

absoluta, como se dixo arriba en la suposicion, §. Lo segundo: Ergo, &c.

27 La segunda parte; esto es, que en dichos casos no aya obligacion de restituir, es comunissimo de los DD. pues lo tienen todos los dichos, y otros muchos, que cita, y sigue nuestro Balleo, tom. 1. verb. Venatio, num. 3. Y la razon es: lo vno, porque la condicion de la persona, o tiempo no haze al tal acto injusto, o a la cosa fugera a la restitucion; y lo otro, porque como los tales animales sean comunes, y la prohibicion no haga incapaces de dominio a los cazadores, *eo ipso*, que estos los cogen, los hazen suyos, sin carga de restituir: Ergo, &c.

28 Respondo lo 2. que aunque la caza, pesca, o cetreria, esté prohibida por razon de la publica utilidad, y aunque se use para ella de instrumentos prohibidos, no será pecado, a lo menos mortal, ni avrà obligacion de restituir lo que se cogiere, sino solamente a pagar la pena, si le condenaren en ella. Es comun de los DD. que citan, y siguen Balleo, num. 4. Villalobos, num. 2. y Machado, tom. 2. lib. 6. part. 8. tract. 9. doc. 4. num. 3. Y la razon es; porque en dichos casos no se toma cosa agena, ni las leyes que la prohiben, prohiben la adquisicion del dominio de lo que se coge, sino solo el uso de la caza, pesca, o cetreria: Ergo, &c.

29 Dixe: *A lo menos mortal*; porque como las tales leyes sean *merè* penales, parece no obligan a culpa alguna, sino es que el estrago, y exceso fuese tal, que redundasse en grave perjuizio de la Republica; como con otros, lo tiene dicho Machado, y mas siendo, como lo es, opinion muy probable ia que afirma, que ni el Principe, ni la Republica tienen potestad para prohibir legitimo dominio la caza, pesca, o cetreria; por ser beneficio del derecho de las gentes; luego estando en esta sentencia, no será pecado alguno hazer lo que por derecho de las gentes es licito: Ergo, &c.

30 Respondo lo 3. que el que caza, pesca, o usa de la cetreria en campo, heredad, monte, o bosque que ageno, donde está vedada la caza, pesca, o cetreria, aunque sea involuntario el dueño, no está obligado a restituir lo que cogiere: pecará empero a proporcion de la injuria, y daño que hiziere, y estará obligado a la compensacion del. Así lo tienen, con Medina, Llesio, Molina, Sylvio, Bonacina, Covarrubias, y otros, dichos Balleo, num. 5. Villalobos, num. 3. y Becano, cap. 5. quest. 7. num. 6.

31 La primera parte se prueba: porque lo que se coge en dichos casos, no era del señor de la heredad, o bosque, sino de ninguno: pues los animales, aves, o pezes, no son fruto de los campos, bosques, o rios, como los arboles, que echan sus rayces en el suelo, o campo, sino que los vnos se procrean de los otros: luego en tal caso nada se toma ageno, y así dichas cosas pasan al dominio del que primero las ocupa: luego no avrà obligacion de restituir las al dueño de la heredad, o del bosque: Ergo, &c.

32 De aqui se sigue, que aunque la heredad,

campo, o posesion sea de tal calidad, que el fruto de ella consiste en la caza, o en la pesca: y que aunque dicha caza, o pesca esté arrendada a otro, no por ello los tales animales, aves, o pezes se hazen, o son del que arrendó dicha posesion, o del que tiene el usufruto de ella, mientras los tales vnan de su natural libertad; y así lo que dicho Arrendador, o usufructuario viene a tener en tal caso, es solamente el derecho de cazar, pescar, o cetreriar en el dichofundo, o heredad; el qual derecho se juzga pertenecer a los frutos del tal campo, o bosque: y por consiguiente, el que caza, o pesca en el tal lugar arrendado a otro, no comete pecado de hurto, ni peca en esto mortalmente contra justicia, ni está obligado a restituir lo que coge, sino sola la pena; y esto despues de la sentencia del Juez; como bien, con Dicastillo, Llesio, y otros, lo tienen, Diana, part. 9. tract. 9. ref. 39. Becano, *ubi supra*, y nuestro Balleo, num. 6. lo tiene por bastantemente probable.

