execucion a los herederos, y no a los señores Obispos, ni a los Juezes de testamentos, y obras pias. Y de la misma fuer-te llevando la opinion mas comun, y mas probable de que no ay obligacion de gastar el quinto, pertenece a los herederos disponer los gastos del funeral, y mandar dezir las Misas, y hazer los pagamentos, y no a los señores Obispos, ni a los Juezes de testamentos. Esto consta de las leyes del Reyno 36. de Toro, y en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 4. l. 10. en que se funda la opinion, que dize, que los herederos abintestato deben gastar todo el quinto en bien del alma del difunto, porque dichas leyes expressamente disponen, que

que los herederos tranfvertales sean obligados a disponer de la quinta parte de los tales bienes por el alma del testador, y luego dispone: *Si dentro de vn año no cumplieren esto, mandamos, que nuestras justicias le compelan a ello.* Esto mismo consta de las leyes de las Partidas. p. 6. tit. 10. l. 7. *Si acaeciese, que alguno en su testamento no dexasse testamentos que lo cumplieren, el Obispo, en cuyo Obispado acaeciese, debelo fazer cumplir, si el heredero del muerto no lo quisiese fazer.* La diferéncia que ay entre estas leyes, es, que en la 36. de Toro, y 10. de la Nueva Recopilacion, se determina, que si dentro de vn año los herederos no gastan el quinto en fauor del alma, les compelan las justicias legas a que lo cumplan; y en la 15. de las Partidas se manda, que si el heredero no cumple la voluntad del difunto, la cumpla el Obispo: donde se vé claramente, que en todas tres leyes, de Partidas, de Toro, y de Nueva Recopilacion, toca, y pertenece a los herederos disponer del quinto, y qualesquiera obras pias, quando no ay Albaceas, y solamente pertenece al Obispo, ó a la justicia secular, en caso de conocida negligencia de los herederos, porq es *mixti fori*, y segun es obra pia, y como cosa espiritual, pertenece al Obispo el compeler a los herederos a que lo cumplan; y en caso que no la quierán cumplir, cobrar el dinero, y cumplirla por si mismo; y segun es debito, y legado, mandado cumplir por las leyes, pertenece al Juez lego obligar a los herederos, que lo cumplan, y en el Derecho Canonico no se halla contra esto cosa alguna, porque solamente se halla, que el Obispo en dos casos puede cumplir por si las obras pias por el alma del difunto. El primero, en caso de mucha dilacion, y negligencia de los Albaceas, ó herederos, que teniendo en su poder ya suficientes bienes del difunto, dexan passar el año sin cumplir su voluntad; assi consta del cap. Non quidem. de testam. donde se refiere de vna obra pia, que dispuso vn difunto: *Ab eius herede pro trahitur.* Y mas abaxo: *Eam commoneas, quatenus infra annum monasterium, quod in sum est, debeat ordinare, quod si infra predictum tempus tecum implere neglexerit, tunc per te edificetur.* Aqui se conoce quantas diligencias de amonestaciones debe hazer el Obispo, para que el heredero cumpla por si mismo las obras pias, que el difunto dexó dispuestas, antes que se ponga a cobrar el dinero para cumplirlas por si mismo. Y cap Si heredes. de testam. porque los herederos no ponian en execucion las obras pias, que tenían obligacion de hazer por el difunto, se manda, que el Obispo se priue de todo lo que les dexaba el difunto, y assi les obligue a poner en

execucion las dichas obras pias. Y el Concilio de Trento no dispone cosa alguna contra esto, antes lo confirma, porque *Ses. 22. cap. 8. de refor.* dize, que los Obispos sean executores de todas las obras pias, assi de la vltima voluntad, como entre viuos en los casos concedidos por el Derecho. *Episcopi in casibus a iure concessis omnium piarum dispositionum tam in vltima voluntate, quam inter viuos sint executores.* De fuerte, que habla con restriccion en los casos, que les concede el Derecho, que son quando es demasiada la negligencia del Albacea, ó heredero, ó quando disipa los bienes, y los gasta en otra cosa. Finalmente el Derecho Canon. dispone, que el Obispo cuide de que se cumplan los legados, y obras pias de los difuntos, segun las leyes piissimas de los Principes seculares, cap. Nos quidem. de testam. *Secundum piissimas leges dilatas defunctorum piarum voluntates Episcopale de cens est studio adimpleri.* Habla de vnas leyes delCodigo ( como dize alli la Glosa ) que disponen, que si alguno en su testamento dexare algun legado para redimir cautiuos, lo reciba, y cumpla el Obispo. De la misma fuerte, segun las piissimas leyes de nuestros Reyes Catolicos, deben los Obispos dexar a los herederos, ó Albaceas, que cumplan las obras pias, que tu vieren obligacion por los difuntos, y solamente en caso que no las quieran cumplir, ó las dilaten demasiado, ó gasten la hacienda del difunto en otras cosas, amonesten, y compelan a los herederos, ó Albaceas; y en caso necesario, que esto no baste, les quiten los bienes del difunto, y executen las obras pias por si mismos: y assi no aviendo Albacea nombrado por el difunto, todas las obras pias, que se debieren hazer, ó por testamento, ó abintestato, las debe executar el heredero, y a el primeramente pertenece su cumplimiento, como dize Greg. Lop. in l. 1. tit. 10. p. 6. *Nullo executore nominato heredi competit executio, etiam in his, que ad piam causam reliquuntur, vt in cap. 3. de testam. y l. 7. del mismo tit. Si vero heres executatur, et non sit negligens, Episcopus se non intromittit.* Todo lo que está dicho del Obispo se entiende de la misma forma del Juez de testamentos, porque el Juez de testamentos no tiene mas potestad, que la que le comete el Obispo, el qual no le puede cometer potestad para entrometerse en mas casos, que los q de derecho pertenecen al Obispo, de reg. iur. in 6. reg. 79. *Nemo potest plus iuris trans-ferre in alium, quam sibi competere dignoscatur.* Y la misma potestad tiene el Juez de testamentos, puesto por el Cabildo en Sede

vacante; porque el Cabildo en quanto tiene por derecho todo lo jurisdiccional del Obispo en Sede vacante, le comete la jurisdiccional del Cabildo in Sede vacante, y la del Juez de testamentos nunca se puede estender a mas casos, ni a otra cosa mas de lo que puede por derecho el Obispo.

## CONSULTA XXI.

*Sobre si aviendo muerto un hombre casado sin hazer testamento, le deban heredar sus sobrinos, o su legitima muger, de quien hubo un hijo durante el matrimonio, y a los siete meses murio antes que el padre?*

## PROPOSTA.

**P**edro marido, y conjunta persona de familia, tuvo un hijo en ella durante el matrimonio, y el tal hijo vivió siete meses, y despues murió; murió tambien despues del hijo el padre abintestado: preguntase quien debe heredar los bienes, que quedaron por fin, y muerte del dicho Pedro? si la sobrina, o la muger del dicho Pedro, con quien ha tenido el hijo? Y la sobrina entró en la herencia sin autoridad de justicia, si se debe conferir, o no?

## PARECER CCLIX.

120. **R**espondese, que difunto Pedro, ha de llevar su muger todo lo que ella lleuó quando se casó con Pedro: assi consta de las leyes de la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 9. l. 1. y 3. Y demás desto, si quando trataba el casamiento, o quando se casó le dió su marido, o los padres, o parientes de su marido alguna cosa en arras, o dote, lo ha de llevar todo esto la muger, porque es suyo desde el dia que se lo dieron: y si alguna cosa se huviere gastado, o consumido (aunque sea en el sustento de ambos) se debe enterar el valor de todo, y entregarse a la muger; assi lo disponen las leyes del Reyno, p. 4. tit. 1. l. 7. y 18. y 19. Demás desto se debe entregar a la muger la cama, y estrado, donde solia dormir, y asentarse, y recibir visitas; porque assi lo disponen las leyes del fuero, lib. 3. tit. 6. l. 6. y assi está en practica. Vea se a Castillo sobre la dicha ley; y a Gutierrez, lib. 2. qq. pract. q. 93.

121. Si los bienes, que tenían marido, y muger, se multiplicaron de fuerte, que quando murió Pedro avia mas cantidad de la que avian traído el vno, y el otro; el aumento se llama bienes gananciales, y se debe repartir, y

la mitad es de la muger, y la otra mitad de los parientes del marido: assi está expreso en las leyes de la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 9. l. 2. y 4. Por todo lo qual la sobrina de Pedro hizo bien de entrar en la herencia, y llevarse los bienes, que quedaron por fin, y muerte de Pedro, porque a ella le pertenecia, si no avia otro pariente mas cercano de Pedro; con tal que aya dexado a la muger de Pedro lo que arriba queda dicho; porque a la muger no le toca otra cosa de los bienes de Pedro su marido.

122. Exceptuale un caso, y es: Si la muger fuere pobre, que no tuviese con que pasar conforme a su estado, y Pedro fuere rico: en tal caso pertenece a la muger la quarta parte de los bienes del marido difunto. Assi está expreso en las leyes del Reyno, p. 6. tit. 13. l. 7. donde dize, que si el marido difunto, que tenia hacienda, no dexó a su muger con que pudiese sustentarse honradamente, ni ella tiene de suyo con que sustentarse honradamente, ha de heredar la quarta parte de la hacienda del marido, aunque el marido tenga otros qualesquiera herederos de qualquiera calidad que sean, aunque sean hijos legitimos; avidos en otra muger con quien primero huviese estado casado. Lo mismo consta del Derecho comun, l. Præterea. C. vnde vir. & vxor. *Si coniux præmoriens locuples sit, superstes vero laboret inopia, succedet una cum liberis communibus, alterius vè matrimonij in quartam, si tres sint, vel pauciores; quod si plures sint, in virilem portionem.* De fuerte, que en caso que la muger quede pobre, ha de llevar la quarta parte de la hacienda del marido difunto, sino es, que el marido tenga mas de tres hijos; que en tal caso se ha de repartir la hacienda igualmente entre todos los hijos, y la muger, de modo, que la muger lleue otro tanto como cada vno de los hijos: y assi afirman, que se debe hazer comunmente los Doctores. Vea se Greg. Lopez sobre las leyes de las Partidas, p. 6. tit. 13. l. 6. Castillo sobre las leyes del fuero, lib. 3. tit. 6. l. 6. n. 20. Sanchez, lib. 4. conf. cap. 1. dub. 27. Fr. Martin de S. Joseph, de testam. tract. 46. n. 14. Otro caso ay en el Derecho comun, en que las mugeres heredan a sus maridos, quando mueren sin hazer testamento, y es, quando el marido difunto no tiene parientes hasta el dezimo grado; y lo mismo dispone quando la muger muriese sin testar, que si no tiene parientes dentro de diez grados, hereda el marido, l. Maritus. C. vnde vir. & vxor. *Maritus, & vxor abintestato. Inuicem sibi in solidum pro antiquo iure succedant, quoties deficit omnium parentum libe-*

## CONSULTA XXII.

*Sobre si muriendo uno, que tiene herederos forcosos, sin hazer testamento, se deba gastar en Misas, y obras pias todo el quinto de la hacienda? Y a quien le toque de derecho hazer esta distribucion?*

## PROPOSTA.

**E**L Sargento mayor D. N. murió sin testar, dexando hijos legitimos: ha referido el señor Doct. D. N. que el quinto de todos sus bienes debe aplicar en Misas, y obras pias por el alma del difunto, y que esta aplicacion la debo yo hazer como Juez de testamentos. Remito con esta cedula escrito del dicho señor Doct. para que V. P. lo apruebe, y califique con su firma.

## PARECER CCLX.

123. **D**Os dificultades se tratan en el parecer, que v. md. me remite, que es del señor Doct. D. N. cuya doctrina, y pareceres venero, y me he alegrado mucho de ver, que no discrepa su merced en la substancia de otro, que yo di tres años ha en ocasion que murió sin testar D. N. La diferencia, que avia de dicho caso al presente de la muerte del Sargento mayor D. N. consiste solamente en que D. N. no dexó herederos forcosos, y assi le heredaron sus hermanos, y sobrinos; pero el Sargento mayor, que murió aora sin testar, dexó quatro hijos. La primera dificultad que se propone, es, si todo el quinto se debe gastar en funeral. Misas, limosnas, y obras pias? La segunda, quien debe distribuir, y aplicar el quinto de los bienes del difunto en Misas, limosnas, y obras pias, si le pertenece por derecho esta distribucion al Juez Eclesiastico?

124. A la primera dificultad respondiendo, que las leyes del Reyno distinguen tres casos, y en cada vno de ellos dan diferente disposicion. Primeramente en el libro quinto de la Nueva Recopilacion, tit. 4. l. 10. que corresponde a la l. 36. de Toro, dize assi: *Quando el comissario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque passó el tiempo, o porque no quiso, o porque murió sin fazerlo, los tales bienes vengán derechamente a los parientes del que le dió el poder, que huviesen de heredar sus bienes abintestato: los quales en caso que no sean hijos, ni descendientes, y ascendientes legitimos, sean obligados a disponer de la quinta parte de los tales bienes por su anima*

*liberorum vè, siue propinquorum legitima, vel naturalis successio sisco excluso.* No aviendo parientes algunos del marido, dize, que en tal caso herede su muger; y la Glosa sobre la l. Vacantia. C. de bonis vacantibus, lib. 10. explica, que entonces se entiende no aver parientes, quando no se halla alguno hasta el dezimo grado; lo qual explica mejor vna ley del Reyno, p. 6. tit. 13. l. 6. *Si alguno muriere sin testamento, que no tuviese de los que suben, o descienden por linea derecha, ni huviese hermano, ni sobrino, el pariente que fuere hallado, que es mas cercano del difunto hasta el dezimo grado, esse heredará todos sus bienes, è si el tal pariente no fuere hallado, y el muerto avia muger legitima quando finó, heredará ella todos los bienes de su marido: esto mismo dezimos del marido, que heredará los bienes de su muger en tal caso como este: y si por ventura el que assi muriese sin parientes, no fuese casado, entonces heredará todos sus bienes la Camara del Rey.* Pero esta herencia, que tenían entre si los casados a falta de otros parientes, ya se les ha quitado por las leyes de la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 8. l. 12. donde se determina, que si alguno muriere sin parientes descendientes, ni transversales, herede el Rey todos sus bienes. Por lo qual, aunque no huviera quedado pariente alguno de Pedro, no podia ya su muger heredar sus bienes si no fuese pobre, como queda dicho; y aun dizen comunmente los Doctores, que por dicha ley 12. se ha entendido siempre, que no aviendo pariente dentro del quarto grado hereda el Rey todos los bienes, y están aplicados a la Cruzada para la defenja de la Fè: assi lo afirma Bobadilla in Polit. lib. 1. cap. 16. n. 132. Azevedo sobre las leyes del Reyno de la Nueva Recopilacion, lib. 4. tit. 15. l. 6. n. 55. Avendaño de exequendis mandatis. i. cap. 7. n. 5. Villal. to. 2. tract. 30. dif. 17. Ant. Gomez, to. 1. variar. cap. 1. Molina, to. 1. de iust. tract. 2. disp. 162. y 163. y 164. y Fr. Martin de S. Joseph, de testam. lib. 2. tract. 29. n. 14. Lo que en el caso se propone de que tuvieron un hijo, y se murió antes que muriese Pedro su padre; no conduce para que herede la muger: si huviera muerto primero Pedro, y luego su hijo, heredara la muger de Pedro toda la hacienda; porque en tal caso el hijo heredara toda la hacienda de su padre, y despues muriendo el hijo, la madre heredara toda la hacienda de su hijo; pero aviendo muerto el hijo antes de su padre, no heredó cosa alguna de su padre, y consiguientemente, ni su madre pudo heredar cosa alguna por causa de su hijo.



del testador. En esta ley habla expresamente del que dió poder a otro para testar, y el poderatario, ó comissario no hizo el testamento, en este caso dispone la dicha ley, que vengan los bienes del difunto a los parientes, que son herederos suyos abintestato; y luego pone vna distincion, que se debe notar, y advertir muy bien, y es, que en este caso, quando los herederos no son descendientes, ó ascendientes legitimos, están obligados a gastar todo el quinto en bien del alma del testador: donde claramente dá a entender, que quando los herederos son descendientes, ó ascendientes legitimos, no están obligados a gastar todo el quinto por el alma del difunto, porqué cõta expresamente del Derecho, que siempre que distinguiendo dos casos, ó dos cosas, se afirma algo de la vna, es lo mismo que negarlo de la otra, como consta de ambos Derechos, cap. Nonne. de præsum. con su Glossa. *Quod de uno affirmatur, de alio negatur.* Y l. Maritus. C. de procur. y l. Cum lex. ff. de legib. y l. Cum ita. ff. de condit. & de monf. dispone la ley del Reyno, que quando el comissario a quien se dió poder para testar, no hizo el testamento, vengan los bienes a los herederos abintestato. Y luego determina, que si estos no son descendientes, ó ascendientes legitimos, deben gastar todo el quinto en favor del alma del difunto. Siguefe por legitima consecuencia, que si son descendientes, ó ascendientes legitimos, no deben gastar todo el quinto en favor del alma del difunto, ni a tal cosa les obligan las leyes del Reyno; sino que obligando expresamente a los que no son descendientes, ni ascendientes legitimos, claramente dexó libres desta obligacion a los descendientes, y ascendientes legitimos.

125. Demas de estos dos casos distinguen las leyes del Reyno otro tercero caso, que es el proprio de que aora hablamos de quando muere alguno abintestato sin hazer testamento, ni dar poder, porque el que dá poder para testar, no muere abintestato, y el Derecho le reputa como si huviera hecho testamento, cap. Cum tibi. de testam. *Qui ex tremam voluntatem committit, non videtur de cedere intestatus.* Del que muere absolutamente sin testar tratan las leyes del Reyno, part. 6. tit. 1. 3. desde la ley 3. hasta la 6. y en la dicha 1. 3. dize assi: *Muriendo el padre, ó el abuelo sin testamento, ó alguno de los otros, que suben por la línea derecha, el hijo, ó el nieto ganan, y heredan todos los bienes del finado.* Notefe, que dize la ley, que heredan todos los bienes del finado, y no pone obligacion de gastar el quinto por bien del alma del finado,

como la ley referida arriba en el otro caso. En la ley 4. dispone, que si el hijo muere sin testamento, y no dexó hijos, ni nietos, hereden su padre, y madre todos sus bienes: y en la 5. dispone, que si el que muere abintestato no tiene descendientes, ni ascendientes legitimos, que si tiene hermano, ó hermana, ó sobrinos, hijos de hermano, ó hermana, estos hereden sus bienes: esta es cuestion de texto de las leyes del Reyno. Halláse leyes expresas, que dizen, que muriendo alguno abintestato, ganan, y heredan todos sus bienes sus descendientes, y a falta de descendientes, los heredan sus ascendientes legitimos, y a falta de estos heredan los hermanos, y sobrinos: y no ponen dichas leyes limitacion alguna, ni distinguen de quinto, ni lo exceptuan; antes dizen, que hereden los sobredichos todos los bienes del que murió abintestato, y diziendo todos los bienes, no excluye parte alguna, sino las incluye todas. l. In toto. ff. de reg. iur. *In toto, & pars continetur.* A esto se ha de estar, que lo hereden todo, y solamente estén obligados a gastar de los bienes del difunto lo que fuere necesario, y conveniente para el entierro, funeral, y honras segun su calidad, y lo que se acostumbra en la tierra hazer en los entierros, y funerales de personas de su porté; ni se puede responder, que estas leyes estén reuocadas por las de la Nueva Recopilacion, porque no ay ley alguna en la Nueva Recopilacion, que se oponga a estas en quanto a este punto, de que muriendo alguno abintestato, le hereden todos sus bienes sin obligacion de gastar todo el quinto por el alma del difunto, porque las leyes de la Nueva Recopilacion hablan en diferente caso, de quando el difunto dexó poder para testar, y el poderatario no hizo el testamento, y no trata cosa alguna alli de la herencia del que totalmente murió abintestato, suponiendo que esto estaua ya determinado por las leyes referidas de las Partidas; y se ha de advertir, que toda reuocacion de leyes es muy odiosa, y nunca se presume si no consta muy claro, siempre se ha de procurar concordar vnas leyes con otras, l. Precipimus. C. de appellat. in fine. *Quidquid h. ac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes relictum intelligant.* Y es comun sentencia de los Doctores, veanse a Gutier. lib. 3. pract. q. 15. n. 34. y Sanchez. lib. 1. Math. disp. 17. n. 6. Demas desto en las leyes de la Nueva Recopilacion, con bastante claridad se halla determinado, que los herederos abintestato no tienen obligacion de gastar todo el quinto en hazer

hazer bien por el alma del difunto. Primeramente, lib. 5. tit. 8. l. 1. dize expresamente: *Los ascendientes legitimos sucedan ex testamento, y abintestato a sus descendientes, y le sean legitimos herederos; como lo son los descendientes a ellos en todos sus bienes, en caso, que los dichos descendientes no tengan hijos, ó descendientes: pero bien permitimos, que no embargante, que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hazer qualquiera ultima voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisiessen.*

126. Adviertase, que dize, que ex testamento, y abintestato heredan los ascendientes todos los bienes de sus descendientes, como tambien los descendientes heredan todos los bienes de sus ascendientes. Esta determinacion es absoluta, y luego pone vna permission, dando facultad a los descendientes para que puedan disponer de la tercera parte de sus bienes: de fuerte, que si no disponen de ellos, todos pertenecen a dichos herederos, y si quieren disponer de algunos, solamente pueden los descendientes disponer de la tercera parte; si tienen ascendientes, de la misma fuerte, que los ascendientes pueden disponer de la quinta parte, si tienen descendientes: mas clara se vé esta disposicion, lib. 1. Nouæ Recop. tit. 9. l. 3. dize alli: *Que ay algunas personas, que quando muere alguno sin testamento pidén, y demandan a sus herederos el quinto de sus bienes, diziendo, que les pertenece conforme a sus privilegios, ó costumbre, y sobre ello les fatigan, no embargante, que alegan, que los tales difuntos dexaron herederos: por ende mandamos, que si las tales personas, que assi murieren sin hazer testamento, dexan hijos, ó parientes dentro del quarto grado, que de derecho puedan, y deban heredar sus bienes, que no se les pida, ni demande, ni a ellos, ni a los testamentarios de los tales difuntos cosa alguna, por causa de aver muerto abintestato, pues segun Derecho, y leyes de nuestros Reynos, no se les puede llevar cosa alguna, dexando los tales herederos.* Aqui con toda claridad dize la ley del Reyno, que por aver muerto alguno abintestato, si dexó herederos dentro del quarto grado, no les puedan pedir el quinto a los herederos, ni fatiguen sobre esto a los herederos, ni a sus testamentarios, y segun Derecho, y leyes del Reyno, no se les puede pedir cosa alguna por aver muerto sin hazer testamento: por lo qual tengo por cosa certissima, que el Juez, ó Prelado Ecclesiastico, que pidiere a los herederos el quinto de la hacienda del que murió abintestato, para disponer del en obras pias, va contra las leyes del Reyno ex-

presamente, y pide contra justicia, queriendo despojar a los herederos contra su voluntad, de la parte del quinto que les pertenece por derecho del Reyno despues de cumplido el funeral necesario, y conveniente, segun la calidad, y parte del difunto. De fuerte, que segun tres disposiciones de las leyes del Reyno se debe proceder, que con la primera, si el difunto no hizo testamento, ni dió poder, no están los herederos obligados a gastar todo el quinto en funeral, y obras pias, sino solamente lo que pareciere conveniente, segun la calidad del difunto, y costumbre de la tierra: y esta disposicion tiene lugar de qualquiera calidad que sean los herederos abintestato, que sean ascendientes, ó descendientes, ó colaterales, como primos, sobrinos, ó tios. Segunda, si dió poder, y el poderatario no hizo testamento al tiempo que lo debia hazer, y el difunto dexó descendientes, ó ascendientes legitimos: estos herederos no están obligados a gastar todo el quinto, sino lo que fuere conveniente. La tercera, en este caso que el difunto dexó poder, y no se hizo testamento en virtud del, si no dexó descendientes, ni ascendientes legitimos, sino que le han de heredar parientes tranversales, como hermanos, ó tios, ó sobrinos; estos están obligados a gastar todo el quinto en bien del alma, como son, Misas, limosnas, y obras pias. Vease a Greg. Lopez, part. 6. tit. 1. 3. l. 7. verb. Fijos. donde assienta por cosa cierta, que quando se succede abintestato, los hijos heredan todos los bienes.

127. Y el intento del señor Doctor D.N. en el docto parecer, que vna me remitió, no es contra esto, pues la resolucion, y respuesta que dá a la primera pregunta, dize en esta forma: *En el caso presente, no obsta el que dexasse herederos legitimos el difunto, para que del quinto de sus bienes se haga bien por su alma, distribuyendose en Misas, limosnas, y obras pias, lo que se juzgare conveniente, atendiendo a la calidad, y caudal del difunto; y demás circunstancias debidas, que en semejantes casos deben atenderse.* Todo esto es tanta verdad, que ninguno la puede negar, ni probar lo contrario. Notefe, que no afirma, que se ha de obligar a los herederos a gastar en limosnas, Misas, y obras pias, toda la quinta parte de la hacienda: no dize tal cosa, sino que del quinto de sus bienes se haga bien por su alma; y se hagan obras pias segun se juzgare conveniente, segun la calidad, y caudal del difunto, y las demás circunstancias; y esto prueban las leyes, y razones, que trae el señor Doctor, y los Autores que cita, y cuyas palabras refiere: no dizen, que todo el quinto se

se aya de gastar en hazer bien por el alma del difunto, sino solamente dizen, que ay obligacion de hazer bien por el alma del difunto, que murió sin testar, del quinto de sus bienes, conforme la calidad, y caudal del difunto. Estas ultimas palabras limitan muchissimo, y no quieren dezir, que absolutamente se gaste todo el quinto, sino que se gaste conforme fuere necesario a la calidad del difunto, como solemos dezir *etiops est albus secundum dentes*, se limita, y estrecha la significacion de *albus*, para que no se entienda convenir al todo, sino a la parte que especifica: de la misma fuerte quando dizen los Autores, que del quinto del que murió sin testar, se haga bien por su alma, limosnas, y obras pias, según su calidad, y caudal, no quieren dezir, que se gaste todo el quinto, sino aquella parte que fuere conveniente según el caudal, y calidad; porque si el intento fuera, que se gastase en obras pias todo el quinto, seria superfluo añadir según la calidad, y caudal, y otras circunstancias, si en todo acontecimiento se huviera de gastar todo el quinto: por lo qual si muriese abintestato vn hombre, que tuviese cien mil pesos de caudal, no cumplirian sus herederos en hazer vn entierro lucido, y honras costosas, y hazerle dezir docientas Missas, que es lo que ordinariamente se haze por difuntos, que dexaron muy mediano caudal, sino que seria obligacion que pareciesen algunas obras pias, limosnas a pobres, y casar huérfanas; pero no sería obligacion gastar en estas cosas veinte mil pesos, que es el quinto.

128. A la segunda dificultad respondí, que es cosa certissima, que al Prelado, y Juez Eclesiastico pertenecen por Derecho Canonico las causas de legados pios, y obras pias, como a Juez, para que las haga cumplir; pero de ninguna fuerte puede despojar a los herederos, y testamentarios del derecho, que tienen a distribuir las limosnas, y aplicar las obras pias, sin costarle primero juridicamente, que son negligentes, ó no fieles en la execucion, y sería cosa muy odiosa, mal vista, y contra Derecho, si antes de delinquir los herederos en la demasiada tardanza, ó malbaratando los bienes del difunto, les quitara el Juez Eclesiastico el derecho sobredicho; y esto prueban todos los capitulos del Derecho, que se alegan en dicho parecer. Primeramente el caso de el cap. Nos quidem. de testam. es, que vn difunto en su testamento mandó fundar vn Monasterio: la heredera iba difiriendo el empezar la obra, y la Santidad de Gregorio IX. manda al Juez Eclesiastico, que amoneste a la heredera, para q̄ den-

tro de vn año proximo dē principio al edificio, y q̄ si pasado este tiempo no estuviere empezada la obra, la ponga en execucion el Juez Eclesiastico. *Si infra predictum tempus implere neglexerint, tunc per te adificetur.* Y al fin del cap. dá la razon con estas palabras: *Sic enim secundum piissimas leges, dilatas defunctorum pias voluntates Episcopali decens est studio adimpleri.* Porque es conveniente, que quando los Albaceas, ó herederos se tardan demasiado en cumplir las ultimas voluntades pias de los difuntos, que las cumplan los Obispos.

129. Todo esto no prueba, que el Obispo, ó Juez Eclesiastico pueda quitarle a los herederos, ó Albaceas el derecho de distribuir las limosnas, y hazer las obras pias q̄ mandó el testador, ó del quinto del difunto abintestato, sino antes prueba lo contrario, de q̄ a los herederos, ó Albaceas pertenece executar la voluntad del difunto en las obras pias, ó no pias, q̄ dexó ordenadas, ó las que se huvieren de hazer por el difunto abintestato, y que constando al Obispo, que los herederos, ó Albaceas se descuydan, les debe amonestar, que lo hagan sin dilacion, y si vé que no aprouecha su amonestacion, en tal caso podrá proceder justamente contra ellos, cumpliendo por su persona, ó por otras, que para esto eligiere, las obras pias, que se debieren hazer por el alma del difunto. En el cap. Tua nobis. se refiere, que algunos Albaceas gastaban en otras cosas los bienes, y dineros que les avian dexado los difuntos para obras pias, y manda allí su Santidad al Obispo, que los amoneste, y si esto no bastare los compela; y obligue a que cumplan en todo la voluntad del testador. *Mandamus quatenus executores testamentorum huiusmodi, ut bona ipsa fideliter, & plenarie in usus predictos expendant, monitione praemissa compellas.* En este capitulo, siendo assi, que los bienes que dexaron los difuntos para obras pias, los gastaban los Albaceas en otras cosas, no dispone el Derecho, que el Obispo cumpla, ó aplique las obras pias, ni distribuya las limosnas, sino que amoneste a los Albaceas, y los compela a cumplir la voluntad del difunto: esto es lo que dispone el Derecho Canon. y el Conc. de Trento, Ses. 22. cap. 8. solamente dispone, que el Obispo sea executor de las ultimas voluntades en los casos que le concede el Derecho, que son, quando los Albaceas, ó herederos, ó tenedores de bienes malbaratan, ó disponen los bienes del difunto, ó son negligentes en cumplir las obras pias. Lo mismo dissipan las leyes del Reyno, par. 6. tit. 10. l. 7. que claramente explican como el Obis-

Obispo, y Juez Eclesiastico es en esta causa Juez legitimo, no parte, ni executor, y pone el modo, y practica que se ha de tener, con estas palabras: *Apremiuntur p̄ceden los Obispos a los testamentarios, que cumplan los testamentos, si ellos fueren negligentes, que no los quieran cumplir, ó que andan maliciosamente en ellos: è si los testamentarios no quisieren cumplir la manda del difunto, los Obispos la puedan fazer cumplir si quisieren, ó dar otros buenos Albaceas que la cumplan: esto mismo seria si alguno no dexasse testamentarios, que el Obispo en cuyo Obispado acudiesse, debelo fazer cumplir, si el heredero del muerto no lo quisiere fazer.* Con toda claridad explica, que a los Albaceas, ó testamentarios pertenece cumplir las obras pias que dispuso el difunto, y a falta de Albaceas, los herederos, y que a estos compela el Obispo para la execucion, y si no bastaren amonestaciones, dize, que el Obispo ponga otros Albaceas; y lib. 5. de la Nueva Recop. tit. 4. l. 10. que es la 36. de Toro, aunque esta ley dispone, que en caso de negligencia de los herederos, las justicias legas les compelan, y qualquiera del pueblo sea parte para poder poner la demanda. Y el intento del parecer del señor Doctor D. N. es este, de que en estos casos en que no cumplen su obligacion los Albaceas, y en caso que no ay Albaceas, por aver muerto abintestato, los herederos, y en caso que los herederos son niños, incapazes de ser executores, y los tenedores de bienes nombrados por la justicia no cumplen su obligacion, pertenece al Juez Eclesiastico compelerlos, y en caso necesario ser el executor, y esto prueban los textos, que en dicho parecer se alegan, y en estos casos hablan los Autores que allí cita, y no puede ser contra esto la practica de España, porque en España se guardan en todos los Juzgados el Derecho Canonico, y leyes del Reyno.

## CONSULTA XXIII.

*Si los bienes de vno, que viuiendo su primera muger se casó con otra, los ayan de heredar los hijos de ambos igualmente? y como entre las dos mugeres se repartirán los gananciales?*

## PROPUESTA.

VN Indio destas Islas se casó *in facie Ecclesie*, y teniendo vna hija en su legitima muger, se ausentó de ella, y fue a otro pueblo muy distante, dió a entender, que era soltero, y casóse: perseveró en este casamien-

to algunos años, y tuvo quatro hijos. En este tiempo heredó mucha hacienda de vn tio suyo, y con ella grangeó, y aumentó su caudal, y murió quedando viuas ambas mugeres. Llegarólo a saber los parientes de la primera muger, y vno de ellos algo poderoso por vn oficio que exerce, se echó sobre toda la hacienda del dicho difunto, diciendo, que era todo de la hija de la primera muger, que ella sola es legitima heredera; porque los quatro hijos avidos en la segunda, son realmente espurios, y adulterinos. Finalmente se han determinado ambas partes en no ponerse en litigio, sino pasar por lo que aqui se arbitrare; y preguntados, si quando el sobredicho contraxo el matrimonio con la primera muger, tenia ella, ó el algun caudal, y de la misma fuerte quando se ausentó, y si lleuó alguna hacienda consigo, y si quando contraxo con la segunda muger tenian él, ó ella algun caudal? Responden, que quando contraxo con la primera muger eran ambos pobres sin caudal alguno, y quando se ausentó, ni lleuó, ni dexó cosa de importancia: al segundo matrimonio lleuó la muger algun caudal, y él nada.

## PARECER CCLXI.

130. **R**espondo, que primeramente se saque todo lo que constare que lleuó la segunda muger quando se casó, y se le entregue a ella, que es suyo: assi lo disponen las leyes del Reyno en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 9. l. 1. y 4. Luego se ha de ver todo lo que heredó de su tio, ó de otros qualquiera parientes, y se ha de distinguir de lo que viuiendo con la segunda muger se ha aumentado el caudal; porque diferente-mente se ha de partir lo vno que lo otro. Lo que heredó (despues de sacar de ello los gastos del funeral, porque como despues se dirá, no tiene otra hacienda suya de que sacarlos, sino la que heredó) se ha de repartir igualmente entre los cinco hijos, que tiene en ambas mugeres, dividiendo toda la herencia en cinco partes iguales. La razon es, porque los quatro hijos, que tuvo en la segunda muger, son tambien legitimos por la buena fé de la madre, y no haze contra esto lo que dizen aver divulgado algunos que sean legitimos por la buena fé de la madre, quanto a no incurrir la irregularidad de ilegítimos, pero no en lo que dize daño de tercero: y assi estos hijos, que realmente no son legitimos, no pueden disminuir la herencia de la que es verdadera hija legitima; porque se responde a esto, que los quatro hijos avidos en

en la segunda muger, viuiendo la primera, son real y verdaderamente legitimos, no solamente en orden a no ser irregulares, sino para la herencia; y así consta del Derecho, cap. *Ex tenore, qui filij sunt legitimi*. Refiere en este cap. que a vn hombre llamado Raymundo, le oponian para quitarle la herencia de su padre, que era ilegítimo, y adulterino; porque su padre siendo casado *in facie Ecclesie*, y viuiendo su primera muger, se avia casado segunda vez *in facie Ecclesie*, tambien con la madre de dicho Raymundo, y configuientemente como no avido en matrimonio legitimo, sino en adulterio, no era capaz de heredar a su padre: y respondió la Santidad de Innocencio III. que por quanto la madre de dicho Raymundo se casó con buena fé *in facie Ecclesie*, ignorante de que aquel hombre con quien se casaba estuviéssse casado con otra, y durante la dicha buena fé, huvo al dicho Raymundo, debe ser tenido en todo por legitimo. *Intelligentes, quod pater prædicti. R. matrem ipsius in facie Ecclesie ignorantem, quod ipse aliam sibi matrimonialiter copulasset, duxerit in uxorem, & dum ipsa coniux ipsius legitima putaretur, dictum R. suscepit ex eadem. In fauorem prolis potius declinamus, memoratum R. legitimum reputantes.* Y allí dize la Glossa: *Ex hoc patet, quod sufficit bona fides alterius parentis ut filij dicantur legitimi.* De fuerte, que aunque el padre se case con mala fé, y con mala conciencia, sabiendo que viue su primera muger, si la madre se casa con buena fé, declara la Sede Apostolica a los hijos por legitimos, y herederos, aunque sea con detrimento de los que a falta de ellos avian de heredar.

131. Lo mismo se colige del cap. *Cum inter. del mismo tit.* refierese allí, q̄ aviendose casado dos *in facie Ecclesie* sin contradiccion alguna, despues de algunos años que ya tenían hijos, se descubrió, que eran parientes consanguineos en grados prohibidos, y configuientemente el matrimonio era nulo: fueron apartados por sentençia de la Iglesia, y los hijos que hasta entonces avian tenido, fueron declarados por legitimos. *Filij eorum non debent exinde sustinere iacturam, cum parentes eorum publice, & sine contradictione Ecclesie, inter se contraxisse noscuntur. Ideo que sancimus ut filij eorum, qui concepti fuerant ante latam sententiam, non minus habeantur legitimi, & quod in bona paterna hereditario iure succedant.* Y cap. *Referete.* del mismo tit. declara la Sede Apostolica por no legitimos, y por incapazes de la herencia paterna a los hijos avidos en vn matrimonio nulo, porque ambos, marido, y muger, sabian el impedi-

mento, y nulidad de su matrimonio. *Quod publica honestatis iustitia prohibente matrimonium inter eos contrahi non potuit, & contractum debuit separari, ac per hoc cum filij, nec per paternam ignorantiam excusentur, ad successionem bonorum paternorum non videntur aliquatenus admittendi.* Y allí la Glossa propone el caso en esta forma: *Querebatur an essent legitimi? & R. quod non, quia publica honestatis iustitia impediende non potuit esse matrimonium inter eos, nec ignorantia excusat eos, quia parentes scienter contraxerunt.* Y mas abaxo, verb. *Ignorantia*, dize así: *Paterna enim ignorantia utriusque vel alterius tantum excusat filios, siue legitimos eos.* Y así es cosa certísima, è indubitable, que segun Derecho son legitimos los hijos avidos en matrimonio nulo, quando los contrayentes, ò el vno de ellos contraxo con buena fé: no obstante, que siempre que succede caso semejante, se quita la herencia a otros, que la avian de heredar, si estos no fuéssen legitimos herederos.

132. De lo que durante el matrimonio se ha multiplicado, se han de pagar las deudas, si durante el matrimonio avia contraído algunas; porque lo que debian durante el matrimonio, no puede pertenecer a bienes gananciales, porque no es hacienda del marido, ni de la muger, sino de los acreedores, l. *Subsignatum. ff. de verb. signif. Bona intelliguntur cuiusque, que de ducto are alieno super sunt.* Lo restante despues de pagadas las deudas, se ha de repartir entre ambas mugeres, sin tocarle cosa alguna al difunto. La razon desto es, porque a la primera muger por las leyes del Reyno le pertenece la mitad de los bienes gananciales, aunque los gane el marido: así consta en el lib. 5. de la Nueva Recop. tit. 9. desde la l. 1. hasta la 6. y aunque la ley 2. requiere, para que la muger lleue la mitad de los gananciales, que cohabitaren juntos marido, y muger, no obsta, porque no aviendo faltado por parte de la muger la cohabitacion maridable, sino que el marido con agravio, y desamparo de la muger se ausentó, no debe la muger perder la mitad de los gananciales por culpa del marido: así consta del Derecho de reg. iur. in 6. reg. 41. *Imputari non debet ei per quem non stat, si non faciat, quod per eum fuerat faciendum.* A la segunda muger se debe la otra mitad, porque por su buena fé con que se casó, se reputa por legitima por la misma razon, porque el Derecho da a los hijos por legitimos; y así lo afirman Covarrubias in *Epit. p. 2. cap. 7. §. 1. n. 7.* Antonio Gomez, l. 50. de Toro. n. 77. y Molina de iust. tract. 2. disp.

disp. 433. al fin, los quales dizen, que es sentençia comun de los Doctores, que casándose la muger con buena fé, aunque el matrimonio sea nulo, gana la mitad de los gananciales. Constando ya que a cada vna de las dos mugeres le toca la mitad de los gananciales, y que el hombre engañando a la segunda, y agraviando a la primera, le impide injustamente a la vna las ganancias, que le debian pertenecer: de aqui se sigue, que tiene obligacion de satisfacer con los que a él le pertenecian, conforme a derecho natural, y positivo, cap. *Si culpa tua. de iniur. & damno dato.* y porque los Derechos siempre favorecen a los que son engañados contra los engañadores, cap. *Cum viuuerforum. de rerum permut. Cum deceptis, & non decipientibus iura subueniant.* Y en quitar al Padre ya difunto estos gananciales, no se haze agravio a la herencia, y legitima de los hijos, porque esta es deuda legitima, que debe a sus dos mugeres, y la hacienda que el padre debe, no la heredan los hijos, sino los acreedores la lleuan como suya.

## CONSULTA XXIV.

Sobre si entre los Indios los tios sean herederos forçosos, de tal suerte, que si vn Indio dexasse por heredero de su hacienda a vn extraño, deba este tal partir la herencia con los tios del difunto?

## PROVVESTA.

VN Indio Principal, natural del pueblo de Nanyuan, llamado D. Felipe, casó con otra Principal, llamada D. Thomasina; y aunque durante el matrimonio tuvieron hijos, murieron todos, quedando viuos el dicho Principal, y su muger. Llegósele al Principal la hora de su muerte, y hizo testamento, en que dexó a su muger por vnica heredera de todos sus bienes; y aunque su muger le llegó a advertir, que mirasse si tenia parientes, y si les queria dexar alguna cosa, se ratificó en su testamento, diciendo, que su muger avia de ser vnica heredera.

Muerto ya el dicho D. Felipe, salieron dos tios suyos, primos hermanos de su padre, pidiendo parte de la herencia. Preguntase al padre M. Fr. Juan de Paz, si la dicha D. Thomasina tiene obligacion de partir con ellos la herencia, y quanto le debiera dar?

## PARECER CCLXII.

133. R. Responde, que segun Derecho comun, y del Reyno, la Princi-

pala, muger que fue del difunto, no tiene obligacion de partir la herencia con los tios del difunto, ni a darles cosa alguna, sino que puede quedar se con todo, de la fuerte que se contiene en el testamento. Consta de la Instituta. de inofficioso testamento, in principio, vers. *Soror autem.* y l. *Fratres.* C. del mismo tit. y en las leyes del Reyno, l. 2. tit. 8. part. 6. donde se determina, que los hermanos no son herederos forçosos, ni otros qualesquiera parientes mas remotos, sino solamente los descendientes, y a falta de estos los ascendientes. Consta tambien de la ley *Extraneum.* C. de heredibus instit. y en las leyes del Reyno, l. 12. tit. 6. part. 6. y mas expresá la l. 2. tit. 7. part. 6. con estas palabras: *En todos los otros parientes, que son en la linea de traveso, maguer que los unos pueden heredar a los otros, seyendo los mas propincos, si non ouieren hijos, en muriendo sin testamento: con todo esto, qualquier que haga testamento puede desheredar en el a los otros, si quisiere, tambien a sin razon, como con razon, e puede a otro extraño establecer por su heredero, è heredera todos sus bienes, maguer non quieran estos parientes a tales, è aunque el testador non fiziesse mencion dellos en su testamento,* donde claramente se determina, que el testador, que no tiene herederos forçosos puede dexar por heredero a qualquiera extraño, dexando sin herencia a todos los parientes transversales, aunque sean hermanos, tios, ò sobrinos, y para disponer así su testamento, no ha menester dar causa, ni razon, sino solamente por ser así su voluntad: ni es necesario, que expresamente diga en el testamento, que los deshereda, sino basta que no los nombre, ò no los dexé por herederos, para que no hereden cosa alguna, ni puedan pedir parte de la hacienda.

134. En lo que podia aver alguna dificultad, es, si por costumbre antigua de los Indios, se debe a los dos tios referidos alguna parte de la herencia, lo vno porque la costumbre tiene fuerza de ley, como se determina l. fin. C. de testam. y l. 1. §. fin. ff. de aqua pluvia. y Glossa 2. in l. 3. ff. quod cuiusque vniuersitatis. y Glossa fin. in l. fin. C. de recept. arbit. y vence a la misma ley de tal fuerte, que si fuere costumbre general, vence generalmente a toda la ley; y si fuere costumbre especial de alguna nacion, ò Prouincia, vence a la ley, especialmente en aquella nacion, ò Prouincia, como dize la Glossa *Sepeliri*, in l. 3. §. *Diuis.* ff. sepulch. violat. Lo otro, porque está determinado por Cédulas Reales, que a los Indios se les guardan sus costumbres antiguas, que no fueren contra derecho natural, y que por ellas sean gouernados,



nados, especialmente en vna Cedula despachada por nuestro Rey Felipe II. a 6. de Agosto de 1555. hablando con los Indios del Perú, dize así: *Aprobamos vuestras buenas costumbres, que antiguamente entre vosotros aveis tenido, y teneis para vuestro buen regimen, y policía. Y mas abaxo dize: Nos podemos añadir lo que fuere servido, no perjudicando a las buenas costumbres vuestras.* Por lo qual si entre los Indios huviesse prevalecido esta costumbre de que no aviendo descendientes, ni ascendientes por linea recta, fuesen herederos forçosos los hermanos, ò primos, sobrinos, ò tios, y los demás parientes transversales deberán heredar, y no estará en la voluntad del testador excluirlos totalmente de la herencia, sino que estará obligado a dexarles la parte, que por costumbre estuviere asentado debérteles.

135. No obstante esto se responde, que ni por costumbre de los Indios se debe cosa alguna de la herencia a los parientes referidos del difunto, y así con buena, y segura conciencia puede dicha D. Thomasina quedarle con todos los bienes, que quedaron por muerte de D. Felipe. La razon es, por que el dicho D. Felipe, como dueño absoluto de sus bienes, pudo disponer de ellos en su muger D. Thomasina, y esto es muy conforme al derecho natural, como consta de la Instituta de rerum diuisione. § Per traditionem. Y l. Que ratione ff. de adquirendo rer. domin. *Nihil est tam conueniens naturali equitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.* Y para priuar a D. Felipe deste derecho de poder disponer de sus bienes, y dexarlos a quien quisiere, y para privar a D. Thomasina del dominio de los bienes, que por testamento le dexó D. Felipe, era necesario, que con toda claridad, y certeza constase, que entre los Indios ay costumbre ya introducida, y prescripta de que no pueden disponer de sus bienes, sin dexar toda la herencia, ò parte della a los parientes transversales, a falta de descendientes, ò ascendientes por linea recta: de fuerte, que en caso que el testador no tenga ascendientes, ni descendientes, fuesen herederos forçosos los parientes transversales. Esta costumbre era necesario que con claridad, y certeza constase, como dize el Derecho, l. 1. C. quæ sit longa consuetudo. Y allí la Glossa 2. dize de la costumbre: *Est quid facti, & ius non scriptum, quod pendet ex facto, & ideo est necesse probari.* Por lo qual no constando, ni probandose, no se cree que aya semejante costumbre, y comunmente los Doctores afirman, que para que la costumbre se tenga por prescripta, y obligatoria, es necesario que conste con toda certeza. Villalob. l. p. tract. 1. dif. 2. l. n. 4. y tract. 24. n. 7. Suarez, de legibus, lib. 7. cap. 15. n. 13. Sanchez, de matrim. lib. 2. disp. 41. n. 36. Bonac. disp. 1. q. 1. punct. vlt. Henriquez, lib. 8. de Euchar. cap. 45. Rebell. p. 2. lib. 1. de contract. resolut. 14. Castro. Palao, tract. 3. de consuet. disp. 3. punct. 2. §. 3. Trullench, in exposit. Crue. lib. 1. §. 4. dub. 3. Diana, 6. p. tract. 5. resolut. 12.

136. En el caso presente no ay, ni consta que aya costumbre de que a falta de descendientes, y ascendientes por linea recta, sean herederos forçosos los parientes transversales; ni que aya obligacion de dexarles cosa alguna por testamento: la costumbre que ay es solamente, que muriendo sin testar, ni disponer sus cosas ( que fue siempre lo mas ordinario entre los Indios ) heredan los parientes mas cercanos, aunque sean transversales, faltando los de linea recta. Pero si el Indio antes de morir dispone de sus bienes, y no teniendo parientes por linea recta, dexa sus bienes a otros estraños, sin dexar cosa alguna a los parientes transversales, vale la disposicion, y se executa como el testador lo dispuso, aunque fuele aver quejas, y lo gruñen, y murmuran los parientes transversales, especialmente si son muy cercanos, como hermanos, ò primos hermanos, ò tios, hermanos de su padre, ò de su madre: y estas quejas, y sentimientos, que quedan en los parientes a quienes el testador no dexó cosa alguna, dexandò toda la herencia a estraños, no dan derecho alguno a los Indios parientes para pretènder que se les debe dar algo de la herencia; como tampoco lo dan los Españoles, entre los quales corren las mismas quejas, y sentimientos: por lo qual Matienço, in lib. 5. Recop. legum Hisp. tit. 4. l. 1. Glossa 1. n. 7. dize, que aunque es muy conforme a las leyes, y muy justo, que el testador por sola su voluntad disponga de sus bienes, constituyendo herederos a los estraños, excluyendo de la herencia a los parientes transversales; pero que respecto de los consanguineos, a quienes tocaba la herencia, si huviesse muerto sin testar, no se llama justa la dicha disposicion, y refiere vnas palabras de Aleiato, y otros, que dizen: *Los testadores llevados de alguna passion dexan por sus herederos a los estraños, y excluyen a sus parientes transversales; y aunque es verdad, que licita, y validamente, y con segura conciencia lo pueden hazer así, seria mas conforme a razon, y a las leyes, que dexassen la herencia a sus parientes, y yo siempre lo he aconsejado así, especialmente quan-*

quando los parientes son muy cercanos, como hasta el segundo grado, y aunque esten mas remotos, si son pobres, y si a las personas estrañas a quienes quieren dexar por herederos no tienen tales obligaciones, que vengan al parentesco, y consanguinidad, que ay por la otra parte, ò quando la obra a que dexan su hacienda, no es causa tan pia, y necesaria, que obligue a anteponerla al parentesco, que todas estas circunstancias se han de atender, para que la disposicion del testador sea mas ajustada, y no pueda aver quejas contra ella. Pero si el testador quiere dexar por herederos a estraños, aunque no tenga mas causa, que ser así su voluntad, y excluye de la herencia a los parientes transversales, aunque sean sus hermanos, y pobres, lo puede hazer licita, y validamente, aunque se quejen sus parientes.

137. Esto mismo, que corre entre los Españoles, corre tambien entre los Indios, que en esta parte no tienen costumbre especial: quejante, y hazen sentimiento de que el testador quiso dexar por herederos de su hacienda mas a los estraños, que a ellos, que eran parientes. Y en el caso presente, ni aun está queja pueden tener con razon, porque los dichos parientes ( que son solamente primos de su padre ) son ya remotos, y la persona a quien dexa por heredera no es totalmente estraño, porque era su legitima muger, con quien estuvo casado muchos años, y tuvo en ella hijos, y reconoceria en ella fidelidad, amor, y obligacion, que vencen a vn parentesco remoto: por lo qual la dicha Doña Thomasina puede licitamente quedarle con todos los bienes, que le dexó su marido, y no está obligado a dar parte dellos a los dichos parientes de su marido.

## CONSULTA XXV.

*Sobre si el hijo adoptivo, que adoptan los Indios a su modo, sea heredero abintestato, teniendo el adoptante hermanos? Y en caso que sea heredero abintestato, si lo es de toda la hacienda, ò de alguna parte de ella no mas?*

## PROVESTA.

Vna India Principal tenia cinco hijos, destes le pidió vno para prohiarlo vna hermana suya casada. Esta hermana murió sin testar, ni declarar cosa alguna, despues de aver tenido en su poder algunos años a la hija de su hermana. La hacienda de la difunta dividida en cinco partes, se repartió con intervencion del marido viudo deste modo. Las dos partes se entregaron a la niña prohi-

jada, y las otras dos partes a la hermana de la difunta, y la otra parte que resta, la aplicaron a todos los quatro hijos de la dicha hermana, llamada Dalifay, la qual se halla muy enferma, y queriendo hazer testamento, ya han inquietado, diziendole vnos, que está obligada a quitar de la herencia de la hija, que adoptó su hermana, para emparejarla con los otros quatro, de fuerte, que no faque con alguna de mas de la hacienda de su tia por la prohibicion. Otros al contrario la dizen, que debe repartir su hacienda entre todos cinco hijos, sin hazer mencion de lo que ya tiene recibido por razon de su prohibicion. Estos se fundan en que segun la costumbre de los Indios, a los prohiados les toca algo de la herencia de los bienes del que la adoptó. Aquellos niegan esta costumbre, y dizen, que la hermana heredó inmediatamente, y debió heredar toda la hacienda de su hermana abintestato, y los cinco hijos heredan igualmente de su madre.

## PARECER CC.LXI.

138. **R**espondese, que en este modo de prohibicion de los Indios, sin solemnidad de l Derecho, ni intervencion del Juez, que entre Españoles no seria bastante para heredar cosa alguna abintestato, se les debe guardar su costumbre, la qual no he podido averiguar con claridad con la mucha priessa con que se pide este parecer, por estar la enferma muy de peligro, y quiere hazer su testamento, y dexar a sus cinco hijos sin pleytos; y aunque he comunicado esto a dos personas Ministros antiguos de Indios, he hallado variedad, aunque ambos concordaron en que por razon de dicha adopcion siempre es costumbre dexar algo al adoptado, y en este caso con particular razon, porque la que adoptó, quando se casó la adoptada recibió el dote que dió el marido, que segun costumbre de los Indios, lo avia de recibir su madre, ò no estar adoptada. Digo, pues, que la enferma hará su testamento seguro, y cierto, sin peligro de errar, poniendo la clausula de herederos en esta forma: que toda la hacienda, que en dichas cinco partes heredaron de su hermana, se haga vn monton, y de ella se faque la parte, que segun la costumbre de los Indios de aquella Prouincia, fuele heredar la hija adoptiva en este modo de adopcion, y dicha parte se le entregue a su hija, que fue adoptada por su hermana: y todo lo restante, así la quinta parte, que recibieron los quatro hermanos, como las otras dos partes, que recibió Dalifay,

y si restare algo de las dos partes que recibió la prohibida, se ha de reputar la hacienda de Dalifay, porque ella es la que inmediatamente heredó a su hermana, y sus cinco hijos a ella, excepto la parte, que le toca a la adoptada por razon de la adopcion, y este monton se junte con la demás hacienda de Dalifay, y de ai salga el funeral, y obras pias, y legados, y lo demás se reparta entre todos cinco hijos por iguales partes. En esto no puede aver yerro, ni queja justa de ninguno de los herederos, porque se guarda toda equidad, y se dá a vna lo que le toca por su adopcion, y a todos lo que les pertenece por su herencia. Y para que no aya pleytos despues por razon de alguna duda, que puede aver sobre qual sea la costumbre de los Indios en esta parte, será bien, que en el testamento señale dos personas, ó vna de satisfacion, para que averiguen la costumbre de los Indios en esta parte, si estuviere dudosa, y que se pasle por lo que declararen: y para que mas firme sea, lo dá, y aplica por via de mejora, ó por la mejor via, que por derecho pueda.

## CONSULTA XXVI.

*Si un hijo adoptivo puede heredar aviendo un hijo legitimo?*

## PROPUESTA.

**D**ON Agustín, y D. Josepha su legitima muger (ambos son difuntos) durante su matrimonio tuvieron vna hija legitima, nombrada Martina Isabel, donzella, y estando enfermo dicho su padre ordenaba su testamento, y en la narracion de la cabeza del declarò tener dicha su hija con la dicha su muger, y que D. Andres Pasqual le avian criado como su hijo, por ser su sobrino carnal, al qual le diò de casar, dandole 100. pesos para su dote, y vn pedazo de tierra de labor, para que con sus frutos se pudiesse sustentar, que las posee al presente. Y aviendo puesto diferentes cláusulas en el dicho su testamento de limosnas, que mandaba, y declarado diferentes tierras de labor, y otros bienes que dexó, le apretó tanto su enfermedad, que no le dió lugar a poner cláusula de herederos, ni Albaceas, porque espirò, y murió sin acabar el dicho testamento.

Fallecido el susodicho, despues de algunos meses la dicha viuda diò de casar a la dicha su hija con vn mozo con 140. pesos de dote, los 100. pesos en reales, que recibió dicha viuda,

y los quarenta en tierras de labor, de cuyo matrimonio tuvieron vn hijo, nombrado Pedro Martín, y deste parto murió la madre, y al presente el dicho niño es de edad de cinco años, y está en poder de su abuelo paterno. Su abuela D. Josepha, fallecida su hija, se casó de segundo matrimonio, por cuya razon el dicho su yerno pidió contra ella ante los señores de la Real Audiencia le entregasse, como padre legitimo del dicho niño, todos los bienes, que pertenecieren de legitima herencia de su abuelo difunto. Y dichos Señores mandaron, que jurasse, y declarasse, si era verdad lo que contenia en su pedimento. Y la susodicha declaró juridicamente, que es verdad, que el dicho mozo contraxo matrimonio con la dicha su hija, y deste matrimonio huvo por hijo legitimo el dicho niño, que es su vnico nieto, y que está en poder del dicho su padre, en cuyo estado quedó assi sin proseguir dicha demanda, por aver ido a la Prouincia de Ylocos.

Y despues de dos años poco mas, ó menos de aver contraido segundo matrimonio la dicha D. Josepha falleció sin poder otorgar su testamento por la grauedad de su enfermedad, por cuya razon el abuelo paterno del niño Pedro Martín fue nombrado por la justicia por su tutor, el qual recogió todos los bienes, que parecieron ser del dicho niño.

Aora el dicho D. Andres Pasqual pretende heredar la mitad de los bienes, que quedaron por muerte de los dichos D. Agustín, y su muger, por la razon que refiere la cabeza del testamento del dicho su tio, sin averlo acabado, y que la otra mitad se le aplicasse a dicho nieto.

Preguntase si debe, ó no, heredar el susodicho la mitad de dichos bienes, aviendole ya dotado con dichos cien pesos quando se casó, y dadole vn pedazo de tierras de labor, para que con sus frutos pudiesse sustentarse, y le hizo Gobernador de los naturales de su pueblo, en que gastaria la dicha D. Josepha otros cien pesos?

## PARECER CC. LXIV.

**139. R**espondese, que para pedir por herencia D. Andres Pasqual parte de los bienes que fueron de D. Agustín, no tiene mas derecho, que el que preluen tener muchas personas destas Islas, que en haziendoles alguna obra de caridad, y limosna, juzgan que han adquirido derecho con justo titulo para pedir, que toda la vida les esté socorriendo en la forma que al principio, como si ha-

si hazerle aquel bien fuera imponer censo situado en finca firme, ó hipoteca, para que siempre esté obligado a pagarle aquel tributo: pues el dicho D. Andres, porque le criaron, y alimentaron como a hijo, y le casaron, y dotaron con cien pesos, y dieron tierras con que passar, sin otro titulo, ni fundamento quiere fundar derecho de heredar, y de tener parte en la hacienda de quien le hizo aquel bien. Para que con claridad conste, que D. Andres Pasqual no tiene justicia, ni titulo para pedir parte en dicha herencia, se ha de suponer, que el testamento que hizo D. Agustín fue valido quanto a la declaracion que hizo de que él, y su muger avian criado como a hijo a D. Andres Pasqual, aunque no aya puesto cláusula de herederos, y Albaceas, que no obstante esto vale la declaracion hecha. Assi consta de las leyes del Reyno en la Nueva Recopil. lib. 5. tit. 4. l. 1. donde se determina, que el testamento *vulgar* quanto a las mandas, y otras cosas, que en él se contienen, aunque el testador no aya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que segun derecho, ó costumbre de la tierra avia de heredar en caso que el testador no hiziera testamento, y cumplase el testamento. Segun esta ley del Reyno, la dicha declaracion vale, aviendola hecho el testador ante Escriuano, y testigos, aunque por averlele agruado la enfermedad no llegó a nombrar herederos, ni Albaceas, como tambien valen las mandas, y limosnas que dispuso: y quando no huviesse asistido Escriuano, ó por lo menos tres testigos vezinos del pueblo a falta del Escriuano, no sería dificultoso de probar, que dicho D. Andres Pasqual avia sido criado, y alimentado como hijo en casa de D. Agustín, y esta probança vale tanto como la dicha declaracion para el efecto que se pretende, y esta criança como es cosa publica, no se puede negar; pero por no aver nombrado el testador herederos, deben heredar los que son herederos abintestato. Assi consta expresamente de la ley referida arriba: de fuerte, que quanto a la herencia se han de aver como si D. Agustín huviera muerto sin hazer testamento, y ha de heredarle aquel a quien por derecho le toca heredarlo sin testamento; pero quanto a la dicha declaracion, y mandas vale el testamento.

**140.** Todo esto supuesto, que parece que es en favor de D. Andres Pasqual, se prueba la resolucion de arriba, de que dicho Don Andres no debe heredar cosa alguna de dichos bienes, con dos razones. La primera, porque dicho D. Andres no es realmente hijo adoptivo de D. Agustín. Dos formas de

adoptar ponen las leyes del Reyno, p. 3. tit. 18. l. 91. & 92. Por la primera, que se llama arrogacion, se constituye el adoptado debaxo de la patria potestad del que le adopta, y se haze su heredero por testamento, y abintestato. Assi consta del Derecho, inst. de hæredit. quæ abintestato, donde se determina, que son herederos de toda la hacienda, muriendo sin testar el que los adoptó, por arrogacion, y si haze testamento, le debe dexar la quarta parte de su hacienda, inst. de adoptionib. § Item non aliter. y l. Constitutione. ff. siquid in fraudem. y en las leyes del Reyno, p. 4. tit. 16. l. 8. Pero en esta forma de adopcion es necesario, que intervenga la autoridad del Rey, que les pregunte al que adopta, y al adoptado, si consienten en dicha adopcion. Assi lo determinan las leyes del Reyno, p. 3. tit. 18. l. 92. y part. 4. tit. 7. l. 7. y tit. 16. l. 1. y el Derecho comun, l. Arrogationes. C. de adopt. *Arrogationes eorum, qui sui iuris sunt, nec in regia urbe, nec in Prouincijs, nisi ex rescripto principali fieri possunt.* Y alli Baldo summa esta ley: *Arrogatio non potest fieri, sine Principis auctoritate, nec in urbe ubi Princeps residet, nec alibi.*

**141.** La segunda forma de adoptar, que se llama simple adopcion, se haze con autoridad de Juez legitimo de Prouincia: por esta adopcion no se constituye el adoptado debaxo de la patria potestad del que le adopta, ni es heredero forçoso por testamento, pero hereda al que le adoptó, si muere sin testar. Todo esto consta del Derecho, inst. de adopt. §. Adoptio. & §. Sed hodie. y l. Cum in adoptivis. C. de adopt. §. Sed ne. Y en las leyes del Reyno se dá expresamente la forma como se han de hazer las adopciones simples ante el Juez de la Prouincia, part. 3. tit. 18. l. 91. y part. 4. tit. 7. y l. Adoptio. C. de adopt. se determina assi: *Adoptio non tabulis licet per tabellionem conficiendis, sed solemniter iuris ordine apud præsidem solet copulari.* Y alli la Glossa: *Si scriptura interueniat, non propter hoc valet adoptio, nisi apud competentem iudicem fiat cum solemnitate.* Y Saliceto summa alli esta ley con estas palabras: *In adoptione publicum instrumentum non sufficit nisi auctoritas iudicis intercesserit.* Quanto a la herencia consta tambien del Derecho, que abintestato heredan todos los bienes los hijos adoptivos, pero por testamento no tiene obligacion el que le adoptó a dexarle cosa alguna. Assi consta del Derecho, inst. de adopt. §. Sed hodie & inst. de hæreditatib. quæ abintestato, §. Sed ea omnia. y en las leyes del Reyno, p. 4. tit. 16. l. 8 & 9. En el caso propuesto D. Andres Pasqual no es hijo adoptivo de D. Agustín por arrogacion

cion, pues no intervino en su adopcion Decreto del Rey para que allí fuese adoptado, ni fue adoptado por adopcion simple, porque no intervino Decreto, ni autoridad de la justicia, sino solamente intervino una buena voluntad de D. Agustín, y su muger, que quisieron hazerle esta caridad, y obra de piedad como a sobrino, criandolo como si fuera su hijo, y así no adquirió derecho a cosa alguna de los bienes de D. Agustín, y de su muger, sino a contentarle con lo que le dieron, y mostrarle agradecido. El Abad, in cap. vnic. de cogn. legal, dize, que si alguno adopta a otro por hijo en presencia de testigos, y de los vezinos, y personas honradas, no por esto nace adopcion legal, ni impedimento de matrimonio, ni el adoptado adquirirá derecho alguno de hijo adoptivo. Lo mismo dize Hostiense en el mismo lugar, y Greg. Lopez, part 4 tit. 7. l. 7. y todos los Autores sin discrepar afirman, que no guardandose en la adopcion alguna de las dos formas referidas, no ay adopcion verdadera, ni hereda el adoptado así, ni contrae cognacion legal; y como entre los naturales siempre se hazen las adopciones entre ellos solamente, y nunca interviene Decreto de Juez, de aqui se sigue, que nunca entre ellos ay adopcion verdadera, ni cognacion legal, ni derecho para heredar, ni para pedit por via de herencia cosa alguna de los bienes del que le adoptó.

142. Segunda razon: Demos caso, que D. Andres Pasqual huviera sido realmente hijo adoptado por alguna de las dos formas referidas, aun con todo esto no tuviera derecho alguno a pedir parte de la herencia, porque las leyes no permiten, que el hombre que tiene hijos propios, ó esperanza de tenerlos, adopte a otro por arrogacion. Así consta del Derecho, ff. de adopt. l. Si pater fam. §. In arrogationib. y l. Nec ei. §. Præterea. y en las leyes del Reyno, p. 4. tit. 16. l. 4. Por esta causa la arrogacion que se halla se aver hecho un hombre, que tiene hijo propio legitimo, se presume hecha con fraude con falso informe, y subrepticia; pero demos caso, que contra lo dispuesto por las leyes pensando en ellas, le huviera el Rey confirmado la adopcion, y esto se probara, aun todavia no heredaria, porque teniendo hija legitima el que adoptó, no le puede quitar de su legitima, que son las quatro partes de toda su hacienda, y así solamente pudiera heredar el remaniente del quinto de la hacienda del que adoptó, y así lo dize Greg. Lop. p. 4. tit. 16. l. 7. y lo colige de las leyes del Reyno, y en este quinto deben entrar los

cien pesos, que le dió D. Agustín para su dote, y las tierras que le dio para sustentarse, y lo mismo se ha de dezir, si huviera sido adoptado con adopcion simple por autoridad de Juez legitimo, que en ambos casos solamente le podía pertenecer el remaniente del quinto: y así en caso que huviera sido adoptado con alguna de las dos formas de adopcion referidas, se avia de averiguar quanto fue el valor de todos los bienes de D. Agustín, y de todas las quatro partes pertenecen al nieto, que aora tiene hijo de su hija, y de la quinta parte se han de sacar los gastos de entierro, Missas, mandas, y lo que restare seria en tal caso herencia de D. Andres Pasqual, y deste remaniente del quinto tiene ya recibidos cien pesos, y tierras de labor, que atendiendo a la cortedad de los naturales en estos tiempos, tengo por imposible, que el quinto pudiese ser tan quantioso, que excediese a los gastos de entierro, funeral, Missas, y mandas, y demás desto a los cien pesos, y tierras que le dieron. Por lo qual, aunque D. Andres Pasqual huviera sido adoptado por hijo con toda la solemnidad, que dispone el Derecho, no tiene parte alguna en la herencia de los bienes, que fueron de Don Agustín, y de su muger.

## CONSULTA XXVII.

*Sobre si aviendo Pedro, y Maria su primera muger comprado una sepultura en cierta Iglesia, y aviendose buuelto a casar dicho Pedro por muerte de su primera muger, y tenido de la segunda muchos hijos, y descendientes, todos estos heredan dicha sepultura, y deban gozar della como propria? Item, si deban pagar tambien sepultura en la Parroquia?*

## PROPUESTA.

**P**edro, y Maria su muger compraron una sepultura en esta Iglesia de san N. y aviendose buuelto a casar el dicho Pedro por muerte de su primera muger, tuvo muchos hijos, y se multiplicó su descendencia.

Preguntase si todos los que descenden del dicho Pedro deben gozar de dicha sepultura comprada? Y si deben pagar, sin embargo de dicha sepultura comprada, la que debian tener en esta Cathedral, como Parroquia fuya, por ser distintas, é independetes las haciendas de los que se casaron despues con las hijas del dicho Pedro?

P.A.

## PARECER CCLXV.

143. **P**ara responder a la duda propuesta se ha de suponer, que quando se compra sepultura en alguna Iglesia, no se compra en quanto es cosa bendita, ó Sagrada, ó Religiosa, porque esto seria simonia, como consta del Derecho Canon. cap. Non satis. de simonia. Pro sepultura quoque, & Chrismatis, & Olei receptione nulla cuiusquam pretij exactio attentetur, nec sub obtenta cuiusquam consuetudinis reatum suum quisque tucatur, quia diuturnitas temporis non diminuit peccata, sed auget. Y cap. Cum in Ecclesia. del mismo titulo. Horribile nimis est, quod in quibusdam Ecclesijs locum venalitas perhibetur habere, ita ut pro sepulturis, & exequijs mortuorum aliquid requiratur: putant autem plures ex hoc licere, quia legem mortis de longa inualuisse consuetudine arbitrantur, non attendentes, quod tanto graviora sunt crimina quantum diutius infelicem animam tenuerunt alligatam. Consta tambien del Derecho Civil, l. Inuito. C. de Religiosis, & sumpt. fun. Monumentum neque venire, neque obligari à quoquam prohibente iuris Religione posse indubium non venit. Y l. Locum. del mismo titulo: Locum quidem Religiosum distrabi non posse manifestum est, verum agrum purum monumento coherentem profani iuris esse, ideo que efficaciter venundari non est opinionis incerta. Y l. Inter stipulantes. ff. de verb. oblig. Sacram rem, vel Religiosam inutiliter stipulox. Ni la tierra donde se ha de hazer sepultura, se puede comprar, ni vender, como se colige de los textos ya referidos. Y cap. Abolenda. de sepult. Abolenda consuetudinis peruersitas inoleuit apud montem pessulanum, ut decenibus non prius permitatur effodi sepultura, quam pro terra, in qua sepelendi sunt, certum pretium Ecclesia persolvatur. Mandamus quatenus inhibeas Clericis, ne quidquam omnino presument exigere hac de causa.

144. Notese aqui, que por la tierra pedian el precio para la Iglesia, y esto se prohibe. Y cap. Quærelam. de simon. Sicut emi non potuit, ita nec redimi Ecclesia memorata. Y cap. Quæsta. 13. q. 2. se refiere, que una señora nobilissima se querelló al Papa contra unos Clerigos, que le pedian cien solidos por la sepultura, que en su Iglesia avian dado a su hija, y así lo reprehende el Summo Pontifice, y trae aquel exemplo, quando Abraham quiso comprar tierra para la sepultura de su muger a los hijos de Efron, que no querian recibir el precio, y dize: Si ergo tanta considerationis paganus vir fuit, quanto magis nos, qui Sacerdotes dicimur, hoc facere non debemus:...

peti aliquid, aut exigi omnino prohibemus, ne (quod valde irreligiosum est) venalis fortasse (quod absit) videatur Ecclesia. Y cap. In Ecclesiastico. 13. q. 2. Quid terra terram vendis? Memento quia terra es, & in terram revertaris: recordare, quod non hominis est terra, sed domini est terra, & plenitudo eius. Si terram vendis inuasionem rei dominice reus teneberis, gratis accepisti à Deo, gratis da pro eo quare interdictum sit omnibus omnino Christianis, terram mortuis vendere, & debitam sepulturam denegare. Y en el Derecho Civil se determina, que ninguno puede adquirir, ni tener dominio de lugar Sagrado, ni por compra, ni por otro titulo, l. In rem. 24. ff. de rei vendicatione. Loca Sacra item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt. Y l. Quæ Religiosis. 44. del mismo titulo: Quæ Religiosis adhaerent, Religiosi sunt, & idcirco nec lapides in adificati postquam re moti sunt, vendicari possunt. Y allí dize la Glossa: Habebam monumentum, cui adificando lapides meos adiunxi, à mouisti lapides an postius vendicare queritur? & dicitur, quod non, quia Religiosi sunt. Y §. Sacra. inst. de rerum diuisione: Sacra res sunt quarite per Pontifices Deo consecrata sunt, que alienari, & obligari prohibuimus. De fuerte, que la sepultura no se puede comprar, ni vender, ni por razon de ser lugar bendito, ni por lo material de la tierra. Así lo afirman Siluest. verb. Sepultura. q. 2. Man. Rodr. to. 3. qq. reg. q. 58. art. 2. y Suarez, lib. 4. de simonia, cap. 14. Regin. lib. 24. n. 226. Villalob. 2. p. tract. 37. dif. 12. Filliu. to. 3. tract. 45. cap. 3. quæsit. 11. y advierten Man. Rodr. y Villal. loco cit. que vender la sepultura por razón de la bendicion, ó de ser cosa Religiosa, y Sacra, es simonia de su naturaleza; pero venderla por razón de lo material de la tierra, es simonia, quia prohibita, porque de su naturaleza no es ilícito vender por la materia lo que está Sagrado, como se vende un Caliz consagrado licitamente por la plata que pesa, no llevando cosa alguna de mas por razón de estar consagrado. Y consta del Derecho, cap. Aurum. 12. q. 2. pero por estar prohibido, y dado por cosa irreligiosa por Derecho Canonico vender la tierra de la Iglesia para sepultura, es simonia, è ilícito venderla; y así quando se compra sepultura en alguna Iglesia, para que en ella se entierre toda la familia, ó los herederos, solamente se compra el uso, y derecho para enterrarle en ella, y no se vende aquel uso espiritual de enterrar los muertos allí, ni el derecho espiritual a estas acciones de enterrar, sino aquel derecho feyn es una carga, y obligacion, que está conjunta accidentalmente a cosa espiritual; y este



este derecho a la tierra de Iglesia, no está prohibido que se venda, ni que puedan tenerlo los Seculares, y así es lícito, y lo afirman comunmente los Doctores. Veanse los citados arriba, y Ledesma in Summa, 2. part. tract. 12. concl. 33. y Aragon 22. q. 10. art. 4. Por lo qual siempre tiene la Iglesia el dominio de la tierra en que está la sepultura, cuyo derecho ha vendido a otro, porque este dominio, ni lo pudo vender, ni transferir la Iglesia; y si todas las personas de la familia, que tenían derecho a sepultarse allí, muriesen, buelve la Iglesia a tener el derecho, y propiedad de aquel vfo, porque nunca avia perdido, ni dexado el dominio de la tierra, y faltando el usufructuario, buelve a recobrar el vfo el que tiene el dominio.

145. Esto supuesto, para que conste en la forma que se venden, y compran las sepulturas, se responde a la primera parte de la duda, que se ha de atender a la forma del trato, o pacto, que se hizo quando se compró el derecho de la sepultura, porque a vezes se compra para todos los herederos, aunque sean estraños, y esta se llama sepultura hereditaria, l. Familiaria. y la siguiente, ff. de Relig. & sumpt. fun. *Familiaria sepulchra dicuntur, que sibi familia, que sua constituit, hereditaria autem, que quis sibi, heredibus que suis constituit, vel que pater familias iure hereditario adquisiuit.* Y l. Ius. C. de Relig. & sumpt. fun. *Ius sepulchri tam familiaris, quam hereditarij ad extraneos etiam heredes; familiaris autem ad familiam, etiam si nullus ex ea heres sit, non etiam ad alium quemquam, qui non est heres, pertinere potest.* Y l. Vel quæ. ff. de Relig. hablando de ambas sepulturas familiar, y hereditaria, dize: *In utroque heredibus, caterisque successoribus qualescunque fuerint, licet sepelire, & mortuum inferre, etiam si ex minima parte heredes ex testamento, vel abintestato sint, licet non consentiant alij. Liberis autem cuiuscunque sexus, & gradus, & filijs familias, etiam emancipatis idem ius concessum est, siue extiterint heredes, siue sese abstineant: Ex hereditatis autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios præter suam posteritatem inferre licet.* De fuerte, que en la sepultura hereditaria qualesquiera herederos, o abintestato, o por testamento, aunque sean estraños, se pueden enterrar; y aunque les aya tocado muy poco de la herencia, y aunque no ayán aceptado la herencia, y aunque les aya desheredado el testador, se pueden enterrar en la sepultura hereditaria, si por derecho eran herederos; si no es que el testador con justa causa aya expresado, que los desheredaba

tambien del derecho de enterrarle en su sepultura: y advierte allí la Glosa, que los libertos, si los dexan por herederos, les toca enterrarle en la sepultura hereditaria, y si no quedan por herederos, están excluidos.

146. Sepultura familiaria es la que se compró para la familia: y para que se vea a quien toca enterrarle en ella, se ha de ver en el Derecho quantos se entienden por familia, l. Suggestioni. C. de verb. sign. *Decernimus familie nomen talem habere vigorem, parentes, liberos, omnes que propinquos liberos, & patronos, nec non seruos per hanc appellationem significari.* De fuerte, que si el derecho de sepultura se compró para la familia, les toca a todos los parientes, y descendientes, y criados. Pero aunque el Derecho habla con toda esta estencion, siempre se ha de ver, y notar la escritura del trato, o pacto con que se compró, y se ha de estar a las limitaciones, y condiciones, que en él se pusieron, porque *contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur.* reg. 85. de reg. iur. in 6. Y allí la Glosa dize aquel dicho vulgar: *Pactum rumpit leges.* Y l. Contractus. ff. de reg. iur. *Hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractui dedit.* Y cap. Antigonus. de pactis. *Pax servetur pacta custodiantur.* En la escritura en que se hizo la compra, o obligacion, se ha de ver si se compró para toda la familia, o para todos los herederos, o si se puso alguna limitacion, o condicion: si en la escritura no se puso condicion alguna, ni limitacion, se ha de ver si se compró como sepultura hereditaria, o familiaria. Si dize la escritura, que la compra para si, y para su familia, es familiaria, y se ha de entender, que todos los parientes, y sucesores, y criados tienen derecho a enterrarle en ella. Si dize, que la compra para si, y sus herederos, es hereditaria, y tienen derecho a enterrarle en ella todos los sucesores, que fueren sucediendo, y herederos, aunque sean estraños: Y no haze contra esto el que tengan diferentes haciendas los maridos, o muger de los herederos, y de la familia del que compró el derecho de la sepultura, porque esto no varia la obligacion del contrato.

147. A la segunda parte de la duda se responde, que por derecho ninguno debe, ni está obligado a tener sepultura en la Parroquia, porque el Derecho dispone, que cada vno debe ser enterrado en donde eligiere sepultura, y el que muriese sin elegir sepultura, debe ser enterrado en donde estuvieren sus mayores; y si faltare esto, que se ha de enterrar en su Parroquia, como consta del Derecho, cap. Nos instituta. de sepulturis. Y cap. De

De vxore del mismo titulo. y cap. Cum quis. de sepult. in 6. En quanto a si debe dar algo por la sepultura en otra Iglesia, se responde, que se ha de estar a la costumbre, porque allí lo dispone el Derecho, cap. Certificari. de sepult. donde refiere diferentes disposiciones de Summos Pontifices, que avian determinado lo que se debía en los entierros a la Parroquia, y determina, que se esté a la costumbre: *Una queque Provincia in suo sensu abundat secundum rationabilem consuetudinem.* Y cap. Ad Apostolicam. de simonia. *Præmissas exactiones fieri prohibemus, & piis consuetudines præcipimus observari.* Por lo qual, si en esta Ciudad se acostumbra, que paguen sepultura en la Parroquia los que se entierran en otras Iglesias, tambien deberán pagarla los que tienen comprada sepultura en otras Iglesias; porque la misma razon corre quanto a esto de todos los que se entierran fuera de su Parroquia, o sea porque tienen sepultura ya comprada en otra parte, o porque de nuevo la eligen, y no se puede hallar razon de diferencia. No obstante esto, en esta materia puede muchissimo la costumbre: por lo qual si consta con toda certeza, que los que tienen derecho de sepultura comprada en otras Iglesias, no dán cosa alguna en su Parroquia por razon de la sepultura, y que esto está usado sin controversia, ni contradiccion del Parrocho, no puede en tal caso pedir el Parrocho cosa alguna por la sepultura de los que tienen en otra Iglesia sepultura comprada, porque todo el derecho para llevar algo por la sepultura se funda en la costumbre; pero si está cierto, y sin controversia, que los que eligen de nuevo sepultura, o por otro qualquiera titulo se entierran fuera de la Parroquia, pagan sepultura en la Parroquia, y no consta con toda claridad, que esté muy sentado, y sin controversia, que no la paguen los que tienen derecho de sepultura fuera de la Parroquia, la deben pagar, porque la igualdad de la razon en ambas partes las iguala, y prevalece contra la costumbre dudosa, o derecho dudoso de la vna parte.

## CONSULTA XXVIII.

Sobre si a los menores de veinte y cinco años les pueda entregar el Albacea en algun caso la herencia que les toca, y la justicia obligarle a ello?

## PRO PVESTA.

EN este puerto de Cauite quedaron huérfanos sin padre, y madre quatro hermanos, los dos de edad de diez a doze años, otro Colegial de S. Juan de Letran, que tenia cerca de veinte años, otro que vi-

via, y se sustentaba por si mismo, de poco mas de veinte años. La poca hacienda, que les avia quedado de sus padres, estava en poder del Albacea, el qual dizen, que no se la podia entregar, porque eran menores de 25. años. Los de mas edad metieron peticion al Castellano deste puerto, para que les mandasse entregar su hacienda, que no llegaba a 200. pesos, y que a los dos niños los procurasse entrar en un Colegio, donde aprendiesen a leer, y escribir. El dicho Castellano consulta lo que se debe hazer.

## PARECER CC. LXVI.

148. **R**espondese, que debe su merced mandar al Albacea, que entregue a Pedro, que es el que se sustenta por si, la cantidad que le pertenece, aviendo hecho antes juramento el dicho Pedro ante el señor Castellano, de que no pide la dicha su parte para jugarla, ni desperdiciarla, sino para remediar con ella sus necesidades, y de que nunca pedirá ante justicia alguna restitution de la cantidad, que por mandado de su merced le entregare el Albacea. Item, debe mandar su merced al Albacea, que haga la diligencia para que entren los dos niños Domingo, y Andres en S. Juan de Letran, y queriendolos recibir el R. P. Presidente, que entregue las otras tres partes de la herencia al dicho P. Presidente, cobrando recibo de su Paternidad, de que lo recibió para vestir, así a los dos niños que entran de nuevo, como al que ya es Colegial en dicho Colegio.

149. La razon de lo primero es, porque aunque las leyes no conceden libre administracion de sus bienes a los que no tienen 25. años cumplidos, l. i. C. si minor. pero quando el menor passa ya de los 14. años, y no tiene curador, sino que él por si mismo se sustenta, disponen las leyes, que valen los contratos, que hiziere, l. Si curatorem. 3. C. de in integrum restit. y allí dize la Glosa, que el menor, que sin curador se sustenta, es como padre de familias: *Hic videtur quasi pater familias, & ideo quod fecit, valet.* Y lo mismo dizen las leyes del Reyno, part. 3. tit. 4. l. 25. y p. 5. tit. 1. 5. y con el juramento se le cierra la puerta, para que nunca pueda pedir en juicio, ni fuera del lo que vna vez recibió, que así lo dispone el Derecho, porque el juramento suple el defecto de la edad. Auth. *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur.* Y las leyes del Reyno, part. 3. tit. 11. l. 16. y p. 6. tit. 19. l. 6. y así lo afirman comunmente los Doctores.

150. La razón de lo segundo es, porque el niño que está en el Colegio, y los otros dos (si entran Colegiales) es como si tuviesen ya tutor, y curador, y este cargo exerce el Colegio, y el Prelado del. Qui pro tutore. y l. Pro tutelae. ff. de eo, qui pro tutore. Demás desto, la entrada de dichos niños en el Colegio, es conocida utilidad, y bien dellos, porque de allí saldrán doctriados, y sabrán leer, y escribir, y si se aplican sabrán latinidad, y otras ciencias: lo qual les aprouechará mucho mas, que está corta cantidad de dinero, la qual tan fácilmente puede bastar para hazerles manto, y bonete, y otra poca de ropa, con que entren decentemente en dicho Colegio, el qual despues de ya recibidos, les sustentará en todo, hasta que salen de allí, ó para ser Eclesiasticos, ó para tomar otro estado; y las leyes, que se hizieron para bien, y utilidad de los menores, no se han de boluer en su daño, impidiendoles este tan grande bien, porque no se gasten estos pocos dineros, que por ser tan pocos, no les pueden despues ayudar para vna buena passada, como les podrán ayudar las letras, que adquirirán en dicho Colegio. Y se colige del Derecho, que qualquiera disposición de la hacienda del menor, que se haze conocidamente en mayor utilidad suya, es valida, l. Non eo minus. C. de Procurat. y allí Bart. y Baldo, Paulo Saliceto, y Jason. Y lo mismo consta, Inst. de autor. Tutor. in princip. y de inutili stipul. §. Pupilus. y l. Contra iuris. ff. de pact. y allí sus Glosas, y en las leyes del Reyno, p. 5. tit. 11. l. 4. y p. 5. tit. 16. l. 17. y allí Greg. Lopez.

## CONSULTA XXIX.

SI el heredero está obligado a cumplir los juramentos reales, y votos del que le dexò la herencia? Y si en orden a dar cumplimiento a dichos juramentos del testador, es mayor la obligacion del heredero extraño, que la del heredero proprio, ó forçoso?

## PARECER CC.LXVII.

151. A La primera se responde, que es certissimo, que está obligado el heredero a satisfacer, y cumplir todos los votos, y juramentos reales, que tenia hechos el difunto. Esto consta de ambos Derechos, del Canon. cap. Ex parte. de censibus. y cap. Si hæredes. de testament. del Ciuil, l. 2. ff. de pollicitationib. y la razón lo convence, porque por el voto real quedaron los bienes del testador con aquella carga de satisfacer al voto: luego a aquel a quien passare el dominio de dichos bienes, ha de passar con la car-

ga, que tenian ya contraida; porque de la misma fuerte, que el heredero succede en los bienes, derechos, y acciones del difunto, así debe suceder tambien en las cargas, y obligaciones anexas a los mismos bienes, y derechos. En esto convienen comunmente los Doctores *nemine discrepante*. Veanse Silvest. verb. Votum. 2. q. 11. dict. 2. Nauarr. cap. 12. n. 56. Lessio, lib. 2. cap. 40. dub. 10. Prado, cap. 31. de voto. q. 10. Ioan. de S. Thom. 2. 2. q. 88. disp. 29. art. 12.

152. A la segunda se responde, que en vna cosa sola es mas vrgente, y mas graue la obligacion del heredero extraño, y es, que el heredero extraño, que fue graciosamente instituido, está obligado a cumplir totalmente los votos, ó juramentos reales del difunto, hasta donde alcançare toda la herencia; pero el heredero forçoso reserva su legitima, que es todo lo que se le debía dexar necesariamente de herencia, y está obligado a cumplir los votos en lo que alcançare lo restante de la hacienda del difunto, porque el testador no pudo prometer, ni obligarse con votos, ni juramentos en daño de sus herederos forçosos, defraudandoles de lo que necesariamente les debe dexar, segun las leyes. Esto consta de las leyes del Reyno, part. 6. tit. 4. l. 8. y l. 28. y 30. de Toro, y en la Nueu. Recop. lib. 5. tit. 6. l. 12. y 13. donde se determina, que no se pueden hazer mandas, dadivas, ni promesas en detrimento de la herencia, que forçosamente se debe dexar por las leyes a los herederos. Y esto mismo consta de la Glosa, in cap. Si hæredes. de testam. donde dize: *Saltem reservatur hereditibus legitima*. Y que al heredero extraño, que de derecho no se le debe legitima, se le obliga a cumplir todos los votos del difunto con pena de perder toda la herencia.

153. Despues de aver escrito el parecer, que V. R. pedia, y aver tenido respuesta de que lo recibí, supe, que el caso era publico en Manila, y que dezian personas doctas, que el voto passá a los herederos, y el juramento no, y que es comun de los Doctores, y expresso en el Derecho. Por esta causa he buuelto a responder al caso, confirmando lo que primero escriuí, y declarandolo mas desde sus principios. Dos preguntas contenia la de V. R. la primera, si los votos, y juramentos reales del testador passan al heredero? La segunda, si es mas estrecha la obligacion de cumplir los votos, y juramentos reales del testador en el heredero extraño, que en el proprio, y forçoso? Respondí a la primera, que passan al heredero de la fuerte, que ya venia resuelto doctamente en la pregunta.

A la

154. A la segunda, que es mas vrgente la obligacion en el heredero extraño en esto, que en el heredero forçoso: porque el heredero forçoso salva primero su legitima, y de lo restante cumple los votos, ó juramentos reales del difunto, en quanto alcançaren los demás bienes; pero el heredero extraño a quien no se le debe legitima, debe cumplir enteramente los votos en quanto alcançare toda la herencia, y si quedare algo despues de cumplidos, esto heredará. Esto fue mi resolución en summa, aora lo explicaré, y allanaré con las conclusiones siguientes.

