

costumbre puedan eximirse los hombres de ella. Lo contrario es mas verdadero, y recibido; porque los Diezmos se deben à Dios, y à la Iglesia: *In Universum, sive in substantia;* pero el que sean debidos à esta, ó à aquella Iglesia, el que se paguen de uno, ó de otro modo, no se halla establecido por Derecho Divino: que el avverse mandado en el Testamento viejo pagar la dezima integra à los Levitas, fué por averles Dios prohibido tener otros bienes temporales, y emolumentos; y así teniendo para su congrua manutencion, viene à pagar el Pueblo las decimas por modo equivalente, y la exemptione de la paga concedida por el Papa, ó dimanada de la costumbre, se considera estricta, admisible, y observable, como procedida, no tanto de dispensacion, quanto por falta de causa de su solucion, ó paga.

14. Sirva de patrocinio à este documento, para no amontonar textos, y authoridades, la del Carden. de Luca en el §. 3. de la Summa à su tratado de Decim. de quien literalmente se traduce: *Credunt aliqui, nequè ex privilegio, nequè ex consuetudine exemptionem ab onere spiritualium decimarum dari posse; cum etenim earum certa sit à jure Divino derivatio, binc sequi afferunt ut Papa exemptionem privilegiativam desuper non concedat, cum sibi non tribuatur potestas divino juri derogandi, vel dispensandi; minusquè præscriptio intret cum in hujusmodi impræscriptibilibus; ac publicis juribus, eatenus illa operativa sit, quatenus præferat implicitum Apostolicum privilegium, quod eximmemorabilis virtute allegari potest, ideoquè plus operari non potest fictio quam veritas. Contrarium autem verius, magisque receptum est; quoniam debentur quidem dicimus Deo, & Ecclesiæ in universum sive in substantia; an autem uni, vel alteri Ecclesiæ debite sint, sive uno, vel altero modo, id jure divino statutum non est, ideoquè in omissis, bene potestas Papæ intrat declarandi scilicet, vel supplendi. Ideo enim ex oraculo divino Levitis veteri Testamento decime debebantur, quia terrarum, aliorumque temporalium bonorum, ac emolumentorum eos Deos incapaces esse præcepit, unde propterea decimas tanquam subsidiarum remedium demandavit, ut isti spirituales Operarij de hac mercede viverent, & ne bovi trituranti Os clauderetur. Quando itaque idem obtineatur effectus in alio equipolenti fructuum, qui percipientur ex terris, ac prædijs, vel emolumentis, & oblationibus occasione ministracionis Sacramentorum, aliorumque divinorum ita equipolenter à populo decimæ solvi dicuntur, meritoquè exemptio ab Ecclesiæ, vel à consuetudine concessa est per agnitionem veritatis, vel cessationem cause, potius quam per gratiosam, vel privilegiativam exemptionem.*

15. La costumbre puede hacer, que se pague menor quotaquè, la decima integra contribuyendole en su lugar la vigessima, trigessima, ó menor parte: Y esta proposicion la subseben, y defienden casi todos los Canonistas, y no es controvertible; para lo qual dan diversas razones, diciendo unos, que la quota, ó determinada cantidad procede oy por Derecho positivo Eclesiastico,

y no

y no de Derecho Divino. Otros, que quando aun oy se considerasse de Derecho natural, y Divino, este admite modificacion en lo por él dispuesto. Y otros, que aunque tenga tan fuerte raiz la obligacion, no se entiende excluida la condonacion de parte de la Iglesia, y assi es facultativo à esta condonar à los deudores directa, ó equivalentemente aquella parte, que dexan de contribuir. Los unos, y los otros pueden veerse en Gutierrez, en el citado cap. 21. del lib. 2. de sus Canon. En Oliv. de foro Eccles. en la 3. p. q. 38. n. 5. En el Señor Covarr. lib. 1. variar. cap. 17. n. 2. y 4. y en el P. Reinfestuel en el tit. 30. lib. 3. §. 1. a quienes me remito.

