

das no están obligadas de justicia a denunciar para enriquecer a los amos, ó a la Republica: ni están constituidas para ello, sino solo para evitar, que padezcan daño: luego no estarán obligadas a la solución de la pena, sino solo a reparar el daño, que padecen los dueños, por la infiel custodia de dichas Guardas: Ergo, &c.

15 Añado: Que las Guardas, que reciben algun interés por disimular, aunque pecan mortalmente, siendo capaz la materia, pero en el fuero interior no están obligadas a restituir el tal interés, hasta que en el fuero externo sean condenados por sentencia declaratoria del Juez. Así lo tiene, con Covarrubias, Villalobos, Trullench, y otros, dicho Machado, num. 5.

Preguntarás lo 3. Si el que recibe alguna cosa del ladrón, para que no impida el hurto, clamando, ó manifestando, estará obligado a restituir?

16 Respondo lo 1. Que no estará obligado a restituir el precio que le dieron, sino que sea parte del hurto; pero si lo fuere, deberá restituirlo por razón de la cosa accepta.

17 Respondo lo 2. Que segun Soto, tampoco estará obligado a compensar, ó resarcir el daño: lo primero, porque el tal no estava obligado a impedir el daño, sino de caridad; *Sed sic est*, que por razón del precio recibido no queda mas obligado a impedirle, que lo que antes estava: Ergo, &c.

18 Y lo 2. Porque en recibir aquel precio, no se haze agravio a aquella quien roba, ó pretende robar el ladrón; así como no le haze injuria en dexarse persuadir con ruegos a que no clame, ni impida: Ergo, &c. Lo contrario empero es mas probable, y mas verdadero; como bien, con Salón, y Navarra, Lefio, lib. 2. cap. 13. dub. 10. num. 68. Vide illum.

Preguntarás lo 4. Si los delinquentes, que siendo jurídicamente preguntados en juyzio, no quieren manifestar la verdad, estarán obligados por razón de dicha omisión a restituir la pena, que hubieran pagado, si hubieran confesado la verdad, la qual estaban obligados a manifestar, supuesto el juramento, y la jurídica interrogación del superior?

19 Respondo: Que aunque los tales delinquentes están obligados a resarcir los daños, que hubieren causado, con todo esto no están obligados a restituir la pena, que hizieron, negando la verdad. Así lo tiene, con Navarro, Thomás Sanchez, y la mas comun sentencia, contra otros, Caspense, tract. 18. disp. 1. sect. 9. num. 89. Y se prueba; lo vno, porque la pena no se debe antes de la sentencia del Juez, segun la comun sentencia; y lo otro, porque la tal negación con que se impide la sentencia, no es contra la justicia conmutativa, sino contra la verdad, Religion, obediencia, y justicia legal: Ergo, &c.

Preguntarás lo 5. Si el testigo estará obligado a restituir por la omisión del testimonio?

20 Respondo: Que si antes, ó despues de ser llamado del Juez, se ocultase, y no quisiese testi-

car; ó si testificase con engaño, pecará mortalmente contra caridad; pero es muy probable, que no estará obligado a restituir, porque entonces no es injusto, sino inobediente, contumaz, y falto de caridad; como bien, con Lefio, y Molina, dicho Caspense, num. 91.

Preguntarás lo 6. Si los Ministros publicos, que por oficio están obligados a prender, ó denunciar los delinquentes, estarán obligados a la restitución de las penas, que los delinquentes dexan de pagar, porque los tales Ministros, y g. los Alguaziles, por amistad, ó cohecho, no los prenden, ó no los acusan?

21 Respondo: Que es probable que no, porque en esto no hazen injuria a la misma persona a quien se avia de aplicar la pena, sino a la Republica; y para que aya obligación de restituir, es necesario, que la acción que se omite, se deba de justicia a la misma persona a quien se le ha de aplicar la pena. Estarán empero obligados a restituir los daños, que los tales delinquentes cometieren, confiados en la amistad, ó negligencia de los Ministros, ó en la facilidad con que se dexan cohechar: como bien, con Navarro, y Cordova, dicho Caspense, num. 92.