155. Digo lo primero, que todos los votos (formalmente hablando) son personales, y todos los juramentos tambien, de tal fuerte, que en razón de votos, y juramentos no passan a los herederos quanto a los votos. Lo dize S. Thom. 2. 2. q. 88. art. 3. ad 3. Prado, in Theolog. Mor. to. 2. cap. 31. q. 10. Rafael de la Torre, in 2. 2. D. Thom. q. 88. art. 3. disp. 5. y 7. Suarez, lib. 3. cap. 2. n. 3. y lib. 4. cap. 9. n. 2. Sanchez, in Summ. lib. 4. cap. 15. n. 14. El Abad, in cap. Olim. de restit. spoliat. El Archidiacon. in cap. Quicumque. 20. q. 1. y esta es comun sententia de todos los Doctores Theologos, y Juristas, como dize Rafael de la Torre, y Sanchez, y Prado en los lugares citados. Consta tambien del Derecho Can. cap. Licet. de voto, donde compeliendo la Santidad de Innocencio III. al hijo del Rey de Hungria a que cumplierse vn voto, que avia hecho su padre, que ya era difunto: la razón de compelerlo la pone allí el texto, porque el mismo hijo se obligò con nuevo voto, y así dize allí el texto: *Et tuas sumpto Crucis signaculo te impleturum, sine dilatione qualibet promissisti*. Consta tambien de la Sagrada Escritura, Plal. 65. *Reddam tibi vota mea, qua distinxerunt labia mea*. Y pro cap. 6. *Illa queatus es verbis orij tui, & captus proprijs Sermonibus*. Por lo qual los herederos, que no cumplen los votos, que avia hecho el testador, aunque fuesen votos reales de dar tanta limosna a tal Iglesia, ó a tal pobre, ó de dotar tantas huérfanas, no son sacrilegos, ni quebrantadores del voto, aunque pecan contra justicia, deteniendo lo ageno, que deben pagar. Así lo dizen comunmente los Doctores: veanse los ya referidos.

156. Quanto al juramento es lo mismo. S. Thom. 2. 2. q. 9. 8. art. 2. ad 4. donde dize, que el juramento es accion personal, que no passá a obligar en razón de juramento a otro tercero. Sanchez, loco citat. dize, que quanto a esto es la misma razón del voto, y que todos los Doctores dizen lo mismo del

voto, y juramento en esta parte, de que el vno, y el otro son personales: y en el lib. 3. cap. 13. afirma, que el juramento es personal, de fuerte, que los herederos del que tenia hecho juramento de hazer alguna cosa en favor de otro, si no lo cumplen, no son perjuros, ni quebrantan el juramento. Esto mismo dizen muchísimos Autores, que cita Sanchez, loco citato: y así tengo por cosa certissima, y comun de los Doctores, que ni el voto, ni el juramento passá a los herederos en este sentido, de que a los herederos obligue inmediatamente el voto, ó juramento.

157. Digo lo segundo, que ay vnos votos, que llaman reales, por razón de la materia a que se obliga en su hacienda, y bienes; v. g. el que haze voto de dotar vna Iglesia, a distincion de otros votos, que llaman personales, en que se obliga el que vota a hazer alguna obra, que es accion personal; v. g. a ayunar, ó rezar: y lo mismo es de los juramentos, porque puede vno jurar de dar vna limosna, el qual se llama juramento promissorio real, ó puede jurar de visitar tal Templo, que es juramento promissorio personal.

158. Digo, pues, que estos votos, y juramentos promissorios, que se llaman reales por parte de la materia votada, ó jurada, passan al heredero: no digo, que passan inmediatamente la obligacion del voto, ó del juramento de fuerte, que el heredero (si no lo cumple) sea sacrilego, ó perjuro, porque esta obligacion es personal al que hizo el voto, ó juramento, como queda dicho; sino otra obligacion de justicia, por razón de la hacienda, que heredò, que tenia anexa aquella carga, y deuda contraida por el voto, ó juramento promissorio, que el difunto tenia hecho; así el voto real, y juramento corren parejas en esto, porque ambos passan al heredero de la misma fuerte, y este es el sentido en que los Doctores dizen, que el voto passá a los herederos, no que a los herederos se traspassè el mismo voto, como si lo huviesen hecho, sino que la obligacion, que el testador tenia por el voto, y a que le obligaba la virtud de la Religión, la tiene el heredero por la justicia commutativa, por la qual debe no detener lo ageno, y pagar las cargas, que tenia la herencia que entró en su poder: y lo mismo es del juramento promissorio. Para mayor inteligencia desto se note, que el voto real se puede hazer, prometiendole a nuestro Señor alguna obra buena, sin obligarse a otra persona; v. g. quando hago voto a Dios de dar

cion pesos de limosna, sin obligarme a este pobre, ni a aquel en particular. Tambien se puede hazer obligandole a Dios, y a otra persona; v.g. prometo a vna huertana de dotarla, y esta buena obra la prometo a Dios, de suerte, que quedo obligado a Dios, y a la huertana: de la misma suerte en el juramento promisorio, jurando por el nombre de Dios a la huertana de darle el dote.

159. Estos dos modos de votos, y juramentos, quando se hazen a Dios, sin obligarse a otra persona, la obligacion que al testador competia por el voto, o juramento, passa hecha obligacion de justicia a los herederos. De la obligacion del voto consta del Derecho Canon, que passa a los herederos, cap. Si heredus de testam. donde se manda compeler a los herederos, para que cumplan los votos de aquel a quien heredaron. Donde no restringe a los votos hechos en favor de tercero, sino absolutamente habla de todos los votos del difunto: *Ut vota defuncti adimpleantur*. Y del Derecho Ciuil, l. 2. ff. de pollicit. donde dize assi: *Qui decimam partem bonorum vouit, si deceferit ante solutionem, heredem illius hereditario nomine dicimus obstrictum esse*. Y da la razon con estas palabras: *Noti enim obligationem ad heredem transire constat*. Esto es comun sentir de los Doctores, Soto, lib. 7. de iust. q. 2. art. 1. Palud. in 4. dist. 38. art. 3. Panorm. in cap. Licet. de voto. y Hostienfe en el mismo lugar, y comunmente los Sumistas, verb. *Votum*. y la razon que todos dan, no es porque el voto del difunto se transfiera al heredero, ni le obligue como voto, sino porque la hacienda del difunto tenia sobre si esta carga, y deuda a que el heredero *ratione hereditatis accepta*, y de los bienes que passaron a el con aquella carga esta obligado. De los juramentos promisorios es lo mismo, porque embeben en si la razon de voto, como dize Pratio, in Theolog. Mor. cap. 32. q. 7. Soto, lib. 8. de iust. q. 1. art. 9. ad 2. Nauarr. cap. 27. n. 275. y es comun: y la razon es, porque quien jura a Dios, de hazer en su honor, o por su amor vna obra pia, la promete; y confirma con juramento la promessa; y configuientemente en el juramento promisorio ay incluso voto, y en esso se distingue el juramento promisorio del asertorio; que el asertorio trae a Dios por testigo de la verdad de la cosa, pero no promete cosa alguna; pero por el promisorio promete, y pone a Dios por testigo de que cumplira la promessa: por lo qual dize Leandro, tract. 1. de iurament. disp. 9. q. 9. que en el juramento promisorio hecho a Dios, se inducen dos obligaciones en el que lo ha-

ze, respecto de Dios. La vna de fidelidad que mira a Dios acreedor a quien debe lo que le prometio. La otra de reverencia, que mira a Dios como fiador, y testigo. Lo mismo dize Suarez, lib. 2. de iuram. cap. 4. n. 5. y Sanch. lib. 7. de matrimon. disp. 27. n. 26. y lib. 9. disp. 15. n. 6. & in Summ. lib. 3. cap. 9. n. 8. juzgo, que en esto no puede aver duda, porque si el voto solo hecho a Dios, de que se haga tal obra pia, o se dé tal limosna, se haze obligacion anexa a los bienes del que lo haze, de tal suerte, que muerto el, los herederos estan obligados a cumplirla; por que razon el voto junto con juramento no causara la misma obligacion, y carga en los bienes del que hizo el juramento?

160. Quando se haze el voto en favor de tercera persona, prometiendo a Dios por voto la obra pia, y a la parte en cuyo favor se haze, la qual la acepta, passa tambien a los herederos la obligacion: y de la misma suerte el juramento promisorio, que se haze en favor de tercero; v.g. hago juramento de dotar a esta huertana, y ella lo acepta, passa a los herederos. Lo primero, en quanto al voto es cosa certissima, y esta expreso en el Derecho Canon. cap. Ex parte. de censibus, donde determina, que los sucesores estan obligados a pagar los votos reales de sus antecessores, hechos en favor de tercero. Consta tambien de todo lo que se dixo probando, que obligan a los herederos los votos hechos a Dios, sin obligarse a otra persona, porque no se disminuye la obligacion por ser en favor de tercera persona, antes crece, pues por dos titulos quedan los bienes del difunto obligados a satisfacer lo que prometio el difunto. El vno, por la obligacion a Dios, nacida del voto del testador; y otro por la obligacion a la tercera persona, originada de la promessa aceptada de la tal persona.

161. La mayor dificultad es de los juramentos promisorios, que se hazen en favor de tercero, porque estos no incluyen voto, ni promessa a Dios, porque la promessa se haze al proximo, y para su cumplimiento se pone a Dios por testigo: no obstante tambien estos juramentos promisorios passan a los herederos. La razon es, porque estos juramentos promisorios, aunque no incluyen promessa hecha a Dios, incluyen promessa, o contrato en favor de otra persona, a quien se obliga mediante el juramento promisorio, la qual persona acepta la promessa, o contrato: luego quedan sus bienes obligados por dicha promessa jurada, o corroborada con el juramento. Que el juramento promisorio, hecho en favor de tercero, incluya pro-

promessa hecha al tercero, es certissimo, que en esso se distingue del juramento, que es puramente asertorio, y sobre la promessa aceptada añade el vinculo del juramento: por lo qual de la misma suerte, que por el voto quedaron los bienes del difunto obligados, y cargados con la obligacion de satisfacer a Dios; assi por el juramento promisorio hecho en favor de tercero, quedaron los bienes del difunto obligados, y cargados con dicha obligacion al tercero. Assi lo dize comunmente los Doctores, Sanchez, lib. 3. cap. 13. n. 1. donde dize, que los herederos del que jura alguna cosa en favor de tercero, aunque no estan obligados por fuerza del juramento, estando por razon de la promessa jurada, como estan obligados a los demás contratos, y deudas del difunto. Y Silvest. verb. *Iuramentum*. 4. dize, que la obligacion espiritual del juramento del testador no passa al heredero, pero el pacto, y promessa si. Villalob. 2. part. tract. 36. dis. 5. dize, que no queda el sucesor, o heredero obligado por la razon del juramento; pero si por el contrato, o promessa aceptada, y este es el comun modo de hablar de los Doctores. Vna dificultad se ofrece aqui, y es, que parece, que por el voto passa a los herederos esta obligacion de justicia, sin ser necesaria otra circunstancia de contrato, o promessa; pero por razon del juramento no passa a los herederos tal obligacion, sino por el contrato, o pacto, o promessa aceptada, que le se juntare.

162. Responde a esto, que por razon del voto precisamente considerado, hecho en favor de tercero, no se sigue obligacion de pagar al tal tercero lo que se prometio, sino por razon de otro pacto, o promessa aceptada de la parte, como en el juramento. Esta doctrina es de S. Thom. 2. 2. q. 88. art. 5. ad 3. donde dize el Santo, que el voto se haze a solo Dios, y de su naturaleza no trae consigo mas obligacion que a Dios, pero suele juntarse con promessa a algun hombre; v.g. prometo vn hombre a vn pobre de limosna cien pesos, y esta promessa del bien, que haze al pobre, lo promete a Dios, como obra de virtud agradable a Dios, o haze voto a Dios de dotar vna huertana, y llama a vna determinada, a quien promete hazer este bien, y ella lo acepta. Hagase primero el voto a Dios, o la promessa al tercero, o hagase toda juntamente, es cierto, que son diferentes respectos; y el voto solamente consiste en la promessa, que haze a Dios, y por ella no queda obligado el que hizo voto, ni sus herederos, al pobre a quien prometio los cien pesos, ni a la donzella que prometio dotar,

fino que toda la obligacion a la donzella, y al pobre, nace de la promessa, o pacto, que les hizo, que es muy diferente del voto. Sanchez, in Summ. lib. 4. cap. 1. n. 41. dize, que esta doctrina de Santo Thomas es comunmente recibida de todos, y lo mismo dize Rafael de la Torre, loc. cit. disp. 3. y della infiere Nauarr. cap. 12. n. 25. y Bonac. punct. 1. n. 17. Palau. punct. 7. n. 2. y Sanchez, ibid. n. 24. que si le prometes a vn hombre alguna cosa, aunque sea obra de virtud, no es voto, si no se promete a Dios, sino solamente era vna obligacion humana, y ciuil. De la misma suerte la obligacion de juramento: jura vno de dotar a vna donzella, ella lo acepta; este juramento es promisorio, embebe promessa hecha a la donzella, y la promessa esta aceptada, y assi passa la obligacion a los herederos por razon de la promessa hecha en favor de parte, como en el voto, y no passa por razon precisamente del juramento.

163. Digo lo tercero, que el juramento puramente asertorio, que no incluye promessa a Dios, ni a los hombres, sino solamente afirma con juramento, que tiene de hazer tal limosna, no passa a los herederos; pero es rarissimo el juramento desta manera, porque regularmente hablando, el que jura de hazer alguna obra pia, jura prometiendola a Dios, o a los Santos, a alguna Iglesia, o lugar pio, o a alguna persona, y estas palabras con que se suelen hazer estos juramentos: *Juro a Dios de daros tal cosa, o juro a Dios de edificar tal Iglesia*, entre los hombres se reciben por promessa, confirmada con juramento; pero no se puede dudar, que se puede hazer juramento de dar alguna cosa, o hazer alguna obra pia, puramente asertorio, sin hazer promessa a Dios, ni a los hombres; v.g. si vna persona, que tiene proposito de edificar una Iglesia, o de dotar vna huertana, para firmarse mas en este proposito, lo jura sin intencion de prometer. Que pueda aver estos juramentos asertorios, sin incluir promessa alguna vez rara, lo dize Sanchez in Summ. lib. 3. cap. 9. n. 5. y lib. 8. de matrimon. disp. 13. y otros muchos, que alli cita. Lo mismo afirma, y prueba Torre. 22. q. 88. art. 1. disp. 1. Candido, disp. 26. art. 15. dub. 6. y Suarez, lib. 1. de iuram. cap. 9. n. 7. aunque otros Doctores con Soto, lib. 8. de iust. q. 1. art. 9. y Nauarr. cap. 27. dizen, que todo juramento de hazer alguna obra pia dize necesariamente promessa, y que lo contrario no se puede entender. Trullench, lib. 2. de iurament. dub. 5. dize, que metaphysicamente se distingue juramento de hazer vna obra sin promessa a Dios, ni a los hombres,



bres; pero que no conduce para lo moral, porque moralmente hablando, siempre que vno jura de hazer algo, haze promessa a Dios, ò a otra alguna persona. Otros llaman a este juramento asertorio *simpliciter*, y promisorio *secundum quid*, & *quantum admodum*. Supongamos, pues, que vno haze juramento de dotar a tal donzella, sin hazerle de esto promessa, sino manifestando puramente su intencion de dotarla, y afirmandose en esta intencion con el juramento precisadamente, ò hiziesse a Dios juramento de hazerle vn Templo, sin intencion de prometer, sino solamente de jurar que lo hará, la obligacion de estos juramentos no passa a los herederos, porque la obligacion del juramento (como queda dicho) es personal como la del del voto, de fuerte, que los herederos no están obligados so pena de perjuros á cumplirla, porque no han jurado tal cosa; y por otra parte dichos juramentos asertorios no contienen promessa, pacto, ni contrato, por el qual queden obligados los bienes del difunto, y assi ninguna obligacion passa a los herederos por juramentos asertorios. Para esto es necesario, que conste con toda certeza, y claridad, que el testador no tuvo intencion, ni voluntad de obligar su hacienda, ni de prometer, expresando esto quando hizo el juramento, porque si no lo expresó, están obligados los herederos a cumplir estos juramentos del difunto, porque se debe presumir, que hizo el dicho juramento como regularmente se haze, prometiendo, y las palabras del se han de entender en el sentido, que comunmente se suelen tomar; v.g. si dixo: Juro a Dios de hazer tal Templo, ò de passar por este contrato, se ha de presumir, que lo prometió, y confirmó con juramento la promessa que el otro aceptó, y no tienen potestad los herederos para explicar las palabras del difunto en otro sentido, para quitar de los bienes la carga, que el testador les puso con el juramento dicho, sino que las deben recibir en el sentido, que comun, y regularmente se reciben. Por lo qual no confutando, que el difunto hizo el juramento explicando toda la precision, y distincion referida, de que no era su intencion prometer a Dios, ni a favor de tercero cosa alguna, sino solamente queria obligarse con la obligacion de juramento asertorio, preciso de otro qualquiera trato, pacto, ò promessa, passa la obligacion a los herederos, de la fuerte que passa la de los votos hechos en favor de tercero.

164. Digo lo quarto: quando se celebra vn contrato, y ambas partes juran su consistencia, y de no salirse a fuera, si el contrato

fuesse justo *ex utraque parte*, y valido de su naturaleza, la obligacion passa a los herederos. Tambien passa la obligacion a los herederos, si el contrato es nulo, è invalido solamente por derecho positivo: pero si el contrato fueffe injusto, ò invalido contra derecho natural, ninguna obligacion passa a los herederos. La primera parte de que passa la obligacion quando el contrato es valido, y justo, es cierta, porque este juramento es promisorio, que lo hazen las partes, la vna al favor de la otra, y la otra en favor de la otra, y assi embebe promessa aceptada *ex utraque parte* por via de contrato: por lo qual aunque la obligacion inmediata del juramento no passa a los herederos, por ser personal del que lo hizo, pero passa la obligacion del contrato, y promessa jurada, y corroborada con el juramento. Confirmase esto: el contrato justo, y valido de su naturaleza, sin que intervenga juramento, es firme, è irrevocable, de fuerte, que ninguna de las partes, ni sus herederos se puede salir a fuera sin consentimiento de la otra, despues que fue celebrado, y consentido de ambas partes; luego mas firme queda la obligacion, y passa a los herederos irrevocable, quando al vinculo del contrato se añade otro vinculo del juramento promisorio, en que manifiestan las partes voluntad de quererle obligar con toda firmeza, aun mayor de la que pide el contrato: de la fuerte que el Rey prohibe en sus leyes, y ordenanças algunas cosas a los Juezes, la qual prohibicion bastaba para dexarlos obligados en conciencia; y no obstante, para obligarlos mas, les manda hazer juramento, para que la obligacion sea mas firme. En esto convienen todos los Doctores, y es certissimo, y assi no es necesario citarlos.

165. La segunda parte de que en los contratos invalidos por derecho positivo passa la obligacion a los herederos, se prueba, porque estos contratos, que no contienen injusticia, ni deformidad natural, sino que solamente son invalidos por disposicion del derecho positivo, con el juramento se purgan deste vicio, y defecto, ò nulidad, y se afirman, y hazen validos; y aqui el acto, que atento el derecho natural, es valido, y el derecho positivo le avia anulado, por el juramento se restituye a su naturaleza, y se haze valido, y firme, porque el juramento promisorio dà derecho a la parte, para que se guarde lo pactado, y passa a los herederos, no la obligacion inmediatamente del juramento (que es personal) sino la obligacion de justicia por el contrato valido, y firme por

ra.

razon de juramento promisorio, que se le juntò. Esto se prueba mas eficazmente del Derecho, segun el qual es irritò el contrato, en que se enagena el dote de la muger, aunque ella consienta en la enagenacion, l. *Julianus*. ff. de fund. dotal. y no obstante esto, quando interviene juramento de la muger, en que se obliga a passar por el contrato, es valido, y firme, y ni ella, ni sus herederos pueden reclamar, como consta del Derecho Canon. cap. *Cum contingat*. de iure iurando. donde dize assi: *Et si mulierum consensus in talibus non videatur obligatorius secundum legitimas sanctiones, ne tali tamen pretextu, viam contingat perire, si aperiri mulieres ipse servare debent huiusmodi iuramentu, sine vi, & dolo, sponte praestita*. Y cap. *Licet* mulieres de iure iurando, in 6. dize Bonifacio VIII. que algunos Juezes Seculares oyen a las mugeres, que reclaman contra la enagenacion de sus dotes, aunque les consta de quo confirmaron con juramento, y que no les deben oír, y manda a los Juezes Ordinarios Eclesiasticos, que los compelan a que no oygan a dichas mugeres, sino que dexen por firme la enagenacion del dote por el juramento que se interpuso, y que obliguen con censuras a los Juezes Seculares, para que lo hagan assi. De la misma fuerte el contrato, que haze vn padre con su hija, de que dandole suficiente dote para catarse, renuncia la herencia, que le podia pertenecer en favor de sus hermanos, es nulo por derecho, l. *Pactum*. C. de collationibus: y no obstante esto, quando interviene juramento, es valido, y firme, como consta del Derecho Canon. cap. *Quamvis pactum*, de pactis. in 6. donde dize, que aunque este trato es nulo por derecho: *Si tamen iuramento firmatum fuerit, ab eadem omnino servari debet*. Aquella diction *omnino* significa, que el tal trato por el juramento queda totalmente firme, è irrevocable, y en la autentica Sacramenta puberum. C. *Si adversus venditionem*, se determina, que los contratos, que hizieron los menores, obligandose con juramento, sean firmes, no obstante, que por derecho son nulos. Y dà la razon alli la Glóssa: *In eis enim maxime iuramentum firmat pactum*. Esta es comun sententia de los Juristas, y Theologos, como dize Sanchez, lib. 3. Summ. cap. 12. n. 11. Vease a Silvestr. verb. *Iuramentum*. 4. q. 16. Gutierrez, de iurament. 1. p. q. 40. n. 3. y en la autentica Sacramenta puberum. n. 10. Bonac. to. 2. de contract. disp. 3. q. 1. punct. 1.

166. La tercera parte, de que quando el contrato es injusto, ò nulo por defecto intrinseco, no passa la obligacion a los herederos,

consta, porque en tal caso el contrato es de su naturaleza nulo, y no puede hazerle valido por el juramento, porque lo que es intrinsecamente invalido de su naturaleza, de ninguna parte puede recibir valor; v. g. quando vn contrato se haze con violencia, ò fraude, de fuerte, que vna de las partes fueffe involuntaria, ò coacta, en tal caso el contrato es naturalmente nulo, y con todo esto el juramento obliga, como dize el Derecho, cap. *Debitoris*. y cap. *Si verò*. de iure iurando. y cap. *Abbas*. y cap. *Ad audientiam*. de ijs que vi. Y Sancto Thomas, 2. 2. q. 98. art. 3. ad 1. dize, que la violencia, y fuerza con que le obligan a vna persona a jurar, no le quita la obligacion de cumplir el juramento, porque siempre ay obligacion de cumplir el juramento por la reverencia, que se debe al nombre de Dios, si el que lo hizo lo puede cumplir sin pecar, aunque injustamente se lo ayan hecho hazer; pero en este caso el contrato no se haze valido, y la promessa embebida en el juramento, es de su naturaleza nula, y assi no ay aqui mas obligacion, que la del juramento precisadamente: y como esta es personal, que solamente la tiene el mismo que jurò, no passa a los herederos obligacion alguna, por lo qual puedan alegar la nulidad del contrato, y para esto no han menester relaxacion del juramento. Esta es doctrina comun de los Doctores. S. Thomas, 2. 2. q. 89. art. 7. ad 3. donde dize, que por el juramento promisorio, hecho en favor de otro, se contraen dos obligaciones, vna a Dios, que fue traído por testigo, y aunque el juramento sea sacado con violencia, persevera esta obligacion en el que lo hizo, porque siempre debe verificar, que Dios es testigo de la verdad. Otra obligacion resulta del juramento promisorio al tercero en cuyo favor se hizo, y esta cessa quando el juramento se sacò con violencia, ò fraude, porque la violencia, y fraude no pudo dar derecho alguno al tercero. Esta doctrina sientan comunmente los Doctores, como dize Sanchez, lib. 3. Summ. cap. 11.

167. Acerca de la segunda pregunta no se ofrece añadir otra cosa a la resolucion que embiè, de que no están obligados los herederos forçosos a los votos, y juramentos promisorios del difunto mas de lo que queda despues de sacar ellos su legitima, que aquellas palabras de S. Agustin, referidas en el Derecho, cap. fin. 17. q. 4. *Quicumque vult ex heredito filio heredem facere Ecclesiam, querat alterum, qui suscipiat, non Augustinum (immo Deo propicio) neminem inveniet*. Y las leyes del Reyno claramente di-

zen

zen, que ni en vida, ni en muerte pueden los ascendientes, ni descendientes hazer donaciones, dadas, ni promessas en fraude de los herederos. Acerca de los ascendientes, vease el lib. 5. Nouæ Recop. tit. 8. l. 1. y l. 6. Tauri. y de los descendientes eod. lib. tit. 6. l. 1. 3. y l. 30. Tauri. y comunmente lo dicen assi los Doctores, Ant. Gomez, to. 1. var. cap. 1. 1. n. 24. Couarr. de testam. cap. Si hæres. n. 9. Gutierrez, de iuramento. 1. p. cap. 5. n. 26. & lib. 3. pract. q. 61.

## CONSULTA XXX.

*Sobre si el hijo heredero forçoso, y juntamente Albacea de sus padres, pueda revocar el testamento de dichos sus padres, conteniendose en el mandas, que exceden el quinto de la hacienda?*

## PROPUESTA.

**M**Agdalena viuda tiene vn hijo llamado Diego, de legitimo matrimonio. Al presente està muy vieja, y tiene por sus bienes vna esclava con tres hijos, y algunas alhajas de casa, y por estar enferma la dicha Magdalena, ha hecho su testamento, y en el dà por libres a la dicha esclava, y dichos tres hijos: y dando por libres los dichos esclavos, no quedará suficiente en los demás bienes, por ser pocos para hazer el funeral, y otros gastos, que ha de aver por fin de la dicha Magdalena su madre, ni queda herencia para el dicho su hijo. Preguntase si excediendo la libertad de dichos esclavos el quinto de la hacienda, pueda dicho Diego contradize a dicho testamento, y revocarlo, y hazer otro de nuevo, dexandole por Albacea dicha su madre?

## PARECER CC.LXVIII.

**168. R**espondese, que Diego no puede hazer otro testamento diferente por razon de ser Albacea, porque el Albacea no tiene potestad de hazer testamento. Lo que puede hazer es, hazer inventario de los bienes de la testadora despues que aya muerto, para que conste, que la hacienda que dexò es poca, y que en el quinto della no caven dichos quatro esclavos, y quedese con las quatro partes de la hacienda, y guarde los recibos de lo que gastare en el funeral, y Misas, para que si en algun tiempo pidieren los dichos esclavos la libertad, que le daban en dicho testamento, pueda probar con instrumentos legitimos, que la libertad

fue nula, por ser in fraude de la legitima, que debia la dicha Magdalena a su hijo, segun las leyes del Reyno.

## CONSULTA XXXI.

*Si aviendose comenzado un litigio sobre cierta herencia, y desamparadole los herederos por desvalidos, despues de pasado un buen numero de años, le puedan proseguir?*

## PROPUESTA.

**V**N Principal del pueblo de Bacolor, en la Prouincia de la Pampangá, llamado D. Agustín, hombre muy rico, de mucha hacienda, y tierras de sembrar, estava catado con otra Principala, que tambien era rica, llamada D. Isabel. No tuvieron hijos, y estando enfermo D. Agustín de la enfermedad de que murió, hizo testamento, en que refiere muchas tierras, que posseda, y distingue los modos como las huvo; vnas dize, que adquirió el mismo antes de casarse con dicha D. Isabel: otras que adquirió su padre, y se las dexò por herencia: y de todas estas dispone mandando, que se vendan las mas que allí nombra, para pagar su funeral, y cumplir las mandas, y legados de su testamento, y dando otras. En otras clausulas refiere otras tierras, que despues de casado con dicha D. Isabel avia adquirido: estas dize, que se dividan, y la mitad sea para su muger, y la otra mitad se venda para cumplir su testamento, y en todas las tierras que se huvieren de vender especifica, que si su muger las quisiera por el tanto, sea preferida a los demás compradores. Otras tierras refiere, a las quales llama bienes troncales, que las heredò de sus padres, y sus padres las avian heredado de sus abuelos, y antepasados: estas dize, que por ser bienes troncales no puede disponer de ellos, sino que los hereden sus sobrinos, y parientes, y las repartan entre si, segun la costumbre de los naturales. Otras dize, que heredò de vna hermana suya, y de vn primo suyo, que murieron sin ascendientes, ni descendientes, y ellos les avian heredado de sus antepasados: à estas llama tambien bienes troncales, y dize, que los hereden sus parientes. Muriò este D. Agustín el año de 1645. y quedaron por Albaceas su muger D. Isabel, y el Maestro de Campo D. Martín, hermano de la dicha D. Isabel: cumplieron el testamento quanto a los legados pios, y mandas; pero las dichas tierras, que

que llamó bienes troncales, se quedaron en poder de doña Isabel hasta oy. Los herederos el año de 1646. pusieron demanda ante el señor Governador (no fiandose del Alcalde mayor) para que les diesen dichos bienes troncales. El Governador los remitió al Alcalde mayor, ante el qual comenzaron el litigio: vieron, que los gastos eran muchos, la parte contraria era rica, y poderosa, y ellos pobres, y poco favorecidos del Alcalde mayor. Quedòse el pleyto sin proseguir muy a los principios, solamente hizieron informacion de quien eran los parientes, que descendian de aquel tronco, y presentaron vna peticion, pidiendo, que los Albaceas exhibiesen el testamento; y aunque el auto salió en su favor, no prosiguieron. Despues el año de 1671. presentaron otra peticion al Alcalde mayor, para impedir a dicha doña Isabel hazer vna casa en sitio de dichas tierras troncales, y de hecho se le mandò, que no fabricasse hasta justificar el derecho que tuviese: no prosiguieron mas el pleyto hasta oy, que estamos en el año de 1680. que por aver muerto la dicha doña Isabel, pretenden los dichos herederos aprehender cada vno lo que de dichas tierras les tocara. Esto supuesto preguntan: si no obstante, que no prosiguieron el litigio, podrán agora proseguirlo, poniendo demanda contra los bienes de dicha doña Isabel, y contra sus Albaceas, y herederos?

## PARECER CC.LXIX.

**169. R**espondo, que puede seguir su demanda, porque segun razon, y justicia, se les deben las dichas tierras troncales por tres razones. La primera, por ser costumbre asentada de los naturales, que los hereden los descendientes del mismo linage, y no pasen a otro extraño. La segunda, porque a la muger por ningun derecho le compete heredar los bienes de su marido, especialmente teniendo sobrinos dentro del quarto grado. La tercera, porque el dicho D. Agustín dexò expresamente en su testamento por herederos de dichas tierras a sus sobrinos: y el aver tenido la dicha doña Isabel dichas tierras muchos años en su poder, desde que murió su marido, no le dà derecho alguno; porque lo que desde el principio no fue suyo, no lo pudo hazer suyo, aunque passasen muchos años, como consta de ambos Derechos. l. Quod ab initio. ff. de reg. iur. Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere. La retencion de las tierras en poder de la muger del difunto

fue viciosa, y contra derecho desde el principio, y el tiempo no la puede hazer buena, y de reg. iur. in 6. reg. 23. Non firmatur tractu temporis, quod de iure ab initio non subsistit. Se pudiera oponer contra esto en fauor de doña Isabel, que aviendo pasado tantos años possuyendo dichas tierras, parece aver ya prescripto, y que los herederos no tienen ya accion a pedirselas, pues el año de 1646. las demandaron, y luego no pusieron demanda hasta el año de 1671. que son veinte y cinco años, y para la prescripcion battaban diez años, pues vivian los herederos en el mismo pueblo de Bacolor, y aunque viviesen en otro pueblo, ò en otra Prouincia distante, huvieran ya prescripto, porque entre ausentes se prescribe en 20. años, como consta de las leyes del Reyno, p. 3. tit. 29. l. 18. donde se determina, que las cosas inmuebles, como tierras, y possessions se prescriben en diez años, si el señor de la cosa que se prescribe està en el mismo pueblo, y si està ausente, en veinte años, que si en este tiempo tiene alguno alguna cosa inmueble en paz, de manera, que ninguno se la demande en todo aquel tiempo, la haze suya, y aunque despues se la pida a quien pertenecia, no se le debe dar, y consta del Derecho comun, l. Mala. C. de prescrip. Si is qui putabat easdem res sibi competere hoc cognoscens intra decem annos inter presentes, & viginti inter absentes, litem non fuerit contestatus possessor prescriptione munitus firmiter eas habebit. Los herederos en mas de veinte años no han mouido pleyto contra doña Isabel, sino que la han dexado en pacifica possession de dichas tierras, y consiguientemente ya se ha hecho firme su possession, y las ha ganado por prescripcion, y los herederos han perdido el derecho que a ellas tenían.

**170. R**espondese, que no obsta al derecho que tienen los herederos de D. Agustín, la dilacion, y transcurso de tiempo sin aver puesto la demanda, por dos razones. La primera, porque doña Isabel no ha possedido con buena fe hasta agora, y assi no ha podido prescribir. cap. Vigilante de prescrip. Nulla antiqua dierum possessio inuat aliquem male fidei possessorem. Y l. Longi. C. de prescrip. Longi temporis prescriptio his, qui bona fide acceptam possessionem, & continuantiam tenuerunt solet patrocinari. Lo mismo determinan las leyes del Reyno, p. 3. tit. 29. l. 18. donde dize, que para la prescripcion se requiere buena fe en el que adquiere la cosa, y que sin buena fe no ay prescripcion. En el caso presente doña Isabel no pudo tener por proprias las dichas possessions, que eran bienes troncales con

buena fé, porque le constaba, ò le debió contar por palabras expresas del testamento de D. Agustín de quien fue Albacea, que dichas tierras, que desde sus abuelos se avian ido heredando de vnos a otros, pertenecian a sus sobrinos, y no puede aver titulo alguno, ò causa en que se pueda fundar la buena fé, ò porque se pueda presumir que la tuvo. Por esta causa las leyes del Reyno, p. 3. tit. 29. l. 18. disponen, que para que por prescripción pueda alguno hazer suya la hacienda que es de otro, ha de tener algun titulo razonable; por el qual pudiesse entender, que era suya: las palabras de la ley son: *Si aliquis òme recibo de otro alguna cosa en buena fé de aquellus, que no se pueden mover, assi como por compra, ò por donadío, ò por cambio, ò por mandado, ò por alguna otra razon derecha, que si fuere tenedor de ella diez años, seyendo en la tierra el señor de ella, ò veinte, seyendo en otra parte que lo puede ganar por este tiempo, muger, aquel de quien la huviesse recibido no fuere verdadero señor.* Claramente pide para la prescripción algun titulo, ó razon derecha, en que se funde la buena fé del que posee la cosa agena. Tambien consta del Derecho Canonico, que para la prescripción es necesario algun titulo en que se funde la buena fé, cap. Dudum, de decimis. *Mandavimus, quod idem prior prescriptionis titulum, quem allegavit probaret.* Y cap. Licet causam de prob. se dá sententia contra los Fautinos, que pretendian prescripción por possession antigua que tenían, y dize allí el texto: *Cum ergo constet Fautinos ab eo tempore quo se possedisse probare contendunt, minus iuste, ac sine titulo aliqua in predictis locis temeritate propria, obcurra passe.* Lo mismo consta de las leyes comunes, l. Diutina. C. de præf. *Diutina possessio tantum iure successione sine iusto titulo obventa prodesse ad prescriptionem hanc: soli ratione non potest.* Y l. Vñcupio. C. de vñcup. pro hered. *Vñcupio non procedente: vero: titulo procedere non potest, neque prodesse.* Si D. Agustín huviera dexado a su esposa doña Isabel las dichas tierras por donación, ó legado, aviendo pasado ya tanto tiempo, fueran ya suyas por prescripción; aunque fueren bienes troncales avidos de sus antepasados, que por costumbre de los naturales se deben dexar a los del mismo linage; porque en tal caso huviera buena fé fundada en la donación, ó legado del que era verdadero señor, y avian pasado suficientes años para prescribir. Pero aviendo dicho D. Agustín expreso en su testamento, que tales tierras eran bienes troncales; y que se debian repartir entre sus sobrinos, no pudo tener doña Isabel buena fé, ni

titulo, para poseer licitamente dichas tierras, y por esta razon no las ha podido adquirir por prescripción.

171. Segunda razon: Para prescribir vna cosa agena, y que por la larga possession se haga propia, se requiere, que la posea en nombre proprio, y por cosa propia suya; assi consta de ambos Derechos, cap. Si diligenti, de præscrip. donde se niega la prescripción a los que avian poseído en nombre de otro, y dá allí el texto esta razon: *Cum is possidere dicatur, cuius nomine possidetur.* Y cap. Cum venisset. de rest. spol. dize lo mismo, y l. Quod meo. ff. de acquir. vel amitt. poss. *Nec idem est possidere, Et alieno nomine possidere, nam is possidet cuius nomine possidetur, procurator aliena possessioni præstat ministerium.* Y l. Qui ex conducto. C. comm. de vñ cup. *Qui ex conducto possidet, quumvis corporali ter teneat, non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere, neque enim colono vel conductori prædiorum longæ possessionis prescriptio acquiritur.* Esto mismo consta de las leyes del Reyno, lib. 4. Noue Recop. tit. 15. l. 14. *Si alguno tuvo, ó poseyo alguna heredad, ò otra cosa a empeños, ò encomienda, no se puede defender por tiempo, que estos no son tenedores por si, mas por aquellos de quien la cosa tienen.* Y l. 5. *Si los herederos, ò otros hombres tuvieran, ò poseyeren alguna cosa de consano, que no sea partida entre ellos, muger, que el uno de ellos sea tenedor de la cosa, no se pueda defender por tiempo que no desse derecho a cada uno de los otros, quando quier que se lo demandare.* Contra de todas estas leyes, y Derechos, que si alguno tiene en su poder, y vñ alguna cosa, no como propia suya, sino encomendada, ò en deposito, ò en empeño, ò para repartirla entre los herederos, no la haze suya por prescripción, porque realmente no la posee, porque no la tiene como propia suya en su nombre, sino como agena, y en nombre de otros. En el caso presente: a doña Isabel se entregaron muchas, y diversas tierras: las que consta en el testamento que se las dexó su marido, para que fueran suyas, deben ser suyas, y de sus herederos, aunque se hallasse aora, que no se las pudo dexar, por averlas gozado doña Isabel con buena fé, y con razonable titulo, y en nombre proprio, por mas de veinte años en pacífica possession. De la misma suerte las tierras que dize el testamento, que se vendan para hazer bien por el alma del testador, ò para cumplir las mandas, y legados, se han de tener por suyas, porque se ha de presumir que las comprò, pues dize el testador, que en caso que su muger las quiera comprar, sea preferida a los demás compradores: y se ha

de

de presumir, que del precio cumplió el funeral, y las mandas, y legados del difunto; pero de los bienes que en el mismo testamento se llaman troncales, y se dexan a los herederos, no puede la dicha doña Isabel tener buena fé, ni titulo para prescribir, ni las pudo aver poseído en su nombre, sino como las recibió encomendadas, para distribuir las entre los herederos sobrinos del difunto. Por lo qual los herederos de dicha doña Isabel tienen obligacion a restituir dichas tierras a los herederos de los sobrinos del dicho difunto; y si no las restituyen, pueden los dichos herederos demandar ante la justicia, y tengo por cierto que se las mandaràn restituir.

## PARTIJAS.

### CONSULTA XXXII.

*Acerca de como se deban partir los bienes entre marido, y muger, y a falta de ellos, entre sus herederos, y si los castrenses, ò ganados en la milicia, se deban tambien partir?*

#### PROVESTA.

**M**aria se casó con Pedro, y tuvieron vn hijo, que oy viue. Murió su marido, y casó con Francisco, y lleuó diez y ocho pesos, que le avian quedado desde que fue casada con el marido primero, los quales se gastaron entre marido, y muger. Durante este matrimonio tuvieron vna hija, y adquirieron vn esclauo, y otros bienes, que constan por el inventario, que hizo Francisco por muerte de Maria, y Francisco no quiere compartir dichos bienes entre los hijos de Maria, por dezir, que el solamente los ganó por jornales, sirviendo en Terrenate. Preguntase si dichos bienes se deben partir entre los hijos de Maria, despues de tomar para si Francisco la mitad por su parte?

#### PARECER CCLXX.

172. **R**espondo, que en conciencia pertenecen a los dos hijos de Maria todos los bienes, que Maria tenia quando se casó con Francisco, y demás desto les pertenece la mitad de todo lo que se aumentó la hacienda estando casados Francisco, y Maria, excepto lo que Francisco huviesse ganado sirviendo al Rey. De fuerte, que para proceder con buena conciencia, y como

manda Dios, se ha de hazer quatro partes de toda la hacienda, que le quedó a Francisco, quando murió Maria. En la vna parte se ha de poner todo quanto Francisco tenia antes de casarse con Maria, y en otra todo lo que Francisco ganó despues de casado del sueldo que le daba el Rey; y assi si despues de casado con Maria fue a Terrenate, y quando bolvió traxo algunos dineros, ò bienes, que le avian sobrado de su sustento de lo que le daban de sueldo, lo ha de poner en este segundo monton: y estas dos partes pertenecen a Francisco, y de ninguna suerte los debe partir con los hijos de Maria, porque de ninguna manera pertenecen a los bienes de Maria. Esto consta expresamente de las leyes del Reyno, lib. 5. de la Nueva Recopilacion, tit. 9. l. 4. se determina, que todo lo que traxo el marido quando se casó, siempre pertenece a él, ò sus herederos, y no a la muger; y l. 5. se determina, que los bienes castrenses, que ganare sirviendo al Rey, sean suyos del marido, y de ninguna suerte pertenecen a la muger. En la tercera parte se han de poner los 18. pesos que tenia Maria quando se casó con Francisco, y otra qualquiera cosa, que tuviesse entonces, y desto se ha de sacar lo que se gastó en el entierro de Maria, y Misas, que se dixeron por su alma, y lo demás se ha de repartir igualmente entre sus dos hijos, porque assi se determina en las leyes del Reyno, l. 18. de Toro, y en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 9. l. 4. En la vltima parte se ha de poner todo lo que se huviere ganado, ò aumentado durante el matrimonio, todo lo qual aunque lo aya ganado todo el marido, ò la muger, se ha de partir, y la mitad es del marido, y la otra mitad de la muger, y esta mitad se ha de repartir entre los hijos de Maria: assi está expreso en las leyes del Reyno, lib. 5. Noue Recop. tit. 9. l. 2. & 4. Y assi para ajustar bien la conciencia, se ha de considerar bien, si el esclauo que adquirió Francisco lo compró con dineros, que le dabán de su sueldo por el servicio del Rey, ò si lo compró con dineros ganados con otros trabajos, ò de otra forma. Si lo compró con dinero del sueldo, es suyo todo el esclauo, y no debe compartir su valor con los hijos de su muger, como queda dicho; pero si ganó dicho dinero con otros trabajos, aunque lo aya ganado en el tiempo que estaua sirviendo al Rey en Terrenate, debe compartir, porque la ley aplica a solo el marido aquello solamente que ganó por sueldos, ò pagas, ò donacion del Rey; pero todo lo que ganó en otra forma, aunque sean bienes quasi castrenses, y aunque sean frutos proce-



ditos de lo que ganó con su sueldo, lo debe partir; porque así consta de la dicha ley 5. de la Nueva Recopilación.

173. A mi me parece, que dicho esclavo, y demás bienes gananciales, que adquirió Francisco durante el matrimonio, no pudieron ser del sueldo que le daban en Terrenate, porque este era tan corto, que tassadamente bastaría para poder sustentarse; y si los ganó con otros trabajos, arte, ó forma, los debe compartir, tomando para sí la mitad, y la otra mitad repartiendola en los hijos de Maria como legitima herencia de su madre; porque en esta parte obligan las leyes del Reyno en el fuero de la conciencia, segun la comun sentencia de todos los Doctores. Y si acerca de algunos bienes huviere duda, no constando claramente qual de los dos casados los traxo, ó como se ganaron, se deben compartir, tomando Francisco la mitad para sí, y repartiendo la otra mitad entre los dos hijos de Maria, porque así lo disponen las leyes de la Nueva Recop. lib. 5. tit. 9. l. 1.

## CONSULTA XXXIII.

*Si el marido debe gozar los frutos de unas tierras, que eran de su muger, y del primer marido?*

## PROPOSTA.

**P**reguntase si el segundo marido debe gozar la mitad de los frutos de arroz, que cogió en la cosecha deste año de las tierras de sembrar, que pertenecen a ella, y al dicho su primer marido, que las dió a labrar a diferentes personas, a partir sus frutos segun es costumbre entre los naturales?

## PARECER CC.LXXI.

174. **R**espondese con distincion, que se ha de separar de las tierras lo que constare pertenecer a su primer marido, y lo que pertenece a doña Josepha, porque las que pertenecian al marido D. Agustín, desde el dia que él murió pertenecen a su hija Martina Isabel, y por muerte desta al hijo que dexó, llamado Pedro Martín, y configuientemente los frutos de las tierras, que pertenecian a D. Agustín por entero, sacados solamente los gastos, pertenecen al menor Pedro Martín, nieto de D. Agustín, y se deben entregar á su tutor; pero de la parte que constare pertenecer a doña Josepha, se han de partir los frutos, y la mitad pertenece a su segundo marido, y la otra mitad a su nieto, y

herederos: así consta expresamente de las leyes del Reyno en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 9. desde la ley 1. hasta la 6. La ley 4. dize así: *Muger el marido aya mas que la muger, ó la muger mas que el marido en heredad, ó en muebles, los frutos sean comunes de ambos a dos.*

## CONSULTA XXXIV.

*Sobre la particion de los esclavos, y demás bienes, interviniendo segundo matrimonio; y sobre si los herederos de la segunda muger deben pagar al heredero de la primera muger el valor de los bienes, que perteneció a la primera muger, en caso que se ayau consumido durante el segundo matrimonio?*

## PROPOSTA.

**J**uan se casó con Inés, de cuyo matrimonio hubo una hija, que al presente vive, y durante dicho matrimonio adquirieron una esclava, y algunos bienes. Falleció Inés, y se casó segunda vez con Magdalena, llevando al matrimonio dichos bienes, y esclava, y durante este segundo matrimonio parió la esclava dos hijos, y murió, y dicho Juan hizo viage a Nueva-España, y allá vendió algunos de los bienes, que ganó durante el primero matrimonio, y durante el segundo se consumieron entre él, y su segunda muger: aquesta murió sin tener hijos con dicho Juan, y preguntase aora, si la mitad de los bienes que adquirió dicho Juan durante el primero matrimonio, son de la hija, que tuvo con Inés su primera muger? Y configuientemente si la mitad de la esclava, y el vno de los dos hijos, que nacieron en el segundo matrimonio? Item se pregunta, si la mitad de dichos esclavos pertenece a los herederos forçosos de Magdalena? Y vltimamente, si los herederos de dicha Magdalena esten obligados a pagar a la dicha hija del primer matrimonio, el valor de la mitad de los bienes que se consumieron en el segundo matrimonio, y la mitad de la esclava difunta, que lleuó dicho Juan a este segundo matrimonio?

## PARECER CC.LXXII.

175. **R**espondo lo primero, que todos los bienes que ganó Juan durante el matrimonio primero, se deben partir, y la mitad de todos ellos pertenece a Inés; y por aver ya muerto, pertenece a su hija, que es su heredera legitima, y forçosa, y la otra mi-

mitad pertenece a Juan. En esto no ay dificultad, porque lo disponen así leyes expresas del Reyno, lib. 5. de la Nueva Recopilación, tit. 9. l. 2. que dize así: *Toda cosa que el marido, y la muger ganaren, ó compraren estando de consuno, ayauo ambos por medio.* Y la ley 4. lo dize con mas claridad con estas palabras: *Muger que el marido aya mas que la muger, ó la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunes de ambos a dos, y la heredad, y las otras cosas do vienén los frutos, ayaua el marido, ó la muger, cuyas antes eran, ó sus herederos.* Y la ley 5. lo explica aun mejor en esta forma: *Los frutos, y rentas de todos qualesquier oficios, aunque sean de los que el Derecho huvo por casi castrenses, y los otros bienes que fueron ganados, ó mejorados durante el matrimonio, y los frutos, y rentas de los bienes castrenses, y oficios, y donadios, que ambos los ayau de consuno.* Por todo lo qual es cosa cierta, y sin duda, que de todo quanto tenia Juan quando murió su primera muger, pertenece la mitad a la dicha su primera muger, y a su hija como su heredera, y de la misma suerte le pertenece la mitad de la esclava; y aunque Juan pasó a segundo matrimonio, siempre la mitad de dichos bienes, con la mitad de la esclava, quedó perteneciendo a la hija de la primera muger. Y para que esto quede con mas certeza, y no se ande dudando si todos los dichos bienes, que quedaron en poder de Juan quando murió su muger, fueron ganados durante el matrimonio, ó si eran algunos de Juan, se advierta, que determinan las leyes del Reyno, que todas las cosas, que se hallaren tener marido, y muger, son de ambos por mitad, excepto los que el marido, ó la muger probare claramente que los traxo quando se contraxo el matrimonio; así lo determina la l. 1. tit. 9. del lib. 5. de la Nueva Recopilación: y así es cierto, que todos los dichos bienes, que Juan tenia quando murió su primera muger, son partibles entre marido, y muger por mitad, y la mitad que pertenecia a la muger, se debe entregar a su hija, como a su heredera legitima.

176. **R**espondo lo segundo, que todo lo que Juan ganó estando casado con Magdalena su segunda muger, se debe tambien partir, y diuidir entre el dicho Juan, y la dicha segunda muger, y por muerte della pertenece esta mitad a sus herederos de Magdalena: de fuerte, que muerta Magdalena, se ha de ver si Juan tenia mas hacienda de aquella, que lleuó quando se casó con dicha Magdalena, y si no tenia mas de lo que entonces lleuó, no tiene Magdalena, ni sus herederos

ganancia alguna; pero si se multiplicó el caudal de Juan en el interin que estava casado con Magdalena, pertenece a Magdalena, ó a sus herederos la mitad de lo que se multiplicó, de tal manera, que de todos los bienes que quedaron quando murió Magdalena, se ha de sacar todo lo que lleuó al matrimonio Juan, lo qual se ha de partir entre él, y su hija. Tambien han de sacar los herederos de Magdalena todo lo que lleuó ella quando se casó, y lo que sobrare se ha de partir, y la mitad es de Juan, y la otra mitad de los herederos de Magdalena. Esto consta de las mismas leyes del Reyno, cuyas palabras se refieren arriba.

177. **R**espondo lo tercero, que en quanto a los dos hijos de la esclava, el vno de ellos le pertenece a Juan, y el otro a la hija, y heredera de Inés, y ninguno de ellos pertenece a los herederos de Magdalena, no obstante que ambos ayau nacido estando casado Juan con Magdalena. La razon desto es, porque los hijos de la esclava no se cuentan por frutos, ni corren parejas con los reditos, y ganancias, y aumentos de la demás hacienda, siempre son, y pertenecen al que tiene dominio de la esclava que los pare; y como la esclava no era de Magdalena, sino de Juan, y de la hija, y heredera de Inés, por esta razon los hijos de la dicha esclava son por mitad del dicho Juan, y de la dicha heredera de Inés. Esto consta de las leyes expresas del Derecho, l. Vetus. ff. de usufructu. *Neque enim in fructu hominis homo esse potest hac ratione, ne usum fructum in eo fructuarius habebit.* l. In pecudum. ff. de viuris, & fructibus. *In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac, & pilus, & lana, itaque agni, & hodi, & vituli statim pleno iure sunt fructuarij. Partus vero ancilla in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparauerit.* Y l. Plerumque. ff. de iure dotium. dize el texto: *Si serui sobolem ediderunt, mariti lucrum non est, sed fetus dotialium pecorum ad maritum pertinent, quia in fructibus computantur.* Y l. Rem in presentia. C. de rei uxorie actione. §. Cumque. dize: *Partus dotialium ancillarum, id est, que estimata non sunt, ad mulierem pertinere utraque actio similiter voluit. Fetus autem iumentorum, & omnia que fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonij, sine estimata, sine non estimata sint.* Y Infit §. In pecudum. de rerum diuisione. *In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac, pilus, & lana, itaque agni, hodi, & vituli, & equuli, & suculi statim*

*naturali iure domini fructuarij sunt. Partus vero ancilla in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.* De todos estos textos consta, que los dichos dos esclavos, hijos de dicha esclava, no pertenecen a los herederos de Magdalena, sino que el uno le pertenece a Juan, y el otro a la heredera de Inès.

178. Respondefe lo quarto, que los herederos de Magdalena, no tienen obligacion de pagar a la hija de Inès la mitad de la esclava, que murió por cuenta de sus dueños, y ellos la perdieron, porque *quidquid perit, domino perit.* Es regla común de los Summistas, ó como dixo el Apóstol, ad Rom. 14. *Domino suo stat, aut cadit.* De los dos hijos que parió, le pertenece el uno a la heredera de Inès, y el otro a Juan; pero la esclava nadie la debe pagar. De todos los demás bienes referidos arriba, que tenia Juan quando cayó con Magdalena, cuya mitad pertenecia a la hija de Inès, si quando murió Magdalena se avia ya gastado, de tal suerte, que no avia ya con que pagar a la hija, y heredera de Inès, solo los debe pagar Juan su padre, y no le deben cosa alguna los herederos de Magdalena, porque el marido tiene obligacion de sustentar las cargas del matrimonio, y assi Juan tuvo obligacion de sustentar a su muger Magdalena, y de conservar lo que su hija heredaba de su madre Inès, y de conservar tambien lo que traxo al matrimonio Magdalena, para entregarlo a sus herederos despues de ella muerta. Si quando murió Magdalena, huvieran quedado bienes, y ellos huvieran entrado en poder de los herederos de Magdalena es cierto, que deberian los dichos herederos de Magdalena pagar a la hija de Inès, de lo que assi avia entrado en poder de ellos, hasta enterarle la herencia de su madre Inès; pero fino entró cosa alguna en poder de dichos herederos de Magdalena, no deben pagar cosa alguna, porque ellos no están obligados a pagar las deudas, y obligaciones de Juan, que ninguno está obligado a pagar deudas ajenas.



## CONSULTA XXXV.

*Sobre si el quinto de que puede disponer uno, que tiene herederos forçojos, se aya de sacar (despues de separadas la dote, y arras) de los bienes gananciales, y capitales, ó de sola aquella mitad, que queda para la legitima de dichos herederos?*

## PROPUESTA.

**E**L Sargento mayor D. Thomàs, quando cayó con doña Inès, en la carta de dote que otorgó de 4000 pesos, dixo, que su caudal seria en cantidad de hasta 12000 pesos con lo que tenia, y esperaba de la Nueva España, y que dotaba a dicha señora su muger, por via de arras propter nuptias, en 3000 pesos.

Quando hizo, y otorgó este dote, tenia aun padre viuo, que despues falleció, segun las cartas que recibió.

Falleció dicho D. Thomàs, dexando quatro hijos; y a su abuelo materno, como su tutor, incumbió el ajuste de sus legítimas, y que no queden defutelados, y mas aviendo su madre de dichos menores de passar a segundas bodas, en que ha de llevar lo que les tocara de su dote, y gananciales.

Lo que se duda es, si pudo dicho D. Thomàs señalar 3000 pesos de arras, no teniendo, como dize, mas de 12000 pesos, que declaró por modo de capital sería todo su caudal; y oy vienen a perjudicar a los menores estas arras, aviendose de sacar por ellas 3000 pesos?

Dicho D. Thomàs murió abintestato, y conforme a las leyes toca al alma el quinto de sus bienes.

Si este quinto se ha de separar, despues de separado el dote, y arras, de lo que restare de los bienes gananciales, y capitales, ó de sola aquella mitad, que queda para la legitima de los quatro menores, en que tambien serán damnificadas sus legítimas, si se sacare el quinto, ó separare de sola aquella mitad de gananciales, de que han de tener sus legítimas; porque sacandose el quinto del cuerpo, y monton de los gananciales, serán sus legítimas mas crecidas; y parece ser cosa conforme a razon, que el quinto se aya de sacar de todo el monton de gananciales, y capital, que quedare pagado el dote, y arras, pues el marido es el dueño de los bienes que adquirió.

## PARECER CCLXXIII.

179. **A** La primera dificultad respondiendo, que no pudo señalar de arras mas de la dezima parte de su hacienda, por-

porque assi lo disponen las leyes del Reyno, lib. 3. del fuero, tit. 2. l. 2. y en la l. 5. de Toro, y en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 2. l. 2. se determina, que no se pueda renunciar esta ley, y si alguna la renunciare, no embargante la renunciacion, se execute la ley, y no valgan las arras en lo que excedieren a la dezima parte: y al Escriuano que diere fé de la renunciacion desta ley, le pone pena de perdimiento del oficio, y que no le use mas, fopena de falsario; y aviendo declarado el Sargento mayor D. Thomàs quando se cayó, que su caudal era hasta doze mil pesos, han de ser las arras que ha de sacar la muger aora, despues de la muerte de su marido, mil y doscientos pesos, y no puede sacar mas, ni en el fuero de la conciencia, ni en el fuero exterior; y si quisiera llevar los tres mil pesos de arras, ha de probar, que el dicho Sargento mayor lleuó al matrimonio treinta mil pesos de caudal, lo qual no estará bien a la señora doña Inès; porque en tal caso despues que aya sacado los quatro mil pesos de su dote, y los tres mil de arras, avrán de sacar los hijos del dicho Sargento mayor veinte y siete mil pesos, que le quedaron de caudal despues de sacadas las arras, y lo que quedare despues de sacados los dichos veinte y siete mil pesos, se repartirán por gananciales, con que los gananciales de dicha señora se disminuirán mucho mas, si quiere aumentar las arras.

180. A la segunda pregunta respondo, que conforme a las leyes del Reyno, no ay obligacion de gastar en bien del alma todo el quinto de los bienes del que murió abintestato, especialmente dexando herederos forçojos. Lo que disponen las leyes del Reyno es, que la cera, Misas, y gastos del entierro, y las mandas graciosas, ó limosnas, que se hizieren por el alma del difunto, se han de sacar del quinto: assi se determina en las leyes de la Nueva Recop. lib. 5. tit. 6. l. 13. Pero no se hallará ley que diga, que en este caso de muerte sin testar, se gaste en bien del alma todo el quinto, como en otra resolucion queda demostrado con toda claridad, y desta misma ley consta la resolucion de la deuda: dize, que dichos gastos, y mandas se saquen del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario: esta ley diziendo, que no se saquen los gastos del funeral, y obras pias del cuerpo de bienes, sino del quinto de la hacienda del testador, dá a entender con bastante claridad, que el quinto se ha de sacar de la hacienda que es propia del testador, ya separada del monton, ó cuerpo de hacienda, en que tenia par-

te la muger, y que deste quinto se han de sacar los gastos del funeral, mandas graciosas, y obras pias: y en quanto a esto de don de se ha de sacar el quinto, no ay diferencia entre el que muere sin testar, y el que muere dexando dispuesto su testamento. Veate tambien en el mismo lib. 5. de la Nueva Recop. todo el tit. 9. donde dize, como todos los gananciales se diuiden entre la muger, y el marido disuelto el matrimonio; y l. 7. dize, que si el marido mandare a su muger en el testamento alguna cosa, la tal manda no se le cuente en parte de sus gananciales, sino que lleue cabalmente su mitad de gananciales, y demás desto la manda que le hizo. La razon desta resolucion es clara, porque el quinto se saca de la hacienda del difunto, no de la hacienda de la muger viua, y assi no se ha de sacar del dote, ni de las arras, ni de lo que le pertenece de gananciales, que todo esto es hacienda de la muger: toda la qual si la muger muriera antes que el marido, sin hijos, y sin testar, los parientes herederos abintestato de la muger se la avian de pedir, y sino se gasta todo el quinto en funeral, mandas, y obras pias, se reparte lo que resta entre los hijos del difunto, en la forma que las otras quatro partes de la hacienda. Vease a Greg. Lopez, p. 6. tit. 11. l. 2. Gloss. 4. y tit. 13. l. 7. verb. Fijos, que explica muy bien este punto, y lo colige de las leyes del Reyno.

181. En las propuestas se proponen dos razones para probar, que el quinto, ó parte del que se huviere de aplicar para el funeral, y obras pias, se debe sacar de todo el monton de los gananciales, y es bien satisfacerles. La primera dize, que sacandose el quinto del cuerpo, y monton de todos los gananciales, serán mas crecidas las legítimas de los hijos, y si se sacase de sola la parte de gananciales que toca al difunto, serán sus legítimas damnificadas. Respondo, que es cierto, que serian mas crecidas las legítimas de los hijos; pero a costa de la madre, que aun viue, y sería heredarla los hijos en vida en parte de su hacienda: hereden aora los hijos a su padre en capital, y gananciales, dexando al alma de su padre, y para el funeral de su cuerpo, la parte que pareciere decente, assi del capital, como de los gananciales; que en muriendo su madre heredarán la otra mitad de gananciales, juntamente con las arras, y dote, y no quieran heredarle parte de los gananciales en vida.

182. La segunda razon es, porque el marido es dueño de los bienes que adquirió, y assi es conforme a razon, que de todos se saque el quinto para su funeral, y para hazer bien

664.

CONSULTAS, Y PARECERES.

bien por su alma. Respondo, que entre el marido, y muger mientras viuen, ay vn trato de compañia, segun disponen las leyes en la Nueva Recop. lib. 5. tit. 9. l. 1. y 2. 4. y 5. y assi no está bien dicho, que el marido es dueño de todo lo que adquirió, porque adquiria para ambos. Vease a Greg. Lopez, p. 5. tit. 5. l. 55. Glos. 2. q. 4. donde trata eruditamente, si de lo que el marido adquiere, desde el punto que lo adquiere, pertenecia el dominio de la mitad a la muger, ó solamente quando llega a hazerle la particion.

## CONSULTA XXXVI.

*Sobre si en caso que a la muger la toque la quarta parte de la hacienda del marido, que tiene herederos forçosos, hijos de dicha muger, esta quarta parte se pueda sacar antes de pagarse las deudas, y sacar los gastos necesarios, como inventarios, pagamentos del Albacea, &c. y ultimamente antes de sacarse el quinto?*

## PROPOSTA.

**M**Vrió el Capitan Nicolas, dexó hecho su testamento, en que dexó por herederos a sus hijos de las quatro partes de su hacienda, y del remaniente del quinto, del qual dispone, que se hagan algunas obras pias, y legados; pero a su muger doña Maria, que es muy pobre, y se casó sin dote, no le dexa cosa alguna, por lo qual le pertenece la quarta parte de la hacienda del marido, segun disponen las leyes del Reyno. Esto supuesto se pregunta, si esta quarta parte, que pertenece a la muger, se ha de sacar de todo el monton de la hacienda, que quedó por muerte del dicho Capitan, antes de pagarle las deudas que tuviere? Y de la misma fuerte se pregunta, si se ha de sacar antes de sacar los gastos, que se hazen necessariamente en los bienes de los difuntos, como en los inventarios, almonedas, lo que lleva el Albacea por su trabajo, algunos pleytos, que suelen leuantarse contra los mismos bienes, y ultimamente, si dicha quarta parte se ha de sacar antes del quintto de que se paga el funeral, legados, y obras pias, que dispuso el testador?

## PARECER CC.LXXIV.

**183.** Respondo lo primero, que es certissimo, que la quarta parte de la hacienda del marido, que se debe dar a la muger, para que pueda sustentarse honestamente, no se puede sacar de todo el monton

de la hacienda antes de pagarse las deudas. La razon desto es, porque lo que el difunto debe no es suyo, sino ageno, como si se hallan veinte en los bienes que dexó el difunto, y consta deber los diez, y solos estos diez son hacienda del difunto. Assi consta del Derecho, l. Sub signatum. ff. de verb. sign. *Bona intelliguntur cuiusque, quæ deducto are alieno supersunt.* Y l. Cum non solum. C. de bonis quæ liberis. §. Si autem ars. *Cum etiam apud veteres hac esse substantia intelligatur, quæ post deductum as alienum supersederit.* De aqui se forma este claro discursio. La ley del Reyno, p. 6. tit. 13. l. 7. dispone, que la muger que se casó pobre, y sin dote con marido rico, si este muriese sin dexarle con que pueda viuir bien, y honestamente pueda ella heredar la quarta parte de los bienes del marido: y como solamente son bienes del marido aquellos, que quedan despues de pagadas las deudas; de aqui consta, que no ha de llevar la muger la quarta parte de todo el monton de la hacienda antes de pagar las deudas, que esto fuera llevar no solamente la quarta parte de la hacienda del marido, sino tambien de la hacienda agena: y assi es forçoso antes de sacar dicha quarta parte para la muger, apartar lo que se debe, como hacienda que no es del marido.

**184.** Lo segundo se responde, que antes que se saque de los bienes esta quarta parte, se han de apartar de ellos todos los gastos que se hizieren en recogerlos, inventariarlos, en defenderlos, en las almonedas, en los derechos del Albacea. La razon desto es, porque no se reputan por bienes del difunto mas de aquellos, que restan despues de pagados los dichos costos, y gastos, porque sin estos gastos no son exequibles, ni se pueden distribuir a quien deben pertenecer; y consta del Derecho, l. Quantitas. ff. ad l. Falcid. *Quantitas patrimonij deducto etiam eo quidquid explicandarum venditionum causa impenditur, estimatur.* Dize, que no se reputa por patrimonio aquello que se ha de gastar en vender los traftes, ó cosas que se huvieren de vender, y la misma razon corre de lo que se gasta en recoger los bienes del difunto, defenderlos, y distribuirlos, y mouerlos de vna parte a otra. Todo lo que assi se gasta, se reputa por no bienes, consta tambien, l. Non amplius. ff. de leg. 1. *Illud videtur quis habere, quod remanet deducto onere.* Todo lo que los Albaceas deben gastar en juntar los bienes, ponerlos en forma, que se puedan distribuir conforme a Derecho, y a la voluntad del testador, son cargas intrinsecas, que traen consigo los mismos bienes; y assi no se debe

con-

contar por bienes del testador, lo que assi se ha de gastar, sino lo que despues de sacados estos gastos restare. Pruebase mas esto con la doctrina de Baldo sobre la dicha ley Non amplius. Dize, que si por algun estatuto se debiere pagar la dezima parte de las cosas que se vendieren, el que vendiere alguna cosa sujeta a muchas cargas, y gastos, debe solamente pagar la dezima parte de la cantidad que le quedare sacados los gastos, y cargas, y Bart. in l. Fundi. ff. de usufruct. leg. n. 4. dize, que si a alguno le dexan por legado todos los frutos de vna possession, se ha de entender los que restan despues de pagado el trabajo del que cultiva la possession, y las demás expensas que se hazen en coger los frutos, porque solamente se reputan frutos de la possession aquellos, que restan liquidos despues de sacados los gastos, y por esto la ley Propre. ff. de verb. signif. dixo: *Bona dici non possunt, quæ plus in commodi quam commodi habent.* Los bienes que traen consigo mas gasto que prouecho, no se reputan bienes; de la misma fuerte los bienes del difunto se reputan solos aquellos, que restan despues de pagados dichos gastos, y consiguientemente la quarta parte que pertenece a la muger, se entiende de los bienes liquidos del marido, que restan despues de sacados todos los costos.

**185.** Resta averiguar, si dicha quarta parte se ha de sacar antes del quinto de que puede disponer a su voluntad el que tiene descendientes legitimos. Respondo, que si el testador dispuso de todo el quinto, todo él se ha de sacar antes de dicha quarta parte; pero si el testador no dispone de todo el quinto, sino que lo dexa en parte, ó en todo a sus herederos con la demás herencia, se debe sacar la quarta parte para la muger de toda la cantidad que assi dexa a los herederos. De fuerte, que de toda la hacienda que han de heredar de hecho los descendientes legitimos (entre en ella el quinto, ó parte del, ó no entre, por averlo gastado todo el testador en su funeral, obras pias, ó legados) se ha de sacar la quarta parte, que por las leyes pertenece a la muger, para que pueda sustentarse decentemente.

**186.** Esta resolucion consta primeramente del Derecho, auth. præterea. C. vnde vir, & vxor. que en caso de quedar la muger viuda, y pobre, sin tener con que passar decentemente, dispone que suceda en la quarta parte de la hacienda del marido, con estas palabras: *Succedit vna cum liberis communibus, alterius vè matrimonij in quartam, si tres sint, vel pauciores, quod si plures sint, in virilem portionem.* Coligese claramente de las pala-

bras desta ley, que se ha de sacar esta quarta parte de la herencia que se avia de repartir entre los hijos, porque dize, que la muger suceda juntamente con los hijos; esto quiere dezir, que en la hacienda que han de heredar los hijos, entra partiendo con ellos *vna cum liberis*, lleuando la quarta parte. Coligese tambien esto mismo de que la misma ley dispone, que si los hijos son mas de tres, no ha de llevar la muger la quarta parte, sino en tal caso ha de suceder como vno de los hijos, lleuando vna parte igual a la que lleva cada vno de los hijos, que esto quiere dezir: *In virilem portionem*, como explica el Derecho, l. Virilis portio. ff. de leg. præst. & l. Virilis appell. ff. de verb. signif. y alli dize la Glos. *Proprie virilis, id est, equalis.* Dispone esto la ley, para que en ningun acontecimiento lleve la muger del difunto mas parte en la herencia, que cada vno de los descendientes legitimos, y herederos forçosos, como explica bien Greg. Lopez, in l. 7. tit. 13. p. 6. teniendo las leyes por bastante el fauor, que se haze a la muger en este caso, en hazerla igual en la herencia a los descendientes legitimos. La disposicion desta ley supone evidentemente, que la parte de la herencia, que se ha de sacar para la muger, se ha de sacar de la hacienda, y bienes, que está dispuesta para que entren los hijos heredandola, ayanle sacado el quinto, ó no se lo ayen sacado, y de otra fuerte no se puede executar la disposicion desta ley: porque supongamos que el testador dexó tres hijos, y dispuso de todo el quinto en legados, ó obras pias, en tal caso dize la ley, que en la quarta parte suceda la muger. Si esta quarta parte se saca antes de sacar el quinto, viene a llevar la muger mayor parte que los herederos legitimos, que es dar en el inconveniente, que quiso evitar la ley; porque de las tres partes de la hacienda, que quedan sacada la quarta parte para la muger, se huviera de sacar el quinto, y sacado este, lo restante avia de repartir entre los tres herederos, y assi llevaria cada vno de los hijos, ó descendientes, mucho menos que la muger: y el mismo inconveniente se sigue aunque el testador no disponga de todo el quinto, porque siempre es necessario, que del quinto se gaste alguna parte en el funeral, y essa llevarán menos los descendientes legitimos que la muger. Si la quarta parte de esta se sacasse antes de apartar de los bienes el quinto, y las tres partes de los tres hijos se sacassen despues; de la misma fuerte se sigue inconveniente contra las mismas leyes, si dicha quarta parte de la muger se huviera de sacar despues de sacado todo el quinto, en

Pppp calo



cafo que el difunto no huviera difpuefto de todo él en obras pias, ó legados. Porque fupongamos, que los descendientes fueren mas de tres, en tal cafo las leyes difponen que la muger fucedá *in virilem portionem*, que es dezir, que lleue igual parte con cada vno de los herederos, y esta no fe pudiera verificar en cafo, que el testador no difpusiefse de todo el quinto, fino que folamente fe gastafe del quinto lo neceffario para el funeral, y Millas, entonces heredán los descendientes el remaniente del quinto, juntamente con la forçofa legitima, que segun las leyes fe les debe: por lo qual fi la parte que pertenece a la muger, fe facafe antes de facar la parte del quinto, que fe gasta en el funeral, y Millas, lleua mas parte en la herencia, que los descendientes legitimos, que facan fu parte despues de facados los gastos de funeral, y Millas; y fi la parte perteneciente a la muger, fe facafe despues de apartado todo el quinto, lleuaria la muger menor parte que los descendientes, y assi nunca fe verifica, ni cumpliria la difpoficion de las leyes, de que fucedá la muger juntamente con los descendientes legitimos, *in virilem portionem*, por iguales partes. El mismo argumento fe puede hazer de la Authent. vt liceat matriæ, & auiaæ, §. Quia vero legem. collat. 3. que difpone, que muriendo el marido, y quedando la viuda fin dote, y pobre, faque la quarta parte de la hazienda del marido, con estas palabras: *Si usque ad tres habuerit filios eius vir siue ex ea, siue ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filij tantum accipere inbemus mulierem quantum vni competit filiorum.*

187. Las leyes del Reyno no explican esta circunstancia, fino folamente difponen assi, p. 6. tit. 13. l. 7. *Si el marido no dexaſe a tal muger en que pudiesse bien, y honestamente vivir, ni ella lo huviesse de lo ſuyo, pueda heredar hasta la quarta parte de los bienes del, maguer aya hijos.* Esta ley del Reyno no contradize a las dos de las autenticas referidas, antes las aprueba, y confirma, pues como dize alli Greg. Lopez, Gloss. 1. esta ley fe tomó de los dichos autenticos, y la misma ley la dá a entender, porque dá por razon desta difpoficion, que assi lo tuvieron por bien los Sabios antiguos, que son los Jurifconsultos, por cuyo conſejo fe difpusieron dichas leyes, y Greg. Lopez, p. 6. tit. 5. l. 10. Gloss. 10. y tit. 13. l. 9. Gloss. 3. dize, que las leyes de las Partidas no revocan, ni corrigen en cofa alguna al derecho comun, fino lo expreflan; antes en las circunstancias, que en las leyes de las Partidas no fe explica, fe han de entender

conforme al derecho comun. Y es doctrina comun de todas las leyes, que nunca fe debe prefumir, que vnas revocan a otras, fino conſta claramente de la revocacion, fino que vnas fe han de explicar por otras, y todas fe han de concordar. Auth. de exhibend. reis. §. Quoniam vero. *Omnibus modis concordantia legum ſeruentur.* Y l. Cum omnia. C. de inoffic. dotib. *Leges legibus concordare promptum est.* Por lo qual Greg. Lopez, p. 6. tit. 13. l. 7. explica la ley del Reyno con todas las circunstancias, que le dan las autenticas referidas, y alli claramente dá a entender, que esta quarta parte que ha de lleuar la muger del difunto, fe ha de facar de la hazienda, que han de heredar los hijos despues de facado todo el quinto, fi de todo él difpuso el testador, y fi el testador no difpuso de todo el quinto, ha de facarfe esta quarta parte tambien del remaniente del quinto, que quedó incorporado con el demás cuerpo de bienes, por herencia de los herederos: que esta fea la mente de Greg. Lopez, conſta porque alli difputa, fi en esta quarta parte, que fe ha de facar para la muger del difunto, fe ha de grauar la legitima de los hijos, y dize, que fi el marido muriesse abintestato, no tiene tanta dificultad, porque entonces es poco lo que fe graua la legitima de los hijos; porque como entonces el difunto no difpuso del quinto, fe queda este quinto incorporado en el cuerpo de bienes, y facando de todos ellos la quarta parte para la muger, fe viene a damnificar poco a las quatro partes, que es la legitima forçofa de los hijos; como fi el difunto dexò de caudal cinco mil pesos, fi no difpuso del quinto en obras pias, y otros legados, quedan todos cinco mil en el cuerpo de bienes, y facando de ellos la quarta parte para la muger, que fon mil y docientos y cincuenta, folamente fe graua la legitima de los hijos en docientos y cincuenta pesos; pero fi el difunto dexò difpuefto de todo el quinto como le permiten las leyes, y despues de facado todo el quinto, faca la muger la quarta parte, dize Greg. Lopez, que es cofa mas dura, porque toda esta quarta parte fale de la legitima de los hijos, en que fe agraua muchifimo, y refponde alli Greg. Lopez, que no obstante fe ha de facar esta quarta parte, para que la muger tenga de que ſuſtentarfe decentemente: y que aunque las leyes del Reyno difponen, que la legitima de los hijos no pueda ser grauada en cofa alguna por los padres, ni demás ascendientes; pero no fe oponen al grauamen legal, que nace de la difpoficion de las leyes: y añade, que quando los herederos fon hijos de

de la misma muger, no es mucho el grauamen; porque segun las dichas autenticas de propiedad de dicha quarta parte, es de los hijos, y folamente goza la viuda el vſufructo mientras viue. Desta doctrina de Gregorio Lopez conſta claramente, que affienta en que la quarta parte que ha de pertenecer a la muger, fe debe facar del monton de bienes, que se avia de repartir entre los descendientes, despues de facada aquella parte del quinto de que difpuso el difunto, ó despues de facado todo el quinto, fi de todo difpuso el difunto. Esto mismo dize aun mas exprefſamente Molina de iust. tract. 2. disp. 164. n. 19. y dize fin poner en ello duda, que esto es difpoficion de las leyes de los Reynos de Castilla, y de Portugal, y del Derecho comun.

188. Y fi bien fe confidera la dicha ley 7. de las Partidas, baſtantemente dá a entender, que fe ha de facar del modo referido de la hazienda del marido, la quarta parte que ha de lleuar la muger; porque dize la dicha ley: *Pueda heredar hasta la quarta parte de los bienes del marido, maguer aya hijos.* Aunque tengas hijos dá a entender en esta palabra, que fe faque dicha quarta parte con grauamen de la legitima de los hijos; porque fi quisiera que fe facara con grauamen del quinto de que puede difponer el que tiene descendientes legitimos, dixera maguer fe difminuya fu quinto, ó cofa equivalente. Y fin duda alguna, que en cafo que fe aya de facar dicha quarta parte de los bienes del marido, para que la muger no quede deftituida, el modo referido es el mas apto, y conforme a razon; porque haziendole en la forma dicha, no fe le quita, ni limita al que tiene descendientes, la facultad que le dan las leyes de difponer de la quinta parte de fus bienes en bien de fu alma, ó de otros eſtraños a quien quiera hazer eſte bien: y en cafo que no difponga de todo el quinto, es equidad conforme a Derecho, que la parte que reſta de dicho quinto, ceda en aumento de la legitima de los hijos, y de la quarta parte de la muger, y gozen todos deſte aumento; y no es cofa muy dura, que aviendo las leyes aumentado tanto la legitima de los descendientes, y eſtrechado tanto la facultad de difponer de fu hazienda a los ascendientes, que folamente puedan difponer de la quinta parte de ella, y las quatro partes sean forçofamente de los descendientes, ſiendo assi, que por Derecho comun la legitima, que fe debia a los hijos, era folamente la tercera parte de la hazienda, fi los hijos no paſſaban de quatro, y fi los hijos eran cinco, ó mas, les

pertenencia de legitima la mitad de la hazienda, y de todo lo demás podian difponer los padres, y abuelos a fu voluntad. Assi conſta del Derecho, auth. de trien. & ſemis. y Hec nos, collat. 3. Auth. nouissima. C. de inoff. testam. *Si quatuor ſint filij vel pauciores ex ſubſtantia deficientis triens, ſi plures ſint ſemis debeatur eis.* Y lo mismo fe difponia en las leyes del Reyno, p. 6. tit. 1. l. 17. lo qual fe reuocó por las leyes mas modernas, l. 28. de Toro, y en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 6. l. 12. y tit. 8. l. 7. y 8. Estas leyes no permiten a los ascendientes difponer mas, que de la quinta parte de fu hazienda, y que les dexen intactas, y fin grauamen las quatro partes: pues eſtando tan aumentada por las leyes la legitima de los hijos, no es cofa muy dura, que a la muger del difunto, quando es pobre, fe le de la quarta parte de la hazienda, que avian de heredar fus hijos, ó fi eſtos fueren mas de tres, que fea admitida por coheredera como vno de los hijos; eſpecialmente, que en esta parte que lleua la muger del difunto, fe debe contar qualquiera legado, que el difunto le aya dexado, y qualquiera cofa que ella aya recibido de los bienes de fu marido despues de fu muerte, y haze eſto mas tolerable, porque fi fon hijos de la misma muger, fe queda la propiedad deſta quarta parte en ellos, gozando la muger folamente el vſufructo por los dias de fu vida. Todo eſto conſta exprefſamente del Derecho, auth. vt liceat matri, & auiaæ. §. Quia vero, collat. 8. y auth. de exhibend. rei. §. Quoniam vero, collat. 3. y auth. præterea. C. vnde vir. & vxor.

## CONSULTA XXXVII.

*Sobre ſi la particion, que hizo vn Indio de ſu hazienda, dividiendola en quatro partes, y mandando, que las tres hereden tres hijos ſuyos legitimos, y la quarta parte ſu ſegunda muger con quien eſtuvo caſado vnos ſeis años, juntamente con la ropa traída de ella, ſea juſtificada, y obligue en conciencia?*

## PROPUESTA.

VN Maefte de Campo de Dilao eſtuvo caſado con Maria mas de 18. años, y tuvo en ella tres hijos, que viuen oy: despues lo eſtuvo con Juana, con quien eſtuvo caſado mas de 6. años, y murió fin tener hijos en ella. En ſu teſtamento (que lo hizo fin ſolemidad, al modo que vſan los Indios) difpone, que cumplido ſu funeral, fe reparta ſu hazienda por quatro partes iguales entre ſu

muger, y sus tres hijos. Refiere, y pone en el testamento todos sus bienes, especificados como inventario, y dize, que a su muger le entreguen tales, y tales bienes, que son de ella, y que demás desto se le entregue toda la ropa de su vestuario de ella, que estuviere traída, sin que esto entre en la particion. De aqui se han originado algunas dudas entre la segunda muger, y los hijos de la primera: remitieron el testamento, y hizieron relacion de las dudas el Albacea, y las partes referidas, pidiendo parecer.

## PARECER CC.LXXV.

189. **D**igo lo primero, que la reparticion, q hizo el testador de su hacienda en quatro partes iguales, que se dividan entre la muger segunda, y los hijos de la primera, es justificada, muy conforme a razon, y equidad, y en conciencia deben pasar por ella todos quatro, y escusar todo genero de pleytos, y consiguientemente el que pusiere pleyto, pecará gravemente molestando, è inquietando a los demás, y estará obligado a pagar a los otros todos los gastos, y costas, que les hiziere gastar pleyteando, y creo, que al fin del pleyto no hará otra cosa mas de aver gastado lo que le tocó de dicha hacienda. La razon de la justificacion de dicha particion, es, porque ni el testador, ni la muger, y hijos saben, ni les ha confiado quantos fueron los gananciales durante el primer matrimonio, ni quantos durante el segundo, ni saben con claridad quanto tenia de caudal el dicho Maese de Campo quando casó con la primera muger, ni quando casó con la segunda: solamente se sabe, que él tenia muy poco caudal quando casó la primera vez, y que ambas mugeres traxeron menos que él, y que con la segunda estuvo casado 6 años, y con la primera tres tanto, que fueron 18. Tambien se debe presumir, que en estos seis últimos años ganaria mas en los empleos, que al principio quando casó con la primera muger, porque aora tenia grueso caudal, y antes era muy corto. Demos caso, que en los seis años, que estuvo casado con la muger segunda, ganó mil pesos, y que en todos los 18. que lo estuvo con la segunda, ganó solamente otros mil; en este caso los mil, que ganó en los 18 años, son de los hijos, y los otros mil se reparten, la mitad son de la segunda muger, y la otra mitad de sus hijos. Los gastos del funeral, que serian la quinta parte, fueron bien sacados del monton antes de la particion, como dispuso el testador, porque no es creible, que no ganaf-

se mas en 18 años, que en seis; que aunque empezó con poco caudal, ya despues de nueve, ó diez años de casado, tendria bastante caudal para emplear, y assi debe tener por bien la dicha Juana, que el funeral se sacase de todo el monton, porque no seria conforme a razon, que llevase la mitad de los gananciales tan enteramente, aviendo estado casada 6 años, aviendo durado el primero matrimonio 18 años: y aun desta manera juzgo, que si ay algun yerro, se ha errado en favor de dicha Juana, y a esto se llega, que el testador dispone, que se le den a su muger tales bienes q son suyos. Digo, que se le entreguen sin entrar en la particion, porque, ó se los dá por los bienes, que traxo quando vino a su compañía, ó por lo que saca del monton para el funeral; y si alguna de las partes lleva con esto algo de más, se presume darle del remaniente de su quinto. Toda la justificacion desta particion se funda en la verisimilitud, por no constar claramente el derecho de las partes, y esto es lo que se debe hacer; porque como dize Bal. const. 180. n. 3. volum. 3. *Qui arguit à verisimili, arguit à ratione naturali, quia similitudo est cognata natura.*

190. Digo lo segundo, que por la clausula, que dize se le dá a la muger la ropa de su vestuario traída, se entiende la ropa, que ordinariamente usaba, porque lo mismo es ropa traída, que ya usada, y servida; y assi no se debe entender de las galas, y vestidos extraordinarios, y de valor especial, ni de los vestidos, que en el inventario llama el testador nuevos, y menos de los que aun no están acabados de hacer; porque lo que llevar de estas cosas, ha de entrar en la quarta parte, que le toca de su particion: de lo inventariado le pertenecen todas las cosas de vestidos de muger, a que el difunto llama servidas, v.g. naguas de barahunda, y otras cosas; porque llamandolas el testador servidas, quiso dezir, que son ropa traída, que en la otra clausula manda entregar a su muger, sin entrar en la particion, y esto que el testador llama servido, se debe a Juana, aunque parezca nuevo, y todo lo demás, que constare estar ya servido.



CON.

## CONSULTA XXXVIII.

*Sobre si lo que los parientes de una muger casada dan a su marido, se aya de tener en las partijas por bienes del marido, ó de la muger?*

## PROPUESTA.

**S**uplico a v.m.d. me avise, qué debo hacer en este caso; y es, que estando Pedro en esta Ciudad, y casa, me dixo, que comprara vn solar, para incorporarlo con las casas de mi morada, que me ayudaria con quinientos pesos: y aviendo pasado algunos meses, me escrivio dicho Pedro le cobrasse cantidad de dos mil pesos, que le debian en esta Ciudad, y de ellos me quedara con los quinientos, que me tenia ofrecidos, en que puse toda sollicitud, y cobré, y me quedé con dicha manda, y los demás le remití. Assi en esto, como en todo lo que se le ha ofrecido a dicho Pedro, he asistido con voluntad, mostrandome siempre agradecido, y lo mismo hize desde la Pampangá, siendo yo Alcalde mayor de dicha Prouincia, regalándole con lo que se pudo, y le embié de presente vna banca, que me daban cien pesos por ella, sin ningun interés, y desde esta Ciudad le remití balones de papel, medias de seda, calcetas, vnas varas de terciopelo, seda, y otras menudencias, que todo me ha pedido sin aver embiado dinero para ello, y yo como agradecido lo he remitido todo. Pregúto si los dichos quinientos pesos los debo meter en el cuerpo de mis bienes, ó le tocan a mi muger, por ser su deuda? si bien dize el dicho Pedro no tener pariente alguno, y no me consta de cierto con qué intencion me dió los dichos quinientos pesos; y assi me saque V.P. de esta duda, qué es lo que debo hacer?

## PARECER CC.LXXVI.

191. **A**L caso que v.m.d. pregunta respondo, que no puede v.m.d. poner por bienes suyos propios los dichos quinientos pesos, porque pertenecen a su esposa, sacando de ellos los cien pesos del valor de la banca, que v.m.d. le embió, y todo lo que v.m.d. ha gastado, comprando, y embiándole lo que le ha embiado a pedir; pero por los regalos menores ordinarios, como frutas, y otras cosas de poco valor, no se ha de descontar cosa alguna. La razon desto es, porque no solamente el dote, y todos los demás bienes que la muger traxo al matri-

monio le pertenecen, sino tambien todos los que le dieron sus parientes, ó otra qualquiera persona, despues de contraido el matrimonio; assi consta de las leyes del Reyno en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 9. l. 3. que dize assi: *Si el marido alguna cosa g. uare de herencia de padre, ó de madre, ó de otro propinquo de donadio de señor, ó de pariente, ó de amigo, ó en la hueste del Rey, ayulo todo quanto ganare por suyo. Esto que dicho es de suyo de las ganancias de los maridos, esso mismo sea de las mugeres.* Y assi es cosa cierta, que pertenecen a la muger como bienes propios suyos, todo lo que le diere qualquiera pariente, ó conocido suyo, ó qualquiera extraño, constando que la dadiua se hizo a la muger.

192. Resta aora averiguar, si estos quinientos pesos los dió Pedro a v.m.d. ó a su esposa, y tengo por cierto, que no le hizo a v.m.d. la donacion, sino a su esposa; porque aunque es verdad, que a v.m.d. le hizo la entrega, ó quasi entrega de los quinientos pesos, diciéndole antes, que ajustaria hasta quinientos pesos, y luego dándole orden de que cobrasse por su cuenta dos mil que le debian, y se quedasse con los quinientos, todo esto no fue en orden a aumentar el caudal de v.m.d. sino en orden a aumentar el caudal de la sobrina de dicho Pedro, y darle esta cantidad como en dote. Esto es cierto, porque no ay titulo suficiente para presumir, que dicho Pedro quisiesse aumentar el caudal de v.m.d. ni que atendiendo a su aumento, quisiesse hacer esta donacion; sino precisamente por estar v.m.d. casado con su sobrina, y por ver que se casó con muy corto dote, y que el padre de ella está pobre, y no tiene que darle. Y para que v.m.d. vea la evidencia desta razon, considere, que no le huviesse casado con esta niña, sobrina de Pedro, y si en tal caso le daria dicho Pedro esta cantidad, ni otra cosa alguna de valor considerable, como no se la dió antes que v.m.d. contraxasse este matrimonio, ni usá dar a otros amigos, que tiene de la calidad de v.m.d. seme/antes donaciones; y assi se ha de presumir, que la intencion del dicho Pedro en esta donacion, fue por respeto de su sobrina, y para aumentarle su dote, ó caudal, no para aumentar el de v.m.d. y esto se colige del Derecho, l. Additio. ff. de acquir. hæred. donde dize, que lo que se adquiere por respeto de alguno, se presume ser suyo, y que la persona por cuyo respeto se dá, lo dá, ó dispone de ello, y consiguientemente qualquiera cosa, que al marido se entrega por respeto, y atencion de su muger, es lo mismo, que si la muger se la entregara, como se en-

entregò la dote, y demàs bienes que traxesse al matrimonio, y esta es mas comun senten- cia de los Doctores : lleuanla Silvest. verb. Donatio. 2. q. 5. Bart. l. Sed si plures. § In arro- gato. ff. de vulgari. n. 4. el Abad. cap. Quia plerique. de immun. Eccles. n. 36. Menochio de pres. lib. 3. pres. 26. n. 13. Fr. Luis Lopez, lib. de contract. cap. 47. Sanchez de matr. lib. 6. disp. 26. n. 11. Molina, tract. 2. de iust. disp. 430. Julio Claro, lib. 4. sent. recep. verb. Do- natio, q. 10. Ant. Gomez, l. 50. Tauri. n. 67. Mascardo de probat. conclu. 564. à n. 5. Ro- sella, verb. Donatio. l. n. 39. Gutier. 2. pract. q. 120. n. 9. y Nauarro in Summ. cap. 17. n. 166. y otros muchos que estos citan , los quales afirman, que todo lo que se dà al ma- rido por respeto de la muger , es de la mu- ger , y que deshecho el matrimonio por muerte de alguno de los casados, ò por otra causa, pertenece a la muger , ò a sus herederos , aunque la contraria opinion tiene algu- na probabilidad, y la lleuan algunos Docto- res, pero pocos , y no tan clàficos como los referidos.