16. La costumbre puede hacer, que la dezima se pague de unas, y no de otras especies: Y esta proposicion no ay Author alguno, que la niegue, ni quien dude, que en unos Reynos, y Provincias se pagan de unas especies, de que en otras no se observa, ó expressamente se prohibe la contribucion: firmala, despues del Señor Covarr. y Gutierrez. nuestro D. Pedro Gonzalez de Salzedo en el Coment. de la Ley 4. tit. 14. lib. 3. de la Recop. de Cast. y la autorisati assi la Ley 6. del tit. 5. lib. 1. de dicha Recop. como diversas del tit. 16. lib. 1. de la Novissima de Indias, quales son la 18. que previene, no se pague Diezmo de la Pesqueria, Monteria, y Caza; y la 2d. que ordena no se paguen Diezmos personales en las Indias, siendo assi, que estos, y aquellos en muchos Reynos, y Provincias, se cobran, y satisfacen.

17. La costumbre puede hacer, que el Derecho activo de diezmar (esto es, la percepcion de los Diezmos) sea firme, y tenga subsistencia en los Legionos, sin embargo de la natural incapacidad, y omnimoda resistencia, que en ellos se verifica para poder obtener, lo que por su naturaleza es espiritual. Porque supuesta la discrecion, que los Authores conocen entre el Derecho de diezmar, y la comodidad, ó utilidad de la percepcion; que de aquel, y no de esta son incapaces los Seculares, como explica bellamente, despues de otros, el Carden. de Luca, en el discurs. 6. de Decim. al n. 13. en que assentando, que no obsta á los Seculares la espiritualidad de los Diezmos, para poder percibirlos, dà la razon siguiente: *Id obstat non videtur, cum referri possit, non quidem ad ipsam jus decimandi, quod est spirituale, cuius Laicus est incapax, sed ad illam capacitatem, que etiam in spiritualibus in Laico dari potest, in sola scilicet perceptione, seu commoditate, prout nudi facti est, absque mixtura juris, juxta eam capacitatem, quam quotidiana habemus in Laicis circa commoditatem pensionum Ecclesiasticarum.* Siendo este proprio Author, el que confirma nuestra proposicion en el §. 1. n. 8. de la Sum. al dicho tratado en estas palabras: *Unius autem, vel alterius generis possibilias, in possessorio præsertim, etiam favore secularium qui spiritualium cum positiva, & vehementi juris resistencia incapaces existunt; nimiam operativa dignoscitur, ut dicta vehementi resistentia non obstante, Laico possessori decernenda sit manutentio,*

B 2

*ut posse referibilis ad eas temporales decimas, quarum Laicus est capax.*

18 La costumbre puede hacer, que los Diezmos, que se deben à una Iglesia, ó por Parrochial, ó por estar en su territorio el Predio, de que se cogen los fructos, se paguen a otra, sin embargo de no ser Predial, ni Parrochial respecto del diezmanante (que es el caso de la presente controversia) esta proposicion fué de Rebufo intraet. de Decim. q. 8. n. 22, donde dixo: *In hoc consuetudo est maxime atendenda; assentola despues por conclusion el Señor Covarr. indict. cap. 17. lib. 1. var. n. 8. en estas palabras: Tertio deducitur jure optimo procedere consuetudinem, ex qua decima uni Ecclesiae debite jure communis, alteri Ecclesiae solvantur, y despues de Gutierrez, y del Señor Covarr. y los muchos, que estos citan, la examina el Card. de Luca en el disc. 1. de Decim. proponiendola por tercero caso al n. 5. y en el n. 18. del §. 2. de la Summa donde dice lo siguiente: Non Parochiali quoque Ecclesiae privative ad Parochiale ex Apostolica concessione, vel consuetudine, istud jus dicimandi competere, aliquando praxis docet: Quamvis enim juris assistentiam Parochialis, resistentiam vero non Parochialis habeat, non ea tamen vehementer resistentia est, que immemorabilis, vel centenaria, non vitiosa observantie, seu prescriptionis requisitum desideret; sed quadragenaria sufficit.*

