

cita, y figue, in admitt. post 3 part. resol. 1. es de derecho natural, y de las gentes, que pueda cada vno satisfacer. se a si mismo, quando no puede cobrar la deuda por otro camino.

OBJECCION

10 Y si dixeris : que segun derecho, el deposito no admite compensacion, como consta, ex cap. Bonif. des. de deposito leg. Compensatio, Cod. de compensat. ex leg. Si quis, vel penurias, iuncta antedictis, ibi subiecta, Cod. de deposito: ergo, &c.

11 Responden : que estas, y las demas leyes, que tratan de esta materia, solo obligan en el fuero exte-

no, y no sirven mas, que para el, y no para el fuero interno, donde solamente se atiende a la verdad, y no a presumpciones, en que muchas vezes se fundan las leyes humanas.

12 De todo lo dicho se infiere: que el acreedor, que secretamente huviere comprado su credito, aunque huviesse otros acreedores anteriores, no quedara ligado con el Monitorio, que lo pena de excomunion, manda restituir, como bien Diana con Theophylo Raynaldo, y otros. part. 5. tract. 13. resol. 79. y la razon es: porque el Juez Eclesiastico con dicha descomunion, solo pretende obligar a restituir aquello, que no se puede retener sin pecado: ergo, &c.

CONSULTA XX.

Peдро no puede cobrar de Juan cien ducados, que le debiese una escritura contra el dicha de ochenta ducados, pero esta ya pagada.

Prrogansa, pues, si se podrá valer en conciencia de la dicha escritura, para pedir, y cobrar por justicia, ja que no pueda toda la cantidad, a lo menos lo que esta escritura contiene?

CONCLUSION.

1 Respondo afirmativamente, y se prueba: lo vno, porque si en sentencia probabilissima, le es licita a Pedro la recompensa oculta de dicha deuda, como consta de todo lo dicho en la Consulta antecedente, y porque le ha de ser licito el valerse de dicha escritura para cobrar dicha deuda, quanto no tiene otro medio para poderla cobrar? Pues siendo licito el cobrar lo que se le debe, parece por consiguiente, que le ha de ser licito el unico medio que ay para ello, qual se supone ser el dicho: ergo, &c.

2 Lo otro: porque quien le da derecho para dicha cobranza es la justicia natural: que la tal escritura solo sirve para fomentar este mismo derecho, y para que la justicia le obligue en el fuero externo a que pague lo que debe en conciencia, y por su malicia no quiere pagar de otro modo.

3 Y lo otro: porque contra lo dicho no parece que puede aver fundamento, que no tenga facultacion, ni inconveniente grave, como le verá, respondiendo a lo que puede objetarle contra lo dicho: ergo, &c.

OBJECCION I.

4 Dirás lo primero: en valerse Pedro de dicho medio obra contra la justicia conmutativa: pues le impone a Juan el gravamen de vna escritura, que es gran sobrecarga, y mas si la tal escritura conviene hipoteca exprestada, sed se est, que aunque Pedro tiene derecho a la cobranza de su credito, no le tiene por esse medio ni con ella carga; así como tampoco podria poner a Juan en carcel privada, ni valerse de otros medios fuertes para la dicha cobranza ergo, &c.

RESPUESTA.

5 Respondo: que es verdad, que Pedro no tiene derecho para valerse de dicho medio, quando ay otro mas honesto; pero lo contrario debe decirse quando no ay otro medio, como en nuestro caso: y que Juan se tie-

ne la culpa; por no pagar, de que Pedro se valga de esse medio en fomento de su verdadero derecho.

Además, que dicho medio de la escritura no es mas gravoso, y molesto a Juan, que lo es la de romarse Pedro la justicia por su mano, compensandole ocaltamente; y con todo esto, es es probabilissimo; y comun, que lo puede hazer sin ir contra la justicia conmutativa: ergo, &c.

6 A lo de la hipoteca digo: que, eo ipso, que Juan contraxo la deuda, tacitamente quiso obligar sus bienes, y hazienda (que es vna hipoteca tacita) y que Pedro cobrasselé con el mejor modo que pudo: y que al presente no tiene otro, ni mas facil, ni mas prompto; la qual obligacion, è hipoteca se puede exenptifitacion con lo que dicen algunos del vltimero, nempè; que sus bienes estan tacitamente hipotecados con hipotecacita tacita natural a la restitucion de las vsuras; aunque no ay derecho que tal diga; luego tambien se podrá decir lo mismo de qualquiera deudor personal, nempè; que quando se contraxo la deuda pretenden ambos los contrayentes, que la obligacion sea en persona, bienes, y hazienda: (que es hipoteca tacita natural) pues eo ipso, que vno deba, puede el acreedor hazer, que le pague de sus bienes; y si estos no estuviesse naturalmente hipotecados con hipoteca tacita, no cupiera, ni traxiera lugar la recompensa en ellos, sin passar por la persona, contra lo que probabilissimamente tienen tantos Doctores, que dan por licita dicha oculta recompensa.

Y así, aunque la dicha escritura contuviesse hipoteca, no por ello añade gravamen, que no le huviesse ya en la hipoteca tacita natural. Además, que así mismo puede Juan imputarse dicho gravamen (si ay alguno) pues es la causa, y se tiene la culpa con no pagarle, de que Pedro se valga de esse medio para cobrar lo que es suyo, y al qual medio se obligo tacitamente Juan, en defecto de otro, quando contraxo la deuda.

se haze daño a otra persona alguna, como supongo, y tengo entendido: ergo, &c.

OBJECCION II.

5 Dirás lo segundo: que aunque el abuso de dicha escritura no sea contra la justicia conmutativa; es, empero, pecado contra otras virtudes; v.g. contra la veracidad, ó verdad, contra la Religion, y contra la justicia legal. Contra la veracidad, porque en dicho abuso ay falsedad virtual, pues la deuda que se pide, no se deve en virtud de essa escritura. Contra la Religion, porque si le tomassen juramento a dicho Pedro, no podrá escapar de juramento falso; y así podrá el dicho, si se le probasse ser castigado por falsario, y por perjurio. Es así mismo contra la justicia legal; y pues lo dicho es en daño de la Republica, y va en ello contra las leyes del orden de pagar las deudas: ergo, &c.

RESPUESTA I.

8 Respondo lo primero: que aqui no ay falsificación de escritura, ni ex se patet; y pues ninguna escritura se fabrica para lo dicho: sino solo lo que ay es vna falsa aplicacion, y vto de la escritura a esta deuda; pero como se funda esto in prioribus veritatibus, y se aplica con equivocacion, como después dire, no ay allí mentira.

Indo, si segun derecho puede decirse, que ay falsedad allí, quia, ex leg. Cum filius, §. Haeres meus, ff. de legat. 2. illud non potest dici falsum, quod iudicatur primordially veritatis. Así lo tienen Grammatico, Gravera, Corneo, Alciato, Menochio, Gypcio, Bellochio, Capeavilla, Carlos Bauco, Sá, y otros, apud Dianam, part. 5. tra. 14. resol. 40. part. 9. tract. 8. resol. 61. y part. 5. tract. 6. resol. 56. Lo mismo tiene Joseph de Selsé, Aragón; doc. 106. num. 5. Surdo cons. 173. num. 50. y cons. 303. num. 25. y Facinacio de falsi. quest. 150. num. 106. y lo mismo tiene Julio Claro, lib. 5. Falsum, num. 34. que dice ser lo dicho conclusion cierta en derecho, y coraunamente aprobada, sus palabras son: Est enim certa iuris conclusio, quod non potest dici falsum illud, quod iudicatur primordially veritatis, leg. Cum filius, §. Haeres meus, ff. de leg. 2. & hunc conclusionem dicit esse communiter approbatam Follier. in pract. crimin. fol. 183. num. 35. Hasta aqui dicho Julio Claro.