22 De lo dicho se sigue: ser probable, que el Juez, que injustamente dexa de condenar, y el Procurador, y Fiscal, que no acusan, no están obligados a restituir alguna pena pecuniaria al Fisco, ó a la parte a quien se debia pagar: como lo tiene, con Lefio, y Tanero, dicho Caspense, num. 93.

Preguntarás lo 7. Si los dichos, que son causa negativa del daño, estarán obligados a restituir in solidum? y en qué orden?

23 Respondo lo 1. Que qualquiera, que fue causa negativa del daño, por qualquiera de los dichos tres modos, por no impedirle estando obligado de oficio a ellos, está obligado a la restitución in solidum, en defecto de los demás. Es comun de los DD. Y la razón es, porque el tal fue causa sine qua non de todo el daño, lo qual basta en la causa permissiva, pues la causa permissiva entonces se dice causa eficaz del daño, quando sin su permissión no se hiziera el tal daño, y ella estava obligada de justicia a impedirle: Ergo, &c.

24 Resp. lo 2. Que dichas causas negativas están obligadas a restituir, despues de todas las causas positivas; y suceden en el defecto de estas. Así lo tiene Lefio, lib. 2. cap. 13. n. 31. Y se prueba: porque así como la causa positiva es mas principal, y influye mas que la permissiva, así tambien tiene primer lugar en la restitución: Ergo, &c.

25 Resp. lo 3. Que entre las dichas causas negativas, tiene el primer lugar la Guarda de la cosa particular: en segundo lugar los Principes, Magistrados, y Superiores, que son Guardas universales; y en tercer lugar el testigo, que no manifiesta la verdad, y aquel que de oficio está obligado a aconsejar rectamente, y lo menosprecia; como bien dicho Lefio contra Navarra, num. 80. Vide illum.

DISPUTACION III.

De la restitucion por razon de la cosa accepta.

1 Supongo lo 1. Que de dos maneras puede vno tener la cosa agena, que son, con mala fee, y con buena fee; de la primera queda ya bastante tratado en la disputa antecedente; y así aqui solo trataremos de la segunda.

2 Supongo lo 2. Que el que con buena fee posee alguna cosa, creyendo que es suya, en llegando a conocer que es agena, se constituye en mala fee, y como tal está obligado a restituir, segun todos los DD. porque la cosa agena no se puede retener inuito domino; y porque ninguno se puede enriquezer lícitamente con detrimento de otro; como consta, *ex leg. 48. de regul. iuris in 6.*

3 *Imò*, en tal caso, no solo está obligado a restituir por razón de la cosa accepta, sino tambien por razón de la iniqua detención, la qual equivale a la acepción iniqua; por lo qual, si en el interin pereciere por qualquier acaso, estará obligado a restitución.

4 Supongo lo 3. Que aquel se dice poseer la cosa con buena fee, que la tiene sin pecado, ignorando invenciblemente, que es agena, teniendo la por alguna justa causa, v. g. por dote, donacion, compra, &c. Y al contrario, aquel se dice poseedor de mala fee, que la tiene, conociendo que es agena, ó pudiendo conocerlo, lo ignora venciblemente. Así lo tienen, con Molina, Clavis Regia, Rebelo, Lefio, Sanchez, y la comun de DD. Bonacina, tom. 2. tract. de restit. in gen. quest. 2. punct. 1. num. 1. y 2. y Hurtado, de iust. disp. 6. de restit. rei acceptae, diffi. 3.

5 Supongo lo 4. Que quando el poseedor de la cosa le halla con obligación de restituirla al señor de ella, lo debe hazer sin pedirle precio alguno por ella; como lo tienen todos los Doctores, segun Sanchez, in Sum. lib. 2. cap. 23. num. 2. Bonacina citado, num. 4. Villalobos, tom. 2. tract. 11. dif. 11. num. 1. y conita, *ex leg. 2. C. de furt. leg. Si mancipium, C. de rei vend. y de otras.* Y la razón es: porque es contra toda razón, y derecho, que el señor buelva a comprar su misma cosa: Ergo, &c. Esto supuesto.

Preguntarás lo 1. Que deba restituir el que con buena fee compró la cosa, y con la misma buena fee la consumió, ó enagenó?

