

Este, de que la Ley posterior deroga la costumbre precedente contraria, es conclusión irrefragable; que no ay Author alguno, que la impugne, que si la misma Ley en su disposicion previene, que haviendo costumbre contraria esta se observe; tan lexos està de destruirla, que antes la aprueba, y corrobora: de que se infiere, que conteniendo las mismas Leyes de una, y otra Recop. la Clausula preventiva, de que se observe la costumbre que huviere en contrario, es infructuoso quanto de contrario se alega sobre el vigor, que deba tener semejante costumbre, y licenciosa temeridad arguirla de irrational, quando las mismas Leyes la cañifican justa, y observable.

29 La indemnidad, que á esta costumbre conceden las mismas Leyes, haze tambien impertinente la quæstion obvia, y frequentemente tratada por nuestros Regnicolas investigando, si la disposicion de la Ley deroga la costumbre futura, y que despues de su promulgacion se introduzga; que con delgada pluma trataron el Señor Covarrubias en el cap. 13. del lib. 1. de sus var. Gutier. en la 31. del lib. 3. de sus practicas, y quien en el n. 12. explica quatro casos conducentes á la predicha quæstion: El primero, quando la Ley expressamente deroga á la costumbre anterior, y futura, y entonces tiene por indubitabile, que la Ley debe observarse, y no atenderse á la anterioridad, ó posterioridad de la costumbre: El segundo, quando la Ley añade á su decision, qus esta se guarde sin embargo de qualquiera costumbre en contrario; que entonces por este modo indefinido, y absoluto, se entiende irritada toda costumbre, sea precedente, ó subsequente á la dicha Ley; y aun en este segundo caso, admite la limitacion de la costumbre, quando la causa de su introduccion despues de la Ley fué racional, y nueva, tal, que el Legislador no pudo tenerla presente al tiempo de establecer la Ley: en cuyas circunstancias defiende, que aunque esta contenga la derogacion de la costumbre futura, no surte su efecto la derogacion, por la razon genuina, de que lo establecido por la Ley, se entiende *rebus sic stantibus*, y *se habentibus*; y la congruente, de que si el Legislador huviese pensado en la causa predicha, racional, y justa induciva de la costumbre, no la huviera derogado: El tercero, y ultimo, quando la Ley pretende exterminar la costumbre preterita, dando por motivo de su extermínio, lo irrational de ella; que entonces admite extension á la posterior, y futura.

30 Pero quando la Ley expressamente no repreuba, ó deroga la costumbre en alguno de los modos predichos, sienten los Regnicolas, hablando de las Leyes Reales, que prevalece la costumbre introducida despues de la Ley á su decision, así lo juzga Castillo sobre la Ley 1. de foro en el vers. *Contra las Leyes*, en que defiende, que si la que de nuevo se establece, revocó, ó derogó algun estatuto anterior, y despues de su promulgacion se introduce costumbre consiguiente á aquel estatuto derogado, prevalece esta costumbre, y

destruye la Ley, que derogó el estatuto. Sus palabras son estas: *Si tamen statutum semel à jure damnatum post publicationem istarum legum, iterum consue-tudine introduceretur, tolleret legem damnatum statutum antiquum*; siguiendo á la glossa, y el Abb. sobre la Clementina Statutum de Elect. y Burgos de Paz, sobre la misma Ley 1. de Toro en los n. n. 475, afirma, que en la practica està recibido, que la costumbre introducida despues de las Leyes de Toro (que nadie ignora ser Leyes Reales, y averse insertado en el cuerpo de la Recop.) aunque sea contraria á ellas, debe ser el documento por donde se juzguen, y determinen los Pleytos, siendo la tal costumbre racional, y legitimamente prescripta: *Ibi. Denique, Et octavo huic sententiae palam adhaeret Did. à Castel. hic verb. Contra las Leyes, Et praxis eam recepit. Et quotidie consuetudine posse has leges introducta (Et si his legibus adversa) lites dirimuntur.* Y á el n. 484: *ibid. Denique, nec aliquid nostrae repugnat sententiae, quod nostris plerique contrarium arbitrantur, cum eorum judicium predictis juribus, Et rationibus damnetur.* = *Ex quibus satis nostra sententia ad tutum portum accessit, Et haud dubie existi-mandum est, post has leges consuetudinem rationabilem posse institui, maximè ex nova causa, et si adversam, ordin. Et Pragmaticarum septi partitarumque juribus alijsque regis sanctionibus. Quod intelligendum est, cum consuetudo ipsa legitimè fuerit prescripta.* La razon comunmente dada por los Authores es, que si bastara la disposicion contraria de la Ley para destruir, y aniquilar, impedir, e irritar la costumbre, aunque expresamente no la reprobasse, ni de ella hiziese mención, vendria á quedar extinguida toda la materia de la costumbre, y todo quanto á cerca de ella dilatadamente se halla escrito en los Derechos.