9 Confirmale lo dicho: para que tenga lugar el crimen de falsedad, es menester, que concuerren tres requisitos, nempè mutatio veritatis dolus, & artitudo nuntiandi, iuxta leg. Nec exemplum, 20. Cod. ad leg. Cornul. de falsi. Bart. in leg. Quid sit falsum, ff. de ed. tit. Bartol. cons. 172. num. 7. volum. 1. Bayard. ad lal. Clar. in y. Falsum num. 7. Ciriac. contrav. 121. num. 12. & 636. numer. 19. D. Lorenz. Matib. de re crimin. contrav. 5. num. 27. y lo mismo tiene por conclusion comun, y verdadera el derecho Julio Claro, ubi supra, num. 35. y 35. sed sic est, que en nuestro caso, por vna parte es verdadera la deuda, que se pide por la dicha escritura: por otra Pedro va de su derecho, y se vale de la dicha escritura para excluir la fraude de Juan, que niega la deuda, en el qual caso no ay dolo, segun la ley Cum pater, 79. §. 2. tit. in fin. ff. de leg. 2. Francisco Molina, de ritu nupt. lib. 2. diff. 1. 1. num. 24. y otros; y por otra, en lo dicho no

RESPUESTA II.

10 Respondo lo 2.º que caso que a Pedro le tomen juramento, podrá jurar con equivocacion en aquella forma: Juro, que se me debe esta cantidad, que pido con esta escritura, en lo qual no ay mentira, ni juramento falso, sino la pura verdad: pues lo que pide, y jura es, que se le debe la dicha deuda, que pide, mediante aquella escritura: lo qual no es jurar que se le deba la deuda de que la escritura habla, sino la deuda que pide, y pretende de que aquella escritura, lo qual es cierto, y verdadero.

Ni obsta, el que si se le probasse, podria ser castigado en el fuero exterior: porque muchos delitos se castigan en el fuero exterior, que no fueron delitos en el fuero interno de la conciencia; y esto porque el fuero exterior castiga por presumpcion, a la qual no se atiende en el fuero interno, sino a la verdad, a la qual (adhibi segun derecho) cede la presumpcion, ex leg. Nuptura filii. ff. de iur. dot. leg. fin. in princip. ff. de eo, quod met. conf. leg. Cum de indebiti. ff. de probat. y la comun de Doctores.

RESPUESTA III.

11 Respondo lo tercero: que Pedro en lo dicho a ninguno haze injuria, ni agravio: pues Juan no tiene otros acreedores, a quien con dicha cobranza se perjudique: y quando huviesse algunos (que no se sabe de ello) ni ellos pagan, ni Juan está tan fallido, ó tan pobre, que por pagar dicha deuda, que por imposibilitado de poder pagar otras muchas (caso negado, que las tenga, y que sean anteriores, y con hipoteca exprestada.)

12 Además, que en pretender Pedro cobrar dicha deuda, que se le debe, por el medio unico, que tiene para lo dicho, vá de su derecho, y el que vá de su derecho, a ninguno haze injuria, ex cap. Cum Ecclesia, 3. vesp. Quia, de elect. leg. Iulianorum, §. 1. ff. de iniuria leg. Qui iniuriarum, §. Si quis, ff. de iure iurand. leg. Iurando, ff. de iur. iur. y de otras muchas; lmo, el que mira por su indemnidad tampoco haze injuria a alguno, ex leg. Filio pater, ff. de legat. 1. leg. Si in meo, ff. de aqua pluviar. aridand; y de otras: ergo, &c.

RESPUESTA IV.

13 Respondo lo quarto: que en el presente caso; no vá Pedro contra la justicia legal: pues no haze agravio, ni injuria a persona alguna, ni a la Republica, ni vá contra las leyes del orden de pagar las deudas; por que si en dicho caso, como suponemos, no ay otros acreedores contra Juan, mas que Pedro; ni Juan tiene otra deuda mas que esta que se le pide, ex se patet, que en lo dicho, no se vá contra las leyes que hablan de el orden de pagar las deudas, prefiriendo vnas a otras, y decidiendo cuáles se deba pagar primero, a fin de evitarse pleytos, y dar forma para la expedicion de ellos en los Tribunales, lo qual no tiene lugar, quando es vna sola deuda, y el acreedor vno solo, et per se patet.

14 Tiene nuestra resolución el docto Lumbier, absolutamente, en terminis precisos de nuestro caso, tom. 1. pag. 428. num. 243. in princip.

QUESTION INCIDENTE.

15 *Imo*, pregunta luego, que le dirán en caso, si lo dicho fuese en daño de tercero, por aver otras deudas anteriores à la de Pedro con escritura, è hypoteca?

16 A que responde: que quizás dirá alguno, y le parecerá ser probable, lo primero: que *adobe* en tal caso podría Pedro valerle de dicha escritura, para obligar al deador, si pidiese solo Pedro, y no el otro tercero: porque esta diligencia le dà la antelación para con el deador. Lo segundo, que en la sentencia de Covarrubias, si la deuda de Pedro fuese en la verdad anterior en tiempo, tiene por su parte la prelación en la justicia natural, y que así podría en dicho caso pedir también en los Tribunales con la sobredicha escritura, con tal, que no huviesse escándalo, sabiendose que estava pagada.

17 Y la razon en que se podría fundar para lo dicho, es: porque dichas leyes de la Republica son solamente para el fuero externo, y no para el interno de la conciencia, como lo tienen Gabriel, in 4. dist. 15. quest. 2. dub. 6. y Valero de differ. varisq; que sup. verb. *debitum*, y verb. *Compenfatio*; y así, solo le ordenan à dar forma en los Tribunales para evitar fraudes, assignando por regla mas segura, por donde se deban gobernar los Juezes, la antelación de la hypoteca; pero no contra, que por esto pretendan quitar el derecho, y justicia natural, que dà la antelación del tiempo: pues al passo que el acreedor ha carecido por mas tiempo de su dinero, por el mismo caso, segun derecho natural, deve ser mas efrecadamente, y con mas brevedad restituído en él: pues la razón natural nos dicta, que se ha de ocurrir primero al mayor incommodo. *sed sic est*, que el que ha carecido por mas tiempo de su dinero, ù de la solución de lo que se le deve, *eo ipso*, ha recibido mayor incommodo, que el que no ha carecido por tanto tiempo de la solución de la deuda (*exteris paribus*) *vt ex se patet*: ergo, &c.

18 Además, que parece contra razon, y justicia natural, que el primer acreedor aya de ser desahuciado, no solo para el fuero exterior, sino aun también para el fuero de la conciencia, de su credito, por las deudas posteriores, que en agravio deste contrato despues del mismo deador: pues no parece justo, ni razonable, que no avieno dichas deudas, quando dicho Juan contraxo con Pedro, contrayendolas despues, quizás con delito, y en injuria de Pedro, y le ayan de ser dañosos à este, de tal suerte, que no las pueda pedir con seguridad de conciencia en los Tribunales, y valerle para esto de la sobredicha escritura: ergo, &c.