193. No haze contra esta resolucio- n que se propone en la pregunta de que Pe- dro ha dicho vezes, que no tiene pariente al- guno , porque el padre de su esposa de v. md. siempre se ha tenido, ypreciado por so- brino de Pedro , y por hijo de vn hermano fuyo: y aunque a vezes niega tenerle paren- tesco, porque como no es hijo legitimo de su hermano , y los hijos ilegítimos no son muy ciertos, y las mas vezes es cortesia, ó razon de estado creer que lo son; con todo esto siem- pre lo ha fomentado como a sobrino, y queda cuidando de sus hijos quando se ausenta, y atiende a los aumentos de esta casa , y comunmente en la Republica son tenidos por parientes de Pedro ; y aunque fuere muy cierto , y evidente , que no son parientes, se debia presumir , que esta donacion la haze a su esposa de v. md. y no a la persona de v. md. porque sea, ó no sea nieta de su hermano , es cosa evidente , que ha cuidado siempre de ella, y de sus hermanos , y los ha fomentado; si no haze esto por parentesco, por lo menos lo haze por la sujecion , y rendimiento, que su padre siempre le ha tenido, llamandole, y reconociendole por tio , especialmente no teniendo el dicho Pedro otros parientes mas ciertos, ni aun dudosos en esta tierra. Y la ra- zon, y fundamento de la resolucio n dada, no consiste en que sea verdadero el parentesco de Pedro con su esposa de v. md. sino en el fomento, y amparo, que su esposa de v. md. y sus hermanos , y su padre han tenido , y tien- nen en dicho Pedro, en que se funda la pre-

funcion , de que para fomentaria dió esse dinero.

194. Ni haze contra esta resolucio- n el averle v. md. cobrado los dos mil pesos que le debian en Manila ; porque siendo la co- brança segura, facil, y sin pleyto , no merecia esta paga tan exorbitante de quinientos pe- sos : y bastante titulo es para pedirle a v. md. la diligencia de esta cobrança averle de dar a v. md. como administrador de los bienes de su muger , estos quinientos pesos. Si la cobrança fuere muy dudosa , y estuviese a pique de perderse , y por diligencias de v. md. se huviese logrado , ò si le huviese costado grandísimos trabajos la cobrança, en tal caso teria la dativa hecha a v. md. y no a su muger, como por pagá, y remuneracion.

195. De la misma suerte el averle v. md. asistido, y mostrado se agradecido , y regala- dole desde la Pampangá , no haze presun- cion, ni conjetura de que quitó hazer a v. md. la donacion de los quinientos pesos; porque la dicha donacion, ò promesa de ella , prece- dió a dicho agradecimiento , por lo qual no ay fundamento para presumir , que prome- tió , ò dió los quinientos pesos por agrade- cimiento de dichos regalos. Si antecedente- mente a la promesa de los quinientos pesos huviera v. md. regaladole con cosas de valor considerable , como si le huviera embiado la banca que valia cien pesos, y el dicho Pedro le embiasse a pedir a v. md. las cosas que hu- viesse menester sin embiarle dinero , como las varas de terciopelo , medias de seda , y v. md. se las embiasse sin pedirle lo que cos- tavan , y esto antecedentemente a la dona- cion de los quinientos pesos , y a la promesa de ellos ; en tal caso se debia presumir , que dió los quinientos pesos por agradecimien- to, y correspondencia a las obligaciones que tenia a v. md. y por amistad especial, y que no los daba por respeto de la sobrina , como se colige del Derecho, l. Si vero non remun- randi. ff. mandati. §. Idem Papinianus; y allí Bart. summa aquella ley con estas palabras: *Vnus actus donationis facit aliam donationem presumi.* Y Mascardo de prob. conclu. 560. n. 10. y Menoch. lib. 2. de Arbitrarijs. casu 88. n. 53. Gutier. 2. pract. n. 120. afirman, que aviendo precedido meritos antecedentes notables , ò equivalentes a la donacion , se presume , que la donacion se hizo por gra- decimiento de dichos meritos; pero en el ca- so presente aviendo precedido la donacion de los quinientos pesos a la donacion de la banca, y a las demàs cosas de valor, que se so- lia embiar, no es verisímil, que le prometió, ò dió los quinientos pesos por agrade- cimen-

miento , sino por causa de la sobrina.

196. De dativas pequeñas , y regalos de poco valor , que le aya hecho anteceden- temente, no se debe colegir, que por agrade- cimiento de ellos le dieite los quinientos pe- sos; porque como dize Tirac. l. Si vniquam. C. de reuocat. donat. verb. Donatione largi- tus, n. 78. la donacion no le presume remun- eratoria , si los meritos antecedentes no son equivalentes , ó por lo menos que no aya mucha desigualdad , porque de ninguno se presume que dà quinientos pesos por gra- decimiento de vn beneficio que vale mu- chísimo menos: que pueda descontar de los quinientos pesos, los ciento que valia la ban- ca que le remitió, y lo que le costaron todas las demàs cosas que le embió a pedir, consta, porque estas cosas se las embió en remun- eracion de los quinientos pesos que dió, y el que las embió a pedir las avia menester , y le avian de costar su dinero si v. md. no se las embiara; y como dichos quinientos pesos no son para v. md. como queda probado, sino para su muger, de aqui se colige, que del cau- dal de la muger ha de salir el agradecimien- to, y remuneracion , porque segun Derecho el que lleua la utilidad, ha de pagar el costo, y agradecimiento, reg. 55. de reg. iur. in 6. *Qui sentit onus sentire debet commodum* , *Et è con- tra.* Excepto si en otras cosas equivalentes, ó quasi equivalentes huviera correspondido Pedro à v. md. que en tal caso debiera declar- ar por hacienda de la muger toda la canti- dad de los quinientos pesos, porque no avria causa para rebaxarle cosa alguna, pues lo que le daban en remuneracion lo bolvia a satisf- acer.

197. Por causas de regalos de poco va- lor, como cosas de fruta, y otras semejantes, que suelen embiarse de ordinario por amista- d , no se debe rebaxar cosa alguna de los quinientos pesos , porque destas cosas entre amigos no se haze reparo , ni se aguarda mas remuneracion por ellas, que la amistad , y su conservacion, cap. Cum te. de sent. & reuidi- cata, y l. Nefenius. ff. de negoc. gest. y estas cosas que se embian sin averlas pedido, de ordinario no las ha menester el que las re- cibe, ni quisiera gastar en ellas su dinero, y no seria agallajo, sino molestia, y costo embiarle estas cosas, si las huviera de pagar, ò se las hu- viera de descontar, y ninguno quisiera rega- los con esta carga.

198. Por todo lo dicho podrá v. md. poner en su testamento que declara, que de- más de la dote que recibió de su muger , re- cibió de vn pariente fuyo otros trecientos y tantos pesos que le pertenecan, ò puede jun-

tar en vna clausula, y en vn numero la dote, y la cantidad que resta de los quinientos pe- sos, despues de descontar de ellos lo que se ha dicho, que le dió en agradecimiento , y dezir: Declaro, que del capital perteneciente a doña N. mi legitima esposa, han entrado en mi poder seiscientos y tantos pesos en que está incluído el dote, y todo lo demàs, que por respeto fuyo me han entregado; mando, que ante todas cosas se le paguen. Desta fuerte, sin especificar menudencias, se declara todo el capital que le pertenece.

## CONSULTA XXXIX.

*Sobre si este obligado el marido à entregar la dote, y la mitad de los gananciales à la muger adultera , no estando juridicamente probado el adulterio.*

## PROPUESTA.

Antonio contraxo matrimonio con Maria, y a pocos meses de casados lle- go a saber Antonio, que Maria le hazia tray- cion, de que llegó a tener toda certeza. Ma- ria se puso en cobro , y el adultero, con que viuieron algunos años apartados : y en vn viage que Antonio hizo a Nueva-España le dió vna graue enfermedad, dispuso de su ha- zienda sin hazer mencion de Maria , como si no huviera tal muger en el mundo : dexò la mitad de su hacienda a vna Iglesia , y que de la otra mitad se haga bien por su alma. Pre- guntase si avrà obligacion de darle a dicha Maria docientos pesos , que dicho Antonio recibió por su dote quando se casó con ella, y algo mas por razon de los gananciales , por- que quando murió dicho Antonio dexò de caudal mas de mil pesos?

## PARECER CC.LXXVII.

199. Responde, que de lo que ha au- mentado Antonio su caudal desde el tiempo que se apartò de su muger, no ay obligacion de darle a dicha su muger gananciales ; porque las leyes del Reyno disponen , que los aumentos que tuviere la hacienda durante el matrimonio , y viuien- do juntos en vida maridable , se dividan en iguales partes entre marido, y muger: assi di- ze expresamente en el lib. 5. de la Nueva Recopilacion, tit. 9. l. 2. con estas palabras: *To- da cosa que el marido , y la muger ganaren , ò compraren estando de consuno, ayanto ambos por medio.* Notete aquella palabra *estando de con- suno* , que quiere dezir , que lo que huvieren gana-



ganado de hacienda haciendo vida maridable, se parta entre ambos. De aquí se colige, que viviendo apartados, no son partibles los bienes, que el vno, o el otro ganaren, sino cada vno gane para sí, y la razón desto es clara, porque el título, y fundamento por el qual cada vno de los caídos lleva la mitad de lo que se ha ganado durante el matrimonio, es el trato de compañía de todos los bienes, industria, y trabajo personal, que ay entre los dos, y estando divorciados, o en qualquiera manera apartados marido, y muger, no ay entre los dos trato de compañía. En el caso presente aviendo estado la muger apartada del marido por culpa de ella, no tiene título alguno para participar de lo que ganó el marido: si por culpa del marido se huvieran apartado, como por crueldad, o malos tratamientos, o por otra causa que él diere; en tal caso se le debería su mitad a la muger, porque ya está hecho el trato de compañía, y no debe perder sus ganancias el vno, por el impedimento que le pone la milicia del otro; y esta es común sentencia, lleuanla Antonio Gomez sobre las leyes de Toro, l. 50. n. 72. Couarrub. 4. Decr. p. 2. cap. 7. §. 1. n. 6. Palacios Rub. in repet. cap. Per vestras. fol. 40. columna 3. Villal. to. 2. tract. 27. dif. 14. Azevedo in lib. 5. Noue Recop. tit. 9. l. 2. y otros citados por estos. Para quedarle el marido con estos bienes en este caso, y no estar obligado a dar parte de ellos a la muger, no es necesaria sentencia de Juez, porq̄ esta no es pena, sino que a la muger no le pertenecen, y son del marido desde el punto que los gana, porque assi lo disponen las leyes justas; y porque aviendo cesado el trato de compañía por culpa de ella, no tiene derecho alguno a lo que el marido ganare.

200. Quanto a la dote, y bienes gananciales, que antes del adulterio estuviesen ya adquiridos (si es que en tan corto tiempo ya se avia aumentado en algo el capital) respondiendo, que la debe perder la muger adultera, y la gana el marido: assi está expreso en las leyes del Reyno en la Nueva Recop. lib. 8. tit. 20. l. 1. y 3. y 4. y 5. y en las Partidas, p. 7. tit. 17. l. 15. Lo mismo se determina en el Derecho Canonico, cap. Plerumque. de donat. inter virum, & vxor. *Si mulier ob causam fornicationis iudicio Ecclesie aut propria voluntate a viro recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, dotem vel dotalitium repetere non valebit.* Por lo qual pudo el marido lícitamente, no darle el dote, ni cosa alguna de los bienes gananciales, y disponer de todo como de cosa propia fuya, y el Albacea puede consiguientemente disponer de los bienes

conforme a la voluntad del testador, sin darle cosa alguna a la muger.

201. Vna dificultad muy graue se ofrece contra esta resolución, y será necesario proponerla, y satisfacerla. La dificultad es, porque el perder la muger por el adulterio su dote, y bienes gananciales, que ya le pertenecian, es pena que le pone la ley por causa del delito cometido, pues le priua de los bienes, que sin controuersia eran suyos, y las penas no se incurren antes de la sentencia de Juez legitimo, como enseña Santo Thomás, 2. 2. q. 62. art. 3. *Quantum ad culpam adhibetur remedium per penam cuius inflictio pertinet ad iudicem, & ideo ante quam sit condemnatus per iudicem, non tenetur sed postquam condemnatus est, tenetur penam solvere.* Y esto mismo afirman casi todos los Doctores, Villal. 1. p. tract. 2. dif. 25. y 26. hablando en general de las penas, y en particular desta de perder la muger el dote por el adulterio, lo dize 2. p. tract. 27. dif. 9. Man. Rodr. to. 1. Summ. cap. 99. Ioan. Andr. in cap. Porro de diuor. n. 3. el Hostien. ibid. Præposito, ibid. n. 4. Baldo in cap. Ex parte, de conuet. n. 8. y se colige de ambos Derechos, cap. Cupientes, de elect. in 6. §. Si vero. donde pone pena de priuacion del derecho, que ya tenian adquirido por la elección. *Omni iure ipsi ex tali electione quasi priuentur.* Y alli la Glossa añade: *Per sententiam, y de reg. iur. in 6. reg. 59. In panis benignior est interpretatio facienda.* y l. Factu. ff. de reg. iur. *In penalibus causis benignius interpretandum est.* Y si se interpretasse, que la adultera perdiere su dote sin preceder sentencia de Juez, no sería interpretacion benigna, sino muy rigorosa.

202. Responde a esta dificultad, que la muger adultera no está obligada a entregar su dote (si ella lo tuviere en su poder) antes de la sentencia del Juez, ni el marido se lo pudiera sacar sin preceder dicha sentencia, y esto solo se convence con la razón propuesta, de que el perdimiento de la dote que ponen las leyes a la adultera, es pena, cuya execucion requiere sentencia de Juez; pero estando la dote en poder del marido, no está obligado a entregar la dote a la muger adultera, sino puede lícitamente quedarle con él.

203. El primero fundamento desta resolución, es, porque en caso de adulterio de la muger, tiene derecho el marido a pedir por justicia el dote, aunque lo huviere ya pagado, y entregado a la muger. Luego antes de averlo pagado, y entregado tiene derecho para retenerlo, y no darle, aunque se lo pidan, y quedarle con él, porque al que

tiene

tiene acción para pedirlo, compete tambien la excepción para no pagar lo que puede pedir despues que lo huviere pagado. Assi consta del Derecho, l. Creditori. C. de pactis. donde se refiere de vn deudor, que pagó a su acreedor parte de la deuda, y se conuiniere en que no le pidiese la parte que restava por causa de aver el deudor hecho, y patrocinado negocios, y causas del acreedor, y determina alli el Derecho, que está libre de la obligación de pagar lo restante de la deuda, y dá esta razón, porque tiene el deudor excepción del pacto, y negocios que hizo por el acreedor, para repeler la petición del acreedor; y añade, que si el deudor despues del pacto por ignorancia pagasse lo restante de la deuda, lo pudiera repetir, y de aquí colige, que no lo debe pagar: *Ea obligatione liberatus es, nam exceptio perpetua patenti conuenit, vel doli residui petitionem repellit cum & solum per ignorantiam repeti potuisset.* Desto se colige en el caso presente, que el marido no está obligado a pagar la dote, porque tiene la excepción del adulterio para repeler la petición si ella la pidiere; y si el marido entregasse la dote, tiene acción para repetirla, y consiguientemente teniendola en su poder, no tiene obligación a entregarla, sino amparado con la excepción que tiene por derecho, retenerla, y quedarle con ella. Esta ley del Código sumó alli Alexandro, y Saliceto con estas palabras: *Cui damus actionem, tanto fortius exceptionem.* Quien tiene acción para pedir la dote de su muger por causa del adulterio, por mas fuerte razón tiene la excepción para no pagarlo si se lo pidieren, y para quedarle con él, y esto mismo determina el Derecho, l. Ait prætor. ff. de superficiebus. *Cui damus actionem, eidem, & exceptionem competere multo magis.* Y reg. 71. de reg. iur. in 6. *Qui ad agendum admittitur, est ad excipiendum multo magis admittendus.*

204. El segundo fundamento es, porque el Derecho Canonico, cap. Plerumque. de donat. inter vir. claramente dize, que la muger que por causa de adulterio está apartada de su marido, no puede pedir la dote, ayale apartado por sentencia de la Iglesia, o por voluntad della, o del marido. Las palabras del texto se refieren arriba, y no teniendo la muger potestad para pedir el dote, se sigue que la tiene el marido para no darle, y quedarle con él. Y esto consta de otros muchos textos del Derecho, que dan por culpa, y dolo el pedir vna persona lo que despues le han de obligar a restituir, reg. 59. de reg. iur. in 6. *Dolo facit, qui petit, quod restituere*

*oportet eundem.* Y l. In condonatione ff. de reg. iur. *Dolo facit, qui petit quod redditurus est.*

205. Tercero fundamento: si la muger pidiese su dote, o el marido se lo diere, pudiera luego bolverlo a pedir por justicia, y se lo mandarian bolver, y assi sería acción inutil, frustratoria, y circulo vicioso pagar para luego cobrar, y pedir la muger el dote, para que luego se lo manden bolver. S. Thom. 1. p. q. 25. art. 2. ad 2. dize, que aquello es frustraneo, é inutil, que no consigue el fin a que se ordena: *Frustra est id quod ordinatur ad finem, quem non attingit.* Y acciones desta calidad, que no han de tener el efecto a que se ordenan, no las admite el Derecho, antes las reprueba por inútiles, cap. Per tuas. el 1. de simonia. dize, que algunas excepciones contra los testigos de que ofrecian probanza no se admitan, porque aunque las probasen aprouecharian poco: *Ceteras exceptiones duximus repellendas quoniam, & si probate fidei testimonium debilitarent in aliquo, non tamen euacuarent ex toto.* Y alli la Glossa: *Est argumentum quod non debet quis admitti ad probandum quo probato non prodest.* Y l. Scindum. ff. de in offi. testam. *Melius facerent si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinendi spem non habeant.* Gasto inutil, y trabajo vano será en la muger que cometió adulterio, pedir el dote para bolver luego a restituir, y en el marido entregarlo para bolverlo a cobrar. Y l. Ad probationem. la 1. C. de probat. *Erga probationem laborare non conuenit siquidem huiusmodi licet probetur factum, tamen intentioni nullum prabet adminiculum.* Y alli la Glossa: *Id debet quis probare quo probato adiubetur.* Y la Glossa marginal: *Index non debet permittere, ut labor insumatur circa inanes probationes.* Destos rextos se originó aquel adagio vulgar: *Frustra expectatur euentus, cuius nullus est effectus.* Y assi, aunque la adultera no está sentenciada por el Juez a perdimiento del dote, con todo esto lo tiene perdido, porque la acción que tiene para pedirlo es muy debil, pues facilmente puede el marido repelerla con la excepción del adulterio, y con la misma excepción tiene derecho para retenerlo, y quedar con él, y assi lo afirman comunmente los Doctores, que tratan desta mareria, Angelo, verb. Adulterium. n. 6. Armilla, ibid. n. 13. el Abad, in cap. Plerumque. de donat. inter vir. n. 4. Alexand. de Neuo, ibid. n. 5. Rosell. verb. Diuortium. n. 14. Sanchez, de matrim. lib. 10. disp. 8. n. 13. Tabiena, verb. Adulterium. q. 1. & verb. Dos. q. 13. y Silvest. verb. Adult. y 5. & 6. & verb. Dos. q. 15. y los Doctores, que afirman, que se requiere sentencia de

Juez para que la muger pierda el dote, hablan de la obligacion de la muger adultera, que ella no está obligada a despoñerle de su dote, o de otros qualesquiera bienes suyos, que paraffen en su poder, ni a entregarlos al marido, hasta que por sentencia de Juez le obliguen a entregarlos, porque el perdimiento del dote es pena que no obliga al reo a pagarla hasta que le sentencien; pero no afirman, que el marido tenga obligacion de entregar el dote a la muger, que está apartada del por adulterio della. Tambien hablan del fuero externo, que no aviendo sentencia de Juez, si la muger pide su dote, se verá el marido obligado a entregarlo, ó ha de probar el adulterio; pero no pidiendolo la muger, puede el marido quedarle con él, sin ser necesario que intervenga sentencia de Juez. Tambien aprouecha la sentencia del Juez, para que si el marido despues cae en adulterio, no esté obligado a restituir el dote. Para inteligencia desto se ha de advertir, que en quanto a las penas ciuiles, como perdimiento de bienes, y divorcio, son iguales el marido, y la muger que cometen adulterio. Assi lo dicen las leyes del Reyno, p. 4. tit. 9. l. 13. *En tales acusaciones como estas el marido, y la muger igualmente deben ser juzgados, segun manda la Santa Madre Iglesia.* Lo mismo se determina en el Derecho comun, l. Viro. ff. soluto matrim. donde tratando de las penas ciuiles del adulterio, dize, que si ambos cometen adulterio, ni el otro debe ser castigado, y dá la razon, porque siendo delitos iguales, se recompensa el vno con el otro. *Paria enim delicta mutua compensatione dissoluantur.* Lo mismo consta del Derecho Canon. cap. Intelligimus. de adulter. donde se refiere de vna muger, que adulteró, y se ausentó de su marido, el qual por esta causa no la queria despues recibir, y alegó ella, que su marido tambien avia adulterado, y se determina alli, que se le obligue al marido a que la reciba, y haga vida maridable con ella: *Cum matrimonium in utroque lasum consistat, & paria delicta mutua compensatione tollantur, eum cogas, ut eam recipiant, & maritali affectione pertractet.* Lo mismo se determina en el cap. siguiente: la razon es, porque estas penas Ciuiles se ponen al adulterio en quanto dize el quebrantamiento de la fé al conforte, y a la injuria, que en esto se haze al Sacramento, y contrato matrimonial, y en quanto a esto igual deformidad dizen el adulterio de la muger, y el del marido, y assi se recompensa el vno con el otro.

206. Y aunque es verdad, que el adul-

terio de la muger en quanto a los daños que causa al marido tiene mas grauedad que el que comete el marido, porque el adulterio de la muger causa grauissima deshonra al marido, y le pone en duda los hijos: todo lo qual explican muy bien las leyes del Reyno, p. 7. tit. 17. l. 1. y alli Greg. Lopez, y con mas latitud Tiraq., l. 1. conub. Glossa 1. p. 1. desde el numero 44. Por esta mayor grauedad, que tiene por esta parte, le está puesta por las leyes pena de muerte a la muger que haze adulterio contra su marido, la qual no está puesta al marido que agravia con adulterio a su muger: y en quanto a esta pena no se recompensan los adulterios de ambos, porque en orden a esta pena no son iguales. Por esta causa en quanto a lo criminal no se recompensa el adulterio de la muger con el que cometió el marido, y puede el marido, aunque esté publicamente amancebado, acusar criminalmente a su muger de adulterio, y al que lo cometió con ella, y hazer que por ello mueran ambos: y si la muger opusiere contra su marido, que tambien ha sido adulterio, no será oída, ni escusará la pena de muerte. Assi lo disponen las leyes del Reyno, lib. 8. Nouæ Recop. tit. 20. l. 3. donde aviendo puesto pena de muerte a voluntad del marido a la adultera, y adultero, añade: *La muger no se pueda escusar de responder a la acusacion del marido, porque diga, que quiere probar que su marido cometió adulterio.* Y p. 7. tit. 17. l. 1. dize: *Pues que los daños, y las deshonras no son iguales, quisiada cosa es, que el marido aya esta mejoría, e pueda acusar a la muger del adulterio si lo fiziere, e ella non a él.* Lo mismo se determina en el Derecho comun, l. Publico. C. ad leg. Iulian. de adult. *Non habere mulieres adulterij accusationem, quamuis de matrimonio suo violato queri velint lex Iulia declarat.* Y esta determinacion de las leyes la refiere, y aprueba el Derecho Canonico, cap. Apud misericordem. 32. q. 1. y en esto concuerdan comunmente los Doctores.

207. De aqui se colige lo primero, que en quanto a lo criminal puede lícitamente el marido acusar a la muger, aunque él aya cometido adulterios, y si la coge en actual adulterio, y la matare, aunque en tal caso comete contra la ley de Dios pecado mortal de homicidio, y está en conciencia obligado a pagar los daños, pero gozan del beneficio de las leyes, que le dexan libre sin castigo alguno temporal por dicho homicidio: solamente disponen las leyes del Reyno, que en tal caso, que el marido con su propia autoridad vengó su agravio, que no

no gane la dote, ni gananciales, ni otra cosa alguna de su muger, sino que todo lo ayan los herederos de la muger. Assi está en el lib. 8. Nouæ Recop. tit. 20. l. 5. *El marido, que matare por su propia autoridad al adultero, y a la adultera, aunque los tome en fragante delito, no gane la dote, ni los bienes del que matare, salvo si los matare, o condenare por autoridad de nuestra justicia.*

208. Lo segundo se colige, que si el marido ha cometido adulterio, no se puede quedar con el dote, ni con los gananciales, ni con otros bienes de la muger, por causa del adulterio della, ni puede lícitamente divorciarse, ni pedir divorcio, porque quanto a esto se recompensa vn adulterio con otro; y aunque los adulterios de la muger fuesen muchos, y publicos, y el marido solamente vna vez despues que se casó con la tal muger llegó a otra muger, no tiene derecho de la excepcion que se dixo arriba, ni para retener el dote, y demás bienes de la muger, porque en la recompensacion de los adulterios no se atiende a lo publico, o oculto, ni a las vezes que se cometió, sino a la fé del matrimonio violada: y de la misma fuerte, que si vno debe a otro cien pesos, aunque sea oculitissima la deuda, y el otro no lo sepa, se los debe en conciencia restituir, porque la obligacion de la conciencia no depende de lo publico, o secreto de la deuda, sino de la verdad, que si realmente se debe, se ha de pagar; assi por la misma razon el marido, que retiene el dote, y bienes de su muger, porque sabe que adulteró, que si él tambien ha adulterado no tiene derecho alguno para retener el dote, y bienes de la muger, y en conciencia está obligado a restituir todo lo que le pertenece. Esta es doctrina comun, llevanla expresamente S. Thom. in 4. dist. 35. q. 1. art. 6. ad 5. S. Buenau. ibid. art. 1. q. 1. Palud. ibid. q. 1. art. 2. casu 1. Siluest. verb. Dos. q. 15. Angelo, ibid. n. 15. Armilla, n. 13. Tabiena, q. 11. n. 12. Man. Rodr. in Summ. to. 1. cap. 240. Petrus de Ledefna, de matrim. q. 62. art. 1. dub. 1. Vega, to. 1. cap. 13. casu 3.

209. Coligese lo tercero, que aunque el marido retenga la dote, y los demás bienes de la muger con justo titulo, por aver sabido él que su muger le ofendió con adulterio, y no aver él llegado a otra muger desde que se casó con ella; pero si antes de tener sentencia del Juez, en que condene a su muger en perdimiento del dote, el marido comete pecado de adulterio, pierde el derecho, que tenia a retener el dote, y demás bienes de su muger, y se los debe restituir, porque antes de la sentencia ay todavia lugar de recom-

pensacion de vn adulterio con otro, y ya manchado el marido con el mismo delito, no tiene derecho para pedir contra la muger perdimiento de dote, y demás bienes, y alcanza sentencia en su favor: si la sentencia se pronuncia despues de aver el marido cometido adulterio, la sentencia es nula en el fuero de la conciencia, porque se fundó en falsa presuncion, y en falta de pruebas, y conocimiento del adulterio del marido; pero el que sabe la verdad, no debe estar a la sentencia que se dió, segun lo alegado, y probado en el fuero externo, no segun la realidad de la verdad, como si por sentencia de Juez se mandasse pagarme vna cantidad de dinero, por aver yo probado que se la presté, y realmente no se me debía, o porque no la presté; o porque ya se me avia pagado: en tal caso debo restituir este dinero, no obstante la sentencia del Juez, porque esta se fundó en falsa presuncion, y realmente no se me debía. De la misma fuerte debe restituir el marido, que adquiriellé la dote de su muger adultera, si él adulteró tambien, aunque se la aplique el Juez por sentencia.

210. Si el marido alcanza sentencia del Juez, en que condena a su muger en perdimiento de dote, y bienes por el adulterio, no aviendo el marido adulterado desde que se casó con ella, hasta que se pronunció la sentencia, puede quedarle con dicho dote, y bienes, y aunque despues cometa adulterios, no está obligado a restituir cosa alguna a su muger. Assi lo afirman S. Thomás, in 4. dist. 35. q. 1. art. 6. ad 4. y todos los Thomistas, y otros muchos, que cita Sanchez de matrim. lib. 10. disp. 9. n. 30. Los fundamentos desta resolucion son dos. El primero, porque dada la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, y tiene toda firmeza en favor del marido, y assi no se desvanece, porque despues cometa adulterio, cap. Quod bene 6. q. 4. *Quod bene semel definitum est, nulla debet iteratione retractari.* Y como los bienes, y dote son ya del marido perfectamente, y no solamente los tiene ya por el derecho de la excepcion, y retencion: de aqui consta, que para bolverlos a perder por pena de delito, era necesaria sentencia de Juez, y hasta que por esta se condenen en perdimiento del dote, no está obligado a restituirlo, y assi juzgo, que por adulterios que cometa el marido despues de dada la sentencia en favor del marido, no le pueden condenar en que pierda la dote, y bienes de la muger, porque ya ganado el dote, y bienes de la muger, y divorciado, y apartado della por sentencia justa, no le haze agravio, ni especial injuria a la muger lle-

gando a otras, porque ya a la muger le quitaron por sentencia justa todo el derecho, que tenia a la cohabitacion, y comunicacion con el marido, y assi no le haze agrauio a la muger, aunque se mezcle con otra; aunque siempre es adulterio contra el vinculo del matrimonio, que siempre persevera, como si vn casado por consentimiento de su muger pecasse con otra, no haria agrauio a la muger, porque lo consiente, de reg.iur.in 6.reg. 27. *Scienti, & consentienti non fit iniuria.*

211. En el caso presente Antonio no tuvo sentencia de Juez para divorciarse de su muger, ni para quedarle con el dote, y gananciales: por lo qual si constasse, que Antonio huviesse llegado a alguna muger desde que contraxo dicho matrimonio hasta que murio, se deberian restituir a la muger su dote, y gananciales: con esta distincion, que si huviesse delinquido desde antes que su muger le ofendiesse, se le deberian restituir no solamente el dote: sino tambien la mitad de todos los bienes que Antonio gano desde que se casó, porque en tal caso seria injusto desde el principio el apartarse de su muger por el adulterio, aviendolo tambien él cometido; pero si despues que se apartó della huviesse cometido adulterio, deberia restituirle con el dote la mitad de lo que huviesse ganado despues que el marido delinquiró, y no deberia partir lo que ganó antes, porque entonces, como estava justamente apartado de la muger, ganaba para sí solo, como se dixo arriba. Por esta causa casi todos los maridos, que en esta tierra se apartan de hecho de sus mugeres sin sentencia de Juez, y se quedan con lo que ellas traxeron quando se casaron, por dezir, que cometieron adulterio, pecan mortalmente, y están obligados a bolver a hazer vida maridable con sus mugeres, y a restituirles lo que es suyo, porque de ordinario ellos tambien han pecado con otras mugeres. Pero como al Albacea no consta, que Antonio aya cometido semejante culpa, y de ninguno se puede prelumir pecado, si no se prueba, cap. Nullum. 30. q. 5. *Nullum ante veram iustam que probationem indicare, aut damnare debemus:* por esta causa puede disponer de todos los bienes de la fuerte que mandó el testador, sin dar cosa alguna a la muger.

212. Notese, que la muger puede pedir su dote, y gananciales. La razon desto es, porque hasta aora no ha auido sentencia de Juez, y assi le queda accion de pedir su dote ante la justicia: en tal caso el Albacea debe poner la excepcion del adulterio, y defender la hazienda del testador, porque esta no es

acusacion criminal del adulterio, la qual solamente la puede hazer el marido ofendido por su propia persona, como dicen las leyes del Reyno, p. 7. tit. 17. l. 2. y a falta del marido, la puede acusar su padre, ó hermano, ó tio hermano de su padre, ó madre, y dá la razon la ley, porque no debe ser denotado el casamiento por acusacion de ome extraño; pero esta excepcion, que hará el Albacea en caso que la muger pida su dote, mas es civil, que criminal, que solamente se ordena a defender la hazienda, q. como a Albacea, y Procurador del difunto le quedó encomendada, lo qual puede hazer muy bien, como dize el Derecho, cap. Tua. de Procuratoribus. *Sustineri potest si necessitas id postulaverit, ut per procuratorem accuset quoniam huiusmodi accusatio, & si de crimine fiat, non est tamen criminalis, sed quasi mixta inter civilem, & criminalem.* Et cap. Super his. de accusat. *Licet agatur de crimine, non est tamen huiusmodi questio criminalis unde per procuratorem potest rite tractari.* Lo mismo determinan las leyes del Reyno, p. 4. tit. 9. l. 2. donde tratando de la acusacion de adulterio, que pone el marido contra su muger para divorcio, dize: *Tal acusacion como esta puedenla hazer tambien por sí mismos, como personero.* Y alli el Comentador. *Ubicumque civiliter agitur de crimine, potest intervenire procurator.*

213. No obstante, que a dicha muger no se le debe cosa alguna, como queda probado, tengo por conveniente que se le den los docientos pesos que traxo de dote, ó parte dellos, por vna de dos vias. La vna, por via de composicion para escusar el litigio, que puede ser que difunto ya el marido, que tendria conocida, y segura la probanza del adulterio, no tenga el Albacea rastreado camino para probar lo que passaba en la casa agena: y aunque las leyes prohiben toda composicion, ó transaccion en crimines de adulterios, l. Transigere. C. de transact. *Transigere, vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio prohibitum non est.* y part. 7. tit. 1. l. 22. donde determina, que en pleytos criminales se pueden convenir las partes antes de la sentencia, y luego exceptua el adulterio con estas palabras: *Eueras ende si el yerro fue de adulterio, que en tal caso como este no puede ser auenencia por dineros.* No se comprehende en dicha prohibicion esta composicion del Albacea, porque en dichas leyes solamente prohiben, que el marido reciba de la muger cantidad de dinero, con pacto de que quedé obligado á perdonarla el adulterio, y no tenga ya derecho para acularla criminalmente; porque esto dize de su naturaleza vn genero de torpeza

## CONSULTA XXXX.

*Si aviendo el testador dispuesto, que la herencia que toca a sus nietos no se entregue al padre de ellos, sino que la retenga el Albacea, hasta que los nietos tengan edad para administrarla, pueda, y deba el Albacea entregarla al padre, que la pide?*

## PROPUESTA.

Pedro aviendose casado, y durante su matrimonio tuvo tres hijos con su muger, y fallecida esta, se bolvió a casar con otra con quien asimismo tiene hijos, y al presente pide la herencia, que han de aver de sus abuelos, padres de la dicha su primera muger, para que se le entregue por el Albacea de dicho su abuelo, quien en su testamento dexó dispuesto, que no se entregasse la herencia que pueden tener dichos menores, hasta que tengan edad suficiente para obtenerla: y no solo el dicho Pedro pide la herencia, sino que ha insistido al hijo mayor de catorce años, y menor de veinte y cinco, ni menos está casado, el que pide se le entregue dicha herencia con la de los otros dos hermanos suyos mas menores. Se suplica la resolucion de si ha lugar, ó no, el entregar dicha herencia, ó si se puede retener por el Albacea, que es vn tio carnal de dichos menores? Y aunque dado caso aya lugar la entrega al dicho hijo mayor, si el de los dos menores, por lo que mira á la seguridad del pupilage, se retendrá por dicho Albacea?

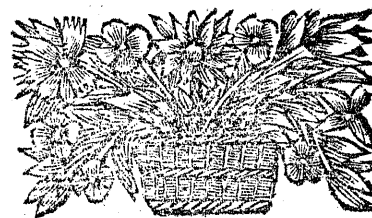
## PARECER CC.LXXVIII.

216. Responde, que el padre tiene derecho a pedir la hazienda, que sus hijos heredan de su abuelo materno, y le pertenece la administracion della, y usufructo todo el tiempo que sus hijos están debaxo de la patria potestad: por lo qual el Albacea está obligado a entregar la hazienda, que de la herencia de su abuelo pertenece a dichos menores, a su padre dellos; no obstante que el abuelo aya mandado en su testamento, que no se le entregue. Assi consta del Derecho, l. Res. quæ. C. de bonis matern. Res. *qua ex matris successione, siue ex testamento, siue abintestato fuerint ad filios devoluta, ita sint in parentum potestate, ut utendi fruendi dumtaxat habeant in diem vite facultatem dominio videlicet earum ad liberos pertinente.* Y leg. seq. *Quidquid annis, annis, pro annis, pro annis ex ma-*

peza, y casi lenocinio, y haze visos de consentimiento; pero que el Albacea haga este concierto por escutar el litigio que puede mover la muger, es caso muy diuerso, y no dize deformidad alguna: y aun Sanchez de matrimoñ, lib. 10. disp. 8. n. 22. dize, que al marido no le está prohibido en dichas leyes de pactar, que quedandose el marido con la dote la perdonara en lo criminal, porque quedarle el marido con el dote, no es recibir dinero de la muger para perdonarla, que ya el dote lo tenia ganado el marido por el derecho de excepcion, y retencion del, y no lo recibe por razon del pacto: de fuerte, que el marido tenia derecho para quedarle con dote, y gananciales, y para hazerle dar pena de muerte, y le perdona esta, y no el dinero: y si esto es licito en el marido por mas fuerte razon será licito en el Albacea concederle el dote, ó parte del para escusar la molestia del litigio, y el peligro que puede temer de que le manden restituir a la muger dote, y gananciales por no probar bien el adulterio.

214. La segunda via por donde se le podrá aplicar algo, es por limosna, para que tenga esse dote con que pueda casarse otra vez, porque es pobre. Deitas dos vias es la mejor esta segunda, porque en esta forma se cumple a la letra la vltima voluntad del difunto en cosa alguna, y se gasta todo su caudal en bien de su alma; pero en tal caso lo que se le diere a la muger, se ha de sacar de la mitad que mandó el difunto que se gastasse en hazer bien por su alma, sin determinar en qué, por ser esta obra pia, y se deberá dar toda la otra mitad a la Iglesia, a quien la mandó el testador, sin delcontarle cosa alguna.

215. Si se siguiere la via de transaccion, se avrá de sacar lo que se le diere a la muger de todo el monton de bienes, y lo restante se ha de repartir en dos partes iguales, vna para dicha Iglesia, y otra para obras pias, porque en tal caso no se le dá a la muger essa parte por razon de obra pia, sino como deuda, ó por mejor dezir se haze esse gasto para asegurar, y librar de litigios la demás hazienda, y assi se ha de hazer cuenta, que esso menos dexó el difunto.





*materna linea venientes, nepoti, nepiti, pro nepoti, pro nepiti testamento, fideicommissio, legato, donatione, vel alio quolibet titulo largitionis, vel etiam in testati successione contulerint, pater filio, filii, uel, integra illibata que custodiat, ut vendere, donare, relinquere, alteri obligare, sicut nec materna bona non possit, usufructu dumtaxat ad eum pertinente.* Lo mismo se determina l. Cum oportet. y l. Cum non solum. C. de bonis, que liberis, y inst. per quas personas nobis acquiruntur, §. Igitur liberi. y en las leyes del Reyno, p. 4. tit. 17. l. 5. *Lo que el hijo ganasse por obra de sus manos, o por donacion, o por herencia de su madre, o de alguno de los parientes della, o si fallasse tesoro, o alguna otra cosa por aventura de las ganancias que fiziesse el fijo de alguna destas maneras, que no saliesse de los bienes del padre, debe ser la propiedad del fijo, que las gano, y usufructo del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el fijo.* Y part. 6. tit. 6. l. 13. *Tal heredad como esta dizen en latin aduenticia, de la qual es el señorio del fijo, è el usufructo del padre mientras viviere, por razon del poderio que ha sobre el, è tal heredad como esta no puede el padre fazer, que la non aya el fijo, è otro si el fijo no puede contraher al padre, que non aya el usufructo della.* Y lo mismo se supone en las leyes de la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 1. l. 9. donde se determina, que el hijo, o hija desde el dia que se casa, y vela, goza el fruto de todos sus bienes adventicios, y desde entonces el padre no puede llevar cosa alguna de ellos, y todos los Doctores sin discrepar afirman, que al padre le pertenece, y se le debe por derecho la administracion, y el usufructo de todos los bienes adventicios de sus hijos todo el tiempo que estan debaxo de la patria potestad. Veanse Nauarro, in Man. cap. 17. n. 14. Lopez, 2. p. instruc. cap. 21. Molina de iust. tract. 2. disp. 8. & 232. Silvest. verb. Peculium. l. 1. q. 3. Villalob. 2. p. tract. 10. diff. 4. Sayro, in Clavi Reg. lib. 9. cap. 16. n. 17. Trullench, in opere Morali. lib. 7. cap. 2. dub. 3. Por lo qual ningun testador puede quitar al padre esta administracion, y usufructo de los bienes adventicios de su hijo, porque la voluntad privada del testador no puede disponer validamente, ni prevalecer en su disposicion contra el Derecho, cap. Requisisti de testam. *Prinata dispositio testatoris non potest generalem constitutionem Canonis immutare.* Y l. Nemo. ff. de leg. 1. *Nemo potest in testamento suo cauere, ne leges in suo testamento locum habeant.* Y porque el mandato de cosa torpe no es valido, como consta del Derecho, l. Si remunerandi. ff. mandati. *Rei turpis mandatum nullum est;* es cosa torpe, è injusta quitar al padre el

usufructo, y administracion de los bienes de sus hijos, que le compete por razon de la patria potestad, y consiguientemente no la puede mandar el testador, y si lo mandare, sera el mandato nulo, y de ningun valor la disposicion.

217. Contra esta resolucion se puede oponer, que por derecho no pertenece al padre el usufructo, y administracion de los bienes de sus hijos, quando el testador lo prohibe, o dexa la propiedad de la hacienda a hijos de familia con expresa intencion, que no entre en la administracion, ni usufructo su padre. Assi consta del Derecho, l. Excipitur. C. de bonis, que liberis; que aviendo dicho en las leyes antecedentes, como al padre pertenece la administracion, y usufructo de los bienes adventicios de sus hijos, pone esta excepcion, de que esto no se entienda quando sus ascendientes le dexan la herencia con condicion de que no goze el padre el usufructo: *Excipitur quod eis datur, vel relinquuntur ab aliquo parentum conditione hac adiecta, ne ad patrem per veniat usufructus.* Y alli Baldo sumando esta ley dize: *Contra voluntatem testatoris, vel contrahentis, patri non acquiritur usufructus.* Y el Derecho del Reyno no prohibe, antes aprueba este modo de testar, p. 6. tit. 6. l. 13. con estas palabras: *Pero si el hijo tuviesse herencia de parte de su madre, o de otro alguno, que le estableciesse por su heredo, con intencion que el fijo aya la heredad, è non el padre, entonces bien puede el fijo ganar la heredad, è averla sin otorgamiento de su padre.* Y Silvest. verb. Peculium. l. 1. q. 5. dize, que si a vn hijo de familias, que no es soldado, le haze donacion alguno, y dize, que aquello que le dà lo dà por castrense, y quiere que sean bienes castrenses; dize Silvestro, que estos no son, ni pueden ser bienes castrenses, sino adventicios, pues no se los dan por respecto de la guerra; pero que este modo de disponer excluye al padre del usufructo, porque la intencion del que hizo la donacion fue esta de que el padre no gozasse el usufructo. Y en la q. 7. dize, que si a vn hijo de familias le dan alguna cosa expresando, que se la dà con calidad de que sean bienes quasi castrenses, y el tal hijo de familias no tenia oficio publico, estos no son bienes quasi castrenses, sino adventicios: lo qual no obstante no puede el padre tener en ellos el usufructo, porque el intento del que puso dicha condicion fue excluir al padre de dicha administracion, y vale quanto a esto la disposicion.

218. Respondeste con distincion, que de los bienes que forçosamente deben heredar

dar los hijos de su madre, y los nietos de sus abuelos maternos, no pueden impedir al padre la administracion, y usufructo; y aunque en el testamento dexen dispuesto por clausula expresa, que el padre no entre en la administracion, y usufructo de dichos bienes, no vale la tal disposicion, y el Albacea no obstante dicha clausula està obligado a entregar al padre la hacienda que assi heredan sus hijos de sus abuelos maternos, o de su madre; pero si demàs de la hacienda que pertenece forçosamente a la herencia de los nietos, les dexan otra cosa, pueden disponer, q̄ en estos bienes que les dexan mas de los forçosos, no entre el padre en la administracion, y usufructo, y pueden poner el administrador que quisieren, el qual tenga la hacienda hasta que los nietos tengan edad de administrarla, y lo mismo es si algun tio, o hermano de su abuelo materno, a quien no heredan forçosamente, que pudiera dexar su hacienda a otros, que este puede poner el administrador que quisiere: y qualquiera extraño, que dexa a hijos de familias, que estan debaxo de la potestad de sus padres, alguna cosa, puede poner dicha condicion de que sus padres no la administren, ni gozen del usufructo. Todo esto consta expresamente del Derecho, auth. vt liceat matri. collat. 8. *Sancimus igitur licentiam esse, et matri, et auia, aliisque parentibus postquam relinquerint filijs partem que lege debetur, quod reliquum est sua substantia, siue in solidum voluerint, siue in partem filio, vel filia, nepoti, vel nepiti, et deinceps descendentibus donare, aut etiam per ultimam relinquere voluntatem sub hac definitione, atque conditione si voluerint, ut pater, aut qui omnino eos habent in potestate, in his rebus, neque usum fructum, neque quodlibet panitus habeant participium.* Y mas abaxo dize, que si los nietos a quien dexan esta hacienda son menores de edad, ha de tener la hacienda, y administrarla la persona que el testador nombro: *Si etate minores sint per quem perspexerit testator, aut donator, hac gubernentur, donec illi quibus donata sunt, aut relicta, ad perfectam etatem veniant.* La razon desto es clara, y la dà alli el Derecho: *Hoc enim, et extraneis relinquere poterant unde nulla parentibus utilitas nasceretur.* No le haze agrauio alguno al padre en prohibirle la administracion, y usufructo desta hacienda, porque no era debida a sus hijos; y consiguientemente, ni al padre se le debe la administracion, y usufructo, y assi como es voluntario al testador, o al que haze la donacion, darla a los hijos deste, o no darla, assi està en su voluntad disponer, que al padre dellos pertenezca, o no pertenezca

el usufructo, y administracion, y que venga a los hijos por el medio que al que haze la donacion le pareciere, y al tiempo que fuere su voluntad. Puedese esto mismo probar con otra razon fundada en ambos Derechos, porque a lo que se dexa por herencia forçosa, y legitima, no puede el testador poner gravamen alguno, o condicion; pero puedelo poner a lo que por mera voluntad, y sin precisa obligacion se dexa por herencia, o legado, o vltima voluntad. Assi consta de ambos Derechos, cap. Rainutius. de testam. *Pater adiecta ipsam in legitima non potuit aggravare.* Y alli la Glo. ff. In bonis patris, matris, et auia habet, quis debitum iure natura in qua gravari nequit. Y l. Quoniam in prioribus. C. de inoffic. testam. *Si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente eorum iura imminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens, tollatur, et iura res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.* Y alli se summa esta ley: *Onus dilationis conditionis, vel cuiuscumque gravaminis insertum a testatore in debita iure natura habetur pro non inserto, et valet relictum tanquam purum.* Y esto mismo determinan las leyes del Reyno, p. 6. tit. 4. l. 11. *Libremente, è sin ningun agraviamento, è sin ninguna condicion debe aver el fijo su legitima parte de los bienes de su padre, è de su madre.* De aqui consta, que el abuelo materno no pudo poner gravamen, de que la hacienda, que dexa por herencia a sus nietos, que les pertenece por parte de su madre, sea administrada por el Albacea hasta que sus nietos tengan edad competente de poderla administrar, y assi debe el Albacea entregarla al padre de los herederos, excepto solamente si el abuelo dexó a sus nietos mas hacienda de la que por legitima forçosa les pertenece; que en tal caso en la parte que excede a dicha legitima, es administrador el Albacea, y no la puede entregar al padre, sino que la debe retener, y administrar todo el tiempo que dispuso el testador: y esta se debe entender que fue la voluntad del testador quando dispuso, que la hacienda que dexaba a sus nietos, no entrasse en poder del padre de ellos, que fue su intencion, que esto se entendiesse de lo que les dexaba mas de la legitima, como dize la Glossa, in cap. Dilecto. de prob. *Non videtur delegasse, nisi id, quod legitime fieri potest.* Y siempre se presume, que el testador quiere lo que el Derecho quiere, como dize Baldo. in l. Precibus. C. de impub. y Gregor. Lop. in l. 14. tit. 3. part. 6. Glossa 3.

219. Y quando dize el Derecho en la l. Excipitur citada arriba, que el padre no tiene la administraci6n, y usufructo de los bienes adventicios de sus hijos, quando el testador los dex6 con esta condicion, de que no entre el padre en la administraci6n, habla de los bienes que no pertenecen a la herencia forçosa, y legitima debida a los descendientes, para que assi se concuerden vnos Derechos con otros; y no sea el Derecho contrario a si mismo, como dize, y prueba Gutierrez, lib. 3. pract. q. 15. a n. 34. vsque ad 38. y siempre que no consta con claridad, que con vna ley se quiso revocar la otra, ninguna se ha de presumir revocada, sino ambas est6n en su vigor, l. Sancimus. C. de testam. *Quod enim non mutatur quare stare prohibetur?* De la misma suerte se ha de entender la ley de las partidas, que se aleg6 en contra, especialmente, que como dize Greg. Lopez, part. 6. tit. 5. l. 10. Gloss. 10. y tit. 13. l. 9. Gloss. 3. las leyes de las Partidas nunca intentan corregir al Derecho comun, sino lo expresan, y de la misma suerte se deben entender algunos Autores, que sin distinguir dizen, que el padre no tiene el usufructo, 6 administraci6n de los bienes adventicios de sus hijos, quando el testador se los dex6 con esta calidad, 6 condicion: hablan de los bienes adventicios, que no pertenecian a la legitima, y forçosa herencia, porque en estos solos puede poner el testador dicho gravamen, y condicion. Y Silvestro en el lugar citado habla expresamente de las donaciones graciosas, que se hacen a los hijos de familia, que estas como no son debidas por herencia forçosa, puede el testador disponer, que no las administre, ni goze el usufructo el padre de aquellos a quienes se haze la donacion. Vea se a Antonio Gomez, in l. 48. Taurin. 11. y Molina, de iust. tract. 2. disp.

220. A la segunda parte de la pregunta, de si el Albacea puede, 6 debe entregar al nieto de mas de catorze años, y menor de veinte y cinco, la parte que le pertenece de dicha herencia, se responde, que sin voluntad de su padre no se le puede entregar, porque como queda probado, al padre pertenece por derecho la administraci6n, y usufructo de los bienes adventicios de sus hijos: y las leyes del Reyno, p. 6. tit. 6. l. 3. determinan, que el hijo de ninguna suerte puede impedir a su padre el usufructo, y administraci6n de sus bienes adventicios, aunque tenga mas de veinte y cinco años, si est6 todavia debaxo de la potestad del padre, y lo mismo se colige del Derecho, l. Is, qui hæres. ff. de acquir. hæred. por lo qual asientan comun-

mente los Doctores, que comete hurto con obligacion de restituir el hijo de familias, que contra la voluntad de su padre usurpa la administraci6n, 6 usufructo de sus propios bienes adventicios, aunque sea de vn tesoro, que el proprio hall6, 6 de otra cosa que con su trabajo adquiri6, como no sea castrense, 6 quasi castrense; pero con voluntad, 6 licencia de su padre se le puede entregar al hijo de familias mayor de catorze años la parte que le pertenece de la dicha herencia, que le dex6 su abuelo. La razon desto es, porque al menor de veinte y cinco años, y mayor de catorze, no le est6 prohibido hazer contratos, y tener administraci6n de bienes, como ceda en su favor, y utilidad, como consta de las leyes del Reyno, part. 5. tit. 11. l. 4. y del Derecho comun, l. Contra iuris. ff. de pactis. y alli la Glossa, verb. Concessiun. y la razon lo convence, porque lo que se introduxo en favor de los menores, no se ha de convertir en su daño, de reg. iur. in 6. reg. 61. *Quod ob gratiam alicuius conceditur, non est in eius dispendium retorquendum.* Y l. Non eo. C. de Procurat. Minoribus atas in dæmniis subuenire, non rebus prospere gestis ob esse consuevit. Y lo afirman Antonio Gomez, to. 2. var. cap. 14. y Molina de iust. tract. 2. disp. 224. y Bart. y Bald. in l. Non eo. C. de Procur. y es comun. Por lo qual, como es en favor del menor tener la administraci6n, y usufructo de sus bienes adventicios, es cierto que los puede administrar, y llevar el usufructo, si el padre, que es el que lo pierde, se lo concede: y este usufructo que el hijo assi recibiere, no est6 obligado a ponerlo en cuenta de la herencia, que despues ha de tener de su padre, sino que puede despues llevar toda su parte, no obstante, que aya llevado el dicho usufructo, y sus dem6s hermanos no lo ayan llevado, sino que su padre se aya en vida aprovechado del usufructo de la herencia de los otros hijos; porque esta concessi6n del usufructo de los bienes adventicios, que el padre haze a su hijo, no es dadiva que el padre le haze de su hacienda, sino solamente dexarse de aprovechar del usufructo de la hacienda de su hijo, y est6 en su voluntad aprovecharse del usufructo de la herencia de los vnos, y no de la de los otros, y a los menores de 14. no les puede conceder dicha administraci6n, porque les est6 prohibida, l. Ius iurandum. 17. ff. de iurei. *Rerum administrandarum ius ei non competit.* V6 hablando del pupilo.

221. A lo vltimo que se pregunta, de si el menor de 25. años, y mayor de 14. podr6 tener la administraci6n de los bienes adventicios

de sus hermanos mas pequeños, se responde, que no puede, porque est6 prohibido por Derecho, in l. qui testam. §. Furiosus. *Tutor tunc erit cum compos mentis, aut maior 25. annis fuerit factus.* Y l. Nemo. C. de legit. tutela: *Nemo neque alius legitimus in tutelam, siue ingenui, siue liberti vocetur, ante quam quintum & vigesimum sue ætatis annum impleat.* Y tambien lo prohiben las leyes del Reyno, p. 6. tit. 16. l. 4.

## CONSULTA XXXXI.

*Acerca de la consulta antecedente, si averse casado segunda vez Pedro puede ser causa para no entregarle lo que sus hijos heredan a su abuelo? Y si se le deben entregar las tierras, y dem6s cosas que di6 en dote, segun la usança de los naturales, quando se cas6, y los frutos.*

## PROPUESTA.

Pedro, muerta su primera muger, se cas6 segunda vez, y di6 madrastra a sus hijos de primer matrimonio, y tiene ya hijos de la segunda muger: dudase si por esta causa se le pueda negar la herencia de los hijos del matrimonio primero, para que no lo administre, sino que est6 en poder del Albacea, hasta que tengan edad, y si avr6 obligaci6n de entregarle catorze cabalitas de tierra, y carabaos, y otras cosas, que di6 en dote a su primera muger, y los frutos de dichas tierras, y crias de carabaos?

## PARECER CC.LXXIX.

222. Responde se, que no obstante que aya contraido segundo matrimonio, se le debe entregar la hacienda que heredan sus hijos de sus abuelos maternos, porque assi lo dispone el Derecho, l. Omnem. C. de bonis maternis. *Sancimus circa usumfructum maternarum rerum nullam esse differentiam, siue in priore matrimonio pater, ex quo filios habuit permanere voluerit, siue novercam filijs superinduxerit.* Y mas abaxo: *Patres igitur usum fructum maternarum rerum etiam si ad secundas migraverint nuptias, siue dubio habere debebunt, nec ullam filijs, vel quibuslibet ex persona eorum contra patres improbam vocem, accusationemque posse competere.* Al padre pertenece la administraci6n, y usufructo de la hacienda que heredan sus hijos;

aunque aya contraido otro matrimonio, y ni sus hijos, ni otra persona alguna de parte de ellos tiene acci6n para pedir contra los padres, para negarles el usufructo, y administraci6n de los bienes adventicios de sus hijos. Y en esto conviene concordar los Doctores: veanse Baldo, auth. eisdem pœnis. C. de secund. nupt. n. 8. Matienço, lib. 5. Novæ Recop. tit. 1. l. 3. Glossa 2. Spino, in Specul. testam. Glossa 29. n. 14. Por lo qual es cosa cierta, 6 indubitable, que el contenido puede pedir, y cobrar la hacienda que su suegro dex6 a sus hijos con sus frutos por ser la parte legitima que les debia pertenecer, y qualquiera Juez le har6 justicia, y se la mandar6 entregar: y para esto no ha menester pedir que le nombre por tutor, porque a titulo de ser padre de los menores, se le debe entregar, y no ha menester dar fiança, porque presume el Derecho, que otro ninguno cuydar6 de la hacienda de los hijos mejor que su proprio padre.

223. A la segunda pregunta se responde, que puede pedir, y cobrar los catorze cabalitas de tierra, y todo lo dem6s que di6 en dote quando contraxo matrimonio, por ser costumbre, que las cosas que se dan en dote, las reciban los padres de la novia, y despues de sus dias vuelvan lo que assi recibieron a su hija: y esta obligaci6n de que lo que el marido da por causa del matrimonio deba bolver a sus hijos, es determinaci6n del Derecho, l. Cum alijs. C. de secund. nuptijs. *Quod mulier mariti largitate percepit, id liberi ex eo tantum coniugio procreati sibi speciale tanquam paternum noverint patrimonium vendicandum.* Y mas abaxo: *Ex quocumque coniugio suscepti filij patrum suorum sponsalitates retineant facultates.* Es cosa muy conforme a Derecho, y a la razon natural, y a la costumbre de los naturales, que los bienes que da el que se casa se reserven para los hijos de aquel matrimonio, y en algunas Prouincias est6 en uso, que en teniendo hijos los que se casan, luego les entregan los padres de la muger lo que assi recibieron. En otras Prouincias lo vuelven quando se conoce que los recien casados ya son capaces de gobernar la hacienda, y entonces les entregan los dichos bienes, y lo dem6s que les quieren dar, y hasta entonces los sustentan los padres de la novia. En la pregunta se propone, que en la Prouincia de la Pampanga es costumbre, que el dote entra en poder del padre de la novia, y despues de su fallecimiento se le buelve. Yo tengo noticia de que no se aguarda a que fallezca el padre de la novia para bolver lo que recibio, sino que en la forma

referida, ó quando tienen hijos, ó quando apartan casa, y empiezan a vivir, y gobernarle por sí se les entrega lo que el marido dió en dote a su muger: y así de qualquiera manera que sea la columbre, siempre se verifica que tiene obligación D. Manuel a entregar al Capitán D. Pedro las cabalitas de sementeras, y carabaos que dió en dote. Quanto al dinero en oro, ó en plata, se tiene por obligación bolver la mitad, porque facan los padres de la novia lo que gastaron en las bodas, y en vestirla.

224. Quanto a los frutos de las tierras, que dió en dote de su muger, y crias de los carabaos del tiempo que vivió su suegra, y suegro, no está obligado a pagarlos, porque dichos frutos los llevan los padres de la novia por los gastos que hazen en vestir a su hija, y bodas, y otros gastos del casamiento: y tengo noticia que no está en uso, que tales frutos se pidan, ni se paguen. Del tiempo que ha que sus suegros murieron, es cierto que se deben pagar los frutos de dichas sementeras, y crias de los carabaos que dieron en dote, porque no ay título alguno, por el qual D. Manuel pueda llevar dichos frutos, y así se debe hazer computo de todo lo que ha cogido, y ganado de dichas tierras, y crias que ayan tenido dichos carabaos, y haciendo de sí los gastos, que huviere hecho en la labor de las tierras, y guarda de los carabaos, y lo que mereciere el trabajo, que en ambas cosas huviere tenido, debe bolver lo restante de los frutos, y entregarlo al dicho Pedro.

## CONSULTA XXXII.

*Sobre si teniendo un difunto la mayor parte de su hacienda ultra mar, el repartimiento de la hacienda en bienes gananciales, quinto, legitima, &c. se deba hazer solamente de lo que está asegurado, ó deba tambien entrar lo que está ultra del mar?*

## PROPUESTA.

Pedro difunto dexó la mayor parte de su hacienda en partes (de ultra mar) muy distantes de la en donde falleció. Preguntase, si de la parte de la hacienda, que dexó en su casa dicho difunto, se le deben entregar por entero los gananciales que ha de aver dicha Maria, ó repartir dichos bienes actua-

les rata por cantidad entre los gananciales, los menores, y al quinto, que pertenece al anima del difunto?

## PARECER CCLXXX.

225. **R**espondese, que por aora no se ha de hazer caído de la hacienda, que está ultramarina, sino que se ha de hazer la reparticion, como si no huviera tal hacienda, facendo de la hacienda que está asegurada como en casa, los capitales que traxo cada vno, y repartiendo igualmente los gananciales: y de la hacienda perteneciente al difunto, se fáca el funeral, Misas, y obras pias, como no exceda todo esto al quinto de los bienes que de presente están asegurados, y como en casa, pertenecientes al difunto, por tener herederos forçosos; aunque no ay obligación de gastar todo el quinto de dichos bienes seguros por el anima del difunto. Todo esto se prueba, porque la hacienda que está de la otra parte de la mar, no está totalmente segura, tiene sus riesgos en traginarla de vna parte a otra, y consiguientemente se hiziera agravio con mucha desigualdad de injusticia a la vna parte, si se hiziera computo de toda la hacienda, así de la segura que está en esta tierra, como de la que está de la otra parte de la mar: y dividida en iguales partes, a vna parte se le aplicará lo que le pertenece de la hacienda asegurada, que está como en casa, y a la otra se le destinará la hacienda, que aun está en riesgo. Esta fuera injusticia clara, porque la vna parte lleva todos los riesgos, y la otra toda la seguridad, con que es clara, y constante la desigualdad en que consiste la injusticia, porque la hacienda que tiene riesgos, vale menos que la que está ya poseída con toda seguridad: como consta del Derecho, l. Periculi prærium. ff. de nautico fœnore, y comunmente los Doctores: vease a Molina, tract. 2. de iust. disp. 361. concl. 2. donde asienta con la comun sentencia de los Doctores, que la deuda en cuya cobrança ay peligro, ó ha de tener costas, y trabajo, vale menos. Villalob. 2. p. tract. 22. dif. 8. dize, que la cantidad que debe vn mal pagador, de quien no se espera toda la cantidad, sino mucho menos, la puede comprar otro tercero por la mitad menos, porque el riesgo grave de perderla disminuye su valor: y lo mismo dize Lesio, lib. 2. de iust. cap. 2. r. dub. 9. n. 76. En el caso presente ha de passar la mar la hacienda que dexó Pedro en otras partes, y este es riesgo conocido, l. Inautica. ff. de naut. fœn. *In nautica pecunia ex eo die periculum spectat ad*

*ad creditorum ex quo nautem navigare conveniat*

226. Lo segundo se prueba esta resolución con vn texto elegante del Derecho, auth. Nunc si hæres. C. de litigijs. Determinate allí, que si a alguno le dexan por legado alguna cosa litigiosa, el heredero ha de seguir, y costear el pleyto; y si venciere, debe entregar el legado al legatario, mas si fuere vencido, no debe entregarle cosa alguna. Y dá la razon el texto: *Cum litis eventus ei videatur relictus*. El que mandó en su testamento hacienda litigiosa, no mandó cosa cierta, ó segura, sino cosa pendiente del suceslo futuro, y consiguientemente dudosa. De la misma suerte la hacienda que se ha de traginar por estos mares no es hacienda cierta, y segura, sino dudosa, y pendiente de los peligros de vna navegacion de tres mil leguas; y por consiguiente ni los herederos pueden dezir por aora, que tienen dicha hacienda, ni el alma tiene en ella quinto, ni la muger del difunto gananciales, sino todos tienen solamente *eventum rei*, la esperanza del suceslo futuro, y así no puede pedir los gananciales, que todavia no tiene, ni se han ganado.

227. Tercera razon desta segunda dificultad: por bienes que quedaron por fin, y muerte del difunto no se reputan todos aquellos que le pertenecen, ó pueden pertenecerle en qualquiera parte del mundo, en qualquiera estado, ó fortuna, ó peligro que se hallen, sino solamente aquellos, que con la diligencia de los Albaceas, ó administradores se pueden recoger, y hazer vno como monton distribuible, y partible. Así consta del Derecho, l. Non amplius. ff. delegat. 1. *Illud videtur, quis habere, quod remanet deducto onere*. Cargas intrinsecas, è inescusables son de los bienes todo lo que se ha de gastar en juntarlos, y ponerlos en forma que se puedan distribuir: y de la misma suerte son cargas de los bienes, si algunos dellos estuviesen en litigio, porque hasta estar libres del litigio de fuerte, que sin embarazo se puedan distribuir, no son bienes del difunto, l. Quantitas. ff. ad legem falc. *Quantitas patrimonij deducto etiam eo, quidquid explicandarum venditionum causa impenditur estimatur*. Quiere dezir, que no se reputa por patrimonio lo que se ha de gastar en vender las alhajas, que se huvieren de vender, porque todos los gastos, y pérdidas, que son necesarias hasta poner los bienes en forma exequible, no son bienes, sino cargas que los disminuyen, y no se pueden contar por bienes. Apoyase esto con la Doctrina de Baldo fo-

bre la dicha l. Non amplius. dize allí, que si por algun estatuto se debiere pagar la lezi- ma parte de las cosas que se vendieren, el que vendiere alguna cosa sujeta a muchas cosas, y gastos, debe solamente pagar la dezima parte de la cantidad que le quedare liquida. Y Bart. in l. Fundi. ff. de usufructu. leg. n. 4. dize, que si a alguno le dexan por legado todos los frutos de vna posesion, se ha de entender despues de pagado el trabajo del que cultiva la posesion, y las demás expensas que se hazen en coger los frutos, porque solamente se reputan frutos de la posesion aquellos, que restan liquidos sacados gastos, y averias, y por esto la l. Proprie. ff. de verb. signif. dixo: *Bona dici non possunt, que plus incommodi quam commodi habent*. Vna posesion ruidosa, que acarrea al dueño mas gasto que provecho, no es hacienda, ni se puede llamar bienes; de la misma suerte no se reputan por bienes del difunto liquidos los que están todavia arriesgados en la mar, haciendose costo, para traerlos hasta que estén exequibles, y vituales: por lo qual en el estado que están aora, no se puede hazer cargo de ellos el administrador, ni con ellos se aumenta todavia la herencia de los menores, ni los sufragios del difunto, hasta que estén asegurados, y liquidos.

## CONSULTA XXXXIII.

*Sobre si el repartimiento de una herencia se deba hazer sin dar plazo a los herederos deudores?*

## PROPUESTA.

Murió D. Marta, quedaron por sus bienes oro, joyas, ropa, la casa de su morada, y otros quatro solares: todo se apreció en quinientos y nouenta y tres pesos, y gastóse la quinta parte en el entierro, Misas, y limosnas. Declaró en su testamento, que D. Geronimo su yerno le debe docientos y noventa y vn peso, y que D. Faustino su hijo le debe trecientos y catorze pesos, y ambos confiesan la deuda.

Dexó por sus herederos a dicho D. Faustino su hijo, y a vna niña su nieta, hija de D. Geronimo, y de vna hija de dicha difunta, que estuvo casada con él, y murió; y otros cinco nietos, hijos de D. Matheo, y de otra hija de la difunta, que tambien murió. Los dos deudores no tienen de que pagar, y piden espera: D. Matheo pide la he-



rencia de sus hijos, y convinieronle en remitir la duda al Autor.

## PARECER CC.LXXXI.

228. **R**espondese, que para proceder con rectitud, y Christianidad, y para que a cada vno de los herederos sin dilacion se le entregue lo que le pertenece, se ha de hazer como vn cuerpo, ó monton de toda la cantidad que se hizo de los bienes de la difunta, sacado el quinto que se gastó en su funeral, y Millas, y bien de su alma, y de lo que debe D. Faustino. y D. Geronimo. Este cuerpo, ó monton de bienes se ha de repartir por iguales partes entre los tres herederos, recibiendo a cuenta de lo que les pertenece la cantidad que debian a la difunta, y deben a los bienes: y para que conste con mas claridad, se especificará aquí la forma en que se ha de hazer. El valor de los bienes, que quedaron por muerte de D. Marta, es quinientos y nouenta y tres pesos, el quinto viene a ser ciento y diez y ocho pesos, quatro reales, y nueve granos: sacado este quinto, quedan liquidos quatrocientos y setenta y quatro pesos, tres reales, y tres granos. Juntado con estos los trecientos y catorce pesos que debe D. Faustino, y los docientos y nouenta y vno, que debe D. Geronimo, haze todo el monton de bienes mil y setenta y nueve pesos, tres reales, y tres granos: partiendo estos entre los tres herederos, les cave a cada vno a trecientos y cincuenta y nueve pesos, seis reales, y cinco granos. Por lo qual a D. Faustino, que debe trecientos y catorce pesos, se le han de entregar de la herencia quarenta y cinco pesos, seis reales, y cinco granos, que juntos con la cantidad que debe, que es como si ya la tuuiera recibida, hazen los trecientos y cincuenta y nueve pesos, seis reales, y cinco granos, que le pertenecen de la parte de su herencia. A D. Geronimo se han de entregar sesenta y ocho pesos, seis reales, y cinco granos, que juntos con los docientos y nouenta y vno, que debia a la difunta, hazen los trecientos y cincuenta y nueve pesos, seis reales, y cinco granos, que de dicha herencia pertenecen a su hija. D. Matheo Soriano, padre de los cinco nietos de la difunta, que no debe cosa alguna a los bienes, se le deben entregar enteramente trecientos y cincuenta y nueve pesos, seis reales, y cinco granos, que le pertenecen de herencia. En esto deben conuenir los dichos herederos, porque es justicia, y razon, y desta fuerte quedan en paz, sin deudas, y trampas.

## CONSULTA XXXIV.

*Qué deberá hazer el heredero, que tiene en su poder cantidad de hacienda que hereda, quando ay suficiente deuda de sí aquel a quien heredo dexò deudas en otro Reyno?*

## PROVESTA.

**M**urió Juan en el Reyno de Siam abintestato, era alli casado con Monica, no tenia hijos, y su madre Dionisia viuia en esta Ciudad de Manila, la qual tuvo nuevas de la muerte de su hijo, y tratò de embiar poderes para cobrar la hacienda, que huviessen quedado suya por ser legitima heredera; pero antes de aver ocasion de viage para dicho Reyno, enfermó, y murió, dexando por Albacea al P. Fr. Luis, y por heredera a vna hija suya, llamada Margarita, y mandò, que se cobrasen los bienes que huviessen quedado en Siam por muerte de su hijo Juan, y los heredasse su hija Margarita. El Albacea embió sus poderes a Siam, y orden para que sin pleyto se procurassen hazer los inventarios de dichos bienes, y se cobrasen, y traxessen a Manila; pero la dicha Monica dixo, que Juan no avia dexado bienes, sino deudas, y aora este presente año ha venido de Siam el Padre Fr. Juan, con poderes de dicha Monica, para cobrar del dicho P. Fr. Luis vna cantidad de dineros, que seràn quinientos pesos, procedidos de algunas mercaderias, que Juan avia remitido a esta Ciudad, para que se vendiesen, y se le remitiesse el dinero a Siam. El Albacea no quiere entregar cosa alguna, y los dos por escusar pleytos, y gastos han nombrado por Juez arbitro desta causa al Autor.

El Albacea funda su intencion en que Dionisia es vnica heredera de su hijo Juan, y assi le competen dichos bienes, como propios de su hijo: y para comprobacion desto presenta el testamento de la dicha Dionisia, debaxo de cuya disposicion murió, en que manda, y ordena al dicho P. Fr. Luis su Albacea, que cobre todos los bienes, que quedaron en Siam por muerte de su hijo Juan, y dispone lo que se ha de hazer de ellos, juntamente con la cantidad que para en poder de dicho padre Fr. Luis, procedida de dichas mercaderias: y añade el Albacea, que Monica no tiene derecho alguno para pedir cosa alguna perteneciente al dicho Juan, porque ni es Albacea, ni heredera suya. El Padre Fr. Juan funda su intencion en que por muerte

de Juan quedaron muchas deudas, especialmente al Rey de Siam se le estan debiendo treinta y tantos cates de plata, que hazen mil y docientos pesos, y a otros mandarines se les debe casi otra tanta cantidad. Consta tambien tener otras deudas a diferentes personas, de las quales vnos son Christianos, otros Moros, otros Gentiles: para pagar todas estas deudas no alcanza la poca hacienda que quedó en Siam por muerte de dicho Juan. Para prueba desto presenta el dicho P. Fr. Juan diez certificaciones hechas en Siam, las tres son de Sacerdotes, las demàs de personas honradas Seculares, y todos afirman con juramento, que el dicho Juan murió pobre, y cargado de deudas, y especialmente testifican de las cantidades referidas, que se deben al Rey de Siam, y mandarines, y concluye, que la pobre viuda se vé cada dia ultrajada, padeciendo oprobios, y afrontas por tribunales Gentilicos.

El Albacea pretende desvanecer dichas certificaciones con tres cartas que presenta, remitidas al Albacea por personas de mucho credito, que asisten en Siam, en que afirman, que quedó bastante hacienda de Juan, que la viuda ha procurado encubrirela. Dize a esto el Padre Fr. Juan, que es verdad, que quando murió Juan avia en su casa cantidad de ropa, pero no era suya, sino de los Ingleses, los quales luego que murió se la llevaron, y assi consta de las diez certificaciones juradas, que tiene presentadas: por lo qual a la viuda solamente le han quedado algunos esclavos, y la casa con algunos traftes de muy poco valor, que para tantas deudas no es bastante.

SENTENCIA, Y PARECER  
CC.LXXXII.

229. **F**ray Juan de Paz, del Orden de Predicadores, y Prior del Conuento de S. Domingo desta Ciudad de Manila, nombrado Juez arbitro por el P. Fr. Juá, como poderatario de Monica, viuda de Juan, y por el P. Fr. Luis, como Albacea de Dionisia difunta, madre, y heredera de Juan, en la causa sobre sí el dicho P. Fr. Luis debe entregar los bienes, ó dineros que para en su poder, que eran de dicho Juan, al dicho P. Fr. Juan, para que los lleve a Siam, y entregue a Monica, para dar satisfacion a las deudas, y obligaciones, que dexò el dicho Juan en dicho Reyno de Siam, ó si debe disponer de ellos como Albacea de Dionisia, en la forma que dicha testadora dexò dispuesto, y ordenado en su testamento: por las razones

que ambas partes tienen alegadas, é instrumentos que tiene presentados, hallo, que debo determinar, digo, y determino, que el P. Fr. Luis retenga en sí los bienes, y dineros que para en su poder, pertenecientes a Juan difunto, y de fianças de persona legítima, y abonada a satisfacion del P. Fr. Juan, de que no los gastará, ni dispondrá dellos, hasta que conste con claridad de la hacienda, y deudas, que quedaron por muerte de Juan en dicho Reyno de Siam, y de la misma fuerte hallo, que debo determinar, digo, y determino, que el dicho P. Fr. Luis dé, ó embie poder bastante a persona, ó personas de su satisfacion, para que en el Reyno de Siam averiguen con toda la claridad possible, quanta hacienda, y qué bienes quedaron por muerte de Juan, y quanto valia la casa en que viuia, y los esclavos que tenia, y los demàs bienes, y que remita a esta Ciudad razon de todo. Y en la misma forma determino, que el P. Fr. Juan quede obligado por parte de dicha Monica a favorecer, y ayudar a dicha averiguacion en dicho Reyno, llana, y licitamente, sin poner impedimento alguno a la manifestacion de todos los bienes, que quedaron por muerte de Juan, y a embiar a esta Ciudad razon de todos: y que constando quanta es toda la hacienda, assi la que está en Siam, como la que está en poder del dicho Padre Fr. Luis, se pagarán de todo el monton las deudas, que de todas han de remitir a esta Ciudad clara, y distinta razon, assi la dicha Monica, como el poderatario del dicho P. Fr. Luis: y hecha la satisfacion de las deudas, la demàs hacienda, si quedare alguna, assi de la que está en Siam, como de la que para en poder del P. Fr. Luis, se partirá por iguales partes entre la dicha Monica, como muger de Juan, a quien por gananciales pertenece la mitad de la hacienda, y entre el Albacea de Dionisia, para disponer segun la vltima voluntad de dicha Dionisia, a quien como heredera que fue de Juan, pertenece la mitad de los bienes que a Juan tocaba, y en esta forma hallo en conciencia que se debe hazer: y en virtud del nombramiento de Juez arbitro, que han hecho ambas partes en mi persona, determino que se haga; y qualquiera de las partes, que en parte, ó en todo, en poco, ó en mucho se apartare desta determinacion, ha de ser tenido por perjuro, y quebrantador del juramento, que ambas partes hizieron de estar a esta mi determinacion. Fecha, &c.

230. La razon desta sentencia, y justificacion de todos sus puutos, es clara. Primeramente la hacienda de Juan, que para en poder

poder del P. Fr. Luis, no se debe entregar al P. Fr. Juan, para que la lleve a Siam para pagar las deudas del difunto, ni se debe definitivamente determinar, que el Albacea de Dionisia disponga della, porque no consta con claridad quanta hacienda quedò en Siam por muerte de Juan; y aunque las certificaciones que presenta el P. Fr. Juan claramente afirman, que las deudas que dexò el difunto exceden a la hacienda que en Siam tenia, pero no dicen, què hacienda fuè esta, ni què valor tuviese: y constando, que tenia casa propia en que vivia, y cantidad de esclavos, no se embia inventario, ni aun relacion del valor, ni del numero de ellos. Aumenta la duda el no aver querido dar lugar la viuda de Juan al que llevaba el poder del P. Fr. Luis, para que hiziese inventario, ò se enterallè de dicha hacienda, juntamente con las cartas, que recibió de Siam el dicho P. Fr. Luis: en semejantes dudas no ay Derecho, que obliguè al Albacea a entregar el dinero, que en nombre de la testadora, heredera que fue de Juan, tiene aprehendido, porque entre tanto que se averigua la cantidad de hacienda del difunto, y de las deudas, se ha de favorecer a la possession de su parte, de reg. iur. in 6. reg. 65. *In pari causa potior est conditio possidentis.* Y reg. 171. ff. de reg. iur. *In pari causa possessor potius haberi debet.* Vease a Mascardo de probat. conclus. 1200. donde explica los muchos favores, y utilidades que trae consigo la possession.

231. Por otra parte no le es licito al Albacea de la madre de Juá disponer de dicha hacienda, ni gastarla conforme ordenò la testadora, porque las certificaciones que tiene presentadas el poderatario de la viuda de Juan, dán a entender, que las deudas que tenia el difunto exceden a la hacienda que dexò en Siam, y consiguientemente es necesario suplir con la hacienda que està en Manila, para acabarlas de pagar, y hasta que se paguen las deudas no se verifica que ay hacienda que pueda heredar la heredera, como consta del Derecho, l. Si vniuersæ. C. de legatis. *Si vniuersæ facultates, quas pater vester reliquit debito fiscali, aut primato absumuntur, nihil ex his, que testamento, eius adscripta sunt, valere potest, quod si deducto debito in relictis bonis superfluum est legata, necnon fideicommissa præstinda sunt.* Baldo suma esta ley en esta forma: *Nemo reliquit quod non habet.* Y añade: *Non valent legata, si as alienum absorbet totam hereditatem, sed si aliquid superest, valet usque ad illud.* La hacienda que el testador debia, no es suya, por lo qual ni heren-

cia, ni legado tiene lugar en la hacienda que el testador debia; y así primero se ha de sacar para pagar todas las deudas, como hacienda agena, y si quedare algo, entraran en ello los herederos, y legatarios.

232. Por lo qual aviendo tan grave fundamento para creer que ay deudas, sería contra justicia disponer de la hacienda del difunto, como ya heredada de la madre, porque todavia no consta, que aya cosa que heredar, pues la herencia es despues de pagadas las deudas, y qualquiera cosa que se gaste por herencia de la madre, se pone a riesgo de gastar la hacienda agena, que pertenece, y se debe a los acreedores: y como el que juzga ha de estar en medio de ambas partes con atencion a todas las circunstancias, para que ni la vna, ni la otra reciba detrimento, cap. Iudicantem. 30 q. 5. *Iudicantem oportet cunctis rimari, & ordinem rerum plena inquisitione discutere;* de aqui se sigue, que no se puede dar sentècia en favor de alguna de las partes, para q. gaste, ò disponga de la hacienda, sino dar orden, que en el estado en que està se asegure hasta la averiguacion plena de la hacienda, q. ay en Siam perteneciente a Juan, y de las deudas que dexò; y entre tanto no està la causa en estado de sentècia definitiva, que aplique dicha hacienda a la vna, ò otra parte: cap. Graue. 11. q. 3. *Graue satis est, & indecens, ut in re dubia certa detur sententia.* Y cap. Habuisse. dist. 33. *In rebus ambiguis absolutum non debet esse iudicium.*

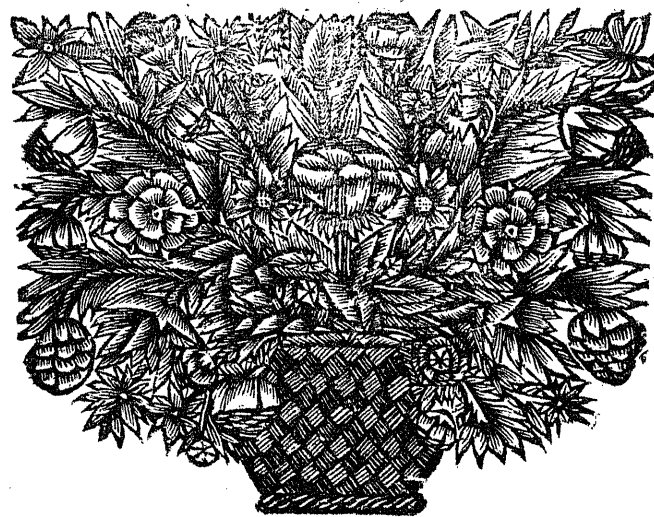
233. Segun esto no ay lugar en esta causa para otra determinacion, sino que los bienes del difunto, que pàran en el P. Fr. Luis los retenga asegurados con fiança, que sea a satisfacion de la parte de Monica, y que en Siam se haga inventario de los bienes, y hacienda, que quedaron por muerte de Juan, y se tasen: y todo esto se ha de hazer a satisfacion del Padre Fr. Luis, ò del que tuviere sus poderes en Siam, de tal suerte, que la parte de Monica estè obligada a manifestarle toda la hacienda, y a hazerle demonstracion de que no tiene encubierta cosa alguna della, y de las cantidades que se deben.

234. Hecho este ajuste, se han de pagar las deudas, y si para su satisfacion no basta la hacienda que està en Siam del difunto, se han de acabar de pagar con la hacienda que està en Manila, porque no ay herencia, ni ganancias para la madre, ni para la muger, si el difunto debia toda la hacienda que dexò, porque la hacienda que el difunto debia no era suya, sino de los acreedores; pero si de dicha hacienda, despues de pagadas las deudas, quedasse alguna cosa, se debe dividir por

por iguales partes entre la madre de Juan, y su muger.

235. La razon desto es, porque todos los bienes que durante el matrimonio se ganan, son comunes del marido, y la muger, y disuelto el matrimonio por muerte del vno, la mitad pertenece al que queda viuo, y la otra mitad a los herederos del difunto. Así consta expressamente de las leyes del Reyno en la Nueva Recopilacion, lib. 5. tit. 9. l. 2. que dize así: *Toda cosa, que el marido, y la muger ganassen, ò comprassen estando de consuno, ay. nlo ambos por medio.* l. 4. *Maguer que el marido aya mas que la muger, ò la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en mobles, los frutos sean comunes de ambos a dos.* Y lo mismo se determina en las leyes del Reyno de Portugal, lib. 4. Ordinam. tit. 7. §. 1. con que no puede ser de embarazo a esta resolucion, si la parte de Monica quisiere que se ajuste este litigio segun las leyes de Portugal, por averse caído ambos en el Reyno de Siam, y aver viuido siempre allí hasta la muerte de Juan, y en aquel Reyno de ordinario viuen Portugueses, que tienen su justicia, que los gobierna segun las leyes de Portugal. Ni puede ser de embarazo a esta resolucion el afirmar los litigantes cada vno de su parte, que tenia algun caudal moderado quando contraxeron matrimonio, porque no ay claridad, ni certeza de lo que cada vno

traxo, ni Juan hizo inventario, ni otro instrumento de lo que tenia, ni Monica hizo carta de dote: y en tal caso se deben dividir los bienes por igual quando se disuelve el matrimonio por muerte del vno, y la mitad pertenece al viuo, y la otra mitad a los herederos del difunto. Así se determina en las leyes del Reyno, lib. 5. Nueva Recopil. tit. 9. l. 1. que dize así: *Los bienes que han marido, y muger, son de ambos por medio, salvo los que probare cada vno que son suyos apartadamente.* Y lo mismo se determina en las leyes de Portugal, lib. 4. Ordinam. tit. 7. y està así comunmente recibido en costumbre, como dize Antonio Gomez, in l. 56. Tauri, n. 70. Perez, in l. 1. Ordin. fol. 185. Rebelo de iust. 2. p. lib. 6. q. 3. Pedro de Navarra, lib. 3. cap. 2. n. 11. Que la otra mitad de los bienes, que pertenecia a Juan la deba llevar su madre como heredera, es cierto, porque Juan no tenia hijos, ni otro descendiente, y a falta de descendientes, son herederos abintestato el padre, y la madre, como disponen las leyes del Reyno, lib. 5. Nueva Recopil. tit. 6. l. 1. que es la l. 6. de Toro. Y lo mismo determinan las leyes de Portugal, lib. 4. Ordinam. tit. 7. §. 1. & 2. Por lo qual no teniendo Juan al tiempo que murió descendiente alguno, ni mas ascendiente que su madre, esta debe heredar toda la hacienda que le pertenecia.



# DEZIMA CLASSE.

## EN QUE SE PONEN LOS

### Pareceres tocantes à la Mesa de la Santa Misericordia.

#### CONSULTA I.

*Sobre si aviendo quedado la Santa Mesa por Albacea de un difunto, que en su testamento dexò los rditos de un censo para cierta obra pia, y dicha Santa Mesa huviese encomendado la cobrança de esos rditos a un Ministro suyo, que los cobró, y gastò, y ultimamente murió sin dexar bienes algunos de que echar mano, dicha Santa Mesa deba pagar de su bolsa dichos rditos, ò se ayan de dexar por perdidos?*

#### PROPOSTA.

EL gobierno de la Santa Hermandad de la Misericordia està a cargo del Provedor, y doze Diputados, y lo que se resuelve en la Mesa por la mayor parte de votos, es lo que se executa. Siendo esto assi, parece que esta Santa Mesa, como Albacea de vna persona, administraba sus bienes, y para la cobrança de sus rditos encomendò a vno de dichos Diputados, y cobró el tal al pie de quatrocientos pesos, segun se averiguò despues de su muerte, y en su testamento declaró aver cobrado mas de trecentos pesos, y no dexò bienes ningunos, por cuya razon quedò esta dita perdida.

Preguntase aora, por cuya cuenta quedará, si por la de los bienes de la tal persona, que constituyó al Albacea a la Mesa, ò si esta queda obligada al saneamiento de dichos pesos, y debe pagarlos a dichos bienes?

#### PARECER CC.LXXXIII.

1. **R**espondese con distincion: si la persona a quien cometió la Mesa de la Santa Misericordia la cobrança de los bienes del difunto, era tenida, y reputada por

persona de quien no se debía hazer confianza en materia de dineros, està la Mesa obligada a pagar la cantidad, que se perdió como refiere el caso; pero si de la persona a quien se cometió se tenia buena opinion de que seria fiel en la cobrança, y entrega del dinero, y avia fundamento prudencial para entenderlo assi, no està la Mesa obligada a pagar la cantidad perdida, sino que le perdió por cuenta del difunto que dexò estos bienes.