31 Con el motivo de que por la citada Ley 1. de Toro (que oy es la 3. del tit. 1. lib. 2. de la Recop. de Cast.) al fin de ella se previene, se ocurrá á las Leyes de Part. en lo que no estuviere determinado por las del Ordenamiento, y fueros, y que se determinen los Pleytos, y causas, assi Civiles, como Criminales, de qualquier calidad, ó quantidad que sean, guardando lo que por ellas fuere determinado, como en ellas se contiene, *anque no sean usadas, ni guardadas*; y se manda, que qualquiera duda, que ocurriere en la interpretacion, ó declaracion de las dichas Leyes de Ordenamiento, y fuero, ó de las Partidas, se ocurrá á S. M. Defiende nuestro Carrasco en el citado cap. 8. al n. 90. estar aniquilada la costumbre precedente á las Leyes de Partida, y aun la posterior en los mismos terminos, y casos en que se entiende derogada por las Leyes de Cast. dando por razon de esta su sentencia (en que es singular, y unico) que por esta Ley Recopilada revivió la observancia de las Leyes de Partida; y que asi como las Recopiladas tienen vigor para excluir la costumbre, que despues de su promulgacion se introduzca; esta misma eficacia assiste á las Leyes de Partida.

32 Pero poco constante en su sentencia al n. 92. admite contra estas la

costumbre immemorial, que no consiente contra las Leyes de la Recopilación, diciendo: *Limita non procedere inconsuetudine immemorialis, quia hec vallet contra Leges Partitaram;* y trayendo varias razones de diferencia entre ellas pone la de que en la Real Pragmática, que está al principio de la Recop. de Castilla, se ordena, que por sus Leyes, y no por otras se juzgue, y prosiguiendo diciendo: *Quod adeo non est precise quoad Leges partitae: ergo valebit consuetudo immemorialis contra eas.* Mas para que es ocurrir à sentencias, y doctrinas de Autores, quando la Ley 6. del tit. 2. de la Part. 1. circumscribe nuestra conclusión, pues no solo explica, que la costumbre racional tiene fuerza de Ley, y que quando no la ay escrita, puede, y debe por ella juzgarse, como tambien, que haviendo Ley, si sobre su práctica, y ejecución se duda se tenga por fiel interprete de ella la costumbre, sino que expresamente declara, que la costumbre corrige las Leyes, que fuisse fechas antes que ella, pues que el Rey de la tierra lo consintiese usar contra ellas tanto tiempo, como sobredicho es, ó mayor. Esto se debe entender, quando la costumbre fuese usada generalmente en todo el Reyno, mas si la costumbre fuere especial, entonces no desataria la Ley sino en aquel Logar tan solamente dò fuese usada, porque con tan abierta declaracion será ya temeridad reducir á controversia, que la costumbre posterior, contraria á las Leyes de Partida las deroga, y corige, ó en lo general, siendolo la costumbre, ó en lo particular, y respectivo á aquel Lugar, y Personas en donde, y por quienes se huviere observado.

33 A este (que en mi corto dictamen es fuerte apoyo del vigor, que tiene la costumbre contra la Ley) se ocurre ingeniosamente de contrario, tomando por escudo la Ley 8. del tit. 20. de la partida 1. que abiertamente dispone, assi el que el Diezmo de los fructos, que producen las heredades se satisfaga á aquella Iglesia, ó Parroquia donde es sita la heredad, como el que haviendo costumbre entre dos Iglesias de dividir estos Diezmos, se observe, y guarde si de largo tiempo se há practicado, como las tales Iglesias estén dentro de un proprio Obispado, añadiendo la expressa limitacion, de que si estas Iglesias fueren en dos Obispados no puedan hacerlo, porque los terminos de los Obispados, que son departidos non se quebrantén, nin se buelvan unos con otros por tal razon como esta; pero facilmente se desvanece esta aparente objecion, si se atiende, á que á la citada Ley, y la confusion, que en ella tira á precaverse de los terminos, y límites de los Obispados, no es acomodable á los Diezmos de que al presente se trata, que son, y se denominan del Vento; por quanto los Ganados salen de un Obispado, y passan á otro vaguando, sin que se aya hasta agora occasionado la mas minima alteracion en sus linderos; en cuyo caso, permaneciendo estos immutables, tiene cumplido efecto aquella costumbre, y la division, como explica el Señor Greg. Lop. y (aun se estiende á mas) en la glossa de dicha Ley, en aquellas palabras: *Adver-*