33 *Imò*, aunque el tal campo, o bosque estuviese cercado, tiene lo mismo con Dicastillo, y Llesio, dicho Diana, sino es que a caso fuese tan pequeño el cercado, que el señor del pudiesse coger los animales encerrados en él siempre que quisiese: porque en tal caso se deben juzgar pertenecer al dominio, y posesion del señor del tal lugar, pues no se puede dezir, que en tal caso gozan de su natural libertad dichos animales. Vease el sobredicho Diana, que lo prueba, *ex Ianuario*, y desfiende disulfamente.

34 *Deinde*. Pruebase tambien la segunda parte de la conclusion: porque el que caza, pesca, o usa de cetreria en posesion agena, *inuito domino*, le haze injuria, porque el señor tiene derecho a que ninguno caze, o pesque, &c. en su posesion contra su voluntad; como consta de la Instituta, §. *Feræ*, num. 12. de *rerum divisione*, y de la ley *Item si fundi*, ff. de *usufructuar*. Y por consiguiente, si los tales cazadores, o pescadores, &c. causaren algun daño de la heredad, maltratandole, pisandole los sembrados, desganandole el trigo, maltratandole las viñas, o cuyos perros les matan las gallinas, u otros animales domesticos, estarán obligados a restitucion, y a recompenfar dichos daños.

35 De aqui advierte, y bien a los Confessores, dicho Villalobos, num. 4. con Molina, que reparen mucho en los daños, que suelen causar dichos cazadores en las cazas de bolatería en los sembrados con los cavallos: especialmente quando caza algun señor con gran tropa de gente, que por bolar vna garza suelen hazer grave daño a los Labradores, con gran dolor de estos, que se lastiman de su daño, y les echan muchas maldiciones. Y lo mismo suelen hazer para correr las liebres: y así se les debe obligar a la restitucion de los tales daños, y a que desistan del tal genero, y modo de caza, en que pecan mortalmente: y mientras no tuvieren dicho proposito, no se les podrá absolver, como bien los sobredichos DD.

36 Respondo lo 4. que el que caza en lugar publico, destinado para cazar el Principe, u otras personas, no peca a lo menos mortalmente (sino es que haga notable daño) ni está obligado a restituir el animal cogido. Así lo tienen, con Llesio, Medina, y la comun, Villalobos, *ubi supra* num. 5. y Becano, num. 7. Y la razon es: porque la ley, que prohibe la caza en el tal lugar, aunque sea debaxo de graves penas, no se juzga en el comun sentir de los hombres, que induce obligacion grave, aunque el Principe suela cazar allí: porque los animales son de ninguno, y las selvas son comunes, y por otra parte no ay daño grave, como suponemos: luego es muy conforme a razon, que la tal reservacion del Principe no se tome tan estrechamente, que obligue a lo menos *sub mortali*: y quizás ni a venial, contentandose con obligar a la pena impuesta por la ley, salvo en caso de daño grave, que en tal caso, por razon del tal daño, obligará gravemente en conciencia, y deberá relarcir el daño causado.

Preguntará lo 4. *Si quando vno hirió el animal, y despues le coge otro, será del primero que le hirió, o del que le cogió despues?*

37 La comun sentencia de los DD. dize, que es del que le coge, y no del que le hiere. Así lo tiene Covarrubias, *ad reg. Peccatum*, p. 2. §. 8. num. 13. con otros muchos, y se colige de la Instituta, de *rerum divisione*, §. *Illud que situm*, num. 13.