2. Dos partes tiene esta resolucion, la primera se prueba, y explica desta manera. La mesa aceptando el albaceazgo, se obligò a la recta administracion de los bienes del difunto, que la nombrò por Albacea: y es cierto, que el administrador de bienes ajenos està obligado a cuidar dellos, y ponerlos en buen cobro, hasta dar entero cumplimiento a lo ordenado por el que le cometió la dicha administracion. Assi consta del Derecho, l. Procuratorem. C. mandati. *Non tantum pro his, que gessit, sed etiam pro his, que herenda suscepit, & tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, tam dolum, quam culpam prestare necesse est.* Y tambien es cierto, que el administrador que comete la administracion, que està a su cargo, a persona de quien ay presuncion fundada, que no se asegura en ella la recta administracion, cae en culpa de mal administrador, y debe restituir todo lo que perdió, y gastò el mal administrador a quien cometió la administracion. Assi se colige del Derecho, l. In ordinem. ff. de Magistratibus Conuen. donde se determina, que los Magistrados deben al pupilo toda la hacienda, que se huviere perdido por mala administracion del tutor que ellos señalaron. Y en propios terminos lo afirman Innoc. in cap. Ex ratione. de etate, & qualitate. y Silvest. in Summ. verb. Administratio. q. 5. el qual dize, que si a sabiendas conociendo

de vno, que es indigno administrador, le encomiendan la administracion de la hacienda ajena, està obligado el que se la encomendò a pagar todo quanto se perdiessè por mala administracion; porque es lo mismo, que si el mismo que cometió la administracion al indigno, huviesse hecho la mala administracion, y perdido la hacienda. Por esta razon si a quien cometió la Mesa la cobrança, era persona de quien no se debía tener bastante satisfacion, y seguridad, debe la Mesa pagar la cantidad perdida, como si se cometió la dicha cobrança a vn jurador de quien ay noticias, que viendo se le pone delante, sin atender en la falta en que puede caer, ò que se puede hazer, ò si era hombre que andaba de ordinario adeudado, ò con trampas, y a qualquiera hombre pobre, que padece necesidad, es conocidamente culpable cometerle la dicha administracion, si por otra parte no consta con certeza de su trato, y fidelidad. Al fin desta resolucion se pondrán dos conjeturas del Derecho, por las cuales constará clarissimamente, y si se cometió culpa lata en la Mesa, en encomendar la cobrança a tal persona. Lo que aora queda determinado, y probado, es, que si se cometió culpa conocidamente en la comission de dicha cobrança, ay obligacion a sanear todo lo perdido, y hazer las obras pias, ò legados, que dispuso el difunto, que se hiziesen con dicha hacienda que se perdió.

3. Y esto se ha de hazer en tal caso a costa de la Mesa, porque el testador no encomendò a los particulares la administracion de su hacienda, sino a la Mesa en comun; y quien delinquirò en cometer la cobrança a persona de quien no avia seguridad, fue la Mesa, y no los particulares. Para mayor inteligencia de esto, se ha de advertir, que de vna de dos maneras pueden los de vna comunidad cometer vna culpa. La primera es, quando se juntan en forma de comunidad llamados con campana, ò en la forma que suele llamarse la tal comunidad, y por consejo de todos, ò de la mayor parte se comete la culpa, ò se omite lo que se debía hazer, y en tal caso la culpa es de la comunidad; y si es de calidad que pide restitucion, se ha de restituir de los bienes del comun. La segunda manera es, quando los de vna comunidad sin aver sido legitimamente convocados, ò sin aver sido decretado por voto de la mayor parte, cometen alguna culpa; y en tal caso la culpa no es del comun, sino de los particulares, aunque todos los del co-

mun ayan concurrido a ella, y consiguientemente si la culpa obliga a restitucion, no se debe restituir de los bienes del comun, sino de los particulares: assi lo afirman Silvest. verb. Excommunicatio. 7. n. 47. y Panorm. in cap. Dilectus. el 2. de Simonia, n. 13. Felino, ibid. n. 12. Bart. in l. Aut facta. ff. de pænis. §. fin. n. 9. Julio Claro, lib. 5. q. 16. los quales afirman, que esta es comun sententencia, y se colige claramente del Derecho. de reg. iur. in 6. reg. 76. *Delictum persone non debet in detrimentum Ecclesie redundare.* Y cap. Si Episcopus. 16. q. 6. *Si Episcopus talem culpam commississe constitit, ut constat, eum non irrationabiliter esse depositum, eadem eius depositio confirmetur, & omnes res sine Ecclesie, que ablata fuerunt, restituantur, quia delictum persone in damnum Ecclesie non est convertendum.* Y cap. Episcopo, de la misma question. *Episcopo non liceat possessionem Monasterij collere, quamvis Abbas peccaverit.* El delito de la persona, ò de las personas, no daña a la comunidad, como no lo ayan hecho en forma, y con potestad de la comunidad convocada para esto; porque en tal caso, ya no es delito de las personas, sino del comun: cap. Cum dilectus. de ordine cognit. se determina contra vn Monasterio, en que restituya lo que de hecho le pertenecia, por la violencia, y dolo con que el Abad avia despojado a los que lo estauan possyendo; y alli pone la Glossa este argumento, de que como la culpa del Abad pudo damnificar al Monasterio? Y responde, que todo el Convento, en forma de Convento, consintió en la violencia. *Totus Cõventus consenserat Abbati.* Y lo mismo es: aunque toda la Comunidad no consienta, si lo determina la mayor parte, l. Quod maior. ff. admunicip. *Quod maior pars curie efficit, pro eo habetur ac si omnes egerint.* Por lo qual si la persona a quien se cometió dicha cobrança, conocidamente no era segura, ni de ella se podia hazer prudentemente dicha confianza, debe pagar la Mesa lo que assi se perdió de los bienes propios de la Mesa, si es que tiene algunos bienes propios; y adviértese, que no son propios de la Mesa los que han dexado otras personas, ò para sustento de las niñas, ò para la fabrica del Colegio; porque tambien estas son obras pias, y no es justo, que para satisfacer a vna obra pia, que dexò ordenada vn testador, se quite de otra, que dexò otro; y assi solamente se debe satisfacer de los bienes que tuviere la Mesa para usar de su libre alvedrio de ellos, y aplicarlos a las obras buenas que quisiere, que estos so-



lamente son bienes de la Mesa, aunque se los ayan dexado por obra pia: y si no tuviere de estos bienes, o no alcanzaren a satisfacer la cantidad, tendrán obligacion de satisfacer el Prouedor, y Diputados, que actualmente se hallaron en la Mesa quando se cometió la cobrança, a quien conocidamente no era seguro para fiarle dineros ajenos. La razon es, porque aunque la culpa la comete primeramente el comun, no se escusan del todo los particulares; y assi en vna culpa de vna Ciudad, demás del castigo que se haze al comun, se castigá especialmente los particulares, que mas se señalaró, è influyeron en el delito. De fuerte, que quando la culpa la comete el comun por comun, tambien delinquen los particulares segundariamente, y consequientemente a falta del comun deben restituir el daño los particulares, q̄ vnidos en comunidad lo cometieron, segun el influxo de cada vno: como si vno, o dos instasen para que al sobredicho se le cometiese la cobrança, y por esta instancia, o persuasion viniessen los demás en ello si la Mesa no pudiesse, o no tuviese bienes comunes para restituir, deberian restituir aquel vno, o dos, que mas solicitaron, que se le cometiese la cobrança al indigno; y a no poder estos, o a no aver quien especialmente solicitasse dicha comission, cargaria la obligacion sobre todos los Diputados, que se hallaron entonces en la Mesa, y dieron voto de que se le diese la cobrança, y la mayor parte debe pagar el Prouedor, que como cabeza está allí mas obligado a resistir a qualquiera mala administracion, si fue de parecer que se le cometiese; porque los que fueron de contrario parecer, no deben pagar cosa alguna de sus haciendas, porque no delinquieron quando delinquieró el comun.

4. La segunda parte, de que si la persona a quien cometió la Mesa la dicha cobrança tenia buena opinion, y se podia creer del prudencialmente, que daria buena cuenta de lo que cobrasse, no está obligada la Mesa a pagar cosa alguna, ni hazer a su costa las obras pias, o sufragios, que mandaba el testador con dicho dinero que se perdió, porque la pérdida fue a cuenta del mismo difunto, cuyos eran los bienes perdidos, se prueba, porque la Mesa no se aprouechó, ni recibió vtilidad alguna de dicho dinero, cuya cobrança cometió a vno de los Diputados, pues el mismo que lo cobró lo confituyó, y consequientemente la mesa no está obligada a la restitución *ratione rei accepta*, q̄ es de dar, que no está obligada por razon de averse

aprouechado el comun de la Mesa de alguna cosa de dicha cantidad, y assi la obligacion que puede aver, es solamente por razon de la culpa, que pudo aver en cometer la cobrança al que dió mala cuenta de lo que cobró: y consequientemente si no hubo culpa en cometerle la cobrança, por aver tenido hasta allí buena fama, de que daba buena cuenta de lo que se le encomendaba, ni avia fundamento para rezelar prudentemente lo contrario, no ay obligacion alguna de restituir cosa alguna a los bienes del difunto. Assi consta del Derecho, l. In ordinem. ff. de Magistrat. conn. §. Si Magistratus. donde se determina, que si el Magistrado dió al pupilo tutor, de quien se presume que lo haria bien, y con buenos fiadores, y despues el tutor, y fiadores en pobrezen, y el pupilo no tiene de quien cobrar su hacienda, que no tiene el Magistrado obligacion a pagar cosa alguna, y quedese el pupilo sin su hacienda, porque no está el Magistrado obligado a adivinar, ni asegurar al pupilo de todas las contingencias, y pérdidas a que están sujetas todas las cosas desta vida. *Si Magistratus satis exegit, & idoneum exegit, quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores, & fidei iussores, nihil est quod ei, qui dedit, imputetur, non enim debent Magistratus futuros casus, & fortunam pupillo prestare.* De la misma fuerte la Mesa no está obligada a poner los bienes de que se encargó en total seguridad, que de esta no son capaces las cosas humanas: es fuerza que se valga de algun hombre para las cobranças, y qualquiera hombre puede fallar, y se le puede perder su hacienda propia, y la agena que tiene a su cargo, y assi solamente tiene obligacion de no fiarse de personas de las calidades dichas, que traen consigo el sobreescrito, que no es prudencia fiar dineros de ellas.

5. Otra prueba mas eficaz desto, es, porque la Mesa de la Santa Misericordia se encarga destas administraciones, no para provecho especial de la mesa, sino para hazer bien a las personas, que le dexan encargadas semejantes obras pias, y administraciones; y es la comun sentencia de los Doctores, que el administrador, o qualquiera persona que tiene en su poder hacienda agena, o en deposito, o emprestito, o en administracion, o empeño, si la tiene para vtilidad, o comodidad propia, y no del dueño, como el que tiene vn caualllo prestado porque lo ha menester, si se le pierde, o muere por algun descuydo, o culpa (aunque sea leuissima) tiene obligacion a restituirlo; porque el que recibe la

cosa

cosa agena para su propia comodidad, sin vtilidad, ni comodidad alguna del dueño, tiene obligacion a poner toda la diligencia, que fuere posible para guardarla; pero el que tiene la cosa agena para vtilidad de ambos, propia suya, y del dueño, como el que lleva el cavallo alquilado, que es comodidad para el que le lleva para servirse del, y para el dueño es vtilidad, por lo que le pagan de alquiler, no está obligado si se le pierde por culpa leuissima; pero si se pierde, o muere por culpa leue está obligado: porque lleuandolo alquilado por su dinero, no está obligado a poner en su guarda exactissima diligencia, pero está obligado a cuydar del con mas que mediana diligencia.

6. Mas el que recibe en su poder la cosa agena para bien solamente del dueño, y no para si proprio, como si vno tuviese vn cavallo, y no teniendo donde poder comodamente guardarlo, se lo entrega a vn amigo para que se lo guarde: en tal caso, si el cavallo se pierde, o se muere por culpa leuissima, o leue de algun descuydo del que lo tenia para guardarlo, no está obligado a restituirlo; porque el que tiene la cosa agena para vtilidad, o comodidad del dueño, solamente está obligado a restituir quando en la pérdida cometió culpa lata, que es conocidamente echando de ver que lo arresgaba, o lo ponía donde era muy verisimil que se muriese, o perdiese, o lo hurtasen. Esta es doctrina comun de los Doctores, tiendela expresamente Azor. to. 3. lib. 9. cap. 6. Lesio de iust. lib. 2. cap. 7. dub. 8. Molina de iust. tract. 2. disp. 549. Regin. in praxi. lib. 25. cap. 50. sect. 1. Lugo de iust. to. 1. disp. 8. sect. 8. Diana, p. 8. tract. 7. Sec. 35. y está expresada en muchos lugares del Derecho, cap. Cum gratia. de commodato. *Cum gratia sui tantum quis commodatum accepit, de leuissima etiam culpa tenetur.* Dize, que por ser el emprestito, que llaman commodato, en fauor del que lo recibe prestado, está obligado por culpa leuissima: de donde se sigue, que si tambien lo huviera recibido por vtilidad del dueño, no estaria obligado por culpa leuissima, sino que seria menester mayor culpa para que tuviese obligacion a restituir, y consequientemente se requiere por lo menos culpa leue, y si recibiese la cosa para vtilidad sola del dueño, se requiriera mayor culpa, para que le obligue la restitucion, y assi será necesaria culpa lata. Y l. In rebus commodatis. ff. commodati. dize, que el que recibe prestada la cosa agena, ha de poner en su custodia grandissima diligencia, y luego lo limita con estas palabras: *Hac ita si dumtaxat accipiens*

*gratia commodata sit res, at si vtriusque, veluti si communem amicum ad cenam inuitauerimus, tuque eius rei curam susceperis, & ego tibi argentum commodauerim, quasi dolus tantum prestare debeas.* Y §. Præterea. inst. quibus modis recontra. oblig. Is, apud quem res aliqua deponitur, de ea re quam accepit, restituenda tenetur, si quid dolo commiserit. Culpa autem nomine, id est desidia, ac negligentia non tenetur.

7. El que recibió la cosa en deposito para guardarla sin provecho suyo, solamente está obligado a restituir, si por dolo del que la tenia en deposito se perdió; y allí la Glosa dize, que por dolo se entiende tambien lata culpa. *Ita venit lata culpa, que pro dolo accipitur.* como consta del Derecho, l. Quod nerva. ff. depositi. y §. Creditor. inst. quibus modis. *Quia pignus vtriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei creditur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat.* Y allí dize la Glosa: *Exactam ponitur non superlativo, non enim tenetur de leuissima.* De fuerte, que la prenda porque se dá para bien de ambos, del deudor, para que se sien lo que le prestan, y del acreedor, para asegurar la paga, dize el Derecho, que no tiene obligacion de poner grandissima diligencia para guardar la prenda, ni cumple con poner vna diligencia corta, sino que debe poner diligencia cuydadosa, que llama el Derecho exacta: por lo qual si se pierde la prenda por culpa leue, tiene obligacion de pagarla el que la tenia por prenda de su deuda; pero no tiene obligacion a pagarla, si se pierde por culpa suya leuissima, y se le debe bolver su dinero, aunque la prenda se aya perdido, como en la pérdida no aya intervenido culpa lata, o leue del que la tenia por prenda de su dinero.

8. Aplicando esta doctrina al caso presente, en esta administracion no interesa la Mesa cosa alguna, y admite semejantes administraciones por hazer bien a los que se las cometen, y assi no está obligada la Mesa a poner exactissima diligencia en dicha administracion, ni a averiguar diligentissimamente las calidades del Diputado a quien cometa la cobrança: y consequientemente si por falta de esta exactissima diligencia se cometió a dicha persona, y se perdió el dinero, no está obligada a pagarlo, porque la falta de dicha diligencia, es la culpa leuissima; y si la Mesa en los Albaceazgos no recibe por la administracion vn tanto por ciento, que reciben los demás Albaceas, no está obligada, ni a la diligencia exacta, ni tiene obligacion

á restituir lo que se perdiere por leue culpa en la administracion.

9. Por lo qual los señores Proueedores, y Diputados debé tratar en su Mesa, y consejo de la opinion que tenia de la persona a quien se cometió la dicha cobrança, si la conocian, y si no, deben consultar a quien lo conoció, y por dos coniecturas del Derecho conocerán con claridad, si la Mesa cometió culpa lata en cometer dicha cobrança a la persona que dió mala cuenta del dinero, y si está obligada a satisfacer. La primera coniectura es, si la persona a quien se cometió la dicha cobrança, era de tal calidad, y opinion, que no se atreverian los particulares a encargarle la cobrança de sus haciendas, ni a fiarle dinero, se ha de tener por lata culpa de la Mesa el averle cometido la dicha cobrança: consta assi del Derecho, l. Quod merva. ff. de deposito. *Nec salua fide minor em ijs quam suis rebus diligentiam prestabit.* Y alli la Glosia: *Tunc negligentia dolo comparatur, quia non caret fraude, quia est minus diligens in rebus alienis quam in suis.* Lata culpa es, y dolo, y fraude entregar la cobrança de los bienes agenos, que administran, a quien no se atreverian a cometer la cobrança de los propios: como si dicha persona se hallasse en vn pueblo distante de Manila, donde alguno, ó algunos de los Diputados tuviesfen encomienda, ó otra cobrança que hazer, se ha de ver si dicha persona se juzgaba tal, que no se dudaria entre hombres de razon de encomendarle dicha cobrança, y si se presume, y entiende, que no se atreverian a encomendarla, fue lata culpa encomendarle la cobrança de lo perteneciente a dicho difunto.

10. La segunda coniectura es, si comunmente de todos los vezinos, ó de la mayor parte de la Republica, era reputado por persona a quien no se podia encomendar cobranças de dinero con seguridad; porque si esto era cosa tan conocida, no puede carecer de culpa lata muy clara, el cometerle dicha cobrança: dizelo el Derecho, l. Lata culpa. ff. de reg. iur. *Lata culpa finis est non intelligere id quod omnes intelligunt.* Y l. Cedere. ff. de verb. sig. *Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt.* Por todos se entiende la mayor parte, como explica la Glosia sobre dichos textos, y lo dize el Derecho, l. Aliud. ff. de reg. iur. *Refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem.* Por lo qual si comunmente en esta Republica, ó por la mayor parte, era tenido por persona no apta para fiarle vna cobrança, fue sin duda culpa lata de la Mesa el cometerle la cobrança, y está obligada a satisfacer

a los bienes del difunto la cantidad que se perdió, del modo referido arriba; pero si mas comunmente era persona reputada por apta para encomendarle la cobrança de dinero, ó por la mayor parte de los que le conocian se ignoraba, que tenia en ello falta, aunque de hecho la tuviesse, no huvo lata culpa, ni obligacion de satisfacer la cantidad perdida a los bienes del difunto, como se colige del Derecho, l. Regula. ff. de iuris, & facti ign. *Quid si omnes in civitate sciunt, quod ille solus ignorat.* Y alli la Glosia: *Non subvenitur ei, & e contra paritur alicui si ignorat, quod maior pars vel omnes ignorant.*

### CONSULTA II.

*Sobre si aviendo un difunto dexado vna estancia con sus pertenecientes para las obras pias de la Santa Mesa, y por su Administrador al Mayordomo de la bolsa, que ella elige cada año, a quien señala un tanto por la administracion, pueda dicha Santa Mesa sin contravenir a la voluntad de el testador, por el bien, y aumento que se le sigue a dicha estancia, nombrar otra persona que la administre por el tiempo que se hallare ser conveniente? Item se consulta, si en suposicion que puede la Santa Mesa señalar otro Administrador, tenga el dicho Mayordomo de la bolsa algun derecho para pedir lo que señala el testador en el testamento?*

### PROPOSTA.

**V**Na persona, que ya es difunta, dexó en su testamento vna clausula del tenor siguiente: Item mando, que mediante el aver redimido los nueve mil pesos de censo de los primeros dineros, y efectos que se hizieren, como tengo dispuesto, y ordenado, es mi voluntad no se aya de vender la dicha estancia, que he fundado enfrente de S. Francisco del Monte, y la estanguela que he fundado sobre vna loma enfrente de S. Juan del Monte, y vn Trapiche abaxo, sino que aya de quedar por mi cuenta, para cuyo efecto nombro por Administrador de todo lo referido a los señores Proueedores, y Diputados de la Mesa de la Santa Misericordia, y al Mayordomo, que es, ó fuere de ella, a quien pido, y suplico, que por el servicio que hará a Dios nuestro Señor, admita la dicha administracion en la manera siguiente.

Señala a dicho Mayordomo vn tanto cada año por dicha administracion. Luego se siguen algunos legados, que manda, que dicho Mayordomo los pague de lo procedido de dicha

dicha estancia, y que a fin del año dé cuenta a dicha Santa Mesa, la qual dexa debaxo de su conciencia, y que al que le sucediere entregue por inventario.

El Mayordomo de la bolsa se nombra cada vn año, este cuyda de los pleytos, cobranças, y de dar cumplimiento a los testamentos, y lo demás que la Santa Mesa le ordena, teniendo siempre que hazer, por ser muchos los negocios, con que no es posible asistir en dicha estancia. Reconocese, que por ser anual, será esta hacienda deteriorada, pues sus rentas se componen de arrendamientos, que se hazen a Indios, mestizos, y Sangleyes; y estos conociendo vn año diferente Administrador, y que no son todos de vna condicion, no es dudable, que si el trato no es bueno, dexarán dichas tierras, y cesarán las rentas, de que se origina graue daño a dicha hacienda, y no se podrá dar cumplimiento a las clausulas que dexa dicho difunto: y la experiencia enseña, que aun en las haciendas que tienen algunas Religiones, a donde tienen de asistencia, y por mucho tiempo, y años, vno de sus hermanos Religiosos, que cuyden de ellas, es conocido, que no ay ningun aumento, antes si disminucion; pues en esta que cada vn año ha de entrar vn Mayordomo, y sin experiencias, conocido es, que será de grave daño.

Preguntase si esto mediante, la Santa Mesa podrá por el bien que se seguirá a dicha hacienda, nombrar persona que la administre por el tiempo que se hallare mas conveniente, sin que en esto se vaya contra la voluntad del difunto, segun la clausula que va expresá, y que no sea el Mayordomo de la bolsa grañado, y que si de no ser dicho Mayordomo, le queda algun derecho para pedir lo que le señala? Pídesse, y suplica el parecer venga firmado de los Reverendos Padres con la doctrina, y prueba que acostumbra la Sagrada Religion.

### PARECER CCLXXXIV.

**I**1. **D**Os partes tiene la pregunta: a la primera se responde, que la clausula del testamento en que dispone el testador, que el Mayordomo de la Mesa de la Santa Misericordia sea el que ha de administrar las estancias, que se refieren en la propuesta, está muy clara, y assi no ay duda que el testador quiso, y fue su vltima voluntad, que el Mayordomo de la Mesa de la Santa Misericordia, que se elige de nuevo cada año, fuese Administrador de dichas estancias.

12. Lo que pueden hazer los señores Proueedor, y Diputados de la Mesa de la Santa Misericordia, y será mas conveniente, es recurrir con vna peticion a los señores del Cabildo Sede vacante, para que en quanto esto muden, ó commuten esta vltima voluntad, y disposicion del testador, para que la Mesa no esté obligada a dar esta administracion al Mayordomo, sino que pueda nombrar Administrador, que administre las dichas estancias, por todo el tiempo que a los señores de la Mesa pareciere conveniente: que esta vltima voluntad del testador pueda mudarse con la autoridad del Ordinario, consta de grauissimos Autores, Siluestro in Summa, verb. Legatum. 4. q. 11. dize, que aviendo causa puede el Obispo commutar las vltimas voluntades de los testadores, y cita otros Doctores, que dizen lo mismo; y en el n. 12. dize, que quando no ay causa alguna para mudar la disposicion del testador, porque sin inconveniente alguno se puede cumplir con las circunstancias que dispuso el difunto, entonces solamente el Papa la puede mudar; pero quando ay causa suficiente, puede el Obispo mudar la disposicion del testador.

13. Y añade, que aunque se pueda cumplir lícitamente la disposicion del testador con las circunstancias que él lo dispuso; no obitante, aviendo causa legitima, puede mudar la disposicion el Obispo: y mas abaxo añade, que en duda, si la causa es, ó no es legitima, puede también commutar el Obispo la vltima voluntad, y alli refiere otros cinco Autores, que dizen lo mismo. Lo mismo dize Barbosa. de pot. Episc. alleg. 83. n. 5. y Diana, 2. p. tract. 17. ref. 26. el qual refiere otros muchos Autores, que refieren lo mismo, y se colige de ambos Derechos, del Can. cap. Nos quidem. de testament. y del Conc. Trid. Ses. 22. cap. 6. y l. Legatum. 16. ff. de usufructo legato. De suerte, que los legados, y vltimas voluntades se pueden mudar, ó commutar en otros con autoridad del Obispo, aviendo causa justa: y es certissimo, que para mudar todo el legado, y disposicion en otra obra pia diferente, es menester grauissima causa, como se colige de los lugares citados del Derecho; pero para mudar alguna circunstancia del legado, quedando la substancia del fixa, no es menester tan graue causa, especialmente si la circunstancia que se muda, commuta, ó altera, es para mejor cumplimiento del legado, y disposicion del testador, y para que las mismas obras pias que él dexó, se cumplan mejor, y vaya la hacienda que dexó para ellas, y sus reditos en mayor aumento: en tal caso

caso ( como dize Diana en el lugar citado ) no se traspassa, ni dexa la voluntad del testador, sino se interpreta; y aunque en alguna circunstancia se varia lo que dispuso, y su voluntad expresa, y formal, como esta variacion es para que se cumpla mejor su principal intencion, viene a cumplirse aun en aquella circunstancia, que se variò la voluntad virtual, è interpretatiua del testador, que se presume que quiso, y debió querer, que su disposicion principal se cumpliesse del mejor modo, que pudiesse tener efecto.

14. En el caso presente ay causas suficientes, y legitimas, para que se varie esta circunstancia, y no sea el Administrador destas estancias el Mayordomo de la Mesa, sino que se encomiende la administracion a otra persona escogida para este efecto. La primera causa es el inconveniente graue, que es aver de entrar cada año nuevo Administrador, por lo qual nunca avrá Administrador que estè hecho capaz de dichas estancias de los ganados que tienen de su apero, tierras, è inquilinos, lo qual cederá en graue daño, y diminucion de dichas haciendas; porque es cosa constante, y experimentada, que en semejantes haciendas el dueño, ó Administrador que entra de nuevo, pierde mucho los primeros años por falta de experiencia, y despues con la experiencia vá conociendo las tierras que le conviene sembrar, y las que ha de tener para aumento de la hacienda, y para tener mas vtilidad de ella; pero si cada año se muda nuevo Administrador, que será forçoso, si estas haciendas las huviere de administrar el Mayordomo de la Santa Mesa, nunca irán en aumento, sino siempre en diminucion, y en menos vtilidad.

15. La segunda causa es, que no todos los hombres se aplican a administrar estancias, ni son aptos para esto, que quiere particular genio, y aplicacion; y aviendo de entrar cada año por Administrador el que fuere Mayordomo de la Santa Mesa, será fuerça que entre alguno, que ni tenga genio, ni aplicacion para administrar estancias; ó ya que la Mesa elija siempre, y tenga cuydado de elegir por Mayordomo a persona, que tenga esse genio, y aplicacion (que no será facil) por lo menos no podrá retener administrando la hacienda al que reconociere por mas apto para ello, por ser forçoso mudarse todos los años nuevo Mayordomo, que no es poco inconveniente para la hacienda, no poder retener en ella por Administrador al que se reconoce que la lleua en mayor aumento, y q è mas para ello que otros.

16. La tercera razon es cosa muy dificultosa, y aun toca en imposible, que el Mayordomo de la Mesa pueda acudir a la administracion de dichas estancias, por lo mucho que tiene de que cuydar de los pleytos que se ofrecen, cobranças, cumplimiento de los testamentos, y otras cosas que la Santa Mesa le ordena, con que tiene muchísimas ocupaciones, y assi le será cosa imposible asistir a las estancias, y cuydar de ellas como se debe. La quarta causa es, que esta disposicion de la fuerte que la dispuso el testador, es contra las ordenanças de la Mesa de la Santa Mitericordia. Dize la clausula del testamento, que el Mayordomo de la Mesa sea el Administrador de las dos estancias que dexa, y que se le dè vn tanto cada año por dicha administracion; esto es contra lo que mandan las ordenanças en el cap. 11. que dize assi: *Por el trabajo que dichos hermanos han de llevar en servir los dichos cargos, no llevarán algun premio temporal, solamente esperen premio, y galardón de Dios todo poderoso a quien sirven.* Y despues en el cap. 19. manda, que ninguno de los hermanos en el año que sirven en la Mesa, pueda tener aprovechamiento temporal de las cosas que la Mesa dispende, *so cargo del juramento hecho, y debaxo de las penas que incurren los que quebrantan sus ordenanças, pues ya tienē paga señalada, como se dixo en el cap. 11.* Por lo qual esta disposicion no se puede cumplir conforme a las ordenanças de la Mesa, lo qual es causa sufficientissima, aunque fuese sola, para que dicha circunstancia se variasse por autoridad del Ordinario; l. Legatum. ff. de vsu. & usufructo, se refiere, que vno dexó en su testamento vn legado, y cantidad de hacienda, para que de sus reditos se hizieran todos los años ciertos juegos publicos en la Ciudad de Bononia, en memoria del difunto, para que su memoria se conservasse en aquella Ciudad, que era su patria, y hallóse, que en dicha Ciudad avia estatuto en que se prohibian aquellos juegos, y determina alli el Derecho, que para que se cumpla la vltima voluntad del testador, de modo que no se quebrante el estatuto de la Ciudad, se commute en otra cosa licita, con que se conserve, y celebre la memoria del testador: *Converti debet fideicommissum, ut memoria testatoris alio, & licito genere celebretur.* No tiene menos fuerça la ordenança de la Santa Mesa, que el estatuto de la Ciudad de Bononia, ni merece menos observancia, y veneracion, y pareciera muy mal, y sería de mal exemplo, y peor consequencia, que en materia de interés se empezara a quebrantar esta tan santa ordenança de la Mesa: por lo

lo qual, aunque no huviera otra razon mas desta, se debia mudar esta circunstancia de la clausula del testamento.

17. La vltima causa, y razon porque se pueda, y deba mudar en quanto a este punto la dicha clausula, es, porque el testador no ordenò esto como legado, ni obra pia, sino como medio por donde se cuydasse de dichas estancias, para que assi se pudiesen cumplir las obras pias, y legados que dexa de fuerte, que mandar el testador, que el Mayordomo de la Mesa sea administrador de sus estancias, y que se le dè vn tanto por su administracion, no es especial legado, ni obra pia, ni manda especial, sino solamente vn medio que escogió para el cuydado de la hacienda, para que por èl se diesse cumplimiento a los legados, y obras pias: y es cosa cierta, que todas las cosas que se disponen, y determinan solamente como medios para otros fines, no se requieren, ni determinan por si mismas, sino solamente en quanto conducen para conseguir el fin, como dixo S. Thom. 1. 2. q. 8. art. 2. *Ea que sunt ad finem, non sunt bona, vel volita propter se ipsa, sed ex ordine ad finem unde voluntas in ea non fertur, nisi quatenus fertur in finem, unde hoc ipsum, quod in eis vult est finis.*

18. Aquella clausula que dize, que estas estancias sean administradas por el Mayordomo, al qual manda vn tanto por la administracion, no es legado a parte, ni obra pia, sino, como dicho es, vn medio que pensó el testador sería apto para cumplimiento de las obras pias, que mandò hazer de los reditos de las estancias, y consequientemente el testador no quiso esta disposicion por ella misma, ni se puede llamar esta voluntad del testador: *Voluntas in ea non fertur, nisi quatenus fertur in finem.* Lo que el testador quiso en esta disposicion, es solamente, que se asegurassen los legados, y obras pias que se han de hazer de los reditos de la estancia: por lo qual constando que ay otro medio mejor, y mas apto para conseguir el fin del testador, que es, que se mire mejor por la estancia, y aumento de sus reditos, se debe seguir, omitiendo el que disputo el testador, porque esto no es mudar la vltima voluntad del testador, sino poner otro medio mas proporcionado para que se cumpla mejor. Juzgamos que en este caso ay causas las mas suficientes, y graues, que se pueden ofrecer para mudar con autoridad del Ordinario la dicha clausula, y que pueda la Mesa nombrar a quien juzgare, que administrará mejor dichas estancias, relevando al Mayordomo de la Mesa deste cuydado.

19. Queda agora que averiguar, si en Sede vacante puede el Cabildo hazer esta commutacion; porque los Doctores citados arriba solamente dizen, que el Papa puede commutar vna obra pia en otra por su voluntad, aunque no aya causa en la misma obra pia, que disputó el testador, sino que facilmente se pudiesse pener en execucion lo que mandò el testador, sin inconveniente alguno, y que en tal caso no puede commutarla el Obispo, el qual puede aviendo cautà razonable; y justa. Aviendo ya probado que ay causa graue, y muy justa para que se mude en esta circunstancia la dicha disposicion; resta averiguar, si en Sede vacante puede hazerse con autoridad del Cabildo. Comunmente los Doctores assientan en que el Cabildo sucede al Obispo en todo lo jurisdiccional plenamente, exceptuando solamente las cosas de jurisdicción, que competen al Obispo por delegacion de su Santidad, y no por jurisdicción ordinaria: assi lo afirman el Abad, in cap. Verum. de foro competent. n. 9. y Felino, cap. Eam te. de recriptis. n. 17. Silvestr. in Summ. verb. Capitulum. q. 2. & 3. & 4. y Barbosa, de potestat. Episc. allegat. 36. n. 9. & 10. Sayro, in Clavi Regia, lib. 9. cap. 11. n. 84. Gutierrez, in qq. Can. lib. 1. cap. 3. Henriquez, in Summ. lib. 13. de irreg. cap. 20. Molina, de iust. tract. 5. disp. 11. y es comun. Barbosa, de potestat. Episc. allegat. 83. parece que fiente que la jurisdicción que tiene el Obispo para commutar las vltimas voluntades, es delegada, y consequientemente debe decir, que no le sucede en ella el Cabildo Sede vacante; pero el sentir mas comun de los Doctores es, que le compete por su jurisdicción ordinaria; por razon de sus officios, y dignidad. Y el lugar del Concilio Tridentino en que se funda Barbosa, que es en el cap. 6. de la Ses. 22. solamente dize, que los Obispos, como Delegados de la Sede Apostolica, reconozcan sumaria, y extrajudicialmente las letras en que el Papa commuta las vltimas voluntades, para ver si fueron surrepticias: de lo qual no se sigue, que quando el Obispo muda en algo la vltima voluntad del testador, por causas suficientes que aya, como en el caso presente, haga la commutacion como Delegado de su Santidad: y assi Silvestro, y Diana en los lugares citados, y los demás Doctores que alli cita, atribuyen esto a la jurisdicción ordinaria del Obispo, y se prueba claramente, porque la jurisdicción que està anexa perpetuamente al officio, y dignidad, es ordinaria, y no delegada. Assi lo enseña Bart. l. Ambitiosa. ff. de Decret. ab



ordin. fac. n. 34. y Bald. cap. fin. de ofic. Ordin. Silveitr. verb. Delegatus. q. 4. dicto 1. Couarr. 3. var. cap. 29. Henriquez, lib. 13. de excom. cap. 24. Y aun algunos Autores graves estendiendo esto, y dicen, que qualquiera comision si es perpetua, se haze ordinaria, y tiene los fueros de ordinaria. Así lo dicen Baldo, l. 1. ff. de ofic. Consult. y Felino, cap. Licet. de offic. Ordin. y otros muchos, que cita Sanch. de matrim. lib. 2. disp. 40. n. 14. Y como esta potestad de mudar las ultimas voluntades de los testadores quando ay legitima causa para ello, está anexa perpetuamente, como queda probado, al oficio, y dignidad Episcopal, no ay duda sino que es jurisdiccion ordinaria, y consiguientemente en Sede vacante la tiene el Cabildo.

20. A la segunda parte de la pregunta se responde, que mudada dicha clausula con la autoridad del Cabildo, y no exerciendo el Mayordomo la administracion de dichas estancias, no le queda derecho alguno para pedir lo que el testador le señaló por causa de dicha administracion. La razon es clara, porque la cantidad que mandó el testador se dió al Mayordomo de la Misericordia, no lo dá por legado por particular afecto a la persona, ni por obra pia, porque en el tal Mayordomo presumiéndose necesidad, ni por otros meritos personales, pues se elige cada año nuevo Mayordomo, y no pudo constar al testador quien lo avia de ser, y así no atendió a hazer legado, ni obra pia, sino solamente al trabajo que avia de tener en la administracion de las dos estancias, el qual trabajo, sabiendo que la Mesa no lo remunerara con paga temporal, sino que lo remite a que lo pague Dios, quiso remunerarlo con esta paga, para que lo hiziesen de mejor gana: y es cierto, que qualquiera cosa que se dá, ó ofrece por alguna causa onerosa, ó trabajo que avia de hazer aquel a quien se dexa la cosa, cesando la causa, no debe aver la persona aquello que se le dexaba por dicha causa, y así no administrando el Mayordomo las estancias, es cierto, que no se le debe la cantidad que se le dexaba por esta causa, ni tiene derecho en ella. Y consta de ambos Derechos, del Can. cap. Omnis. de reg. iur. *Omnis res per quamcumq; ne causas nascitur, per eandem dissolvitur.* Esta cantidad se manda dar al Mayordomo de la bolsa, por causa del trabajo que ha de tener en la administracion de las estancias, y este trabajo, y cuidado es la causa total, por la qual se le manda dar: pues faltando esta causa, y no corriendo dicha administracion por cuenta del Mayordomo, no tiene derecho a dicha cantidad. Del De-

recho Civil, l. Seyo. ff. de annuis legatis. el caso desta ley es, que Ticia tenia dos hijos, y vna hija, y en su testamento los dexó por herederos, y mandó, que a vn hombre llamado Seyo, de su hacienda se le diessen cada año seis ducados, y que habitasse en vna casa de la testadora, que desde que vivia la tenia dada para su habitacion, y para hazerle este legado puso esta condicion: *Si ipse voluerit intervenire negotijs filiorum meorum eodem modo sicut interveniebat meis negotijs.* Con tal, que Seyo quiera acudir a los negocios de mis hijos, como acudia a los míos.

21. Murieron los dos hijos, y quedó viva la hija, la qual rehusó darle este legado por causa de no poder ya acudir a los negocios de todos tres hijos, por averse muerto los dos, y ya avia cesado la causa: y determina allí la ley, que se le dé la tercera parte del legado, y perdióse las dos, por averse minorado las dos partes del trabajo: *Cum tam labor, quam pecunia divisionem accipiat.* Donde se vé claramente, que estas cantidades, que se dexan a alguno por razon de alguna obra que ha de hazer, ó trabajo que se le encarga, si la obra, y trabajo cessa en todo, tambien cessa la manda totalmente, y si cessa en parte, no se le debe toda la cantidad, sino la parte que le corresponde. En el caso presente, si con la autoridad del Cabildo, ó de qualquiera fuerte que se dispusiere, que el Mayordomo no administre las estancias, no se le deberá cosa alguna de la cantidad, que por dicha administracion le dexaba el testador, ni tendrá derecho para pedir la dicha cantidad en todo, ni en parte.

### CONSULTA III.

*Sobre si se deban ratear, ó reducir a menos unas dotes, que mandó un difunto para las hijas del Colegio de la Santa Mesa, por no alcanzar la hacienda a ajustarlas todas?*

#### PROTESTA.

EN el testamento de Christoual está vna clausula del tenor siguiente: *Item, mandado mil pesos para cinco dotes a otras tantas niñas, hijas del Colegio de Santa Isabel, a docientos cada vna, las primeras que se casaren.*

Los bienes del dicho Christoual no han alcanzado al cumplimiento de todas las mandas, y legados, sino que ha sido fuerza minorarlas prorrateandolos. Preguntase, si la menor cantidad que ha quedado, se debe repartir en cinco dotes para cinco niñas, ó si se deben dar docientos pesos a cada vna, aunque no aya para cinco?

#### PARECER CCLXXXV.

22. Responde, que los dotes se deben ajustar a docientos pesos cada vno, y dotar las niñas a que alcançaren, por tres razones. La primera, porque dos cosas dispuso el testador en dicha clausula; la vna, que sean dotadas cinco niñas, hijas del Colegio de Santa Isabel: la otra, que estos dotes sean de a docientos pesos cada vno. Ambas cosas no se pueden cumplir, porque no alcanza el dinero: por lo qual se ha de atender qual de las dos fue mas de la voluntad del difunto; ó que el numero de las cinco niñas se guarde inviolablemente, ó el numero de los docientos pesos de las dotes no se disminuya, y qualquiera destas dos cosas, que constare ser mas conforme a la voluntad del difunto, se ha de guardar. En el caso presente no consta expresamente qual destas dos cosas fue mas de la voluntad del difunto, y así se ha de conjeturar por presunciones, porque como consta de todo el titulo de *presumptionibus* en las Decretales, en los casos que son *difficilis probationis*, nos debemos valer de conjeturas, y presunciones, como sean bien fundadas.

23. Al presente juzgo, que mas conforme a la voluntad del difunto es, que los dotes se ajusten a 200. pesos, que no el numero de las donzellas que se han de dotar, porque el testador no tuvo especial afecto determinadamente a dichas donzellas, pues no las señaló, sino a las primeras que se casaren, y así no fue afecto particular mas a tales niñas determinadas, ni se puede presumir de que tuviese mas afecto a que fuesen cinco, de suerte, que fuese su voluntad, y afecto, y devocion a este numero determinado de cinco; antes creo, que si el testador entendiese, que con los mil pesos que dexaba para esta obra pia, se podian casar seis, ó siete niñas, ó mas, lo mandara así: por lo qual se ha de presumir, que el mandar que se doten cinco huérfanas, no fue por especial afecto a este numero de que se doten cinco, sino porque entendió, que en mil pesos no avia capacidad para dotar mas de cinco con dote moderado, y competente a niñas pobres, y huérfanas. Segun esto tengo por cierto, que la intencion del testador, y su voluntad mas atendió a que cada niña tuviese dote razonable, y competente, que no a que el numero de las dotales fuese cinco determinadamente: y de la misma fuerte entiendo, y presumo, que si el difunto dexara solamente ochocientos pesos a esta obra pia, no mandara dotar a

cinco, sino a quatro; y si dexara quatrocientos, tampoco mandara dotar a cinco con dotes tan tenues, é incópetentes, sino mandara solamente dotar a dos, por ser esta cantidad de docientos pesos vn dote muy moderado, y quitando de así, no queda dote: y esto lo puede considerar en si qualquiera persona prudente, que si mandara casar con mil pesos cinco niñas, y despues viera que los mil pesos por algun caso se reducian a quatrocientos, no insistiera en que con los quatrocientos se dotaran cinco, sino que con mas prudencia diria, que se doten dos niñas. Esto me parece que hiziera Christoual si viviera, y esto me parece mas conforme a su voluntad quando testó, que mas atendió a determinar el numero del dinero que ha de tener cada dote, para que fuese competente para casar a vna niña Española, sin que espere a que otro le supla lo que falta con otro dote, que no al numero de que las dotadas fuesen cinco.

24. Legase a esta razon, que diciendo el testador, que se den docientos pesos a cada vna de las primeras que se casaren, tienen derecho anterior a los docientos pesos las primeras, de suerte, que a la primera se hará agravio, si porque la segunda tenga dote, se le quitara alguna parte, y así de las demás, porque esta clausula dá vn genero de antelacion a las primeras, que se fueren casando.

25. La segunda razon es, porque como prueba muy bien Espino de testamentis, p. 1. *Glossæ rubricæ, n. 31.* el testamento, y todas sus clausulas se han de guardar como las mismas leyes, y tienen fuerza de ley, y deben tener las condiciones de la ley, que refiere S. Isidoro, lib. 5. *Etym. cap. 5.* y está en el Derecho Canonico, cap. *Erit autem lex.* dist. 4. donde dice: *Erit autem lex honesta iusta possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patriæ, loco, tempori quæ conveniens.* Segun esto la dicha clausula del testamento se ha de explicar de fuerte, que los dotes que por su disposicion se hizieren, sean ajustados, segun la costumbre desta tierra convenientes, de fuerte, que se entienda que con ellos hallarán brevemente las niñas a quien se aplicaren, matrimonio: por lo qual es necesario que se les apliquen a docientos pesos a cada niña, porque repartir esse dinero entre cinco, y que le quepa a mucho menos que a 200. pesos, serian dotes incompetentes, y que hombre ninguno ha dexado en esta tierra feme/antes dotes tan tenues, y limitados, porque lo ordinario se señalan a las huérfanas Españolas 300. pesos, y otras ve-

698.

## CONSULTAS, Y PARECERES.

zes a 400. y lo menos suelen ser a 200.

26. La tercera razon es, porque este caso está muy dudoso a qué parte nos hemos de inclinar, ó a que gozen de este dinero cinco huérfanas, aunque sea en poca cantidad, ó a que la cantidad de docientos pesos se observe a las que se les huviere de dar. Para deshazer esta duda, se ha de atender al fin para que el difunto dexó este dinero, que si dixera: repartante mil pesos entre cinco personas pobres vergonzantes, para ayuda de su sustento, a docientos pesos a cada pobre, tengo por cierto, que disminuyendose los mil pesos, aunque quedassen en ciento, se debian repartir entre cinco pobres, porque se salvaba el fin, è intencion del difunto, que era de que tuviesse ayuda para su sustento; pero en el caso presente dexa el difunto los dichos mil pesos para dote de cinco huérfanas, para que efectivamente tomen estado, y se casen. Por lo qual en esta duda, que se origina de la disminución de dichos mil pesos, se ha de atender a qué se guarde, y cúpla el fin del testador, y se ha de explicar, y presumir de fuerte, que tenga efecto de su voluntad ya que no en cinco, en algunas, en las que fuere posible segun la cantidad del dinero, porque repartir los dichos mil pesos en tan menudas cantidades, que ninguna de las cinco niñas tenga dote competente, seria frustrar en toda la intencion, y voluntad del difunto, dexandolas a todas sin dote competente; pero dandoles a cada vna de las que alcançare a 200. pesos, se cumple la voluntad del difunto aunque no en todas cinco, en las que se puede, quedando dotadas dos, ó tres con el dote, que el difunto juzgó por competente. Esto consta del Derecho, l. Quoties. la 2. ff. de rebus dubijs. y l. Quoties. ff. de verb. signif. donde se determina, que en duda se ha de presumir de fuerte, que la disposicion tenga efecto, l. 3. de milit. testam. donde dize: *Nemo presumitur eligere viam, ut sua dispositio subvertatur.* Y es comun sentir de los Doctores, que en duda se debe interpretar de fuerte, que no se frustre el intento, sino que el acto que se dispone llegue a execucion commodamente. Veanse a Henrico, in l. fin. C. de spons. n. 8 y Saliceto, ibid. n. 14. Por estas razones, y textos siento, que se deben dar a 200. pesos a cada niña de las que alcançaren, para que tengan dote, y puedan tomar estado; y que no por repartir entre cinco la cantidad que huviere quedado, se queden todas sin dote competente.

## CONSULTA IV.

*Sobre si se deban ratear, ó reducir a menos otras cinco dotes, dexadas tambien a las hijas de la Santa Mesa?*

## PROPUESTA.

EN el testamento de Diego está vna clausula del tenor siguiente: *Item, es mi voluntad se den otros mil pesos a la Mesa de la Santa Misericordia, para cinco dotes de huérfanas, a 200. pesos cada vna, y mudo sea vna de ellas Maria de tal.*

Los bienes no alcançaron, y prorrateandose han tocado a esta obra pia quatrocientos y sesenta y tres pesos, y quatro reales. Preguntase, si dicha cantidad se debe repartir en cinco dotes para cinco niñas, ó si se deben dar docientos pesos a cada dote, aunque solamente se den dotes a dos niñas?

## PARECER CC.LXXXIV.

27. Responde, que se deben ajustar dos dotes a dos niñas, a docientos pesos cada vna, por tres razones. Pusieronse las mismas que están en la resolucion del parecer antecedente, exceptas algunas palabras que se mudaron para aplicarlas a este caso, que tiene alguna poca de diferencia, y en lugar de lo que se añade allí a la razon primera, se añadió en este caso lo siguiente.

28. Llegase a esta razon, que dize el testador en la dicha clausula, que vna de las donzellas a quien se ha de dar docientos pesos sea Maria de tal, en esta clausula mostrò el testador especial afecto, y voluntad a que a dicha niña se den en dote docientos pesos, y que tenga este dote, que el difunto juzgó por competente para que tomase estado. Y por repartir los quatrocientos y sesenta y tres pesos y quatro reales en cinco dotes para cinco niñas, se quedasse la dicha Maria de tal con la parte que le cupiese, que serian menos de cien pesos, quedaria sin dote competente, y sin tomar estado por esta falta, lo qual es expresamente contra la voluntad de el difunto, que expresamente quiso que se diessen, y señaló 200. pesos para el dote de dicha Maria.

29. Añadióse tambien al fin: Por estas razones, y textos juzgo, que en primer lugar se deben señalar de dicha cantidad 200. pesos para dote de dicha niña, que expresa el testador, llamada Maria: los otros docientos pesos se deben señalar por dote a otra niña, a elec-

mo, ó si la avia, se han pasado los dos meses, se debe dar el dote a la nieta de negra, ó esclava, sin detenerles mas, porque son hijas de la Mesa, conforme a sus ordenanças, y las ordenanças no excluyen de tener, y recibir dote de la Mesa a tales hijas.

34. Que no puedan aguardar a los de mejor calidad mas de los dos meses, consta de las ordenanças impresas, cap. 30. n. 6. y cap. 31 n. 2. donde dize, que los dotes se señalen a las huérfanas con esta condicion, que se casarán dentro de dos meses, y no se casando dentro de dicho termino, se casarán otras huérfanas con aquel dote con que se avian de casar las nombradas: de fuerte, que las ordenanças no permiten espera de mas de dos meses, sino que aun a la que ya tenia señalado el dote, y quasi apropiado, se lo revoca si tarda mas de dos meses en casarse. Segun esto, por mayor razon a las que no se les ha señalado dote, no se les puede esperar con él, aguardando que se case alguna de mejor calidad, mas tiempo de dos meses, porque *turpius eicitur, quam non admittitur hospes.* cap. Quem admodum. de iure iurand. Mas dificil es revocar el dote a la que ya se le avia señalado, y apropiado, y quasi dado, que dexarlo de dar a la que no le estava señalado.

## CONSULTA VI.

*Sobre si aviendo un difunto dexado unas dotes para donzellas Españolas liquidas, y sin mezcla alguna, hijas del Colegio de la Santa Mesa, se pueda dar una de dichas dotes a una donzella de dicho Colegio, cuya visabuella fue mestiza, y su abuela castiza, hija de Español liquido, y mestiza?*

## PROPUESTA.

EL Capitan Juan dexò a la Mesa de la Misericordia quatro mil pesos, para dotes de diez donzellas huérfanas, hijas de la Mesa, a quatrocientos pesos cada dote: y manda en la clausula de su testamento, que dichas donzellas han de ser Españolas liquidas, y sin mezcla alguna, y que no aviendo al presente diez niñas Españolas del modo dicho, se guarden dichos dotes hasta que las aya. Preguntase, si dicha clausula se podrá dispensar, ó interpretar, y darse a Isabel vno de dichos dotes, cuya visabuella era mestiza, y su abuela castiza, hija de Español liquido, y de mestiza, como está probado?

## PARECER CC.LXXXVIII.

35. Qui ay dos puntos que advertir. El primero, si se podrá dispensar, ó interpretar dicha clausula de testamento, para que alguno de dichos dotes se de a alguna huérfana, que tenga alguna mezcla de la tierra, como la tal mezcla no sea mucha, y esto lo supla con virtud, y otras circunstancias, que es el caso que se le consultó a su Ilustrissima quando respondió, que de ninguna fuerte se debia dar el dicho dote a vna niña castiza, y virtuosa? El segundo es, si las niñas que ya están tan lexos de la casta de Indios, que solamente tienen de diez y seis partes la vna de la tierra, están excluidas de dichos dotes por la clausula de dicho testamento?

36. Responde a lo primero, que en verificandose de qualquiera huérfana, que tiene mezcla de la tierra, no se le puede aplicar dote de los que dexó el Capitan Estarona con buena conciencia, porque es expresamente contra la voluntad del testador, que quiso disponer así de sus bienes, y no de otra manera, y que se diessen a Españolas liquidas, sin mezcla, y que si no las huviere por aora, se guarden hasta que las aya. Está la clausula tan clara, que no dexa razon de dudar en esta parte; y donde no ay duda, sino tanta claridad, ninguno puede interpretar, ni dispensar en hacienda agena contra la voluntad de su dueño: y quando huviera alguna duda, ya su Ilustrissima tiene resuelto doctísimamente, que no se puede dar vno de dichos dotes a vna niña, que tiene quarteron de la tierra: por lo qual en este punto digo, que en verificandote mezcla de la tierra, y que no es Española liquida de todos quatro costados, no se le puede dar alguno de dichos dotes.

37. Al segundo punto se responde, que se le puede dar vno de dichos dotes a la dicha Isabel, y a qualquiera que tuviere de los naturales de la tierra de diez y seis partes la vna, como la dicha tiene, pues su visabuella era mestiza, y su abuela castiza, hija de Español, y mestiza. Esto se prueba con dos fundamentos clarísimos; el primero del Derecho, ff. de condit. & demonstr. l. Qua mvis. y l. Coram dilecto. C. de offic. delegati. donde dize: *Parum pro nihilo reputatur.* Es principio de Derecho, que vna cosa poca se reputa por nada, y por no avida: y sin duda, que la dezima sexta parte de los naturales de la tierra es cosa muy poca, y así la dicha Isabel debe ser tenida por Española liquida, que ya salió totalmente de las mezclas de la tierra. Esto se puede confirmar

mar con muchos exemplos clarísimos. Sea el primero: dicen comunmente los Doctores, que quando se manda para vn Jubileo, ó Indulgencia hazer algunas diligencias, como rezar, ayunar, y confessar, si se dexa de hazer alguna parte pequeña de lo que se manda, se gana con todo esto el Jubileo, y no dan mas razon, sino porque en derecho, y en buena razon lo poco se reputa por nada: y quando la Bula de la Cruzada manda rezar cinco vezes el Pater noster, y otras tantas el Ave Maria en cinco Altares, para ganar Indulgencia plenaria, si se dexa dos Padres nuestros, y otras dos Ave Marias, con todo esto gana la Indulgencia plenaria, porque respecto de veinte y cinco, dos se reputan por nada. Así lo dize Trullench en la explicacion de la Bula de la Cruzada, lib. 1. §. 2. dub. 15. n. 2. y Suarez 3. p. to. 4. disp. 52. sect. 4. n. 4. y Diana 5. p. tract. 5. resol. 7. pero si se dexara quatro, ó cinco Padres nuestros, y Ave Marias, no ganara la Indulgencia, porque la quinta, ó sexta parte es mucho.

38. Lo mismo se dize del que hallò la Missa ya empezada, que como estè todavia cerca de los principios antes del Euangelio, no es pecado mortal, aunque manda la Iglesia oír Missa entera: la razon es, porque aquella Missa, por faltarle poco para ser entera, se reputa que no le faltò nada, y que fue entera. Y el P. M. Fr. Pedro de Ledesma añade, que el que hallò la Missa empezada cerca del principio, no està obligado debaxo de pecado venial a oír aquel pedazo que le faltò en otra Missa, porque siendo la falta en poca, es como si no le faltasse nada. Otro exemplo: Sanchez, to. 2. lib. 7. cap. 1. dub. 36. n. 8. y Nauarr. de tempor. ordin. conf. 17. dizen, que si al patrimonio, ó Capellania le falta la quinta, ó sexta parte para vna honesta sustentacion, no se pueden ordenar los Clerigos a titulo de tal patrimonio, ó Capellania; pero si le falta vna cosa poca, como la dezima, ó duodezima parte, se puede muy bien ordenar, porque *de modico non est curandum*, cap. Revera. de consecrat. dist. 2. y l. Scio ff. de integr. restit. Y lo que mas es, segun institucion de Christo Señor nuestro, no se puede consagrar pan de otra cosa, sino que es necesario que sea de trigo liquido sin mezcla: lo qual no obstante, dicen comunmente los Doctores, que si en mucha cantidad de trigo se mezclan rebueltos algunos pocos granos de cevada, ó arroz, todo se consagra, porque aquellos pocos granos de cevada, ó arroz se reputan por no avidos, y siendo tan pocos, no quitan que todo aquel pan se diga a boca llena, y sin limites pan de trigo: y fuera cosa ridicula

dezir, que no es pan de trigo liquido, por aver quatro granos de arroz en vn gran puñado de trigo. Tambien dicen comunmente, que si aquella gota de agua, que se echa en el Caliz, no està convertida en vino al tiempo de consagrar, no obstante se convierte en Sangre de Christo, aunque segun la institucion de Christo nuestro Señor, el agua no es materia que se puede consagrar, sino solamente el vino: y dan la misma razon, que vna gota de agua es como nada en tanto vino. Así lo enseña el M. Fr. Pedro de Soto, lect. 14. de Euchar. Alano, Janfenio, Salmeron, Toledo, Egidio, Escorcía, Preposito, Layman, Pensancio, y Diana: y quando disputan quanta agua se puede echar al vino para celebrar Missa? responden, que la dezima parte, ó la octava. Hago aora este argumento: la materia de la Consagracion, instituida por Christo nuestro Señor, es pan de trigo, pero sin mezcla de otras semillas, y con todo esto se puede consagrar, aunque tenga algunos pocos granos de arroz: luego aunque las donzellas, a las quales manda dar dichos dotes el Capitan Juan, ayan de ser Españolas puras sin mezcla, no obstante se les pueden dar, aunque tenga alguna pequeña parte de la tierra; si no es que queremos dezir, que tiene mas fuerza la clausula del dicho testamento, que la institucion de Christo nuestro Señor, que tambien fue testamento que hizo Christo antes de morir, en el qual nos dexò su Cuerpo, y Sangre en el Santísimo Sacramento del Altar.

39. El segundo fundamento es del ff. de legibus, Senatutiquè Consult. l. Si de interpretatione, donde dize: *Optima est legum interpretatio consuetudo*. La mejor interpretacion de las leyes es la costumbre: las clausulas de los testamentos se interpretan, y entienden a modo de las leyes, y así la dicha clausula se debe interpretar, y entender segun el modo comun de hablar desta tierra, el qual llama Españoles absolutamente a los hijos de Español, y de castiza, que tienen la octava parte de los naturales desta tierra, y así mucho mejor será Española, y se le podrá dar vno de dichos dotes a la que tiene de diez y seis partes la vna. Llegale a esto, que en el mismo ff. de legib. Senatutiquè Consult. l. De quibus causis, donde dize el Derecho: *Id custodiri oportet, quod moribus, & consuetudine induratum est*. Y mas abaxo añade: *Inueterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, & hoc est ius quod dicitur, moribus constitutum, nam cum ipsa leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi recepta sunt, merito, & ea qua sine ullo scripto populus probavit, tenebant*

## PARECER CC.LXXXII.

30. Para responder a estas preguntas con mas claridad se ha de suponer, que la ordenança que se propone, quanto a aquellas palabras que dizen, que las que se hubieren de recibir en el Colegio de Santa Isabel, han de ser hijas de padres, y madres Españoles, està moderada, ó explicada por otra ordenança siguiente, que permite recibirse en dicho Colegio hijas de Españoles, avidas en mugeres Indias, ó por legitimo matrimonio, ó fuera del, siendo hijas naturales; y así se observa, y consta recibirse en dicho Colegio sin escrupulo alguno niñas mestizas de la calidad dicha. Esto se ha presuuesto para no embarazarnos en la respuesta con aquellas palabras de la ordenança, que parece que excluyen a todas las niñas, que no fueren totalmente Españolas. Supuesto, pues, que la dicha ordenança, quanto a dichas palabras està moderada, ó explicada del modo dicho, solamente corre la pregunta acerca de las palabras siguientes de la ordenança, que dizen: Advirtiendo, que no han de ser hijas de madres esclavas, ó que lo ayan sido, ni de negra, aunque sea libre de qualquier nacion.

31. A la primera pregunta se responde, que los señores Proveedor, y Diputados de la Mesa de la Santa Misericordia, pueden recibir por hijas del Colegio de Santa Isabel a las niñas hijas de madres libres, aunque sus abuelas, ó vitabuelas ayan sido esclavas, ó negras libres, con tal, que sus madres ayan sido siempre libres desde su nacimiento. Esto consta claramente de la dicha ordenança, que expresamente excluye a las hijas de esclava actual, y de la que en algun tiempo lo fue, y a las hijas de negra libre; y como es ordenança odiosa, que priva de este bien, y de esta gracia a las que expresa, se debe entender con restriccion, segun Derecho: *Odia restringi, & fauore: conuenit ampliari*. reg. odia. de reg. iur. in 6. Por lo qual estender el sentido de dicha ordenança a que excluya deste beneficio a las nietas, y vnietas de esclavas, y negras libres, será estension inuerosa con detrimento de tercero, y contra Derecho. Esto mismo se confirma con dos exemplos; el primero de las leyes del Reyno en la Nueva Recopilacion, l. 6. lib. 5. tit. 8. donde se determina, que los hijos avidos por ajuntamiento sacrilego, no puedan ser herederos de sus padres, ni de los consanguineos de sus padres, ni puedan gozar de legado, ó

a eleccion de los señores Proveedor, y Diputados de la Mesa. Los sesenta y tres que restan será bien agregarlos a otra cantidad que se aya dexado para dotes de las niñas hijas del mismo Colegio, hasta hazer otro dote, que parezca competente a los señores de la Mesa.

## CONSULTA V.

*Sobre si en el Colegio de la Santa Mesa se pueden recibir por hijas a las donzellas hijas de madres libres, aviendo sido sus abuelas, y vitabuelas esclavas. Item, si siendo las tales recibidas por hijas de dicho Colegio, y ofreciendose el casarse algunas dellas, se les pueda, y deba dar la dote que acostumbra dar la Santa Mesa a las hijas de su Colegio, ó si les pueda en conciencia negar, para dar esta dote a otra hija de dicho Colegio de mejor sangre, y calidad?*

## PROPOSTA.

Entre las ordenanças de la Mesa de la Santa Misericordia està la siguiente: Item ordenaron, que en el dicho Colegio se reciban todas las hijas, que por el Proveedor, y Diputados se juzgare conuenir, las quales han de ser de ocho años de edad para arriba, donzellas virtuosas, hijas de padres, y madres Españoles, legitimas, ó naturales: advirtiendo, que no han de ser hijas de madres esclavas, ó que lo ayan sido, ni de negra, aunque sea libre, de qualquier nacion, y su padre Español, y de calidad, y pueustos, &c.

Para la mejor inteligencia desta ordenança, se pregunta por el Proveedor, y Diputados de la Mesa de la Santa Misericordia, si podrán recibir por hijas del dicho Colegio de Santa Isabel a las niñas hijas de madres libres, aviendo sido sus abuelas, ó vitabuelas esclavas, ó negras libres?

Asimismo se pregunta, si siendo las tales recibidas por hijas de dicho Colegio, y ofreciendose el casarse alguna dellas, deberán el Proveedor, y Diputados darle la dote, que acostumbra dicha Santa Mesa dar a las hijas de dicho Colegio, y si podrán en conciencia negarle la dicha dote para poderlo dar quando se ofrezca casarse otra hija de dicho Colegio de mejor calidad, y sangre, sin embargo de no aver quien con esta se case al tiempo, y ocasion que se casare la otra?



donacion alguna, que les dexaffen sus padres, ò los conflaguinos de sus padres; y comunmente los Doctores dicen, que por esta ley los hijos de ayuntamiento sacrilego son incapaces de recibir cosa alguna de sus padres: de fuerte, que si recibieren algo dellos, lo deben restituir, y si no lo restituyen, no están seguros en conciencia, ni pueden ser absueltos en el Sacramento de la Penitencia hasta que restituyan. Pero hablando de los nietos, hijos de los hijos sacrilegos, es comun sententia, que pueden heredar a sus abuelos, y recibir dellos donaciones, y legados, porque dicha ley habla de los hijos, y así no se ha de estender a los nietos, por ser odiosa. Dizenlo así Fr. Luis Lopez, lib. 2. instruct. cap. 46 fol. 520. Man. Rodrig. in Summ. to. 2. cap. 200. n. 10. Bonacin. y es comun, y dan la razon, porque en las cosas favorables, aunque en nombre de hijos se entienden, y comprehenden tambien los nietos, pero en las cosas odiosas no se comprehenden los nietos en el nombre de hijas, sino solamente los hijos.

32. El segundo exemplo es del Derecho Canonico, cap. Quicumque. de hæreticis. in 6. donde la Santidad de Alexandro IV. determina, que los hijos de hereges hasta la segunda generacion, no puedan ser admitidos a ningun oficio publico, ni Beneficio Eclesiastico: de fuerte, que a los hijos, y nietos de hereges los haze incapaces de qualquiera dignidad, y oficio publico. Este Decreto de Alexandro IV. lo explica, y declara Bonifacio VIII. cap. Statutum. de hæreticis. in 6. y aunque está expresso en el texto de dicho cap. Quicumque. que los hijos de los hereges hasta la segunda generacion, no puedan obtener Beneficios, ni oficios publicos; dize Bonifacio VIII. que en quanto a los hijos de padres hereges, se ha de entender dicha determinacion, que llega la prohibicion hasta los nietos; pero quanto a los hijos de madres hereges, y padres Catolicos, no se estiene a los nietos la prohibicion, sino solamente a los hijos restrictamente, y así los nietos de abuelos maternos hereges pueden tener qualquiera Beneficio Eclesiastico, y oficio publico, como su abuelo paterno aya sido Catolico, segun lo determinado por Derecho. De aqui saco este argumento, y razon clara: Vna macula tan infame como la heregia, no llega mas que a los hijos, quando viene por linea femenina; luego por mas fuerte razon la macula de esclavo, ò negra, quando viene por linea femenina, no se debe estender a los nietos, sino solamente a los hijos, especialmente estando expresso en el

Derecho Canonico, que esta macula de heregia llegue a hazer inhabiles para oficios publicos, no solamente a los hijos, sino tambien a los nietos. Explica el Summo Pontifice, que esto se entiende quando viene la macula por via paterna, y no por via materna, que es mas debil, y no se atiende tanto en las familias, que toman el sobrenombre de los ascendientes paternos. Por mas fuerte razon en el caso presente, donde la ordenança solamente expresa, y excluye a las hijas de esclavas, que actualmente lo eran quando las huvieron, ò en algun tiempo lo fueron; y a las hijas de las negras, no se debe estender a las nietas de esclavas, ni de negras, sino que siendo hijas de madre, que siempre fue libre desde su nacimiento, y de padre Español, no puede ser excluida por esta causa, aunque todos sus abuelos maternos huvieslen sido esclavos; y de la misma fuerte siendo hija de mestiza de Español, y negra, no puede ser excluida por dicha causa, porque ya su madre no es absolutamente negra, sino mestiza de Español, especialmente en estas cosas odiosas, que no se han de estender en daño de tercero.

33. A la segunda pregunta se responde, que acerca del modo del dotar las niñas huérfanas, no ay otra ordenança que nos conste mas de las impresas, en las cuales no se excluye a las nietas de negras, ò esclavas, antes incluye expressamente a las mestizas, sin expresar de qué calidad han de ser, diciendo, que se les dé su dote, aviendo para todas, guardando siempre las precedencias, segun la calidad de cada vna. Todo esto consta del cap. 30. de dichas ordenanças impresas. Recibidas, pues, por hijas del Colegio de Santa Isabel las nietas de negras, y esclavas, segun, y conforme las ordenanças de la Santa Misericordia, como queda dicho, no pueden ser excluidas de los dotes, sino que debe tambien estenderse a ellas la caridad, y misericordia desta Santa Hermandad; y así aviendo dote, y no ofreciendose otra huérfana de mejor calidad, que se aya de casar en breve, no se le puede negar el dote a las nietas de esclavas, ò de negras. Lo que se puede hazer en favor de las de mejor calidad, es, que aviendo dote, y queriendose casar vna nieta de negra, ò esclava, ò mestiza de India, se podrá hazer diligencia para saber si en breve (como no passé de dos meses) se podrá casar alguna de mejor calidad: y si se entiende, y cree con bastante fundamento, que dentro de dicho termino se casará alguna de mejor calidad, se puede esperar para que se le dé el dote; pero si no ay esta esperança de proximo,

amiz. Quiere dezir, que lo que se introduce por costumbre, se debe guardar como ley, porque las leyes obligan por estar recibidas por comun acceptacion del pueblo, y así lo que comunmente acceptò ya el pueblo, aunque no está escrito por ley, es como ley, y así lo deben guardar todos, y allí dize la Glosa: *Quibuscumque terra in re, in qua questio emersit de novo sero utur.* Y mas abaxo: *Debet servari consuetudo loci illius, ubi agitur.* Quiere dezir, que si alguna duda, ò question sobre alguna cosa se levanta de nuevo, que se ha de resolver segun la costumbre de la tierra donde se levanta la tal question: esto es cosa tan clara, que no se puede dudar. Ahora se levanta duda, y question en Manila sobre la clausula dicha del testamento de Juan, quales se deben entender por Españoles sin mezcla. Vease la costumbre desta tierra, en la qual son tenidos por puros Españoles los que son hijos de Español liquido, y de castiza, que son los que tienen la octava parte de los naturales desta tierra; luego la que tiene de diez y seis partes la vna, mucho mejor debe ser tenida por Española liquida. Ahora falta que probar, que esta sea costumbre desta tierra, y a mi me sobra por prueba el dicho, y juramento de los dos Capitanes N. y N. a los quales dieron comision los señores de la Mesa; para que averiguassen si la dicha Isabel es Española sin mezcla de la tierra: y hecha la averiguacion, respondieron con juramento a Dios; y a la Cruz, que era Española sin mezcla, y que avia ya salido de la casta de los Indios, porque no tiene sangre de Indios por otra parte mas que por su visabuella materna, que era mestiza. Respondieron bien con toda verdad, que era Española sin mezcla, y que ya avia salido de la casta de los Indios, aunque confiesan que la visabuella era mestiza, porque segun la costumbre de la tierra, y el comun hablar de todos, ya sale de dicha casta de naturales: y esta costumbre, y uso lo he visto practicar en Manila en innumerables casos. En el Colegio de Santo Thomàs ay estatuto, que no pueden ser Colegiales ni siendo Españoles, y sin dificultad se reciben los que tienen octava parte de la tierra. Si la costumbre comun de la tierra tiene tanta fuerça, que segun ella se deben entender todas las leyes, estatutos, y tratos, por qué la clausula del testamento de Juan no se ha de entender segun la comun costumbre de la tierra?

40. Confírmale esto: cierto es, que muchos que a los principios tuvieron algun origen desta tierra, ya despues de muchos grados, y generaciones, en que sus antepassados se han ido siempre mejorando, casandose con

Españoles puros, llegan a ser puros Españoles, y a ser reputados por Españoles sin mezcla de la tierra. Esto lo tengo por cierto, y lo contrario sería cosa rigida, y muy odiosa, y contra el comun sentir de la tierra, y contra buena razon sería dezir, que el que tuvo algun origen de los naturales de aqui, nunca ha de llegar a ser Español puro, y que la sangre de los Indios ha de ser tan eficaz, è infinita sin termino, que entre tanta sangre Española de tantos Españoles con que se ha ido mezclando, todavia perseverare en tanta cantidad, que baste a hazer mezcla, y a impedir, que el que de muy lexos descendió de Indios, no llegue nunca a ser Español puro. Supuesto, pues, que para huir este absurdo hemos de dezir, que si vna mestiza se casa con Español puro, y sus hijos, y demás descendientes tambien van siempre mejorandose en cada grado, ò generacion, y acercandose mas a ser Españoles, y alexandose de la casta de los Indios, es cierto que se ha de llegar algun grado, ò generacion en que se acabe la casta de los Indios, y sea el descendiente del modo dicho Español puro. Suponiendo, pues, que despues de algunos grados salen de la casta de Indios, y quedan Españoles, pregunto quantos grados serán necesarios para que salgan de la casta de Indios? No ay cosa mas verisimil, ni es acertado señalar otros, sino los que la costumbre desta tierra tiene ya señalados, que son los hijos de Español, y de castiza.

41. Añado a esto, que si a dicha niña no se dà vno de dichos dotes por causa de descender de Indios, porque su visabuella fue mestiza, a ninguna se le podrá dar, sino a las que nacieren de padre, y madre, que ayan venido de España, ò que todos sus quatro abuelos ayan venido de allá, lo qual se hallará rarissimamente, y para dar los dichos diez dotes será menester aguardar muchissimos años de tiempo inmemorial, lo qual no se puede presumir de la voluntad del testador, que quisiese que este dinero estuviese tanto tiempo sin executar la obra pia que mandó, y así se debe entender la clausula, que se dá a las que tienen algun origen de los Indios, como sea lexos, y que ya estén tenidas, y reputadas por Españolas puras, segun el modo de hablar de la tierra: y tengo por cosa certissima, que esta fue la voluntad de Juan, el qual como practico en esta tierra, sabía muy bien, que comunmente se llaman Españolas puras sin mezcla, las que son hijas de Español, y de castiza, y juzgo, que se le haze agravio a dicha huérfana en excluirla de dicho dote por dicha causa. Leyóse este parecer en la

la Mesa a petición de N. tio de la niña para quien se hizo: leyólo el señor D. Sabianiano Manrique de Lara, que era Proucedor el mismo, y se determinó, que se le diese dote de los que dexó dicho Juan.

## CONSULTA VII.

*Sobre si los redditos de un censo, que dexó un difunto para los pobres hijos de la Santa Mesa, se puedan aplicar (por no aver ya tales pobres) para el sustento de las niñas hijas de su Colegio, a quienes años ha sustenta de haciendas agenas?*

## PROPOSTA.

**M**Vrió Juan, y vna clausula de su testamento dize assi: *Impongase tanta cantidad a censo, y los redditos que rentare repartanse entre los pobres hijos de la Santa Mesa.*

Preguntase, si la Mesa podrá aplicar estos redditos para sus hijas del Colegio, respecto de aver muchos años que se están sustentando de haciendas agenas, por cuya causa ha contraido deuda el tesoro de mas de nueve mil pesos a diferentes obras, y personas, que han sido Hermanos mayores, y es preciso pagar las deudas contraidas, y no tiene rentas, ni efectos de que lo pueda hazer?

## PARECER CCLXXXIX.

**42. R**espondese, que la Mesa de la Santa Misericordia no puede aplicar dichos redditos para las hijas del Colegio, sino que los debe repartir entre los pobres hijos de la Santa Mesa, en la forma que dize la clausula del testamento. La razon desto es, porque es obligacion precisa cumplir las ultimas voluntades, y testamentos de la fuerte que dispuso el testador. Assi lo dizen ambos Derechos, cap. Tua nobis. de testam. *Secundum defuncti voluntatem uniuersa procedant.* Cap. Nos quidem. *Debeat cuncta secundum voluntatem defuncti, sine altercatione construere.* Cap. Indicante *Voluntatem eius per omnia volumus adimplere.* l. Et nomen. C. de caducis tollend. §. Et ideo. *Voluntati testatoris pareatur.* l. Habeat. C. de Sacros. Ecclesijs. *Nihil est, quod magis hominibus debeat, quam ut supreme voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt liber sit stilus.* Lo que dispuso el testador es ley inuolable, se debe guardar puntualmente. Auth. de nupt. §. Disponat. coll. 4. *Disponat testator, & erit lex.* Y quando no huiera tantos textos de Derechos, bastaba la razon natural, porque a ninguno es licito

disponer de hacienda agena sin la voluntad de su dueño, y assi el que dispone de hacienda agena con poder del legitimo dueño, debe guardar la forma que quiso su dueño que se tuuiese en su disposicion; y dispendarla en otros usos, sería gastarla contra la voluntad de su dueño. Los redditos de que se pregunta, los dexó Juan para que se repartiessen entre los pobres hijos de la Mesa de la Santa Misericordia, que son las personas necesitadas desta Republica, que fuele la Mesa tenerlas empadronadas para acudirles con limosnas, y assi se deben distribuir entre pobres, y de ninguna fuerte se deben aplicar al sustento de las niñas Colegiales.

43. Para que esta resolucion quede mas clara, se pondrán algunas razones, que parece hazer fuerza contra ella. La primera, porque la clausula del testamento de Juan dize, que dexa estos redditos para los pobres hijos de la Mesa, y no se contraviene a esta clausula aplicandolos a las niñas del Colegio, porque con toda verdad, y propiedad son pobres hijos de la Mesa, y ningunos otros pobres son tan hijos de la Mesa como las niñas Colegiales.

44. La segunda, porque el testador dispuso, q' estos redditos se repartiessen entre los pobres hijos de la Mesa, y parece que ya en rigor no ay estos pobres hijos de la Mesa; y consiguientemente se podrán aplicar estos redditos a las niñas hijas de la Mesa, supuesto que ya no ay otros pobres que sean hijos de la Mesa: para cuya inteligencia se debe advertir, que en tiempos que se hizo dicho testamento, tenia la Mesa bastante posible para poder hazer limosnas todas las semanas: y para que estas se hiziesen con toda cuenta, y razon tenia empadronados los pobres, y viudas necesitadas, que avia en esta Ciudad, y extramuros, y por esta razon se llaman estos pobres hijos de la Mesa: y despues que las rentas de la Mesa se disminuyeron con los terremotos, y las limosnas que se dexaban han ido a menos, no se hazen estos padrones de pobres: por lo qual parece, que ya ha cessado la disposicion del testador, que dexó estos redditos para que se repartiessen entre pobres hijos de la Mesa.

45. La tercera, porque el sustento de las niñas es preciso, que no se puede escusar, y ha muchos años que se están sustentando de hacienda agena, por cuya causa ha contraido el tesoro deuda de mas de nueve mil pesos, que debe a diferentes obras pias, y a los que han sido Prouedores, por cuya causa parece que se podian aplicar estos redditos para suplir esta necesidad.

Ref.

46. Respondese a la primera, que es certissimo que las dichas niñas son pobres hijas de la Mesa; pero tambien es certissimo, que el testador no quito en aquellas palabras dezir, que se repartiessen estos redditos entre las niñas Colegiales, porque ni estas suelen llamarse con este nombre de pobres hijas de la Mesa, ni a las niñas se reparten dineros, y lo que se dexa para sustento de las niñas se explica siempre de otra manera: y siempre se ha entendido como cosa certissima, que el testador quiso, y dispuso, que estos redditos se diesse a pobres del Colegio, y assi no dixo, que se repartiessen entre las niñas, ni a las hijas de la Mesa, sino con nombre mas generico, que comprehendiesse a todos los pobres varones, y mugeres. Pues quando el sentido, è intento del testador està tan claro, y manifesto, y no ay lugar de otra interpretacion, no es bien que vna explicacion que aora se añada, diziendo, que las niñas son pobres hijas de la Mesa, valga mas, que el intento conocido del testador, y que esta explicacion prevalezca contra su clara, y expresa intencion. l. Si quis filium. C. de liberis pract. *Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* No es licito valerle de las palabras del testador, para torcer su intencion, diziendo: El testador dexó estos redditos para pobres hijos de la Mesa, pues las niñas del Colegio son con justo titulo pobres hijas de la Mesa, pues en ellas se gasten estos redditos. No està esto bien dicho; porque sean las palabras del testador las que se fueren, constando lo que en ellas intentó, a esto se ha de estar, sin salir vn apice de la voluntad del testador. l. Quoniam indignum. C. de testam. *Quibuslibet confecta sententijs, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.*

47. Respondese a la segunda, que el testador no dixo, que se repartiessen entre los pobres que están, ó estuuiessen empadronados, sino entre los pobres hijos de la Mesa de la Santa Misericordia: y todos los pobres de esta Republica, y sus contornos son hijos de la Misericordia en el sentido que habla el testador, y el padron no era quien los constituia, y hazia a los pobres hijos de la Mesa, pues el padron se hazia solamente para que con cuenta, y razon se les repartiessen la limosna, y no se dexassen por inadvertencia, ó ignorancia de los que repartian, los mas necesitados; y assi quien los constituia hijos de la Mesa era la pobreza, y necesidad de los pobres, y la piedad, y misericordia de la Me-

sa, que tomaba por su cuenta abrigar, amparar, y socorrer a los necesitados: y harán contra la misma Santa Mesa los señores, que determinaron, que ya la Mesa no es madre de los pobres desta Republica, y que ya no los mira como a hijos, porque ya està restringida, y limitada a las hijas del Colegio de Santa Isabel, y a sus Colegiales. No es bien esto, sino que siempre conserue, y lleve adelante el ser madre tambien de todos los necesitados, y los reconozca por hijos, y les ayude, y socorra con lo poco que huviere; que vna madre misericordiosa quando empobrece, no dexa de ser madre, ni desconoce a algunos de los hijos, sino les socorre en lo poco que puede. Por esto juzgamos, que todavia ay pobres hijos de la Mesa, aunque no aya padron, y que la Mesa no ha perdido ser madre de los pobres, aunque este diminuido su caudal con que los solia socorrer con mas abundancia: y assi los redditos que dexaron los testadores para los pobres hijos de la Mesa, se han de repartir entre los pobres, y no aplicarse al sustento de las niñas, porque cada cosa se ha de gastar en aquello para que la dexó el testador, que como dueño, y señor de su hacienda dispuso assi della, y ninguno puede disponer de otro modo de la hacienda agena.

48. Respondese a la tercera, que no obstante la dicha necesidad se ha de dar a cada vno lo que dixo nuestro Señor. Math. 22. *Reddite ergo, que sunt cesaris cesari, & que sunt Dei Deo.* Por lo qual si estos redditos los gastasse la Mesa en el sustento de las niñas, contraeria otro debito a los pobres, semejante a los que tiene contraidos a las otras obras que tiene a su cargo; porque como queda ya dicho, estos redditos no pertenecen a las niñas del Colegio, porque son de otros pobres hijos, que tiene la Mesa fuera del Colegio, y assi es otra obra pia diferente, y no será buena disposicion quitar a vnos pobres, quizá mas necesitados, para dar a otros, que por tener a la Santa Mesa, que las cuida mas de proximo, no piflarán tantas necesidades: por lo qual se han de distribuir dichos redditos entre personas necesitadas de fuera del Colegio. Quanto al modo con que se podrá pagar lo que se debe, y sustentarse el Colegio, se dirá respondiendole a la otra pregunta que se propone a parte.



## CONSULTA VIII.

*Sobre si la Santa Mesa, que es Albacea de un difunto, que debe dixerse en cantidad a personas que estan en partes muy distantes destas Islas, pueda remitir dichas cantidades, sin esperar poder de los acreedores?*

## PROPUESTA.

**M**urió Pedro, y dexó por Albacea a la Mesa de la Santa Misericordia, y del remaniente dexó por heredera a su alma. Estaba ya cumplido el testamento, quedan ochocientos pesos: está el Colegio de la Santa Misericordia muy pobre, y con mucho trabajo se alcanza a sustentarse las niñas huérfanas que en él se crían. Preguntase, si podrán el Proveedor, y Diputados aplicar dichos ochocientos pesos a las necesidades del dicho Colegio, y su Iglesia?

## PARECER CCLXXX.

**R**esponde, que aviendo quedado el alma por heredera del remaniente, se cumple con la voluntad del difunto gastándolo en obras pias; y como él sustentará las niñas huérfanas del Colegio de la Misericordia es obra pia, de aquí se colige claramente, que se puede aplicar al sustento de las niñas el dicho remaniente. La duda que aquí puede aver, es, si siendo la Mesa Albacea, puede aplicar por via de limosna, y obra pia a las necesidades de su propia casa, y de su obligacion, el remaniente de los bienes del difunto; porque entre el que da, y el que recibe requiere el Derecho distincion de personas, cap. Per nostras. de iure patronatus, donde se determina, que ninguno puede presentarse a si mismo para Beneficio, ó Prebenda, aunque sea muy digno: *Nullus se potest ad personam alicuius Ecclesie presentare quantumcumque idoneus, & quibuscunque studijs ac meritis adiunetur.* Y la Glosa dá allí esta razon: *Quia differentia debet esse inter dantem, & accipientem.*

50. No obstante esto se responde, que puede la Mesa de la Santa Misericordia aplicar el dicho remaniente a las necesidades de la misma casa, porque los señores Proveedor, y Diputados, a quienes pertenece aplicar dicho remaniente, aplicándolo a la obra pia del Colegio, ó Iglesia, no lo aplican a sus mismas personas: y por Derecho entre el Colegio, ó Iglesia, y las personas a cuyo cuidado están,

se reputa aver distincion personal. Así consta del cap. Insuper. de testib. & artebat donde se determina, que los Clerigos pueden ser testigos en las causas de sus Iglesias, y la razon desto se halla cap. Super prudentia. 14. q. 2. que dize así: *Domestici ad probationem non admittantur, ut pro his quibus sunt domestici, testimonium ferant, hi autem non pro domesticis, sed pro Ecclesia, que mater est omnium pauperum testimonium dicunt.* De la fuerte que ninguno puede ser testigo en abono propio, ó de sus domesticos; así no puede aplicarse a si mismo, ni a sus domesticos el remaniente, que dexó el testador para obras pias. Pero los señores Proveedor, y Diputados de la Mesa, aplicando dicho remaniente a su Colegio, no lo aplican a si mismos, ni a sus domesticos, sino a la madre de tantos pobres, y a una obra piissima, que está instituida para bien de la Republica: y así es mi parecer, que licitamente puede aplicar los dichos ochocientos pesos, y mas que fueren, a las necesidades de dicho Colegio.

## CONSULTA IX.

*Sobre si aviendo la Santa Mesa hecho diligencias para averiguar las personas a quienes debia entregar unas mandas, que dexaron ciertos difuntos, y no teniendo de ellas noticia, pueda aplicar las cantidades de dichas mandas al Colegio de las niñas, que está a su cargo, y si sea necesaria la autoridad del Oranario para dicha aplicacion?*

## PROPUESTA.

**H**allándose el deposito de la Misericordia por los años de 643. y 53. con algunas cantidades de pesos, pertenecientes a diferentes personas en los Reynos de España, y otras partes, se les dió aviso solicitando sus poderes, y recaudos para la entrega, y remission de lo que a cada vna pertenecia. Continuó esta Mesa algunos años por diversas vias, sin que en todos ellos conseguiese respuesta, como con toda individualidad de personas, cantidades, y tiempos se reconocerá por el discurso del papel adjunto, que con esta se remite a V. P. R.

En aquel intermedio los señores Gobernadores D. Sebastian Hurtado de Corcuera, y D. Diego Faxardo, por los años referidos noticiosos de dichas cantidades, y de otras muchas que paraba en dicho deposito, con el motivo de necesidad con que se hallava la Real caja, se llevó a ella todo el dinero que en él avia, sin que el lugar, y ter

(como

(como era) la mayor parte destinada a obras pias, y averlo resitido la Mesa quanto pudo, fué bastante a embarazarlo.

Dióse noticia a los interesados deste accidente, insitiéndoles de nuevo sobre dichos poderes, por si con el tiempo se conseguia la cobranza, y tampoco esta Mesa tuvo respuesta de quantos avisos fue continuando después de tan lamentable suceso, hasta que cansada de ver el poco efecto que surtian sus diligencias por vna parte, y por otra la poca esperanca que se tenia de cobrar dichas cantidades, alzó la mano totalmente de escribir mas, contentándose con lo hecho, y con esforzar viuamente en el Consejo, y en Mexico por medio de sus agentes, la pretension de su recobro, que todavia tiene pendiente hasta oy en aquella Ciudad.

Al cabo de más de treinta años de pretension, sin perdonar a gastos, diligencias, ni medio de que no se aya valido a fin de conseguir negocio tan importante, el pasado de 76. remitió a esta Mesa su poderatario de Mexico poco menos del tercio de la gruesa de dichas cantidades, que cobró de aquella Real caja a cuenta, dando esperanca de la cobranza, y remission del resto, que a lo sumo vendrá a ser otro tanto, respecto de computarse el otro tercio para gastos, costos, y regalos, que forzosamente ha de aver causado la consecucion de lo referido.

Con el recibo deste dinero trató la Mesa de prorratarle entre los interelados, que por ser mas de 70 los que tienen parte en él, y por ser materia a que no se avia tocado en tanta distancia de años, costó no pequeño trabajo, y fatiga el tráfegar, y reconocer libros, y papeles de aquellos tiempos, para sacar a luz, y en limpio lo que a cada vno pertenecia en dicha prorrata, que para hazerla notoria, aviendo se fixado papeles en distintas partes publicas desta Ciudad, a los que acudieron, y constó ser partes legítimas, se les dió luego satisfacion: y los que no han parecido, ni se halla razon alguna de sus herederos, cometió esta Mesa el cuidado de indagarlos a personas, que con igual zelo, y diligencia han ido, y van rastreando algunos dellos, y todo a fin de que junto con dar a cada vno lo que le toca, salir deste embarazo, y descargarse la Mesa de un tamaño cuidado, y obligacion.

Resta agora lo que mira a algunas mandas, herencias, paga de deudas, y otras partidas de menor quantia, comprehendidas en dicho papel, que por la gran dificultad que tiene darles cumplimiento, respecto de no conocerseles dueño, ni partes legítimas a

quien pertenecian, se halla esta Mesa con la congoxa que se dexa considerar, porque aunque oy quisiera tomar el trabajo de escribir a aquellas partes, aviendolo hecho tantos años ha, como se ha visto, tan sin fruto, parece moralmente imposible, que aviendo pasado tanto tiempo, se halle rastro, ni memoria de las tales personas, ni de alguno de sus herederos, y así se tiene este medio, y diligencia por ociosa, e infactible.

Por otra parte dexar este dinero en el deposito, sin darle algun paradero, así se puede estar toda la vida, y de tenerle allí no resultará otro provecho, que exponerle al riesgo de que en alguna necesidad se buelva a sacar, y llevar a la Real caja, como tantas vezes ha sucedido: por cuyas consideraciones ha entrado esta Mesa en gran cuidado, y escrupulo, por saber qué resolucion tomar en materia por todas partes llena de inconvenientes, y así le ha parecido para su mejor acierto, y expediente, consultar a V. P. R. sobre lo referido, para que advertidos del hecho, y de sus circunstancias, y con atención a la necesidad de viuenda con que se hallan las niñas de su Colegio; por el riesgo que amenaza la que oy tienen, y aver cesado la obra del quarto a que se dió principio, por no tener medios, ni efectos con que proseguirle, y acabarlo, se sirva V. P. R. dar su parecer de lo que dicha Mesa puede, y debe obrar en este caso, para con vista dellos poner en execucion lo que pareciere ser del servicio de Dios nuestro Señor.