19 *Imo*, parece, que aunque lo dicho en dicho caso sea en daño de dicho tercero, no por esto sería con agravio, y perjuicio suyo: porque en dicho caso viaría Pedro de su derecho natural, y solo para fomento del vienio que el Tribunal se lo quitaria por la ley, que se hizo para el fuero exterior, y no para el interno de la conciencia: le valdría de lo que puede, que es de la dicha escritura.

20 Con que solo en caso que la tal deuda fuese posterior, y no se previniésse Pedro con la industria de adelantarse en la peticion, podría decir el sujeto de dicho opinamento, que no podría valerle Pedro de la tal escritura: porque en tal caso, ni tendría prelación de tiempo, ni de diligencia; pues en el mismo tiempo pide el otro, como se supone, y por consiguiente no ay titulo para ser preferido.

OBJECCION I. y II.

21 Y si contra lo dicho objetares, lo primero: que aunque en dicho caso pidiesse Pedro primero, è su deuda fuesse anterior en tiempo, no obstante ello haría daño à dicho tercero, por tener este hypoteca, y Pedro no (como se supone) pues el que tiene hypoteca, tiene mejor derecho por darle, como le dà, prelación las leyes.

Y lo segundo: que las dichas leyes, que dan, y assignan la prelación, obligan en conciencia, por quanto la Republica es dueña de transferir los bienes de vnos à otros, quando conviene para el bien comun ergo, &c.

RÉSPUESTA:

22 Podría responder el dicho opinante: que las leyes dan prelación para el fuero exterior: y que aunque también es lo mas probable, y comun, que *siuisi* dan prelación para el fuero interno de la conciencia; pero que esto no es cierto, ni tampoco es cierto, que las dichas leyes pretendan otra cosa, que evitar pleytos, y dar norma para la expedición de estos en los Tribunales; pero no quitar dominios: lo qual parece probarle como se sigue.

23 Lo primero: porque *adobe* de todas las leyes Civiles, fienten, que no obligan en conciencia, Gerfony Almayno, Immoia, Felnó, Cayerano, Reginaldo, Méchaca, y Valencia, segun Machado, que los cita, y parece seguir, tom. 1. lib. 3. p. 4. traít. 3. dor. 6. y parece no tenerlo por improbable dicho Lumbier, num. 419. in fin. y num. 421. pag. 431 y 432. tom. 1.

24 Lo segundo: porque aunque las leyes Civiles pueden obligar en conciencia (como lo asienten contra dichos Doctores por de fe, y proximo à ellas, como bien Suarez, lib. 3. de legib. cap. 21.) pero de facto, como solo atiendan al bien comun politico de la Republica, y para este fin no pateaza necesaria siempre la obligación de conciencia, que es inferior, y bien propio de cada vno, no se ha de entender, que de facto obligan en conciencia, sino es que conste ter esta la mente del Legislador, como se ve en las leyes Civiles, que se fundan en presumpcion, las quales en la comun sentençia no obligan en conciencia, y sino es que la verdad concuerde con la presumpcion.

Y lo mesmo dicen muchos de las leyes penales: porque como en estas no consiste de la intencion del Legislador, y pueda conseguirse el fin de ellas, con la pena sola, no ay necesidad de imponer con ellas obligación de conciencia; *pergens; sed sic est*, que de las leyes, que establecen la prelación no consta, que los Legisladores ayan pretendido por ellas quitar dominios, ni mas que el evitar pleytos, y dar norma para los Tribunales; del modo q se deve proceder en ellos

para evitar las fraudes de los litigantes, assignando por regla para esto la antelación de las hypotecas: ergo, &c.

25 Lo tercero: porque no ay leyes mas asentadas, ni recibidas, que aquellas que establecen por regla general la siguiente: *Qui prior est tempore prior est iure, ceteris paribus*, en la qual convienen los Derchos Canonico, Civil, y Regio, como consta, ex cap. *Qui prior* 54. de regulis iuris, in 6. leg. *Qui balicum*, in princip. leg. *Qui postor*, in princip. ff. *qui postor*, in pign. babe. l. *Si fundum*, Cod. *de iur. leg. Distractis cum segg.* Cod. de pignor. leg. 27. & 29. tit. 13. part. 5. la qual es verdaderíssima, y tiene lugar, tam in agendo, quam in excipiendo, & replicando, ex leg. *Creditor qui prior*, la 2. in princip. ff. *qui pot. in pignor. babe.* Girona, de privileg. num. 358. Ripa, in leg. *Privilegia*, num. 18. ampliat. 13. ff. de privileg. cred. Neguzan. de pignor. part. 5. princip. memb. 2. ampliat. 2. num. 2. y otros.

Imo, la dicha regla tiene lugar en todos los acreedores *eiusdem ordinis*, y se puede, y deve estender à los acreedores personales, segun Gabriel, d. 15. quest. 2. dub. ultimo, Medina, *cod. de restitu. quest. 2. dub. 5.* Sallón, *quest. 62. art. 8. in fine*, Valencia, *disput. 5. quest. 6.* parit. 10. Toledo, *lib. 5. cap. 25.* Sá, verb. *Restitutio*, numero 633. y lo mismo parece sentir Navarr. cap. 17. num. 53. in fine, *sed sic est*, que no obstante la dicha regla, y las dichas leyes (y no obstante, que todos los acreedores personales son iguales en quanto à no tener hypoteca) no obstante esto, prevalecen contra ella prioridad la diligencia, y la ocasión de la recompena, como consta de la Consulta antecedente: luego, porque las dichas leyes no obligan en el fuero de la conciencia, *saltem*, à los acreedores (y quizás, ni à los deudotes fuera de los Tribunales) ergo, &c.

26 Lo quarto: à paridad de otras leyes: la ley de la prescripion solo vale para el fuero exterior, y no para el fuero de la conciencia, segun Hngo, Juan Andreas, Rossella, Molina, y otros, apud Machado, tom. 1. lib. 3. part. 4. traít. 6. document. 5. num. 8. y segun Elcorto, Adriano, Juan de Medina, y Gabriel, apud Lesium, de iust. lib. 2. cap. 6. dub. 17. num. 50. y él parece la tiene por verdadera, pues solo dize, que la contraria lo es mas.

Lo mismo tiene la mas verdadera opinion acerca de la ley, que por falta de solemnidad anula los testamentos, de la qual ley fiente la mas verdadera sentençia, que solo obliga en el fuero exterior, y por consiguiente, que en el fuero de la conciencia será valido el testamento, aunque le falten los solemnidades requisitas por derecho positivo; y así se podrá licitamente retener en conciencia lo que por el tal testamento se possessere, ora sea por titulo de herençia, ora por titulo de legado, como latamente prueba, y defiende Llesio, lib. 2. cap. 19. dubit. 3. per tot. vide illum.

Y lo mismo siente Lumbier, num. 419. *circu finem*, de las leyes que en Aragón anulan la obligación de pagar censales, si sola alguna inclusion. Acafo (dize) por eso es cierto, que no le deven en conciencia? Nadie admitió esta certeza, responde el mismo: ergo summitter in nostro casu.