6 Respondo: Que solo está obligado a restituir aquello en que se hizo mas rico. Es comun de los Doctores, que cita, y sigue dicho Bonacina, num. 5. consta de muchas leyes, que alli refieren. Y la razón es: porque el tal solo está obligado por razón de la cosa accepta; *Sed sic est*, que esta no está ya en su poder: Ergo, &c.

7 Nota: Que en aquello se juzga vno averse hecho mas rico por razón de la cosa agena, lo qual ganó con la dicha cosa, aumentando la ha-

zienda, ó dexando de gastar de ella; pero no se entenderá ganancia, si con la cosa agena se trató mas esplendidamente, que viviera con sola su hacienda; *ex leg. Sed, §. si leg. §. Quoniam autem, ff. de petit. hered. porque con esto no se aumentó el patrimonio, que es lo que el Derecho llama averse hecho mas rico por la cosa accepta. Es comun de los Doctores.*

8 De lo dicho se sigue lo 1. Que el que con buena fee compró vna cosa, y con la misma fee la vendió en el mismo precio, ó menor, no está obligado a restituir cosa alguna. *Imò*, aunque la huviese vendido en mayor precio; tengo lo dicho por muy probable, con Molina, Layman, y nuestro Caspense, *vbi infra*, num. 31. porque el tal mayor precio no es fruto de la cosa, sino de la industria: Ergo, &c. Lo segundo, que el que la recibió por donacion gratuita, y despues la vendió, está obligado a restituir el precio, sino le consumiese en juegos, ó en dadas, ó de tal suerte, que por el no se hiziese mas rico. Lo tercero, que si hizo donacion de ella otro, de tal suerte, que si no tuviera la tal cosa, no le diera otra semejante, ó desemejante, no está obligado a restitución alguna; porque por ella no se hizo mas rico; pero si lo estava en caso que huviese de dar otra, en lugar de la tal cosa; pues en tal caso ahorró la suya, y por consiguiente se hizo mas rico en ello.

9 Y lo 4. Que si la cosa pereció durante la buena fee, no está obligado a restituir cosa alguna, ora aya perecido por culpa suya, ora sin ella: lo vno, porque el que quemó, ó malbarató la cosa, presumiendo que era suya, no pecó contra justicia; y lo otro, porque el tal, ni está obligado por razón de la injusta acepción, pues no la tuvo; ni por razón de la cosa accepta, pues ya no la tiene; ni tampoco le ha hecho mas rico por ella, como se supone. Ergo, &c.

10 Todo lo dicho es comun, como se puede ver en dicho Bonacina, a num. 6. ad 17. Caspense, tract. 18. disp. 1. sect. 4. a num. 26. ad 30. Lefio, lib. 2. cap. 13. a num. 3. ad 7. y en Trullench, lib. 7. cap. 11. dub. 1. por todo él, en los quales pueden verse otros escolarios a mas de los dichos.

Preguntarás lo 2. Si el poseedor de buena fee está obligado a restituir los frutos, que cogió de la cosa accepta, durante la buena fee?

11 Respondo lo 1. Que está obligado a restituir los frutos naturales, y mixtos, si están en ser, y si no aquellos en que por ellos se hizo mas rico. Es comun. Y la razón es porque los tales frutos, ó ipso que proceden de la cosa de alguno, entran en el dominio del tal, §. Titius, y siguiente, *insti. de rerum divisione*. Pero han de sacarse de sí los gastos en cultivarlos, cogellos, y conservarlos.

12 *Imò*, tengo por probable la sentencia de Covarrubias, y otros Juristas, que dice, que quando los frutos mixtos no están en ser, no se debe restituir aquello en que por ellos se hizo vno mas rico, a lo qual favorece el Derecho Ci-

vil, y se ha juzgado así algunas veces en algunos Tribunales; pero lo dicho es mas verdadero; como bien Lesio, con la comun sentencia, *dub. 2. num. 10.*