Esta es razon sacada de los libros de advertencias, y copias de cartas de la Mesa de la Santa Misericordia, de los pesos que pertenecen a diferentes personas, a los Reynos de España, y otras partes de que no se ha tenido hasta agora noticia, aunque se ha procurado, que les tocó de parte en la prorrata de lo cobrado en Mexico, por cuenta de lo que de su deposito se sacó, y llevó a esta Real caja los años de 643. y 653. es como se sigue.

A los herederos de D. Mariana N. en Lima en el Perú, que eran seis, se escribió por dicha Mesa continuadamente desde el año de 638. lo que de su cuenta paraba en nuestro deposito, y solo el vno dellos cobró su parte por mano del P. Juan N. que aviendo fallecido, y dexado a los sobredichos por herederos, que todos eran hermanos, se les fue continuando darles aviso algunos años, de que jamás hubo respuesta, aunque se procuró por medio del Padre Rector de aquella Ciudad. A la Real caja se llevó de cuenta de dicha D. Mariana 210. pesos, y de la de dicho Padre Juan N. 1128. ps. 2. ts. que am-



partidas suman 11238. ps. 2. tomines.

La Mesa de Macán remitió a esta el año de 640. 589. ps. y 6. ts. que le entregó el Maestro Antonio Faria, Genouès, para que esta Mesa los remitiera a Juan, y Francisco N. Genoueles, Marineros en el Perú, a quien pertenecian, de que aviendoseles dado aviso en tres despachos por medio del dicho P. Rector de Lima, tampoco se pudo conseguir respuesta.

En la misma ocasión remitió dicha Mesa de Macán 190. ps. 6. ts. que dicho M. Antonio Faria le avia entregado, para que por via desta Mesa se remitiera a Pedro N. Genouès, que residia en el Perú: y aviendose hecho la propia diligencia, no se halló noticia del susodicho.

La Mesa de Malaca tambien remitió a esta 40. ps. 4. ts. para que se remitiera a Lima a Diego N. escriviósele algunas vezes por dicha via de la Compañia, y tampoco se pudo conseguir respuesta.

Al Cabildo, y Regimiento de la Ciudad de Logroño se escribió por esta Mesa solicitasse, que los herederos de Andres N. naturales de aquella Ciudad, a quien pertenecian 500. pesos, que paraban en nuestro depósito, embiasen poderes para su cobrança: y aviendose escrito a los mismos desde el año de 646. hasta el de 59. jamás ha avido respuesta de ellos, ni de dicho Cabildo.

A los herederos de Matheo N. naturales de la Villa de Cisneros en Castilla la Vieja, se les escribió desde el año de 641. hasta el de 51. solicitandoles embiasen poderes para la cobrança de 560. pesos que les tocaba, y tampoco se pudo lograr respuesta.

A Juan N. residente en Sevilla se le escribió desde el año de 641. hasta el de 52. 251. ps. 2. ts. que le pertenecian, y tampoco se consiguió respuesta.

A Maria N. vezina del Puerto de Santa Maria, muger de N. se le escribió, que su marido avia dexado en nuestro depósito 11150. pesos, solicitando embiasse poderes para su cobrança. Recibieron las cartas vnos sobrinos suyos, dando noticia como era muerta, sin dar aviso de sus herederos: bovióseles a escribir sobre esta razon, y jamás hubo respuesta.

A la Mesa de Goa se escribió en diferentes ocasiones, dandole parte como en nuestro depósito paraban 225. pesos, que puso en el Sebastian N. pertenecientes los 200. pesos a Maria N. y los 25. restantes a la Mesa de Cananor, solicitando sus poderes para su entrega, y jamás remitieron dichos poderes.

A la Mesa de Macán tambien se escribió en muchas ocasiones desde el año de 627. en orden a 102. pesos, que Christoual N. avia remitido del Puerto de Acapulco, para que se hiziese remission dellos a Melchor, y por su falta a sus herederos: y aunque se procuró saber del susodicho, tampoco se halló noticia del, ni de ellos.

En dicho depósito paraban 179. pesos, que tambien se llevaron a la Real caja el año de 643. pertenecientes a doze mandas, que dexó en su testamento Domingo de N. las mas dellas para las casas de la Misericordia de la India, a donde no se avia remitido por ser tan tenue la cantidad que les tocaba, y estar se aguardando mas bienes del sobredicho, que paraban en la Nueva-España, que no vinieron: y si entonces se tuvo por difícil dicha remission, mucho menos se podrá hazer ahora, respecto de no aver llegado al tercio lo que les cupo en dicha prorratea, y estar, como están, extinguidas muchas de dichas Mesas con la invasion de los Olandeses, que las mas dellas ocuparon.

De cuenta de Juan N. paraban en dicho depósito 134. ps. 4. ts. que se avian de remitir a la Ciudad de Estela en Navarra, para hazer algunas restituciones que dexó encargado: era deudor a ciertos vezinos de dicha Ciudad, de que sin duda no se debió de tener noticia, y mucho menos la avrá ahora despues de passados tantos años.

De cuenta de Juanes N. paraban en dicho depósito 148. ps. 2. ts. que se avian de ratear entre las mandas que dexó en su testamento, como antes se avia hecho de otra porcion, que se avia recogido, y les cupo a la quinta parte: y respecto de ser, como son, muchas dichas mandas, y tan tenue dicha cantidad, no se haria la dicha rata, aguardando cayesen mas reales de cuenta del sobredicho. En este estado se lleuó a dicha Real caja el año de 643. con que aunque oy se quisiera hazer, no fuera posible, porque además de que no les tocara casi nada a dichas mandas, ya no ay rastro, ni memoria de aquellos a quien pertenecen.

De cuenta del Doctor N. estaban en dicho depósito 45. pesos, y vn tom. y aunque dexó herederos en la Nueva-España, no consta averteles escrito, y debió de ser sin duda respecto de ser tan tenue la cantidad.

Como assi mismo de cuenta de Martin N. 33. ps. 2. ts.

Y de la de Urbano N. 42. pesos.

De la de Miguel N. 45. pesos.

De cuenta de Antonio N. 84. pesos.

De la de Francisco N. 14. pesos.

De

De la del Padre Dionisio N. 34. pesos, 4. tomines.

De la de Juan N. 40. pesos, 4. tom.

De la de Pedro N. 10. pesos, 4. tomin.

De la de vn Fulano N. 40. pesos, y de la de Pedro N. 12. pesos, por todos 52. pesos.

Del Capitan Joseph N. 6. pesos, y 1. real.

Todas las quales dichas partidas, por ser tan tenues, no consta averseles escrito a sus partes.

Item se lleuó a dicha Real caja el año de 643. 11932. ps. 5. ts. que paraban en dicho depósito, pertenecientes a varios difuntos, de que no se tenia entonces noticia. Esta partida se debió componer de muchas partidillas como las de arriba, desde aquellos primeros años de la fundacion desta Mesa, cuyos papeles, si se buscara razon, no dexara de hallarse alguna; pero como quiera que es tan infactible su aplicacion a quien toque, assi se ha ido dexando esta partida con titulo, que tiene en los libros de *pro indiano*.

Todas las quales importan 71879. pesos, 3. ts. de que al presente paran en nuestro depósito poco mas de 21500. pesos: y se advierte, que cobrada que sea toda la gruesa en Mexico, vendrá a quedar otra tanta cantidad, despues de escalfado lo que importarán los costos, gastos, y regalos.

#### PARECER CCLXXXI.

51. **A** Tres puntos se reduce todo lo que aqui se pregunta. El primero, si las diligencias que se han hecho para buscar los legitimos señores de las cantidades, que aqui se proponen, son suficientes de tal suerte, que ya no ay obligacion de hazer mas diligencias; y consiguientemente para que dichas cantidades se puedan reputar por bienes, que carecen de señor cierto a quien pertenezcan? El segundo punto es, si dichas cantidades todas, o algunas, se puedan aplicar al Colegio de las niñas de Santa Isabel, por las necesidades que padece? El tercero, si los mismos señores Proveedores, y Diputados pueden hazer dicha aplicacion, o se requiere para esto la autoridad del señor Arzobispo?

52. **A**d 1. responderetur, que en muchas destas cantidades se deben todavia hazer diligencias para inquirir, y saber los dueños a quienes pertenecen, y consiguientemente no se pueden tener todavia por bienes inciertos, ni aplicarse al Colegio de las niñas, ni a otra obra pia. La razon desto es, porque estas cantidades de que se pregunta, no son de las cosas que nunca tuvieron dueño, como las perlas, que se pescan en la mar, y los animales

silvestres, que se cazan en los campos; ni son de las cosas que ya los dueños las dexaron, y dieron por derelicta, como los tesoros, que se hallan escondidos debaxo la tierra, y los dineros que suelen arrojar los que entran en alguna dignidad, si no son cantidades que realmente pertenecen a personas determinadas.

53. Pero por estar estas en tierras muy remotas, y distantes, es muy dificultoso entregarles lo que les pertenece, porque no se sabe si viuen, ni en que parte asienten, ni si esta hacienda la tienen por derelicta: y los bienes que son desta calidad, no se pueden tener por inciertos, ni aplicarse a obras pias, hasta que conste con claridad, o que los dueños, sabiendo que le pertenecen, y que tienen en esta tierra estas cantidades, no hazen caso de ellas, y ceden el derecho que a ellas podian tener, por escusar las diligencias, costas, o trabajo, que les ha de costar la real aprehension de ellas, o por otra qualquiera causa; o hasta que hechas todas las diligencias que la prudencia dicta, no se halle noticia de los dueños, ni quede esperança alguna de que en algun tiempo se alcanzará noticia dellos, y commodidad de remitirles su dinero: porque siempre que se dispusiese, o aplicasse a obras pias alguna cantidad, aviendo esperança alguna de que puede aver noticia de su dueño, seria hazerle agravio, y gastar la hacienda agena sin voluntad de su dueño. Esto se colige tambien del Derecho; cap. Sicut dignum. de homicid. §. Eos. donde a algunos, que avian restituido en limosnas a pobres lo que debian, aviendo posibilidad, y esperança de poder restituir a los propios dueños, se les manda bolver a pagar la misma cantidad: *Quae occupaverunt, eis quorum fuerunt, tenentur in integrum restituere; quia licet quaedam ex his, quae occupaverunt, fateantur se pauperibus erogasse; non tamen aliena (cum ipsa potuissent eis, quorum fuerunt, restituere) debuerunt pauperibus erogare.* Y alli la Glosa: *Hoc intellige si illos quorum fuerant, poterant inveniri.* Y cap. Ea te. de iure iur. *Onus non remittitur sed augetur, quod cuiquam improvide soluitur, quod alij ex debito est prestandum.* Y la Glosa in cap. Cum tu. de vsur. *Quovisque poterit fieri restitutio illi, qui solvit, nunquam illa pecunia debet dari pauperibus.* Coligese esto tambien de las leyes del Reyno, lib. 6. de la Nueva Recopil. tit. 13. l. 7. Determinase alli, que si alguno hallare alguna cosa de valor, la debe tener de manifesto un año, y dos meses, y cada mes la ha de hazer pregonar en dia de mercado, donde acude de mucho concurso de gente, y que usar de

gastar

gastar la cosa hallada sin hazer todas estas diligencias, se ha de tener por hurto. Si en la misma Ciudad donde se halló la cosa, y donde se presume que asiste el dueño della, se requieren, segun las leyes, tantas diligencias para buscar el dueño, que no basta vn año de pregones, sino vn año, y dos meses, y hasta que se hagan estas diligencias, no se puede reputar la cosa por sin dueño, ni aplicarse a obras pias; quanta mayor diligencia se requiere para buscar al dueño ausente en tierras tan distantes? El Angelico Doctor Santo Thomas enseña con mucha distincion, y claridad las diligencias, que se deben hazer en semejantes casos, 2.2.q.62. art. 5. ad 3. y determina alli, que si de ninguna suerte no se conoce la persona cuya es la cosa, se ha de aplicar a obras pias por la salud; y salvacion del dueño, que esté viuo, ó esté difunto; pero esto ha de ser despues de hechas las diligencias posibles para entregarla a la persona a quien le pertenece: *Premissa tamen diligenti inquisitione de persona eius cuius est.* Despues determina lo que se debe hazer quando el dueño está muy distante en tierras muy remotas, con estas palabras: *Si vero ille sit multum distans, debet sibi transmitti, quod ei debetur, & precipue si sit res magni valoris, & possit commode transmitti: alioquin debet in aliquo loco tuto deponi, ut pro eo conservetur, & domino significari.* Estando muy distante la persona a quien pertenece la cosa, se le ha de remitir, si se puede commodamente, y sin riesgo: si no se puede, se le ha de avisar, teniendo la cosa guardada en lugar seguro, hasta que el dueño responda lo que quiere que se disponga della. Y alli Cayetano explica con grande claridad las diligencias, que se han de hazer para buscar al dueño, para que se pueda gastar su dinero licitamente en obras pias: *Dicitur diligens inquisitio, quam diligens homo accurate inuestigando, ubi, quando, per quos, à quibus faceret.* Se ha de buscar el dueño en el lugar, y tiempo, y por medios proporcionados, y mediante personas, que lo quieran, y sepan bulcar; y luego añade: *Non debet rei dominus haberi pro omnino ignoto nisi postquam precessit diligens inquisitio, & propterea, si quis absque inquisitione rem alterius pauperi dedisset, non satis fecisset, sed tenetur invento domino restituere, & sibi ipsi imputet, quia imprudenter alienavit alienum.* Y mas abaxo dize, que para que se pueda la cosa gastar en obras pias, se ha de verificar, que de ninguna suerte ay noticia del dueño: *Premissa diligenti inquisitione perueniendum est ad hoc, quod rei dominus sit omnino ignotus, nam si aliquantuliter esset notus, puta, quod est vnus talis villa,*

*debet inquisitio ad vitiora procedere, ut particularis noticia habeatur de domino, ut prudens vir sciret inquirere.*

57. Adviertase esta diligencia, que dize Cayetano, que si ay alguna corta noticia del dueño, como si constalle, que pertenece esta cantidad a vn hombre de otra tierra distante, y no se sabe el nombre de la persona, ni quies, se ha de remitir a aquella tierra, a quien haga las diligencias posibles, y hasta que conite averie hecho en aquella tierra las diligencias, no se puede disponer de la cosa en obras pias. Esto mismo enseña Nauarra de restit. lib. 4. cap. 2. Reginaldo in praxi, lib. 10. cap. 14. n. 194. y es doctrina comun de los Doctores, y mas individualmente la trae Molina, de iust. tract. 2. disp. 744. donde dize, que quando ay alguna esperanza de que puede parecer la persona a quien pertenece el dinero, no es licito aplicarlo a obras pias, sino que se debe guardar en deposito, entre tanto que se hazen las diligencias; y si despues de hechas todas las que parecieren convenientes, no huviere ya esperanza alguna de que puede parecer el dueño, entonces se puede aplicar a alguna obra pia. Y añade este Autor, que viuiendo el en Portugal, donde ay Casas, ó Mesas de Misericordia, dignas de toda alabanga por los exercicios de misericordia en que se emplean, solia acontecer ofrecerse cantidades de dinero, cuyo dueño no se sabia quien fuese, y si se sabia, estava en Prouincias tan distantes, que avia muy poca esperanza de que se pudiesse hallar; y que siendo consultado de estos casos, respondió, que vna de las Casas, ó Mesas, ó Hermandades de la Misericordia podia consumir, y gastar dicho dinero en algunas de las obras de misericordia de su empleo, en favor del alma cuyo fuese el dinero, con carga, y obligacion de hazer las diligencias por todas las vias que ocurriessen, para saber el dueño de aquel dinero, y que siempre que pareciese el, ó orden fuyo, ó persona alguna con su poder, se lo entregarian; y afirma, que las Casas, ó Mesas de la Misericordia de Portugal, de muy buena gana recibian, y gastaban cantidades de esta calidad con dicha carga, y obligacion, que hazian ante Escrivano. Para determinar respecto de quales cantidades de las que se proponen en la pregunta, se han hecho suficientes diligencias para reputarlas ya por bienes inciertos, que sin obligacion alguna de inquirir mas al dueño, ni de satisfacerle si despues pareciere, se puedan aplicar a obras pias, y respecto de quales no se ayan hecho todas las diligencias para dicho efecto, es necesario ir discurrendo por cada vna de

por si.

La

56. La primera cantidad es de 1238. pelos, y dos reales, pertenecientes a los herederos de Doña Mariana N. y del P. Juan N. estos herederos son seis, todos hermanos habitantes en la Ciudad de Lima en el Perú: las diligencias que se han hecho para saber de estos herederos, segun se refiere en la propuesta, son, que se les ha escrito continuamente algunos años, y nunca se ha tenido respuesta, aunque se ha procurado por medio del Padre Rector de la Compañia de de aquella Ciudad. Estas diligencias todavia no bastan para dar esta cantidad por vacante, ó por totalmente ignorados sus dueños: que todos seis herederos ayá muerto, es muy factible, porque ha cerca de quarenta años que les dexaron aqui esta herencia, y ellos tendrian entonces de treinta a quarenta años, ó mas, y tuvieran aora los que viuiessen ferenta, ó ochenta años, y en estos tiempos son pocos los hombres que llegan a esta edad.

57. Pero no es creible, ni verisimil, que de ninguno de los seis ayan quedado hijos, ni nietos, y mas increible es, que todos ellos ayan fallecido sin testar, ni dexar heredero, ni aun ayan tenido herederos abintestato: y si de qualquiera manera dexaron herederos, no son bienes vacantes sin dueño dichas cantidades, porque los herederos representan la persona del verdadero dueño, y se reputan por el mismo, y a ellos se les deben, como dize S. Thom. 2.2.q.62. art. 5. ad 3. *Si vero mortuus est ille, debet restitui heredi eius, qui computatur quasi vna persona cum ipso.* Y lo dize el Derecho, cap. Cum tu. de vsur. Ni se puede presumir, que los dichos seis hermanos, si viuen, ó sus herederos, no hazen caso desta hacienda, y la dan por derelicta, porque no ay fundamento para esta presuncion. Entonces se presume, que vna persona tiene alguna cosa de sus bienes por derelicta, quando consta, que la tal persona sabe, que aquellos bienes son suyos, y le pertenecen, y puede sin mucha dificultad recogerlos, ó recuperarlos, y con todo esto no haze diligencia alguna para cobrarlos. Esta es señal de que los dexa, y no haze caso dellos. Assi se colige del Derecho, §. Hoc amplius. inst. de rerum diuis. y lo dize Nauarr. in Enchir. cap. 17. n. 170. Reginaldo, in praxi, lib. 10. cap. 14. lect. 3. y es comun. En el caso presente no consta, que los herederos de D. Mariana N. y del P. Juan N. tengan noticia de que tienen esta cantidad en Manila, y que dando sus poderes con certificacion, que haga bastante fé de que son dichos herederos, se les entregará con facilidad, porque de los avisos

que se les ha dado, no ha avido respuesta de ellos, ni del Padre Rector de la Compañia, ni de otra persona alguna, como se dá a entender en la pregunta: por lo qual ni consta a esta Mesa de si llegaron las cartas a dichos herederos, ni si se les ha propuesto, ni si ay herederos: y si acalo se les ha dado aviso, no consta si respondieron, ni se sabe si las cartas que se embiaron de aqui, llegaron a las manos de los de allá, ó si la respuesta embiada de allá no llegó acá. Y assi para cumplimiento de las diligencias necesarias en este caso, juzgo, que se debe encargar a alguna persona de las que viuen en Lima, para que haga diligencia para saber si viene alguno de dichos seis hermanos dellos, ó herederos de ellos, y que les avise de la cantidad de dinero que tienen en esta Mesa, y que den poder a alguna persona para que por su orden, y a voluntad de ellos se disponga de dicho dinero, y que la persona a quien esto se cometiere, avise a la Mesa de las diligencias, que hizo, y lo que ha resultado de ellas; y hasta que tenga la Mesa de la Santa Misericordia aviso de la persona a quien cometiò dichas diligencias, no se puede esta cantidad dar por incierta, ó vacante, y sin dueño, ni se puede aplicar absolutamente a obras pias, porque esta diligencia no es imposible, ni demasadamente difícil, porque esta tierra tiene mucha comunicacion, y comercio con la Ciudad de Mexico, y muchas personas de Mexico la tienen con las del Perú, especialmente con vezinos de la Ciudad de Lima.

58. Y si fuere necesario gastar alguna cosa en estas diligencias, se ha de gastar a cuenta de dicha cantidad, de la misma suerte, que el costo que ha tenido el cobraria de las caxas Reales se saca de los mismos legados, y herencias; lo vno, porque estas diligencias se hazen en favor de los herederos, para que configan con efecto lo que les dexaron, y assi es conforme a razon, y derecho, que ellos tengan el costo, y se disminuya de la cantidad que le pertenece, de reg. iur. in 6. reg. 55. *Qui sentit onus, sentire debet commodum, & è contra.* Lo segundo, porque quando el que tiene la hacienda agena, no es culpable en los costos, y dificultades que ay para entregarse a su dueño, no debe pagar cosa alguna, sino que todas las costas las debe pagar la persona cuya es, ó a quien pertenece el dinero, como dize Cayetano 2.2.q.62. art. 5. ad 3. donde enseña, que el que tiene la cosa por algun camino injusto, debe restituirla al dueño, venciendo a su costa todas las dificultades que se ofrecieren en la execucion, y pagando

gando de su dinero las costas, para que enteramente llegue al dueño todo lo que le pertenece; pero el que tiene la cosa agena sin culpa alguna suya, no está obligado a costear las diligencias necesarias para poner a su dueño en posesión, sino todas se han de hazer a costa del dueño de la cosa así hallada. Por todas estas razones se deben hazer las dichas diligencias a costa de los que heredan dicha cantidad, porque la Mesa de la Santa Misericordia desde que recibió dicho dinero, procedió como administrador diligente, continuado por algunos años el dar aviso a aquellos a quienes pertenecian: y el suceso de averles quitado por emprestito el señor Gobernador, que gobernaba entonces estas Islas, la dicha cantidad, no fue con consentimiento de los señores Proveedor, y Diputados de la Mesa, que de ninguna fuerte lo pudieron impedir, y las diligencias, y avisos que hizieron entonces, è hizieren aora; no ceden en utilidad de la Mesa, sino en favor de los que han de aver estas cantidades, para que las consigán: por lo qual si fuere menester gastarte alguna cosa para dichas diligencias, se ha de sacar de la misma cantidad perteneciente a dichos herederos.

59. La segunda cantidad de quinientos y ochenta y nueve pesos, y seis reales, perteneciente a dos Genoueses habitantes en la Ciudad de Lima en el Perú, a los quales se ha dado aviso en tres despachos por medio del Padre Rector de la Compañía, pide la misma diligencia de remitirse a alguna persona, que haga diligencia para saber de dichas dos personas, y avise a la Mesa de si viven, ò ay memoria dellos, ò de sus herederos, que esta diligencia, siendo posible, es necesaria.

60. La tercera cantidad de 190. pesos, y seis reales, perteneciente a otro Genoués, habitante en el Perú, pide la misma diligencia, especialmente, que haziendose la diligencia para saber de los dos a quienes pertenece la cantidad antecedente, es muy verisimil, que se adquirirán noticias deste, porque se puede conjeturar, que todos tres, ò son hermanos, ò parientes muy cercanos, por ser todos tres Genoueses, y tener vn mismo sobre nombre, y aver entregado ambas cantidades el mismo Antonio Faria a la Mesa de la Misericordia de Macàn, para los sobredichos.

61. Acerca de la quarta cantidad de 40. pesos, y 4. reales, pertenecientes a Diego N. habitante en Lima, debe hazer la misma diligencia, porque se ha hecho solamente la misma que a las antecedentes: y aunque la cantidad es corta, por averse de hazer la dili-

gencia en la misma Ciudad de Lima, no añade mucha dificultad de que las personas a quienes se cometiere la diligencia de inquirir de las personas de las tres cantidades antecedentes, inquieran juntamente desta.

62. La quinta cantidad de 500. pesos, pertenecientes a los herederos de Andres N. naturales de la Ciudad de Logroño, pide tambien que se haga mas diligencia. Ha escrito la Mesa algunos años al Cabildo, y Regimiento de dicha Ciudad, que avisen a dichos herederos, para que embien poderes, y no ha avido respuesta de los herederos, ni del Cabildo, y Regimiento, por lo qual no consta a la Mesa si llegaron sus cartas, ni si se ha dado noticia desta cantidad a dichos herederos. Las diligencias, que parecen eficazes, son, ò cometer dicha diligencia a vno de los agentes, que residen en Madrid, que procure hazer diligencia, y avise a la Mesa de las noticias que adquiriere, prometiendole algo por su trabajo; ò si huviere en estas Islas persona natural de aquella Ciudad, ò de otro lugar cercano, que no faltará, se le puede encomendar, que remita a algunos parientes, ò conocidos suyos, para que hagan esta diligencia, encargandoles, que por diversas vias remitá a estas Islas las noticias que alcançassen. Estas diligencias no son impossibles, ni demasiadamente dificultosas, y por ellas ay alguna esperanza de que tendrá la Mesa respuesta, y noticia de si ay herederos, y si quieren dar poder para cobrar dicha cantidad, ò dexarla por derelicta; y aviendo esta esperanza, no se puede disponer de dicha cantidad, como si estuviera sin dueño, y fuesse totalmente incognita a la persona a quien perteneciese.

63. De la sexta cantidad de 560. pesos, pertenecientes a los herederos de Matheo N. naturales de la Villa de Cisneros, corre la misma razon, y se debe hazer la misma diligencia. Lo mismo se debe dezir de la septima de 251. pesos, y 2. reales, pertenecientes a Juan N. en Seuilla.

64. De la octava cantidad de 1150. pesos, pertenecientes a Maria N. se le escriuió como su marido le avia dexado dicha cantidad, y respondieron sus sobrinos, que ya era difunta, sin dar aviso de sus herederos: de creer es, que por poco practicos en esta materia. Haseles escrito advirtiendoles desto, y no ha avido respuesta: es verisimil, ò que no ayán llegado a sus manos las cartas de la Mesa, ò la respuesta dellos no ha llegado por acá: se debe encargar esta diligencia a las personas de satisfaccion, que salieren destas Islas para passar a España, que aviendo de desem-

barcar en Cadiz, les será cosa facil hazer dicha diligencia en el Puerto de Santa Maria; y a las personas a quien esto se cometiere, se les ha de encargar, que den aviso a la Mesa de si ay herederos, y si quieren dar poder a alguna persona, a quien se entregue esta cantidad.

65. Acerca de la nona cantidad de 225. pesos, de que se ha escrito a la Mesa de Goa, solicitado sus poderes, y no se ha conseguido respuesta, se ha de atender, si huviere alguna persona, que passé destas Islas a dicha Ciudad, a quien se le pueda encomendar esta diligencia, ò si algunas personas de aqui tienen comunicacion con alguna persona de Goa, capaz de encomendarle dicha diligencia, de quien se consiga respuesta de si la Mesa de Goa recibió las cartas desta Mesa, pertenecientes a este punto, ò por qué no dan el poder que se les pide, ò no responde. Esta diligencia es muy factible, y puede aver alguna esperanza, que mediante ella llegue dicha cantidad a quien le pertenece.

66. Acerca de la dezima cantidad de ciento y dos pesos, pertenecientes a Melchor N. ò a sus herederos en Macàn, y no se ha hallado noticia del, ni dellos, se responde con distincion: si a alguna persona en Macàn se le ha encargado esta diligencia, y la tal persona ha respondido, que en Macàn no ay ya noticia de dicho Melchor N. ni de herederos suyos, se puede reputar dicha cantidad por vacante sin dueño conocido, y disponerse de ella en obras pias; pero si no ha avido respuesta de persona, que aya hecho diligencia, se debe cometer a quien la haga, y responda.

67. La vndezima cantidad de 179. pesos, pertenecientes a doze legados, que los mas dellos eran para Mesas de la India Oriental, se puede dar por vacante, y que los dueños a quienes pertenecian son totalmente ignorados, y assi se pueden aplicar a obras pias. La razon desto es, por ser la cantidad tan poca, que repartida en doze legados, sale cada vno a quinze pesos, y quitados los gastos que se han hecho en la cobrança, aun no sale cada vno a diez pesos, juntandose a esto ser mucha la distancia de aqui a la India Oriental, y muy poca, y dificultosa la comunicacion desta tierra con aquella, y no averse de repartir todos estos legados en vna misma Ciudad, sino en diversos lugares de toda la India, cosa llena de dificultades muy dificiles de vencer, y que sería menester hazer lo mas de costa, si se huviera de avisar, y hazer diligencia en cada lugar: y es doctrina de Silvestr. verb. Restitutorio. 4. n. 4. que si lo que se ha de entregar a persona distante, es

poca cantidad, respecto de la persona a quien se debe, se ha de gastar en obras pias por su alma. Lo mismo se colige de lo que enseña Molina, tract. 2. de iust. disp. 744. n. 2. dize alli, que las diligencias para saber el dueño del dinero, y entregarle lo que pertenece, se han de hazer atendiendo al valor, y cantidad que se ha de entregar, y a las dificultades que tiene esta averiguacion del dueño, y que llegue a sus manos la cantidad. Coligese esto tambien de la doctrina de Santo Thomas, 2. 2. q. 62. art. 5. ad 3. donde tratando de como se ha de entregar al ausente en mucha distancia lo que le pertenece, dize assi: *Si vero ille sit multum distans, debet ei transmitti quod ei debetur, & praecepit si sit res magni valoris, & possit commode transmitti.* Dize el Santo: si está muy distante el dueño, se le ha de remitir, especialmente si la cosa es de mucho valor, y se pueda commodamente remitir. De aqui se colige ser doctrina del Santo, que si la cosa que se le debe al ausente es de poco valor, y es cosa muy incommoda, y llena de dificultades, que llegue a manos de aquel a quien pertenece, no ay obligacion de remitirlela, sino que se puede aplicar a obras pias, como bienes cuyo dueño no se conoce. Lo mismo se colige del Derecho, l. Sed, & hæ. ff. de Procur. §. Non solum. donde se determina, que el Procurador obligado a defender a otro en sus litigios, no está obligado por esta causa a solicitar la defensa por diuersas tierras, y Prouincias, que sería cosa dura, è intolerable: *Ceterum cogi, cum à Prouincia in aliam Prouinciam defendere durum est.* La Mesa quando recibió esta cantidad, se obligó como Procurador a esta buena obra de misericordia de procurar, que esta hacienda se entregasse a quien pertenecia; pero no se obligó a cosa tan dura, ni quiso echar sobre si esta carga de solicitar respuesta de diuersas tierras tan distantes para tan cortas cantidades. Lo mismo se colige de la l. Quod nisi. ff. de operis libert. y l. Mæuia. ff. de annis leg. §. Vx ore.

68. Acerca de la duodezima cantidad de 134. pesos y quatro reales, que se avia de remitir a la Ciudad de Estela en el Reyno de Navarra, para que se restituyesse a algunos vezinos de aquella Ciudad, y no consta averse hecho diligencia alguna para saber de estas personas, se ha de dezir, que si las personas entre las quales se ha de repartir dicho dinero, son muchas, como si pasan de seis, se puede dar dicha cantidad por vacante, y sin dueño conocido, por las razones propuestas acerca de la cantidad antecedente; pero siendo las personas pocas, de fuerte que a ca-



da vna se pueda caver cantidad razonable, se deben hazer las diligencias, que se dixeron tratando de la cantidad quinta, por las razones que alli se propusieron, por ser todas las personas a quienes pertenece de vna misma Ciudad, y no constar con certeza averle hecho diligencia alguna.

69. La cantidad dezima tercia de 148. pesos, y 2. reales, que se avian de ratar en diversos legados, que Juan N. dexò en su testamento, se responde, que si los dichos legados, ò mandas pertenecen a personas de estas Islas, se debe hazer la diligencia para darles lo que les pertenece, aunque la cantidad que les tocara sea muy corta, como de vn peso: porque en tal caso la averiguacion de las personas, y de sus herederos, no puede ser muy dificultosa, ni la entrega del dinero tiene riesgo, ò costas. Si algunos de los legatarios fuesen de la Nueva-España, especialmente de Mexico, ò cerca de Mexico, se deberá hazer diligencia para saber dellos, y entregarles lo que les pertenece, aunque sea la cantidad de seis, ò ocho pesos, porque es facil dicha diligencia, por el mucho comercio, y comunicacion que ay entre estas Islas, y Mexico, y por aver aqui muchos vezinos, y parientes de allá. Si los legatarios fueren de tierras mas distantes, y diversas, son las diligencias mas penosas, y dificiles, y a vezes cuestan dinero, y de ellas no se saca fruto: por lo qual siendo las cantidades de cada legatario muy tenues, se pueden escusar dichas diligencias, y aplicarse a obras pias, por las razones que se propusieron tratando de la cantidad vndezima. En los Reynos de España, donde tiene mas estimacion la plata, si llegan los legados a doze pesos, despues de rebaxada la cantidad que se ha gastado en la cobrança, se deberán hazer algunas diligencias de las que se dixeron tratando de la cantidad quinta, porque en dicho Reyno cien reales en plata se reputa por cantidad muy considerable: si fuere en las Prouincias de Indias, en lugares notablenete distates de Mexico, no avrá obligacion de hazer diligencia sino para la cantidad de veinte y quatro pesos, porque se requieren diligencias dificultosas, en las quales regularmente se haze algun gasto, que por tenue que sea, siendo la cantidad tan pequeña, quedará casi nada al dueño, en el qual caso no ay obligacion de hazer diligencias, como dize Silvest. verb. Restitutio. 4. n. 4. y se colige del Derecho, cap. Anteriorum. 2. q. 6. donde se pone por grave inconveniente, que por causas pequeñas se fatiguen los hombres con gastos, ò trabajos. *Evenit, ut super minimis causis ma-*

*xiimi nostri indices inquietentur, & homines propter minimas causas magnis fatigentur dispendijs.*

70. Otras onze cantidades se proponen, que por ser tenues no se han hecho diligencias para inquirir las personas a quienes pertenecen. La mayor de todas ellas es de 84. pesos, y la menor de 6. pesos, y 1. real: otra ay de 10. pesos, y 2. reales, otra de 14. pesos, y 4. reales, las demás pasan de 30. y otras de 40. y otra de 50. pesos. Indica la pregunta, que todas las personas a quienes pertenecen estas cantidades, son habitantes en la Nueva-España, porque en la primera cantidad destas onze dize expresamente, que quedaron sus herederos en Nueva-España, y luego se refieren las otras diez cantidades, sin dezir en qué tierra habitaban los que las heredaban, de donde se puede conjeturar, que vivian en la Nueva-España, como los que nombrò primero, y pareció superfluo repetir la misma tierra en cada vna de las cantidades, que referia con breue estilo, por ser tenues; y siendo así, se debe hazer diligencia para inquirir los dueños, y hazerles sabidores destas cantidades pequeñas, por tres razones. La primera, por no ser muy dificil, ni costosa la diligencia en la Nueva-España, por la mucha comunicacion que tiene con estas Islas. La segunda, porque no se pueden llamar muy tenues las dichas cantidades, aun despues de quitarles el tercio por los gastos de la cobrança. El Derecho reputa por cantidad tenue dos ducados, que hazen menos de tres pesos, l. Si oleum. ff. de dolo malo. *Si modica summa est, idest, usque ad duos aureos.* Y l. Si quis. C. de defensor. Civitat. dize, que las menores causas son las que llegan hasta cantidad de cincuenta solidos, que hazen como cincuenta reales: *In minoribus causis, idest, usque ad quinquaginta solidorum summam.* La tercera, porque en este caso se ha de considerar la cantidad del dinero, y se ha de comparar con las costas, y trabajo de la diligencia; y siendo mucho menos el trabajo, y costas, se deben hazer las diligencias para que se entregue la cantidad restante a sus dueños, y entonces solamente deben dexar las diligencias, y darse la cantidad por vacante, y las personas a quienes pertenece, por totalmente no conocidas, quando se entiende, que el costo, y trabajo de las diligencias ha de igualar, ò ser poco menos que la cantidad, como dize Silvest. verb. Restitutio. 4. n. 2. Si las personas a quienes pertenecen estas cantidades son de la Nueva-España, sin notable costa, y trabajo se puede saber dellas, ò de sus herederos, si fuesen algunos a quienes

nes pertenecen estas cantidades menores de los Reynos de España, ò de otras Prouincias de las Indias, distantes de Mexico, se deberá hazer como se dixo tratando de la cantidad dezima tercia.

71. Resta que averiguar acerca de la vltima cantidad de 1932. pesos, y 5. reales, que en los libros de la Mesa la llaman de *pro multis*, por citar esta cantidad compuesta de muchas cantidades pequeñas, y averse quedado desde los principios de la fundacion de la Mesa, sin liquidar a quien pertenece cada vna. La dificultad está, si tiene la Mesa obligacion de hazer divisiones deste indiviso, averiguando, y distinguiendo por los papeles a quantas personas pertenece, quienes son, y en qué tierras tenian su habitacion, para que despues se vayan en cada tierra haciendo diligencias de si les han quedado herederos. A esta dificultad se responde, que no ay obligacion de tomar este trabajo, y que desde agora se pueden dar por totalmente no conocidas las personas a quienes dicha cantidad pertenece, y aplicarse a obras pias. La razon es, porque en esta cantidad ay muchas, y grauíssimas dificultades que vencer. Primeramente sería menester resolver muchísimos papeles de escrituras, testamentos, notas de libros, y despues de gastar mucho tiempo, y trabajo en esto, no se ha de poder hallar razon de todo, por ser cosas tan antiguas desde los primeros años de la fundacion de la Mesa, y por ser muchas las personas a quienes pertenece, que a mi ver avrá mas de sesenta, ò ochenta legados, en que se avia de distribuir dicha cantidad. Despues desta dificultad ay otra, que es buscar a qué personas se ha de escribir, y cometer, que averiguen, y descubran, si las personas a quienes se dexaron estos legados, tienen herederos, y quienes son, y que avisen a la Mesa, y los herederos embien poderes para que se les entregue, que por averse de hazer estas diligencias en Prouincias muy diferentes, y muy distantes, es grauíssima dificultad: y que si la Mesa huviera de tomar a pechos con empeño, y cuidado el hazer estas diligencias, tenía ya ocupacion para muchos años, y de todo este trabajo se espera poco fruto, porq de la mayor parte destes legados no se han de hallar herederos, por aver ya mucho tiempo que se dexaron, y ser las tierras tan distantes, y demás de esto ser la cantidad, que a cada vno tocasse, tan corta, y será mas corta despues de rebaxarle por las costas de la cobrança vna buena parte. Por estas causas cosa rigida sería por tan corta utilidad de los herederos de los legatarios, agravar a la Mesa

con tantos embarazos, que añadidos a las diligencias, que queda dicho arriba debe hazer acerca de las veinte y quatro cantidades primeras, sería intolerable. Tiene fundamento esta resolucion en el Derecho Canonico. cap. Cum sit. de iudais. donde se refiere, que a vn Judío pusieron por Juez, y Governador en vna Ciudad de Christianos: el Judío con molestias, y extorsiones, que hizo a los Christianos, ganó mucho dinero, durante el tiempo de su gobierno, y allí se manda, que lo que assi ganó lo restituya a los pobres. *In usus pauperum Christianorum convertatur quicquid fuerit a Christianis a deceptis occasione officij.*

72. Acerca desto pone vna duda Silvestr. verb. Restitutio 8. q. 1. por qué titulo se mandò dar a los pobres desde luego, sin hazer diligencia de los que avian dado el dinero al Juez Judío, que a ellos se avia de restituir? Y responde, que el trabajo de averiguar las personas, que le avian dado algo, y quanto, en todo el tiempo de su gobierno, sería muy grande, y la utilidad de aquellos a quienes restituyese muy poca; porque aunque era muy grande la cantidad que usurpò el Judío, pero era poco lo que a cada vno quitò. Otro caso pone Silvestro en el mismo lugar, de vn hombre, que vendió vna gran cantidad de trigo, fue viurpando en las medidas hasta mil reales, entre quinientos hombres a quienes vendió el trigo, y dize, que aunque pueda por las cuentas de sus libros averiguar cada persona, y pagar a cada vno lo que debe, no está obligado a tanto trabajo, para tan poca utilidad de los dueños. Aunque es mucho mayor la cantidad perteneciente a cada legatario en nuestro caso, que la destes dos casos del Derecho, y de Silvestro, de lo que usurpò el Judío, y el que vendió el trigo; pero el trabajo de inquirir las personas, y pagarles, en estos casos era mil veces menor, porque sin salir del mismo pueblo donde gobernò el Judío, y se vendió el trigo, se podia averiguar, y pagar a cada vno lo que le pertenecía; pero en esta cantidad de la Mesa, sería necesario hazer diligencias en diversos pueblos de diferentes Prouincias muy distantes, y despues de pasados muchos años. Y assi tengo por cosa segura en conciencia, que desta cantidad de 1932. y cinco reales, no se haga diligencia, sino que desde luego se de por bienes inciertos, pertenecientes a personas, que no se pueden conocer, ni hallar, para darles lo que le toca. Especialmente se puede hazer esto con mas seguridad, porque estas cantidades no las tiene en si la Mesa por titulo injusto, como

mo el Juez Judío, y el que usurpò en la venta del trigo, sino por camino licito para hazer bien, y por caridad està buena obra: y no teniendo la Mefa culpa, sino merito grande en esto, no se le puede obligar a vn trabajo tan inmenso; porque el que sin culpa suya tiene bienes agenos que entregar, no està obligado a hazer la entrega a su costa, ni con su propio trabajo, como dize Cayetan. 2. 2. q. 62. art. 5. y Silvestr. verb. Restitutio. 8. n. 1. Y aunque la Mefa aceptando por caridad las encomiendas que le dexan, se obliga a remitir dichos legados a donde dispone el testador; pero de nadie se presume, que quiera obligarle a trabajo mayor que la utilidad, que puede resultar a los interesados.

73. Al segundo punto que se propuso al principio, se responde, que la cantidad ultima que se propone de 1932. pesos, y 5. reales, a que llaman de *indiviso*, se puede aplicar al Colegio de las niñas, y a qualquier obra pia, que los señores Proueedor, y Diputados la quisieren aplicar. Y de la misma suerte se pueden aplicar a dicho Colegio las demás cantidades, de que se dixo arriba, que no se debia hazer mas diligencia para inquirir las personas a quienes pertenecen, como la cantidad vndezima, que mandò el testador repartir en doze legados, que se avian de remitir a la India Oriental.

74. Esto se prueba del Derecho, cap. Cum tu. de vsur. donde se determina de los que tenían dinero ageno, que lo restituyan a sus dueños, ò a sus herederos, y si no los huviere, den lo que assi tuvieren a los pobres: *Cogendi sunt his, à quibus extorserunt, vel eorum heredibus restituere, vel his non superstitionibus, pauperibus erogare.* Y cap. Sicut dignum. de homic. se condena por mal hecha vna restitución, que se avia hecho a los pobres por causa de que podian averla hecho a los verdaderos dueños, y se manda allí, que la buelvan a hazer: *Non tamen aliena, cum ipsa potuissent eis, quorum fuerint, restituere, debuerunt pauperibus erogare.* De donde se colige, que si no se pudiesen hallar los verdaderos dueños, seria bien hecha la restitucion a los pobres, y lo dize allí la Glossa: *Hoc intellige si illos, quorum fuerint, poterant inuenire, alias sufficit immo tenentur pauperibus erogare.* Y todo lo que se manda dar a pobres por no tener dueño conocido, se puede dar para qualquiera obra pia, como dize Silvest. verb. Restitutio. 8. n. 3. Couarr. reg. peccatum. p. 3. §. 1. n. 2. Nauarr. in Man. cap. 17. n. 29. & 171. Medina, de restitut. q. 3. cauf. 10. Molina, de iust. tract. 2. disp. 746. Reginald. in praxi, lib. 10. sect. 3. n. 211. y Navarra, lib.

4. de rest. cap. 2. n. 74. y es comun de los Doctores, y se colige del Derecho, que quando determina, que se den a pobres las cosas cuyos dueños totalmente se ignoran, sin esperança de que parezcan, no es porque los pobres tengan adquirido algun derecho especial destas cosas, sino por ser obra pia, que aprouecha al dueño del dinero; porque no siendo possible entregarle, para que goze del, y de su utilidad corporalmente, se dispone de fuerte que le sea vtil espiritualmente, por lo qual se puede emplear en qualquier obra, que sea pia, y agradable a Dios, y consiguientemente vtil espiritualmente al dueño. Todo esto se colige de la doctrina de S. Thomàs, 2. 2. q. 62. art. 5. ad 3. *Si ille, cui debet fieri restitutio, sit omnino ignotus debet homo restituere secundum quod potest, scilicet dando in elemosinas pro salute ipsius siue sit mortuus, siue sit viuus.* Y allí tambien lo dize, y explica Cayetano, y en la Summ. verb. Restitutio. cap. 4. La obra del Colegio de las niñas de Santa Isabel no solamente es pia, sino pijsima, y muy accepta a Dios, en que no solamente se remedia vna pobre, sino muchas donzellas, que allí tienen amparo en el sustento, en la reputacion, y honra, en la enseñanza, en el temor de Dios, y buenas costumbres; y demás desto tiene ser bien comun de toda la Republica, que es mas digno, y mas accepto a Dios, que el bien, y limosna de qualquiera particular, auth. de non alienandis. §. Oportet. *Oportet, ea qua communiter, & generaliter in omnium utilitatem sancuntur, potius valere quam ea, qua circa aliquos studentur agi.* Y auth. de restitut. coll. 4. §. Sancimus. *Ea enim, qua communiter omnibus prosumt, sijs, qua specialiter quibusdam utilia sunt, praponimus.*

75. Las demás cantidades de que se dixo en el punto primero, que todavia se debe hazer alguna diligencia para inquirir las personas a quienes pertenecen, ò a sus herederos, pueden tambien aplicar los señores Proueedor, y Diputados a la obra del Colegio de las niñas; pero con vna obligacion, y gravamen, de que se ha de proseguir haziendo las diligencias, para descubrir las personas a quienes pertenecen, ò sus herederos, hasta que ya no aya esperança de que se puedan hallar, y que si pareciere alguno, le ha de entregar la Mefa a el, ò a quien tuviere su poder, la cantidad que le pertenecia. Esto consta de lo dicho en el punto primero, porque entonces se puede absolutamente aplicar a obras pias vna cantidad, que tiene dueño, y no parece, ò no se conoce, quando despues de hechas las diligencias suficientes para

para buscarle, no queda esperança alguna de que en algun tiempo parezca, como se probò en el punto primero. Por lo qual si se aplicasse a obras pias, ò se repartiesse a pobres alguna cantidad, de que todavia podia aver esperanças, que parecerà su dueño, sería culpable, pues era disponer de la hacienda agena contra la voluntad de su dueño, y los que assi la aplicassen a obras pias, quedarian obligados a restituirla al dueño quando pareciesse, y aun a procurar inquirir, y buscar al dueño para restituirla lo que assi aplicaron a obras pias, como dize Cayetano 2. 2. q. 62. art. 5. ad 3. y consta del Derecho, cap. Sicut dignum. de homic. §. Eos. Y assi estas cantidades de que se dixo, que ay alguna esperança de que parecerán sus dueños, no se pueden aplicar absolutamente a obras pias, pero pueden aplicar, quedando la Mefa con dicha obligacion, porque desta suerte no se daña a los dueños, ni a sus herederos, pues les queda su derecho salvo, para en qualquiera tiempo que se descubrieren: y por otra parte por si no parecieren, no se les dilata a los dueños este bien de la obra pia para bien de sus almas, si son difuntos, ò para que en esta vida les ayude Dios, si son viuos, como dize S. Thomàs. 2. 2. q. 62. art. 5. ad 3. y con esto no se estaràn estancadas estas cantidades, por la corta esperança que ay de que se hallean los dueños, ò sus herederos por espacio de tres, ò quatro años, que es forzoso que tarden por lo menos dichas diligencias, y con esto no estará el dinero tan arriesgado a que con pretexto de alguna necesidad publica, lo coja otra vez algun Governador: y este fue parecer del P. Molin. de iust. tract. 2. disp. 744. el qual siguieron las Casas, ò Metas de la Misericordia de Portugal, a las quales entregaban qualesquiera bienes, cuyos dueños no se conocian, y los recibian, y gastaban en obras pias propias de dichas Mefas, con la obligacion que hazian de hazer diligencias para buscar a los dueños, y si pareciesen, pagarles de su tesoro lo que ya avian gastado en obras pias en favor del dueño.

76. Notese esta diferencia, que las cantidades de que queda resuelto, que no se debe hazer ya diligencia alguna para averiguar sus dueños, sino que se pueden dar por bienes vacantes, sin dueño conocido, aplicandolas a dicha obra del Colegio de las niñas, ò a otra qualquiera, aunque despues parezca la persona a quien pertenecia, no ay obligacion de darle cosa alguna, porque ya se le aplicò absolutamente con buena fé del mejor modo que se le pudo aplicar. Assi lo afirman

Silvestr. verb. Restitutio. 8. q. 4. Regin. in praxi, lib. 10. cap. 14. n. 195. Henriquez, lib. de Indulg. cap. 34. n. 8. y se colige del Derecho, de reg. iur. in 6. reg. 83. *Bona fides non patitur, ut semel exactum iterum exigatur.* Pero las cantidades de que se ha resuelto, que todavia se debe hazer diligencia para conocer a quien pertenecen, como no se aplican a la obra pia absolutamente, sino debaxo de condicion, si el dueño no pareciere, ò en interim que se hazen las diligencias; de aqui se sigue, que pareciendo el dueño se le debe restituir lo que le pertenece, y demás desto siempre està instando la obligacion de hazer las diligencias, hasta que hechas todas las que prudentemente se juzgan competentes para hallar al dueño, no quede esperança de poderle hallar.

77. A lo tercero se responde, que pueden hazer la dicha aplicacion los señores Proueedor, y Diputados, y no es necesaria la autoridad, ni licencia del Ordinario. Assi lo afirman mas comunmente los Doctores, Nauarr. in Man. cap. 17. n. 92. Silvest. verb. Restitutio. 8. q. 5. Molina de iust. tract. 2. disp. 747. Medina de restitut. q. 3. cauf. 10. Regin. in praxi, lib. 10. n. 200. Soto, lib. de iust. q. 7. art. 1. ad 3. y otros muchos que cita Silvest. los quales afirman, que el Obispo no se puede meter en la distribucion de los bienes cuyo dueño no se conoce, sino que debe dexar salvo el derecho del que los tiene en su poder, para que el mismo disponga las obras pias que le pareciere, y se colige del Derecho, cap. Non sane. 14. q. 5. Determina allí el texto, que las cosas ganadas con culpa, los mismos que las ganaron las den a pobres: y consiguientemente por mayor razon los que con titulo licito, y justificado tienen hacienda agena, por no parecer el dueño a quien pertenece, la puedan aplicar ellos mismos a las obras pias que quisieren. Y cap. Sicut dignum. de homic. reprehende a los que teniendo hacienda agena la aplicaron a obras pias, sin hazer diligencia para bolverla a los dueños, y manda, que buelvan otra vez a restituir a sus propios dueños: donde se debe notar, que no reprueba el Derecho este hecho, porque ellos mismos aplicaron la hacienda a los pobres, sino porque pudiendo darla a los dueños, la aplicaron a obras pias. Y cap. Cum tu. de vsur. se determina, que los que tienen hacienda agena, no hallandose las personas a quienes pertenece, ni sus herederos, lo gasten en obras pias: no dize, que la den al Obispo para que haga las obras pias, ni que con su autoridad se hagan, si no que los mismos que tienen la hacienda,

da, la apliquen a algunas obras pias.

78. Esto mismo consta por razones clarísimas. La primera, porque todos los que tienen en su poder hacienda agena, ó con título justo, como esta que tiene la Mesa, ó con título injusto, como las que la han usurpado, pueden por sí propios descargar sus conciencias, y pagar lo que deben, como dice el Derecho, §. Tollitur. inst. *Quibus modis tollitur obligatio*. Pues quando el legitimo señor de vna cosa no se puede hallar, ni sus herederos, se le dà, y paga lo que le pertenece, aplicando por su alma alguna obra pia; y esto es darle lo que es suyo al dueño del mejor modo que es posible, como dice S. Thomas, 2. 2. q. 62. art. 5. ad 3. luego para aplicar estos bienes inciertos, no es necesaria autoridad del Obispo.

79. Segunda razon: el Obispo no se puede entrometer a disponer de hacienda agena, porque a cada vno le pertenece disponer de su propia hacienda. In re. C. mandati. *Sua quisque rei est moderator, & arbiter*; y así solo el señor de la cosa, y aquellos a quienes él diere su poder, pueden disponer. En todas las cantidades q̄ aquí se proponen, los verdaderos señores dellas cometieron, y dieron su poder en sus testamētos, ó codicilos a la Mesa de la Misericordia, y no al Obispo, la distribución de dichas cantidades, y execucion de sus últimas voluntades; y así la Mesa tiene poder pleno, y no necesita de otra potestad, ó licencia para entregar dichos bienes en la forma que dispuso el testador a los herederos, y legatarios; y si estos no parecieren para gastar en obras pias en favor de los legatarios, ó herederos, porque esto es darlos a ellos en la mejor forma que puede.

80. Tercera razon en que se explica mejor todo este punto. Todas las cantidades aquí propuestas son en tres maneras: unas se dexaron para restituciones, que debian hazer los testadores; y no pudiendo ellos hazerlas por sí mismos, dexaron a la Mesa cantidad de hacienda para que las hiziese, y descargase su conciencia, como consta en la cantidad duodezima, que dexó Juan N. otras se dexaron por herencia, ó para mandas, y legados, no por causa pia, sino por amistad, ó parentesco, como se ve en la primera cantidad que dexó el Padre Juan N. y D. Mariana N. y las más cantidades que se proponen son desta calidad; otros son legados pios, como se ve en la cantidad vnde zima, que dexó Domingo N. En quanto a lo primero tocante a restituciones, es cierto, que la Mesa recibió en sí la obligacion del difunto de hazer dichas restituciones, y de hazer dili-

gencias para buscar a los defraudados, y satisfacer a ellos mismos. Y si esto no pudieren conseguir, deberán restituirlas, gastando lo que se les debia en bien de sus almas; y esta es restitucion, como si a ellos mismos se hiziera, y en esto no es menester autoridad de Obispo, porque quien pudo hazer por sí mismo la restitucion a los defraudados, no pareciendo ellos, la pudo hazer en obras pias, ó como arguye Silvestre en el lugar citado, el mismo deudor podia hazer esta restitucion, ó a los mismos defraudados, si pareciesen, ó en obras pias, si no pareciesen; y así lo hazen todos los que deben por mandato del Confessor, sin que en esto sea menester autoridad, ni licencia del Obispo: luego lo mismo pueden hazer aquellos a quienes el deudor lo encargare por su testamento, ó de otra qualquiera forma; porque lo que pudo hazer el deudor por sí mismo, pudo dar poder, ó comision para que lo haga otro, de reg. iur. in 6. reg. 68. *Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum*.

81. En la segunda manera de herencias, legados, y mandas, que no son por causa pia, no pareciendo el legatario, si son validos, por la presuncion de que vive el legatario, hechas las diligencias para entregarlos, si no parece, el mejor modo de aplicarlos es en obras pias, hechas por él, y por su alma. Si son nulos, como dice Antonio Gomez, tract. 2. variar. cap. 1. n. 8. conf. 6. ó son caducos, por causa de presumirse ya difuntos los legatarios antes que tuviese fuerza el testamento, como se colige de la l. Et nomen. C. de caducis tollendis; en tal caso son bienes sin dueño conocido, que se deben emplear en obras pias, a disposicion del que los tiene en su poder.

82. Acerca de los legados pios, para los quales parece estar destinada la cantidad vnde zima, ay mayor dificultad, porque los legados pios nunca son nulos, ni caducos, aunque no parezca el legatario, y aunque se aya muerto, y sea imposible la obra pia, como dizen, y prueban Tiraquel. de priuil. causa pia. y el Carden. Tusco, verb. Legata pia. concl. 190. y se colige de ambos Derechos, cap. Nos quidem. de testam. donde se refiere, que vn testador mandò hazer vn Monasterio, y no siendo posible hazerle allí, se manda edificar en otro lugar: y l. Legatum. ff. de usufructu, se refiere, que vno dexó en su testamento cierta renta, para hazer todos los años vn espectáculo para regozijo del pueblo en memoria del difunto, y hallóse, que aquellos espectáculos estaban prohibidos en aquella Ciudad, y determina allí el

De.

Derecho, que se commute en otra cosa, y no se dexa la memoria que dexò el difunto, por esta causa estos legados pios no se pueden tener por bienes inciertos, ni por vacantes, porque la obra pia adquirió derecho a ellos; y no pudiendose remitir dichas cantidades a donde dispuso el testador, se debe commutar de que se cumplan en otra parte, ó en la forma que se pudiere.

83. La dificultad está, si la Mesa para aplicar a su obra, ó a otra obra pia dicha cantidad, que era para legados pios, ha menester la autoridad del señor Arçobispo, y respondese con distincion: Si la Mesa quiere cumplir aqui en Manila, ó en el Colegio los legados pios, que manda el testador hazer en la India Oriental, ó en otras partes, cumpliendo la Mesa en todo lo demás la voluntad del testador quanto fuere posible, como si el legado es para los edificios, ó reparos de las Casas de la Misericordia de la India, se gaste aqui en la obra del Colegio de Santa Isabel, y así de los demás legados pios; en tal caso no tiene necesidad de valerse de la autoridad del señor Arçobispo, ni de su licencia. La razon desto es, porque en esto no ay commutacion de última voluntad, porque se cumple con todo rigor en todo lo que es posible, y el testador quiso, que su Albacea cumpliera, y executara su voluntad en todo lo q̄ fuese posible, y no el Obispo; y así el Obispo no puede meterse en esto, porque no puede disponer de hacienda agena, sino dexar que disponga della aquel a quié su dueño cometió la execucion. Y esto consta de muchos capitulos del Derecho, cap. Si hæredes. cap. Tua nobis. cap. Ioannes. de test. donde se determina, que a los Albaceas, ó herederos, que no quieren cumplir los legados del testador, los compela el Obispo: de fuerte, que solamente en este caso de negligencia demasiada, y dilacion sin causa, ó dissipacion de los bienes, puede el Obispo entrometerse, y entonces no para disponer los legados, sino para compeler al Albacea, que los cumpla como el testador lo dispuso, ajustandose a la voluntad del testador todo lo posible; y así cumpliendo la Mesa tan puntualmente los legados con toda vigilancia, y cuidado, no tiene potestad el Obispo para meterse en cosa alguna.

84. Si la Mesa quisiere commutar los legados pios en otros diferentes, avrá menester valerse para esto de la autoridad del señor Arçobispo, solamente para disponer de las cantidades que se dexaron a obras pias, porque así consta del Concil. Trident. Ses. 22. cap. 6. *In commutationibus ultimarum*

*voluntatum, qua non nisi ex iusta, & necessaria causa fieri debent, Episcopi tanquam delegati Sedis Apostolicæ summarie, & extrajudicialiter cognoscant.* Y l. Legatum. ff. de usufructu. para mudar el espectáculo, que por legado pio dexò vn testador, se manda, que concurren con los Albaceas, y herederos los Superiores de la Ciudad, y en esto concuerdan comunmente los Doctores con Panor. in cap. Tua nobis. de testam. n. 4. y Couarr. ibid. n. 9. Y aun para que esta commutacion sea licita con autoridad del Ordinario, se requieren condiciones; porque Panor. con otros, dize, que si la obra pia que dispuso el testador, se puede hazer licitamente, no se puede commutar, ni con autoridad del Ordinario en otra, aunque sea mucho mejor; porque quando el testador dispuso de su hacienda en cosa posible, que licitamente se puede hazer, ninguno puede contra su voluntad vir de otro modo de la hacienda agena, si no es el Papa en orden al bien espiritual del comun. Y esto consta del Derecho, cap. Quia contingit. Cl. de Relig. domib. *Cum ea, quæ ad certum usum largitione sunt destinata fidelium, ad illum debeant, non ad alium (salva Sedis Apostolicæ auctoritate) converti.* Pero Couarr. asienta con otros, que quando la obra pia que dispuso el testador, no es muy necesaria, se puede commutar con autoridad del Ordinario en otra obra pia, que sea muy necesaria a la Republica, y a la Religion Christiana, a que por otra via no se pueda acudir sin muy grande dificultad.

## CONSULTA X.

*Si la distribucion de cierta obra pia, cometida en primer lugar al señor Arçobispo desta Ciudad, y a falta de Arçobispo a la Santa Mesa, se pueda hazer dicha Santa Mesa, aviendo Arçobispo electo, mas no aviendo aun tomada possession del gouerno, aunque en breve le aya de tomar?*

## PROPUESTA.

Entre las obras pias, que dexò vn difunto, cuyo Albacea es la Mesa de la Santa Misericordia, está vna en que dispone, que de su hacienda se entreguen todos los años al señor Arçobispo docientos pesos, para que su Ilustrissima los reparta entre pobres vergonzantes desta Republica: y en caso que no aya Arçobispo, sino que gouerne el Cabildo, dispone el testador que la Mesa haga dicha reparticion, señalando el Proueedor,



dor, y Diputados a quienes, y por cuya mano se han de entregar las limosnas: y por averse recibido oy el dinero de donde se ha de cumplir este legado, y el señor Arzobispo electo por su Magestad aun no ha tomado posesion del gouerno del Arzobispado, que todavia gobierna la Iglesia de Manila, y el Arzobispado el Cabildo Eclesiastico; pero dentro de quatro, ò cinco dias está dispuesto que ha de tomar posesion el señor Arzobispo, que es bastante tiempo para poder la Mesa hazer por si la dicha reparticion. Preguntase, si tendrá obligacion la Mesa de repartirlos por si misma en este tiempo, ó de esperar a que tome posesion su Ilustrissima para entregarlos?

## PARECER CC.LXXXVII.

85. **R**espondese, que cumple suficiente- mente la Mesa con la obligacion de Albacea del dicho difunto, empezando a repartir los dichos docientos pesos desde el mismo dia que los recibiere, sin dilatarlos a los pobres vergonzantes esta limosna, hasta que tome posesion el nuevo Arzobispo electo: y en caso que aya empezado a repartir dicha limosna antes de tomar la posesion el señor Arzobispo, puede la Mesa proseguir hasta hazer la reparticion de toda la cantidad, sin contravenir en esto a la clausula del testamento; pero tambien le es licito aguardar a que tome posesion el señor Arzobispo, y entregarle los dichos docientos pesos para que reparta la dicha limosna, y hazerlo así será mejor, y mas conforme a la voluntad del testador. Esta resolucion tiene quatro partes, y todas se han de explicar, y probar. La primera, de que los señores Proveedor, y Diputados de la Mesa pueden empezar a repartir por si mismos dicha limosna desde el dia que la recibieren, y no tienen obligacion precisa de aguardar a que su Ilustrissima tome posesion para entregarla: consta, porque atendiendo a la letra de la clausula del testamento, realmente se verifica, que no ay Arzobispo hasta que tome posesion, y así realmente se cumple la voluntad del testador, si antes que tomé posesion su Ilustrissima, empieza la Mesa a repartir mediante sus Diputados dicha limosna, porque por entonces no tiene otro alguno derecho a hazerla, pues no se verifica aver Arzobispo, y se cumple a la letra lo dispuesto por el testador, sin apartarse vn tilde de la propiedad de su significacion, l. Non aliter. ff. delegat. 3. *Non aliter a significatione verborum resedere oportet quã cum manifestum est aliud*

*sensisse testatorem.* Para que con mas claridad se vea la verdad desta primera parte de la resolucion, se advierta, que el señor Arzobispo que ha de tomar posesion, no tiene Bulas de su Santidad, ni se ha embiado por ellas, por lo qual realmente no es Arzobispo, que sin el fiat de su Santidad, ninguno lo puede ser, sino solamente tiene la eleccion del Rey, el qual no dà nunca jurisdiccion alguna Eclesiastica, sino como Patron lo presenta al Papa, para que se la dé; y en interin que el Papa despacha sus Bulas, para que no estèn las Iglesias de las Indias por largo tiempo gobernadas del Cabildo (porque el gouerno de muchos suele no tener facil despacho, ni breve, porque para juntarle muchos se requiere tiempo, y en la determinacion de las causas suele aver diversidad de pareceres, que la dilata) nuestro Rey Catolico embia ruego, y encargo al Cabildo Sede vacante, para que cometa al que tiene presentado por Prelado de aquella Iglesia toda la potestad, y jurisdiccion, que por derecho compete al Cabildo.

86. Por lo qual el Arzobispo electo no tiene de Arzobispo, ni el orden, ò caractèr, ni la dignidad, hasta que le vengán las Bulas, ni la jurisdiccion, que encarga su Magestad que le den, hasta que el Cabildo se la dé, el qual la darà quando tome posesion, y así hasta entonces no tiene cosa alguna de Arzobispo actualmente, sino solamente in spe en la esperanza cierta que tiene de que el Cabildo le cometerà infaliblemente su jurisdiccion por el ruego, y encargo del Rey; y que con la misma infalibilidad le darà su Santidad el fiat por la presentacion de su Magestad. Si fuera vn Arzobispo consagrado, ó por lo menos tuviera el fiat de su Santidad, se pudiera dezir, que aun antes de tomar posesion era Arzobispo, por estar constituido por el Papa Prelado desta Iglesia; pero el señor Arzobispo electo, antes de tomar posesion, y darle el Cabildo la jurisdiccion, no tiene en acto cosa alguna de Arzobispo, y consiguientemente por ninguna parte le toca la reparticion de dicha limosna, y así puede la Mesa por entonces repartirla conforme a la clausula del testamento, y para hazerlo así no le falta motiuo grave, que es de la Mite ricordia, para que a los pobres vergonzantes, a cuyo favor se dexò esta limosna, no se les dilate el socorro, que desde el dia que cobra la Mesa esse dinero, se cumple el plazo señalado por el testador, para que se les reparta, y el mismo dia pide, y clama por los pobres; cap. Potuit. de locato. *Cum dies statuta pro domo no interpellat.*

La

87. La segunda parte de que si la Mesa empezare a repartir estas limosnas antes que tome posesion el señor Arzobispo; puede proseguir repartindolas aun despues que aya tomado posesion hasta acabarlas de repartir, se prueba, porque empezada vna accion en tiempo apto, y continuada sin notable interrupcion, segun la calidad del negocio, es como si toda la accion se hiziera, y consumara en el tiempo apto, que se empezó, l. Lecta. ff. de rebus cred. *Pacta incontinenti facta stipulationi in esse creduntur.* Y alli la Glosa: *Qua incontinenti sunt in sunt.* Y se prueba mas con exemplos: Precepto ay de no dezir Missa despues de medio dia, y si vn Sacerdote empieza la Missa antes de las doze, licitamente la profigue, aunque la acabe a media tarde, como prueba Henriquez, lib. 9. cap. 24. Todos los Fieles tienen obligacion de confesar vna vez cada año, cap. Omnis vtriusque sexus. de poenit. & remiss. y si alguno al fin del año empieza a confesar, y vá continuando su confesion por muchos dias, sin descuydar se hasta que la acabe, no quebranta el precepto, porque fue accion continuada moralmente, y empezó en tiempo apto. De la misma suerte, si a vn Sacerdote le dan licencia limitada para oir confesiones este mes de Nouiembre, si ha empezado a oir vna confesion larga, y se acaba el mes antes de concluir la, puede proseguir oyendola: y de la misma forma si en articulo, ò peligro de muerte, alguno se empezó a confesar con vn simple Sacerdote, y estando empezada la confesion, viene el proprio Parroco, ó otro Confessor, puede licitamente proseguir la confesion con el simple Sacerdote, aun en la opinion que dize, que en dicho articulo no es valida la confesion que se haze con el simple Sacerdote, si ay copia de Confessor expuesto; porque aviendose empezado la confesion quando no avia copia de Confessor expuesto, se empezó legitimamente, y legitimamente se profigue: y de a misma suerte, si el penitente en aquel articulo tiene casos reservados, y empezada la confesion llega el Superior, puede proseguir hasta el fin confesandose con el inferior, el qual le puede absolver en la forma que si no huviera llegado el Superior, porque ya empezó en tiempo apto. Así lo afirman Trulench. in expos. Bullæ, lib. 1. §. 7. cap. 2. dub. 5. n. 5. Diana, p. 5. tract. 3. resol. 66. Ludov. de la Cruz, in Bullam, disp. 1. cap. 3. dub. 15. n. 13. Henriquez, l. 2. de Poenit. cap. 11. n. 3. Sanch. in oper. mor. lib. 2. cap. 13. n. 15. y es comun. Y todo esto se colige claramente del Derecho Canonico, cap. Relatum. de offic.

Iud. delegat. donde se determina, que no cessa la jurisdiccion del Juez delegado quando ya estava el negocio empezado, aunque muera el delegante; pero si el negocio aun no estava empezado, cessa su jurisdiccion: *Si litis fuerit ante predecessoris nostri obitum contestatum mandatum morte mandatoris nullatenus experimit, si verò ante litis contestationem decessit, non est a iudicibus, quos delegaverit ex delegatione huiusmodi procedendum.* Lo mismo se determina cap. Gratum. del mismo tit. *Cum cautione facta negotium sit quasi captum potest, & debet in causa procedi, tenebitque quod iustitia fuerit pravia diffinitum.*

88. De la misma suerte si la Mesa comienza a repartir las limosnas antes de tomar posesion el señor Arzobispo electo, le pertenece a la Mesa concluir la reparticion de todos los docientos pesos deste año, porque esta accion, que le comete el testador en caso que no aya Arzobispo, la empezó legitimamente en tiempo apto en que le pertenecia, y ya empezada, no cessa la comision por la entrada del señor Arzobispo, ni se pudiera hazer prudentemente la distribucion, si vno repartiera parte, y otro diferente la otra parte, porque el que empieza a distribuir atiende al numero, y calidad de personas a quien se debe repartir, y conforme a este conocimiento empieza a hazer la distribucion: y si otro huviera de repartir lo restante por otro dictamen, sin obligacion a seguir el dictamen del que empezó la distribucion, y por evitar este desorden dispone el Derecho, que ya empezada legitimamente en tiempo apto alguna causa por Juez delegado, no cese su jurisdiccion hasta que la concluya, aunque muera el delegante.

89. La tercera parte desta resolucion, de que puede la Mesa aguardar a que tome posesion el señor Arzobispo, y entregar los docientos pesos para que haga dichas limosnas, se prueba, porque los dias que puede aver desde oy hasta que el señor Arzobispo electo tome posesion, no pueden ser muchos, y consiguientemente la corta dilacion de dichas limosnas no se presume dañosa a los pobres a quien se ha de repartir, l. Si debitori. ff. de iudicijis: *Neque enim damnnum magnum est in mora modici temporis.* Y aunque inste la obligacion de pagar, permite el Derecho vna corta dilacion, l. Quod dicimus. ff. de solut. *Debere statim solvere cum aliquo temperamento temporis intelligendum est.* Aunque disponga el testador, que luego q se cobre esta cantidad se reparta en limosnas, no se debe entender con tanta estrechez, que no se puedan esperar vnos pocos de dias. Mas se

Yyyy

ex-

explica esto: l. Ratum del mismo titulo: *Hoc cum quoddam spatio temporis accipi debet, sicut in legato spatio quoddam temporis assumitur, nec minimum, nec maximum, & quod magis intellectu percipi, quam elocutione possit exprimi.* Estas limosnas que se mandan dar luego, no es lícito dilatarlas mucho con detrimento de los pobres, ni ay obligacion de repartir luego al punto, especialmente quando ay causa razonable para dilatarlas por corto tiempo: quanto pueda ser este, no lo determina aqui el Derecho, sino lo dexa a la discrecion del varon prudente, que atentas las circunstancias, y causas, verà qual será demasiada tardança; pero especificò, l. Promissor. ff. de constituta pecunia: *Confestim agi tecum poterit si statim, ut constituisti, non soluas, sed modicum tempus statuendum est, non minus accem dierum, ut exactio celebretur.* El Derecho reputa por corto tiempo diez dias en que se debe esperar al deudor, aunque élé obligado a pagar luego en tal dia señalado.

90. Y por mayor razon dicha limosna se puede detener el dicho plazo para entregarla al Obispo, que por si la reparta, al qual luego al punto que tomare posesion le compete esta accion, y la pierde la Mesa si no ha empezado a repartir dichas limosnas; porque aunque despues de tomada la posesion, aun no será en realidad de verdad Arçobispo, pues ni tendrá el orden, y carácter Episcopal, ni el *fiat* de su Santidad, sino solamente la comision del Cabildo Eclesiastico, para gobernar el Arçobispado; pero tendrá todo lo tocante a jurisdiccion del Arçobispo, y esta accion de repartir dicha limosna no es accion de orden, ó de carácter Episcopal, ni de la dignidad, sino de jurisdiccion. Yaunque la misma jurisdiccion tiene el Cabildo Eclesiastico antes de comerla, y trasladarla al señor Arçobispo electo; pero está expresada la voluntad del testador, de que en caso que no aya Arçobispo, reparta dicha limosna la Mesa, quiso excusar el testador la dilacion, que podia causar averse de juntar el Cabildo Eclesiastico, y averse de covenir diversos votos, y voluntades. Por esta causa cometió la accion al Arçobispo, que es vno, y se presume persona de mucha piedad, y prudencia, y que le toca de oficio ser padre de los pobres, tener exploradas sus necesidades para socorrerlas. Todo esto le pertenece al Arçobispo electo, que aunque no es verdadero, y proprio Pastor de las ovejas del Arçobispado, pero haze sus veces, y está en su lugar, y recibe las rentas Episcopales para este fin, y en caso que no aya persona desta calidad, por estar esta Iglesia Sede vacante, mas quiso que

la repartiése la Mesa, que el Cabildo, porque la Mesa se junta infaliblemente dos veces cada semana, y los Diputados están mas acostumbrados a repartir semejantes limosnas, y tienen por esta causa exploradas las necesidades desta Republica. Constando, pues, que esta fue la voluntad del testador, que no pidió en el Arçobispo dignidad, ni carácter Episcopal, ni para su intento era esto menester, sino la calidad, virtud, obligacion, y jurisdiccion, no se le puede quitar, ni poner en duda que le toca dicha accion despues de tomada la posesion, por causa de no ser Arçobispo en la realidad, l. Siquis. C. de liber. preter. *Cum manifestissimus est sensus testatoris verborum interpretatio nunquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* Y l. Siquis. C. que res pign. *Cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere.*

91. La quarta parte desta resolucion, de que es mejor dilatar la reparticion destas limosnas hasta que el señor Arçobispo electo tome posesion, para que las distribuya, consta, porque la principal, y primaria intencion del testador fue, que hiziclé el señor Arçobispo la dicha distribucion: por lo qual siempre que sin retardarse mucho estas limosnas, y sin daño considerable de los pobres vergonzantes se pudiere hazer la distribucion por mano del señor Arçobispo, será mas conforme a la voluntad del testador, que su Ilustrissima la haga: y suponiendo, q el señor Arçobispo ha de tomar la posesion dentro de quatro, ó cinco dias, no es mucha la dilacion, ni notable el daño de los pobres, y así será mas conforme a la méte del testador, que se dilate la limosna estos pocos dias, para que se reparta por el medio, por el qual quiso el testador que se repartiése, aviendolo; y sin duda esta clausula tan especial, de que el Arçobispo reparta dicha limosna, preponderó mas en la voluntad, è intencion del testador, que en la aceleracion, y presteza, y no aguardar tan corto plazo.



CON-

## CONSULTA XI.

*Sobre qué medio, ó remedio avrà para desempeñarse la Santa Mesa, que al presente se halla muy empeñada, por mantener, y vestir las niñas hijas de su Colegio, y sustentar los gastos forçosos del Culto Divino de su Capilla, ó Iglesia?*

## PROPOSTA.

LA Santa Mesa de la Misericordia cobra distintas rentas, que han dexado bienhechores para diferentes obras pias: ay entre ellas algunas, que están destinadas para gastos de la Capilla, y tesoro; otras, que expresadamente dicen, para el sustento, y vestuario de las niñas; otras dicen, para que las dispendan los hermanos de la Santa Mesa en la forma que les pareciere. Destas se ha mantenido el Colegio, y gastos de la Iglesia, y no alcanza muchos años ha, y en especial desde el año de 46. por cuya causa se ha contraido dicha deuda, sin tener otros efectos de que pagar, si no son las rentas que tiene, y no otras. Debe mas de nueue mil pesos a distintas obras, y a los Hermanos mayores que han sido: no se avia hecho reparo para proveer el remedio. Ahora se pregunta como se proveerá para en lo de adelante.

El Colegio, è Iglesia tiene de gasto todos los años 31200. pesos, ó 31200. y de rentas, y limosnas, que le caen al año tiene 21600. ó 21700. lo demás que va a dezir ha causado el empeño con los hermanos mayores. El dicho Colegio tiene setenta hijas, sin las esclavas, y sin los sirvientes. El Culto Divino es precioso, y ha de tener gasto, y el menos que puede tener es el que tiene: el gasto del Colegio es el mas corto que puede tener, respecto de la gente que tienen. Preguntase, qué medio, ó forma avrà para que se vaya desempeñando en lo de adelante, y quede corriente para no passar adelante con la deuda?

En el principio que se instituyó el Colegio, y se fundó, tenia veinte y dos niñas, y su mayor numero en mas de quarenta años no llegó, ni pasó de quarenta niñas, y las limosnas eran mayores, y mucho mas dobladas, porque no avia avido terremotos, de donde ha venido el menoscabo.

## PARECER CCLXXXIII.

92. **R**espondese, que el medio, y forma que se ha de tener para que no paffe adelante la deuda, y se vaya desempe-

ñando el tesoro, es reducir a menor numero las niñas que sustenta la Mesa de la Santa Misericordia. La razon desto se saca del Angelico Doctor S. Thom. 2. 2. q. 30. art. 4. donde dize, que la Misericordia es la mayor de todas las virtudes, y que en toda plenitud, abundancia, y perfeccion solamente se halla en Dios: por lo qual se dize, que la misericordia es virtud propia de Dios, y que en usar de misericordia manifiesta Dios mas su Omnipotencia, porque el oficio de la misericordia es remediar necesidades ajenas, acudir suplicando lo que a otros falta; y como solamente Dios tiene poder, y caudal infinito, que sin disminuirse puede remediar las necesidades de todas las criaturas: de aqui se colige, que en solo Dios se halla la misericordia en toda su perfeccion; pero en los hombres se halla con limitacion, segun el posible de cada vno, y así en los hombres las obras de misericordia se han de medir, y regular por la prudencia, segun el posible, como todas las demás virtudes morales, a las quales la prudencia enseña el medio, y modo para que no excedan, ni falgan de la razon de virtud. Así lo enseña S. Thom. 2. 2. q. 47. art. 7. De la misma forma los señores Proveedor, y Diputados de la Santa Misericordia, que al presente son, y adelante fueren, no han de querer que la misericordia de la Santa Mesa esté sin limite alguno, como la de Dios, recibiendo a quantas niñas huérfanas huviere; sino tienen obligacion a limitar estas obras de misericordia de recibir niñas hijas de la Mesa a lo que alcanza el posible para sustentarlas, de fuerte, que para esto no sea menester echar mano de hacienda destinada a otras obras, y las obras de misericordia han de ser gobernadas por la prudencia de modo, que unas obras no impidan a otras: y esta obra de recibir, y sustentar niñas huérfanas no es sola, y vnica de la Mesa, porque otra gran muchedumbre de cosas le dexan encomendadas cada dia, y todas son obras proprias de misericordia, y echar mano del dinero destinado para otros efectos para el sustento de las niñas, es poner impedimento a otras obras de misericordia para cumplir esta del sustento de las niñas, como si esta sola fuera propria de la Mesa, y las demás no.

93. Para que con mas especialidad, y claridad se vea como se puede hazer esto, digo, que por esta causa ninguna niña de las que ya están recibidas se debe expeler del Colegio. La razon desto es, porque para expeler a las que ya están recibidas se requiere causa graue, y muy vrgente, porque tienen ya vn genero de derecho adquirido por ser ya

constituidas hijas de la Misericordia, y se le haria vn genero de agravio, è injuria en echarlas sin aver cometido culpa, y aun se les seguiria del doro, porque no seria facil persuadir a todos la causa porque echaron del Colegio a vnas niñas, y no a otras; pero para no recibir de nuevo otras niñas no es menester mas causa, que no poder el Colegio comodamente sustentadas, porque antes de ser admitidas en el Colegio no tienen derecho alguno adquirido en él, todo lo qual explica el Derecho en pocas palabras, cap. *Quem admodum de iur. iurand. Turpius excipitur hospes, quam non admittitur.* A vn huésped, que viene de fuera, sin hazer injuria, ni agravio se le puede dezir, que no ay posada; pero despues de vna vez admitido, tiene mucha indecencia, y torpeza el despedirlo sin grauissima causa. Pues si es cosa tan indecente despedir a vn huésped, que ya se avia admitido en casa, mucha mayor indecencia, y deformidad seria despedir la Mesa a las que ya tiene admitidas, y hechas hijas propias de la Misericordia: pero se ha de disponer, que no reciban de nuevo niñas, hasta que el numero esté tan limitado que las rentas, y limosnas destinadas al sustento de las niñas, y tesoro de la Mesa basten a sustentadas: y demás desto sobren de resto por lo menos quinientos pesos, para que de ellos se vayan satisfaciendo las deudas que se han contraido.

94. De fuerte, que las rentas, y limosnas destinadas al sustento, y tesoro son hasta dos mil y setecientos pesos, gastañe tres mil y trescientos; alcança el gasto al recibo en seiscientos pesos: pues el remedio es, que no se admitan niñas en el Colegio, hasta que esté tan corto el numero, que el gasto de cada año no exceda de mil y seiscientos pesos, aunque para esto se reduzga el numero de las niñas a solas veinte, ò veinte y cinco. Desta fuerte me consta, que se hizo en vn Colegio graue de España, confirmado con Bulas Pontificias, con cierto numero de Collegiales, que aviendose por vn accidente diminuido las rentas del Colegio, se moderò por algunos años el numero de los Collegiales. En el caso presente los debitos se han causado con el sustento de las niñas, por averse admitido mas de las que el tesoro, y limosnas podían sustentar, y así es conforme a la recta justicia, que se vaya sacando del sustento de las mismas niñas para pagarlos, sustentando algunos años venideros tantas menos, quantas ha sustentando los años passados, hasta que se acaben de pagar los debitos contraidos: y quando estos estén ya satisfechos, se podrán recibir mas hijas; pero nun-

ca serà conforme a las Reglas de la Prouincia recibir tantas, que exceda el gasto a las rentas, y limosnas, que tiene la Mesa cada año para sustentadas.

## CONSULTA XII.

*Sobre si la Santa Mesa pueda entregar cierta cantidad, que mandò vn difunto, a la persona a quien se hizo la manda con cierta condicion?*

## PROPOSTA.

VN señor Oydor dexò ordenado en su testamento, que se entreguen dos mil pesos a la Mesa de la Misericordia, para que dè a corresponder cada año mil, y los quinientos pesos, que cada año se ganaren en la correspondencia, se guarden para vna sobrina suya, que se casò en esta tierra, y para los hijos que tuviere, y de ninguna fuerte se entreguen en vida de su madre, si no es en caso de estrecha, y vrgente necesidad, y en pro, y vtilidad de dicha sobrina. El marido de dicha sobrina ha presentado informacion, que se hizo ante el Alcalde Ordinario, de que al presente passà estrecha, y vrgente necesidad, y pide, que se le entreguen las ganancias de dichos dos mil pesos. La Mesa remitiò la peticion, è informacion, y clausula del testamento al Autor.

## PARECER CC.LXXXIV.

95. **R**esponde, que se le pueden dar los reditos procedidos hasta aora de dichos dos mil pesos, con la calidad, y condicion, que despues explicarè. La primera razon desto es, porque el señor Oydor en la clausula de su testamento no dize, que para entregar este dinero en vida del General D. Juan, se aguarde a que aya necesidad extrema, que es quando vna persona està para perecer, y morir, si no se le socorre; ni dize, que se espere a necesidad quasi extrema, que es quando ya cae de su estado, y se vé obligado a mendigar; ò a vfar oficios viles, indignos de la calidad de su persona: no explica, que se aguarde a semejantes necesidades; lo que dize es, que se le pueda entregar en caso de estrecha, y vrgente necesidad: esto quiere dezir en caso que lo passen con estrechez, ò incommodidad, y molestia. Y que todo esto se verifica al presente, se colige de la informacion dada de las enfermedades que ha padecido, y de otras circunstancias, que se dexan bien entender, de las malas ventas que

que estos años han tenido los empleos, y del empeño de la plata labrada en el Armenio, que està para hazer viage, y pide que le paguen, y no ay de que. Esta es sin duda necesidad estrecha, que causa bastante ahogo, y molestia.

96. Segunda razon desto es, porque conforme a Derecho, qualquiera disposicion de testamento se entiende, y presume hecha de manera, que en alguna, ò algunas ocasiones pueda tener efecto, y se efectuarà, y tendrá valor, l. *Quoties in actionibus. ff. de rebus dubijs: Commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur magis valeat, quam pereat.* El dia que el señor Oydor dexò camino abierto, para que por necesidad estrecha, y vrgente se pueda entregar este dinero en vida del General D. Juan, entendiò, y habló de necesidad que fuele suceder, y se presume, que sucederà alguna, ò algunas veces a personas de semejante calidad, y porte: y esta que aqui se propone es la necesidad que fuele acontecer, y pudo presumir el testador, que otras mayores necesidades, como llegar a peligro de perecer, no pudo presumir el señor Oydor, que pudiera acontecer al General D. Juan, viuiendo en Manila a vista de parientes, y conocidos, y así la necesidad que pudo presumir, y quiso que se remediasse, fue esta de que se hallasse con tanta estrechez, y aprieto, que le obligasse a empeñar su plata labrada, y joyas, y a publicar su pobreza, y necesidad con vna publica informacion, que de ella ha hecho, y presentado. Y si el señor Oydor quisiera, que para entregar dicha plata se aguardasse otra mayor necesidad, que no se presume que sucederà a semejantes personas, seria lo mismo que disponerlo de modo, que nunca se cumpliesse, ni tuviesse efecto aquella clausula, y disposicion, lo qual de ningun testador se presume, y mucho menos de la prudencia del señor Oydor, l. *Si miles. ff. de militari testat. Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia.*

97. La tercera razon se colige de la doctrina de S. Thom. 22. q. 101. art. 4. ad 4. y de Cayetano allí, que distingue la obligacion que tiene qualquiera hombre a socorrer a otro quando lo vè en necesidad, que es muy diferente de la obligacion que tienen los padres a los hijos, y los hijos a los padres de socorrerles en las necesidades. Entre los que no son parientes tan cercanos es menester, que la necesidad sea muy graue, y muy conocida, para que vna persona, que no tiene sobrado el caudal, esté obligado a socor-

rerle, y sacarle de la necesidad; pero entre padres, y hijos menor necesidad obliga. La misma sangre, y vnion de parentesco obliga a socorrer en las necesidades, y aprietos, sin aguardar a que sean vrgentissimos: el señor Oydor criò, y tuvo en lugar de hija a su sobrina, y de la misma fuerte la señora Oydo- ra su esposa, y por vltima voluntad de ambos se le dexò este dinero, y ambos la casaron por su voluntad con el General D. Juan: por lo qual se ha de presumir, que no fue la intencion de ambos, que se aguardasse para darles este socorro a necesidad tan vrgente, que bastara a obligar a hazer limosna a vn extraño, sino que bastasse la necesidad, y estrechez, que pudiera mover a vn padre para socorrer a sus hijos, y esta passan sin duda alguna al presente el dicho General, y su esposa.

98. La calidad, y condicion, que dize ha de preceder para entregar este dinero, es, que conste a los señores Prouedor, y Diputados, que dicha sobrina dà su assenso, y beneplacito, para que a su esposo se entregue. La razon desto es, porque este dinero lo dexaron a la dicha señora, y la clausula del testamento dize expresamente, que en caso de necesidad estrecha, y vrgente, que se ha de entregar este dinero, ha de ser en pro, y vtilidad de la dicha su sobrina, y no mas de la cantidad que fuere suficiente a suplir, y remediar la necesidad occurrente en aquella ocasion. De aqui se colige, que la entrega destos reditos, y la cantidad que se huviere de entregar, ha de ser con assenso, y beneplacito claro, y cierto de dicha su sobrina, y que entienda, que entregarlo en esta ocasion le es vtil, y no desperdicio, l. *Id quod. ff. de reg. iur. Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* Esto que se dexò especialmente para que esta señora si quedare viuda, y desamparada, tenga de que valerse, es suyo con especialidad, y le pertenece, y así no puede consumirse sin su especial consentimiento: y haziendose desta fuerte, si llegare el caso de quedar viuda, y sin dote, no podrá tener queja de la Mesa, por aver entregado estos reditos en vida de su marido; y si se haze sin su consentimiento, podrá tener con justa razon. Demás desto aquellas palabras de la clausula, que en caso de estrecha necesidad se le entreguen, siendo en su pro, y vtilidad, no se puede verificar, si no se pide el assenso desta señora, porque ella es quien mejor puede saber si es en su pro, ò le està bien entregarlo; y aunque no sea mas de que sepa el marido, que este dinero recibe por assenso, y beneplacito de su esposa, y con



con dependencia della, cede en pro, y utilidad de la muger, y con dicho assento se le podrán entregar todos los reditos caídos hasta ahora, que quando mucho puede ser de dos años hasta noucientos pesos.