27 Y con esto dize el mesmo Lumbier, *ibi*, que se responde al segundo argumento, puesto arriba, numero 21. que aunque es probable, que las dichas leyes que dan prelación, obligan en conciencia, no dexa de ser probable lo contrario, de que estas leyes no pretendan quitar dominios, sino dar expedición à los Tribunales por la paz publica, y que despues cada vno le avenga con su conciencia. Basta aquí el dicho que conluye: y así es sentençia de muchos Doctores, que las leyes civiles no obligan en conciencia, y se remite à Machado, tom. 1. lib. 3. p. 4. tr. 3. docum. 6.

OBJECCION I.

28 Y si dixeris: que de lo dicho exceptúan comunmente los Doctores las leyes, que hablan de prelación de acreedores, ù del orden de pagar las deudas, y las que prescrien la hypoteca, de las quales dizen comunmente todos, que obligan en conciencia: ergo, &c.

29 Podrán responder: que no se puede negar el que sea probable el que muchas leyes de las que tocan en hacienda; no obligan en conciencia, sino solamente en el fuero exterior para los Tribunales: pues de las leyes, que por falta de solemnidad anulan los testamentos, y de las que establecen la prescripion, lo dizen probablemente muchos Doctores, citados *suprà* h. 26. y de las que se fundan en presumpcion, y de las penales lo dizen inimitables.

30 Verdad es que de las leyes de la hypoteca dizen comunmente los Doctores, que obligan en conciencia; pero lo que aqui se disputa es, si esto ha de set tan cierto, que lo contrario sea de el todo improbable: Gabriel, y Valero no vendrán en esto, pues llevan expressemente lo contrario: Ni vendrán en esto los Doctores citados *suprà* h. 25. que dizen generalmente, que las leyes civiles no obligan en el fuero de la conciencia.

31 Y Lumbier, hablando destas leyes de la hypoteca, n. 420. y 421. dize: que parece cosa dura el decir, que sea del todo cierto, y sin disputa, el que obliguen en conciencia; y que si esto fuesse así, andarian muy arriebladas las conciencias aun de los timoratos: y finalmente conluye, con que no halla razon, que convença tan de el todo, que lo contrario sea omnino improbable.

OBJECCION II.

32 Y si dixeris con Logo: que la prelación de la hypoteca es de ley natural, pues la cosa hypotecada, *eo ipso*, viene en algun modo à no ser ya del deador, y no puede el acreedor cobrar del en lo que ya no es suyo: ergo, &c.

33 Se puede responder: que todas las deudas tienen tambien hypoteca natural tacita, como se arguye de la recompena, y à paridad de el vltimo, *de guben supra* nu. 6. y à la razon de Ligo, dize Lumbier con Gidalino, que no còvente, ni aun prueba; porque el deador en la realidad, y para el fuero de la conciencia siempre le queda dueño de la hypoteca; y así dize, y cada dia se ve, que los obligados en comandas (llamamse comandas, y escrituras de encomienda en Aragón, lo que en Castilla, y en otras partes se llama

escriuitas Quarentenias, y privilegiadas) pagan, venden, enagenan; y que como tengan justa causa, y no lo hagan de intento en fraude de los acredores...

34 Ito, como en todas las deudas personales aya hipoteca natural, dize dicho Lumbier, num. 430. que la diferencia de hypothecarios a personales es solo solemnidad de derecho...

35 Y tambien a esto lo que dize Valero, verb. Delicti, cap. 6. nemp: que quando la ley priva al acreedor de su pecudo, de la cobranza de la deuda, deve el deador pagarla en conciencia...

36 Siente luego este Autor, que la prelación, que dá el Derecho a los acredores hypothecarios, in l. Eor. c. qui posteriores in pignor. habeantur...

37 Y si dixeres, finalmente; que la hipoteca es un modo de prenda, y que en el contrato de prenda deve ser preferido el que la tiene ad ius, en el fuero interno de la conciencia: ergo, &c.

38 Responde Lumbier, num. 421. negando la paridad de el contrato de prenda á la hipoteca; y la razon de disparidad, consiste, en que el deador se pueda dueño de la hipoteca, pero en la prenda ay algún modo de transacion de dominio condicional...

OBJECION III. 37 Y si dixeres, finalmente; que la hipoteca es un modo de prenda, y que en el contrato de prenda deve ser preferido el que la tiene ad ius, en el fuero interno de la conciencia: ergo, &c.

esto es, si no se paga, se que darás con la prenda.

39 De donde, progúese el dicho Lumbier, la diferencia de acreedor personal, á acreedor hypothecario: y la de estar obligada la persona en la deuda personal, y en la de la hipoteca los bienes, quizá se toma mas de las leyes civiles, que de la justicia natural: pues en esta tambien los bienes parecen estar hypothecados tacita, y generalmente. Hasta aquí el dicho Autor.

40 Pero esto no obstante, pregunta el dicho Lumbier, num. 422. y 431. Piram, para la conciencia sean probables las doctrinas que dexamos referidas desde el num. 15. asi en quanto á la prelación de el tiempo contra las hypothecas, como en quanto al vfo de la tal escritura contra acredores posteriores de hipoteca expresa?

41 Y responde: que aunque el sentir de Gabriel, y de Valero parece que apoyan harto el que no sea improbable esta sentençia: con todo, en la parte que toca á los acredores hypothecarios, dize, que lo requiere el juicio de otros; y que él no resuelve cosa, porque la corriente de los Doctores lleva lo contrario.

42 Pero, aunque es verdad, que dicho Autor dize, y protesta, que no incluye, ni empero puede negarle del gran empeño en la definición, y terminos con que en muchas ocasiones se explica, que inclina grandemente en lo probabilidad, y á mi me parece no ler del todo improbable dicha sentençia, si bien lo contrario es mucho mas probable, mas verdadero, y mas seguro, y lo que juzgo deve absolutamente seguirse in praxi.

43 Lo dicho deve entenderse en caso que aya daño de tercero: porque fuera del, como en el caso de la Consulta pasada, juzgo absolutamente; que para Pedro tuta conciencia, valerie de la sobredicha escritura, que está ya pagada, para cobrar dicha verdadera deuda, que no puede cobrar de otro modo, como se supone.

44 Dixe en el fin del nn. 25. y quizás, ni á los deadores fuera de los Tribunales; porque tengo por probable, que las tales leyes de prelación las ha hecho la Republica para solos los Tribunales, y para los Juzces, que representan en ellos su justicia; y así en los Tribunales, y para con los Juzces, aquel tiene mejor derecho, á quien asiste la ley de la prelación.

45 Pero fuera de los Tribunales, se ha de estar á la justicia natural, y esta le permite al deador, que mientras es dueño, pague á quien primero le pide, en especial, si para pagarle tiene justa causa, ó si de no pagarle pidiendo rezelasse prudentemente algun daño, ó porque tiene dependencia del tal acreedor, ó porque teme que levante la voz sobre que no le paga, en el qual caso se dize, que le vale la diligencia en tal acreedor, aun contra los acredores de hipoteca; pues vemos, que en semejantes casos suelen pagar los deadores, atendiendo á redimir su molestia, y no vemos, que aya quien les condene la accion: Sic sentio, salvo, &c.

salvo, &c.