38 Respondo *tamen*: que ordinariamente es del que le coge; puede empero ser del que le hiere, si concurrieren estas tres circunstancias: lo 1. si le hiere tanto, que baste para cogerle: lo 2. si despues de herido fuere en su seguimiento: y lo 3. si fuese mortalmente cierto, que se avia de coger. Y la razon es; porque en dicho caso, y con dichas circunstancias le haze suyo, pues le tiene en cierta manera en su potestad, y se reputa como cogido, y así no puede otro preventirle su derecho: como bien, con Llesio, lo tiene Villalobos, part. 2. tract. 10. dist. 15. num. 5. Pero lo contrario deberá dezirse, si huviesse duda que el tal animal se avia de escapar, que en tal caso será del primero que le cogiere: como bien dichos DD. y se infiere de la ley *Naturalium*, ff. de *adquirendo rerum dominio*. Y la razon es: porque en tal caso dicho animal parece que conserva todavia su natural libertad: Ergo, &c.

Preguntará lo 5. *Si la fiera, o ave, que cayó en tu lazo, y la quitó otro de allí, sea tuya, o suya?*

39 Covarrubias, Navarro, y otros son de sentir, que la tal fiera es del que la quita del lazo; y lo prueban de la ley *In laqueum*, ff. de *acquirendo dominio*, donde se infirma, que es del que la exime del lazo. Y la razon es; porque el dominio de la fiera no se adquiere, sino por la aprehension de la tal; *sed sic est*, que el que puso el lazo no la cogió: luego no le haze suya del, sino del que la exime.

40 Respondo *tamen*: que tengo por mucho mas probable, y mas conforme a razon, que sea de aquel que puso el lazo. Y la razon es: porque este

yá la aprehendió, y ocupó por medio de su instrumento, quitandola la libertad natural; *sed sic est*, que esta aprehension parece suficiente para que deba reputarse por suya: pues así como podemos aprehender alguna cosa con las manos, podemos tambien aprehenderla, y traducirla en nuestra potestad, mediante algun instrumento.

41 Debe empero en tenderse lo dicho, quando la tal estava de tal suerte presa en tu lazo, que moralmente no podia escaparse del, en el qual caso la hazes tuya, como se ha dicho, y consta a paridad de los animales bravos, que tienes encerrados *omnino* en tu heredad; y se confirma del comun sentir: pues ninguno ay, que si le cogen la fiera, o ave, que estava presa en su lazo, no se queixe, y entienda que le hazen agravio. Pero si no estava perfectamente presa, sino de modo, que toda via pudiera irse, en tal caso no será tuya, sino del que la quitó, como dezimos del que sigue la fiera sin certidumbre moral de poder cogerla. Así lo tiene, con Molina, y Llesio, dicho Villalobos, num. 6.

Preguntará lo 6. *Si vno persigue la fiera, y cae en el lazo de otro, cuya será en tal caso?*

42 Respondo: que será del primero que la ocupare, porque qualquiera de ellos tiene derecho a cogerla: el segundo, por aver caído en su lazo: y el primero, por aver sido causa de ello, pues cayó en dicho lazo (aunque ageno) por su industria, y diligencia, y así será del primero que la cogiere: como bien, con Llesio, dicho Villalobos, num. 7.

43 Lo mismo que hemos dicho de las fieras, se debe dezir de los pezes: como bien dicho Villalobos, num. 8. y así si vno pudiesse vna nafta en el rio para coger pezes, los que cayeren en ella seran del tal; y el que se los quitare tendrá obligacion de restituirselos.

44 Pero si el tal sugeto, que llega despues, y quitados los pezes de la nafta, bolviere a poner la misma, o en el mesmo lugar, o en otro; lo que en tal caso se cogiere desta segunda vez, será del primero que lo ocupare de los dos: porque en tal caso, respecto desta segunda redada, el instrumento es del vno, y la industria del otro: luego debemos dezir lo mismo en este caso, que en el caso en que vno persigue la fiera, y cae en el lazo de otro: Ergo, &c.

§. II.

De los palomares, y caza de las palomas.