19 No solo se halla autorizada la dicha proposicion con la sentencia de tan celebres Maestros, sino que se ve expressamente establecida en varios textos Canonicos, pues en el cap. Cum sint homines de Decim. sobre la duda, si los Diezmos deban pagarse a la Iglesia: *In cuius Parochia sita sint Predia, an Ecclesiae ubi colonus audit Divina, et percipit Ecclesiastica Sacramenta; se dice, que in hujusmodi dubitatione ad consuetudinem est recurrendum.* En el cap. ad Apostolica, sobre la duda a que Iglesia deba pagarse la decima Personal, y a qual la decima Predial? Se resuelve, que las Personales se den a la Iglesia en donde son administrados los dueños, ó Colonos; pero en quanto a los Prediales, no se determina, sino que se manda se este á la costumbre: *Noveris igitur (dice el texto) quod eum est, ut illi Ecclesiae dicimae Personales redditantur ab eis, in qua Ecclesiastica percipiunt Sacra menta: Decimas vero messium, vel fructuum arborum, si coluerint, in alia Parochia, quam in ea in qua habitant, quoniam a diversis, diversa consuetudo tenetur: Tu eligas in hoc casu, quod per consuetudinem diu obtentam ibidem noveris observatum.*

20 De estas Sagradas decisiones Canonicas (con las que concuerdan otras muchas insertas en el Cuerpo de su Derecho) resultan dos consideraciones: La una, quedar probada por medio de ellas la proposicion, de que en punto de Diezmos la costumbre, siendo contraria, prevalece en su observancia á lo decidido por Derecho Canonico: Y la otra, quedar satisfecha la comprension, ó advertencia, que en el contrario Informe se me hace, de que el hecho de percibir una Iglesia los Diezmos, que por Derecho comun pertene-

necen

necen á otra, no se debe llamar costumbre, sino prescription, pues tan sagrados Oraculos, y Autores tan clasicos, a este hecho le dan el mismo titulo, y denominacion; y para mas satisfaccion del docto Patrono contratio, tuve á bien referir á la letra la explicacion, que D. Juan Baptista Trobat trae en el tratado de *effectibus immemorialis*, en el num. 8. que me parece califica ser proprio modo de hablar dar titulo de costumbre, á el hecho practicado por estas Santas Iglesias; dice pues asi: *Si Universitas adversus aliam Universitatem, jus pascendi intra illius Limites adquirere intentet, erit praescriptio propriæ; quod si usq[ue] promiscuo duarum urbium viciniarum, inductum fuerit, ut absque ulla distinctione utriusque Oppidi, sint compascui, et communia pascua viciniis, et oppidanis, hæc consuetudo dicetur: lo copio del Señor Covarr. In regula possessor. p. 24. §. 3. n. 2.*

21 Que la costumbre, ó diurna possession legitimamente prescripta prevalesta en su observancia á lo dispuesto por Derecho Civil (que es la segunda parte de la conclusion arriba assentada) lo es entre los Juristas fundados, en que la tolerancia, de que otro perciba la cosa se equipara á la verdadera entrega; lo qual sufragan diversos textos, como son la Ley *Datio* en el §. fin. ff. de act. empt. et vend. La Ley 1. §. *Traditio de servit. rutic. præd.* y sobradamente prueba esta proposicion la celebre decision de la Ley *Si prius f[uisse] de aqua pluv. arcend. ibi. Si prius nocturnæ aquæ servitus mibi cessat fuerit, deinde postea alia cessione diurnæ quoque ductus aquæ concessus mibi fuerit, et per constitutum tempus nocturna dimittaxat aqua ussus fuerit, amitto servitutem aquæ diurnæ: Quia hoc casu plures sunt servitutes diversarum causarum.*