te tamen, quod remanentibus limitibus, bene potest prescribi per unum Episcopum contra alium, etiam certa pars Diocesis; remitiendose al Abb. quién en el cap. Super eo de Paroch. dice al num. 6. Sed respectu jurium Episcopaliū, seu Parochialium est dubium, num quid unus Episcopus posset prescribere ius Episcopale in aliquibus Ecclesijs sitis in Diocesis alterius. Tene quod cum titulo possunt prescribi, vel per tantum tempus decujus initio non est memoria.

34 Menos eficaz razon es, la que en el progreso del dicho Informe Contrario, è ingreso de su tercero Punto se expone, de que la possession, que la Santa Iglesia de Valladolid ha tenido de percevir la mitad de los Diezmios de Partos, y Lanas, no merece aun el colorido de costumbre; pues dirigiendose esta possession á adquirir el dominio, y utilidad de los mismos Diezmios, que se aplica, no será costumbre, sino que aspira solo á ser prescripcion: que es la diferencia obvia, y frequente en los Autores, quando tratan de distinguir la costumbre de la prescripcion, comprehendiendo ésta enteramente Tondato en el cap. 72. quest. Benef. num. 8. diciendo: *Alij differentiam in hac materia statuant inter prescriptionem, & consuetudinem, ut consuetudo locum habeat, quando Populus, aut aliarum personarum incertarum multitudo, non solet decimam solvere, aut saltim subcertis modis, & forma, aut certa quota, vel quantitate; & prescriptioni locus sit, quando privata persona, aut etiam communitas, non uti communitas, sed uti persona privata, veluti pro bonis particularibus per ipsam communitatem possessis, tanquam ficta persona.*

35 Porque á esta dificultad responde concluyentemente García de Beneficijs part. III. cap. 5. n. 160. hablando del Cabildo Ecclesiastico, y de otra comunidad Ecclesiastica, ibi. *Respondet enim, Capitulum in proposito non considerari uti personam particularem, sed uti universitatem, cum non agatur de acquirendo ipsi capitulo, veluti personae privatae, & singulari, sed omnibus, & contra omnes de capitalo incomuni, ac in publicum, & in universum promiscue, nam omnibus nocere, & prodesse potest, & agitur defavore, & prejudicio incertarum personarum; & sic versamus in materia consuetudinis capitulo, & non prescriptionis.*

36 De que resulta, que siendo la costumbre alegada, no solo particular entre estas tres Iglesias, sino general en todas las de este Reyno, pues la de la Puebla percibe los Diezmios de las Lanas de los Ganados, que pastan en Oaxaca, esta Metropolitana la mitad del Diezmo de dichas Lanas de todos los Ganados que dentro del Arzobispado se rasquilan, aunque pasten, y crien en otra Diocesis, sin que de una, ni otra costumbre se sepa el origen; pretender oy retroceder la Santa Iglesia de Durango de la que en immemorial tiempo ha observado, impugnando su proprio reiterado Hecho annualmen-

re repetido, y obtener en asumpto tan temerario, confirmándose la sentencia suplicada, sería abrir puerla, à que las otras Iglesias intenten lo mismo; y que de uno resulten muchos interminables litigios, universal inquietud (mas digna de reparo entre las mismas Iglesias) sin otro fundamento que la inconstancia, y voluntaria resiliencia de lo que siempre han observado.