CON.

Vñ señor es: remunerar sus criados viera de su racion con algunos pagellos para si, ó sus hijos en su casa, ó a su... Este hijo pretende la merced que á su padre no se hizo, pero por la oposición de los demás criados interesados no por falta de confianza, y voluntad de hazerlo en el Señor, que antes de su benedición, y benedición se presume con gran fundamento, que lo haria; si disquisiciones de los criados que le asistían no le pudiesen en uniano contrario; se teme no lo concedes, sino motivado de alguna palabra ó cédula que aya dado de hazerlo, la qual no ha sido en la realidad.

Este supuesto, se pregunta, si dicho hijo (á otro por él) podrá fingir dicha cedula para dicho intento, sin pecar mortalmente:

CONCLVSION.

Respondo: que no será pecado mortal fingir dicha cedula, así lo avrán de tener Carlos Bauer, Navarro, el Adicionador, Cayetano, Manuel Rodriguez, y otros que cita Amador Guimeno, tract. de iust. & iur. Propos. 10. porque de tu doctrina se sigue con evidencia, y se prueba.

2 Lo primero: porque esta cedula no es en perjuizio grave de tercero, ni induce obligacion de justicia en el tenor, sino á lo sumo de fidelidad, á la qual faltan muchas vezes con los criados, sin embargo, ni deserción alguno, ó directamente revocando lo que mandaron gratis, ó indirectamente, disintiendo la execucion de dia en dia, hasta que el criado lo dexa de cantado, ó por no molestar á lo amo.

3 Lo segundo: porque supuesto que el amo sule hazer esto con los hijos de otros criados, y que no lo ha de imercedio ellos; los servicios de sus paores, y abuelos lo tienen bien merecido, debe el amo de congruénçia hazerle esta merced, premiando la fidelidad de sus antepasados, y tuyas, así ay bastante fundamento para suponerle vna cedula, que solo arguya esta voluntad, sed sic est; que la cedula de que hablamos no induce mas que esto: ergo, &c.

4 Lo tercero: porque el amo, como se supone en la especie del caso, no es involuntario en quanto á la merced que se pretende, sino solo en quanto al modo; sed sic est, que faltar en el modo de la cosa, á lo sumo puede ter venial, como es corriente de los Theologos, que dizen, que tomar y vna cosa á otro, quando ei no disputa de la substancia, no puede ter mortal: ergo, &c.

5 Lo quarto: porque quizá los servicios de sus antepasados no están bastante mente retarados con solo la racion ordinaria; porque aunque no se pacte otra cosa, el fin del servicio es con mira de dichos aumentos, como los pagos de los Obispos, que sirven á sus señores, no solo por la comida, y vestido, que de contado les dan, sino principalmente por la expectativa del Beneficio, con que de ordinario suelen premiarse sus pagos los Obispos; y así dicho officio será compensacion del trabajo, y por consiguiente licito el tomarlo por sus manos (dicha sequla) no puede substituir ya, por aver salido á luz, después de escrito lo dicho; el Decreto de Inocencio XI. en cuyo n. 37. se condena, de quo pactes in sine vaus Consultas. Luego mucho mas lo será dicha cedula, pues hazer esta, aun no es tomar el officio, sino medio para él, y medio que todavia queda

subordinado á la voluntad de el señor, para que surta efecto.

6 Lo quinto: porque la escritura no le dize falsa, quando no es en perjuizio grave de tercero, como lo dicen algunos de los Doctores arriba citados, y consta de la ley Nec exemplum, y alli la Glosa, y la comun de Legistas, ad leg. Coron. de sciar. Lo mismo te colige de la Glosa, in leg. Damas, verb. Privatus, Cod. de falsis, la qual figuen comunmente los Doctores, segun Julio Claro, lib. 5. §. falsum, num. 35. sed sic est, que esta cedula no es en perjuizio grave de tercero. Lo primero, porque se subordina al mismo señor que ha de hazer la merced. Lo segundo, porque el tal señor la debe, saltem, de congruénçia. Lo tercero, porque de darla á este, mas que al otro, poco perjuizio se le sigue al señor. Y lo quarto, porque es pequeña cantidad, respecto de lo mucho, que él puede, y suele dar á sus criados, sin el mas minimo detrimentio suyo: ergo, &c.

7 Dirás: que se le sigue perjuizio, ya que no al señor, á los demás criados.

Respondo: que, ó no se le sigue alguno; á que tengan derecho cierto, sino falo opinionale, como lo tiene dicho supeto, ó si le sigue es muy tenue, porque el tal señor tiene otros muchos officios que dar, y con que premiarlos.

A demás, que estorro no está obligado á mirar las conveniencias de los otros, y preferirlas á las tuyas, quando tiene opinion probable de poderlas aplicar a si por via de competacion, y por otras muchas causas, que quedan referidas: ergo, &c.

8 Lo sexto: porque si fingir vna escritura publica, quando no es en daño de tercero, no sería falsedad, en sentençia de dichos Doctores: menos lo será el fingir vna escritura privada, y mucho menos vna cedula simple, que no induce obligacion alguna: ergo, &c.

9 Lo septimo, y vltimo: porque quando esto fuer, se rigió la falsificacion, con todo esto no sería pecado mortal, como lo tiene Macachello de castib. reservat. disp. 2. cap. 28. que est. 2. numer. 33. á quien cita, y sigue Diana, part. 9. tract. 8. resol. 61. in fin. los quales se fundan, en que las escrituras privadas no son tan perniciosas á la Republica, como las escrituras publicas, y así el falsificar estas, será pecado mortal; y venial solo el falsificar aquellas, como no intervenga grave daño: sed sic est, que es ménos suponer vna cedula simple, que no induce obligacion alguna, que falsificar vna escritura, aunque sea privada: ergo, &c.

absolutamente, y lo mismo tiene nuestro Corella, num. 131. pagina 255. *

81 Concluyos, pues, con advertir, que para que los hurtos que los criados hacen à sus amos lleguen à pecado mortal, y queden obligados à restituir, deve ser la cantidad mucho mayor, que en las demàs personas; de manera, que lo que en otra qualquiera persona fuera mortal, en los criados no lo es por la presumpcion voluntad de los señores, que sienan mas que les hurten los de afuera, que no los criados de casa, como lo tiene con Molina, Fagundes, y Llamas, Machado, tom. 2. lib. 6. part. 7. trait. 11. docum. 2. num. 4.

QUAL SEA MATERIA PARVA EN LOS hurtos?

82 Y si preguntares, que cantidad se aya de tener por notable en los criados para lo dicho?

Podria responder alguno: que aquella cantidad se deve tener por notable en los criados, tomada de vna vez, que fuera notable en los estranos, tomada poco à poco de muchas vezes; y como en sentencia de Diana con otros, part. 1. trait. 6. resol. 34. se requiera doblada cantidad en los hurtos minimos, que en los demàs, para que sea notable: de ai por coniguiente diria, que se requiere doblada cantidad en los criados, que en estranos, para que sea notable.

83 Respondo, tambien, que en lo dicho no se puede dar regla fija: es, empero, el prudente Confessor regularlo, atendiendo à la calidad, y hazienda de los señores, à la liberalidad, ò cordedad con que viven, y à la calidad de las cosas hurtadas; v.g. Si es en dinero, ò otra cosa de estimacion, ò si son cosas de comer, ò beber, &c. Así lo tiene con Molina, Machado, voi supra.