13 Advierto empero: Que si el poseedor de buena fee, hubiere poseído por tres años dichos frutos, naturales, ó mixtos, no estará obligado a restituirlos; porque las cosas muebles prescriben por la trienal posesion. *Instit. de usucapione. Imo*, basta dicha posesion trienal para prescribir las cosas muebles de la Iglesia Romana. *Auth. quas actiones. C. de Sacrosanctis Ecclesijs.* Juzgo empero, que además de dicha trienal posesion, se requiere titulo especial; como v. g. que aya poseído la cosa por titulo de donacion, compra, &c. como consta, *ex Instit. de usucapione*; y lo tiene con Socino, y otros, contra Menochio, y otros, Bonacina, *vbi infra*, donde se pueden ver otras dificultades al intento, *á num. 10. ad 14.*

14 Resp. lo 2. Que los frutos *merè* industriales no ay obligacion a restituirlos. Es tambien comun. Y se prueba: el poseedor de mala fee no está obligado a restituir estos frutos, como se probó arriba, *disp. 2. sec. 1. cap. 3. quest. 3. resp. 1.* luego mucho menos el poseedor de buena fee: Ergo, &c.

15 Resp. lo 3. Que el poseedor de buena fee no está obligado a la restitution de los frutos, que dexó de coger por negligencia suya, como lo está el poseedor de mala fee. Es tambien comun. Y la razon es: porque no está obligado a ellos, por la injusta acepcion, pues no la hubo; ni por razon de la cosa accepta, porque tampoco los recibió, ni por ellos se hizo mas rico. Ergo, &c.

16 Todo lo dicho es comun, como se puede ver en Bonacina, *quest. 3. punct. ult. §. 1. á num. 3. ad 14.* Lesio, *lib. 2. cap. 14. dubit. 2.* por toda ella, Caspense, *tr. 18. disp. 1. sect. 4. á num. 32. ad 35.* y Trullench, *lib. 7. cap. 11. dub. 2.* Vide illum.

Preguntarás lo 3. *A quien ha de restituir el que recibió alguna cosa de mano del que la avia hurtado?*

17 Resp. lo 1. Que si la recibió con buena fee, graciosamente, ó en depósito, ó por otro titulo semejante, está obligado a restituirla al señor cuya es; y de ninguna manera la puede volver al que la hurtó, sino es que aya certidumbre moral de que la restituirá. Así lo tiene con Lesio, Clavis Regia, Pedro Navarra, y otros, Bonacina, *q. 4. punct. 2. num. 2.* contra otros. Y se prueba: el tal está obligado a restituir por razon de la cosa accepta; *Sed sic est*, que no está obligado a restituirla al ladrón, porque no es suya; luego al señor: Ergo, &c.

18 Resp. lo 2. Que si la cosa hurtada no se huviese recibido graciosamente, ni en depósito, sino comprada, ó trocada por otra cosa, luego que el que la compró, ó trocó, supiere que era hurtada, está obligado a rescindir el contrato, y desbaratar la venta, ó el trueco, y volver la tal cosa al mismo que la hurtó, para que la vuelva a su dueño, y a él le vuelva su dinero. Así lo tiene, con Navarro, Pedro de Navarra, Lesio, Salón, Rebelo, Toledo, Aragón, Azor, y otros, contra Covar-

rubias, Molina, y otros, dicho Bonacina, *num. 1.*

19 Y la razon porque aqui no ay obligacion de restituirla la cosa a su dueño es: porque esta restitution no se puede hazer al dueño, sino es perdiendo el hombre lo que dió por ella; *Sed sic est*, que ninguno está obligado a mirar por la hacienda ajena, con perdida de la suya propia: Ergo, &c.

20 Confírmase lo dicho: Porque supuesto, que volviendo la tal cosa a aquel de quien la recibió, no la pone en peor estado, que la halló, sino en el mismo, no haze agravio a persona alguna, y le dá exemplo al que hizo el hurto, para que lo restituya: Ergo, &c.

21 Y si contra esta conclusion opusieres lo 1. El derecho *in re*, y la propiedad, que el señor de la cosa tiene, obliga a alguna persona, que deba restituirla la cosa; *Sed sic est*, que a ninguna otra persona puede obligar mas, que a la que posee la tal cosa ajena: Ergo, &c.