Preguntará lo 1. *Si sean licitos los palomares del campo?*

45 Respondo afirmativamente: sino es que en alguna parte aya alguna ley que los prohiba. Así lo tienen, con Navarro, Gayetano, Sylvio, Clavis Regia, Sylvestre, Soto, Molina, Villalobos, y la comun, contra Paludano, Mayor, y otros, Balleo, tom. 1. verb. *Columbarium*, num. 1. Llesio, lib. 2. cap. 5. dub. 6. num. 29. y Machado, tom. 2. lib. 6. part. 8. tract. 9. doc. 7. num. 2. Y se prueba: lo vno, porque así consta de la costumbre.

46 Lo otro, porque las leyes del Reyno los permiten, y aprueban, estableciendo muchas cosas à su favor, como consta de la ley 7. tit. 8. lib. 7. Recopilat. que determina, que ninguno sea ollado à vender palomas, sino fuere el dueño del palomar, fopena de cien açotes, y otras cosas, de que mas abaxo se hará mencion.

47 Y lo otro, porque de ordinario no se sienta daño notable por causa de los tales palomares en las heredades cercanas: antes sienten algunos, que son de mucho provecho, porque comen las semillas malas, que sufocan los sembrados, y les son perjudiciales, como la neguilla, palomilla, y otras: Ergo, &c.

Preguntaràs lo 2. Si se hará hurto coger las palomas, que han perdido la costumbre de boluer à su palomar, v. g. las que por dos, ò tres vezes han dexado de boluer à el al tiempo que acostumbrauan?

48 Respondo negativamente. Así lo tienen, con Salon, Aragon, y Sylvestre, nuestro Balleo, tom. 1. verb. Columbarium, num. 2. y Villalobos, tom. 2. tract. 10. dif. 18. num. 3. Y la razon es: porque en tal caso se juzga, que las tales se han restituido à su natural libertad, y que no están ya en la potestad del primer señor; y por consiguiente, que serán del primero que las ocupare, y que este eo ipso, que las ocupe las haze suyas: Ergo, &c.

Preguntaràs lo 3. Si pecará con pecado de hurto, y por consiguiente con obligacion de restituir, el que con arte, ò engaño atraxe à su palomar las palomas ajenas de otro, v. g. poniendo añagazas en su palomar, ò mezelando con la comida otros granos, de que gustaban mucho las palomas, como es anís, y otros semejantes?

49 Respondo: que el tal pecará mortalmente con pecado de hurto, con obligacion de restituir, sino es que le escuse la parvidad de materia: como lo tienen con Medina, Navarro, Sylvio, Clavis Regia, Molina, Covarrubias, Azebedo, Sebastian de Medicis, Trullench, y otros, dichos Balleo, num. 3. Villalobos, num. 2. y Machado, tom. 2. lib. 6. part. 8. tract. 9. doc. 8. num. 3. Y le prueba: lo vno, porque así se infiere de una ley del Reyno, que es la ley 7. tit. 8. lib. 7. Recopilat. que prohibe fopena de diez mil maravedis, que ni en los palomares, ni en las casas particulares aya trampas, añagazas, ni otros armadijos para atraher palomas ajenas: y lo otro, porque el quitar las palomas à cuyas son, con arte, ò engaño, es accion contra justicia: Ergo, &c.

50 Debe empero hazerle lo dicho, con intencion principal de atraher con dicho cebo las palomas ajenas: porque si el principal intento fuese apalcentar, y retener las proprias, para que no se vayan à otra parte, en tal caso se escusaria de hurto, y de pecado el que lo hiziese: como con muchos, lo tiene dicho Balleo: y dicho Machado, dize con Layman, que à cerca desto se debe observar la costumbre que huviere en cada lugar, porque en algunos suele ser permitido usar de las dichas añagazas, y trampas: y que siendo tolerada,

escusa de pecado, y de la obligacion de restituir.

Preguntaràs lo 4. Si el que caza, ò coge las palomas, que se han apartado del palomar distancia de una legua, peque mortalmente con pecado de hurto, y obligacion de restituir?

51 Supongo lo 1. que por la ley del Reyno citada arriba se prohibe, que ninguna persona, pueda cazar palomas una legua al rededor, donde huviere palomar, ò palomares, fopena de perder todos los instrumentos con que se hallare cazando, y de que pague à la parte sesenta maravedis por cada paloma de las que tuviere cogidas.