84 Imo, llevan muchos: que en los hurtos pequeños, que hacen los criados à sus amos en cosas de comer, y beber no es pecado mortal, aunque poco à poco llegue à cantidad notable; con tal, que tomen las dichas cosas, no para venderlas, sino para comerlas, y con tal, que sea de aquellas cosas ordinarias, que no se suelen encerrar, ò guardar con gran cuidado. Así lo tiene con Lefio, Megala, Reginaldo, Navarro, Pedro de Navarra, Sayro, Bañez, Cayetano, y otros, Diana, voi supra, §. Dico 4. y lo mismo tiene el Padre Filguera, in sua Luceana Decretali, sobre la Proposicion 38. in fine.

ADVERTENCIAS.

85 Tambien es de advertir: que por vna ley del Reyno, que es la ley 5. tit. 20. lib. 5. Recopil. se prohibe expressemente, que ninguno compre de criado, ò criada, que sirve à otro, cosas de comer, ò beber, ni ebadas, ni pajas, ni leña, ni otras cosas de servicio, ni otras cosas de casa; que el que las comprare en qualquiera manera sea tenido por enuebridor de hurto, y que como contra tal se proceda contra él; y manda à todas las Justicias del Reyno, castiguen al tal con todo rigor, diligencia, acerca de lo qual se vea Azebedo sobre dicha ley.

86 Otra ley del Reyno ay que es la 1. tit. 20. lib. 6. Novae Recopil. en que expressemente se dispone, que los criados, y criadas, que antes de cumplir el

tiempo contenido en el concierto, se falen de en casa de sus amos, no pueden servir à otro en el mismo Lugar sin licencia loro, lo pena de veinte dias de carcel, y de un año de delictio del Lugar; y que el que los recibiere en su servicio, incurra en pena de seis mil maravedis.

87 Advertio finalmente: que aunque la cantidad de los criados en los hurtillos que hazen à sus amos, no llegue à ser notable, deve, empero, el Confessor reprehenderlos asperamente, porque no se abra la puerta para mayores hurtos, como lo tienen Fagundes de precepto lib. 7. cap. 11. num. 3. Remigio, trait. 2. cap. 7. de el septimo Mandam. §. 10. num. 1. y otros.

Imo, deve ser muy dificultoso en venir en las recompensas; porque si el salario llega al mismo precio, baxara; en caso de duda se ha de juzgar que llega; y si los tales criados, por no hallar otro amo à quien servir, ruegan con su servicio, se han de reputar como mercaderias vitroneas, que se ruega con ellas, y por ello valen menos; y así se deve theologizar, para formar, que los servicios valen menos por falta de amos, como las mercaderias por falta de compradores: Sic tenet, salvo in omnibus, &c.

88 Y si preguntares aqui, lo primero, si hará obligacio el amo à pagar el salario à los criados enfermos por el tiempo correspondiente à la enfermedad: Respondo, que aunque es probable la parte afirmativa, es con todo esto mas probable lo contrario, à cerca de lo qual se vea Diana, part. 1. trait. 3. resol. 86.

PROPOSICION TREINTA Y OCHO DE Inocencio XI.

89 Y si preguntares lo segundo: si el que hurta poco à poco vna cantidad notable, peca mortalmente en cilo, y está obligado à restituirla lo pena de pecado mortal?

90 Respondo afirmativamente con la comun sententia; y que lo contrario no se puede ya defender, por estár condenado por Inocencio XI. en su Decreto, in fine. 38. donde se condena la Proposicion siguiente: Non tenetur quis sub pena peccati mortalis restituere, quod ablatum est per pauca furta, quantumcumque sit magna summa totalis.

91 Advertio, para inteligencia de dicha condenacion, lo primero: que para que la cantidad se diga notable, y obligue sub mortali la restitucion de ella, en estos hurtos que se hacen poco à poco de muchas vezes, es necesario, que sea doblado mayor, que la que basta, tomada de vna vez, para constituir pecado mortal. Así lo tiene con Lefio, Juan Henriquez Agutiano, sect. 9. ques. 9. num. 17. y Diana con otros part. 1. trait. 6. resol. 34. §. Dico 3. y la razon es: porque doblado agravio se haze à vna persona, quitándole de vna vez quatro reales, que quitándolelos ochavo à ochavo, con interpolacion de tiempo, como la experiencia lo enseña; y así es necesario, que sea doblada la cantidad.

92 Y que esto no esté comprendido en la sobre dicha condenacion, pareçe: porque allí no se determina, que cantidad aya de dezir se grande.

93 Advertio lo segundo: que en los hurtos que se hacen à diversas personas, se requiere mayor cantidad, y quantas mas fueren las personas, mayor, para que se diga notable; y así en los hurtos que se haze al común, ò con pelos, ò medidas falsas, quieren algunos; que vn dinado sea cantidad notable; pero à otros les pareceria, que esto se ha de regular por los hurtos que se haze à los muy poderosos: porque ninguna particular es tan poderoso como el comun, y así será necesaria igual, ò mayor cantidad, para hazer al comun, igual, ò mayor agravio, sed de hoc alij iudicent.

94 Advertio lo tercero, que no ay obligacion sub mortali de restituirla toda la cantidad hurtada; sino solamente aquella parte, la qual restituída, cessa de ser la cantidad notable, y requisita para el hurto mortal. Así lo tiene con Aragon, Megala, Filucio, Navarra, y otros, Diana, disp. 1. trait. 6. resol. 34. in fine: y lo mismo tiene con otros muchos, el doctissimo Padre Moya, trait. 6. ques. 4. §. 3. y lo mismo el doctissimo Lambier, sobre dicha Proposicion condenada, num. 1901.

95 Y que esto no esté comprendido en dicha condenacion pareçe: pues la Proposicion condenada no hablava en este sentido, como consta de ella misma: ergo, &c. Además, que si restituída dicha porcion, lo que queda no es cantidad grande, como suponemos, respecto de ella no habla, ni determina cosa dicha condenacion, que habla solo de quando la suma total es grande, lo qual no se verifica en nuestro caso, respecto de la suma que queda restituída dicha porcion: ergo, &c.

CONSULTA XXII.

Estando viendo un libro de V. paternidad, de las Proposiciones condenadas, en compañía de otros amigos; y avisado llegado à la Proposicion 38. que dezia: Non tenetur quis sub pena peccati mortalis restituere, quod ablatum est per pauca furta, quantumcumque sit magna summa totalis. Se originó la dificultad siguiente.

Si Pedro, v.g. huviesse practicado antes del Decreto condenatvo dicha opinion, aora despues del podrá retener lo que avia quitado? Si otros otros titulos que puedan favorecer, como la prescripcion (en caso que pueda valer de ella) ò otros, &c. Si no solo por aver obrado con aquella opinion, que entonces juzgava probable? Estimaré que V. paternidad me diga su sentir.

SENTENCIA I.

1 Acerca de lo que V. m. me pregunta, respondió: que la primera sententia, ò primer modo de dezir puede ser: que el que antes de el dicho Decreto practicó dicha Proposicion 38. teniendo por probable dicha opinion, podrá aora despues de el dicho Decreto retener su pecado mortal, lo que antes de el avia quitado.