37. Lo que admira es, que á esta costumbre intrepidamente se le dè el título de irracional, consistiendo en un acto repetido reciprocamente por una, y otra Iglesia; pues si semejante denominacion, solo se grangea la costumbre, no porque de cechamente se contrarie á la Ley, sino porque *contra razones* obran los que la authorisan, es llana consequencia, que esta nota de obrar *contra razon* comprehendiera igualmente á la parte de la Santa Iglesia de Durango: porque la oposicion á la Ley no basta para constituir irracional la costumbre, siendo como es compatible la contrariedad á ella, y el arregloamiento á razon, como lo supone D. Juan Baptista Trebat en su trat. de effect, *immoralis præscriptionis, aut consuetudinis*, en la q. 3. al n. 108. en aquellas palabras: *Consuetudinis contra legem essentia, consistit in eo quod sic rationabilis frequentia actuuum, legitimo tempore inducta contra legem.*

38. Esta racional frequencia de actos está confessada de contrario, su origen es incierto, pero su motivo patente, pues bien dexa conocerse, que habiendo Ley Real de Partida, que es la declamada por la Santa Iglesia de Durango; cuya decision si no expressa, ilativamente le haze dueño en la mayor parte del Diezmo de los Corderos, sin excluir del participio de este dominio á la de Valladolid, aplicandole el de aquellos que nacieran en su territorio, supuesta la residencia al termino de dos meses, poco mas, ó menos, haviendo por otra parte Ley expressa de Indias, que haze dueño á la Santa Iglesia de Valladolid de todo el Diezmo de la Lana que en su territorio se derribare, en fuerza de la qual no podia repetir derecho á parte alguna de dicha Lana la de Durango; fué util, y ventajosa á esta la condescendencia en la division de uno, y otro Diezmo; y es igualmente claro, que interrumpida esta costumbre, quando á la Santa Iglesia de Durango se conceda el integro Diezmo de los Partos, no podrá concederselle parte alguna del Diezmo de las Lanas. Y si la novedad acompañada de utilidad no debe permitirse contra la costumbre, será por consecuencia mas despreciable, si ocasiona daño, y detrimento á el proprio que la intenta, como con palabras de oro dixo S. Augustin in Epist. ad Juanuarium: *Ipsa mutatio consuetudinis, etiam que utilitate adjubat, tamen novitate perturbat; qua propter, que utilis non est, perturbatione infrauctuosa consequenter noxia est.*

PUNTO II.

Que ay Ley expressa Recopilada de Indias, que aplica enteramente el Diezmo de la Lana, que se trasquila en el territorio de Valladolid, á esta Santa Iglesia; en fuerza de lo qual, si se invierte la costumbre hasta aora observada en el modo de dividir, se debe mandar guardar la Ley Municipal; en que desdc luego consiente la Santa Iglesia de Valladolid.

39.  N el supuesto assentado yà por notorio, de que los Ganados menores producen tres especies de fructos diezmables, quales son Partos, Leche, y Lanas; es tambien cierto, que por la Ley 2. del tit. 16. de la Novissima de Indias, el Diezmo de estas especies de fructos se aplica con diversidad: porque el de los Partos, ó Corderos, se señala á la Parrochia, ó Parrochias donde pastaren; ó integro, si todo el año lo hazen en una; ó dimidiado, si medio año, poco mas, ó menos, pastan en el recinto de una Parrochia, y el otro medio año, en la otra en que el Señor del Ganado tiene su domicilio; como lo demuestra la letra del cap. 5. de dicha Ley relacionada en el Punto antecedente, y que no escuso repetir (aunque se me notes de prolixidad) en el presente: *Si las Ovejas viniessen á pastar de un Lugar á otro, ó estuvieren allí por espacio de medio año, poco mas, ó menos, partan los CORDEROS la Parrochia donde fuere Parrochiano el Señor del tal Ganado, y la Parrochia donde pasciere: Y si estuviere allí por espacio de un año, pertenezca el Diezmo á la Parrochia donde està.*

40. Y en el vers. 6. dice lo siguiente: *Item se pague Diezmo de la Leche que se vendiere, y de la manteca del Ganado, y del Queso, á la Parrochia donde se hiziere, con tal que no haga fraude; y de la Lana á la Parrochia donde se trasquile.* Y supuesto que nadie ignorá, que la manteca, ó sebo, se deducen en las haciendas en que se hacen las matanzas de los Ganados, que puede ser, y es, en distinto territorio de aquel en que han pastado, yà se ve aplicado el Diezmo de esto, y del Queso á la Parrochia donde se haze; y finalmente decidido,