52 Y porque lo dicho es de difícil probacion, dispone la misma ley, que se tenga por probança plena el juramento que hiziere ante la justicia el dueño del palomar, de que hallò el cazador cogiendole sus palomas; y que por consiguiente, con solo este juramento sea condenado en las dichas penas, lo qual es bien singular en derecho: como lo nota, y bien, con Azebedo, Avilés, y Hypolito, Machado, vbi supra, num. 1.

53 Supongo lo 2. que el que coge las palomas de palomar ageno, fuera de la legua, queda libre de las dichas penas, como se infiere de dicha ley, y lo tienen todos los DD. Y así solo consiste la dificultad, en si pecará en tal caso, y con obligacion de restituir: Esto supuesto.

54 Respondo negativamente. Así lo tienen, con Molina, Villalobos, Salon, Bañez, Toledo, Cordova, y otros, contra algunos, dicho Machado, num. 2. y Balleo, tom. 1. verb. Columbarium, num. 4. Y la razon es: porque como este animal sea quasi medio entre domestico, y silvestre, y sea paciente de cosas ajenas, pudo justamente estatuir el Principe, que con esta carga tuviese el dueño del palomar dominio de las tales palomas; conviene à saber, que si se cogieren fuera del termino prescripto por la ley, especialmente si las cogiesen los dueños de las heredades en que andan vagueando, por la tal capcion pierdan el dominio de ellas, y se hagan del que las coge: Ergo, &c.

55 Pero qué se aya de dezir en caso que aya muchos palomares, y las palomas sean cogidas dentro de la legua, respecto del vno, y fuera de la legua, respecto de otro?

56 Respondo: que si al tal cazador le constare evidentemente, que las tales palomas son del otro palomar, que dista mas que el termino prescripto por la ley, en tal caso no pecará; pero por quanto rara vez podrá suceder, que esto se sepa de cierto, en caso de duda se debe presumir, que son de aquel palomar, que está dentro de la legua: como con Molina, y otros, lo tienen Villalobos, tom. 2. tract. 10. dif. 18. num. 4. y Balleo citado.

**

§. III.

De los que cortan leña, cogen bellota, ò apacientan sus ganados en dehesas ajenas.

Preguntaràs lo 1. Si los que cortan algunos arboles del monte comun, sin licencia de la Republica, y contra la justa prohibicion desta, peque mortalmente con pecado de hurto, y esté obligado à restitucion?

57 Respondo negativamente. Así lo tienen, con Soto, Molina, Lelsio, Toledo, Sylvio, Salon, Clavis Regia, y Soto, dichos Villalobos, dif. 19. num. 2. y Balleo, verb. Cessio lignorum, num. 1. Y la razon es; porque no es creible quiera la Republica prohibir à sus miembros, y Ciudadanos con mayor rigor el uso de los arboles comunes, que à lo sumo debaxo de pecado venial, y de que pague la pena, que les tuviere prescripta, si los cogieren; la qual pena no se debe, sino despues de la condenacion, no prohibiendo que hagan suyo lo que toman, sino es que hagan notable daño, ò hiziesen tal estrago, que talasen el monte.

58 La sobredicha conclusion limitan, Rodriguez, Perez, y otros, queriendo que proceda solamente, quando el que corta leña, ò toma los tales arboles, los toma para si, y no para vender, que en este caso quieren que quede obligado à restitucion. Pero esta limitacion la refutan, y bien comunmente los DD. que citan, y siguen Sanchez, tom. 1. conf. cap. 5. dub. 1. num. 24. y deste Machado, tom. 2. lib. 6. part. 8. tract. 9. doc. 12. num. 4. porque lo que el rico corta para su casa, corta el pobre para vender, y socorrer otras necesidades de su casa: Ergo, &c.

59 Pero vtrum, el dicho peque à lo menos venialmente? Suponen la parte afirmativa, Villalobos, y Balleo, citados; y la misma tienen Aragon, Molina, Lelsio, y otros, fundados, en que qualquiera ley justa, por penal que sea, obliga en conciencia; y en que la pena no puede imponerse justamente donde no ay culpa.