## CONSULTA XIII.

*Sobre si la Santa Mesa pueda embiar a una parte muy distante la manda de un difunto, de quien es Albacea, sin esperar poder del mandatario?*

## PROPUESTA.

**M**Vrió Pedro, y dexò por su Albacea a la Mesa de la Santa Misericordia, y en vna clausula de su testamento dize, que a vna niña llamada Leonor, que viue en la Ciudad de Leon, le dexa mil pesos, no por obligacion que le tenga, sino por amor de Dios, los quales se remitiràn a la Ciudad de Mexico, y se entregaràn a personas seguras, para que de allí los embien al Cabildo, y Regimiento de la Ciudad de Granada, para que los den a ganancias de la tierra a personas seguras, en quanto la dicha niña no tuviere edad para casarse; y teniendo edad, se le entregará el principal con las ganancias, con que cessará el darlos a ganancias. Y añade: Declaro, que si la fudodicha muriere sin hijo que la pueda heredar, quiero, y es mi voluntad, que sacando la tercia parte para hazer bien por su alma, lo demás se entregue a la Cofradia de las Animas de Purgatorio de la Ciudad de Granada; y lo mismo se hará siendo muerta, y se dará a ganancias de la tierra, y se diràn por mi alma doze Missas rezadas, y lo demás se diga de Missas por las almas.

Preguntase, si puede, y debe la Mesa remitir los mil pesos desta manda a Mexico, ó no, sin esperar poder de la parte, ó si se le ha de esperar precissamente?

## PARECER CC.LXXXV.

99. **R**espondese, que sin esperar poder de la parte se pueden, y deben remitir a Mexico los mil pesos que dexò Pedro a Leonor. La razon desto es, porque constando la voluntad expressa del testador, se ha de cumplir, y executar en todo sin otra condicion, ó requisito, l. In conditionibus ff. de condit. & demonst. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, ea que regit conditiones. Y l. Diligenter. ff. mandati. Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur.

*ur.* En el caso que al presente se pregunta, claramente se colige de la disposicion, y palabras del testador, que fue su voluntad, que no se diese aviso primero a la parte, ni se esperasse su respuesta, ó poder, pues absolutamente dize, que se remitan los mil pesos a Mexico, y de allí al Cabildo, y Regimiento de Granada, para que los den a ganancias de la tierra, hasta que la dicha niña tenga edad de casarse, y que entonces se le entregue capital, y ganancias. En todo esto se dà a entender, que no se ha de esperar poder de persona alguna, ni aun dà a entender quien avia de embiar este poder: porque suponiendo, que este legado se haze a vna niña incapaz por derecho, y aun por naturaleza, para responder por si, y dar poder, no nombra padre, ó madre, ó tutor de dicha Leonor, que pudiesse responder, ó dar el poder, sino solamente dize, que se entreguen los mil pesos al Cabildo, ó Regimiento de la Ciudad de Granada. Demás desto, dos circunstancias especiales que tiene este caso abonon, y dexan sin inconveniente alguno este modo de remitir dicha cantidad, sin esperar poder de la parte. La primera es, porque dicha cantidad no se le dá por obligacion alguna, ni por deuda, porque es pura donacion graciosa, que el testador haze a dicha Leonor, y pudo el testador disponer el modo como se ha de llevar, y entregar dicho dinero, sin esperar, que aquella a quien se haze la donacion, disponga a tu voluntad el modo, y seguridad para su entrega, l. In re mandati. *Sua quisque rei est moderator, & arbiter.* La segunda circunstancia deste caso es, porque en qualquiera acontecimiento tiene hechura, y va lor este legado de los mil pesos, de fuerte, que en ningun caso buelven al mondon de los bienes del difunto, porque el testador tiene prevenido en su testamento en que se ayen de emplear remitidos a la Ciudad de Granada, aun que sea ya difunta la dicha Leonor antes de tener efecto el legado, ó si despues muriere sin hijos: por lo qual de la detencion de dichos mil pesos, hasta tener aviso de la parte, no se espera efecto alguno, y consiguientemente no se debe detener, ni esperar aviso, cap. Cum contingat. de offic. deleg. con su Glossa:

*Frustra expectatur eventus cuius nullus est effectus.*

(§)



CON-

## CONSULTA XIV.

*Sobre si la Santa Mesa pueda assimismo embiar otra manda, sin esperar poder del mandatario?*

## PROPUESTA.

**O**Tra clausula del mismo testador dize allí.

Item declaro, que en la Ciudad de Granada està vn niño llamado Juan, el qual es hijo de Geronima ya difunta, el qual niño està en casa del Beneficiado Diego. Mando se le den de limosna mil pesos, los quales se embien empleados a la Ciudad de Mexico a personas seguras, para que de allí se embien al Alguazil mayor de la dicha Ciudad, y a Francisco de tal, a los quales nombro por tutores, para que tengan el dinero en su poder, hasta que el dicho niño tenga edad de casarse, a quienes pido por amor de Dios quieran aceptar esta buena obra. Declaro, para que si el dicho mozo muriere sin tener hijo suyo, se haga bien por su alma de la tercia parte, y lo demás se entregue a los Mayordomos de las Almas de Purgatorio, ó se ponga a ganancias de la tierra, y se digan por mi alma doze Missas rezadas, y lo demás por las almas.

Preguntase, si estos mil pesos puede la Mesa, ó debe remitirlos, sin esperar poder de la parte, y si cumple con darlos a corresponder, por no ser decente a la Mesa emplearlos?

## PARECER CC.LXXXVI.

100. **R**espondese, que puede, y debe la Mesa de la Santa Misericordia remitir los mil pesos que dexò Pedro a Juan, sin esperar poder de la parte, porque consta de la clausula del testamento, que esta fue voluntad del testador, que quiso escusar toda dilacion, y que luego sin detencion alguna se remitiesen a Mexico, y de allí a Granada, y se entregassen a los que señala por tutores, y la vltima voluntad del difunto se debe cumplir en todo lo possible, como se determina en ambos Derechos, cap. Vltima. r. 3. q. 2. *Vltima voluntas defuncti modis omnibus conservari debet.* Y auth. de nupt. §. Disponat. coll. 4. *Disponat unusquisque in suis, ut dignum est, & sit lex eius voluntas.* Et post pauca. *Vi legasset quisque de sua re ita ius est.* Y allí la Glossa comunmente recibida sobre aquellas palabras: *Ut dignum est,* dize, que la disposicion

del testador tiene fuerza de ley, como no sea contra Derecho alguno, ni contra buenas costumbres. Esta disposicion de que dichos mil pesos se remitan sin esperar poder de la parte, no es contra Derecho, ni es en perjuizio del legatario, porque como no es legado debido por titulo alguno de justicia, sino que es pura limosna, pudo el testador disponer el modo como se ha de poner en execucion, y remitirse, sin aguardar orden, ó poder del legatario; ni cede dicha disposicion en perjuizio de los bienes del testador: porque aunque dicho legado no tuviese efecto por aver muerto el legatario antes que el testador, no por esto puede volver al tronco de los bienes del testador, pues en todo acontecimiento deben quedar dichos mil pesos en la Ciudad de Granada, porque a falta del dicho legatario dispone, que se entregue a otro legatario, que no puede faltar, que es el legatario permanente, y es perpetuo, que no espira, ni fenece, como las personas particulares: y por esta misma causa no cede dicha remision en detrimento de la Mesa, que como Albacea pudiera disponer de dicha cantidad, si faltasse el legatario; porque estando en la clausula del testamento a falta del primer legatario, otro que nunca falta, no le queda a la Mesa expectativa de poder disponer en caso alguno de dicha cantidad en otra forma, sino en la dispuesta por el testador, que es remitirla a Mexico, para que de allí se remita a la Ciudad de Granada. En quanto a la disposicion de los tutores del legatario, ya no tiene lugar la clausula, porque aviendo pasado quarenta y cinco años, no es ya capaz de tutores el legatario; y aunque lo fuese, estaràn ya difuntos despues de tanto tiempo, y el oficio de tutor no passa a los herederos, porque en la eleccion de tutores se atiende a la industria, y fidelidad de las personas. Por lo qual se debe remitir esta cantidad, para que se entregue a dicho Juan, si vive, ó a sus hijos, ó descendientes; y si no tuvo hijo alguno, a los Mayordomos de la Cofradia de las Animas.

101. A lo segundo que se pregunta respondo, que se cumple bastantemente la voluntad del testador, dandolos a corresponder, porque el intento del testador en esta disposicion de que se remitan empleados dichos mil pesos, es para que el menor tuviese esta utilidad mas de las ganancias: estas se adquieren en la correspondencia tanto como en el empleo, especialmente en estos tiempos. De ordinario no le traen mas ganancias al que embia a Nueva-Espana su dinero empleado, que al que lo dà a corresponder; y aun-

aunque se ganasse algo menos en la correspondencia, se recompensa esta menor ganancia, porque en la correspondencia ay menos riesgo, menores costas, y no ay tanto trabajo, y cuidado; con que comparando la correspondencia, y el empleo, viene a equivaler lo vno a lo otro en el fin que intenta el testador: y siendo dos cosas equivalentes, lo mismo es que se haga la vna, que la otra, como consta del Derecho, l. Si mater. C. de intlit. & subit. con su Glosa: *Effectum, non modum considerari, nihil enim refert quid de equipollentibus fiat.* Atiendese al efecto, que fue el intento del testador a que el legatario tenga la ganancia en los mil pesos de las estas Islas a la Nueva-España, y no al modo de si la ganancia se haze por via de empleo, y mercancia, o dando los dichos mil pesos a correspondeder, que esto no le importa al legatario, ni haze, ni deshaze al intento del testador. Vea-se a Bart. in l. Fideicommissa. deleg. 3. §. Si cum. y Euerardo, in loco ab æquipollentibus. que fundan muy bien esta verdad: y en el caso presente por mas fuerte razon se debe usar desta equivalencia, no empleando dichos mil pesos, sino dandolos a corresponder, porque el testador eligió a la Mesa por su Albacea, por la mayor seguridad, y confianza, que tenia en su fidelidad, y cuidado, que pone en los casos que toma a su cargo, y assi se ha de presumir, que fue su voluntad, que en este empleo, o ganancia, que quiso que tuviesen dichos mil pesos de aqui a la Nueva-España, lo hiziese, y dispusiese la Mesa. Coligese mas, que quiso que se hiziese el empleo, y ganancia del modo que la Mesa pudiese decentemente, conforme a su estilo, y modo de proceder, que tiene ya asentado. Assi consta del Derecho, l. Vt gradatim ff. de muner. & honor. en aquellas palabras: *Attamen sciendum est hoc observandum si idonei sint.* Siempre todas las disposiciones se deben entender de modo, que decentemente se puedan hazer, y en la forma que las personas a quien se encomienda, las puedan executar commodamente: y como la Mesa de la Santa Misericordia nunca es la negociacion, y trato de mercancia, ni le es decente; de aqui se colige, que la intencion del testador no fue, ni debió ser, que la Mesa comprase generos, y hiziese fardos, contra todo su estilo, y decoro, y tanta ocupacion, sino que hiziese otra manera de empleo, que es dandolos a corresponder, que la correspondencia en alguna manera se puede llamar empleo, pues en ella se dispone, y emplea el dinero en forma que tenga ganancia; pero no se puede dezir trato de mercancia,

pues no corre por su cuenta el cuidado de comprar, ni vender, ni enfiardar.

## CONSULTA XV.

*Sobre si la Santa Mesa, que es Albacea de un difunto, que debe diversas cantidades a personas, que estan en partes muy distantes destas Islas, pueda remitir dichas cantidades sin esperar poder de los acreedores?*

## PROPOSTA.

**P**edro dexò por Albacea a la Mesa de la Santa Misericordia, y declara en su testamento muchas partidas de deudas a diferentes personas en la Prouincia de Nicaragua, y las clausulas en que se declaran estas deudas no dizen, que se remitan, sino absolutamente, que se paguen.

Preguntase, si la Mesa puede, o debe remitir estas cantidades, sin esperar poder de los acreedores? advirtiendose, que toda la cantidad importa mil y quarenta y vn pesos, y los acreedores diez y ocho, en distintas Ciudades.

## PARECER CC.LXXXVII.

**102. R**espondese, que la Mesa no puede remitir las cantidades que en la pregunta se refieren, sin tener primero orden de los acreedores a quienes se deben. La razon desto es, porque dichos mil y quarenta y vn pesos, que el testador confiesa deber, no son suyos, pues los debe, porque en rigor cada vno tiene aquella hacienda que le queda despues de pagadas las deudas, y sacado todo lo que tiene ageno Assi consta del Derecho, l. Cum emancipati. ff. de collat. bonor. *Illud intelligendum est filium in bonis habere, quod deducto ere alieno superest.* Y l. Sub signatum. ff. de verb. signif. *Bona intelliguntur cuiusque, que deducto ere alieno supersunt.* Por causa de no ser esta cantidad del testador, no dispuso, ni pudo disponer, que se remita, ni arriesgue la hacienda agena, sin orden, ni voluntad de su dueño, sino solamente dize, que se pague donde, y en la forma, que dispusieren los acreedores, que son los dueños de dicho dinero, l. De quaestione. C. de pactis. *Cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri, vel pacisci secta temporum nostrorum non patitur.* En la disposicion de las cosas ajenas se ha de guardar, y observar la voluntad del dueño. Lo mismo ensena Santo Thomas 2.2. q. 62. art. 5. determina alli, que quan-

quando el acreedor està ausente, se le debe remitir la cantidad que se le debe al lugar donde està, si commodamente se le puede remitir; pero si no se puede remitir commodamente, como si ay riesgo, y dificultades que vencer, se ha de poner la cantidad en lugar seguro, y se le ha de avitar al acreedor; para que disponga lo que se debe hazer: *Alioquin debet in aliquo loco tuto deponi, ut pro eo conseruetur, & domino significetur.* Estando tan leños las personas a quien se debe este dinero, es forzoso que ayá incomodidad, y riesgo en remitirlo, y assi se debe avitar a los dueños. Està el testamento de Pedro hecho con sciencia, y arte, y assi prudentemente ordena, que las cantidades, que graciosamente, y sin obligacion de justicia dà, como las otras dos de que se pregunta, se remitan, porque como hacienda propia pudo arriesgarla, y disponer el modo que se ha de tener para ponerla en Granada; pero en llegando a tratar de hacienda agena, que se debe restituir, no dize, que se remita, sino que se pague, se entiende en la forma, y modo, y lugar, que dispusieren sus dueños. Otra razon se puede dar para detener dicha cantidad; hasta aver razon de aquellos a quien se debe hazer la restitucion, y es; porque es muy contingente, que hecha la diligencia para saber de los acreedores, no se hallen algunos, ni sus herederos, y que otros sean ya difuntos; y no se halle a quien por parte de ellos se deba hazer la restitucion; por aver ya pasado quarenta y cinco años, y otros por ser la cantidad que les pertenece poca, y estar tan distante, puede ser que la tengan por derelicta, y por cosa tenue, no quieran hazer diligencia: y en estos casos pertenecerá a la Mesa disponer de las cantidades en obras pias; en bien de las almas de aquellos a quien pertenecen; porque al testador, como deudor que era de dichas cantidades, pertenecia distribuir las en obras pias a falta de los dueños, como consta del Derecho, cap. Cum tu. de vsur. *Cogendi sunt hi, a quibus extorserunt, vel eorum heredibus restituere, vel his non superstibus pauperibus erogare.* Y lo dize S. Thom. 2.2. q. 62. art. 5. ad 3. *Si ille cui debet fieri restitutio sit omnino ignotus debet homo restituere secundum quod potest scilicet dando in elemosinas pro salute ipsius, siue sit mortuus, siue sit vivus.* Y en nombre, y poder del testador toca a la Mesa, como Albacea, dicha distribucion.

## CONSULTA XVI.

*Sobre si la Santa Mesa este obligada a hazer los sufragios de Missas por los hermanos, que salen desta Ciudad a vivir a otras tierras, o Prouincias? Item se pregunta lo mismo de los Sacerdotes, que van a sus Beneficios Curatos fuera de la Ciudad en partes muy distantes?*

## PROPOSTA.

**P**or capitulo primero de las ordenanças, que deben guardar los hermanos debaxo de juramento, se mandá, que no se reciban por hermanos los que tuvieran oficios obligatorios, que notoriamente por la ocupacion dellos no puedan servir. Y mas abaxo encargando la asistencia dize: *Lo qual queda sobre sus conciencias.* Y al fin de dicho capitulo 1. n. 4. dize: *Los hermanos que se ausentaren destas Islas, no dexando casa en ellas, seran borrados de la lista, mas no del libro de la Hermandad.* Esto es para que sin objecion puedan ser admitidos; si acaso bolveren: todo lo qual supuesto para mayor luz, y claridad, &c.

Preguntase, si los hermanos; assi Sacerdotes, como Seculares; que salen desta Ciudad de Manila; vnos a casarse en diversas Prouincias, y quedarse en ellas, y los Sacerdotes, que van a sus partidos; y mueren en ellos, despues de quinze, y doze años de ausencia desta Ciudad, en todos los quales han faltado al uso, y exercicio de las obras de piedad, y Misericordia desta Santa Mesa, si estara obligada la dicha Santa Mesa, y Hermandad a hazer los gastos acostumbrados en las Missas, que por los tales se dizen, como si actualmente estuvieran presentes, y asistentes en dicha Ciudad de Manila? Todo lo qual se consulta para mejor acierto, y quitar escrúpulos, que acerca de lo consultado se han ofrecido.

## PARECER CC.LXXXVIII.

**103. R**econociendo el santo zelo, y deseo del mayor servicio de Dios nuestro Señor, que siempre se ha tenido en la Hermandad de la Santa Misericordia, y especialmente del señor Proveedor, y Diputados, que al presente exercen su gouerno, he visto con todo afecto, y cuidado la pregunta, y caso que se propone, y manda responder, y digo, que los Sufragios, Missas, y Oraciones, que disponen los estatutos de dicha Santa Hermandad, que se hagan por los

Hermandades difuntos, se deben hazer en conciencia por los Hermanos ausentes difuntos, aunque aya muchos años que viuen fuera cañados, ò ocupados en oficios perpetuos, como el Secular, que và a alguna Prouincia destas Islas distante de Manila, con oficio comprado de Etriuano, ò Alguazil mayor, ò el Sacerdote, que và por Beneficiado en propiedad a vn partido distante, y aviendo allà viuido muchos años, muere sin aver asistido al vfo, y exercicio de las obras de Misericordia de la Santa Mesa. Por todos los sobredichos se deben hazer los gastos en dichos Sufragios, y solamente no ay obligacion de hazerlos por los que huvieren ido a viuir fuera de las Islas, sin dexar en ellas casa. Esto se prueba primeramente del cap. 1. de las Ordenanças de dicha Hermandad, donde dize expresamente así: *Los hermanos que se ausentaren destas Islas, no dexando casa en ellas, serán borrados de la lista, mas no del libro de la Hermandad, y se recibirá otro Hermano en su lugar, y bolviendo a estas Islas alguno de dichos Hermanos ausentes, gozará de la dicha Hermandad, y en la primera plaza de Hermano que vacare, será recibido en ella, prefiriendo a otros qualquiera que la pidan.* De dichas palabras se colige, que el Hermano que saliere destas Islas, para viuir de asiento en otra parte fuera destas Islas, no es, ni debe ser tenido por hermano: por lo qual dize, que se reciba otro en su lugar, y que si bolviere a las Islas, entre en la primera plaza que vacare: por lo qual los hermanos que así fueren a viuir de asiento fuera de las Islas, no dexando aqui casa, ó familia, ò cosa equivalente, por la qual se presume que fueron para bolver, deben ser borrados de la lista, y no se les deben hazer los Sufragios, que disponen las Ordenanças de dicha Hermandad, porque dichos Sufragios se deben hazer por los que son Hermanos, y los sobredichos, que viuen del modo dicho fuera de las Islas, no son Hermanos, ni las Ordenanças los tienen por miembros de la Hermandad, antes los excluyen de ella; pero todos los demás Hermanos que asisten dentro destas Islas, aunque distantes de esta Ciudad, son real, y verdaderamente hermanos, y así se les deben hazer los Sufragios, porque no los excluyen, ni exceptuan las dichas Ordenanças, excluyendo, y exceptuando a los que van fuera de las Islas del modo dicho, y es regla del Derecho, que *exceptio regula firmat regulam in casibus non exceptis*, l. Nam cum liquidæ. ff. de penulegata. y l. Quæsitum. 22. ff. de fundo instructo. En las Ordenanças de la Santa Mesa se establece regla de los Sufr-

gios, que se deben hazer a los Hermanos, que son miembros de esta Hermandad, y por razon de ausencia solamente excluye la Hermandad, y exceptua a los que están fuera de las Islas: luego dexa incorporados, è incluidos en este cuerpo de la Hermandad a los que están dentro destas Islas en qualquiera Prouincia que estuvieren, como están dentro de todas estas Islas pertenecientes a este Gobierno de Filipinas: y el excluir de la Hermandad a los que viuen fuera de las Islas, fue querer dexar incluidos, è incorporados a los que están en las Islas, donde quiera que estuvieren: por lo qual, segun las Ordenanças de la Mesa, no pueden ser borrados de la lista, ni ser privados de los Sufragios, que se hazen a los demás hermanos.

104. La segunda razon: en el cap. 22. de las Ordenanças de la Santa Misericordia, despues de aver determinado, que todos los Hermanos están obligados a rezar catorze Pater noster, con otras tantas Ave Marias por el anima del Hermano difunto: y mas abaxo, que en la Iglesia de la Misericordia se le diga vna Missa cantada con su Vigilia, a costa de la Casa, con asistencia de todos los Hermanos; añade luego inmediatamente: *Y lo proprio se hará por qualquiera Hermano ausente, sabiendose de cierto, que es fallecido.* Aqui manda la Ordenança, que se hagan los Sufragios por los Hermanos ausentes, y no distingue de ausencias diferentes, si han estado ausentes por muchos años, ò pocos; y donde la ley no distingue, no es bien que nosotros pongamos distincion, sino que sin distincion, ni diferencia alguna se entienda la Ordenança de todos los Hermanos ausentes. *Distinguere non debemus, ubi lex non distinguit*. l. Præles. 3. ff. de offic. Præsid. con su Glosa. Los que están fuera de las Islas del modo referido arriba, no son Hermanos, ni pertenecen como miembros a la Mesa de la Santa Misericordia, porque en el cap. 1. de las Ordenanças están excluidos de la Hermandad, y así no es mucho que no se les deban hazer dichos Sufragios; pero los demás que están ausentes desta Ciudad, son Hermanos, porque las Ordenanças no los excluyen de la Hermandad; y por otra parte las Ordenanças disponen, que a los Hermanos ausentes que murieren, se les hagan los mismos Sufragios, sin distinguir de la ausencia, si ha sido por mucho, ò poco tiempo: por lo qual ay obligacion de hazer dichos Sufragios por todos los ausentes, que viuen dentro de las Islas Filipinas.

105. La tercera razon, porque en las leyes, estatutos, y ordenanças se atiende a lo que

que comun, y ordinariamente acontece, y no a los successos raros, y que pocas vezes suceden. Así consta del Derecho, l. Nam ad ea. ff. de legib. *Ad ea debet aptari ius que, & frequenter, & facile, quam que raro eveniunt.* Y lo mismo prueba eficazmente el Angelico Doctor S. Thom. 1. 2. q. 96. art. y es común de los Doctores Theologos, y Juristas de ambos Derechos: por lo qual la ordenança del cap. 1. está puesta prudentissimamente de lo que comun, y mas de ordinario sucede, que las personas de autoridad, y cuenta capaces de entrar en la Santa Hermandad, si viuen dentro destas Islas, rara vez acontece, que se vayan a viuir de asiento fuera desta Ciudad, suelen ir a algun oficio de Alcalde mayor, ò otro, y luego buelven dentro de dos, ò tres años: si algunos se casan en la Prouincia de Cagayan, ò Zebu son raros, y estos lo mas ordinario es desear venirse a Manila, como a su centro de los Españoles destas Islas, y no dexan de venir algunas vezes a Manila, y estarse aqui meses, y aun mas de año, en el qual tiempo, si son hermanos, sirven en lo que se les ordena por el señor Proveedor, y Diputados. De los Clerigos Beneficiados de los partidos de Indios, rarissimo es el que aviendo estado entre Indios tres, ò quatro años, y teniendo ya algun caudal con que viuir en esta Ciudad, no dessea hallar otra congrua, ò hazer permuta por otra cosa, aunque sea mas tenue, para viuir en Manila: y siendo actualmente Beneficiados, vienen a esta Ciudad quando commodamente pueden. Por el contrario los que van fuera destas Islas, sin dexar en ellas casa, ni hogar que les tire, rarissima vez acontece, que buelva alguno: segun esto la Ordenança dispuso atendiendo a lo que comunmente acontece, excluyó de la Hermandad a los que sin dexar aqui casa, se fueron a España, porque lo comun es no bolver a servir en los oficios de piedad de la Mesa de la Santa Misericordia; y aunque tal vez buelva alguno, no hizo caso de esse caso raro, sino que a todos los excluyó, y privó de los sufragios, porque ya no los tiene por Hermanos, y al que bolviere, solamente le dá recurso de que lo buelvan a recibir en la primera vacante, y no quiso excluir a los que están en estas Islas ausentes de Manila, porque lo comun, y ordinario es bolver, y estar con esse deseo de bolver, aunque algunos raros no buelvan.

106. Falta agora que satisfacer a dos razones de dudar, incluidas en la propuesta. La primera, que esta Hermandad se instituyó para el exercicio de obras de piedad, y misericordia, y la Mesa no dá otra paga a los

Hermanos que trabajan, y sirven en dichas obras, sino solamente estos Sufragios que les haze despues de su muerte: por lo qual parece, que a los que están muchos años ausentes, sin acudir a dichas obras, y servicio de la Mesa, no se deben dichos Sufragios, por aquella regla del Derecho: *Qui sentit onus, sentire debet commodum*, de reg. iur. in 6. reg. 55. Quien lleva el trabajo, goze esse bien de los Sufragios de la Mesa, y el que autente tantos años hasta la muerte, no llevó el trabajo, no es conforme a razon, ni al Derecho que goze esse bien, que se dá por el trabajo de acudir a dichas obras de misericordia, y al servicio de la Santa Mesa.

107. La segunda razon de dudar es, porque en el cap. 1. de las Ordenanças se determina, que no sean admitidos por Hermanos los que tuvieren oficios obligatorios, que notoriamente por la ocupacion de ellos no puedan servir. Si no pueden ser Hermanos los que viuen dentro de Manila con oficios que les ocupan tanto, que les impiden acudir a las obras en que se ocupan los Hermanos de la Santa Mesa; mucho menos podrán serlo, y con mayor razon serán excluidos de ella los que viuen ausentes doze y quinze años, pues menos pueden asistir a dichas obras de misericordia, que los muy ocupados que asisten dentro de Manila, pues estos algunas pocas vezes podrán acudir, y aquellos ausentes nunca.

108. Respondefe a la primera razon de dudar, que la Hermandad de la Santa Misericordia es vn cuerpo mystico, compuesto de tantos miembros como hermanos tiene, y en todo cuerpo mystico ay dos generos de bienes, que se comunican a los miembros. Vn genero de bienes es comun a todos los sujetos de aquella Comunidad, los quales se reparten, y comunican igualmente, en quanto todos son igualmente miembros; que componen aquel todo mystico. Otro genero de bienes es particular, que se distribuye segun los meritos de cada sujeto, y segun lo que trabaja por el comun; v. g. en vna Ciudad todos los vezinos la constituyen, como miembros a vn cuerpo, y ay bienes comunes, que igualmente participan todos, como si se haze vna fuente, es para que todos beban, sin hazerse mas para vnos, que para otros. Lo mismo si el comun haze vna puente, es igualmente para todos; si abastece la Ciudad de mantenimientos baratos, es igualmente para todos. Ay otros bienes que se dan a cada vno con proporcion a sus meritos, y a lo que trabaja por el comun, como son las encomiendas, y oficios de honor, y utilidad.



También en las Religiones ay bienes comunes, de que gozan igualmente todos los Religiosos, como el comun mantenimiento, vestuario, y enseñanza, y otros bienes particulares, como oficios honoríficos, que se dan conforme los meritos de cada vno, de la misma fuerte en la Mesa de la Misericordia ay estos dos generos de bienes: los particulares, que corresponden a cada Hermano, segun su trabajo, dicen las Ordenanças en el cap. 11. que los esperen de Dios todo poderoso, a quien sirven. Esta es vna notable grandeza desta Hermandad, que por mucho trabajo, y cuidado, que pongan los Hermanos en acudir, y servir en lo que se les encarga, no tienen que esperar premio alguno de la tierra, ni sufragio especial, sino solamente han de atender al premio eterno, y galardón en Dios.

109. Los Sufragios que en el cap. 22. de las Ordenanças se manda, que se hagan por los Hermanos difuntos, pertenecen a los bienes comunes, que se comunican igualmente a todos los miembros, y así se ordena en dicho capitulo, que se hagan a todos los Hermanos, y a los ausentes: y si vna persona oy fuere recibida a la Hermandad, y mañana cayese en vna enfermedad, que le tuviese diez años en vna cama, y luego muriese, sin aver servido, ni hecho obra alguna de las que hazen los Hermanos de la Santa Misericordia, se le deberian hazer los Sufragios acostumbrados, porque dichos Sufragios no se hazen por lo que han trabajado, sino por ser miembros incorporados en esta Comunidad, obligados a trabajar en ella, quando no tuvieren impedimento legitimo, y el enfermo, y el ausente tienen impedimento legitimo, como el que tiene alguna grave ocupacion, y así no se les pueden negar los Sufragios comunes de los Hermanos, aunque falten por mucho tiempo, y por toda la vida a los exercicios desta Santa Hermandad. Aquella regla del Derecho: *Qui sentit onus, sentire debet commodū*, se entiende segun comun de los Doctores, de los bienes, y commodidades que se reparten proporcionalmente a cada vno, segun su especial trabajo: no de los bienes que son comunes a todos los miembros de vna Comunidad, que para estos no se atiende la carga, y trabajo de cada miembro, sino la conveniencia que todos tienen en el todo, componiendolo, obligandose a ayudarlo cada miembro en lo que pudiere.

110. A la segunda razon de dudar se responde con vnas palabras del cap. Quem admodum, de iur. iurand. *Turpius eijcitur,*

*quam non admititur hospes.* Mucho menores causas bastan para no recibir a vno a la Hermandad de la Misericordia, que para echarlo de ella despues de ya recibido: mucho mayores causas se requieren para borrar a vn Hermano que ya estava admitido, y para negarle los Sufragios comunes, que para dexarlo de admitir: por lo qual no harán bien los señores Proveedor, y Diputados en recibir a la Hermandad a las personas, que tienen tales oficios, y ocupaciones, que no podrán acudir de ordinario, y las mas vezes a las obligaciones de los Hermanos: y de la misma fuerte harán mal en recibir a personas, que están ya para irse fuera de Manila por largo tiempo, como si vno ha comprado, o trata de comprar vna vara de Alguazil mayor de alguna Prouincia apartada de Manila, o algun oficio de Escriuano: o si alguno trata de irse a casar a Zebù, o de ir a viuir con su familia allá: y de la misma fuerte no es conforme a las Ordenanças admitir por Hermanos a Clerigos ordenantes, que están esperando que vaquen Beneficios fuera de Manila, para ordenarse a titulo de ellos, è ir a servirlos; porque todos están notoriamente ocupados para no poder acudir a las obligaciones desta Santa Hermandad, y así no pueden ser admitidos, como se determina en el cap. 1. de las Ordenanças; pero si estando ya recibidos por Hermanos, les sobreviene ocupacion, o impedimento para no poder acudir, no por esto pueden ser borrados de la lista, ni privados de los Sufragios, porque *Turpius eijcitur, quam non recipitur hospes.* La razon desta diferencia es, porque el que ya está recibido por Hermano, tiene derecho adquirido a ser miembro desta Hermandad, y a los Sufragios comunes, que se hazen a los demás miembros, y así no puede ser expelido, ni privado deste derecho, sin culpa graue, por la qual merezca esse castigo, y expulsion: y el estar ocupado, o impedido, o ausente, no es culpa por la qual merezca essa pena; pero el que no está recibido, no tiene derecho alguno adquirido en dicha Hermandad: por lo qual si no está muy apto, y desembarazado para servir en los exercicios propios de la Mesa, hazen justamente en no admitirle. Por lo qual con toda justificacion, y prudencia se ordena en el cap. 1. de las Ordenanças, que no sean admitidos los que tienen oficios, por los quales están notoriamente ocupados, porque en no admitirlos no se les haze agravio alguno, ni injusticia, porque no tienen derecho alguno adquirido para ser hermanos; pero no se determina en dicho capitulo, que sean echados de

de la Hermandad los que adquieren despues dichos oficios, por no quitarles el derecho ya adquirido, sin culpa, o causa muy graue, lo qual no careceria de vn genero de agravio, è injuria.

## CONSULTA XVII.

*Que debi hazer la Mesa de la Santa Misericordia en caso que el Proveedor admita vna Alcaldia?*

## PROPUESTA.

EN el cap. 11. de las Ordenanças de la Mesa se determina lo siguiente.

Si el Proveedor dentro del año se ausentare por algun tiempo, aviendo de tornar a servir, en tal caso servirá en su lugar el Escriuano de la Casa: y siendo caso, que por muerte, o por otra ocupacion del servicio del Rey nuestro señor, o por otro qualquiera impedimento, no pueda tornar a servir el tiempo que de aquel año le faltare, el Escriuano, y Hermanos de la Mesa, so cargo de juramento, serán obligados a mandar llamar luego los Electores, que aquel año fueren, para que elijan Proveedor que sirva en la Casa, que será el que sirvió el año pasado, y le rogarán mucho, que por servicio de nuestro Señor lo quiera hazer; y teniendo el licita causa para se excusar de lo hazer, llamar al Hermano, que el año atrás sirvió, por no ocupar ninguno de los Hermanos, que pueda servir el año siguiente de Proveedor: y no lo aceptando ninguno dellos, podrán elegir el Hermano que les pareciere, para servir de Proveedor, teniendo las calidades declaradas en el cap. 12. que desto habla: y esto no avrà lugar, si el Proveedor que faltare, o por muerte, o por ausencia, o por otra qualquiera ocupacion que tuviere, fuere la falta vn mes poco mas, o menos de la eleccion; porque en tal caso el Escriuano servirá de Proveedor hasta hazerse nueva eleccion: y para que el dicho dia presida en la eleccion, mandarán los Hermanos de la Mesa llamar vno de los Proveedores, que fueron los dichos años pasados, conforme a la orden arriba dicha de los que no pueden ser electos, segun las condiciones de estas Ordenanças, y con él la acabarán.

Esto supuesto se pregunta, si por aver el Proveedor entrado a ser Alcalde mayor de Tondo, deben los Diputados de la Mesa, so cargo del juramento fecho, observar lo que

manda el capitulo de ordenança de arriba.

## PARECER CC.LXXXIX.

111. **R**esponde, que los Diputados de la Mesa de la Santa Misericordia no están obligados a elegir Proveedor, por causa de la ocupacion del Proveedor actual en la Alcaldia mayor de Tondo, ni pueden elegirlo. Pruebase esto con tres razones fundadas en el Derecho comun, y con otras tres sacadas de las ordenaciones de la Mesa de la Santa Misericordia. La primera razon del Derecho Canonico, cap. Præsentium. 7. q. 1. donde se refiere, que a vn Prelado le quitaron su Prelacia, porque avia estado ausente dos meses continuos, y se la dieron a otro. Recurrió el despojado a la Sede Apostolica, y mandò, que se la bolviesen, constando aver estado legitimamente impedido: *In locum suum, sine aliqua eum fac dubietate restitui.* Para quitar a vno del oficio, que tiene en propiedad, se requiere mucha falta, y ausencia muy considerable, o muy culpable. La ausencia de dos meses continuos la juzgò la Sede Apostolica por no bastante para quitarle a vn Prelado su oficio; y tenia Cura de almas, que requiere mas asistencia que el oficio de Proveedor de la Mesa de la Santa Misericordia. En el caso presente, estando el Proveedor tan cerca desta Ciudad, que assiste en sus arrabales, no amenaza ausencia de dos meses continuos, ni de vno por razon del oficio, y consiguientemente no ay titulo para poder poner otro Proveedor en su lugar, pues su ocupacion es legitima, y no le impide notablemente a la asistencia de su oficio.

112. Segunda razon: cap. Ex tuæ. de Cleric. non resid. se refiere de algunos Prelados, que se avian ausentado de sus territorios, y no se sabia a donde estavan, para requerirles que viniessen a residir, y asistir a las obligaciones de sus oficios, y determina allí el Derecho, que por edictos sean llamados tres vezes; y si no obstante esto no parecieron, se les espere por espacio de seis meses, y si en este tiempo no vinieren, se declaren sus oficios por vacantes, y se les den a otros: *Trina citationis edictum facias publicari, & si nec sic curaverint obedire, & ultra sex menses suas deseruerint Ecclesias, iuxta sanctiones Canonicas eis debent merito spoliari.* La Sede Apostolica determina aqui, que el Prelado que por Derecho Diuino está obligado a residir en su Iglesia, reconociendose la falta notable, y ausencia larga que haze, sin saber a donde aya ido; se le llame por edictos, y def-

despues de llamado, se les espere seis meses, que juntos con la falta notable, que ocasionó a llamarle con edictos, serán ocho, ó nueve meses, y mas de ausencia: luego al Proveedor no se le puede quitar, segun Derecho, el cargo por causa de ser Alcalde mayor de Tondo, porque la asistencia en dicha Alcaldia no le conitituye ausente, pues está a vista de Manila, y en menos de media hora puede ponerse de Tondo en Manila, y de Manila en Tondo, y el oficio de Alcalde mayor no tiene todos los dias continuadamente tan precisas ocupaciones, que no le den lugar a asistir a muchos de los Cabildos, que se hazen dos veces en la semana en la Mesa de la Santa Misericordia; y aunque es verdad, que no podrá acudir a todos por razon de la Alcaldia; pero es cosa clara, y evidente, que esta no es tan vrgente, y continuo impedimento, que forçosamente le obligue a hazer falta tan grande, como la que pide el Derecho para quitar el oficio al que lo tiene adquirido en propiedad: y quando de la Mesa se ofreciere algun negocio, que pida especialmente la asistencia del Proveedor, no le puede embarazar el oficio de Alcalde, pues vemos muy ordinario entrar el Alcalde mayor de Tondo, y del Parian en Manila a negocios suyos particulares.

113. Tercera razon: en el Derecho Canonico, cap. Siqui. de Cleric. coniug. se refiere de vnos Clerigos de Ordenes menores, que tenían Beneficios, y se avian casado, y se determina alli, que los Beneficios se den por vacantes, y se provean en otros, y la Glosa dá alli la razón: *Contrario enim facto iuri suo renunciaverunt*. Porque con el hecho contrario a lo que demandaban sus Ordenes renunciaron a su derecho; de donde se colige, que quando con el hecho, ó disposicion, que vno haze de su persona, pone obstaculo a la Prelacia, Prebenda, ó oficio, para no bolver a él, es visto apartarse dél, y por Derecho se le debe tener por vacante. Con mas claridad dize esto la Glosa, in cap. Clericos. de Cleric. non resid. pone alli esta dificultad: si el que tiene a su cargo vna Iglesia se ausenta, si se le ha de amonestar que vuelva antes de priuarle del oficio, ó no? Y responde, que el que se ausentó con licencia del Superior, ó sin ella, se ha de distinguir si tiene ya aquella Iglesia por derelicta, ó no: si la tiene por derelicta, luego al punto se ha de dar por vacante, y darlele a otro: y entonces se ha de entender, que la tiene por derelicta, quando tomare oficio, ó estado, ó empleo de su persona, en que se conozca claramente, que ya no trata de bolver mas a su Iglesia, ó se impide de

bolver a servirla; pero si no consta que la tiene por derelicta, no se puede dar por vacante *ipso facto*, sino que se le ha de amonestar, y ver las causas que le obligan a ausentarse, si son razonables, y si ha de ser mucha la falta que ha de hazer; las palabras de la Glosa son: *Super hoc tamen distingue, quia aut habet Ecclesiam, pro derelicto, aut non, si habet eam pro derelicto, cum de hoc constiterit, Episcopus statim potest Ecclesiam illius alteri conferre, si vero non habet eam pro derelicto, monendus est si comparet*. Silvestr. verb. Residencia. q. 5. determina todo este punto doctilmente, y dize, que constando que tiene ya la Iglesia por derelicta, se ha de tener luego por vacante, y darle a otro, sin que sea necesaria citacion; pero si no la tiene por derelicta, se ha de averiguar las causas de la ausencia, y siendo razonables, y legitimas, se le ha de citar, y esperar los seis meses; y si en estos continuamente faltare, se ha de dar por vacante, y darle a otro. Si las causas de la ausencia no fueren justas, se le puede quitar la Iglesia, sin esperarle los seis meses; pero ha de ser la ausencia notable, que haga graue falta a su oficio, como dos, ó tres meses continuos, como consta del cap. Presentium. 7. q. 1. donde al que estuvo ausente dos meses continuos, se le manda bolver su Iglesia, si tuvo causas legitimas de su ausencia, y si no las tuvo, le dexa privado della. El Proveedor, que acepta oficio de Alcalde mayor muy cerca desta Ciudad, como del Parian, ó de Tondo, no dexa por derelicto el oficio de Proveedor, porque no se impossibilita con semejante Alcaldia para acudir a su obligacion, ni es incompatible el vn cargo con el otro, y así no vaca el oficio de Proveedor *ipso facto*, que admite, y entra en el oficio de Alcalde mayor.

114. La primera razon sacada de las Ordenanças de la Mesa de la Santa Misericordia, es, porque ay vnos oficios, que necessariamente requieren asistencia personal del que los tiene encomendados, y de ninguna fuerte se pueden exercer por substitutos, como consta del Derecho, l. Inter artifices. ff. de solutionib. donde se determina, que quando se elige, y atiende a la industria, ó fidelidad, ó sciencia de alguna persona en particular, para encargarle alguna cosa, no la puede cometer a otro, que la haga, y cap. Quoniam Apostolica. de off. & post. Iud. de leg. donde dá el texto esta razon, para que no se puedan hazer algunas cosas por substituto. *Cum in his omnibus casibus industriam, & fidem persona, cui talia committimus, eligere videamus*. Otros oficios, y cargos ay, que pue-

pueden siempre exercerse por substitutos, como dize el Derecho, en caso que vna Iglesia Parroquial está anexa a vna Dignidad, ó Prebenda, que en tal caso el Prebendado sirve a la Parroquia por su Vicario, y substituto, y no por sí, como dize el Derecho, cap. Ex posuisti. de Præb. y cap. Extirpandæ. del mismo titulo: *Qui verò Parochialem habet Ecclesiam, non per Vicarium, sed per se ipsum illi deseruiat, nisi forte dignitati, vel Præbenda Parochialis Ecclesia sit annexa, in quo casu concedimus, ut qui talem habet Præbendam, vel Dignitatem, cum oporteat eum in maiori Ecclesia deseruire, in ipsa Parrochiali Ecclesia idoneum, & perpetuum habeat Vicarium*. Y l. Et nomen. C. de caduc. toll. §. Sin autem.

115. Otros cargos, y oficios ay que piden, que el mismo que los tiene en propiedad asista en persona a ellos, pero no con tanto rigor, y precision, que en algunos casos no pueda asistir por substituto. Así lo dize la Glosa, in cap. Quia non nulli. de Clericor. non resid. *Sunt autem quedam que per alios fieri non possunt, nisi in casibus*. El oficio de Proveedor de la Mesa de la Santa Misericordia es desta tercera especie, que no puede del todo eximirse, y cometer sus veces a otro. Así consta de las Ordenanças, que determinan, que ocupado el Proveedor en servicio del Rey, ó en otro impedimento, que no pueda bolver a servir el tiempo que de aquel año le faltare, se elija otro Proveedor: y si pudiera cometerlo totalmente a otro, no fuera menester elegir de nuevo Proveedor, ni pudieran, ni es tan estrecha la obligacion de que asista siempre el Proveedor, que en algunos casos de su ocupacion no pueda faltar. Así consta de las mismas Ordenanças, que en ausencia del Proveedor le señalan por substituto al Escriuano de la Mesa: señalando las Ordenanças substituto, que asista, y haga las veces del Proveedor en su ausencia, evidentemente admite, que el Proveedor pueda tener ocupaciones, y que en ocasiones no acuda, y que no por esto pierda el oficio de Proveedor, sino que supla el Escriuano: por lo qual no estando el Proveedor del todo impedido, ni impossibilitado de asistir a las obligaciones de la Mesa, sino que estará a veces, y en ocasiones impedido, y otras veces podrá acudir, no ay lugar de elegir, ni poner otro Proveedor, y el intentar ponerlo, seria contra las mismas Ordenanças de la Mesa, y el así puesto no tendria derecho alguno al cargo de Proveedor.

116. Segunda razon: en las mismas Ordenanças se determina, que si la falta de Pro-

veedor por muerte, ó ausencia, ó por otra qualquiera ocupacion, sucediere vn mes poco mas, ó menos antes de la eleccion, en tal caso no se ha de hazer nueva eleccion de Proveedor para aquel tiempo, sino el Escriuano suplirá las veces de Proveedor hasta el dia señalado en que se hazen las elecciones en dicha Mesa. De aqui se colige, que vn mes de ausencia continuada del Proveedor, y algunos dias mas, no lo reputan las dichas Ordenanças por falta tan notable, que para evitarla se aya de elegir Proveedor, y la Alcaldia mayor de Tondo de su naturaleza no es impedimento, que embaraze forçosamente vn mes entero continuo de fuerte, que en todo él no pueda asistir a la Mesa, sino muchísimo menos; y así la dicha Alcaldia no es titulo bastante para dar por vacante el oficio de Proveedor. Para mayor fuerza desta razon se ha de advertir, que mayor falta haze a vn oficio el que falta a él vn mes continuo, como si en todo aquel mes no huviera quien cuydara de aquel puesto, y cargo, que el que interpoladamente, acudiendo vnos dias, y faltando otros, faltasse en tres, ó quatro meses, el tiempo que equivaliesse a vn mes: como si a vno le hurtasen por junto vna suma de dineros, le haria mas falta, y daño mas sensible, que si poco a poco en mucho tiempo le fuesen quitando la misma cantidad: por lo qual reputando las Ordenanças, que vn mes, y mas de falta continua de Proveedor no obliga a elegirlo de nuevo, porque esta falta por no muy graue la puede suplir el Escriuano; por mas fuerte razon, pudiendo el Proveedor con el oficio de Alcalde mayor acudir, sin faltar mas de vn mes continuo, aunque en tres meses falte interpoladamente tantos dias, que hagan mas de vn mes, no se ha de tener por falta, que obligue a poner nuevo Proveedor, segun las Ordenanças de la misma Mesa.

117. La tercera razon, y mas eficaz, es, porque en la Ordenança que se propone del cap. 11. dize expressamente: *Si el Proveedor dentro del año se ausentare por algun tiempo, aviendo de tornar a servir, en tal caso servirá en su lugar el Escriuano de la casa*. En estas palabras claramente se dá a entender, que si la ausencia del Proveedor es para bolver, no se puede dar por vacante su oficio, ni se puede poner otro Proveedor, sino que supla el Escriuano, aunque esté ausente el Proveedor quatro, y aun diez meses; porque la Ordenança no distingue de quanto tiempo de ausencia puede suplir el Escriuano, sino absolutamente dize, que supla las ausencias de Proveedor de quien se espera, que aun du-

rante el año de su oficio ha de volver a servirlo: *Vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* l. Præses in iur. ff. de off. Præsid. y la ley, que habla generalmente incluye todos los casos, l. Metum. ff. de eo quod metus. §. Animadvertendum. y l. Omnia. ff. de offic. Præfecti urb. y dicha Ordenança entendida en ella generalidad, es conforme al Derecho Canonico, como se colige del cap. Literas. de concess. Præb. y cap. Siqui. de Cleric. coniug. y cap. Clericos. de Cleric. no resid. y sus Glosas, y de la comuni doctrina de los Doctores con Silvest. verb. Residencia. q. 5. que como se dixo arriba, assientan por cierto, que entonces por ausencia se dà por vacante *ipso facto* un oficio, quando consta, que el que lo tenia en propiedad lo dexa por derelicto: y siempre que no ay impedimento, que aya de durar hasta el tiempo que se suele hazer la eleccion de Proveedor, y Diputados, y ay esperança, que ha de volver a él antes que se le acabe el termino de su oficio, no consta, que lo tenga por derelicto, y assi no se puede dar por vacante. Y esto que dize la Ordenança de que el ausente quando ay esperanças de que ha de volver a su oficio dentro del año, supla el Escriptuano hasta que vuelva, se entiende tambien en la clausula siguiente del que tiene ocupacion en el servicio del Rey, o otro qualquiera impedimento, como de enfermedad, o prision, que si cree con verisimilitud, que ha de cessar el

impedimento, y ha de tornar al exercicio de su oficio antes de llegarle el tiempo de la eleccion, no se ha de poner otro Proveedor, sino que ha de suplar el Escriptuano: y no seria conforme a razon, ni a derecho dezir, que al ausente, que ay esperanças de que vuelva despues de ocho, o diez meses, se le debe esperar, sin poner otro Proveedor, y al ocupado en la Alcaldia de Tondo se le ha de declarar por no Proveedor, y se aya de poner otro, porque el Proveedor con las ocupaciones de la dicha Alcaldia mucho mas puede acudir, que el ausente por la mayor parte del año.

117. Para elegir Proveedor es cierto, que se debe poner persona desocupada de semejantes oficios de quien se crea, que podrá acudir a las obligaciones de su oficio todos los dias sin embarazo alguno; pero ya puesto en el oficio de Proveedor, si sobreviene algun impedimento, no se le puede quitar, ni elegir otro, si el impedimento no fuere de tal calidad, que no dexé esperanças de que en todo el tiempo que le queda de su oficio no podrá volver a exercerlo, porque *turpius eijicitur, quam non admittitur hospes*, cap. Quem admodum. de iur. iurand. Para remover a uno del oficio, que ya tiene en posesion, es necesario, que esté totalmente impedido para su exercicio; pero para no elegirlo basta, que aya otros mas desembarazados, y aptos.

F I N.

# INDICE

## DE LAS COSAS NOTABLES

### CONTENIDAS EN ESTE LIBRO.

#### A.

##### *Aceptacion.*

**A**ceptacion de personas, pecado mortal en el Juez. clas. 8. n. 82. fol. 465.

Aceptacion de la utilidad, que se dà por algun gravamen, es aceptacion del gravamen. clas. 1. n. 148. fol. 65.

##### *Accesorio.*

Accesorio, sigue la naturaleza de lo principal. clas. 1. n. 438. fol. 184.

##### *Accion.*

El que tiene accion contra alguno para pedir ante la Justicia, puede con su autoridad particular no pagarle lo que le debe. clas. 9. n. 203. f. 672.

Con acciones furtivas no se adquiere derecho. clas. 8. n. 230. fol. 539.

##### *Actor.*

Actor, si no prueba, debe ser condenado en costas. clas. 9. n. 54. fol. 605.

Actor, debe traer sus probanças, y no pedir las al reo. clas. 9. n. 54. fol. 605.

##### *Administracion. Administrador.*

Por la administracion, y empleo de hacienda agena se lleva comunmente en esta Isla diez por ciento. clas. 3. n. 58. fol. 299.

Administracion, que tiene el Prelado de los bienes de la Comunidad, es plena, libre, y general. clas. 2. n. 110. fol. 233.

Administracion, no se dà para perder, o destruir. Ibid.

En el Administrador no se presume dolo, ni culpa, si no se le prueba. clas. 9. n. 67. fol. 614.

Administrador, o tenedor de bienes agenos, por que culpa està obligado. clas. 10. n. 5. y 6. fol. 691.

Administrador, que no mirò por lo ageno, como por lo suyo, està en culpa. clas. 10. n. 9. fol. 692.

Administrador de bienes, que no son suyos, no puede hazer donacion. clas. 2. n. 200. fol. 264.

##### *Adopcion, y adoptar.*

Adopcion, de quantas formas se haze, y que hereda el adoptado. clas. 9. n. 140. y 151. f. 645.

Adoptar no puede el que tiene hijos legitimos, o esperança de tenerlos. clas. 9. n. 142. fol. 646.

##### *Adulterio.*

Por el adulterio pierde la muger dote, arras, y gananciales, si no se reconcilia despues con el marido. clas. 9. n. 200. fol. 672.

Adulterio, igual delito en el marido, y en la muger quanto a las penas civiles, desigual quanto a las criminales. clas. 9. n. 207. f. 674.

Por el adulterio cometido con el consentimiento del conforte, se haze agravio al matrimonio, pero no al conforte. clas. 9. n. 210. fol. 675.

Contra la adúltera quien pueda poner demanda. clas. 9. n. 114. fol. 630.

##### *Afirmar de alguno.*

Lo que se afirma de uno se niega de otro, y por el contrario. clas. 2. n. 94. fol. 227. y clas. 9. n. 124. fol. 636.

##### *Agradecimiento.*

Agradecimiento se haze al pobre en cosa util, al rico en cosa honorifica. clas. 2. n. 59. fol. 217. y n. 132. fol. 241. y n. 202. f. 265.

Por agradecimiento quanto puedan dar los Religiosos. clas. 2. n. 132. fol. 241.

Agradecimiento, por que se deba. clas. 2. n. 202. fol. 265.

Agradecimiento ha de exceder a la obra que se agradece. Ibid.

Quando deba exceder el agradecimiento al beneficio recibido. clas. 2. n. 60. fol. 218. y n. 203. fol. 266.

Agradecimiento, no es deuda de justicia, sino de decencia. clas. 2. n. 205. fol. 267.

##### *Agravio.*

Agravio, que se haze al que no se puede defender, puede impedir qualquiera particular. clas. 8. n. 304. fol. 574.

Agravio no haze el que usa de su derecho, aunque de allí se siga daño a otro. clas. 4. n. 35. fol. 333.

Agravio, no se haze al que a sabiendas consiente. clas. 2. n. 38. fol. 207.

Agravio, no se haze a la publica potestad en la oculta compensacion en algunos casos. clas. 7. n. 7. fol. 420.

##### *Ayudar.*

Ayudar a unos con daño de otros, no es loable. clas. 8. n. 274. fol. 558.

##### *Albacea.*

Albacea, desde que acepta el Albaceazgo, està obligado a cumplir el testamento luego

Aaaa que



que buenamente pueda, sin dilacion. claf. 9. n. 47. fol. 600.

El año que tiene el Albacea para que no le pidan cuentas, es mas probable opinion se cuenta desde la muerte del testador. claf. 9. n. 50. fol. 602.

El Albacea, y no otro, puede disponer de los bienes del difunto. claf. 5. n. 9. fol. 358.

El Albaceazgo que tenia el difunto, no passa al Albacea. claf. 5. n. 10. fol. 359.

Albaceazgo es verdadero contrato, llamado mandato. claf. 3. n. 26. fol. 285.

Por el Albaceazgo se lleva en esta tierra de lo que se recibe en dinero, y cinco por ciento de lo que se recibe en otros generos. claf. 3. n. 59. fol. 299.

Albacea no tiene obligacion en conciencia de pagar de las deudas del difunto mas de aquello a que alcanzan sus bienes, aunque no aya hecho inventario. claf. 2. n. 8. fol. 223.

Albacea no puede hazer testamento, si no le dieron especial poder para hazerlo. claf. 8. n. 236. fol. 543.

Albacea a quien dieron poder para testar, sin prolongarle el termino de la ley pasado el año, no puede testar, aunque aya tenido impedimento legitimo. claf. 8. n. 244. f. 545.

Albacea del Albacea, quando hallò hecho el testamento, y en èl determinadas las personas a quien se han de dar los legados, puede distribuirlos, y executar lo que debió hazer su difunto. claf. 8. n. 248. fol. 546.

Albacea, que dispone de los bienes contra la voluntad del difunto, puede ser compelido por el Obispo. claf. 8. n. 250. fol. 547.

Albacea, puede ser compelido à cumplir el testamento dentro de vn año, si el testador no le prolongò el tiempo. claf. 8. n. 251. fol. 548.

Albacea no puede ser removido por la dilacion, si en el cumplimiento ay impedimento de parte de los bienes, ó legados, aunque no le ayan prolongado el tiempo. claf. 8. n. 255. fol. 549.

#### Alcavalas.

Obligacion ay en el fuero de la conciencia à pagar las alcavalas. claf. 8. n. 177. fol. 508.

#### Alcalde mayor.

Alcalde mayor de vna Provincia, no tiene autoridad para hazer guerra invasiva. claf. 4. n. 8. fol. 319.

Alcalde mayor, que cobra lo que el Rey le debe de lo que està destinado para pagar a los Indios, debe restituirlo a los Indios. claf. 8. n. 52. fol. 449.

Alcalde mayor, que prohibe el trato en toda la Provincia para tratar èl solo, debe restituir todo lo que pudieran aver ganado los

Indios en el trato, y todo lo que han valido mas las mercaderias en la Provincia, por falta de otros que las vendan. claf. 8. n. 60. f. 452.

Alcalde mayor, que impidiò a alguno cobrar su dinero, le debe ayudar para que lo cobre; y si ya no se puede cobrar, y antes se podia, le debe restituir toda la cantidad. claf. 8. n. 61. fol. 452.

Alcalde mayor, que con fraude, ó con violencia diò a vn Indio el oficio de Governador, no debe restituir lo que recibió por esta causa; pero debe restituir al que avia de tener aquel oficio. claf. 8. n. 71. y 72. f. 458.

Alcalde mayor, que deba restituir por causa del vando de que no saquen arroz los Indios, hasta enterar la vandala. claf. 8. n. 81. fol. 464.

Alcalde mayor, por su oficio es padre de los Indios, obligado a ampararlos. claf. 8. n. 81. f. 464. y n. 86. f. 467.

Alcalde mayor, obligado a salir a la defensa de sus Indios contra los que los infestan; pero no debe pagar a su costa los gastos de la guerra. claf. 8. n. 87. fol. 468.

Alcalde mayor obligado a pagar a los Indios los dias que los ocupa, sin necesidad del bien comun. claf. 8. n. 92. y 93. fol. 470.

Alcalde mayor, que alcanzasse a los Indios vn bien muy notable, se le pudiera dar por agradecimiento alguna donacion razonable. claf. 8. n. 86. fol. 467.

Alcalde mayor, que acaba su oficio, debe proveer de arroz al sucesor para su sustento, para que no eche nuevo repartimiento a los Indios hasta la cosecha. claf. 8. n. 97. y 98. fol. 473.

El Alcalde mayor que entra, debe pagar al antecesor este arroz al precio que corre quando lo recibe. claf. 8. n. 100. y 101. fol. 474.

#### Alimentos.

Alimentos a los hijos ilegítimos se debe segun el caudal, y calidad de sus padres. claf. 2. n. 182. fol. 259.

La obligacion de dar alimentos es subsidiaria, y cessa luego que la persona a quien se dan tiene de otra parte con que sustentarse. claf. 2. n. 197. fol. 264. y 177. fol. 257.

Alimentos pueden recibir los hijos. spurijs de sus padres Eclesiasticos, y sus padres se los pueden dar. claf. 2. n. 166. fol. 253.

#### Alquiler.

Alquiler no debe de la casa el que juntamente con el dueño vivió en ella sin pacto de pagarlo. claf. 1. n. 72. fol. 37.

Alquiler de la persona, y casas, es trato semejante al de compra, y venta. claf. 2. n. 190. f. 262. y claf. 3. n. 62. f. 300.

#### Amistad.

Valerse del titulo de amistad para hazer daño, es traycion, y nunca puede ser licito. claf. 4. n. 2. y 3. fol. 317.

#### Amphibologias.

Amphibologias, y equivocaciones en los juramentos, son ilicitos, y perjuros. claf. 2. n. 31. fol. 205.

#### Amor del proximo.

Amor del proximo, obliga no solo de palabra, sino de obra. claf. 5. n. 8. fol. 358.

Amor de los enemigos, como obliga. Ibi.

#### Arras.

Las arras pierde el que falta al matrimonio prometido. claf. 3. n. 17. f. 281. y n. 20. f. 282.

Arras es lo que se dà por prenda para seguridad del matrimonio. claf. 3. n. 21. f. 282.

Arras no pueden exceder la dezima parte del caudal del que las dà. claf. 1. n. 224. f. 94.

Arras no ayudan a enterar el dote, ni libran al que lo prometió de la obligacion de enterarlo. claf. 5. n. 35. f. 370.

#### Arrendamientos.

En el arrendamiento de las posesiones suceden los herederos del arrendatario. claf. 1. n. 89. f. 43.

Al arrendatario, que en dos años no paga el arrendamiento, le pueden despedir. claf. 1. n. 92. fol. 44.

Arrendar haciendas de Seculares està prohibido a los Clerigos. claf. 1. n. 379. f. 161. y n. 385. f. 163.

#### Assessor.

Assessor, qual sea su oficio. Conf. proëm. n. 1. f. 1.

Assessor, no exerce jurisdiccion alguna. Ibi.

Vn Letrado puramente lego puede ser assessor del Juez Eclesiastico. Ibi.

Assessor, no haze oficio de testigo, sino de Juez. Ibi. n. 2.

#### Atencion.

Atencion al Oficio Diuino de tres maneras, y qualquiera de ellas basta para cumplir el precepto. claf. 1. n. 210. f. 91.

#### Arte.

Arte para buscar dineros es illicita a los Eclesiasticos, aunque no sea mercancia, ó negociacion, si se haze sin necesidad. claf. 1. n. 394. f. 166.

#### Atravesar.

Atravesar todo vn genero de mercaderia, es agravio a todo el pueblo, con obligacion de restituir. claf. 8. n. 151. f. 497.

#### Avamiento.

Avamiento peca mas gravemente, que el

## COSAS NOTABLES.

prodigo, y desperdiciado. claf. 2. n. 50. f. 214.

#### Aumento.

Del aumento que tuvo la hacienda durante el matrimonio, es la mitad de la mujer, y de sus herederos, aunque todo lo aya ganado el marido. claf. 2. n. 48. f. 213.

Aumentos, ó decrementos de la cosa comprada, son del comprador desde que se efectuò la compra. claf. 1. n. 231. f. 97.

#### Auto.

Auto para vna causa, que no està en estado de sentencia. claf. 8. n. 228. f. 537.

## B.

#### Bandala.

Bandala que se echa a los Indios, es exaccion injusta. claf. 6. n. 4. f. 391.

#### Barato.

Barato se saca de los juegos por costumbre vniversal. claf. 8. n. 20. f. 437.

Baratos sacados con potestad superior, sin la debida moderacion, obligan a restitucion. claf. 8. n. 22. f. 438. y n. 108. f. 478.

Barato del juego, con que moderacion se ha de sacar, para que sea licito, y no obligue a restitucion. claf. 8. n. 23. y 24. f. 438.

Como se harà esta moderacion en el juego de la metua. claf. 8. n. 27. y sig. f. 440. y n. 109. f. 478. y n. 118. f. 482.

Sacar a los que no juegan barato, ó otra cosa por razon del juego, cosa injusta, que obliga a restitucion. claf. 8. n. 25. f. 439. y n. 108. f. 478.

Obligar a dar barato al que perdió en el juego, es tirania. claf. 8. n. 110. f. 478.

Barato, que dà el ganancioso, sin averle insinuado de parte del superior que lo dà, no se debe restituir. claf. 8. n. 111. f. 479.

Barato de los juegos que se permiten entre año, no se debe restituir, si se lleva con la moderacion, que se dixo del juego de su Pasqua. claf. 8. n. 129. f. 486.

#### Beneficiados; y Beneficios.

Beneficiado, que tiene visitas distantes, debe tener Coadjutor. claf. 2. n. 37. f. 207.

Beneficiado, que no assiste a su Beneficio por causa de assistir a los estudios, lleva licitamente los frutos. claf. 2. n. 46. f. 211.

Beneficiado, ó Capellan por dexar de rezar los seis meses primeros de su Beneficio, peca, pero no debe restituir. claf. 1. n. 197. fol. 86.

Beneficiado, que por legitimo impedimento dexa de rezar, no està obligado a restituir. Ibi.

Beneficiado con Cura de almas lleva las quatro partes de los frutos de su Beneficio,

por las obligaciones del Curato, y de la quinta parte ha de restituir las omisiones del rezo. *claf. 1. n. 202. f. 89.*

Beneficiado, que reza de proposito sin atencion, está obligado a restituir, como el que no reza. *claf. 1. n. 205. f. 90. y n. 210. f. 91.*

Que no está obligado a restituir, tiene probabilidad. *claf. 1. n. 204. f. 90. y n. 209. f. 91.*

Qué penas tienen los Beneficiados, que no residen en sus Beneficios. *claf. 1. n. 409. fol. 174.*

A vn Beneficio ninguno puede presentarse, ó elegirse a si mismo. *claf. 10. n. 48. fol. 780.*

Beneficios simples, ó Curados, que tiene el que es electo por Obispo, quando deben vacar. *claf. 1. n. 179. f. 79.*

El que tiene dos Beneficios Curados, si dentro de seis meses no dexa el vno, vacan ambos. *claf. 1. n. 182. f. 80.*

El que tiene muchos Beneficios simples, aunque vno de ellos sea suficiente para su sustento, no por esto vacan los demás *ipso iure. Ibidem.*

Tener muchos Beneficios simples, quando vno es suficiente para la congrua sustentacion, es contra Derecho positivo, y natural. *Ibid.*

Muchos Beneficios simples, que no requieren residencia, puede tener vno, hasta que se verifique tener congrua sustentacion. *claf. 1. n. 184. f. 81.*

Beneficiado ausente de su Beneficio por poco tiempo, se reputa residente. *claf. 1. n. 409. f. 174.*

Beneficio del Principe se interpreta amplísimamente. *claf. 6. n. 58. f. 414.*

Beneficios, ó Capellanias anexas a alguna Prebenda, ó Dignidad, no siguen a la persona, sino a la Dignidad. *claf. 1. n. 186. f. 82.*

Los que tienen Beneficios simples, ó Curados, ó Capellanias, por qualquiera Hora Canonica, que dexen de rezar, están obligados a restituir, y quanto. *claf. 1. n. 196. f. 86.*

Del Beneficio, ó Capellania debe ser privado el que en quinze dias no reza el Oficio por lomenos dos vezes. *Ibid.*

#### Bien comun.

Bien comun se debe anteponer al particular. *claf. 10. n. 74. fol. 716.*

#### Bienes.

Bienes adquiridos durante el matrimonio, son del marido, y muger por mitad. *claf. 4. n. 23. f. 327.*

Bienes gananciales ya adquiridos, si el marido los gasta para defraudar a su muger, los debe restituir. *Ibidem.*

Bienes de cada vno son los que restan

después de pagadas las deudas. *claf. 1. n. 119. fol. 54.*

Todos los bienes del marido están hipotecados al dote de su muger. *claf. 2. n. 85. f. 225.*

Bienes comunes son del pueblo, y de sus vezinos, los frutos de sus montes, campos, y rios. *claf. 8. n. 139. f. 492.*

Bienes de difunto intestato, son como viña sin viñadero. *claf. 9. n. 30. f. 592.*

Bienes del Administrador, ó Albacea de vn difunto, que debia a la hacienda Real, no pueden ser juntamente embargados, si consta no aver bienes del difunto deudor, ó estar estos obligados a deuda anterior privilegiada. *claf. 9. n. 78. f. 620.*

Qué bienes pertenezcan a la muger, muriendo el marido. *claf. 9. n. 120. f. 634.*

Bienes troncales de los Indios, quales sean, y quien los herede. *claf. 9. n. 169. y fig. fol. 657.*

Bienes, que se duda qual de los cañados los traxo, se dividen entre ambos. *claf. 9. n. 173. f. 660.*

Bienes de cañados, como se han de repartir disuelto el matrimonio. *claf. 9. n. 175. fol. 660. y n. 235. f. 687.*

Bienes del difunto, no se reputa lo que se ha de gastar en juntarlos, defenderlos, y paga de instrumentos, y Albacea. *claf. 9. n. 184. f. 664.*

Bienes no son los que tienen mas costa que provecho. *Ibid. y n. 228. f. 684.*

Bienes, que ganan marido, y muger el tiempo que no hazen vida maridable, no son partibles entre ambos. *claf. 9. n. 199. f. 671.*

Quando los bienes vnos están seguros, y otros con riesgo, como se ha de sacar el quinto, y gananciales. *claf. 9. n. 225. f. 682.*

Bienes en litigio valen poco. *claf. 9. n. 227. f. 683.*

Bienes de Iglesias, y Conventos, y lugares pios en Provincias distantes de la Curia Romana, se enagenan sin recurso a dicha Curia. *claf. 1. n. 154. f. 68.*

Bienes de difunto, que dexò por heredera a su alma, y ya no tiene Albacea, pueden distribuirse en obras pias por consejo del Confessor del que los tiene. *claf. 5. n. 15. f. 361.*

Bienes sin dueño de tres maneras. *claf. 10. n. 51. f. 709.*

Bienes cuyos dueños están muy distantes, y es dificultoso buscarlos, se pueden gastar en obras pias, con obligacion de hazer la diligencia de buscar sus dueños, y de satisfacerles, si parecieren. *claf. 10. n. 55. fol. 710. y n. 75. f. 716.*

Bic-

Bienes, que no se conoce cuyos son, puede aplicar a obras pias la persona en quien paran. *claf. 10. n. 77. y fig. f. 717.*

Bienes patrimoniales de Clerigos, no son Eclesiasticos. *claf. 1. n. 235. f. 99.*

Bienes inmuebles, y muebles preciosos de Iglesias, y lugares pios, no pueden enagenarse sin ciertas solemnidades. *claf. 1. n. 255. f. 108. y n. 263. f. 111.*

Bienes preciosos quales sean. *claf. 1. n. 255. f. 108. y n. 266. f. 112.*

Bienes raizes de poco valor se pueden vender sin solemnidad. *claf. 1. n. 267. f. 113.*

Enagenacion de qualquiera bienes de la Iglesia, hecha con evidente utilidad de la Iglesia, se debe dar por valida, aunque no precedieren las solemnidades, que se requieren. *claf. 1. n. 268. f. 114. y n. 269. f. 114.*

Bienes de Comunidad, vnos se comunican igualmente a todos sus miembros, otros con proporcion a los meritos de cada vno. *claf. 10. n. 108. f. 731.*

#### Bienhechor.

Bienhechor de alguna Iglesia, si él, ó sus hijos llegan a passar necesidad, les debe socorrer la misma Iglesia. *claf. 2. n. 132. f. 241.*

Bienhechor, si por la buena obra que hizo a alguno, queda obligado a proseguir, haciendole otras. *claf. 9. n. 139. f. 644.*

#### Bruja.

Bruja no está obligada a restituir lo que le dan por hazer brujerías. *claf. 5. n. 1. f. 356.*

La que finge ser bruja, y lleva algo por hazer brujerías, lo debe restituir, aunque el que pidió las brujerías configa su intento. *claf. 5. n. 4. y 5. f. 357.*

#### Bula.

Con Bula de composicion no se compone lo que se debe a los vezinos de vn pueblo conocido, aunque se ignoren las personas a quien se debe. *claf. 6. n. 51. f. 412.*

Con vna Bula de composicion se componen treinta ducados. *claf. 6. n. 55. f. 413.*

Bulas de composicion se pueden sacar hasta treinta, con que se componen novecientos ducados; y si la cantidad defraudada es mayor, se debe recurrir al Comissario de la Santa Cruzada. *Ibid.*

Por ser muy corta la cantidad con que se componen cantidades gruesas con Bulas de composicion, se junta mayor limosna. *claf. 6. n. 57. f. 414.*

Deudor de mas de novecientos ducados, compone con Bulas de composicion los novecientos, y lo restante se compone con el Comissario. *claf. 6. n. 58. f. 414.*

Bula de Pio V. acerca de los censos, no está recibida en España. *claf. 1. n. 274. f. 116.*

Bula de Clemente IX. en que prohibe la negociacion a los Eclesiasticos en las Provincias de las Indias, solamente prohibe la negociacion, que por Derecho está a los Eclesiasticos prohibida. *claf. 1. n. 362. f. 155.*

Bula de Urbano VIII. contra los Religiosos negociantes. *claf. 1. n. 400. f. 169.*

Bula de Clemente IX. estendiò la prohibicion de Urbano VIII. y agravò las penas. *claf. 1. n. 401. f. 169.*

Bula de Clemente IX. que prohibe la negociacion a los Eclesiasticos, contiene circunstancias por las quales se puede suplicar a su Santidad, y suspender entre tanto su execucion. *claf. 1. n. 413. y 414. f. 175.*

## C.

#### Cabildo Eclesiastico.

Cabildo en Sedevacante, si puede comutar las vitimas voluntades. *claf. 10. n. 19. f. 695.*

Cabildo en Sedevacante puede dispensar en todo lo que pudiera el Obispo. *claf. 1. n. 194. f. 85.*

#### Calidades.

Calidades, ó circunstancias no puede tener lo que no tiene ser. *claf. 1. n. 177. f. 77.*

#### Calumniador.

Calumniador no puede acusar. *claf. 8. n. 266. f. 554.*

#### Capellan, y Capellanias.

Capellan, que rebaxa las Misas de su Capellania, conforme al estipendio tassado por el Ordinario, no haze injusticia, aunque peca por hazer la rebaxa sin autoridad legitima. *claf. 1. n. 155. f. 68.*

Capellan puede mandar dezir las Misas de su Capellania por la limosna ordinaria, y quedarse con lo restante. *claf. 1. n. 191. f. 84.*

Capellania perpetua es obra muy accepta a Dios. *claf. 2. n. 37. f. 207.*

Capellanias se pueden, y suelen instituir por modo de legados pios con obligacion de Misas, sin intervencion del Ordinario. *claf. 1. n. 132. f. 59.*

Del tiempo que está vacante la Capellania se deben los reditos al Capellan, que después entra en ella. *claf. 1. n. 168. f. 74.*

Capellanias esperan vacantes al nombrado por el Patron hasta seis meses, y estos pasados, se provee en otro. *claf. 1. n. 176. f. 77.*

Los meses de la vacancia de la Capellania se cuentan desde el dia de la noticia de la vacancia. *claf. 1. n. 177. f. 77.*

Capellanias, y Beneficios, que tiene el que es electo por Obispo, quando deban vacar. *claf. 1. n. 179. f. 79.*

Capel-

Capellanias, que dexan los testadores con tanto numero de Miflas, no son en rigor Beneficios simples, sino legados pios. *claf. 1. n. 185. f. 82.*

Capellanias, que de su fundacion tienen gravamen de que se digan las Miflas en tal Iglesia, puede el Capellan dezirlas por substituto. *claf. 1. n. 187. f. 82.*

No obstante, que en la fundacion de las Capellanias se mande, que el Capellan diga las Miflas por si mismo, las puede dezir por substituto. *claf. 1. n. 189. f. 83.*

Capellanias ay, que piden por especial titulo residencia del Capellan, y en estas no se pueden dezir las Miflas por substituto, y quales sean. *Ibid.*

Tener mas Capellanias de las que bastan a la congrua sustentacion, no es licito. *claf. 1. n. 185. fol. 82.*

El que tiene Capellania con otras cargas, y obligaciones, para ajustar lo que debe restituir por las omisiones del rezo, ha de sacar primero todo lo que corresponde a las demás cargas, y obligaciones. *claf. 1. n. 199. f. 87.*

*Carga.*

Carga, que se echa a los vezinos de vn pueblo, se ha de repartir entre aquellos de quien moralmente se puede cobrar. *claf. 8. n. 185. f. 512.*

Carga sin provecho, no se debe admitir. *claf. 8. n. 279. f. 560.*

Carga, y gravamen, no puede escusar el que recibe la utilidad, ó bien a que está anexa. *claf. 1. n. 148. f. 65.*

*Cargo.*

Cargo personal del difunto, no passa al Albacea. *claf. 5. n. 10. f. 359.*

*Cartas.*

Cartas missivas, no valen contra instrumento autentico. *claf. 3. n. 92. f. 310.*

*Casados, y casías.*

Casados, como se han de repartir sus bienes disuelto el matrimonio. *claf. 9. n. 175. f. 660.*

*Causas.*

En causas Eclesiasticas se debe juzgar por las leyes Civiles, en lo que no se oponen a los Sagrados Canones. *claf. 3. n. 39. fol. 292.*

En causas Criminales, para sentenciar al reo, han de ser las pruebas claras, como la luz del medio dia. *claf. 4. n. 35. f. 333.*

En causa propia ninguno puede ser Juez. *claf. 7. n. 7. f. 420.*

El que es causa injusta de que otro no restituya, debe restituir. *claf. 8. n. 141. f. 493.*

Causa eficaz para empobrecer la tierra quando tenia sustancia, es suficiente para acabar la de consumir aora. *claf. 8. n. 222. f. 533.*

Causas de personas miserables pertenecen a la jurisdiccion del Obispo, si el Juez Secular no les haze justicia. *claf. 8. n. 271. f. 557.*

Causa de otro, mejorarla puede qualquiera sin su consentimiento; pero no empeorarla. *claf. 9. n. 55. f. 606.*

Causas pias, y legados pios, pertenecen al Obispo, como a Juez, que las mande cumplir, no como a parte, que los distribuya. *claf. 9. n. 128. y sig. f. 638.*

Por causas de poca importancia no se toman grandes trabajos. *claf. 10. n. 69. f. 714.*

Causa mas grave se requiere para despojar al admitido, que para no admitir a otro. *claf. 1. n. 183. f. 81.*

Por las causas que vna cosa se haze, por las mismas se deshaze. *claf. 2. n. 216. f. 273.*

*Censo, y censuuarios.*

Censo incluye compra, y venta. *claf. 1. n. 95. f. 46.*

Censo de por vida en quanto se aprecie. *claf. 1. n. 225. f. 95.*

El que vende censo sobre alguna posesion, debe declarar los demás censos, que tiene cargados la misma posesion, ó deberá bolver el dinero doblado. *claf. 1. n. 285. f. 120.*

El que vende posesion con censo, si calla el censo, debe bolver el dinero, y pagar los daños al comprador. *claf. 1. n. 286. f. 120.*

Censo firme, y durable no ay en Filipinas. *claf. 1. n. 424. f. 178.*

Censuario no tiene dominio sobre la finca en que está impuesto el censo. *claf. 1. n. 272. f. 115.*

Censuario tiene accion de impedir la venta de la finca a personas, que la ayan de poner de mala calidad. *claf. 1. n. 277. f. 117.*

*Censuras.*

Todas las censuras puestas por Concilios de las Indias contra los Eclesiasticos negociantes, están revocados. *claf. 1. n. 395. f. 167.*

En las censuras de la Bula de la Cena no incurre el que lleva hierro a los negrillos infieles de Filipinas. *claf. 1. n. 450. f. 189.*

*Circunstancias.*

Circunstancias extrinsecas no varian el contrato. *claf. 3. n. 74. y 76. f. 305.*

*Caridad.*

Caridad obliga a socorrer al proximo en necesidad grave. *claf. 9. n. 56. f. 607.*

Caridad no tiene el que no remedia la necesidad extrema agena có qualquiera trabajo, y dispendio proprio. *claf. 8. n. 300. f. 570.*

*Chocolate.*

Chocolate, que embia vn superior a los Sangleyes quando juegan, es violencia con que saca dinero, y lo debe restituir. *claf. 8. n. 120. f. 483.*

Si

Si porque no le embien chocolate, ofrece el Sangley algo, se le debe restituir. *Ibidem.*

*Coadjutor.*

Coadjutor se debe dar al Beneficiado, que tiene visita distante. *claf. 2. n. 42. f. 209.*

Coadjutor lleva estipendio solamente del tiempo, que realmente se ocupa en ayudar al Cura. *claf. 2. n. 46. f. 211.*

El oficio de Coadjutor espira quando dexa el Curato el Cura a quien fue dado. *claf. 2. n. 42. f. 209.*

*Cobrança, y cobrar.*

Cobrança de Juezes, y personas poderosas, muy dificultosa. *claf. 1. n. 326. f. 138.*

Cobrar por si ocultamente, es licito al particular, quando la cobrança es dificil. *claf. 4. n. 22. fol. 327.*

Cobrar, y pagar son correlativos, y vno no puede verificarse sin el otro. *claf. 8. n. 184. f. 511.*

*Cohechos.*

Cohechos, quando obligan a restitucion. *claf. 1. n. 349. f. 148.*

*Cometer, y comission.*

Cometer no puede a otro aquel a quien personalmente fue cometido vn negocio. *claf. 8. n. 238. f. 543.*

Comission anexa perpetuamente al oficio, se haze ordinaria. *claf. 10. n. 19. f. 695.*

*Comunidad.*

Quando se verifica, que delinque la Comunidad, y que está obligada a restituir de los bienes comunes. *claf. 10. n. 3. f. 689.*

La mayor parte de la Comunidad se reputa por toda. *Ibid.*

No ha de redundar daño a la Comunidad por culpa de los particulares. *Ibid.*

*Commutacion.*

Commutacion de vltimas voluntades, por quien, y en qué casos se pueda hazer. *claf. 10. n. 84. f. 719.*

*Combite.*

Combite, que hazen algunos Superiores a los Sangleyes, es violencia paliada. *claf. 8. n. 75. f. 460.*

*Concesion.*

Concesion general, no incluye lo especial, que si se atendiera, se exceptuara. *claf. 3. n. 5. f. 278.*

Concedido se entiende estar todo lo que no consta estar prohibido. *cl. 1. n. 389. f. 164.*

*Concilio.*

Concilio Mexicano obliga en Filipinas. *claf. 1. n. 296. f. 167.*

Concilio Mexicano no prohibe generalmente a todos los Eclesiasticos otra negociacion mas de la prohibida por Derecho. *Ibidem.*

Concilio Mexicano prohibe a los Eclesiasticos la negociacion propria, no la impropria. *claf. 1. n. 374. f. 159.*

*Condicion.*

Condicion suspende el efecto hasta cumplirse. *claf. 2. n. 2. f. 190.*

Condicion cumplida confirma al contrato. *claf. 2. n. 6. f. 194. y n. 98. f. 229.*

Condiciones, que han de intervenir para que vn Cura de Indios pueda labrar minas, o tierras, segun el Concilio Mexicano. *claf. 1. n. 397. f. 168.*

*Confesor, y Confesion.*

Confesion de la parte es la mejor probança. *claf. 2. n. 80. f. 223.*

Confesor no ha de absolver al que aviedole mandado vna vez, que restituya, no restituyó, hasta que aya restituido. *claf. 8. n. 193. f. 515.*

Confessor es Medico, y Juez. *claf. 8. n. 193. f. 515.*

Confessor tiene obligacion de preguntar los pecados, y circunstancias, que prudentemente se presume, que avrà cometido el penitente. *claf. 8. n. 221. f. 531.*

Confesar debe el Parroco a los de su Parroquia, aunque no paguen tributo. *claf. 8. n. 294. f. 566.*

Confesion hecha ante el que no es su Juez, no vale. *claf. 9. n. 17. f. 586.*

*Congrua.*

Congrua para ordenarse ha de ser fixa, y perpetua. *claf. 2. n. 45. f. 211.*

Congrua *vagè sumpta*, como sea segura en vna parte, ó en otra, basta por titulo para ordenarse. *claf. 2. n. 47. f. 212.*

Congrua a cuyo titulo se ordenò alguno de Orden Sacro, no se le puede quitar sin gravissima causa. *claf. 8. n. 312. f. 577.*

Congrua a cuyo titulo se ordena, no puede vacar, ni renunciarse hasta tener otra segura. *claf. 1. n. 178. f. 78.*

Para congrua sustentacion quanto se requiera. *claf. 1. n. 184. f. 81.*

*Conjecturas.*

Conjecturas valen a falta de pruebas. *claf. 9. n. 44. f. 598.*

Muchas conjecturas vencen a vna sola. *claf. 2. n. 11. f. 197.*

*Compañia.*

Compañia es trato, que pide igualdad en ganancia, y rielgo. *claf. 1. n. 9. y 10. f. 8. y 9.*

Compañia Leonina. *claf. 1. n. 292. f. 123.*

Compañia en que vno pone el trabajo, y otro el dinero, es conforme a Derecho. *claf. 1. n. 291. f. 123. y n. 311. f. 130. y n. 312. f. 131.*

*Compensacion, y compensar.*

No se puede compensar la deuda, que no

es



INDICE DE LAS

es cierta, y liquida. *claf. 6. n. 47. f. 410. y claf. 8. n. 52. f. 449.*

Compensacion oculta, es licita en algunos casos. *claf. 7. n. 6. f. 419.*

Compensacion puede aver en los delitos. *claf. 9. n. 205. f. 673.*

Compenfarse no es licito de lo que se dió de gracia. *claf. 5. n. 37. f. 371.*

No compenfa el compañero la negligencia, ó falta que hizo en el trato, con las diligencias que hizo en otras ocasiones. *claf. 1. n. 326. f. 138.*

*Compra.*

Compra no está hecha hasta que se pague el precio, ó el comprador se constituya deudor del. *claf. 1. n. 56. f. 29.*

El que compró al ladron, puede bolver al ladron lo comprado, para no perder el precio. *claf. 7. n. 2. f. 416. y claf. 8. n. 305. f. 574.*

Compra de libranças por menor precio, no es licita a los ministros a cuya cuenta está pagarlas, a otros si. *claf. 8. n. 45. y fig. f. 445.*

Compras de estancias, y tierras, prohibidas a los Juezes. *claf. 8. n. 57. f. 451.*

Comprar en el distrito de su jurisdiccion, para embiarlo a vender fuera, y comprar fuera, para venderlo en su distrito, es negociacion prohibida a los Juezes. *claf. 8. n. 58. f. 451.*

Comprar todo vn genero, para el solo vender mas caro, quando avia otros que comprassen en la ocasión, obliga a restitucion. *claf. 8. n. 151. f. 497.*

Compra, y venta, no han menester para su valor escritura alguna. *claf. 1. n. 254. f. 108.*

Compra segunda con entrega de la cosa comprada, prevaleze contra la primera compra de la misma cosa, sin entrega. *claf. 1. n. 282. f. 117.*

Compra primera sin entrega, prevalece a la segunda con entrega, quando el comprador primero tenia derecho actual en la cosa comprada. *Ibidem.*

Compra, y venta piden necessariamente, que de la vna parte aya precio, pero no piden moneda. *claf. 1. n. 434. f. 182.*

Compras, y ventas no avia antiguamente, sino permutaciones. *Ibidem.*

Compra, y venta, es de derecho de las gentes. *claf. 1. n. 435. f. 182.*

*Contradicion.*

El que haze contradiccion a vna cosa, no puede sacar della fruto. *claf. 4. n. 61. f. 344.*

*Consentimiento.*

El que dà consentimiento a otro para que hurte, ó haga daño, está obligado a restituir. *claf. 4. n. 21. f. 326.*

Consentimiento no ay donde ay error.