2 Lo primero: porque dicho Decreto, ò ley, solo obliga desde su eleccion, y promulgacion, y tiene fuerza contra lo que en adelante se hiziere, dexando en su ser lo obrado hasta alli, como passa en todas las leyes, así Eclesiasticas, como Civiles, y así preceptivas, como prohibitivas, que no miran à lo antecedente, sino solo à lo que en adelante se obrare.

3 Lo segundo: porque si la facultad que concede el Tridentino, Sess. 24. cap. 6. de reformat. à los señores Obispos para abol ver de los reservados à su Santidad, quieren Garcia, y otros muchos, que no se estienda à los reservados por nueva ley del Pontifice hecha despues del dicho Concilio, siendo así que es favorable

dicha facultad, y Privilegio; luego mucho menos devez de dezir, que este Decreto prohibitivo, y penal, devez estenderse à lo obrado en virtud de opinion probable, antes de su eleccion, y promulgacion.

4 Lo 3. porque lo que dicho Decreto condena por ilícito, solo deve tenerse por ilícito para en adelante; pero no por ello deve tenerse por ilícito, lo que antes de dicho Decreto se obró con opinion probable de q era licito, alis, se diéra infinitas acciones por licitas, que antes de dicho Decreto se obraron en virtud de las opiniones que entonces eran probables (y oy, son ya improbables, à lo menos practico, porque se condenó justissimamente por dicho Decreto) lo qual seria llenar de escrúpulos à millares de fieles que las practican (vnos, vnas, y otros, otras) fundados en la probabilidad que entonces tenían (tal, qual) ergo familiar, &c.

5 Lo 4. porque de lo contrario se seguiria q los Juezes q antigua mente vendieron el arbitrio (estando à la opinion que dize, están oy obligados à restituirla) los criados que antiguamente se compenaron de su salario lo que movieron à inferir greve daño à tercero: los que

24. Y la razon al intento est por que esta opinion, no habla de materia grave, como hablava la Proposicion condenada, sino de materia leve, supuesta, y completa, y a la grave, lo qual es muy diverso, *ut ex se patet*: ergo, &c.

CONCLUSION II.

25. Digo lo segundo: que tampoco quedan comprehendidas en dicha condenacion las opiniones que determinan el tiempo necesario, para que aya continuacion moral en los hurtos: la qual continuacion moral se requiere para que la materia sea grave, segun todos los DD. *alias*, el que este año hurtasse tres reales (supongo que la materia notable es quatro) y de aqui a diez años hurtasse otros tres, pecaria en esto vltimo mortalmente, y estaria obligado *sub mortali*, a restituir lo qual no dize ningun Theologo.

26. Y que di: has opiniones no esten comprehendidas en esta condenacion, lo tienen Hozes, *num. 23. Corolla, num. 136.* y lo da a entender vn Moderno, que cita (aunque no le sigue) el Licenciado Don Martin Brezinez de Prado, sobre la dicha Proposicion, *num. 8. pag. 223.* y la razon es: porque la Proposicion condenada hablava generalmente, aunque huviesse continuacion moral en dichos hurtillos: *hinc*, suponia cantidad notable (sin restringir, ni excluir la continuacion moral) *ibi: Quotumcumque sit magna summa totius, sed sic est,* que esta sentencia dize, que quando no ay continuacion moral, a lo menos por razon de el tiempo, no constituyen dichos hurtillos materia grave: luego esta sentencia es muy diversa de la condenada: ergo, &c.

27. Que tiempo, empero, se requiere para que aya discontinuacion moral entre los hurtillos: ay variedad entre los Doctores: porque Sanchez con otros, pide vn año: Remigio, requiere solos quatro meses: Diana con Filicio, a quien cita, y sigue, *part. 1. tr. 6. resol. 34.* dize: que basta el intervalo de vn mes, ò de medio, para que no se continúe *moraliter* la materia de vn hurto, con la de otro: esta misma sentencia tiene cõ los dichos, nuestro Leandro de Murcia en sus Disquisiciones Morales, *tom. 1. lib. 2. disp. vltima, ref. 5. un. 14. pag. 131.* y la misma tiene el curso Carmelitano Salmatincense, y Hozes, que cita a todos los dichos, sobre dicha Proposición 38, *p. 24. p. 26.* la tiene por probable (con tal, que el hurar cantidades pequenas no se aya hecho columbre, ò en los dichos hurtos pequenos no se halle frecuente re-

peticion) y la razon es: porque tanta interpolacion, como la de vn mes, ò la de medio, no parece, hablando moralmente, que junte las dichas cantidades parvas: yo en esta materia solo digo: q ninguna de las dichas opiniones esta comprehendida en dicha condenacion 38, y lo mismo tienen Hozes, Corolla, y dicho Moderno, por lo dicho *supra* en esta conclusion segundá.

CONCLUSION III.

28. Digo lo 3. que tampoco queda comprehendida en dicha condenacion la tenencia de Bonacina, Sanchez Fernandez, y otros muchos q cita, y sigue Diana, *part. 1. tr. 6. ref. 34 y 35.* a quienes sigue Moya, diziendo ser comun, *to. 1. tr. 6. disp. 4. q. 4. §. 3. n. 14.* la qual dize: q los hurtos pequenos de los hijos, ò de los Religiosos, ò de los criados, en cosas de comer no preciosas, sino de las que sirven al vfo comun, no se continúan, ni constituyen grave materia, en orden a culpa grave, y lo prueban; porque el Padre, Superior, ò Señor, no suelen ser involuntarios en quanto a la substancia de la cosa accepta, quando no toman lo dicho, ni para venderlo, ni para retenerlo, ni para usos ilicitos, sino solo para comer, ò beber; y por consiguiente, que aunque el daño de *cursa temporis* se haze, sea de calidad, que *alios* se reputaria por grave; y pero por quanto no se haze *inuito Domino* quando *substantiam*, por ello dizen, que ni constituyen materia grave, ni del vltimo hurtillo con los precedentes restitua grave obligacion de restituir.

29. De donde infieren: que el hijo, subdito, ò seruo, no peca mortalmente, aunque tenga intencion de cometer dichos hurtillos leves: poi que el objeto de esta voluntad no seria *usurpatio rei gratis alienæ inuito Domino* no quando *substantiam* rei accepta: ergo, &c.

30. Y que la dicha tenencia no est comprehendida en la condenacion de esta Proposición 38, lo supone Hozes sobre ella, *n. 26. p. 263.* lo tienen Corolla, *un. 136. p. 257.* y conla de Iayo: porque lo que esta sentencia dize, es muy diverso de lo que la Proposicion condenada dezia: pues la Proposicion condenada dezia, que *ad hoc* supleto que la materia sea grave: *Quotumcumque sit magna*, no avia obligacion *sub mortali*, de restituir; esta sentencia dize, que aqui no ay materia grave; porque, por no ser involuntario el señor, *quoad substantiam rei acceptæ*, no se vnen dichas materias, ni se continúan en orden a culpa grave; lo qual ya se ve quan diverso sea: ergo, &c.

CONSULTA XXIII.