22 La que (salvo el mejor dictamen) parece obstar fuertemente á la pretencion de la Santa Iglesia de Durango; porque reduciendose esta á que le pertenece mayor porcion en las Lanas, y Partos de los Ganados, fundandola en que por Derecho comun está dispuesto, que por razon de los pastos se deba la dezima á la Iglesia en donde son sitos los Predios, confessando su proprio Hecho de aver percevido menos de aquello, á que cree tenia detecto, le obsta, y perjudica la costumbre, y possession diurna en contrario, y el no aver reclamado en tanto tiempo; pues bastava el señalado para la prescription: siendo igualmente singular la razon, que mutuada de Paulo de Castro, en el Cons. 36 t. refiere, y acomoda al caso, fundado en dicha Ley Civil, Jacobo Pignatelli en el tom. 5. Consult. 57. n. 11. diciendo, que *ille qui habet jus plenum, si utitur semiplene, per tempus legitimum ad praescribendum, sibi præjudicat, ut non possit uti de cætero, nisi sicut ussus est.* Pues si la Santa Iglesia de Durango (como piensa) tenia derecho á dos partes, y media de los Diezmos de las Lanas, y Partos, y se ha contentado con menos, recibiendo annualmente lo que se le ha repartido, y continuando en esta forma de division con plena sciencia, y consentimiento en la parte asignada; no puede en lo de adelante

aspitar á mayor cantidad, sino que debe proseguir perciviendo la misma, que hasta aqui á percevido.

23 Que en punto de Diezmos la costumbre contraria prevalesta en su observancia á lo ordenado en las Leyes de Partida (que es la tercera parte de la conclusion arriba propuesta) ó hâ de confessarse ser cierto, ó negarsela grande authoridad, que tiene el Señor Gregorio López en lo que afirma; es así, que este en los terminos de la presente controversia, y en el Comentario de la Ley 9. del tit. 20. de la partida 1. que se juzga por el Achiles de la defensa de la demanda de la Santa Iglesia de Durango, repetidamente antepone lo observado por costumbre, á lo determinado por la citada Ley: luego quando no fuera vulgaridad, excluir la poderosa fuerza de la costumbre contra lo ordenado por Leyes de Partida (siendo así) que la costumbre legitimamente prescripta es Derecho no escrito, pero eficaz a superar la Ley, que le precedió, sera verdad irrefragable, que en el caso de este Pleyto, aunque la citada Ley lo comprehendiesse, y expressamente determinasse á favor de dicha Santa Iglesia de Durango, quedaria sin efecto su decision, constando por notoriedad de hecho en el Processo, y por confession de la misma parte de dicha Santa Iglesia, la costumbre, que se ha observado en el prorrato, y division de estos Diezmos.

24 Dice, pues, el Señor Gregorio Lopez en la glossa 1. estas palabras: *Décimae animalium dicuntur mixtæ, ut dixi supra eodem in Leg. 1. & secundum Hostiensem in Summa eod. tit. §. Cui danda; in his consuetudo servanda est. Si vero de consuetudine non appetat, & pascuntur quotidie in prædijs propriæ Pastochiæ, ipsi dande sunt.* Desuerte, que en el primero, y segundo caso quando el Ganado pasta todo el año en un Obispado, ó quando pasta medio año en uno, y medio año en otro, dice el Señor Greg. Lop. que se hâ de observar la costumbre; pero si no consta de esta, hâ de percevir el Diezmo integral la Iglesia en donde todo el año pastan, ó partitse entre los dos, quando la mitad del año pastó en el territorio de cada una; lo qual buelva á repetir al fin de la misma glossa despues de hazerse cargo de la diversidad de opiniones, que favorecen, unas á la Iglesia Predial, y otras á la Sacramental, y aplicandose á la de Henrico in cap. pervenit eod. tit. y del Card. en la Clem. 1. q. 15. añade: *Hoc nisi aliter esset de consuetudine, quia tunc consuetudo esset servanda, ut in principio dixi: Tu cogita latius, quia non dum bene reperi discusum.*