*claf. 7. n. 22. f. 425. y claf. 8. n. 73. f. 459.*

Consentimiento espontaneo del contrato, lo revalida, aunque de su principio fuesse nulo. *claf. 9. n. 35. f. 595.*

Señal, è indicio de su consentimiento, es dar poderes espontaneamente para su execucion. *Ibidem.*

Sin consentimiento de la parte, no se puede disponer de lo que le pertence. *claf. 6. n. 35. f. 402.*

Consentimiento es callar en algunos casos. *claf. 5. n. 60. f. 383.*

*Contrato.*

Contrato de tres contratos, qual sea. *claf. 1. n. 9. f. 8.*

Contrato sin intencion de obligarse, es cuerpo sin alma. *claf. 3. n. 28. f. 287.*

Para valor del contrato, basta intencion en acto exercito, y qual sea esta. *claf. 3. n. 29. f. 287.*

El que en lo exterior haze contrato, sin intencion de hazerlo, queda obligado a pagar al otro todos los emolumentos del contrato. *Ibidem.*

En los contratos se ha de atender al principio, y causa dellos. *claf. 3. n. 30. f. 288.*

Variáse las obligaciones del contrato, por las circunstancias que despues se le juntan. *claf. 3. n. 31. f. 289.*

La ley de los contratos, es la que se colige de las palabras. *Ibidem.*

Contrato, de su naturaleza obliga a ambas partes. *claf. 3. n. 47. f. 295.*

Contrato hecho debaxo de condicion honesta, no obliga hasta cumplirse la condicion. *claf. 2. n. 2. f. 190.*

Contratos inominados, que pone el Derecho. *claf. 2. n. 61. f. 218.*

Contrato contra las leyes, es nulo. *claf. 2. n. 2. f. 190. y claf. 8. n. 62. f. 453.*

Contratos de Juezes, y Superiores, llenos de peligros, y ocasiones de pecar. *claf. 8. n. 55. f. 450. y n. 149. f. 496.*

Contratos en cantidad muy moderada, en los Juezes no es pecado mortal, y qual sea esta. *claf. 8. n. 56. f. 451. y n. 146. f. 495.*

Contrato, ó negociacion, no es comprar para su casa, y gasto con abundancia, aunque despues venda a mas precio lo que le sobra. *claf. 8. n. 159. f. 500.*

Contrato del Juez, menor mal que el robo. *claf. 8. n. 161. f. 501.*

Contrato de vezinos de Mexico en estas Islas, prohibido por Cedula Real, y dañofo a estas Islas. *claf. 8. n. 222. f. 533.*

Contrato nulo, por averse hecho con consentimiento coacto, no se revalida por el consentimiento de los sucesores, si duran las causas

COSAS NOTABLES.

causas de temor, que movieron al predecesor. *claf. 9. n. 37. f. 595.*

Contratos de menores de veinte y cinco años, se hazen firmes con el juramento hecho espontaneamente. *claf. 9. n. 149. f. 646.*

Contratos, que por Derecho positivo serian nulos, jurados, valen por razon del juramento, y pasan a los herederos. *claf. 9. n. 164. f. 654. y n. 166. f. 655.*

Contrato nulo por derecho, y jurado, obliga a las personas que lo juraron, si la accion se puede hazer sin pecado; pero no pasa a los herederos. *Ibidem.*

Contrato de los menores, y de la muger, en que consenten contra sus bienes, y dote, son nulos, pero el juramento los haze validos. *claf. 9. n. 165. f. 654.*

Contrato condicional, aunque no se aya cumplido la condicion, no se puede revocar sin voluntad de ambas partes. *claf. 2. n. 98. fol. 229.*

Contrato valido, segun las leyes del lugar donde se celebró, permanece siempre valido, aunque vayan a otros lugares, donde no se pudiera hazer validamente. *claf. 1. n. 244. f. 102. y siguiente.*

Contrato de que vno tenga la posesion fructifera del otro, y el otro el dinero deste, y que se recompensen los frutos de la posesion con los del dinero, es contrato usurario. *claf. 1. n. 289. f. 122.*

Contrato de venta, con pacto de que le buelva a vender la misma posesion, quando de el precio, y que en interim el que la vendió la tenga como arrendatario, es licito: *claf. 1. n. 290. f. 122.*

Contrato en que se dà a beneficiar en estas Islas, que sea. *claf. 1. n. 208. f. 130.*

En los contratos es licito hipotecar la cosa sobre que es el contrato para su seguridad. *claf. 1. n. 314. f. 132.*

En el contrato de compania, el dominio de todo lo que entra en la compania, está en todos los compañeros. *claf. 1. n. 315. f. 132.*

Contrato celebrado con el pupilo, sin autoridad del tutor, vale en quanto cede en favor del pupilo, no en contra. *claf. 1. n. 351. f. 149.*

Contrato hecho con la Iglesia, sin la debida solemnidad, vale en quanto es en favor de la Iglesia, no en quanto la damnifica. *Ibidem.*

Contrato de tres contratos, es indecente a los Eclesiasticos. *claf. 1. n. 411. y n. 412. f. 174.*

No se verifica con todo rigor, y propiedad, que contrata por otro el que no dirige el contrato, ni influye en él, sino solamente

pone el dinero en mano del mercader. *claf. 1. n. 419. y 420. f. 177.*

Contrato de correspondencia, es muy usado en estas Islas, en que se ganan cincuenta por ciento; pero con riesgos, y dilaciones. *claf. 1. n. 39. f. 21.*

*Conventos.*

En los Conventos de la Religion de Santo Domingo, quando se toca a comer, se llaman a todos los pobres, que quisieren venir. *claf. 2. n. 153. f. 149.*

*Cooperar.*

Los que cooperan, para que se lleve algo contra justicia, deben restituir todos los daños. *claf. 1. n. 101. f. 47. y claf. 8. n. 123. f. 484.*

*Corregidor, y corregir.*

Corregidor de Marivelez no puede licitamente hazerse señor de los montes, y maderas de aquel territorio. *claf. 8. n. 139. fol. 492.*

Corregidor de Marivelez, si estanca la madera para poder el solo vender, debe restituir a los Indios lo que avian de ganar en el trato. *claf. 8. n. 144. f. 494.*

Corregir, y advertir culpas sin esperanza de fruto, es imprudencia. *claf. 1. n. 352. fol. 149.*

*Correspondencia.*

Correspondencia trato muy usado en estas Islas. *claf. 1. n. 307. f. 130. y n. 39. f. 21.*

No es correspondencia, sino emprestito, y usura, si se dà el dinero sin atender a si lo ha de emplear, ó no el que lo recibe. *claf. 1. n. 309. f. 130.*

El que recibió dinero a corresponder, puede hipotecar a otro tercero todo el empleo, obligando solamente lo que le puede quedar despues de pagado capital, y correspondencia. *claf. 1. n. 316. y 317. f. 132.*

Correspondencia no es en todo rigor, y propiedad mercancia, ó negociacion. *claf. 1. n. 416. y fig. f. 176.*

*Costas.*

Costas no debe pagar el vencido en el litigio, si tuvo causa probable para litigar. *claf. 4. n. 39. f. 335.*

*Costumbre.*

Costumbre es interprete mejor de la ley. *claf. 2. n. 52. f. 215. y n. 108. f. 232. y claf. 8. n. 299. f. 569.*

Costumbre dà fuerza de ley a lo que es capaz de ser ley. *claf. 8. n. 105. f. 476.*

Costumbre tiene fuerza de privilegio, y de dispensacion, y de instrumentó publico. *Ibidem.*

Costumbre no conforme a razon, es corruptela. *claf. 8. n. 22. f. 408. y n. 106. f. 476.*

Qual costumbre sea conforme a razon. claf. 8. n. 105. f. 476.

Costumbre, no puede prevalecer contra Derecho natural. claf. 8. n. 80. f. 463. y n. 84. f. 466. y n. 106. f. 476.

Costumbres de los Indios, que no son contra Derecho natural, se les deben guardar. claf. 9. n. 134. f. 641. y n. 138. f. 643.

Costumbre es cosa perteneciente al hecho, y se ha de probar. claf. 9. n. 135. f. 642.

*Culpa.*

Por culpa de las personas no debe redundar daño a la Comunidad. claf. 10. n. 3. fol. 689.

Por qué culpa está obligado a restituir el tenedor de hacienda agena. claf. 10. n. 5. y 6. f. 690. y claf. 1. n. 162. f. 72.

Culpa lata es no saber lo que comunmente se sabe. claf. 10. n. 10. f. 692.

Culpado en la pérdida, no es conforme a razon, que no conserve indemne, por lo menos en el capital, al que no tuvo culpa. claf. 3. n. 94. f. 312.

**D.***Dar.*

Dar, y donar, como se distinguen. claf. 2. n. 61. f. 218.

Entre el que dà, y el que recibe, ha de aver distincion. claf. 8. n. 256. f. 550. y claf. 10. n. 49. f. 706.

Lo que se dà, no se puede licitamente bolver a cobrar. claf. 5. n. 51. f. 379.

*Daño.*

Por el daño emergente quanto se puede llevar en los emprestitos. claf. 1. n. 6. f. 7. n. 16. f. 11.

Daño emergente se debe, si ay tardança en la paga del capital, aunque no se advirtiese el daño quando se hizo el emprestito. claf. 1. n. 25. f. 15.

Daños hechos en guerra injusta, en primer lugar debe restituirlos el que la mandò hazer, y a falta deste, los consultores, y executores a sabiendas. claf. 4. n. 13. f. 321.

En el que causò daño enorme, siempre se presume dolo. claf. 4. n. 36. f. 334.

Daños, que se originan del trato, y negociacion del Juez. claf. 8. n. 151. f. 497.

En daño de otro, ninguno puede mudar parecer. claf. 1. n. 114. f. 52.

En daño de alguno no se ha de retorcer lo que se estableció en su favor. claf. 1. n. 152. f. 67.

*Delitos.*

Delito, de ninguno se presume, si no se

prueba. claf. 9. n. 211. f. 676.

Delitos iguales se compentan. claf. 9. n. 205. f. 673.

Por el delito no se haze mejor la condicion del delinquent. claf. 8. n. 215. f. 528.

*Deposito, y Depositario.*

Del deposito es licito vsar al que tiene con que satisfacer luego que se le pida. claf. 1. n. 69. f. 35.

Vsar del deposito con licencia presumpta de su dueño, cosa llena de peligros. claf. 1. n. 68. f. 35.

Depositario no puede valerse del deposito, sin licencia de su dueño. Ibidem.

*Derecho.*

El derecho que vno tiene, puede solamente transferir en otro. claf. 2. n. 5. f. 192. y n. 142. f. 245. y n. 212. f. 207.

Derechos mas inclinados a absolver, que a condenar. claf. 8. n. 228. fol. 538. y claf. 5. n. 64. f. 384.

Derecho de acusar no tiene el notado de calumniador. claf. 8. n. 266. f. 554.

Derechos de Parroquia se pagan segun costumbre. claf. 9. n. 147. f. 646.

El Derecho favorece a los vigilantes. claf. 1. n. 118. f. 53.

Los Derechos favorecen mas al reo, que al actor. claf. 5. n. 64. f. 384.

Derecho de executar se prescribe por diez años. claf. 5. n. 69. f. 386.

Derecho de pedir, y cobrar, se pierde por prescripcion; pero no el derecho de excepcion, y de recompensar vna deuda con otra. claf. 5. n. 72. f. 388.

*Derelicto.*

Quando se entienda tener vno su Iglesia, ò officio por derelicto. claf. 10. n. 112. f. 733.

*Descuydo.*

El descuydo, que vnos tienen en su officio, no han de lastar otros. claf. 8. n. 183. f. 511.

*Desfloro.*

Desfloro de donzella con violencia, es delito de los que rara vez se comete. claf. 4. n. 47. f. 337.

*Desperdicio.*

Desperdicio de hacienda siempre es pecado. claf. 2. n. 50. f. 214.

*Destruir.*

De ninguno se presume, que quiere destruir lo que tiene dispuesto. claf. 10. n. 95. f. 725.

*Detencion.*

Detencion es torçoso que aya donde intervienen muchos. claf. 8. n. 170. f. 504.

Den-

*Deudas.*

Deuda cierta, no se satisface con paga dudosa. claf. 1. n. 60. f. 31. y claf. 5. n. 36. f. 371. y claf. 6. n. 43. f. 407. y n. 47. f. 409.

El que tiene deudas, peca en hazer donaciones. claf. 2. n. 111. f. 197.

Deuda, no ay obligacion de satisfacerla luego con dispendio de mayor cantidad. claf. 2. n. 41. f. 208.

Deudor de muchas cantidades por diferentes titulos, si paga algo sin distinguir, se entiende, que pagò la deuda mas molesta. claf. 6. n. 17. f. 396. y n. 42. f. 407.

Deudas ciertas se pagan primero, que las dudosas. claf. 6. n. 29. f. 400.

Deudor a vn pobre, y a vn rico, si no tiene para pagar a ambos, debe pagar por entero primero al pobre. claf. 6. n. 32. f. 401.

Deudor, satisface pagando las deudas de su acreedor. claf. 6. n. 46. f. 409.

Deuda, que no es cierta, y liquida, no se puede compensar ocultamente. claf. 6. n. 47. f. 409.

Deudor de mas de novecientos ducados, compone los novecientos con Bulas de composicion, y en lo restante recurre al Comissario de la Santa Cruzada. claf. 6. n. 58. f. 414.

Deudor es obligado a escutar gaitos en la cobrança al acreedor, y los debe restituir. claf. 8. n. 45. f. 445.

El que debe a muchos, y no tiene con que pagar a todos, debe pagar a todos parte por rata. claf. 8. n. 47. f. 446.

Deuda subsidiaria qual sea. claf. 8. n. 134. f. 489.

Deuda legal se recompensa con legado gracioso, no la deuda contraida en otra forma. Ibidem.

Deuda, que en el fuero externo no se puede probar, se satisface prudentemente dexando al acreedor vn legado equivalente. claf. 8. n. 137. f. 490.

Deudor, y acreedor correlativos, no ay el vno sin el otro. claf. 8. n. 202. f. 520.

Deudas, no puede dilatar el Albacea su satisfacion, ni el testador le pudo prolongar el termino para pagarlas. claf. 9. n. 47. f. 600.

Deuda agena se puede pagar, ignorandolo el deudor. claf. 9. n. 55. f. 606.

Deudor de vn difunto, satisface bien, pagando deudas del difunto. Ibid.

Deudas contraidas por qualquiera de los cañados durante el matrimonio, se pagan del comun de los bienes de marido, y muger antes de partir los gananciales. claf. 9. n. 74. f. 618.

Deuda, que se debe a muchos, a cada vno poca cantidad, y ha de ser de mucho trabajo averiguar las personas a quien se debe, se de-

be restituir a pobres del mismo pueblo. claf. 6. n. 1. y siguent. fol. 390.

Deuda de alimentos es subsidiaria, que cessa en teniendo de que alimentarse. claf. 2. n. 177. f. 157.

Demandado por deuda ya prescrita, como deba responder. claf. 5. n. 70. fol. 387.

Deuda se paga bien a los Indios, pagando por ellos el tributo. claf. 6. n. 5. f. 392.

Deuda cierta, se debe pagar primero, que la dudosa, aunque esta sea privilegiada. claf. 6. n. 29. fol. 400.

*Dificultades.*

Dificultades graves, no se deben proponer de passò. claf. 3. n. 69. f. 304.

A dificultad grave, no se satisface bien con pocas palabras. claf. 8. n. 53. f. 450.

*Digno.*

Lo mas digno trae a si lo menos digno. claf. 9. n. 15. f. 585.

El que diò la Encomienda al que no era mas digno, aunque fuese digno, està obligado a restituir al mas digno todo lo que le avia de valer la Encomienda. claf. 8. n. 8. f. 432.

El que diò officio de justicia al que no era digno, ò apto para vsar con rectitud, debe restituir todos los daños, y agravios, que hiziere el que recibì el officio. claf. 8. n. 9. y 10. f. 433.

*Dilacion.*

Dilacion de la paga, no es titulo justo para llevar ganancia. claf. 1. n. 22. f. 13.

Dilacion de la obra pia, que dexò el difunto, no es licita, aunque se dilate para aumentarla. claf. 1. n. 71. f. 36.

Dilacion de la paga por causa justa, no constituye al deudor en mora culpable. claf. 9. n. 67. f. 614.

*Diligencia, y diligente.*

Diligencia suficiente es consultar a vn hombre reputado comunmente por docto, y acertado en sus pareceres. cl. 3. n. 68. f. 302.

Qué diligencias se deben hazer para buscar al dueño de la hacienda, que se debe. claf. 10. n. 53. y sig. f. 709.

Diligencias demasiadas por poca utilidad, no se deben hazer. claf. 10. n. 67. f. 703.

Al mas diligente en cobrar se puede pagar primero por entero, aunque no aya con que pagar a los demás. claf. 6. n. 39. f. 404.

A los diligentes favorece el derecho. claf. 1. n. 118. f. 53.

Diligencia inutil, ninguno està obligado a hazerla. claf. 8. n. 183. f. 511.

Diligencia costosa, sin esperança de fruto, es imprudente. claf. 8. n. 223. f. 534. y claf. 9. n. 76. f. 620.

Què diligencia serà bastante para baptizar a vn niño hijo de padres infieles, por no parecer los padres. *claf. 8. n. 307. f. 575.*

*Dinero.*

Dinero, que se va juntando para dote de huérfanas, si aun no llega a cantidad suficiente para vn dote razonable, se puede dar a corresponder. *claf. 1. n. 71. f. 36.*

Dinero, no fructifica para su dueño, por que no es fructifero. *claf. 3. n. 88. f. 308.*

Dinero, que se dà en esta tierra a vísura pupilar, se cobra mal, y con dificultad, quando es menester. *claf. 9. n. 65. f. 612.*

Dineros, y cosas *usu consuetibiles* de las Iglesias, se pueden enagenar sin solemnidad alguna. *claf. 1. n. 265. f. 112.*

*Dispensacion.*

Dispensacion, que se dió con buena fé, creyendo ser causa bastante la que se proponia, y despues se hallava no ser bastante, fue valida. *claf. 8. n. 16. f. 436.*

Dispensacion, que alcanza para adoptar el que tiene hijos legitimos, ó espera tenerlos, se presume subrepticia. *claf. 9. n. 142. fol. 646.*

Dispensacion no pide distincion de personas. *claf. 1. n. 155. f. 68.*

Dispensar no se puede en la vltima voluntad, si no es por la Sede Apostolica, quando sin inconvenientes puede cumplirse. *claf. 1. n. 156. f. 69.*

Para dispensar, que las Missas se digan en otro dia diferente del que se manda en la fundacion, que causas, y autoridad se requiere. *claf. 1. n. 157. y sig. f. 69.*

Dispensar en las penas de la Bula de Clemente IX. contra los Clerigos negociantes puede el Obispo. *claf. 1. n. 405. f. 172.*

*Disponer, y disposicion.*

Disposicion del todo, quanto al todo, se entiende respectivamente de la parte. *claf. 8. n. 99. f. 473.*

Disposicion, que habla generalmente, sin determinar tiempo, no comprehende al tiempo pasado. *claf. 8. n. 211. f. 526.*

Disposicion hecha en favor de alguno, no se ha de bolver en su daño. *claf. 1. n. 270. fol. 114.*

Toda disposicion se ha de entender de modo, que tenga efecto, y valor. *claf. 1. n. 135. f. 60.*

Disposicion del testador, no puede prevalecer contra las leyes. *claf. 9. n. 81. f. 621.*

Disponer los sufragios, y obras pias por el alma del que murió sin testar, no pertenece al Obispo, sino a los herederos. *claf. 9. n. 119. f. 632.*

En la disposicion del todo se dispone de

las partes. *claf. 9. n. 125. f. 636.*

Disposicion de bienes del pupilo, que ce- de en mayor utilidad suya, es valida. *claf. 9. n. 150. f. 650.*

*Distribuciones.*

Distribuciones quotidianas, no se dan a los que no asisten, aunque tengan legitimo impedimento. *claf. 2. n. 46. f. 211.*

*Dominio.*

El dominio, que no tiene, ninguno puede transferir en otro. *claf. 4. n. 19. f. 324.*

Dominio pleno de sus bienes; no pierde el hombre por tener hijos. *claf. 2. n. 72. f. 220.*

Dominio de la dote apreciada tiene el marido, de la no apreciada lo tiene la muger. *claf. 2. n. 90. f. 226.*

Para que se traspassé el dominio por el juego, se requiere plena libertad, como en la donacion. *claf. 8. n. 121. f. 484.*

Dominio politico tiene el Rey sobre sus vassallos, y sobre sus haciendas; pero no dominio absoluto dominativo. *claf. 8. n. 67. f. 456. y n. 92. f. 470.*

Dominio de las cosas debe ser cierto. *claf. 1. n. 120. f. 54.*

Dominio de lo que se empresta, para bolverse lo mismo, se llama *commodato*, y no passa al que recibe el emprestito. *claf. 5. n. 23. f. 365.*

Dominio entero de vna cosa, no puede estar en dos. *claf. 5. n. 24. f. 365.*

Dominio del dinero en el emprestito, passa al que lo recibe prestado, en la correspondencia no. *claf. 1. n. 310. f. 130.*

Dominio de todas las cosas, que pertenecen al trato de compañia, està en todos los compañeros. *claf. 1. n. 890. f. 132.*

*Donacion.*

Donacion no se presume en las escrituras de los contratos onerosos. *claf. 3. n. 97. f. 213.*

Donacion se presume de todo lo que se dà a la muger por el vïo de su cuerpo, que excede a la paga justa, y no es justo quitar- sêlo, si el que lo dió podia hazer donacion. *claf. 4. n. 22. f. 365.*

Donacion hecha debaxo de condicion honesta, no vale hasta cumplirse la condicion. *claf. 2. n. 2. fol. 190.*

Donacion no vale, ni obliga antes de la aceptacion. *claf. 2. n. 5. f. 192.*

Donacion hecha, no dexa libertad para revocarla. *claf. 2. n. 7. f. 194.*

Donacion coacta, no es valida. *claf. 2. n. 8. y sig. f. 195.*

Donacion del que tiene deudas, no debe valer. *claf. 2. n. 13. f. 198. y n. 83. f. 224.*

Donacion en que se quita a los hijos la legitima, no vale. *claf. 2. n. 14. f. 198. y n. 83. fol. 224.*

Donacion hecha a vna muger con fin torpe, pero sin pacto, ni condicion, no està obligada a restituirla, aunque no consienta en la torpeza. *claf. 2. n. 17. f. 200.*

Donaciones, ó dadas que quebrantan penas. *claf. 2. n. 19. f. 201.*

La que recibe donaciones del que le pretende con fin torpe, peca mortalmente, por que le alienta en su pretension. *Ibidem.*

Donacion entre viuos, irrevocable. *claf. 2. n. 24. f. 202.*

El que haze donacion, puede poner en ella la condicion, ó gravamen que quisiere; pero despues de hecha, no le puede ya poner gravamen, ni condicion. *claf. 2. n. 25. fol. 203.*

Al que afirma, que le hizieron donacion; le incumbe la probanga. *claf. 2. n. 25. f. 204.*

Donacion graciosa, que exceda al quinto; prohibida al que tiene hijos legitimos en vida, y en muerte. *claf. 2. n. 49. y sig. f. 214.*

Donaciones moderadas en vida son licitas a los que tienen hijos legitimos, y no deben entrar en el quinto. *claf. 2. n. 52. f. 215.*

Donaciones pequeñas son como gasto ordinario, y necesario. *claf. 2. n. 54. f. 215.*

Donaciones remuneratorias puede hazer el que tiene hijos legitimos, sin descontarlas de su quinto. *claf. 2. n. 57. f. 216.*

Lo que se dà por obra pia, no es donacion puramente liberal. *claf. 2. n. 61. y sig. f. 218.*

Donacion es lo que se dà sin obligacion. *claf. 2. n. 67. f. 220.*

El que haze donacion de su hacienda por no tener hijos, si despues los tiene, se le debe bolver todo. *claf. 2. n. 76. f. 221.*

Donacion de todo el quinto de sus bienes, es licita en quien tiene hijos legitimos. *claf. 2. n. 82. f. 223.*

Recibir donaciones està prohibido a los Juezes. *claf. 8. n. 2. f. 429.*

Donaciones de poco valor pueden recibir. *claf. 8. n. 3. f. 430.*

Donacion de lo suyo puede hazer cada vno. *claf. 1. n. 171. f. 74. y claf. 8. n. 4. f. 431. y n. 62. f. 453. y n. 74. f. 459. y n. 173. f. 506. y n. 111. f. 480.*

Donacion, que se haze por vna Encómienda, ó oficio que se debia dar a otro, no ay obligacion a restituirla a quien la dió. *claf. 8. n. 8. f. 432.*

Donacion hecha al Juez, sin intervenir miedo, vale. *claf. 8. n. 21. f. 438.*

Donacion no se presume, si con certeza no consta. *claf. 8. n. 62. f. 453. y n. 73. f. 458. y n. 110. f. 478.*

Donacion, que hazen los Indios al Alcalde mayor, se presume hecha por miedo. *claf. 8. n. 62. f. 453.*

Donacion, que haze el que acaba de ganar en el juego, sin averle pedido el Superior, se presume hecha libremente. *claf. 8. n. 119. f. 483.*

Donacion, que haze el acreedor de parte de la deitda, para que no le dilaten la paga, es violenta, y obliga a restitution. *claf. 8. n. 174. f. 506.*

De vna donacion se presume otra. *claf. 9. n. 195. f. 670.*

Donacion se puede hazer a menores, que tienen padre legitimo, con disposicion, que no tenga su padre el usufructo; ni la administracion. *claf. 9. n. 116. f. 631.*

Donacion entre viuos, prevalece a la donacion *causa mortis*. *claf. 2. n. 97. f. 228.*

Donacion no pueden hazer los Religiosos, aunque sean Prelados. *claf. 2. n. 104. f. 231. y n. 200. f. 265.*

Donacion de poco valor, no inclina el ánimo a lo que no debe. *claf. 2. n. 118. f. 237.*

Què donaciones pueden hazer los Religiosos a los Magistrados de China, y de otros Infieles. *claf. 2. n. 138. f. 243.*

Donaciones no puede hazer el Administrador. *claf. 1. n. 138. f. 60. y n. 162. f. 72.*

Donacion, que se haze al spurio, es nulla. *claf. 1. n. 150. f. 66.*

Donacion, que se haze al Patron; despues que le presentò al Beneficio con animo agradecido, sin aversele indicado antes, no es Sunonia. *claf. 1. n. 305. f. 129.*

Donacion de poco valor, no es sospechosa de Simonia, a de mucho valor trae consigo la sospecha. *Ibidem.*

Donacion *causa mortis* para obras pias vale, aunque no tenga la tolemnidad del Derecho. *claf. 5. n. 62. f. 383.*

No es pura donacion lo que se dà en agradecimiento. *claf. 2. n. 57. f. 216.*

*Donzella.*

A la donzella, que sin fraude, ni violencia consiente en su desfloro, no se le debe satisfacion. *claf. 4. n. 44. f. 336.*

A la donzella desflorada con fraude, ó violencia, se le debe todo lo que ha menester mas de dote para casamiento igual. *claf. 4. n. 45. f. 336.*

Si no pierde casamiento por el desfloro, ni necessita de mas dote, no se le debe dinero, sino satisfacion de la injuria. *claf. 4. n. 44. f. 336.*

Donzellas prohiyadas, no deben pagar tributo hasta los veinte y cinco años, como las que tienen padres. *claf. 8. n. 175. f. 507.*

A las donzellas, que quieren pagar tributo antes de la edad, por salir de las cargas de la edad menor, se les puede recibir. *claf. 8. n. 176. f. 507.*



A dichas donzellas no deben los Ministros de doctrina hazerles tan molestas las cargas del rezo, y de la ocupacion, que por huir dellas quieran mas pagar tributo. Ibid.

*Dote.*

Dote es deuda legitima, que debe el marido bolver a su muger, ò a los herederos de su muger. claf. 2. n. 11. f. 197. y n. 84. f. 224. y n. 85. f. 225.

Dote apreciada, es realmente compra, y venta. claf. 2. n. 89. f. 225.

Dote apreciada, puede enagenar el marido sin licencia de su muger, la no apreciada no puede. Ibid. y siguiente.

Dote en forma debe el curador, ò tutor constituir a su menor. claf. 9. n. 58. f. 609.

Dote inoficiosa qual sea. claf. 9. n. 97. f. 625.

Si el marido enagena la dote de su muger, no es valida la enagenacion, aunque se haga con consentimiento della; pero si la muger jurò el contrato, vale. claf. 9. n. 165. f. 654.

Dote debe en conciencia enteramente el que lo prometió, si en virtud de su promesa se efectuò el matrimonio. claf. 5. n. 21. f. 364.

Cantidad que mandò para tantos dotes, a tanto cada dote, si la cantidad se disminuye, no se disminuye la cantidad señalada para cada dote, aunque no se doten tantas donzellas, como determinaba el testador. claf. 10. n. 23. y sig. f. 697.

La possession, que se diò en dote, se puede commutar en dinero, ò por otra cosa, que se halle ser mas vil. claf. 1. n. 233. f. 98.

Quanto puede dar en dote vn Eclesiastico à vna hija suya spuria. claf. 2. n. 186. fol. 260.

*Duda.*

Hecha diligencia suficiente para salir de la duda, y no sabiendo della, queda poseyendo con buena fé. claf. 3. n. 68. f. 302.

Duda de la deliberacion, ò intencion, no se admite quando consta, que se hizo el contrato, ò otra qualquiera cosa. claf. 3. n. 81. fol. 306.

En duda nunca se presume donacion. claf. 2. n. 13. f. 198.

En las dudas se presume lo mas verisimil, y ordinario. claf. 2. n. 18. f. 200.

Duda de a qual Iglesia se ha de dar lo que se prometió a vn Santo, cuya Imagen està en dos Iglesias. claf. 6. n. 34. f. 401.

En causa dudosa no se puede dar senten- cia cierta. claf. 7. n. 7. f. 420.

En duda es mejor la condicion del que posee. claf. 5. n. 25. f. 366.

En duda de a qual de los calados pertene-

cen algunos de los bienes que tienen, se deben partir entre ambos. claf. 9. n. 175. fol. 660.

En duda si es donacion *causa mortis*, ò entre viuos, se presume entre viuos. claf. 2. n. 97. f. 228.

**E.***Encomiendas.*

Encomienda, que se dà a vno, dexando sin ella a otro de mas meritos, obliga al Governador que la dà, a restituirlle todo lo que le avia de valer la Encomienda. claf. 8. n. 8. fol. 432.

Concurriendo dos opositores a vna Encomienda de meritos iguales, darfela al vno por la donacion, que hizo, es pecado mortal. claf. 8. n. 14. f. 435.

Encomienda, que se diò al de menos meritos, juzgandò el que la dava, que tenia mas meritos, no obliga a restitution, si precedió la diligencia debida para averiguar los meritos. claf. 8. n. 16. f. 436.

Encomienda, ò oficio, que se diò sin examinar los meritos, queda el que la diò obligado a examinarlos despues, para restituirlle los daños, si los hizo. claf. 8. n. 17. f. 436.

*Enemigos.*

Ver a sus enemigos vnidos con el Juez, y mal vistos a sus amigos, es causa suficiente para rezelarle del Juez, que le agravará las penas mas de lo que merece el delito. claf. 8. n. 217. f. 529.

*Enfermos.*

Enfermo desafuzado, es curable. claf. 4. n. 87. f. 354.

Enfermo, que se va a curar al Hospital, con mas razon puede temer el Cura, que le pida limosna, que esperar derechos considerables. claf. 4. n. 89. f. 355.

*Engaños, y engañados.*

Engaño, que sea. claf. 5. n. 4. f. 357.

Engaño se presume en el que procura cobrar lo que despues debe restituirlle. claf. 1. n. 106. f. 49.

A los engañados, no a los que engañan, favorece el Derecho. claf. 9. n. 132. f. 640.

*Empeños.*

Empeños, que llaman en China, realmente no son empeños, sino ventas *cum pacto retrovendendi*. claf. 1. n. 297. f. 126.

Empeño de prenda fructifera puede hazerse con tantos gravámenes contra el que recibe la prenda, que pueda por ellos llevar justamente los frutos. claf. 1. n. 286. f. 126.

*Emphiteusis.*

Emphiteusis, en que se diferencia del cen-

so. claf. 1. num. 273. fol. 116.

*Epiqueya.*

Epiqueya es correccion de la ley. claf. 3. n. 6. f. 278.

Epiqueya, en que se distingue de la interpretacion. Ibidem.

*Equidad.*

Equidad se fuele hazer al que tuvo pérdida grande. claf. 3. n. 93. f. 311.

Equidad prefiere al rigor. claf. 2. n. 53. f. 215. y claf. 3. n. 93. f. 311. y claf. 6. n. 14. f. 395.

*Equivalente.*

En cosas equivalentes, lo mismo es que se haga lo vno, que lo otro. claf. 10. n. 101. fol. 727.

*Enriquezer.*

Enriquezer con detrimento de otro, no es licito. claf. 1. n. 119. f. 54.

*Error.*

Error es contrario al consentimiento. claf. 8. n. 73. f. 459. y claf. 9. n. 35. f. 595.

*Eslavos.*

Eslavos a quien dieron libertad, con condicion de servir tanto tiempo, se reputan como si huvieran servido, los meses, ò años, que estuvieron enfermos, ò impedidos. claf. 8. n. 214. f. 527.

Al condenado por delitos a esclavitud perpetua, no es licito huir, si la vida que le dà el amo no es demasadamente alpera. claf. 8. n. 212. f. 525.

Al esclavo, que tuvieron en servidumbre con mala fé, siendo libre, se le debe restituirlle todo lo que se le debiera a vn libre, que huviera servido en aquella forma. claf. 5. n. 40. f. 372.

El que tuvo al libre por esclavo con buena fé mas de tres años, no le debe cosa alguna por su servicio, porque prescribió. Ibid.

El que le tuvo menos de tres años con buena fé, le debe restituirlle aquello en que se aumentò su caudal por servicio del esclavo. Ibidem.

Al esclavo cautivo en guerra justa, no es licito huir. claf. 1. n. 243. f. 102.

Eslavos por tiempo determinado, no son propriamente esclavos. claf. 1. n. 246. y sig. f. 104.

Al esclavo casado no es licito venderlo a tierra muy distante de donde viue su muger, sin causa muy grave. claf. 1. n. 249. f. 105.

Al esclavo no le puede el amo impedir, que se cae. Ibidem.

Vender al esclavo con causas graves a tierra distante de donde assiste su muger, es licito. claf. 1. n. 248. y sig. f. 104.

Que causas seràn bastantes para vender-

lo en lugar distante de su muger. claf. 1. n. 252. y sig. f. 107.

Eslavos, en que casos seràn bienes raizes. claf. 1. n. 256. f. 109.

Tres esclavos en esta tierra no trabajan tanto como vn libre. claf. 1. n. 258. f. 110.

Eslavo ya comprado, y rescatao por su padre, no ay potestad en su padre para bolverlo a la esclavitud, sin la necesidad vrgentissima, que dispone el Derecho. claf. 1. n. 259. f. 110.

Eslavos fugitivos, ò borrachos, ò con otros defectos notables, puede venderlos el Prelado, sin consejo de la Comunidad. claf. 1. n. 261. f. 111.

Eslavo no adquiere para si cosa alguna, sino para el amo. claf. 2. n. 213. f. 271.

*Escritura, y Escruiano.*

Escritura solamente obliga a los otorgantes. claf. 2. n. 43. f. 210.

A escritura se dà entero credito, y prueba, quando es verisimil lo que dize. claf. 9. n. 45. f. 599.

Al Escruiano no es conveniente declarar, que el instrumento que pasó ante el fue supuesto, y sin verdad, por voluntad de las partes. claf. 5. n. 46. f. 375.

*Expeler.*

Expeler a vno es mas dificultoso, que no admitirlo. claf. 10. n. 110. f. 732.

*Espera.*

Por la espera de la paga, llevar algo, es usura. claf. 1. n. 319. f. 139.

*Esponales.*

Esponales dexan de obligar al vno, quando faltò el otro a la fidelidad. claf. 3. n. 8. f. 278.

Esponales, el que falta sin causa razonable a su cumplimiento, es probable, que pierde la pena pactada. claf. 2. n. 111. f. 197.

*Estipendio.*

Estipendio señalado a vn Sacerdote, por algun ministerio Eclesiastico, no lo pierde quando està legitimamente impedido. claf. 2. n. 44. f. 211.

Estipendio del Coadjutor, no es como frutos de Beneficio, sino como distribucion quotidiana. claf. 2. n. 46. f. 211.

Qual estipendio se debe a los Ministros de Doctrina. claf. 8. n. 294. f. 665.

*Estrangeros.*

A los Estrangeros està prohibido comerciar en Indias. claf. 8. n. 225. f. 535.

*Exacciones.*

Exacciones nuevas, ò tributos, se presumen no justificados, los antiguos se prelu- men justos. claf. 8. n. 293. f. 565.

*Excepcion.*

Excepcion tiene para no pagar el que tiene accion para pedir. clas. 9. n. 203. f. 672.

En la excepcion de algunos casos, se entienden tambien exceptos otros en que corre la misma razon. clas. 2. n. 109. f. 232.

Excepcion de la regla la haze mas firme en lo que no se exceptua. clas. 10. n. 103. f. 629.

Excepcion, y recompensa nunca prescriben. clas. 5. n. 72. f. 388.

*Executiva.*

Executiva no es la deuda antigua de mas de veinte años, aunque sea con mala fé. clas. 5. n. 69. f. 386.

*Exemplo.*

Exemplo de los animales para criar a sus hijos. clas. 2. n. 180. f. 258.

**F.***Fabula.*

Fabula del Leon, que hizo compania. clas. 8. n. 24. f. 439.

*Favor.*

Al favor se inclina mas el Derecho, y Juez, que al castigo. clas. 2. n. 53. f. 215.

Lo establecido en favor de alguno, no se puede retorcer en su daño. clas. 1. n. 331. f. 140.

*Fiador.*

Al fiador se le debe conceder plazo para traer al principal deudor. clas. 1. n. 331. fol. 140.

Al fiador, que niega la fiança, y se le prueba, no se le concede plazo, y paga las costas. Ibidem.

En el fiador no se haze execucion, ni contra él se admite demanda, hasta aver examinado, si parece, y tiene con que pagar el principal deudor. clas. 1. n. 333. f. 141.

*Fideicommissio.*

Fideicommissio, que sea. clas. 3. n. 25. f. 285.

*Fidelidad.*

Fidelidad no es especie propria de justicia, por faltarle la razon de deuda propriamente. clas. 3. n. 2. f. 277.

Fidelidad, no se le debe al que la quebrantó. clas. 4. n. 62. f. 345.

*Fin.*

El fin es la regla de quanto hazemos, y apetecemos. clas. 8. n. 196. f. 518.

Fin dà bondad a los medios, y ellos no tienen mas bondad, que la del fin. clas. 10. n. 10. f. 692.

Al fin, que mas principalmente pretendió el testador se ha de atender, para que no se frustre. clas. 1. n. 17. f. 70.

*Finca.*

Finca del censo puede vender el dueño, sin dar aviso a los censuuarios, si en la escritura no se obligó a darlo. clas. 1. n. 272. y fig. f. 115.

*Fraude.*

El que haze fraude en el contrato, está obligado a pagar los intereses del contrato. clas. 3. n. 29. f. 287.

Todo lo que con fraude faca la muger torpe, está obligada a restituirlo. clas. 4. n. 24. f. 329.

Fraude, que sea. clas. 5. n. 4. f. 357.

Ninguno ha de facar commodidad de su fraude. clas. 1. n. 371. f. 159.

No es fraude usar de su derecho. clas. 1. n. 378. f. 160.

*Frutos.*

Frutos de la prenda, se deben rebaxar del capital, que se prestó. clas. 1. n. 33. f. 19. y n. 53. f. 27. y n. 57. f. 30. y n. 61. f. 32.

Fruto no debe facar de aquello que contradixo. clas. 4. n. 61. f. 345.

El que impide los frutos, ó obenciones debidos a vna Iglesia, incurre graves penas. clas. 4. n. 64. f. 346.

Frutos de Beneficios, y Prebendas, se deben a los legitimamente impedidos. clas. 2. n. 46. f. 211.

Frutos de la dote apreciada, ó no apreciada, están en el dominio del marido. clas. 2. n. 91. f. 227.

Frutos no son los hijos de las esclavas. clas. 2. n. 92. f. 227.

*Frustraneo.*

Frustraneo, que sea. clas. 9. n. 205. f. 673.

Cosa frustranea es esperar lo que nunca ha de tener efecto. clas. 10. n. 99. f. 726.

*Fuero.*

En el fuero contencioso a ninguno se cree por que lo dize, en el fuero de la conciencia si. clas. 1. n. 5. f. 7.

A que fuero pertenezcan las causas de testamentos. clas. 8. n. 270. f. 556.

Entre el fuero interior, y exterior ay grande distancia, no se passa del vno al otro. clas. 9. n. 31. f. 593.

Al fuero del Juez lego pertenecen las causas de viudas, y personas miserables, excepto caso en que no se les haga justicia. clas. 8. n. 271. f. 557.

En el fuero de la conciencia obliga el testamento hecho sin solemnidad, hasta que aya sentencia de Juez, que lo anule. clas. 9. n. 25. y fig. f. 588.

El fuero del reo debe seguir el actor. clas. 1. n. 234. f. 99.

**G.***Ganancia, y gananciales.*

Ganancia, que se lleva por el emprestito, es usura. clas. 1. n. 52. f. 26.

Ganancia, que se lleva al que pide el dinero para tratar con él, no es usura, como sea la ganancia moderada. clas. 1. n. 19. f. 12.

Ganancia, que se lleva por el dinero, que le dió a otro sin atender a si lo pedia para contratar con él, es usura. clas. 1. n. 18. f. 12.

Ganancia es respectivamente mayor en los tratillos de cantidades pequeñas. clas. 1. n. 27. f. 16.

Ganancia en esperanças, no vale tanto como la possession. Ibid. y n. 50. f. 25.

Ganancia, que tiene semejança de usura odiosa en Tribunales Catolicos. clas. 1. n. 32. fol. 18.

Ganancia, que se lleva al labrador, es usura, si no intervino lucro cessante, ó daño emergente. clas. 2. n. 46. y fig. f. 211.

Ganancia de hacienda temporal con pérdida del alma pestilencial commutacion. clas. 3. n. 23. f. 284.

Ganancia, que se adquiere con dinero ageno, no se debe restituir. clas. 3. n. 63. f. 301. y n. 88. f. 308.

Ganancia en los lugares de España, donde no ay comercio, se presume ser cinco por ciento en algun censo. clas. 3. n. 67. f. 302.

Ganancia, que se lleva por no executar por la deuda al que consta no tener de presente, es usura. clas. 1. n. 322. f. 135.

No está prohibida a los Eclesiasticos qualquiera ganancia, y arte para adquirir lo que han menester. clas. 1. n. 365. f. 156.

Lo que se gana en juegos prohibidos, no se debe restituir; pero se lo pueden quitar por sentenciá hasta passados dos meses. clas. 1. n. 335. f. 142.

El que tratava de llevar de aqui a vender alguna cosa a Nueva-España, no ha de llevar aqui por ella todo lo que le avian de dar en Nueva-España. clas. 4. n. 27. f. 330.

Gananciales gastados por el marido con fraude, se deben restituir a la muger. clas. 4. n. 23. f. 327.

De los gananciales no puede el marido hazer donacion, sino es reservando a la muger su parte. clas. 2. n. 15. f. 199.

De los gananciales es la mitad de la muger, y de sus herederos. clas. 2. n. 48. f. 213.

Gananciales del que juntamente tenia dos mugeres con ignorancia de ellas, pertenecen por mitad a las dos mugeres. clas. 9. n. 132. f. 640.

Gananciales no son los hijos de esclavas,

que estos son enteramente del amo de la esclava. clas. 9. n. 177. f. 661.

*Gastos.*

Gastos, y molestias, que ha de aver en la cobrança, honestan la oculta recompensacion. clas. 7. n. 5. f. 419.

*Gobierno, y Governador.*

Gobierno politico, en que se distingue del tiranico. clas. 8. n. 86. f. 467. y n. 186. f. 512.

Governador, padre de las Republicas, que gobierna, obligado por su oficio a procurar su bien, y aumento. Ibidem.

*Gracia.*

Gracia facta, no espira por muerte del concedente. clas. 4. n. 60. f. 344.

Gracia concedida por el Superior, sin restriccion, no la puede restringir el inferior. clas. 4. n. 86. f. 354.

*Gravamen.*

Gravamen, no debe recibir vno por yerro de otro. clas. 5. n. 34. f. 370.

El gravamen, que injustamente se echa á vnos, descargado a otros, se debe restituir a los gravados, y el que restituyò tiene derecho a cobrar de los que escusò del gravamen. clas. 8. n. 88. f. 469.

Qualquiera gravamen, que se ponga por el emprestito, es usura. clas. 1. n. 54. f. 27.

*Guerra.*

Diferencia que ay entre la guerra, y la dronicio. clas. 4. n. 1. f. 317.

Guerra, es sentenciá de muerte, que no se puede dar sin citacion de la parte. clas. 4. n. 4. f. 317.

Guerra, no se puede dar, si el contrario ofrece satisfacion. Ibidem.

Guerra es licita a mas no poder. clas. 4. n. 5. f. 318.

El que emprende guerra, aunque tenga causa justa, haze injusticia a su gente en executarla, si no tiene fuerças bastantes contra el enemigo. clas. 4. n. 7. f. 318.

Guerra, que hizo vn Alcalde mayor a vnos Moros, y el castigo, que por ella se le dió. clas. 4. n. 11. f. 319.

El que mandò hazer la guerra injusta, y los que la pidieron, están obligados a restituir todos los daños que se hizieron. Ibid.

El que mandò hazer la guerra injusta, debe satisfacer todos los daños, que a su gente haze el enemigo. clas. 4. n. 13. f. 321.

Los que padecieron guerra injusta, tienen derecho a ofender a los que la hizieron, hasta que se les ofrezca satisfacion. clas. 4. n. 14. f. 322.

Si los que hizieron la guerra injusta ofrecen satisfacion, y no la quieren recibir los enemigos, empieza desde entonces a ser justa

ra la guerra de parte de los que ofrecen satisfacion. claf. 4. n. 15. f. 322.

**H.***Habitar.*

El que habita en casa ajena, debe pagar el arrendamiento, aunque no se lo pidan de antemano. claf. 1. n. 74. f. 39.

Por habitar en la casa de otro juntamente con el dueño, no se debe alquilar, si no precedió pacto de pagarlo. claf. 1. n. 72. f. 37.

Habitacion de Indios en vna estancia por diez años, los haze con naturales de ella, aunque quando entraron allí fueren empadronados en otro pueblo a vagamundos. claf. 8. n. 231. f. 540.

*Halagos.*

Halagos no causan involuntario en la donacion. claf. 4. n. 25. f. 329.

*Hallar.*

El que halla alguna cosa, tiene obligacion a hazer diligencia para buscar al dueño, y no hazerla es hurto. claf. 6. n. 19. f. 397.

Qué diligencias debe hazer. Ibidem.

Hallazgo por la cosa perdida no se puede pedir. claf. 6. n. 20. f. 398.

El que halló la cosa, se puede quedar con ella, si hecha la diligencia no parece el dueño. claf. 6. n. 23. f. 398.

Cosa hallada, si se restituye a pobres, se le quita al dueño la esperança de recuperarla. claf. 6. n. 24. f. 398.

*Hereditario.*

Hereditario gravado, ó obligado a restituir toda la herencia, puede sacar para si la quarta parte. claf. 3. n. 25. f. 285. y n. 60. f. 300.

La limosna, que se quita de la herencia legitima de los hijos, no la admite Dios. claf. 2. n. 70. f. 220.

Hereditario, que no hizo inventario, está obligado por las leyes a pagar todas las deudas del difunto; pero en conciencia solamente está obligado a pagar las que alcanza la herencia. claf. 2. n. 81. f. 223.

Herencias, y legados profanos, pertenecen a la jurisdiccion del Juez lego. claf. 8. n. 270. f. 556.

Consentimiento del heredero se requiere para commutar vn legado. claf. 8. n. 284. f. 562.

A los herederos no passa el juramento formalmente en razon de juramento. claf. 9. n. 32. y fig. f. 596.

Hereditario puede demandar contra el trato, que hizo su antecesor con juramento, sin pedir relaxacion del juramento. claf. 9. n. 39. f. 596.

La herencia debe entregar el Albacea

luego que pueda, sin dilacion de vn dia, a los herederos. claf. 9. n. 47. f. 600.

Hereditarios forçolos de los dos tercios de la hacienda de sus hijos son los padres, y demás ascendientes, aunque sean bienes catrentes, ó quasi. claf. 9. n. 80. f. 621.

Hereditario forçolo, si se nombran en el testamento, y se le dexan alguna cosa, es valido el testamento, y se le suple lo que falta al heredero; pero si no se dexa cosa alguna, es nulo el testamento. claf. 9. n. 81. f. 621.

Hereditarios abintestato los hermanos *per capita*, y los sobrinos *in stirpe*. claf. 9. n. 116. f. 631.

A los herederos, y no al Juez de testamentos pertenece disponer las Misas, y demás gastos, que se han de hazer por el alma del que murio sin testar. claf. 9. n. 119. fol. 632. y n. 128. f. 638.

Si el heredero es negligente, pertenece al Obispo obligarle a executar lo que debe. claf. 9. n. 119. f. 632.

Hereditarios igualmente a su padre, que estava casado con dos mugeres; ignorandolo ellas, los hijos que hubo en ambas. claf. 9. n. 130. f. 639.

Los herederos están obligados a cumplir los votos, y juramentos reales del difunto, cuyos bienes heredaron. claf. 9. n. 151. f. 650.

Diferencia desta obligacion en el heredero forçoso, y el extraño. claf. 9. n. 152. f. 650.

Herencia no ay hasta pagarse las deudas. claf. 9. n. 231. f. 686.

En la herencia no forçosa, se puede poner qualquiera gravamen, y mandar, que no la administre su padre de los herederos menores, ni goze el usufructo. claf. 9. n. 218. f. 678.

Entre herederos, que vnos deben al testador, y otros no, como se ha de repartir la herencia. claf. 9. n. 229.

Hereditarios del arrendatario, suceden en el arrendamiento. claf. 1. n. 89. f. 43.

El heredero se reputa vna persona misma con el predecesor. claf. 1. n. 333. f. 141. y claf. 10. n. 57. f. 711.

Hereditarios del legatario, no tienen derecho al legado, si el legatario murio antes que el testador. claf. 2. n. 224. f. 275.

Que el hijo spurio herede a su padre en mas cantidad, que el legitimo, es cosa absurdissima. claf. 2. n. 183. f. 259.

*Hermanos.*

Hermanos, y demás parientes transversales, no son herederos forçosos por testamento. claf. 9. n. 135. f. 642.

Hermano, no tiene derecho para vender a su hermano. claf. 8. n. 303. f. 533.

He-

*Hervir.*

El que hierve a otro, debe pagarle los gastos de la cura, y los dias, que dexó de trabajar. claf. 8. n. 90. f. 470.

*Hijo.*

Hijos, que pare la esclava estando empeñada, están empeñados como la madre. claf. 1. n. 56. f. 29.

Hijos de familias pueden hazer donaciones pequeñas. claf. 2. n. 54. f. 215.

Hijo, cuya heredera era su madre muy jugadora, pudo disponer de su hacienda en vida en obras pias. claf. 2. n. 79. f. 222.

Hijos legitimos siguen al padre: ilegítimos, a la madre. claf. 8. n. 233. f. 540.

Hijos ilegítimos reconocidos por sus padres, siguen a sus padres. Ibidem.

Que los hijos quanto a la servidumbre siguen a la madre, es mas conforme a Derecho natural, y esto no se observa entre los Indios de Filipinas. claf. 9. n. 24. y fig. f. 588.

Hija ilegítima, como no sea de ayuntamiento dañado, hereda a su madre, si no tiene hijos legitimos, y excluye de la herencia a los ascendientes de su madre. claf. 9. n. 82. f. 622. y n. 87. f. 623. y n. 93. y fig. f. 624.

Hija avida en adulterio, que cometiò su madre, está en opiniones si le hereda, mas probable es, que no. claf. 9. n. 101. f. 626.

Hijos de la adúltera, que ignorò, que fuefe adulterio el que cometiò, heredan a su madre. claf. 9. n. 102. hasta 115. f. 627.

Hijos, que hubo en la segunda muger, aunque tenia viua a la primera, ignorandolo ambos, son legitimos en todo. claf. 9. n. 130. f. 629.

Hijos de esclavos no se reputan frutos, ni bienes gananciales. claf. 9. n. 177. f. 661.

Qual era la legitima de los hijos por derecho antiguo. claf. 9. n. 188. f. 667.

Hijos ilegítimos, no lo son muy ciertos de su padre, y es cortesía creer, que lo son. claf. 9. n. 193. f. 670.

Hijos, aunque tengan mas de veinte y cinco años, si están debaxo de la patria potestad, no pueden impedir a su padre la administracion, y usufructo de sus bienes adventicios. claf. 9. n. 220. f. 680.

Hijo de familias, menor de veinte y cinco años, y mayor de catorze, puede hazer contratos, que cedan en su favor. Ibidem.

Hijos de esclava, y de su amo, son esclavos de su mismo padre. claf. 2. n. 95. f. 228.

Hijos de Español, y de castiza; se reputan Españoles de todos quatro costados. claf. 10. n. 39. f. 702.

Hijos de esclavos por tiempo, son libres desde que nacen. claf. 1. n. 247. f. 104.

Hijos spurios de Eclesiasticos, si se crian con fausto, y grandeza, son desdoro de sus padres, y de su estado. claf. 2. n. 184. f. 260.

A los hijos spurios de Eclesiasticos se les ha de alimentar con mediania. claf. 2. n. 185. y fig. f. 260.

*Honra.*

Honra no recibe el puesto, y oficio, ni la persona a quien se da, quando se sabe comunmente, que no lo merece. claf. 8. n. 5. f. 431.

*Horas.*

Horas Canonicas no se pueden commutar por otras Preces iguales. claf. 1. n. 359. fol. 153.

*Huir.*

Huir de la carcel, quando es muy molesta, ó espera grave castigo, es licito, aunque aya de venir daño al carcelero. claf. 8. n. 211. f. 525.

Huir con resistencia grave a la justicia, y guardas, es pecado mortal. Ibidem.

*Hurto.*

Hurto de dos reales a vn Indio regularmente pecado mortal. claf. 4. n. 17. y fig. fol. 323.

Hurto de vn peso en Indias a qualquiera, aunque sea muy rico, es pecado mortal. claf. 4. n. 18. f. 324.

Hurto de materia leve, si con él se causa molestia grave al proximo, es pecado mortal. Ibidem.

Hurto comete, con obligacion a restituir, el que quita, ó no dà a la muger lo que ganó con actos torpes. claf. 4. n. 22. f. 327.

Hurto no comete contra sus hijos el que en vida gasta mal mas del quinto de su hacienda. claf. 2. n. 50. f. 214.

Hurtar para dar limosna es pecado. claf. 2. n. 66. f. 219. y claf. 8. n. 114. y fig. f. 482.

Lo que se hurto a los vezinos de vn pueblo, sin saberse determinadamente las personas, no se puede componer con Bulas de composicion. claf. 6. n. 51. f. 412.

Hurto es qualquiera modo de vsurpar lo ajeno. claf. 8. n. 130. f. 487.

Hurto es medir con medida mayor lo que se recibe. claf. 8. n. 167. f. 503.

**I.***Idoneos.*

Idoneos se presumen todos para el oficio que exercen, si no se prueba lo contrario. claf. 9. n. 46. f. 599.

*Iglesia.*

La Iglesia donde entierran a alguno, debe

Ccccc 2

bien



biendo enterrarse en otra, queda entredicha, si no restituyen dentro de diez dias. *claf. 4. n. 72. y fig. f. 349.*

Iglesia, quien impide, que le paguen sus obenciones, rentas, y frutos, incurre penas graves. *claf. 4. n. 64. f. 346*

*Ignorancia.*

Ignorancia escusa de incurrir las censuras. *claf. 4. n. 65. f. 347.*

Ignorancia del hecho escusa, no la del Derecho. *claf. 8. n. 224. f. 534.*

Ignorancia se presume quando no consta, que lo sabe. *claf. 1. n. 162. f. 72. y claf. 5. n. 47. f. 376.*

Ignorancia se presume en el que entra de nuevo en cosa que era agena. *claf. 5. n. 71. f. 388.*

*Indicios.*

Indicios de passion, y mala voluntad en el Juez. *claf. 8. n. 217. f. 529.*

Indicios de que resulta presuncion de vsura. *claf. 8. n. 226. f. 537.*

*Indios.*

Entre los Indios ay prescripcion. *claf. 1. n. 84. y fig. f. 41.*

Indios tienen los privilegios de personas miserables. *claf. 1. n. 86. f. 41.*

Indios no tienen el impedimento de menores para usar de sus bienes. *claf. 1. n. 87. y fig. f. 42.*

A los Indios son los pleytos muy costosos. *claf. 1. n. 88. f. 42.*

Obligar a los Indios a trabajar contra su voluntad, aunque se les pague, es pecado mortal; excepto en cosa necesaria al bien comun. *claf. 8. n. 95. f. 472.*

Si para el bien comun son necesarios diez Indios, es injusticia llevar mas. *Ibidem.*

A los Indios haria gravissimo daño el que procurasse entablar en ellos la solemnidad de testamentos, que usan los Españoles. *claf. 9. n. 28. f. 590.*

Entre los Indios de Filipinas, los hijos, quanto a la condicion servil, figuen por mitad al padre, y a la madre. *claf. 9. n. 24. fol. 588.*

A los Indios se les deben guardar sus costumbres, que no fueren contra Derecho natural. *claf. 9. n. 134. y fig. f. 641.*

Entre los Indios el dote, que da el que se casa a los padres de su muger, quando lo deban ellos bolver. *claf. 9. n. 223. f. 681.*

Indios en todo lo que no consta tener costumbre introducida conforme a Derecho natural, deben estar a las leyes comunes por donde se gobiernan los Españoles. *claf. 1. n. 89. f. 43.*

Conformarse debe con el modo, y riatur

ral de los Indios el que quiere tener comercio con ellos. *claf. 8. n. 170. f. 504.*

*Inducir.*

Inducir, ó pedir a alguno, que haga cosa, que no puede hazer sin pecado, es pecado, aunque el otro esté con preparacion de animo, y voluntad de hazerlo. *claf. 8. n. 180. fol. 509.*

Inducir a alguno a cosa, que él puede hazer sin pecado, aunque se lepa que ha de hazerla con pecado, es licito en ocasiones. *Ibidem.*

*Industria.*

Quando la industria de la persona se elige para un negocio, no lo puede cometer a otro. *claf. 8. n. 239. f. 543. y claf. 10. n. 114. f. 734.*

*Injuria.*

Injuria publica no se satisface pidiendo perdon secreto. *claf. 8. n. 49. f. 447.*

Injuria hecha a un hombre honrado, no se satisface embiando con un criado a pedirle perdon. *claf. 4. n. 48. f. 338.*

Que nazca la injuria de aquel en quien debia estar el derecho, y justicia, es gran deformidad. *claf. 7. n. 11. f. 422.*

*Injusticia.*

Injusticia no haze el padre a sus hijos, si gasta en juegos mas del quinto de su hacienda. *claf. 2. n. 50. f. 214.*

Injusticia es impedir al que vende, vender al precio, que ofrece la ocasion. *claf. 7. n. 7. f. 420.*

Injusticia es pedir igual satisfacion de los que consta no hizieron igual daño. *claf. 8. n. 170. f. 504.*

*Instrucciones.*

Dos instrucciones del Comissario General de la Santa Cruzada, que parecen opuestas, se concuerdan. *claf. 6. n. 54. f. 413.*

*Instrumento.*

Instrumento autentico, es menester para revocarlo la misma autoridad, que para hazerlo. *claf. 9. n. 2. f. 529.*

Instrumento autentico se puede vencer con probança en contrario. *claf. 9. n. 3. f. ibid.*

De la verdad del instrumento conoce el Juez a quien pertenece la causa. *claf. 9. n. 12. f. 583.*

Instrumento publico no se puede reprobar con menos que quatro testigos. *claf. 5. n. 46. f. 375.*

Instrumento invalido, es como no aver instrumento. *claf. 9. n. 54. f. 605.*

*Impedir.*

El que impide a otro alcanzar algun bien está obligado a restituirle. *claf. 7. n. 8. f. 421.*

El que impide la venta por mayor precio, quando ya estava proxima, está obligado

do a restituir toda la cantidad en que vendió menos. *claf. 8. n. 152. f. 497.*

Quando la venta, que impidió, no estava proxima, ni segura, debe restituir menos. *Ibidem.*

Impedimento legitimo para no acudir a su oficio, y recibir salario, es el rezelo de caer en manos de enemigos. *claf. 8. n. 218. f. 530.*

*Imposible.*

Imposible se llama lo que con grandes dificultades se puede. *claf. 1. n. 322. f. 135. y n. 326. f. 138.*

Para cosa imposible no ay obligacion. *claf. 1. n. 322. f. 135. y claf. 5. n. 74. f. 389. y claf. 7. n. 25. f. 427. y claf. 8. n. 254. f. 548. y claf. 9. n. 31. f. 593.*

*Imputar.*

Imputarse no puede la falta a aquel por quien no dexó de hazerse la obra. *claf. 5. n. 3. f. 356. y claf. 9. n. 182.*

Imputarle debe a si el que pagó por otro la deuda, que el otro no debia. *claf. 5. n. 35. f. 370.*

*Intencion.*

Intencion no pudo aver de hazer donacion a los que totalmente ignoró. *claf. 2. n. 7. f. 194.*

*Interprete, e interpretacion.*

El interprete mejor de la ley es la costumbre. *claf. 4. n. 90. f. 355.*

Interprete legitimo de la ley, es el que la pone. *claf. 3. n. 3. f. 277. claf. 8. n. 298. fol. 568.*

Interpretacion en que se distingue de la epiqueya. *claf. 3. n. 6. f. 278.*

Por interpretacion comprehensiva, è in-telectiva de la ley no extensiva, se entienden comprehendidos los casos, que son de la misma razon. *claf. 2. n. 109. f. 232.*

*Intestato.*

Intestato no es el que dió poder para testar. *claf. 8. n. 242. f. 544. y n. 248. f. 546. y claf. 9. n. 118. f. 632. y n. 125. f. 636.*

*Inventario.*

El heredero, ó Albacea, que entró en los bienes del difunto sin hazer inventario, le obligan en el fuero externo a pagar todas las deudas, y legados del difunto; pero en el fuero de la conciencia no está obligado a más de lo que alcanzan los bienes del difunto. *claf. 2. n. 81. f. 223.*

*Ius.*

Ius in re, y ius ad rem, como se distinguen. *claf. 1. n. 167. y fig. f. 73.*

**J.**

*Juego.*

Juego se toma por entretenimiento, y a

vezes por contrato. *claf. 8. n. 23. f. 438.*

Juego es contrato voluntario. *claf. 8. n. 28. f. 440. y n. 113. f. 480. y n. 121. f. 484.*

Juego comun de todo el pueblo causa de muchos daños, y se debe restringir. *claf. 8. n. 105. f. 476.*

Por causa del juego es cosa injusta obligar a pagar a los que no juegan. *claf. 8. n. 25. f. 439. y n. 108. f. 478.*

El que compere a los Sangleyes a asistir al juego, les debe restituir el jornal del tiempo, que allí asistien. *claf. 8. n. 113. f. 480.*

Hazer que asistan a los juegos Sangleyes Christianos con Infieles, es ponerlos en ocasion de supersticiones. *Ibidem.*

En el juego de la metua se han intròdu-cido diversos modos injustos de sacar dinero. *Ibidem.*

Si acabado el juego de la metua, el cabeza del juego por aver salido ganancioso, lleva a algun superior cantidad de dinero, sin averfela pedido, ni indicado, no está obligado a restituirla. *claf. 8. n. 119. f. 483.*

El que juega violentado, si gana, quedan desobligados de restituir los que le compeliaron. *claf. 8. n. 124. f. 485.*

El que haze jugar al que no queria, debe restituirle todo lo que perdió. *claf. 8. n. 125. f. 485.*

Juego en el petate, que llaman zalambao, se puede permitir con las calidades, que en los demás petates con proporcion. *claf. 8. n. 127. f. 485.*

Poner casa de juego, donde vayan a jugar quantos quisieren, es pecado mortal. *claf. 1. n. 334. f. 142.*

Los pecados, que se cometen en el juego donde entran muchos. *Ibidem.*

No es pecado mortal tener mesa de juego para gente, que juega con moderacion. *claf. 1. n. 335. f. 142.*

Juego tomado con fin de la ganancia, es contrato. *claf. 1. n. 336. f. 143.*

El que pone en su casa mesa de juego, y el que le da dinero para ello, como puedan partir las ganancias de lo que se saca del juego. *claf. 1. n. 337. f. 143.*

Al juego no lo haze injusto la prohibicion. *claf. 1. n. 338. f. 143.*

El que ganó en juego prohibido, no está obligado a restituir. *claf. 1. n. 341. f. 144.*

Juegos moderados permiten las leyes. *claf. 1. n. 342. f. 145.*

Juegos, quando los puedan, y deban permitir los Alcaldes mayores, y sus ministros. *claf. 1. n. 347. f. 147.*

Jugador no es a proposito para encomendarle hacienda. *claf. 10. n. 2. f. 688.*

## Juez.

Juez, que no es Letrado, tiene obligacion a pedir consejo. conf. proëm. n. 1. f. 1.

Juez puede ser vn hombre sin letras. conf. proëm. n. 1. f. 1.

Juezes doctos tienen obligacion a pedir consejo, y valerte de las letras ajenas, quando las ocupaciones no les dan lugar a ver los pleytos. conf. proëm. n. 1. f. 1.

Juez debe consultar a los Artifices, y officiales, quando para el juizio de la causa se requiere conocimiento de algun officio. conf. proëm. n. 2. f. 2.

Juez no tiene precissa obligacion de seguir la determinacion del Assessor. consult. proëm. n. 6. f. 4.

Juez está obligado por decencia a seguir el parecer, quando el mismo Juez lo pidió, no quando lo presenta vna de las partes litigantes. Ibidem.

Juez no puede entregar la probança de vna parte litigante a la otra, hasta estar pasado el termino de prueba, y como se suple este yerro. clas. 3. n. 15. f. 280.

Juez, que como Pilatos lavò las manos, y no la conciencia. clas. 2. n. 16. f. 199.

Si el Juez pregunta lo que segun Derecho no puede preguntar, no está el reo obligado a responder. clas. 2. n. 33. f. 206.

Ninguno puede ser Juez en causa propia. clas. 7. n. 7. f. 420.

Juez, que haze injusticia. clas. 7. n. 11. f. 410.

A los Juezes está prohibido recibir donaciones. clas. 8. n. 2. f. 429.

Puede el Juez recibir cosas de poco valor. clas. 8. n. 3. f. 430.

Al Juez es lícito recibir de vna parte litigante, para dar sentencia en su favor, quando de ambas partes ay opinion probable. clas. 8. n. 14. f. 435.

Juez no está obligado a restituir lo que le dan liberalmente, sin intervenir, miedo, ó fuerza. clas. 8. n. 21. f. 438.

Juez, que sin aver temiplena probança prendió a vnos pobres, y hizo contra ellos processo, y no se les probò cosa alguna, debe restituirles las costas procesales, que les hizo pagar, y el tiempo que estuvieron presos. clas. 8. n. 76. f. 460.

Juez puede tener parte en los frutos comunes de los montes, y campos, como los vezinos del pueblo. clas. 8. n. 139. f. 492.

Juez, que trata por otro, está obligado a saber como procede su poderatario, y a restituir los daños, que haze en su nombre. clas. 8. n. 160. f. 501.

Juezes pueden moderar a los reos las pe-

nas, ó remitirlas quando ay causa. clas. 8. n. 181. f. 509.

Del territorio del Juez se haze el reo por el delito. clas. 8. n. 209. f. 523.

Juez de residencia a vezes haze proprio el delito ageno, y está obligado a inquirir los daños, que hizo el residenciado para pagarlos. clas. 8. n. 221. f. 531.

Juez tiene obligacion a atender a todos los puntos del litigio. clas. 5. n. 64. f. 384. y clas. 8. n. 228. f. 537. y clas. 9. n. 232. f. 686.

Juez no puede castigar por noticias particulares, sin probança legitima. clas. 8. n. 267. f. 555.

Juez lego conoce en los testamentos de los legados no pios, y herencias. clas. 8. n. 270. f. 556. y clas. 9. n. 14. f. 584.

Al Juez, que diò la sentencia, pertenece su execucion, y no a otro. clas. 8. n. 273. f. 557.

Juez, despues de dada la sentencia, no tiene potestad para mudarla. Ibidem.

Juez Eclesiastico no puede ser executor de sentencia de Juez lego. Ibidem.

Juez, que dexa passar vn agravio, que pudiera impedir, por mayor bien, que se seguirá de dexarlo passar, peca. clas. 8. n. 3. f. 575.

Juez Eclesiastico conoce quando ay mixtas causas pias, y profanas. clas. 9. n. 14. f. 584.

Al Juez Eclesiastico pertenecen las causas en que principal, y directamente se trata del juramento. clas. 9. n. 38. f. 595.

El Juez Eclesiastico debe abitenirse de proseguir en qualquiera causa, que empezó, en constando pertenecer al Juez lego. clas. 9. n. 39. f. 596.

Juez puede proceder contra los Albaceas antes de cumplirse el año, si consta por delacion, ó por publica voz, que dissipa los bienes del difunto. clas. 9. n. 48. f. 600.

Juez puede pedir cuentas al Albacea pasado el año. clas. 9. n. 49. f. 601.

Juez no debe admitir diligencia, que no ha de ser vtil. clas. 9. n. 53. f. 604.

Juez en qué casos no está obligado a restituir lo que le dan por vender la justicia. clas. 1. n. 344. f. 146.

Juez, quando tiene obligacion a pedir consejo, tiene obligacion a esperar el tiempo suficiente al consejero para que lo dê. conf. proëm. n. 5. f. 4.

## Juramento.

Juramento de estar a algun contrato, no obliga a vno, quando el otro lo quebranta. clas. 4. n. 63. f. 345.

Juramento con equivocacion, es pernicioso al conuicto humano, è injurioso al nombre Diuino, y pecado mortal. clas. 2. n. 31. f. 205. y clas. 8. n. 49. f. 447.

Jura-

Juramento de guardar leyes, ó ordenanças, obliga al modo que obligan las mismas leyes, y ordenanças. clas. 8. n. 21. f. 438. y n. 49. f. 447. y n. 148. f. 495. y n. 155. f. 499. y n. 159. f. 500.

Jurar de guardar ordenanças, ó leyes, no es lo mismo, que jurar absolutamente de hazer las cosas, que mandan las leyes, sino de hazer segun disponen, y obligan las leyes. Ibi quoad omnia.

Jurar falso por salvar la vida propria, ó de otro, es pecado mortal. clas. 8. n. 220. f. 531.

El que jura vn contrato, carga sobre si dos obligaciones, vna respecto de Dios, y otra respecto de aquel con quien celebró el contrato. clas. 9. n. 32. f. 594.

El que jura forçado algun contrato, queda obligado por razon del juramento, no por razon del contrato, y los herederos por razon ninguna están obligados. clas. 9. n. 34. fol. 594.

La obligacion primera, que nace del juramento, no passa a los herederos, que es de la reverencia al nombre de Diuino: la segunda obligacion, que es respecto del contrato, passa a los herederos. clas. 8. n. 257. f. 550.

El que juró estar a vn contrato, no puede poner demanda en contra, sin pedir primero relaxacion del juramento *ad effectum agendi*, el heredero si. clas. 9. n. 38. y sig. f. 595.

Con el juramento se hazen firmes los tratos de los menores de veinte y cinco años. clas. 9. n. 149. f. 646.

En el juramento promissorio se incluyen dos obligaciones. clas. 9. n. 159. f. 652.

El juramento haze validos los contratos, que por derecho positifivo serian nulos. clas. 9. n. 165. f. 654.

Juramento puramente asertorio, de hazer alguna cosa buena, es caso Metaphisico, ó que rara vez acontecerá, y que no se execrará en el fuero externo. clas. 9. n. 163. f. 653.

## Jurisdiccion.

Toda la jurisdiccion del Obispo tiene el Cabildo en Sede vacante. clas. 8. n. 237. f. 542.

La jurisdiccion, que vno tiene, puede cometer a otro, no el ministerio solo. clas. 8. n. 237. f. 542. y n. 240. f. 544.

A la jurisdiccion Eclesiastica pertenecen las causas pias. clas. 9. n. 11. f. 533.

Jurisdiccion ordinaria es la que está anexa al officio perpetuamente. clas. 10. n. 19. f. 695.

Jurisdiccion empezada, dura hasta que se acabe el negocio, aun despues de cumplido el plazo. clas. 10. n. 87. f. 721.

## Justicia.

Justicia se ha de templar con la misericor-

dia. clas. 4. n. 45. f. 330.

Justicia legal, qual ita sit officio. clas. 8. n. 162. f. 502.

Por contravenir a la justicia legal, no ay obligacion a restituir. Ibidem.

## L.

## Ladron.

Ladron, no está obligado a restituir lo que ganó con el dinero ageno. clas. 3. n. 50. f. 296. y n. 63. f. 301.

Al ladron se le puede bolver la cosa hurtada, que se le comprò, para cobrar el dinero. clas. 4. n. 20. f. 325.

El ladron no puede dar limosna, la ramera si. clas. 8. n. 116. f. 482.

Al ladron, que tiene obligaciones, y passa necesidades, se puede aplicar por limosna lo que hurtò, quando no se puede saber el dueño. clas. 8. n. 191. f. 515.

Al ladron, sin autoridad de Juez se le puede quitar lo que lleva hurtado, que aun no tiene en possession pacifica. clas. 8. n. 303. fol. 573.

## Levitico.

En el Levitico no se pone pena de muerte por el adulterio de varon casado con mujer soltera. clas. 9. n. 89. f. 623.

## Legados.

Legado, que dexa el deudor a su acreedor, no se presume paga de la deuda. clas. 8. n. 132. f. 488.

Legado, que se dexa para pagar la vándala, se dexa principalmente a las caxas Reales, no a los Indios. clas. 8. n. 137. f. 490.

Legado, ó limosna, mandada hazer a personas determinadas, se puede hazer por tercera persona; pero quando no se determinan las personas a quien se ha de dar, no las puede nombrar otro tercero. clas. 8. n. 251. f. 548.

Legados pios son *mixti fori*. clas. 8. n. 270. f. 556.

Legado de difunto se ha de cumplir del modo que se pudiere. clas. 8. n. 280. f. 560.

Legado para causa pia vale con dos testigos. clas. 9. n. 5. f. 580.

Legados caducos, quales, y como se han de gastar. clas. 10. n. 80. f. 718.

Legados pios nunca son caducos. Ibid.

Legado se puede dilatar por poco tiempo. clas. 10. n. 89. f. 721.

Legado, que se dexa con gravamen, que no cede en vtilidad de persona alguna, se puede llevar sin el gravamen. clas. 1. n. 190. f. 83.

Legado, luego que muere el testador, es del legatorio, y lo mismo es de la herencia. clas.

claf. 2. num. 223. fol. 274.

Legado pierde su valor, si muere el legatario antes que el testador. Ibidem.

*Ley.*

La ley interpreta el que la puso. claf. 3. n. 3. f. 277.

Leyes del Derecho Civil, de que fuerte obligan en España. claf. 3. n. 39. f. 292.

Alegar leyes de los Romanos en juicio, estava antiguamente prohibido en España con pena de muerte. Ibidem.

Leyes de los Principes Seculares, obligan en el fuero de la conciencia. claf. 2. n. 87. fol. 225.

Todas las leyes humanas justas, obligan en conciencia en aquello que mandan, ó prohiben. claf. 3. n. 44. f. 293.

En causas Eclesiasticas se debe juzgar por las leyes Civiles, quando no se oponen a los Sagrados Canones. claf. 3. n. 39. f. 292.

De que fuerte obligan las leyes humanas, fundadas en presuncion. claf. 3. n. 44. fol. 293.

Por que las leyes humanas no obligan a elegir al mas digno. Ibidem.

Todas las leyes, que disponen acerca de la forma de contratos, obligan en conciencia. claf. 3. n. 45. f. 294.

Quando la ley, ó privilegio no distingue, no debemos distinguir. claf. 4. n. 86. f. 354. y claf. 1. n. 142. f. 62.

Leyes del Rey prohiben a los que tienen hijos legitimos hazer donaciones, que excedan al quinto de sus bienes. claf. 2. n. 49. fol. 214.

Leyes, que parecen opuestas, se han de concordar vnas con otras. claf. 1. n. 365. f. 156. y claf. 9. n. 187. f. 666.

Ley, que prohibe a los Juezes recibir, es penal. claf. 8. n. 4. f. 431.

Leyes puramente penales, no obligan en conciencia. claf. 8. n. 50. f. 448.

Si las leyes mixtas obligan, está en opinion. Ibid. y n. 148. f. 495. y n. 159. f. 500.

La ley dexa de obligar quando cessa su fin. claf. 8. n. 50. f. 448.

Ley se haze para la utilidad comun, no para la particular. claf. 8. n. 78. f. 462.

Leyes de tributos, segun opinion probable, son penales, que no obligan en conciencia: mas probable es lo contrario. claf. 8. n. 178. f. 509.

La ley tiene lugar donde corre su razon. claf. 8. n. 297. f. 566.

Leyes, no atienden a lo que rara vez sucede, sino a lo ordinario. Ibid. y claf. 10. n. 105. f. 730.

Leyes del Testamento Viejo ya no obli-

gan, si no son preceptos naturales, ó están recibidas por Canon de la Iglesia. claf. 9. n. 89. f. 623.

Leyes del Reyno, nunca se presume, que derogan, ó contradizen al Derecho Civil, si no lo explican. claf. 9. n. 187. f. 666. y n. 219. f. 680.

Lo que las leyes disponen en vnos casos, se entiende dispuesto en otros en que corre la misma razon, sin extension alguna. claf. 2. n. 109. f. 232.

El alma de la ley es su razon, y donde alcanza su razon, alcanza la ley. Ibid.

Leyes humanas, si pudieran en algo derogar a la ley natural, se destruyeran a si mismas. claf. 1. n. 167. f. 157.

Las leyes han de ser acomodadas al estilo de la patria. claf. 10. n. 24. f. 697.

Leyes, que prohiben los juegos, están derogadas por la costumbre. claf. 1. n. 341. f. 144. y n. 347. f. 147.

Que se requiere para que la ley se entienda estar derogada por la costumbre. Ibidem.

Las leyes obligan independentemente de la aceptacion de los subditos. claf. 1. n. 405. f. 172.

Ley, que habla generalmente, incluye todos los casos. claf. 10. n. 117. f. 735.

*Legitima.*

Legitima de los hijos en que casos puede ser gravada. claf. 9. n. 187. f. 666.

*Libertad.*

A la libertad precio ninguno equivale. claf. 2. n. 94. f. 227. y claf. 8. n. 308. f. 575.

Libertad de esclavos es causa pia. claf. 9. n. 23. f. 587. y n. 27. f. 589.

Libertad la causa mas favorable. claf. 9. n. 27. f. 589.

Libertad de esclavos, cuyo precio no cave en el quinto, es nula, si el testador tiene descendientes legitimos. claf. 9. n. 168. f. 656.

*Liberalidad.*

Liberalidad no ay en la necesidad. claf. 2. n. 10. f. 196.

*Licencia.*

Dar licencia para jugar a los Sangleyes entre año fuera de su Patria, no es licito. claf. 8. n. 128. f. 486.

Dar esta licencia, sin obligar a jugar, ni asistir al juego a alguno, y llevando baratos moderados, no obliga a restitucion. claf. 8. n. 129. f. 486.

Licencia de Prelado para hazer donacion graciosa, nunca se presume. claf. 2. n. 111. y 112. f. 234.

Licencia presumpta, quando se entiende averla. claf. 2. n. 126 y 127. f. 240.

Licencia general para dar, ó gastar tanto cada

cada mes, no es conforme a la pobreza Religiosa. claf. 2. n. 156. f. 250.

Negando el Prelado la licencia, puede el subdito en casos raros obrar con licencia presumpta de otro Superior. claf. 1. n. 106. f. 70.

Licencia general, é implicita basta para que vn Religioso disponga de la hacienda, que le encomiendan. claf. 6. n. 50. f. 411.

*Limosna.*

Limosnas, y obras pias no son donaciones gratias. claf. 2. n. 73. f. 220.

Limosnas en vida pueden exceder al quinto, no las que se mandan en el testamento, y por que. claf. 2. n. 75. f. 221.

Limosna a vna Santa Imagen; se puede gastar en el sustento de sus Capellanes. claf. 6. n. 35. f. 402.

Limosna a vna Iglesia, ó Imagen, para vto determinado, no es licito mudarla a otro vto sin consentimiento del que la dió. Ibid.

Limosna se puede dar de lo adquirido illicitamente, como no se aya adquirido injustamente. claf. 8. n. 115.

Limosna es de precepto en extrema necesidad, aunque sea hurtandolo. claf. 8. n. 300. f. 570.

Limosna, que la Iglesia haze a vn difunto, enterrandole, y haziendole su funeral, se presume hecha condicionalmente, de que si tuviere bienes se dé la limosna acostumbrada. claf. 8. n. 306. f. 574.

Limosna en detrimento de herederos forçosos, dexada en el testamento, es nula. claf. 9. n. 167. f. 655.

Limosna en que casos obligue debaxo de precepto. claf. 2. n. 203. f. 266. y n. 119. f. 237.

Limosna no es lo que excede la necesidad. claf. 2. n. 121. f. 238. y n. 149. f. 247. y n. 161. f. 251.

Limosna mas abundante se debe al pobre vergonzante, que al mendigo. claf. 2. n. 122. f. 238.

Quando pueda vn Prelado de vn Convento dar de limosna para socorrer las necesidades de padres, y parientes de Religiosos. claf. 2. n. 149. f. 247.

Limosna, que hazen Religiosos, se ha de medir con la necesidad del pobre, y caudal del Convento, para que sea licita. claf. 2. n. 153. y fig. f. 249.

Limosnas menudas a pobres ordinarios, son como gasto ordinario del Convento. Ibidem.

Limosna, que hazen los Religiosos, ha de estar clausa entre dos terminos, y quales. claf. 2. n. 159. f. 251.

Bueno es dar limosna; pero mejor es ser

pobre por Christo. claf. 2. n. 161. f. 251.

Limosnas hechas antes de la omision del rezo, no satisfacen por las omisiones, que fueron despues. claf. 1. n. 198. f. 87.

Limosnas, que se hazen sin atencion a la omision del rezo, que antecedió, satisfacen por dicha omision. Ibidem.

Limosna, que se dexa para pobres, que mendigan de puerta en puerta, no se puede dar a pobres vergonzantes. claf. 2. n. 218. f. 273.

Limosna, que se dexa para pobres, que mendigan por las puertas; se puede dar a presos, y enfermos, que reciben limosnas publicas. claf. 2. n. 220. y fig. f. 274.

En limosnas, y obras pias se ha de restituir lo que se debe a muchos, si hallar a cada vno costaria mucho trabajo, y a cada vno le avia de caver poco. claf. 6. n. 40. f. 405.

*Litigio.*

Litigio sobre el dote es causa puramente lega, pero indecentemente puede conocer de ella el Juez Eclesiastico. claf. 1. n. 235. f. 99.

Litigios, y discordias de Eclesiasticos sobre los derechos, escandalizan a los Seculares. claf. 4. n. 85. f. 353.

*Lucro cesante.*

Por el lucro cesante quanto se pueda llevar. claf. 1. n. 5. f. 7. y n. 16. f. 11. y n. 298. y fig. f. 126.

Lucro cesante se debe, si ay dilacion en la paga, aunque no se especificasse. claf. 1. n. 25. f. 14.

Lucro cesante no se puede llevar por la capacidad, y potencia, que ay en el dinero para el empleo, sino por averse dexado el empleo por causa del emprestito. claf. 1. n. 32. f. 18.

Por el lucro cesante no se puede llevar todo lo que se esperaba ganar. claf. 1. n. 50. f. 25.

Lucro cesante no debe pagar el que retuvo el dinero ageno con buena fé. claf. 3. n. 65. f. 302.

Lucro cesante; que fuele pagarse al mercader por la detencion del dinero, es diez por ciento al año. claf. 8. n. 144. f. 494.

Por el lucro cesante puede llevar cinquenta por ciento el que dexó de darlo a corresponder por prestarlo, yendo a los mismos riesgos. claf. 1. n. 320. f. 134.

El ladron demás de lo que hurtó, está obligado a restituir el lucro cesante. claf. 3. n. 52. f. 297. y n. 64. f. 301. y n. 88. f. 308.

**M.***Madre.*

Madre, que tenia vn solo hijo muy jugador, pudo licita, y piadosamente disponer su

Dddd caui



caudal en obras pias en vida. cl. 2. n. 78. f. 222.

Madre es la tutora en primer lugar de sus hijos, si no tienen tutor testamentario; pero casandose otra vez pierde la tutela. claf. 9. n. 71. f. 617. *Mal.*

Mal, de ninguno se cree, si no se prueba. claf. 5. n. 8. f. 358.

Malo vna vez, siempre malo en delitos de la misma especie. claf. 4. n. 63. f. 245.

De dos males torcidos, se ha de elegir el menor. claf. 8. n. 160. f. 501.

*Mal. ind. to.*

Mandato regularmente se acaba con la muerte del mandante. claf. 3. n. 26. f. 287.

Mandato es contrato propio, que obliga a ambas partes. claf. 3. n. 27. f. 286. y n. 36. y fig. f. 290.

Mandato no pide escritura, ni palabras determinadas. claf. 3. n. 27. f. 286. y n. 40. f. 292.

Mandato de su naturaleza pide ser gratuito. claf. 3. n. 33. f. 290.

Mandato llevando paga el mandatario, es alquiler. claf. 3. n. 32. f. 289.

Mandatario, si no haze el negocio encomendado, está obligado a pagar los daños. claf. 3. n. 36. f. 290. y n. 53. f. 297.

Puede el mandatario dexar el mandato *re integra*. claf. 3. n. 36. f. 290. y n. 89. f. 308.

El mandante está obligado a todas las costas, que haze el mandatario. claf. 3. n. 37. f. 291.

Mandato por mas destruido que este de solemnidad, si no le quitan la especie de mandato, siempre obliga. claf. 3. n. 85. f. 307. y claf. 10. n. 99. f. 726.

Mandato contra buenas costumbres, es nulo. claf. 2. n. 87. f. 225. y claf. 9. n. 47. f. 600. y n. 81. f. 621.

El que mandó hazer lo injusto está obligado a restituir en primer lugar, y si este no restituye, debe restituir el executor. claf. 8. n. 153. f. 497.

*Marido.*

Marido en los Reynos de España tiene facultad de gastar de los bienes gananciales, sin consentimiento de su muger. claf. 4. n. 23. f. 327.

Marido no puede hazer donaciones quantiosas de los gananciales, y si las haze, no son validas. *Ibidem.*

Marido tiene dominio de todas las cosas, que recibió en dote apreciada, no de las que recibió sin apreciar. claf. 2. n. 90. f. 226.

Marido, que repudió a su muger, no tiene derecho para acusarla de adulterio. claf. 9. n. 114. f. 630.

Marido, que negó el matrimonio verdadero, y ya se porta como no marido, no pue-

de acusar de adultera a la muger. claf. 9. n. 115. f. 630.

Marido, que con su propia autoridad mata a su muger adultera, no gana el dote, ni gananciales. claf. 9. n. 207. f. 674.

Marido, que ha cometido adulterio, aunque sea oculto, no puede en conciencia divorciarse de su muger, ni quedarse con los bienes della. claf. 9. n. 208. f. 675.

Marido, si por sentencia de juez le fueron aplicados dote, y gananciales de su muger adultera, o le divorcian, aunque despues cometa adulterio, no pierde los bienes, ni el derecho del divorcio. claf. 9. n. 210. f. 675.

Al marido es licito pactar con su muger adultera, que la perdonará en lo criminal, dandole ella el dote. claf. 9. n. 213. f. 676.

*Matrimonio.*

Matrimonio espiritual con la Iglesia contrae el Obispo en la confirmacion de la Sede Apostolica, y en la consagracion lo confirma. claf. 1. n. 178. f. 78.

*Medida.*

Medida mayor para recibir, y menor para pagar, grave injusticia. claf. 8. n. 85. f. 467. y n. 167. f. 503.

Usar medida mayor, y menor, sabiendolo aquellos ante quien recibe, y a quien paga, agrava el delito, porque es rapina. claf. 1. n. 230. f. 97. y claf. 8. n. 168. f. 503.

Usar dichas medidas con consentimiento espontaneo de quien recibe, y a quien paga, no es injusticia. claf. 1. n. 229. f. 97.

*Menor.*

Menor de veinte y cinco años en los delitos atrozes no se escusa de la pena, pero merece compassion su edad para moderarla. claf. 4. n. 31. f. 332. y n. 37. f. 334.

Al menor de veinte y cinco años le conceden las leyes, que no sea castigado con la pena ordinaria en delitos graves, especialmente si esta es de muerte. claf. 4. n. 32. f. 332.

Menor, tomando estado, está el tutor en tardança culpable, si luego no le entrega sus bienes. claf. 9. n. 62. f. 610.

Menor, que llega a edad de veinte y cinco años, y tiene hermano pupilo, echa de la tutela al tutor dático de su hermano. claf. 9. n. 70. f. 615.

Menor de veinte y cinco años, y mayor de catorze, que no tiene curador, es como padre de familias, y valen sus contratos. claf. 9. n. 149. f. 646.

Menor de veinte y cinco años, no puede ser tutor. claf. 9. n. 221. f. 680.

*Mentira.*

Mentira es quando no se conforman las palabras con la mente del que habla. claf. 2. n. 29. f. 205. *Men-*

Mentira no se haze licita por dezirse con fin bueno. claf. 2. n. 30. f. 205.

Mentir por salvar la vida propia, ó agena, es ilicito. claf. 8. n. 220. f. 531.

*Mercader.*

En los mercaderes se presume fraude. claf. 8. n. 114. f. 481.

Mercader no está obligado a dar lugar a que compren otros mercaderes. claf. 8. n. 162. f. 502.

No es licito hurtarle al mercader, por la presuncion de fraude, que ay contra él. claf. 8. n. 114. f. 481.

Mercaderia, que no se compró, sino se adquirió con industria, ó trabajo, se puede vender con ganancia, sin peligro de negociacion. claf. 1. n. 449. f. 189.

Mercaderias crecen en valor por su carestia, y por su abundancia se disminuyen. claf. 2. n. 192. f. 262.

*Mercedes.*

Mercedes, que hazen los que gobiernan, vnas se ordenan principalmente a premiar a los benemeritos, y otras al bien comun. claf. 8. n. 5. f. 431.

*Mermas.*

Las mermas de lo que se vende despues de efectuada la venta, corren por cuenta del comprador. claf. 8. n. 168. f. 503. y n. 171. f. 505.

*Mina.*

Labrar mina no es propriamente negociacion. claf. 1. n. 382. f. 162.

Labrar minas está prohibido por el Concilio de Lima a los Curas de los Indios. claf. 1. n. 394. f. 166.

*Ministros, y ministerios.*

Ministros de Doctrina, como padres pueden dar algun castigo corporal leve a los Indios, y Sangleyes ordinarios, que no oyen Misa el Domingo. claf. 8. n. 286. f. 563.

Ministros de Doctrina, no pueden poner penas pecuniarias, ni de cosas de valor; pero pueden componer las deudas sin estrepito judicial. claf. 8. n. 291. f. 564.

Al Ministro de Doctrina no es licito cobrar para la Iglesia los tributos, que se escarparon al encomendero. claf. 8. n. 295. f. 566.

Ministerio, ó cargo sin jurisdiccion, no se puede subdelegar. claf. 5. n. 12. f. 360.

*Misas.*

El que dize Misas por la cantidad que debe, no restituye. claf. 6. n. 7. y fig. f. 393.

Casos en que puede valer la restitucion, que se haze en Misas. claf. 6. n. 10. y fig. f. 393.

Misa ofrecida por mil, vale tanto a cada vno, como si se ofreciera por él solo. claf. 6. n. 16. f. 395.

Llevar por limosna de vna Misa dos estipendios, es ilicito con obligacion de restituir. *Ibidem.*

El que oye Misa sin saber, que es dia de fiesta, sabiendolo despues, no está obligado a oír otra para cumplir el precepto. claf. 6. n. 17. f. 396.

Misas perpetuas no se pueden poner sin renta perpetua. claf. 8. n. 278. f. 560.

A las Misas de testamento está señalada limosna de seis reales en Filipinas, para que se digan sin dilacion. claf. 8. n. 283. f. 561. y n. 297. y fig. f. 568.

Misas de funeral, aunque no sean de testamento, es la limosna a seis reales. claf. 8. n. 299. f. 569.

Misas, del modo que dispuso el Sacro Concilio de Trento, que se puedan rebaxar. claf. 1. n. 141. f. 62.

Misas, quien pueda hazer su reduccion conforme al Decreto de Urbano VIII *Ibid.*

El que manda dezir Misas, no tiene el titulo julto para dar menos limosnas, ni el Sacerdote para pedir mas de la tassada por el Ordinario. claf. 1. n. 143. f. 63.

El numero de Misas, que determinó el fundador, ó testador, asignandoles corto estipendio, no puede rebaxar el Capellan por su autoridad. claf. 1. n. 148. f. 65.