22 Respondo: Que por razon de la cosa accepta, ay obligacion de restituirla al verdadero señor, pretermitido el inmediato poseedor de mala fee, quando el que la recibió de este no huviere de padecer grave detrimento; pero si lo huviere de padecer, para evitarle, se será licito el volverla al proximo poseedor de la cosa, para que él la restituya a su dueño.

23 Y si opusieres lo 2. Que quitada la buena fee, queda el comprador poseedor de mala fee; *Sed sic est*, que el poseedor de mala fee está obligado a restituirla la cosa que tiene en su poder: Ergo, &c.

24 Respondo: Que es verdad, que el tal comprador queda poseedor de mala fee, para no poder retener la cosa luego que conoce que es ajena; pero no queda obligado a volverla inmediatamente al señor, como queda probado.

25 Y si opusieres lo 3. Si el comprador de la cosa pudiera volverla al ladrón, por causa de recuperar el precio, se siguiera, q si el ladrón se huviera ya muerto, ó no pareciesse, la podría vender a otro por resarcir, ó huir el daño, lo qual es falso: Ergo, &c.

26 Resp. negando la sequela: lo vno, porque ya pusiera la cosa en peor estado, lo qual no le es licito; y lo otro, porque el tal no puede transferir el dominio de dicha cosa, pues no es suya, sino ajena.

27 Y si instares; Luego el tal cooperaria a la iniqua detencion del ladrón. Respondo negando la sequela: porque el tal vta de su derecho, dexando al ladrón en su conciencia, por redimir su daño: ni le persuade que no restituya, antes bien le dá exemplo para que lo haga.

28 Y si instares lo 2. Si el ladrón no pareciesse, estaría obligado el tal comprador a restituirla la cosa al señor, y el Juez le podría compeler a ello *adhuc* con detrimento del precio: Ergo, &c. Respondo, que si no parece el ladrón, no se puede rescindir el contrato; y así tendrá obligacion de volverla a su dueño.

29 Respondo lo 3. al qualito: Que el que con mala fee compró la cosa para retenerla, sabiendo,

ó dudando que era hurtada, está obligado a restituirla al señor, aunque no pueda recuperar el precio de otra suerte, que volviendosela al ladrón. Así lo tiene, con Salón, Molina, Rebelo, Boñez, Lesio, Vazquez, Navarro, y otros, dicho Bonacina, *num. 1. §. Dixit in propositione.* Y la razon es, porque entonces no solo está obligado por razon de la cosa accepta, sino tambien por razon de la injusta acepcion; y así deberá imputarse a sí, y a su culpa, el perdimiento del precio.

30 Tambien tengo por bastantemente probable lo contrario; esto es, que en tal caso se la puede volver al ladrón, por recobrar su dinero, pues qualquiera puede mirar antes por sí, que por otro, y mas no poniendo la cosa en peor estado del que antes tenia, como no la pone. Así lo tienen Alexandro de Ases, Gabriel, Angelo, y Sylvestre; y Lesio lo tiene por probable, *lib. 2. cap. 14. dub. 3. n. 21.* y lo mismo Caspense, *tr. 18. disp. 1. sect. 5. n. 46.* Vide illum.

Preguntarás lo 4. *Si el que duda si la cosa es ajena, la podrá comprar, retener, ó enagenar?*

31 Respondo lo 1. Que el que al principio recibió la cosa con buena fe, y después llega a dudar si es ajena, está obligado a hazer diligencia para salir desta duda; y si después de hechas las diligencias posibles no huviere sido posible vencer la duda, se puede quedar con la tal cosa sin escrupulo, como si de cierto supiesse que era suya. Así lo tiene, con Medina, Sylvestre, Gabriel, y otros, dicho Lesio, *dub. 4. n. 23.* Y la razon es, porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee: Ergo, &c.

32 De aqui se sigue: Que si después de aver hecho suficiente diligencia, y no aviendo descubierta el dueño, se vendiesse la tal cosa, aunque después sepa quien es el dueño della, no estará obligado el que la vendió a restitution alguna: como bien los dichos DD. porque ni lo estará por razon de la injusta acepcion, ni por razon de la cosa accepta, como consta de lo dicho: Ergo, &c.