25 En que se ofrece igualmente un reparo; y es, que la citada Ley 9. por lo que toca á los Partos, favorece á la Iglesia de Valladolid, en aquellas clausulas si acceisse, que pariese el Ganado faciendo passada por algun lugar, diezmos, que por aquello no debe tomar Diezmo, fueras si ficiessen morada á lo menos un mes: En cuya exposicion dice el Señor Greg. Lop. Nota hoc bene, *quod factus animalium decimabitur in loco, ubi Greuges parturiant, dummodo mo-*

*ram ibi per mensem contraxerit.* Y constando de los Autos, que al menos dos meses residen fuera de su Obispado los Ganados, y que tienen algunas parraciones en el de Valladolid, pretender las dos partes, y media del Diezmo de los Corderos, sin liquidar, que la media parte sea el unico numero de crias, que nacen en el bimestre, y en el territorio de Valladolid, tiene poca seguridad en terminos de Justicia.

26 Que la costumbre legitimamente prescripta prevalesta en su observancia á lo ordenado por las Leyes de una, y otra Recopilacion, en punto, y materia de Diezmos (que es la ultima parte de la conclusion arriba assentada) sobradamente lo acreditan la Ley 4. y 6. del tit. 5. lib. 1. de la Recop. de Cast. pues en la una se ordena, que los Colectores reciban los Diezmos de Vino, y de Pan, en los Lugares donde fué siempre acostumbrado; y si es costumbre, que vayan por él á las Viñas *la dicha costumbre sea guardada:* Y por la otra, sobre averse tenido noticia de que en algunas Villas, y Lugares no se pagaba Diezmo de las Yeras, y Pan, y otras cosas, y se pedía sin embargo por los Obispos, y Cabildos á los Pueblos; se ordena á el Real Consejo provean sobre lo principal lo conveniente, y entre tanto no consientan, ni den lugar á que se haga novedad. Exponela difusamente el ya citado Gutirr. en la 21. de sus Canonicas.

27 Por la Ley 1. del tit. 16. lib. 1. de la Novissima de Indias, se manda se cobren todos los Diezmos, que son debidos, y huyieren de pagar los Vecinos de sus Labranzas, y Crianzas, de las especies, y de la forma, que está en costumbre pagarse. = Por la 3. que se pague el Diezmo de los Azucares, Mielles, &c. á razon de quatro por ciento; y así sean obligados á Diezmar, y Diezmen los que tuvieren Ingenios de Azucar, salvo si en algun Lugar huyesse costumbre en contrario. Por la 12. que dispone se pague el Diezmo de las Mantas, havido respecto al precio del Algodon, sino se huyiere Diezmado este, se añade, que lo referido se cumpla á donde no estuviere introducida, y se practicare costumbre en contrario. Desuerte, que indemnizando las mismas Leyes Reales la costumbre, aprobandola expressamente, y no irritandola en punto, y materia de Diezmos, como claramente lo demuestran las relacionadas; es fuera de propósito, y vulgaridad extraña del assumpto afirmar, que en él no se puede alegar costumbre contraria á lo dispuesto por nuestras Leyes Reales, Pragmaticas, y otros Estatutos.

28 Igualmente lo seria abultar este papel con la inutil disputa, ó controversia, de si la Ley, que nuevamente se establece, promulga, y acepta, destruye, y aniquila la costumbre preterita, y anterior á su promulgacion: en que laboriosamente se difunde nuestro Carrasco en el cap. 8. exponiendo la rubrica 1. del tit. 1. lib. 2. de la Recop. de Castilla, y la Pragmatica del año de mill seiscientos y once, hasta el n. 36: pues aun estando á la sentencia de