60 Respondo tamen negativamente. Así lo tienen, con Cordova, Mercado, Salon, y otros muchos, dicho Sanchez, num. 22. y Machado citado. Y la razon que dan es; porque estas no son propriamente leyes, sino vnos pactos condicionales disiuntivos; conviene à saber, que no corten leña: ò si la cortaren, queden sujetos à la pena, despues que les condenaren en ella. Pero à cerca desto, veafe lo que diximos en el tratado de leyes, cap. 5. Quaestio 6. y 7. advirtiendo, que yo tengo à estas leyes por puramente penales.

Preguntaràs lo 2. Si el que corta leña en monte ageno, que es de algun particular, peque en ello mortalmente, con obligacion de restituir?

61 Respondo lo 1. que el que corta leña del monte ageno, que consta averle plantado su dueño, ò que le tiene cercado, comete hurto, y por consiguiente peca mortalmente, y está obligado à

restitucion, sino es que le escuse la parvidad de materia. Es comun de los DD. que citan, y siguen dichos Balleo, num. 2. Machado, num. 6. y Villalobos, num. 4. Y la razon es; porque en tal caso el monte es proprio del tal señor, y tiene perfecto dominio en él: Ergo, &c. Qual empero se aya de tener por materia grave, y qual por leve para el intento? Se debe remitir al juyzio de los prudentes; como bien dicho Balleo, y otros muchos.

62 Respondo lo 2. que el que corta leña en monte ageno, aunque sea de persona particular, que no consta que le aya plantado el dueño, y mejor quando consta, que no le plantò el tal, ò que no le tiene por industria suya (que es lo que de ordinario sucede) sino por sola donacion, ò concesion del Rey, ò de la Republica, en tal caso, el tomar del la leña, que necessita para socorrer su necesidad estrema, quasi estrema, ò grave; conviene à saber, para sustentarse su familia, ni peca, ni estará obligado à restitucion, sino solamente à la pena, y à escusa despues de la sentencia del Juez. Así lo tienen, con Bañez, Molina, Soto, Ledesma, y la comun de DD. dichos Balleo, num. 3. Villalobos, y Machado, citados. Y la razon es lo vno, porque en tal caso el tal sugeto no tiene perfecto dominio del dicho monte, ni mas derecho que para penar; y deste modo se ha de entender, que se lo concedieron el Principe, ò la Republica, y así consta de la costumbre: Ergo, &c.

63 Y lo otro, y es confirmacion del antecedente: porque los arboles, que la naturaleza produce espontaneamente, no son tan propios de los señores, como los dineros que tiene encerrados en su arca: y así vemos, que este genero de hurtos no trae consigo infamia, ni son tan odiosos à la Republica, como los del dinero, ò otras cosas proprias de alguno. De donde es comun sentir, que los pobres pueden cortar la leña, que les es necesaria para el uso del fuego proprio: Ergo, &c.

Preguntaràs lo 3. Qué se ha de dezir, quando dos lugares son vecinos, y cada vno de ellos tiene su proprio monte, y los vnos cortan del monte de los otros?

64 Respondo: que en tal caso, ni pecan, ni están obligados à restituir. Así lo tienen, con Rodriguez, Azor, Vazquez, y la comun, Balleo, num. 6. Villalobos, num. 3. y Machado, num. 5. Y la razon es; porque en tal caso dichas comunidades parece se contentan con la pena, y mutuamente se recompensan: y así con el uso mutuo se quita la obligacion de restituir, y solo incurrirá la pena el que fuere cogido con el hurto.

Preguntaràs lo 4. Qué es lo que se deba dezir à cerca de la bellota?

65 Respondo: que lo que hemos dicho de los arboles silvestres, se debe tambien dezir de sus frutos proporcionadamente: y así donde se puede licitamente cortar la leña, se puede del mesmo modo coger licitamente la bellota; y al contrario, donde no es licito cortar la leña. Es comun de los

Hhh

DD.