Numero de Misas puede rebaxar el mismo Capellan por su autoridad; al passo, y proporcion, que se van disminuyendo los rendidos de la Capellania. claf. 1. n. 149. f. 66.

Misas determinadas por el testador con estipendio menor del que está tassado por el Ordinario, se deben reducir a numero menor hasta que a cada vna corresponda el estipendio tassado. claf. 1. n. 150. f. 66.

Reduccion de las Misas en este caso puede hazer el Obispo en las Provincias distantes de la Curia Romana. claf. 1. n. 149. y fig. f. 66.

Misas designadas con estipendio mas corto, que el tassado por el Ordinario, no se pueden reducir a menor numero; quando hubo pacto; y conveniencia de las partes. claf. 1. n. 155. f. 68.

No se puede aplicar mayor estipendio por ser la Misa cantada, si el que dió el estipendio no pidió, que se cantase. claf. 1. n. 157. f. 69.

Misas, que por la fundacion se deben dezir en tal dia, como se podrá dispensar que se digan en otro. claf. 1. n. 158. f. 69.

Aplicar la Misa por otras personas mas de las que dieron el estipendio, no está prohibido, la prohibicion es recibir otra limosna por la misma Misa. claf. 1. n. 159. f. 70.

Mislas de Capellania, en cuya fundacion se manda, que el mismo Capellan las diga, se pueden dezir por sustituto. clas. 1. n. 188. y fig. f. 82.

No se ha de dispensar sin gravissima causa, que las Mislas, que se mandan dezir en dia, y Capilla determinada, se digan en otro dia, ó en otra Capilla. clas. 1. n. 192. f. 84.

Las Mislas, que llaman de san Gregorio, estan prohibidas. clas. 7. n. 20. f. 425.

Quantas sean las Mislas de san Gregorio. clas. 7. n. 21. f. 425.

Al que pide las Mislas de san Gregorio, y dà la limosna por ellas, se le debe detengañar. clas. 7. n. 22. f. 425.

#### Misericordia.

Misericordia en toda su plenitud solamente se halla en Dios. clas. 10. n. 92. f. 723.

#### Moneda.

Moneda formalmente no es la que no està sellada con el sello Real. clas. 1. n. 434. f. 182.

Moneda de España corre vsual en muchos Reynos. clas. 1. n. 435. f. 182.

Comutar vna moneda por otra, para embiarla a otra tierra donde tiene mas valor, para comprar alli lo necesario para su casa, no es negociacion. clas. 1. n. 405. y 426. fol. 178.

#### Monopolio.

Monopolio prohibido, è injusto. clas. 7. n. 8. f. 421.

#### Mostrencos.

Mostrencos, como se han de restituir. clas. 6. n. 19. f. 397.

#### Muger.

Muger casada, quanto pueda dar, y gastar sin licencia de su marido. clas. 2. n. 56. f. 216.

Mugeres casadas siguen la calidad del marido. clas. 8. n. 235. f. 541.

Muger soltera por causa de tener copula con hombre casado, no tiene pena de muerte. clas. 9. n. 87. f. 623.

A la muger que bienes le pertenecen, quando muere el marido. clas. 9. n. 120. y fig. f. 634.

Muger a falta de otros herederos, hereda al marido en algunos Reynos, en los de España no. clas. 9. n. 122. f. 634.

Muger viuda, quedando pobre, lleva la quarta parte de los bienes del marido difunto, si no tiene mas de tres hijos, si tiene mas, parte igualmente con cada hijo. clas. 9. n. 186. f. 665.

De la muger son todos los bienes, que por respeto della dan al marido. clas. 9. n. 192. f. 669.

#### Muerte.

Por muerte del concedente no espira la gracia ya hecha. clas. 4. n. 60. f. 344.

En articulo, y peligro de muerte se presume en todos verdad. clas. 2. n. 12. f. 197.

Muerto no es lo que nunca viuido. clas. 1. n. 177. f. 77.

#### Murmurador.

Murmurador es ladroncillo ratero de la honra agena. clas. 4. n. 54. f. 340.

Murmurador no es el que con fin bueno, y necesario descubriè la falta verdadera de otro. clas. 4. n. 60. f. 344.

## N.

#### Necesidad.

Del que passà necesidad no se presume, que haze donacion. clas. 2. n. 10. f. 196.

En necesidad muy grave se puede echar vandala, pagandola. clas. 6. n. 4. f. 391.

En necesidad del bien comun no se haze agravio a los particulares en exponerlos al trabajo, y detrimento. clas. 8. n. 81. f. 464.

La necesidad extrema obliga a pecado mortal a todos el remediarla con qualquiera trabajo, è incommodidad. clas. 8. n. 300. fol. 570.

En necesidad igual primero debe focorrer a si, y a los suyos. clas. 8. n. 301. f. 570.

Por guardar para la necesidad, que puede padecer otro dia, no es licito dexar de focorrer la necesidad extrema, que oy padece el proximo. Ibidem.

En necesidad grave, quando se puede sin daño proprio focorrer al proximo, obliga la caridad. clas. 8. n. 308. f. 575.

En necesidad no ay liberalidad. clas. 2. n. 110. f. 233.

Para remediar necesidades ordinarias, quanta limosna pueda dar el Prelado. clas. 2. n. 120. f. 238.

En necesidad extrema todas las cosas son comunes, y en que forma. clas. 2. n. 123. f. 239. y n. 145. f. 246.

Para remediar necesidad extrema se ha de pedir licencia al Prelado, y aunque la niegue, se debe dar la limosna, aunque sea hurtando. Ibid.

Necesidad quasi extrema, qual, y que obligacion aya de focorrerla. clas. 2. n. 146. f. 246.

No se ha de aguardar a necesidad extrema para que el Padre Religioso estè obligado a focorrer a su hijo, y el hijo Religioso a su padre. clas. 1. n. 163.

Necesidad paterna diferente de necesidad humana. clas. 1. n. 164. f. 73.

Necesidad, si no es extrema, no ha de obligar a dar a vnos lo que es de otros. clas. 10. n. 48. f. 705.

Necesidad menor basta para obligar a los padres respecto de los hijos, y a los hijos respecto de sus padres, que respecto de los estraños. clas. 10. n. 97. f. 725.

Por que necesidad pueda vn padre vender por esclavo a su proprio hijo, segun las leyes del Reyno, y del Derecho. clas. 1. n. 237. f. 100.

Menor necesidad se requiere en otros Reynos para vender los padres a sus hijos. clas. 1. n. 241. f. 101.

La necesidad no haze licita la negociacion en los Eclesiasticos. clas. 1. n. 391. fol. 165. y n. 401. f. 169. y n. 408. f. 173.

Donde no ay necesidad, no se verifica razon de limosna. clas. 2. n. 204. f. 266.

#### Negociacion.

Negociacion propriamente es quando se compra alguna cosa, para venderla en la misma forma para tener ganancia. clas. 1. n. 362. f. 155. y n. 383. f. 162. y n. 403. f. 170. y n. 441. f. 185.

Negociacion impropria es licita a los Eclesiasticos, y qual sea. clas. 1. n. 362. y fig. f. 155. y n. 383. f. 162. y n. 387. f. 163.

Negociacion no es labrar minas. clas. 1. n. 382. f. 162.

No se verifica, que negocia por otro con toda propiedad el que solamente entrega el dinero al mercader. clas. 1. n. 412. f. 174.

Correspondencia no es con toda propiedad negociacion prohibida a los Eclesiasticos. clas. 1. n. 416. y fig. f. 176.

No es negociacion comprar cantidad de alguna cosa, sin intencion de venderla con ganancia, aunque despues se venda con ganancia. clas. 1. n. 426. f. 179.

Comprar generos para commutar por otras cosas en las tierras donde no son tan corrientes las ventas, y compras, como las commutaciones, no es negociacion. clas. 1. n. 448. f. 188.

#### Negar.

Lo que de vno se niega, se entiende afirmarse de otro. clas. 1. n. 182. f. 80. y clas. 9. n. 124. f. 635.

#### Nietos.

Contra los nietos no se deben estender las disposiciones odiosas hechas contra los hijos. clas. 10. n. 31. y fig. f. 699.

#### Nulo. Ninguno.

Lo que desde sus principios fue nulo, nunca se haze valido. clas. 9. n. 169. f. 657.

Ninguno puede transferir en otro mas derecho, que el que tiene. clas. 1. n. 149. f. 66.

Ninguno puede ser causa de que otro peque, ocasion si. clas. 3. n. 76. f. 305.

## O.

#### Obediencia.

Obediencia fantastica seria, si para todo lo que quisieren tuvieran los Religiosos licencia presumppta. clas. 2. n. 125. f. 239.

Obedecer se debe a Dios mas que a los hombres. clas. 8. n. 64. f. 455.

#### Obenciones.

Obenciones pertenecientes a alguna Iglesia, el que impide que se paguen, incurre en graves censuras. clas. 4. n. 64. f. 346.

#### Obispos.

Obispos pueden compeler a los Albaceas a cumplir la voluntad del difunto. clas. 8. n. 236. f. 542.

Puedenles obligar a que la cumplan dentro de vn año, si no les prolongó el termino el testador. clas. 8. n. 251. f. 548.

Obispo puede compeler al Albacea a no dilatar el cumplimiento del testamento, aunque le ayan prolongado el tiempo, si consta, que la dilacion es excessiva, y sin causa. clas. 8. n. 253. f. 548.

Obispo no puede castigar, ni poner censuras a Religiosos Albaceas. clas. 8. n. 256. f. 550.

Obispo puede proceder contra Religiosos, que viuen extra claustra, si delinquen, ó no quieren pagar lo que deben. Ibidem.

No puede el Obispo proceder contra Religiosos, que viuen sujetos a sus Prelados por causa alguna, hasta aver dado cuenta a sus Prelados, y estos no le quieran castigar. Ibidem.

Obispo no està obligado a pedir cuentas al Albacea de quien tiene satisfacion de que cumple bien su obligacion, y tiene obligacion a pedir las a aquel de quien se presume lo contrario. clas. 9. n. 46. f. 600.

Al Obispo pertenece disponer los sufragios, y obras pias del que murió sin testar, y no dexó herederos. clas. 5. n. 14. f. 361.

Obispo en las Provincias distantes de Roma, puede reducir las Mislas a menor numero, y fuera de Synodo. clas. 1. n. 56. f. 29.

Obispo, en la eleccion, ó presentacion contrae esponsales con su Iglesia, en la confirmacion contrae matrimonio espiritual rato, que en la contagacion se consuma. clas. 1. n. 178. f. 77.

Obispo por las omisiones del rezo debe perder la quinta parte de los frutos. clas. 1. n. 202. f. 89.

Al Obispo comete el derecho, que juzgue de las acciones, ò tratos de los Clerigos, y los que juzgare indecentes al estado se los prohíba. *claf. 1. n. 380. f. 161. y n. 403. f. 170.*

*Obligacion.*

Obligacion por grave que sea, se contrae con vn sí, ò con dezir, por que no? *claf. 3. n. 78. f. 305.*

Obligacion entre los hombres no se contrae por actos interiores. *claf. 2. n. 3. f. 191.*

Obligacion de escritura, cargo solamente sobre los que la otorgaron. *claf. 2. n. 43. f. 210.*

La obligacion se cumple hecha la obra, aunque por olvido, ò ignorancia se haga con otro fin. *claf. 6. n. 16. f. 396.*

Obligacion no ay de poner la cosa agena en mejor estado, que la hallò a costa propia. *claf. 7. n. 2. f. 416. y claf. 6. n. 31. f. 400.*

El que obligó con fuerza a jugar a otro, està obligado a restituírle todo lo que perdió. *claf. 8. n. 26. f. 439.*

Obligacion a cosa imposible no puede aver. *claf. 1. n. 358. f. 152.*

Obligaciones propias de su oficio deben todos saber, y no les excusa la ignorancia. *claf. 8. n. 85. f. 467.*

Obligacion, que de qualquiera modo alguno cargó sobre sí, la debe cumplir. *claf. 9. n. 59. f. 609.*

Las obligaciones mismas del verdadero tutor, ò curador tiene aquel a quien no se le discernió el cargo; pero de hecho se huvo como tutor, ò curador. *claf. 9. n. 69. f. 614.*

Obligacion a diligencia inutil ninguno tiene. *claf. 9. n. 76. f. 620.*

Obligacion de alimentos cessa quando tiene de que sustentarse. *claf. 1. n. 163. f. 73.*

Obligacion, que haze vno de los compañeros, que cede en detrimento de la compañía, es nula. *claf. 1. n. 316. f. 132.*

Obligacion mutua de acudirse en las necesidades graves ay entre padres, y hijos. *claf. 2. n. 188. f. 161.*

*Obras.*

Obras pias, que exceden al quinto, puede hazer en vida el que tiene hijos legitimos; mas no puede mandar en testamento, y por que. *claf. 2. n. 75. f. 221.*

*Ocasion.*

Ocasion del pecado ageno puede ser vn hombre, pero no causa. *claf. 3. n. 76. f. 305.*

Ocasion no varia la naturaleza del contrato. *Ibidem.*

Ocasion varia mucho el trato, quanto a la mayor, ò menor ganancia. *claf. 1. n. 29. f. 17.*

Dar ocasion a embriagarfe, embiando vino a los pueblos de los Indios, para que compren todos los que quisieren, es pecado mortal en el Juez. *claf. 8. n. 158. f. 500.*

Ocasion de agravio no ha de ser aquel de quien debe proceder el derecho. *claf. 9. n. 9. f. 582.*

*Ocultar.*

Ocultar la verdad callando es licito; pero no hablando en sentido diferente del que comunmente tienen las palabras. *claf. 2. n. 32. f. 205.*

Ocultar recompensa es licita, quando commodamente no se puede cobrar de otra forma. *claf. 7. n. 5. f. 419.*

*Ocupacion.*

Ocupacion de los Indios les debe pagar el Alcalde mayor, si los ocupa en cosas pertenecientes a su persona, ò familia. *claf. 8. n. 63. f. 454. y n. 89. y fig. f. 470. y n. 112. f. 480.*

*Odioso.*

Lo odioso se debe restringir, y lo favorable ampliar. *claf. 10. n. 30. f. 699.*

*Oficio.*

Su oficio a ninguno ha de ser dañoso. *claf. 7. n. 2. f. 416.*

Oficios de justicia se pueden vender con ciertas condiciones. *claf. 8. n. 67. f. 456.*

No los puede vender el inferior al Rey. *Ibidem.*

Oficios de Milicia dados por el Alcalde mayor, sin confirmacion del Capitan General, valen solamente en el distrito de la jurisdiccion del Alcalde. *claf. 8. n. 159. f. 500.*

Oficios de Alcaldes mayores traen muchos gastos, y estos les obligan a seguir la opinion de que pueden contratar. *Ibid. y fig.*

Oficios de justicia compran algunos, y quieren facer en breve tiempo todo el costo con muchos colmos, y por esta causa incurren en muchos absurdos. *claf. 8. n. 179. f. 508.*

En el Oficio Diuino, que omision sera materia grave. *claf. 1. n. 215. f. 92.*

Omision en el Oficio Diuino de muchas materias leves en vn dia, que todas juntas hazen materia grave, obliga a restitucion en diversos dias: si las de vn dia no llegan a materia grave, no obliga a restituír. *claf. 1. n. 220. f. 93.*

Oficio, para el qual fue electa la industria, ò otra calidad de la persona, no se puede hazer por otro. *claf. 10. n. 114. f. 734.*

*Oydores.*

Oydores, y otras personas, que llevan salarios publicos, no los pierden quando por legitimo impedimento dexan de acudir. *claf. 8. n. 214. f. 527.*

Oydo-

Oydores, que murieron antes de cumplir el año, se debe a sus herederos el salario del tiempo, que vivieron. *Ibidem.*

Oydores de Indias, para ganar la antigüedad suelen embarcarse con poca seguridad, y mucha incommodidad. *claf. 8. n. 218. f. 530.*

*Olvido.*

Olvido excusa de culpa, pero no de restituír quando se acuerda, que aquella hazienda es agena. *claf. 3. n. 83. f. 307.*

Olvidan facilmente los hombres las deudas, que no esperan cobrar. *claf. 6. n. 48. f. 410.*

*Opinion.*

Opinion menos probable se debe seguir quando de seguir la mas probable se figuen graves inconvenientes. *claf. 4. n. 58. f. 343.*

Opinion, que dize ser licito jurar con equivocacion por algun bien, ò por excusar algun mal, està condenada por escandalosa. *claf. 2. n. 31. f. 205.*

Opinion, que dize ser licito al Juez recibir algo por dar la sentencia en favor de la vna parte, quando ambas tenian en su favor opinion igualmente probable, està condenada. *claf. 8. n. 14. f. 425.*

La opinion, que se funda en justicia, è igualdad debe prevalecer. *claf. 1. n. 199. f. 87.*

Opinion, que dize, que el que reza sin atencion voluntariamente, no cumple el precepto, y no està obligado a restituír; no va consiguiente. *claf. 1. n. 104. y fig. f. 49.*

Opinion, que dize, que cumple el precepto, y no debe restituír, no es improbable. *claf. 1. n. 102. f. 48. y n. 107. f. 50.*

Opinion, que dize, que no cumple el precepto, y debe restituír, mas probable; y mas segura. *claf. 1. n. 103. y 108. f. 48. y 50.*

Opinion, que afirma, que no es contra el voto de la pobreza el gatto, que el Religioso haze en cosa illicita con licencia del Superior, no es probable. *claf. 2. n. 210. f. 269.*

*Orden Sacro.*

Orden Sacro pueden recibir dos Clerigos en el Arzobispado de Manila, con titulo de ayudar a los Beneficiados. *claf. 2. n. 47. fol. 212.*

*Ordenanzas, y ordenaciones.*

Ordenanzas Reales, que juran de guardar los Juezes, obligan en conciencia, segun la mas probable opinion; pero la contraria es mas practicada. *claf. 8. n. 50. y fig. f. 448.*

En las Ordenanzas Reales; mandandolas el Rey guardar debaxo de graves penas temporales, y mandandolas jurar; es clara señal, que la intencion del Rey es obligar a su observancia en ambos fueros. *claf. 8. n. 54. f. 450.*

Ordenanza Real, que dispone, que el Alcalde visite los pueblos, para que los Indios siembren cocos, crien puercos, y gallinas, se ordena al bien comun de los pueblos, y particular de los Indios. *claf. 8. n. 199. fol. 518.*

Esta Ordenanza se convierte en daño comun del pueblo, y de los particulares, quando los Indios pagan al Alcalde, para que no visite. *Ibidem.*

En todas las ordenaciones generales de la Provincia puede dispensar el Prelado, como en las constituciones. *claf. 1. n. 354. f. 151.*

Ordenaciones generales de la Provincia de Filipinas no contienen cosa, que no esté mandada en las Constituciones de la Religion, exceptas dos. *claf. 1. n. 145. f. 63.*

*Oro.*

Oro, y plata sin sello, llevan por precio comun los que van a comprar a otros Reynos. *claf. 1. n. 414. f. 52.*

**P.***Pacto.*

Pacto de que la prenda se dé por perdida; no pague el deudor dentro de tanto tiempo, es injusto, si la prenda vale mas. *claf. 1. n. 25. f. 14.*

Pactos se deben guardar en lo licito, y no mas. *claf. 1. n. 35. f. 20.*

Pacto injustissimo, y usurario; que se hizo. *claf. 1. n. 36. f. 20.*

Pacto de que el dinero, que se prestò se lo pague en arroz, es vñura. *claf. 1. n. 45. y 49. f. 23. y 25.*

Pactos rompen las leyes. *claf. 1. n. 353. f. 150. y claf. 4. n. 49. f. 338. y claf. 9. n. 146. f. 648.*

Pacto en que vna de las partes padece notable lesion, se le debe moderar. *claf. 3. n. 95. f. 312.*

Pacto prodigo no se debe cumplir como suena, sino moderado. *claf. 3. n. 96. f. 313.*

Pacto; que hazen entre sí los contrayentes, tiene fuerza de ley. *claf. 1. n. 147. f. 64.*

Pacto de cosa torpe no vale. *Ibidem.*

Pacto de que no se pueda vender la cosa en que tiene derecho aquel en cuyo favor se hizo el pacto, anula la venta. *claf. 1. n. 272. f. 115.*

Pacto implicito, ò explicito de dar algun agradecimiento, ò regalo por el Beneficio, es Simonia. *claf. 1. n. 301. y fig. f. 127.*

*Padrastro.*

Padrastro no puede ser tutor. *claf. 9. n. 71. f. 617.*

Padre:



*Padre.*

Padre por casarse segunda vez, no pierde la tutela de los hijos del primer matrimonio. clas. 9. n. 222. f. 681.

Padre está mas obligado a socorrer a sus hijos, que los hijos a su padre. Ibid.

Padre en que caso podrá vender a su hijo por esclavo. clas. 1. n. 237. y fig. f. 100.

Padre tiene dominio en su hacienda, y no peca contra justicia malbaratando mas del quinto. clas. 2. n. 50. f. 214.

Padre con hijos legítimos puede hazer en vida obras pias, que excedan al quinto. clas. 2. n. 61. f. 218.

Padre, que donaciones puede hazer en vida, sin descontarlas de su quinto en muerte. clas. 2. n. 55. y fig. f. 217.

Padre tiene obligacion de procurar dexar a sus hijos con que passar conforme a su calidad. clas. 2. n. 76. f. 221.

Entre padre, y hijo mutua obligacion de acudirse en las necesidades. clas. 2. n. 188. f. 261.

Padre por Derecho natural obligado a alimentar, y enseñar a sus hijos. clas. 2. n. 180. f. 258.

*Padron.*

Padron no constituye a los pobres hijos de la Mesa, sino la pobreza de ellos, y misericordia de la Mesa. clas. 10. n. 47. f. 705.

*Paga.*

A pagar deuda agena a ninguno se le puede obligar. clas. 8. n. 203. f. 520.

Pagar se puede deuda agena, sin saberlo el deudor. clas. 9. n. 55. f. 606.

Paga, y precio suficiente del acto torpe de una muger, es el sustento de un dia. clas. 4. n. 22. f. 327.

Pagar al pobre, no pagando al rico, el que no tiene para pagar a ambos, es licito. clas. 6. n. 32. f. 401. y n. 39. f. 404.

Paga no puede llevar por aquello a que de su oficio está obligado. clas. 8. n. 86. f. 467.

*Palabras.*

A las palabras no se atiende tanto, como a las cosas de que se trata. clas. 3. n. 21. f. 282.

Palabras se han de entender con efecto. clas. 2. n. 213. f. 271.

Palabras en qualquiera forma bastan, si en ellas se conoce la voluntad del testador, aunque aya algun error en ellas. clas. 9. n. 19. f. 586.

Palabra se ha de guardar al enemigo. clas. 4. n. 3. f. 317.

Palabras no han de prevalecer a la intencion conocida de la ley, ó del testador. clas. 10. n. 46. f. 705.

Palabra injuriosa siempre es pecado, ex-

cepto si por castigo se dize a un subdito. clas. 4. n. 50. f. 339.

Todas las palabras en leyes, y testamentos se han de entender de modo, que tengan valor, y efecto. clas. 2. n. 213. f. 270.

Palabras se han de entender segun es uso comun de hablar. Ibid.

*Papa.*

Papa en las cosas, que pertenecen al bien de las almas, puede derogar las leyes de los Reynos. clas. 9. n. 5. f. 580.

*Parecer.*

Pareceres de hombres doctos se admiten en ambos fueros, y quando tiene el Juez obligacion de admitirlos. conf. proém. n. 1. fol. 1.

Parecer, y resolucion de un rustico. conf. proém. n. 3. f. 2.

Parecer de un Regidor. clas. 8. n. 203. fol. 520.

Pareceres muy rigidos, y apretados, no ayudan a la salvacion de las almas. clas. 2. n. 157. f. 250.

*Parientes.*

A los parientes cercanos ay obligacion de socorrerlos en menor necesidad, que a los estranos. clas. 10. n. 97. f. 725.

*Parroco.*

Al Parroco de pueblo pobre se debe corto sustento. clas. 8. n. 296. f. 567.

Parroco no debe llevar derechos de sepultura de los que se entierran en Iglesias de Religiosos. clas. 4. n. 78. f. 351.

*Participantes.*

Participantes de lo mal llevado, deben restituir lo que llevaron. clas. 8. n. 123. f. 484 y n. 197. f. 517.

*Parto.*

Parto sigue al vientre. clas. 2. n. 101. fol. 230.

*Patron.*

Patron no puede rebaxar las rentas de la finca en que está puesta la Capellanía. clas. 1. n. 138. f. 60.

*Paz.*

A titulo de paz, ó treguas, no se puede ofender al enemigo. clas. 4. n. 2. y fig. f. 317.

*Pecado.*

Pecado no se perdona hasta que se restituya lo hurtado. clas. 8. n. 196. y clas. 6. n. 27. f. 399.

Pecado de ninguno se presume, si no se prueba. clas. 2. n. 11. f. 197.

*San Pedro.*

Por que S. Pedro despues de llamado de Christo, bolvió a la pesquería, y S. Matheo no bolvió a la negociacion del Telonio. clas. 1. n. 367. f. 157.

*Pel-*

*Peligro.*

Peligro tienen todas las cosas en esta vida. clas. 8. n. 101. f. 474.

Por el peligro, y molestia de la cobrança no suelen los Indios llevar cosa alguna, y no es conveniente desirles, que pueden llevarlo. clas. 1. n. 49. f. 25.

*Pena.*

Pena del usurero. clas. 1. n. 52. f. 26.

Pena impuesta al que sin causa no cumple las esponsales, es ilícita, y nula, segun la mas probable opinion. clas. 3. n. 19. f. 281.

Penas pueden remitir, ó moderar los Juezes, aunque sean inferiores con causa. clas. 8. n. 181. f. 509.

Pena ninguno está obligado a pagar hasta que el Juez le sentencie. clas. 8. n. 206. fol. 522. y clas. 9. n. 201. f. 672.

En las penas se ha de seguir la interpretacion mas benigna. clas. 8. n. 226. f. 536. y y clas. 9. Ibidem.

Penas se han de restringir. clas. 8. n. 314. f. 577.

Pena de la muger, que peca con hombre casado. clas. 9. n. 89. f. 623.

Pena, que se pone ipso facto, y sin declaracion del Juez de que cometió tal delito. clas. 1. n. 264. f. 111.

Pena de muerte estava puesta en España antiguamente contra los que en juicio alegasen leyes de los Romanos. cl. 3. n. 39. f. 292.

Pena de muerte commutada en otra menor por causa de no tener el reo edad de 25 años. clas. 4. n. 33. f. 332.

Pena ordinaria de muerte no se debe al que hizo homicidio no de pensado. clas. 4. n. 37. f. 336.

Penas, que incurre el que impide pagar frutos, ó obenciones debidas a una Iglesia. clas. 4. n. 64. f. 346.

Pena de los que hazen monopolios. clas. 7. n. 8. f. 421.

Pena de Jueces, que reciben dones. clas. 8. n. 62. f. 453.

Penas, que por derecho están puestas a los Clerigos negociantes. clas. 1. n. 365. f. 156. y n. 384. f. 162.

Penas contra los Eclesiasticos negociantes en Indias, puestas por Clemente IX. clas. 1. n. 404. f. 171.

Penas ipso facto incurrerandas de privacion de Beneficio, ó de inhabilidad, ó de perdimiento de bienes, no se incurren hasta que aya sentencia de Juez legitimo. Ibidem.

*Penitencia.*

No se haze penitencia verdadera, ni vale la Confession, si no se restituye lo ageno. clas. 4. n. 9. f. 319.

*Pérdida.*

La pérdida es para el dueño de la cosa perdida. clas. 1. n. 66. f. 34.

Perdiendole lo que se llevó prestado, cuyo uso consiste en consumirlo, lo pierde, y debe pagar el que lo llevó prestado, aunque no tenga culpa. Ibidem.

Perdiendose lo que se llevó prestado, que se avia de volver lo mismo, que se llama comodato, lo pierde el dueño, y no está obligado a pagarlo el que lo tenia prestado, si no tuvo culpa en la pérdida. clas. 1. n. 64. y fig. f. 33.

*Perdon.*

Perdon pedido por medio de un criado, no es bastante satisfacion a la injuria hecha a un hombre honrado. clas. 4. n. 43. f. 338.

*Permission.*

Permission del Alcalde, que se queden los Oficiales de Milicia, que él ha hecho sin confirmacion del Capitan General contra lo dispuesto por Ordenanzas Reales, no es pecado mortal. clas. 8. n. 156. f. 500.

Permission de que perseverare un Cabeza de Indios con pocos tributos contra Ordenanzas, no es materia grave. clas. 8. n. 157. f. 500.

Permitido es todo lo que no consta estar prohibido. clas. 1. n. 279. f. 117.

*Peticion.*

Peticion del Superior con ahinco, es violencia, y obliga a restitucion. clas. 8. n. 111. f. 479. y n. 125. f. 485.

*Pilatos.*

Pilatos, y otro Juez lavaron las manos, y no la conciencia. clas. 2. n. 16. f. 199.

*Plazo.*

Plazo cumplido, licitamente se puede rematar la prenda por su justo precio. clas. 1. n. 25. f. 14.

Plazo cumplido clama por el acreedor. clas. 10. n. 86. f. 720.

*Pleytos.*

Pleytos son dañosos en la Republica. clas. 1. n. 120. f. 54.

*Pobre.*

Al pobre es cosa ardua cobrar de un rico. clas. 2. n. 9. f. 195.

Del pobre nunca se presume donacion graciosa de valor. clas. 2. n. 10. f. 196.

El pobre nunca se olvida de lo que le deben. clas. 5. n. 57. f. 381.

El que debe a un rico, y a un pobre, primero debe pagar al pobre. clas. 6. n. 32. f. 401.

Pobre, aunque calle, se presume pedir primero su dinero. clas. 6. n. 32. f. 401.

Los pobres son los que de ordinario reciben los agravios. clas. 6. n. 53. f. 412.

Eeece

Po-

*Poco.*

Poco se reputa por nada. *claf. 1. n. 115. f. 52.*

*Possession.*

Possession tiene el que tiene la cosa no en nombre ageno, sino como propria. *claf. 5. n. 23. f. 365.*

Al que posee favorece el Derecho, y es de mejor condicion. *claf. 1. n. 243. f. 102.*

Possedor de buena fé, debe restituir lo que está en su poder ageno, y en lo que por razon de lo ageno se aumentó su caudal. *claf. 5. n. 19. f. 363. y claf. 8. n. 42. y sig. f. 444.*

Possession, que se compra con dinero ageno, no es del dueño del dinero. *claf. 1. n. 313. f. 131.*

*Precepto.*

Ningun precepto obliga contra Derecho natural. *claf. 4. n. 57. f. 342.*

Precepto es en orden a persona particular, y espira con el que le puso. *claf. 2. n. 47. f. 212.*

*Precio.*

Precio tienen todas las cosas. *claf. 8. n. 129. f. 486.*

Precio del que pone casa de juego. *Ibid.*

Precio de cada cosa es aquel en que puede venderse. *claf. 1. n. 140. f. 61.*

Precio de las cosas puesto por la justicia lega, obliga a los Eclesiasticos. *claf. 1. n. 144. f. 63.*

Precio en que se vendió la cosa sustituye en su lugar. *claf. 1. n. 233. f. 98.*

El precio summo de lo que vale aqui la cosa debe pagar el que la gastó sin voluntad de su dueño, que la queria transportar a otra parte donde valia mas. *claf. 4. n. 29. f. 331.*

Precios de las cosas no se ponen por la voluntad, ó utilidad de algun particular, sino por la comun estimacion. *claf. 7. n. 10. f. 410.*

La razon de precio es diferente, que la de moneda en la misma plata, y oro. *ibid.*

Precio mas subido respectivamente tienen las cosas quando se venden por menudo, que vendidas por junto. *claf. 1. n. 447. f. 188.*

Precio de las cosas se disminuye por abundancia dellas, y se aumenta por la poquedad. *claf. 2. n. 192. f. 263.*

Precio de las cosas se disminuye quando ruegan con ellas. *claf. 2. n. 193. f. 263.*

Precio de las cosas no se ha de ajustar por lo que en otro tiempo costaron, sino por aquel en que entonces se estiman. *claf. 5. n. 64. f. 384.*

*Prelado.*

Prelados en muchas ocasiones tienen obligacion de pedir consejo, y si no lo piden, no tiene valor el acto. *conf. proém. n. 3. f. 2.*

En el Prelado, y Juez es cosa loable pedir consejo, y admitirle quando se lo dan. *Ibid.*

Prelado no está obligado a seguir el consejo, quando el Derecho, ó el Superior le manda hazer alguna cosa con consejo de otros; pero está obligado a seguirlo quando le mandan, que le haga con assenso de otros. *consult. proém. n. 4. f. 4.*

Prelado de Convento pobre, no puede licitamente alargarfe en las limosnas tanto como el Prelado de Convento rico. *claf. 2. n. 122. f. 238.*

El Prelado tiene administracion plena, libre, y general de los bienes del Convento. *claf. 2. n. 110. f. 233. y claf. 1. n. 350. f. 148.*

Prelados pueden dispensar consigo en lo que pueden con los subditos. *claf. 1. n. 155. f. 68.*

Prelado ausente, quando debe su Iglesia darse por vacante. *claf. 10. n. 111. y sig. f. 733.*

*Prendas.*

Prendas se deben rematar por su justo precio, si el deudor no paga al tiempo que debe. *claf. 1. n. 25. f. 14.*

Prendas cuyo vfo es precio estimable, se deben bolver al dueño quando los frutos equivalen a la cantidad, que se debe. *claf. 1. n. 33. f. 19. y n. 53. y sig. f. 27.*

*Prescripcion.*

Prescriben bienes muebles en tres años, bienes raizes en diez entre presentes, y en veinte entre ausentes. *claf. 1. n. 62. f. 32. y n. 80. f. 40.*

Prescripcion no ay, si todo el tiempo de ella no ay buena fé. *Ibidem.*

Prescripcion ay entre los Indios. *claf. 1. n. 85. y sig. f. 41.*

Prescripcion se introduxo para bien de las Republicas. *claf. 1. n. 88. f. 42.*

Prescripcion no ay sin buen titulo. *claf. 5. n. 26. f. 366. y claf. 9. n. 170.*

*Prestar.*

Prestar dinero al mercader, para que dentro de tanto tiempo lo buelva con alguna ganancia, no es vsura. *claf. 1. n. 1. f. 5. y n. 3. fol. 6.*

Prestar dinero con pacto de que lo ha de pagar en arroz, poniendo desde luego al arroz precio el mas barato, que suele tener, es vsura. *claf. 1. n. 43. f. 22.*

Prestar diez cavares de arroz quando vale caro, con pacto de que le paguen veinte cavares en la cosecha, es vsura. *claf. 1. n. 44. f. 23.*

Prestar diez cavares de arroz con pacto, que en la cosecha pague en dinero, ó en arroz el precio, que vale al tiempo, que los presta, no es vsura. *claf. 1. n. 45. f. 23.*

Quan-

Quando se presta el arroz, si se trata del precio en orden a la paga, es señal de que no se prestó el arroz, sino se vendió al fiado. *claf. 1. n. 50. f. 25.*

Prestar cosa, que no ha de consumir el que la recibe prestada, sino que ha de bolver lo mismo, no se haze sino para vfo, ó tiempo determinado. *claf. 5. n. 30. f. 369.*

*Presumir, y presuncion.*

Presumese honestidad en la vejez en el que la tuvo en la mozedad. *claf. 9. n. 47. f. 600.*

Presumense de vnas acciones otras de la misma calidad. *claf. 1. n. 112. f. 51.*

Presumese en las dudas lo más verisimil, y ordinario. *claf. 2. n. 18. f. 200.*

Presuncion del Derecho obliga en conciencia, quando lo contrario no consta con toda certeza. *claf. 2. n. 27. f. 204.*

Presuncion de lo pasado se saca de lo presente. *claf. 8. n. 74. f. 459.*

No se presume, que vn pobre dà de su voluntad cosa de valor a vn rico. *Ibidem.*

En casos raros se puede presumir. *Ibidem.*

*Pretexto.*

Pretexto, que sea. *claf. 1. n. 407. f. 173.*

*Primero.*

Primero en tiempo tiene mejor derecho. *claf. 1. n. 118. f. 53.*

*Privilegio.*

Privilegio de los Hospitales de S. Juan de Dios, para enterrar en sus Iglesias a los que mueren en sus enfermerias. *claf. 4. n. 86. fol. 354.*

Privilegios de los Indios. *claf. 1. n. 86. f. 41. y claf. 8. n. 85. f. 467.*

Deuda privilegiada, si es dudosa, no se debe pagar primero que la cierta no privilegiada. *claf. 6. n. 29. f. 400.*

*Probança.*

La prueba mejor es la confession de la parte. *claf. 2. n. 32. f. 205. y claf. 1. n. 97. f. 46.*

Probança de que el Juez recibió, qual basta. *claf. 8. n. 2. f. 429.*

Probanças para castigar reos, deben ser claras como la luz del medio dia. *claf. 4. n. 35. f. 333.*

Probanças clarissimas de la violencia de be dar el que alega, que pagò forçado. *claf. 1. n. 106. f. 49.*

Probança de testigos equivale a instrumento publico. *claf. 5. n. 45. f. 375.*

Probanças, que no han de ser vtils, no las ha de admitir el Juez. *claf. 9. n. 53. f. 604.*

Probança de vna parte ligante no se puede entregar a la otra parte, hasta que ambas ayan dado su probança. *claf. 3. n. 15. fol. 280.*

*Procurador.*

Procurador está obligado a pagar los daños de lo que no hizo, y de lo que hizo sin la diligencia debida. *claf. 3. n. 36. f. 290. y n. 53. f. 297. y claf. 10. n. 2. f. 688.*

Por Procurador no se puede seguir causa criminal de adulterio, causa civil si, pidiendo la dete, ó divorcio. *claf. 9. n. 110. f. 629.*

Procurador puede mejorar la condicion del dueño, no empeorarla. *claf. 3. n. 91. f. 310.*

*Prohibicion.*

Prohibicion, que habla igualmente de todos, no cessa respecto de vnos, y no de otros, si no consta con claridad la excepcion. *claf. 8. n. 224. f. 534.*

Muchas acciones prohibidas, si se hazen tienen valor. *claf. 1. n. 341. f. 144.*

*Promessa.*

Promessa, que se haze a vn hombre para que se case, no es promessa simple. *claf. 3. n. 1. f. 276.*

Promessa simple en toda opinion obliga en conciencia. *claf. 3. n. 2. f. 277. y n. 23. f. 284.*

Promessa simple no dice obligacion de justicia, porque le falta la razon de deuda propria. *claf. 3. n. 2. f. 277. y n. 46. f. 294.*

Promessa dexa de obligar mudandose notablemente las cosas. *claf. 3. n. 3. f. 277. y n. 13. f. 280.*

Promessa es ley, que vn hombre se pone a si mismo. *claf. 3. n. 3. f. 277.*

Promessa se estiende, ó acorta, segun la intencion, ó voluntad presumpta del que promete. *claf. 3. n. 6. y sig. f. 278.*

Promessa simple, aunque se vista de mil solemnidades, si no passa a otra especie de contrato, no obliga de justicia. *claf. 3. n. 85. f. 307.*

Promessa no es el proposito de hazer algun bien, aunque exteriormente se manifieste, y no induce obligacion. *claf. 2. n. 4. f. 191.*

Promessa hecha debaxo de condicion honesta, no tiene valor hasta cumplirse la condicion. *claf. 6. n. 2. f. 390.*

*Psalterio.*

Psalterio a quantos Rosarios equivale, y a quantos Oficios del menor de N. Señora. *claf. 1. n. 360. f. 154.*

Rezar el Psalterio oracion vtilissima. *claf. 1. n. 361. f. 154.*

*Publicacion.*

Publicacion de la Bula de Clemente IX. mandada hazer por el Governador de Filipinas, fue nula, é insuficiente para obligar a los Eclesiasticos. *claf. 1. n. 405. f. 172.*

*Pueblo.*

Para gastos comunes del pueblo se puede aplicar lo que se debe a muchos particulares

Eceee 2 del

del mismo pueblo, y no se puede averiguar a que personas. *claf. 6. n. 6. f. 392.*

Los vezinos del pueblo tienen derecho a los frutos comunes de los montes, y campos pertenecientes al mismo pueblo, y sin su consentimiento no pueden aprovecharle de ellos los de otros pueblos. *claf. 8. n. 143. fol. 494.*

**Q.**

*Quanto.*

Quanto pueda dar el que tiene hijos legitimos en vida, sin descontarlo del quinto de que puede disponer por testamento. *claf. 2. n. 55. y fig. f. 216.*

Quanto pueda dar, ó gastar la muger casada sin licencia de su marido. *claf. 2. n. 56. f. 216.*

Quanto se pueda dar en agradecimiento. *claf. 2. n. 60. f. 218.*

*Quarta.*

La quarta parte de la hazienda del marido rico ya difunto, debe aver su muger, si es pobre, y desta quarta parte se descuenta el legado, que el marido le dexa. *claf. 8. n. 134. f. 489. y claf. 9. n. 122. f. 634.*

La quarta parte de la hazienda del marido, que pertenece a su muger pobre, se ha de sacar despues de pagadas las deudas, gastos, y funeral, y mandas. *claf. 9. n. 183. y fig. f. 664.*

Quarta parte de las Misas, que se mandan dezir por testamento, se deben a la Parroquia por vn pacto de concordia. *claf. 9. n. 43. f. 598.*

*Question.*

Question grave no se reluelve bien con pocas palabras. *claf. 8. n. 53. f. 450.*

Question incidente, y emergente, que sean, y como se distinguen. *claf. 9. n. 12. f. 583.*

*Quejas.*

Materia de quejas, y murmuracion suele ser dexar por herederos a los estraños, excluyendo a los parientes transversales, pero en esto no se les haze injusticia. *claf. 9. n. 136. f. 642.*

*Quien.*

Quien nada tiene, nada puede dar. *claf. 1. n. 149. f. 66.*

*Quinto*

De vn quinto solo puede disponer el que tiene hijos legitimos. *claf. 2. n. 49. f. 214.*

Del quinto se han de sacar los gastos del funeral, Misas, y cera, y otras mandas, aunque el testador mande lo contrario. *claf. 2. n. 69. f. 220.*

Todo el quinto no ay obligacion de gas-

tar por el alma del que murió sin testar. *claf. 9. n. 117. y fig. f. 631. y n. 124. y fig. f. 635. y n. 180. f. 663. y n. 187. f. 666.*

Todo el quinto se debe gastar por el alma del que dió poder para testar, y no se hizo el testamento, si no tiene herederos forcosos. *Ibidem.*

Quinto se saca de la hazienda perteneciente al difunto, despues de sacados los gananciales pertenecientes al conforte. *claf. 9. n. 180. f. 653.*

**R.**

*Ramera.*

Ramera justamente lleva precio por el mal uso de su cuerpo. *claf. 4. n. 22. f. 327.*

Ramera, que precio merece. *claf. 8. n. 129. f. 486.*

Ramera, si saca mas de lo que merece su vil oficio, lo debe restituir. *Ibidem.*

De ordinario no debe restituir, porque se presume, que le hazen donacion del ex-  
cesso. *Ibidem.*

El que se junta con la ramera se haze vn mismo cuerpo con ella. *claf. 2. n. 94. f. 227.*

*Rapiña.*

Rapiña es cobrar la deuda de aquella quien el acreedor debe mas cantidad. *claf. 2. n. 8. f. 195.*

*Recibir.*

Recibir donaciones está prohibido a los Juezes. *claf. 8. n. 2. f. 429.*

Recibir algo para hazer cosa illicita, siempre es pecado; pero recibirlo por paga despues de hecho lo illicito, puede ser sin pecado. *claf. 8. n. 130. f. 487.*

*Reconocimiento.*

Reconocimiento del instrumento, y confesion de la parte ante Juez legitimo, no añaden fuerza, ni calidad al mismo instrumento. *claf. 5. n. 69. f. 386.*

*Recompensa.*

Recompensa no es licita, si la deuda no es liquida. *claf. 7. n. 6. f. 420.*

*Relator.*

Relator injustamente recibe de vna parte el salario, que deben pagar entre ambas partes. *claf. 8. n. 202. f. 520.*

Relator en que casos puede llevar la paga por entero de la parte folicitante. *claf. 8. n. 204. f. 521.*

*Religion, y Religiosos.*

Religion no es especie propria de justicia, porque no puede pagar con igualdad, aunque mira deuda con propiedad. *claf. 3. n. 2. f. 277.*

La mayor, y más fuerte razon es la que haze

haze en favor de la Religion. *claf. 2. n. 137. f. 243.*

Religioso no adquiere para si, sino para la Religion. *claf. 1. n. 149. f. 67.*

A los Religiosos está prohibido hazer donaciones, pero no hazer obras pias con licencia del Prelado. *claf. 2. n. 63. f. 219.*

Religioso, sin licencia de su Prelado no puede encargarse de dispendir, ó manexar hazienda agena. *claf. 6. n. 49. f. 411.*

Al Religioso con licencia tacita, ó presunta de su Prelado, es licito disponer de la hazienda, que le encomienda el dueño. *claf. 6. n. 50. f. 411.*

Religiosos se deben contentar con cosas moderadas, y pobres. *claf. 8. n. 285. f. 562.*

Religiosos, que asistien en China, tienen obligacion a recoger, y criar los niños, que arrojan sus padres. *claf. 8. n. 300. f. 570.*

Religioso sin mucho gasto, puede recoger los dichos niños. *claf. 8. n. 302. f. 571.*

Religiosos han de amar la pobreza, y a los compañeros della. *Ibidem.*

Religioso, aunque sea el General de la Religion, no puede hazer donaciones. *claf. 2. n. 104. f. 231.*

Vn Religioso no puede dar a otro de su Convento cola de valor sin licencia. *claf. 2. n. 114. f. 235. y n. 117. f. 237.*

Religioso no tiene el usufructo, ni el uso dederecho, sino solamente el uso del hecho. *claf. 2. n. 116. f. 236.*

Religioso subdito no puede dar limosna sin licencia del Prelado. *claf. 2. n. 123. f. 239.*

Religioso, que con su industria, y trabajo gana alguna cosa, como podrá dar limosna della. *claf. 2. n. 127. f. 240. y n. 150. f. 248.*

Religiosos, quanto podrán dar para atraer al afecto de la Religion. *claf. 2. n. 134. y fig. f. 242.*

Religiosos, que donaciones pueden hazer a los Governadores, y Mandarines de China, y en otros Reynos de Infeles. *claf. 2. n. 138. f. 243.*

El Religioso está obligado a socorrer las necesidades de sus padres, salvo su estado. *claf. 2. n. 147. f. 248. y n. 159. f. 251.*

El Religioso tiene dos gravísimos impedimentos, por los cuales no puede dar cosa alguna a su hijo spurio. *claf. 2. n. 163. f. 252.*

Religiosos exemptos de la jurisdiccion del Ordinario, no pueden licitamente pedir mayor estipendio, ó mayor limosna de las Misas, y otras funciones, mas del tassado por el Ordinario. *claf. 1. n. 143. f. 63.*

Religioso con licencia de su Prelado puede hazer donacion, ó remission de lo que avia dado por mal fin. *claf. 2. n. 211. f. 169.*

Religioso puede licitamente exponer al juego lo que pudiera gastar en vna honesta recreacion. *claf. 1. n. 350. f. 148.*

Religioso, que en el juego gana cantidad notable al Secular, está obligado a restituirla. *claf. 1. n. 351. f. 149.*

A los Religiosos es licito hazer donacion para redimir la vexacion injusta. *claf. 2. n. 140. f. 244.*

*Reliquia.*

Reliquia preciosa no puede enagenar el Prelado validamente sin las solemnidades del Derecho. *claf. 2. n. 269. f. 254.*

*Remedio.*

Remedio rigoroso, pero necesario, que uso va Confessor con vn Juez, que avia defraudado mucho. *claf. 8. n. 167. f. 503.*

*Remission.*

Remission de deuda sin espontanea voluntad, es nula. *claf. 2. n. 8. f. 195.*

Remission de parte de la deuda por temor, que de otra fuerte no cobrará, ó por temor de molestias en la cobrança, no vale. *claf. 2. n. 9. f. 196.*

Remission de deuda, es propriamente donacion. *claf. 2. n. 43. f. 210. y n. 82. f. 223.*

Para que la remission de la deuda sea libre, y valida, no es necesario ponerle al acreedor presente el dinero. *claf. 8. n. 74. f. 459.*

*Remuneracion.*

Otra remuneracion no se puede esperar de regalos de poco valor, sino amistad. *claf. 9. n. 197. f. 671.*

*Renta.*

Renta fixa de Prebendados, y de qualquiera personas Eclesiasticas, no se pierde por no asistir, sino es menetter sententia para que la pierdan. *claf. 8. n. 312. f. 577.*

*Renunciacion.*

No es valida la renunciacion de Decreto del Concilio, ó del Derecho, que se determinò en favor del estado. *claf. 2. n. 39. f. 207.*

Renuncian el derecho, que tienen en vn oficio, los que se impiden de cumplir las obligaciones del. *claf. 10. n. 113. f. 734.*

*Reo.*

Reo, aunque no pruebe cosa alguna, debe ser absuelto, si el actor no prueba. *claf. 9. n. 52. f. 603.*

Reo no está obligado a dar contra si instrumentos al actor. *Ibidem.*

Reo no está obligado a pagar la pena, que merece su delito, hasta que por sententia le condenen en ella. *claf. 8. n. 206. f. 522.*

Reo puede apelar, si el Juez le pregunta aquello, que no está obligado a responder. *claf.*



claf. 2. num. 33. fol. 206.

*Repartimiento.*

En el repartimiento de la hacienda han de llevar las partes con igualdad de lo seguro, y de lo arregado. claf. 9. n. 225. f. 682.

*Residir. Residencia.*

Quantos dias puede lícitamente no residir en sus Beneficios los Beneficiados. claf. 1. n. 409. f. 174.

Después de concluida la residencia, se pueden pedir contra el Juez las deudas, que no se contraxeron por razon del oficio. claf. 8. n. 32. f. 442.

*Resolucion.*

Resolucion del V. P. Fr. Domingo Gonzalez, venerada, admitida, y explicada. claf. 3. n. 88. f. 308.

*Restituir.*

Obligacion de restituir nace de dos razones, ó de tener la cosa agena, ó de accion injusta. claf. 1. n. 67. f. 34.

Quien deba restituir los daños hechos en guerra injusta, y por qué orden. claf. 4. n. 9. y fig. f. 219.

Restituir lo que destruyeron, no deben los soldados, que fueron enviados a la guerra, ignorando la injusticia della. claf. 4. n. 11. f. 319.

Restituir en primer lugar debe el que mandò hazer el daño, y a falta deste los executores claf. 4. n. 13. f. 321.

Restituir debe el que con su consentimiento influye en el hurto, que otro haze. claf. 4. n. 21. f. 326.

La restitucion de la fama no tiene lugar quando el que difamò hizo evidencia del delito. claf. 4. n. 52. f. 340.

Restituir no debe la fama el que con su dicho no hizo grave daño en ella. claf. 4. n. 54. f. 341.

Restituir debe todos los emolumentos el que sepultò al difunto donde no se debia. claf. 4. n. 70. f. 348. y n. 79. f. 351.

Restituir debe aquel a quien perdonaron parte de la deuda por escusar molestias de la cobrança, ó si le perdonaron parte por cobrar algo. claf. 2. n. 9. f. 196.

Restituir debe la muger lo que recibió con pacto explicito, ó implicito de torpeza, si por ella quedó el no efectuarse. claf. 2. n. 21. y fig. f. 201.

A restituir está obligado el que cobró lo que ya avia dado. claf. 2. n. 24. f. 203.

La restitucion no se debe hazer a las mismas personas a quien se defraudò, quando es dificilimo el buscarlas, y la utilidad a cada persona es poca. claf. 6. n. 2. f. 390.

Restitucion hecha a los pobres, pudien-

dose hazer en algun modo a los damnificados, se debe bolver a hazer. claf. 6. n. 3. f. 391. y n. 39. f. 404.

La restitucion se ha de hazer de tal fuerete, que los damnificados lleven el provecho en la mejor forma, que se pueda. claf. 6. n. 5. f. 392.

Buen modo de restituir lo que se debe a todo vn pueblo de Indios, pagar el tributo por todos. claf. 6. n. 5. f. 392. y n. 39. f. 404.

Restitucion en Misas, vale en casos raros, que se refieren. claf. 6. n. 10. y fig. f. 393.

Restituir deben los Oficiales Reales, que embargan la hacienda de alguno, por duda, si debe al Rey, dexandola mucho tiempo embargada, impidiendo pague las deudas ciertas a particulares. claf. 6. n. 29. f. 400.

Restitucion es acto de justicia commutativa, no de justicia legal, ni distributiva. claf. 6. n. 47. f. 409.

Restituir debe el que impide a otro vender al precio, que ofrece el tiempo. claf. 7. n. 8. f. 421.

Obligado está a restituir el que con fraude, ó con violencia impide a otro algun bien, aunque no le sea debido. claf. 7. n. 9. f. 421.

Restituir no debe el Governador lo que libremente sin miedo le dieron de agradecimiento por la merced, quando no precedió pacto. claf. 8. n. 7. f. 432.

Restituir debe el Governador, que dió Encomienda a vno, dexando sin ella al que la merecia mejor, todo lo que le avia de valer la Encomienda. claf. 8. n. 8. f. 432.

Restituir debe el Governador todo lo que recibe por dar oficio, ó Encomienda, si lo dió por precio, ó con pacto. claf. 8. n. 13. f. 434.

Restituir debe al pueblo los daños el que puso en él por Juez, ó Alcalde al que no era a proposito. claf. 8. n. 9. f. 439.

Restituir debe el que compelió a otro a jugar todo lo que perdió. claf. 8. n. 26. f. 439. y n. 31. f. 441.

Como se ha de restituir lo que se facò mas de los baratos de la metua. claf. 8. n. 30. f. 441.

Restituir debe el que impidió el trato, todo lo que pudieran ganar los que impidió. claf. 8. n. 60. f. 452.

Restituir debe a los Indios el que a titulo de cobrar lo que las cajas Reales le deben, toma lo que está mandado pagar a los Indios. claf. 8. n. 52. f. 449.

El que impide el trato en la Prouincia debe restituir el mayor precio, que allí tuvieron las cosas necesarias por falta de otros que vendiesen. claf. 8. n. 60. f. 452.

Restituir se debe lo que se lleva por ha-

zer

zer lo que estava obligado por su oficio. claf. 8. n. 65. f. 456.

Restituir debe el Alcalde lo que recibió por dar el oficio de Governador, ó Teniente a los Indios. claf. 8. n. 67. f. 456.

Restituir debe el Juez lo que recibió del reo a quien sin suficiente fundamento prendió, ó queria prender. claf. 8. n. 76. f. 461.

Restituir se debe lo que se lleva para no hazer la visita. claf. 8. n. 79. f. 462.

No debe restituir lo que le dan de cohecho para que no visite por escusar el castigo, quando la queria hazer moderada con poco galto. claf. 8. n. 80. f. 463. y n. 200. f. 519.

En la restitucion se ha de atender no tanto a lo que adquirió el que robó, sino al daño que padeciò el damnificado. claf. 8. n. 104. f. 475.

Para hazer la restitucion en cosas dificiles de averiguar, y quantos fueron los daños, deben convenir ambas partes en vna razonable composicion. Ibidem.

Restituir se les debe a los que no juegan lo que se les lleva por causa del juego. claf. 8. n. 25. f. 430. y n. 108. f. 478.

Restituir debe el que impidió hazer la restitucion. claf. 8. n. 141. f. 493.

Restituir no debe el Governador Indio el arroz, que por razon de su oficio por costumbre le dan. claf. 8. n. 188. f. 513.

Restituir no debe lo que le dieron por hazer cosa injusta, pero debe restituir a los que injustamente damnificò. claf. 8. n. 189. f. 514. y n. 208. f. 523.

Para restituir debe vender todo lo no necesario de su casa. claf. 8. n. 194. f. 515.

Obligacion ay de restituir lo que por fin malo se recibe de Religiosos, aunque el Religioso fuese Prelado, ó tuviesse licencia. claf. 2. n. 142. f. 245.

Restituir debe el hijo spurio lo que le dió su padre Religioso, ó Clerigo, sin que aya necesidad de sentencia de Juez. claf. 2. n. 165. f. 253.

Restituir no se debe lo recibido por hazer bruxerias, y otras cosas malas. claf. 5. n. 7. f. 356.

Restituir se debe lo que quedó en lugar de la cosa agena. claf. 5. n. 18. f. 363.

En orden a la restitucion, que diferencia ay del que tiene la cosa agena en su ser, y el que tiene el precio, ó otra cosa que resultó de ella. claf. 5. n. 19. f. 363.

Restituir no debe el que tuvo con buena fé vn esclavo, que después supo ser libre, el que le tuvo con mala fé si. claf. 5. n. 39. y fig. f. 372.

Restituir debe el que encomienda la ha-

zienda agena a administrador de quien se podía pretumir mala administracion. claf. 10. n. 2. f. 688.

Por qué culpa está obligado a restituir el que tenia a su cargo hacienda agena. claf. 10. n. 5. y fig. f. 690.

Restitucion como se ha de hazer a personas muy distantes. claf. 10. n. 53. f. 709.

Gastarie debe en obras pias lo que con grandissimo trabajo se pudiera restituir a sus dueños con poca utilidad de ellos. claf. 10. n. 71. y fig. f. 715.

A restituir no está obligado el Capellan, ó Beneficiado por la omision del rezo culpable en los seis primeros meses. claf. 1. n. 197. f. 86.

Restituir nunca se debe por omision inculpable del rezo. Ibidem.

La restitucion por la omision del rezo se ha de hazer, ó a la fabrica de su Iglesia, ó a pobres, ó por Bulas de composicion. claf. 1. n. 198. f. 87.

Restitucion por omision del rezo, como se ha de hazer, y quanto se puede retener de los frutos por las demás cargas del Beneficio, y Capellania. claf. 1. n. 202. f. 89.

No escusa la obligacion de restituir el Beneficiado, que reza otro dia el Oficio omitido. claf. 1. n. 212. f. 92.

A restitucion obliga qualquiera omision de parte del oficio, que llegue a materia grave. claf. 1. n. 216. f. 93.

A restituir están obligados los Juezes, y Ministros de justicia, que causaron gastos a los que jugaban con moderacion. claf. 1. n. 331. f. 140.

Restituir se debe lo que se gana en el juego al Religioso, aunque sea Prelado, si es cantidad, que exceda a lo que podia gastar en vna honesta recreacion. claf. 1. n. 350. f. 148.

No es restitucion a los Indios comprar con el dinero, que se les debe, la vandala que les han de facar. claf. 6. n. 4. f. 391.

Restituir se debe a pobres lo que se hurtó, ó usurpó, y no se sabe a quien. claf. 6. n. 21. f. 398. y n. 26. f. 399.

*Retencion.*

Retencion de la cosa no basta para verificar aceptacion. claf. 2. n. 5. f. 192.

*Revocacion.*

Revocacion de leyes odiosa, nunca se presume, si no consta con toda claridad. claf. 9. n. 125. f. 636.

*Rey.*

Rey Ministro de Dios. claf. 3. n. 41. f. 292.

*Riesgo.*

Por riesgo especial a que se expone el que presta, puede llevar algo, y quanto. claf. 1. n. 7. f. 7.

El

INDICE DE LAS

El que puso a riesgo la hacienda agena sin consentimiento del dueño, y se perdió, debe pagarla toda. *claf. 3. n. 90. f. 309.*

El que llevó el riesgo, debe llevar la utilidad. *claf. 3. n. 50. f. 296. y n. 53. f. 298. y n. 101. f. 314.*

El que puso a riesgo la hacienda agena, y ganó con ella, son tuyas las ganancias. *claf. 3. n. 103. f. 315.*

*Rigor.*

Rigor del Decreto de Urbano VIII. acerca de las Misas. *claf. 1. n. 127. f. 57. y n. 141. fol. 62.*

*Robo.*

Robo se distingue de guerra, como se diferencia vna quadrilla de ladrones de vn exercito de soldados. *claf. 4. n. 1. f. 317.*

**S.**

*Sacerdote.*

Sacerdote, que recibe ofrenda del vsure-ro, o le dá sepultura en lugar Sagrado, tiene pena de suspension. *claf. 1. n. 52. f. 216.*

Sacerdote puede dar parecer, y voto en causa criminal, no mereciendo el delito pena de muerte, ó mutilacion. *claf. 4. n. 34. fol. 333.*

Sacerdote, que recibe estipendio para tantas Misas, aunque el estipendio sea muy corto, debe dezir el numero de Misas, que pidió el que dió el estipendio, sin rebaxarlas. *claf. 1. n. 142. f. 63.*

*Sacristan.*

Sacristan legitimamente impedido, que no puso quien sirva en su lugar, pierde los derechos de cada dia, pero no la congrua del oficio. *claf. 8. n. 310. f. 576.*

Por qué causa el Sacristan lleva los derechos quotidianos, asistiendo por otro, y no los Prebendados. *claf. 8. n. 316. f. 578.*

*Salario.*

Salarios publicos, no solamente ceden en utilidad del que los recibe, sino tambien en honor. *claf. 8. n. 214. f. 527.*

Salario de seis meses se paga a los señores Oydores de Indias por todo el tiempo de su viage, aunque dure mas, si no prueban impedimento especial para mayor detencion. *claf. 8. n. 218. f. 530.*

Salario del Proueedor, y Diputados de la Santa Misericordia, es el premio Celestial. *claf. 10. n. 16. f. 694.*

Salario menor respectivamente se debe al que se alquila para servir vn mes, ó vn año, que al que se alquila por vn dia. *claf. 1. n. 55. f. 28. y n. 58. f. 30.*

Salario de los criados debe el que los em-

bia a comprar, no el que les vende en su tierra. *claf. 8. n. 169. f. 504.*

Salario de su trabajo se debe al que trabajó por otro, aunque del trabajo no se consiga fruto. *claf. 8. n. 201. f. 519.*

Salarios de oficios se aumentan segun el valor del dinero en la Prouincia. *claf. 1. n. 342. f. 145.*

Salarios de sirvientes, como se deben apreciar. *claf. 2. n. 189. f. 261.*

Salario suficiente de muchachos, que sirven, es el sustento, y vestido, y enseñanza de algun arte. *claf. 2. n. 197. f. 264.*

Salarios, ó sueldos, que se dan a Artilleros, y a otros de otros oficios, que se embarcan para Filipinas, y no los exercen, no deben restituirlas. *claf. 5. n. 511. f. 379.*

Salario del jornalero, ó criado no se puede dilatar. *claf. 5. n. 54. f. 380.*

Salario se puede duntar algun tiempo, quando la dilacion cede conoциamente en utilidad del acreedor. *claf. 5. n. 53. f. 379.*

*Salud.*

De la salud de su alma, de ninguno se presume, que se olvida. *claf. 2. n. 111. f. 197.*

*Satisfacion.*

Satisfacion de injuria publica se debe hazer en publico. *claf. 4. n. 48. f. 338.*

Satisface a la deuda el que pudiendo dar lo mismo que debe en especie, dá otra cosa del mismo valor. *claf. 5. n. 48. f. 377. y n. 73. f. 389. y claf. 6. n. 7. f. 393.*

Satisface la deuda el que paga las deudas de su acreedor. *claf. 2. n. 51. f. 215.*

Qué satisfacion debe dar vno, que fue Juez, por vn horrendo sacrilegio, que hizo. *claf. 8. n. 138. f. 490.*

Satisfacer no se puede con Bulas de composicion lo que se debe a muchos vezinos de vn pueblo. *claf. 6. n. 51. f. 412.*

Caso en que deuda deste genero se puede satisfacer con Bulas de composicion. *claf. 6. n. 53. f. 412.*

*Secreto.*

Secreto natural, no se puede revelar por precepto del Superior, excepto en caso, que de guardarlo se siga daño grave. *claf. 4. n. 57. f. 342.*

*Sedevacante.*

En Sedevacante todo lo jurisdiccional compete al Cabildo. *claf. 8. n. 237. f. 542.*

*Sentencia.*

Sentencia ya pronunciada, no puede revocar el mismo Juez. *claf. 4. n. 47. f. 337.*

Sentencia difinitiva no ay en negocio, que no está bien averiguado. *claf. 9. n. 232. f. 686.*

Sentencia cierta en cosa dudosa, no es licita.

COSAS NOTABLES.

cita. *claf. 5. n. 6. f. 357. y claf. 7. n. 7. f. 420.*

La sentencia se ha de dar segun lo alegado, y probado. *claf. 8. n. 267. f. 555.*

Sentencia de privacion de salario, priva del desde el dia que se notifica. *claf. 8. n. 213. f. 527.*

*Sepultura.*

A cada vno se debe dar la sepultura, que eligió. *claf. 4. n. 66. f. 348. y n. 79. f. 351.*

El que dá sepultura a alguno en otra parte, debe restituir todos los emolumentos, que percibió, a la Iglesia donde se avia de enterrar, aunque no se los pidan. *claf. 4. n. 70. f. 348. y n. 79. f. 351.*

El que induce a otro a elegir sepultura en su Iglesia, incurre descomunión mayor. *claf. 4. n. 72. f. 349.*

Sepultando a vno en vna Iglesia con buena fé, debiendose enterrar en otra, se deben componer amigablemente los de ambas Iglesias. *claf. 4. n. 80. f. 351.*

Sepultura se puede elegir sin hazer testamento. *claf. 4. n. 81. y fig. f. 352.*

Para deberte dar sepultura en vna Iglesia a vn difunto, basta vn testigo sin sospecha, que diga, que le oyó elegir aquella sepultura. *claf. 4. n. 83. y fig. f. 352.*

Sepultura no se compra, sino el derecho para sepultar en tal parte. *claf. 9. n. 144. f. 647.*

Sepultura se divide en familiaria, y hereditaria, y en qué se diferencian. *claf. 9. n. 145. f. 648.*

*Servir.*

Servir al Obispo sin salario, puesta la mira en que agradecido le dará vn Beneficio, no es simonia. *claf. 2. n. 17. f. 200.*

Los servicios de los ecclavos son como frutos de lo que se posee. *claf. 5. n. 39. f. 372.*

*Simonia.*

Simonia es comprar sepultura, ó tierra para ella. *claf. 9. n. 143. f. 647.*

La Simonia requiere contrato oneroso. *claf. 1. n. 301. f. 127.*

Dar el Beneficio a vno, porque será mas vil al que lo dá en cosa precio estimable, es Simonia. *claf. 1. n. 302. f. 128.*

Simonia es qualquiera donacion, que se haze al Patron con qualquiera titulo, si se le dá para moverle a que presente al Beneficio. *claf. 1. n. 304. f. 128.*

*Soldados.*

Soldados embiados a vna guerra, regularmente no deben restituir lo que destruyeron, y consumieron, aunque despues sepan, que la guerra fue injusta. *claf. 4. n. 11. fol. 319.*

Al soldado, que juega el focorro luego que se lo dan, no es pecado mortal el hurto,

que se le haze, si no llega a materia grave. *claf. 4. n. 18. f. 324.*

Soldado pobre, que con su focorro, y diligencia sustenta su casa, es pecado mortal hurtarle dos reales en Indias. *claf. 4. n. 19. y fig. f. 325.*

Al soldado, que muere en la guerra peleando, y a sus herederos, no debe el Rey mas del salario ordinario. *claf. 2. n. 52. f. 215.*

*Subrogado.*

Subrogado, ó sustituto no obliga mas que lo principal. *claf. 3. n. 12. f. 279.*

*Sufragio.*

Sufragio es toda obra pia, que se haze por los difuntos. *claf. 9. n. 40. f. 597.*

Sufragios, que hazen los Religiosos de Santo Domingo de la Provincia de Filipinas, por los Religiosos difuntos, obligan de justicia. *claf. 1. n. 353. f. 150.*

Sufragios a que obligan las constituciones por Religiosos difuntos, en qué forma obligan. *claf. 1. n. 350. f. 152.*

Al que no haze los sufragios debidos a los difuntos, no se le aplicarán sufragios quando muera. *Ibidem.*

Vnos sufragios se pueden commutar en otros de igual satisfacion. *claf. 1. n. 359. f. 153.*

*Substancia, y sustentar.*

A la substancia del negocio se ha de atender mas que a las palabras. *claf. 8. n. 259. f. 551.*

Substancia de la cosa no se muda por multiplicacion, ó variacion de palabras. *claf. 8. n. 265. f. 554.*

Sustentale a vezes el hecho de Virreyes, y Governadores contra Cédulas Reales, por evitar inconvenientes. *claf. 8. n. 227. f. 536.*

Sustento de Curas de vn pueblo pobre, debe ser muy moderado. *claf. 8. n. 296. f. 567.*

*Sueldo.*

Sueldo, que dá el Rey al soldado, no se parte con la muger por bienes gananciales. *claf. 9. n. 172. f. 659.*

*Superior.*

Superior, que sabe, que sus subditos hizieron vn hurto, y calla, y diffimula, se presume, que tiene concurso moral en los hurtos, que de alli en adelante hizieren los mismos. *claf. 8. n. 197. f. 568.*

*Suplica.*

Suplica razonable de los subditos susperide la obligacion de observar la ley. *claf. 1. n. 405. f. 172.*

Suplica del Alcalde mayor a los Sangleyes para que jueguen, es violencia, que obliga a restitution. *claf. 8. n. 125. f. 485. y n. 128. f. 486.*

INDICE DE LAS

T.

*Tacito.*

Lo tacito vale como expreffo. claf. 1. n. 148. f. 65. y n. 283. f. 119. y claf. 2. n. 118. f. 237. y claf. 3. n. 55. f. 298. y claf. 6. n. 50. f. 411. y claf. 8. n. 13. f. 434.

*Tardança.*

A cada vno es dañosa fu tardança. claf. 1. n. 101. y fig. f. 47.

*Temor.*

Temor anula la donacion, y contrato. claf. 1. n. 343. f. 145. y claf. 2. n. 8. f. 195. y claf. 8. n. 62. f. 453.

Temor no excusa de restituir al que mandado del Superior hizo daño, si el Superior no restituye. claf. 8. n. 64. f. 455.

Temor, que se pone injustamente excusa, y es impedimento legitimo, no el que justamente se pone. claf. 8. n. 215. f. 528.

El que puso temor a otro, con que le impide usar de su derecho, debe quitar las causas del temor, y restituir los daños, y lucro cesante del tiempo que durò el temor. claf. 8. n. 164. f. 502.

*Templo.*

Templo debe tener decencia, y esplendor. claf. 8. n. 285. f. 562.

Templo es el lugar mas seguro, que puede aver entre Catolicos para guardar los depositos. claf. 9. n. 63. f. 610.

Templo de Jerusalem profanado por permissiõ de Dios. Ibidem.

*Tentar.*

Tentar a Dios es no hazer lo que la razon dicta, por esperar socorro especial de Dios. claf. 2. n. 159. f. 251.

*Termino.*

Termino de la ley, prolongado por el testador, puede el Albacea hazer el testamento, y cumplirlo despues de años. claf. 8. n. 246. f. 545.

*Testador. Testar. Testamento.*

Testar no puede por el difunto el Juez de testamentos, por muerte del que tenia el poder. claf. 8. n. 242. f. 544.

Testador no puede disponer, que no se observe lo que es de derecho. claf. 8. n. 250. f. 547. y claf. 9. n. 216. f. 677.

Testamentos ay, que es imposible cumplirte en vn año, y en mas. claf. 8. n. 254. fol. 548.

Testamentos, que solemnidad requieren para su valor. claf. 9. n. 4. f. 580. y n. 25. f. 588. y n. 30. f. 592.

Testamento, ó legado para causa pia, vale con dos testigos. claf. 9. n. 5. f. 580. y n. 28. f. 590.

Testamento ultimo es el que vale, y revoca los antecedentes. claf. 2. n. 97. f. 228.

Testamento no tiene valor hasta que se confirme con la muerte del testador. Ibidem.

Testamentos, y legados, que no son de causas pias, pertenecen a la jurisdiccion lega. claf. 9. n. 14. f. 584.

Testamento en papel simple vale, si es para causas pias. claf. 9. n. 19. f. 586.

Testamento sin Elicriano, aunque lo huviese en el pueblo, vale, como se haga con cinco vezinos del lugar, ó siete, aunque no sean vezinos. claf. 9. n. 22. f. 587.

Testamento hecho ante testigos, sin Elicriano, si se pierde, licitamente se puede bolver a hazer, y firmar los mismos testigos. claf. 8. n. 257. f. 550.

Testamento hecho sin escritura ante testigos, vale. claf. 8. n. 258. f. 551.

Testamento nulo por no aver señalado heredero, vale quanto a los legados, y disposiciones. claf. 9. n. 139. f. 644.

Del testador se presume, que quiso disponer lo que es conforme a Derecho. claf. 9. n. 218. f. 678.

Lo dispuesto por el testador, no se ha de impedir, ni dilatar. claf. 1. n. 151. f. 67.

De ninguno se presume, que quiso testar contra su misma disposicion. claf. 5. n. 8. f. 358.

Testamento sin las solemnidades del Derecho, constando ser aquello voluntad del testador, y no aver fraude, se debe cumplir en conciencia. claf. 1. n. 270. f. 114.

Del testador nunca se presume, que se contradize, si de alguna manera se pueden concordar vnas disposiciones con otras. claf. 2. n. 217. f. 273.

*Testigos, y testificar.*

A vn testigo solo no se dà credito. claf. 1. n. 59. f. 31. y claf. 8. n. 31. f. 441. y n. 307. f. 575.

Vn testigo con adimniculos, en algunos casos prueba. Ibidem.

Testificaciones de vna parte litigante, no se muestran a la otra hasta estar cumplido el termino probatorio. claf. 3. n. 15. f. 280.

El que fue testigo falso vna vez, no es capaz de testificar otra. claf. 4. n. 63. f. 345.

Vn testigo sin sospecha basta en algunos casos. claf. 4. n. 83. y fig. f. 352.

El testigo mas cierto del corazon del hombre, es el mismo hombre. claf. 8. n. 74. f. 459.

Testigo falso debe desdeizirse, si todavia no está acabado el juicio donde jurò, y si ya está acabado, debe restituir los daños. claf. 8. n. 221. f. 531.

Testigo falso, si de su dicho no se siguiò de hecho daño, no debe restituir. claf. 8. n. 219. f. 531.

Testi-

COSAS NOTABLES.

Testigo puede ser vno por su Iglesia, ó Comunidad. claf. 8. n. 256. f. 550. y claf. 10. n. 50. f. 706.

Testigos no pueden ser los domesticos. Ibidem.

Testigo no puede ser tachado por la parte que le presentò. claf. 8. n. 262. f. 553.

Quatro testigos son necesarios para vencer vna escritura. claf. 9. n. 3. f. 579.

Testigos, y pruebas no se admiten en ocasiones. claf. 1. n. 106. f. 49.

Dos testigos bastan en qualquiera causa. claf. 8. n. 31. f. 441. y n. 307. f. 575.

A dos testigos, que afirman, se cree mas que a diez, que niegan. claf. 1. n. 331. f. 140.

Testigo, que no dà razon de su dicho, no vale. claf. 5. n. 59. f. 382.

*Theologo.*

Theologo consultado cree al que le pide consejo. claf. 1. n. 5. f. 7.

*Tiempo.*

Tiempo pasado no se comprehende en la disposicion, que no determina tiempo. claf. 8. n. 211. f. 526.

El tiempo para pagar las deudas no se puede prolongar al Albacea, ni para esto tiene plazo de vn año, sino luego que pueda. claf. 8. n. 252. f. 548.

Tiempo para cumplir los legados pudo el testador prolongarlo. Ibidem.

El tiempo le corre en algunos casos al impedido legitimamente. claf. 8. n. 245. f. 545.

Tiempo de las vacancias de las Capellanias se cuenta desde la noticia della. claf. 1. n. 177. f. 77.

Qual se reputa por tiempo corto. claf. 8. n. 88. f. 469.

*Todo.*

Todo, y las partes tienen respectivamente el mismo derecho. claf. 1. n. 217. f. 92.

*Toro.*

Vn Toro es llevado con vn cintero muchissimas leguas, y vn hombre con vna palabra. claf. 3. n. 78. f. 305.

*Tolerancia.*

Tolerancia de los subditos no asegura la conciencia del Superior, de que son voluntarios. claf. 8. n. 96. f. 472.

*Trabajo.*

Trabajan mas quatro hombres, que esperan recibir su salario, que diez, que ya lo tienen recibido. claf. 1. n. 55. f. 28 y n. 58. f. 30.

El trabajo del esclavo, y lo que con el adquiere es de su amo. claf. 1. n. 56. f. 29.

Trabajo, y ocupacion de Indios se les debe pagar, y el Alcalde mayor, si les ocupò en cosas proprias. claf. 8. n. 63. f. 454. y 89. f. 470. y n. 104. f. 475.

Trabajo, que avia de cargar sobre muchos, y por aver dado dinero al cabo, algunos se excusaron, y cargò el trabajo sobre pocos, se debe restituir el dinero a los que trabajaron. claf. 8. n. 195. f. 516.

Al que trabajò por orden de otro, se le debe su salario, aunque el que mandò trabajar no consiga el fruto. claf. 8. n. 201. f. 519.

*Transaccion.*

Transaccion en los crimines, aunque sean capitales, permiten las leyes, excepto el adulterio. claf. 9. n. 213. f. 676.

*Transferir.*

Transferir a otro mas derecho, que el que tiene, ninguno puede. claf. 9. n. 119. f. 632.

*Traspasso.*

Traspasso de dominio no se haze por acto puramente interior entre los hombres. claf. 2. n. 3. f. 191.

*Trebelianica.*

Trebelianica se dize la quarta parte de toda la herencia, que toca para si el heredero gravado. claf. 3. n. 25. f. 285. y n. 60. f. 300.

Esta parte no se puede sacar del quinto. claf. 3. n. 25. f. 285.

*Tributos.*

Tributos justos se deben en conciencia, y no es licito ocultarlos. claf. 4. n. 58. f. 343. claf. 8. n. 177. f. 508. y n. 185. f. 503. y n. 193. f. 515. y n. 292. f. 565.

Tributo, que pagan los Indios, es moderado. claf. 6. n. 5. f. 392.

Tributos, que el encomendero dexò de cobrar, no es licito al Ministro de Doctrina cobrarlos para la Iglesia. claf. 8. n. 294. f. 566.

*Tutor, y Tutela.*

Tutor en los Reynos de España lleva la dezima parte de los frutos de la hazienda del pupilo. claf. 3. n. 60. f. 300.

Al tutor se le cree, y a sus libros en su favor, quando es verisimil. claf. 9. n. 45. f. 599.

El tutor debe hazer lo que el padre del menor hiziera. claf. 9. n. 58. f. 609.

Tutor està obligado a poner a ganancia los bienes del pupilo. claf. 9. n. 63. f. 610.

Tutor no debe pagar los daños, que sin culpa tuya padecen los bienes del menor. Ibidem.

Tutor haze dos daños al pupilo, no dando su dinero a ganancias licitas. Ibidem.

Si el tutor diò a ganancias licitas su proprio dinero, y no el del menor, està contra el la presuncion, y le incumbe el *onus probandi*, pero si no diò su dinero a ganancias, le incumbe al pupilo dar la prueba de que tuvo ocasion de darlo a ganancias. claf. 9. n. 64. f. 612.



Tutor, que se aprovechò de la hacienda del menor, debe pagarle lo que licitamente se pudiera aver ganado con su dinero. Ibid. Tutor, y curador en què se diferencian. clas. 9. n. 69. f. 614.

Tutor, y curador tienen las mismas obligaciones, y las leyes, que disponen del tutor, se entienden del curador, y por el contrario. Ibidem.

El que sin ser tutor, ó curador, cuydò del pupilo, ó menor, ó recibió sus bienes, tiene las mismas obligaciones de tutor, ó curador. Ibidem.

Tutor es de tres maneras, testamentario, legitimo, y dativo. clas. 9. n. 70. f. 615.

Tutor testamentario excluye al legitimo, y este al dativo. Ibidem.

Tutor de sus entenados en algun caso raro puede ser su padrastro. clas. 9. n. 71. f. 617.

Tutor no se puede dar a los que ya lo tienen, si el primero no se ha hecho incapaz. clas. 9. n. 72. f. 618.

Tutela de sus hijos pierde la madre, pasando a segundo matrimonio. clas. 9. n. 75. f. 619.

V.

Vagabundo.

Ningun hombre es vagabundo de su naturaleza, ó nacion. clas. 8. n. 130. f. 539.

Por vagabundo se reputa el Indio, que no està empadronado en pueblo alguno. Ibid.

Vagabundo es el que ha diez años, que salió del pueblo donde estava empadronado, y no ha buuelto a èl, ni se ha empadronado en otro. clas. 8. n. 231. f. 540.

Valor.

Valor de las cosas es el precio en que se pueden vender. clas. 1. n. 140. f. 61.

Valor tienen muchos actos, que se hacen, aunque prohibidos. clas. 1. n. 341. f. 144.

Vando.

Vando, que prohibe a los Indios disponer de su arroz hasta enterar la vandala, es injusto. clas. 8. n. 81. f. 464.

Vecinos.

Vecino del lugar es el que ha vivido en èl diez años, con mejor titulo, que el que nació allí. clas. 8. n. 140. f. 493.

A los que no son vecinos de vn pueblo justamente se les impide facar frutos de los montes, y campos del pueblo. Ibidem.

Vecinos del pueblo pueden impedir, que los que no son de allí pesquen, y cazen en sus rios, y montes; pero la pesca, y caza, que los estraños cogieron, no la deben restituir a los vecinos. clas. 8. n. 288. f. 564.

Venta, y vender.

Venta no està efectuada, hasta que se pague el precio, ó el comprador se constituya deudor dél. clas. 1. n. 56. f. 29.

El que vende vna cosa por otra, debe restituir, y la venta es nula. clas. 7. n. 1. f. 416.

El vendedor tiene derecho para vender a los precios, que ofrece la ocasion. clas. 7. n. 3. f. 421.

Venta de plazas de mar, redundan en robo, y daño comun de la Republica. clas. 8. n. 13. f. 424.

Venta de vna librança por mucho menos, es valida. clas. 8. n. 4. f. 445.

Venta de la cosa por menos de lo que vale a sabiendas, es donacion. clas. 8. n. 101. f. 474.

Vender debe todas las alhajas no necesarias para restituir el que debe. clas. 8. n. 194. f. 515.

Venta hecha por fuerza, ó miedo, es nula. clas. 8. n. 309. f. 575.

Vender la cosa a mas precio de lo que le costò, es licito, como no aya fraude, ni monopolio, ni impida a otros comprar, ó vender. clas. 1. n. 226. f. 96.

Nula es la venta de cosa hipotecada con pacto de que no la puedan vender. clas. 1. n. 282. f. 119.

El que vende cosa con vicio oculto, està obligado a manifestarlo, o a restituir los daños. clas. 1. n. 287. f. 121.

La venta, y compra se anulan, si se encubrió el vicio de lo que se compraba, si el comprador quiere que se anule. Ibidem.

El que vende vna cosa, solamente se entiende vender el derecho, que en ella tiene. clas. 1. n. 317. f. 133.

Vender con ganancia no se prohibe al Eclesiastico. clas. 1. n. 444. f. 186.

Vender la cosa por todo el precio, que dan por ella, es licito, como no aya fraude, ni violencia, ignorancia, ni monopolio. clas. 2. n. 194. f. 263.

Verdad.

A la verdad del hecho se ha de atender, y no hazer question de la intencion. clas. 4. n. 88. f. 354.

La verdad prevalece à toda opinion. clas. 8. n. 265. f. 554.

Verisimil.

En casos dificiles, ó dudosos, se cree lo mas verisimil. clas. 6. n. 37. f. 404.

Lo que no es verisimil, no es creible. clas. 1. n. 105. y clas. 6. n. 36. f. 403.

Verisimil no es que se fuerça el animo por cosas de poco valor. clas. 8. n. 2. f. 430.

En lo verisimil se dà credito al testador, y al

al administrador de hacienda agena. clas. 9. n. 4. f. 580.

De lo verisimil se faca fuerte argumento en lo moral. clas. 9. n. 189. f. 668.

Verisimil es lo que muchos opinan. clas. 2. n. 157. f. 250.

Vestido.

En vestir gastan poco los trabajadores de Filipinas, por los calores de todo el año. clas. 2. n. 197. f. 263.

Vida.

Vida de hombre libre quitada injustamente, no se restituye con dinero. clas. 4. n. 12. f. 320.

Vida mayor bien, que la opinion de cuerdo. clas. 8. n. 210. f. 524.

Vigilantes.

A los vigilantes favorece el Derecho. clas. 1. n. 118. f. 53. y clas. 8. n. 204. f. 521.

Violencia.

A la violencia justamente se resiste con violencia. clas. 7. n. 6. f. 419.

Violencia no se cree, que padece alguno en la Ciudad, quando pudo recurrir al Juez. clas. 1. n. 105. f. 49.

Viril porcion.

Viril porcion, que sea. clas. 9. n. 186. f. 665.

Virtud.

Vna virtud no es contraria a otra. clas. 2. n. 147. f. 246. y n. 185. f. 260.

Vista.

Vista, que las Ordenanças Reales mandan, que haga el Alcalde mayor cada año en los pueblos, para que los Indios siembren cocos, crien gallinas, y puercos, se ordena al bien comun, y particular de los Indios. clas. 8. n. 77. f. 460. y n. 199. f. 518.

Esta vista se ha buuelto contra el bien comun, y particular de los Indios. Ibid.

Puede el Alcalde hazerla por otros, y dexarla de hazer sin pecado. Ibidem.

Esta vista como se haria con fruto, y sin daño. Ibidem.

Voluntad.

Voluntad tacita, ó implicita, basta para el valor de los contratos. clas. 3. n. 29. f. 287.

Voluntad vltima del testador se ha de cumplir enteramente. clas. 2. n. 218. f. 273.

Si no es posible cumplirse en todo, se ha de cumplir en lo que se pudiere, mudandole las circunstancias, que la hazen imposible. clas. 8. n. 280. f. 560.

Voluntad vltima sin la autoridad de la Sede Apostolica no se puede mudar en otra cosa. Ibid.

Voluntad del testador es ambulatoria, puede se mudar hasta que muera. clas. 2. n. 96. f. 228.

Voluntad vltima del difunto, aunque no aya testamento, se debe cumplir en conciencia por derecho natural. clas. 2. n. 212. f. 270.

Vltima voluntad tiene fuerza de ley. clas. 1. n. 171. f. 74. y clas. 10. n. 24. f. 697. y n. 40. f. 703.

Contra la vltima voluntad del testador, clara, cierta, y exequible, ninguno puede dispensar, ni interpretar. clas. 1. n. 156. f. 69.

Voto.

Voto obliga segun la intencion del que lo hizo. clas. 6. n. 34. f. 401.

Voto formalmente es personal, y tambien el juramento. clas. 9. n. 155. f. 651.

Por el voto formalmente se induce solamente obligacion a Dios. clas. 9. n. 162. f. 653.

Por el voto, ó juramento, que hizo el antecesor, passa a los herederos otra obligacion, no de voto, ni de juramento, sino de justicia, a cumplir lo que el otro votò, ó jurò. clas. 9. n. 158. f. 651.

Votos, ó limosnas con detrimento de la legitima de los herederos, no valen. clas. 9. n. 167. f. 655.

Voto de la pobreza se relaxaria, si cada Religioso presumiera tener licencia tacita para dar limosna siempre que quisiera. clas. 2. n. 125. f. 239.

Los votos como se han de commutar. clas. 1. n. 145. y fig. f. 64.

Voto de la pobreza se quebranta por qualquiera gasto notable del Religioso en cosa illicita, aunque sea Prelado, ó tenga licencia de gastarlo. clas. 2. n. 210. f. 269.

No es contra el voto de la pobreza perdonar con licencia del Prelado la cantidad, que se avia dado por mal fin. clas. 2. n. 211. f. 269.

Vsura.

Vsura es la ganancia, que se lleva por el emprestido de las cosas, cuyo uso es confundirlas. clas. 1. n. 20. f. 12.

Vsura muy aborrecida en Tribunales Catolicos. clas. 1. n. 40. f. 21.

Vsura pecado mortal con obligacion a restituir. clas. 1. n. 52. y fig. f. 26.

Vsureros no se les puede dar la Comunión, ni recibir su ofrenda, ni enterrarlos en Sagrado. Ibidem.

Vsura es recibir por el emprestido qualquiera precio estimable. clas. 1. n. 54. f. 27.

Vsura es pedir correspondencia por el dinero, que dieron para ayudar al matalotage, ó a otras necesidades a los que se embarcan. clas. 1. n. 319. f. 134.

No es vsura llevar algo por el emprestido, que se llama commodato, aunque se presen deste modo dineros. clas. 1. n. 427. f. 179.

INDICE DE LAS

*Vfo, y vfar.*

Vfo precio eftimable de la cofa agena fe debe pagar, efpecialmente quando ahorrò el gafto, que avia de tener por otra parte. claf. 1. n. 54. f. 27.

El que vfa de fu derecho no agravia. claf. 1. n. 376. f. 160.

Vfo de la cofa agena, fin voluntad de fu dueño, es hurto. claf. 6. n. 8. f. 393.

Vfo de derecho, y vfo de hecho, y vfufruto en qué fe diftingan, y qual tenga el Religiofo. claf. 2. n. 116. f. 236.

Vlar mal de tus cofas a ninguno fe permite. claf. 1. n. 249.

*Vfufruto.*

Vfufruto, y adminiftracion de los bienes, que heredan los nietos a fus abuelos maternos, fe debe al padre dellos, y aunque el abuelo mande por teftamento, que no fe les entreguen, fe le deben entregar. claf. 9. n. 114. f. 630.

*Vfurpar.*

Qualquiera modo de vfurpar lo ageno, es hurto. claf. 3. n. 130. f. 487.

*Vtilidad.*

La vtilidad ha de tener el que tuvo el rieigo, y trabajo. claf. 3. n. 53. f. 297. y claf. 8. n. 24. f. 439. y n. 315. f. 577.

FIN.