DEdro casõ con Maria, y a la ocasion de celebrar el Matrimonio, se ofrecieron por escritura de capitulacion cierta cantidad, la qual no recibio Maria, por omision de ambas partes, adhuc celebrato, & consummato Matrimonio: y aviendo riesgo de presentarse de perder todo lo prometido, por cesacion de no aver el marido otorgado carta de dote autentica a favor de su muger.

Se pregunta, si con consentimiento de todas las partes que pueden, y deven concurrir, puede el Escrivano dar dicha carta de dote, con autentica necesaria, no aviendo en ello (como no ay) daño de tercero.

Este caso se consulto *in facti contingentia* con dos sapientissimos Maestros de la sagrada, ò inclayta Religion de nuestra Señora del Carmen, cuyos doctos pareceres me ha parecido poner primero, y despues mi ten-

PARECER DEL ERVDTISSIMO PADRE

Machi o Baños.

Digo, que no puede dar antedata el Escrivano lo 1. porque segun Navarro, y S. Antoniu, tiene hecho juramento de cumplir leis cosas, en las quales si falta peca mortalmente; y vna de ellas es el dar testimonio de verdad, el qual no se compone con poder dar antedata, pues es preciso faltar a la verdad en el dia, mes, y año, Bonacina, *tom. 2. circa 8. Decalog. disp. 1. o. q. 3. parit. vltim. n. 1. pag. mibi 486.* *ibi: Substantiam autem, que ad validum, & autentificum instrumentum requiruntur, sunt invocatio nominis Dei, annus, etiamdem indicio dies, mensis, in quo celebratur contractus, locus, &c.* que son las solemnidades del Derecho, que hazen autentico el instrumento, y juridico, y excluyendo totalmente el que pueda dar antedata: pruebase, porque si lo que haze autentico el instrumento, es con el signo, poner legitimamente mes, y año; mudandose con la antedata, no es cumplir con las solemnidades del Derecho, y consiguientemente &c.

2. Este mismo caso casttrae Diana en el *tom. 9. resol. 61.* adonde siendo preguntado por Cayo, el qual sabia ciertamente, que vna heredad suya con vna escritura falta, y supuesta, Ticio pretendia quitarle a Cayo su legitima heredad, y no teniendo esto mas remedio, que haciendo otra escritura, contraria a la de Ticio, poniendo en la fecha vna antedata; preguntó, si vn Notario, ò Escrivano lo podia hazer con buena conciencia; y respondio, que no; porque no dezir la verdad en la data de la escritura, se opone al bien de la Republica, y a la verdad; y que el mal que es contra el bien comun de la Republica, se debe primero evitar, que el mal particular de vn individuo: luego no puede dar la antedata.

3. Esto mismo se prueba *ab inconuenienti*: porque dado caso que dicho Escrivano dicra la antedata, no fuera de valor alguno, faltando a la verdad en ella: pruebase, porque segun Bonacina en el segundo precepto del Decalogo, *disp. 4. parit. 5.* suponiendo, que el que falta a la verdad de vna data de vna escritura, falta a la justicia legal, y se opone al bien publico como lo tiene Diana en el lugar citado, cõ otros muchos Autores, y dñimos despues) lo qual (supleto: como el juramento de dicho Escrivano fuera contra la justicia legal, dando la dicha antedata, fuera de ningun valor dicha escritura; pues no tiene mas fuerza, que la que le da el juramento, por el qual est obligado a dezir verdad, *sed sic est*, que ningun juramento obliga, siendo contra lo que prohibe la ley Civil, y el bien publico de la Republica, como hemos dicho con Bonacina: luego mediante el juramento que tiene dicho Escrivano hecho, o, o cabe dar antedata.

4. Todo lo qual se prueba, sin que quede al discurso la ida para lo contrario: porque el Padre Thomas Sanchez en el lib. 3. en el Decalogo, *cap. 6. num. 15.* y otros algunos Autores, que dixeron, que podia con buena conciencia, y sin mentir, poner *aliquid aliud quod non fecit* intelligendo intrasse *aliam diem ab ea in qua fecit*, intelligiendo intrasse *quod vis aliquid additum verum*. Lo qual pudiera dar mucha probabilidad a la antedata.

ta pretensa, aviendo alguna legitima causa de estilidad, salud, ò honra, &c. es lo innegotissimamente condenado en las Disposiciones 29. y 27. por nuestro Santissimo Padre Inocencio XI, mudando en lugar de la palabra *aliam diem*; *aliam viam*, y en lugar de *aliquid additum*, *aliquid aliud*: luego fini por la vida, ni por la honra, ni por vtilidad se puede vlar de equivocacion, entendiendo en vna por otro (que es nuestro caso) aviendo, como ay, juramento; y esto es lo que condena de la opinion el Papa; no parece queda reliquio para poder intrasse el Escrivano entender vn dia, y dar fee de otro, en el qual no la hizo: y en instrumentos tan autenticos, como vna escritura de carta de dote, vlar de amphibologias, y refricciones mentales (fuera de las razones que diremos despues) es querer podamos dudar de la verdad de la data de quantos instrumentos juridicos, y de mayor importancia le hizieren, quando en la antelacion de vna escritura suele estar toda la importancia de lo que contienen.

5. A la razon de dudar, de que esto se haze con consentimiento de las partes, y sin daño de tercero, que mira: a *prima facie*, parece haze facil el caso para la antedata pretendida: respondi con Diana en la *p. 9. resol. 61.* (ve *supra*) que aunque es verdad, que si el Escrivano dicra dicha antedata, no faltara a la justicia conmutativa, obrara contra la justicia legal, y el bien comun de la Republica, contra lo qual no puede en conciencia; y assi siente Diana, que no es licito falsificar *adhuc* en el caso presente alguna escritura.

6. Y confirma esto el mismo Diana, *part. 3. fol. 359. resol. 56.* con otro caso aun mas facil, que es: si aviendo perdido vna escritura verdadera, y legitima, podrá el Escrivano, ò Notario *aliam similem consingere*; y resuelve: que aunque es verdad, que aqui no se damnifica a la justicia particular, porque a ninguno se le quita el derecho particular; no obstante peca el Escrivano *contra veritatis virtutem cum Republica permicie*: y en la *part. 9. fol. 370.* dize citando al Cardenal de Lugo: que la opinion contraria, que llevó el Padre Sa, se la corrigieron; en el *tom. 3.* en los casos miscelaneos, *resol. 56. fol. 359.* dize: que el Padre Manuel Sa *expurgatus*, tiene mudada la sentencia que hizo probable lo contrario que llevamos dicho, con que por ningun camino, sea, ò no sea, en daño de tercero, ò con consentimiento de partes, no puede el Escrivano faltar a la verdad de la data del dia, mes, y año, en que se otorga la escritura.

7. Nuestro Arana en su Suma, *verb. Falsario*, dize: que en el caso que acabamos de dezir, cõ Diana en su *3. part.* Si el Notario que perdió vna escritura, ò se olvidó de poner en ella algo q era verdad, puede hazer otra: Responde: del que no es Notario es muy probable que si, siendo aquello verdad, y puede disponerla para que palle por autentica. Pero el Notario, ò Escrivano no; porque falta a la fee publica, y al juramento, y primero es el bien comun, &c. Con que lo mismo parece se puede filosofar en nuestro caso; buscar como hazer vna escritura, que palle por autentica con el modo que se pudiere; pero soy de sentir, que el Escrivano no podrá dar la antedata, aunque diga lo que