33 Respondo lo 2. Que si la cosa no está en poder del hombre dudoso, sino en poder de otro, y se llega a dudar si es de otras quatro, ó cinco personas, no entrando en ellas el que la posee, siendo la duda igual, se deberá repartir con igualdad entre todas; pero si la duda no fuere igual, sino que huviere mayor probabilidad acerca de unas, que de otras, en tal caso se le deberá dar a cada vno mas, ó menos, conforme a la probabilidad que huviere: como con Tomás Sanchez, lo tiene Enriquez Agustiniiano, *sec. 10. quest. 18. num. 52.*

34 Resp. lo 3. Que si estando vno poseyendo alguna cosa con buena fe, llegasse después a dudar con fundamento, que era ajena, y no hiziesse diligencias para salir de su duda, sabiendo de allí a algun tiempo que era ajena, no solo estará obligado a restituirla la tal cosa, sino tambien los frutos consumidos, desde el tiempo en que comenzó a dudar, porque desde aquel tiempo comenzó a ser poseedor de mala fe, y de justicia estava obligado a inquirir la verdad.

35 Respondo lo 4. Que aunque vno dude, si la cosa es ajena, con todo esto podrá recibirla por titulo de donacion, permutacion, ó compra, con tal que la reciba con animo de restituirla a su dueño, si pareciere, porque en esto no le haze injuria, sino beneficio, como de suyo es claro. *Imò*, si la huviesse comprado en pequeño precio, y no huviesse probabilidad, que el señor la avia de recuperar por otra via; en tal caso queda en el comprador el derecho, que llaman *utiliter gesti*, para que en el fuero exterior pueda obligar al señor de la tal cosa, que le pague dicho precio, porque el comprador en dicho caso hizo prudente, y utilmente el negocio del señor de la dicha cosa: como bien Caspense, *num. 49.* Vide illum.

36 Resp. lo 5. Que sino la recibe con esse animo, sino con animo de retenerla, peca en ello, pero no está obligado a restituirla luego, sino a mudar el animo, é inquirir si es ajena; y en conociendo que es ajena, debe restituirla enteramente, y tambien los frutos consumidos. Pero si todavia quedare alguna duda, estará obligado a dividirla con el otro de quien duda, dándole mas, ó menos, segun, y a proporcion de la duda; y así, si el otro fuere persona conocida, se le dará su parte, segun la razon de dudar: y sino fuere conocida, se dará a los pobres, por aver sido la tal acepcion iniqua: como con Cayetano, Soto, y Medina, lo tiene dicho Lesio, *n. 25.* y con Molina, y Sanchez, Bonacina, *disp. 1. q. 2. punct. 2.* donde con otros muchos lleva todo lo dicho en este qualito. Vide illum. Vease tambien en nuestro primer tomo, *tr. 1. disp. 3. cap. 3. §. 7.* donde se trató de las dudas, en materia de justicia.

Preguntarás lo 5. *Si el que posee con buena fe la cosa, quando después se constituye en mala, estará obligado a volver la misma cosa a su dueño, estando en ser, ó si cumplirá con darle otra tal de su mismo valor, ó bonidad?*

37 Acerca desta dificultad, Diana, con Tancro, Turriano, Valencia, y otros, *part. 2. tract. 16. ref. 41.* siente absolutamente, que el deudor no pueda pagar vna cosa por otra *invito domino*, quando las cosas quitadas no son consumpibles con el vto; pero sí, si lo fueren, como el dinero, el trigo, y semejantes: y así dize, que el que tiene vn libro de otro, vn cavallo, ó semejantes cosas, no está en su potestad dar vna cosa por otra, aunque sea de igual valor; porque como consta, *ex leg. Cum à quo, C. ex leg. Manifesti, C. de solut. Aliud pro alio*, invito domino reddi non potest, si res extat.

38 Resp. *tamen*: Que tengo por muy probable, que cumple con darle otra tal, y que no peca mortalmente, aunque sea contra la voluntad de su dueño: como lo tienen Pedro Navarro, Clavis Regia, y otros: y a las leyes de arriba, dize Juan Valero, que se deben entender en el fuero externo, pero no en el interno de la conciencia.

39 Lo contrario empero tengo por mas probable, y es mas comun, porque el señor de la cosa no está despojado del dominio della, sino es en caso