

6 Glossa criar nueva Dignidad, sin licencia de el Papa, puede sin ella reassumir la Dignidad supresa.

12 Esto se confirma: quando el Estatuto confirmado por la autoridad de el Principe se dexa por el derecho comun, no se dexa sin la autoridad, y voluntad de el Principe: luego quando esta Costumbre de no ganar los enfermos, se dexa por el derecho comun, no se hará sin la autoridad, y voluntad de el Principe. Porque el Principe *per se loquendo, potius* quiere que se observe el derecho comun, que el especial, que es como dispensación, y excepcion à *jure communis*, y por esta razon el regreso al derecho comun se siente favorable, y consentaneo à la voluntad de el Principe; el derecho de que ganen los enfermos, es derecho comun, y la Costumbre de la Iglesia particular: luego el dexar esta por aquello, es favorable al derecho comun, y consentaneo à la voluntad de el Principe. Que sea de derecho comun, lo dicen el P. Thomas Sanchez, lib. 2. *Conci. cap. 2. dub. 105. n. 4.* Fagnano *cap. licet de Praben. n. 136.* & *Cap. 1. de Cleric. agrotanti n. 31.* Cobarruvias, y Garcia en los lugares arriba citados, Pignatelli, tom. 3. *Consul. 19. n. 30.*

13 Contra esto puede decirse: que aunque el Cabildo por las razones dichas, pudiera derogar esta Costumbre, esto pudiera tener lugar, en caso de que no estuviera jurada: esta Costumbre está jurada por los Señores Prebendados: luego no pueden derogarla. Que esté jurada consta de las palabras de los Estatutos, à cuyo tenor juran quando se reciben en la forma siguiente: *Ego N. juro per hac Sancta Dei Evangelia, quod ab hac hora in antea obediens ero omnibus constitutionibus statutis, & consuetudinibus landabilibus predicta Sancte Ecclesie.* Conque siendo (como prueba el Señor Maestre Escuela) laudable esta Costumbre la juramos; y nos hallamos en virtud de el juramento obligados à guardarla. Pudiera retorcer el argumento co la derogacion de los Estatutos, observados, y jurados, hecha por este Venerable Cabildo; pero basta à puntarlo. Y respondo el argumento, de dos modos: el primero, que en virtud de el juramento que hazemos, al tenor, y segun la erección, no se juran guardar las Costumbres contrarias à la erección, y à las constituciones de la Synodo Provincial; y que esto sea assi lo prubo con el cap. 1. de la 1. part. de los Estatutos & 2. en el juramento que hacen los Señores Arçobispos, quando se reciben: *Nos P. Archiepiscopus de Mexico juramus per Deum, & hæc Sancta Dei Evangelia, quod erectionm huius Sanctæ Ecclesiæ Mexicanae observabimus, & servari faciemus, consuetudines bonas, & approbatas eiusdem Ecclesie, in quantum non contrariantur predicta erectioni, sacris Canonibus, & Sancti Concilij Tridentini Decretis, & Provincialis Synodi Mexicanae editis constitutionibus manutenebimus.* Por donde clara, y evidentemente se ve, que al tenor de nuestros Estatutos, y segun ellos, no juramos las Costumbres, que son contrarias à nuestras Constituciones, &c. porque aquellas mismas júramos guardar, y observar, que jura guardar, y hazernos guardar nuestro Illustrissimo Prelado; las que jura guardar, y hazernos guardar, son aquellas que no son contrarias à nuestra erección &c. Luego los Capitulares al tenor de la erección, y segun ella, solo juran guardar aquellas costumbres, que no son contrarias à su erección &c.

14 Fundase mas esta doctrina; porque el juramento, que se haze segun derecho, y fundado en él, recibe todas las ampliaciones, y limitaciones del

7 Del derecho; como se prueba del cap. *ad audienciam 15. de Cleric. non residentes* de donde consta, que ayendo vnos Canonicos hecho constitucion confirmada con juramento, y autoridad Pontificia, para que los que no residieran, no ganaran los fructos de sus Prebendas, movida question, sobre si los avian de ganar los Canonicos, que están en servicio del Obispo, responde Honorio III. que no obstante la constitucion, y juramento, no debian privarse de los fructos de sus Prebendas. La razon es, porque como este Estatuto, y juramento era segun derecho, de que no ganen los que no residen, y de este sea limitacion el que no asiste por estar en servicio del Obispo, segun el cap. *de casero, de Cle. non resid.* el jutamento, y Estatuto, deben ser con la misma limitacion: luego si los Señores Prebendados de esta Santa Iglesia, juran, segun el tenor de su erección, guardar las loables costumbres, y la erección solamente habla de las costumbres, que no son contrarias à ella, à los sagrados Canones &c; es evidente, que segun ella, no juran guardar esta Costumbre, que es contraria al mencionado Estatuto.

15 La segunda respuesta es: que el juramento es accessorio, y asi sigue la naturaleza del principal; conque si el Cabildo, tiene facultad para derogar la Costumbre, que es principal, tendrá potestad para quitar el juramento, que es accessorio. Esta doctrina es de Fagnano, en el cap. *dilecto. 25. de Prabendis. n. 20.* donde dice: *Nec resistatur, quod tales Canonicis videantur venire contra juramentum. Quoniam concessa eis potestate tollendi Statutum, quod est principale, conceditur etiam potestas propria autoritate tollendi juramentum, quod est accessorium.* Esto se ve tambien en la promessa jurada à favor de tercero, que si este no acepta, à otro por él, ó no acepta validamente, no ay obligacion al juramento, porque este es accessorio, y sigue la naturaleza de la promessa, que es principal, y por esta razon quando actus, vel ex natura sua, vel ex consuetudine, vel ex juris dispositione, vel ex intentione agentis imbibit aliquam conditionem, sub illa juramentum factum cencetur, como dice el Salmaticense en el tratado *14. de contractibus in genere, cap. 1. punto 7. l. 1. n. 59:* luego dado (y no concedido) que esta Costumbre estuviera jurada, teniendo el Cabildo autoridad para derogarla, podia hacerlo sin contravenir al juramento; por ser este accessorio, y llevar la Costumbre imbibita la condicion, de si el Cabildo no la revocare. Y esta doctrina es comun.

16 Y sobre todo, lo que mas fuerza me haze, y mueve à seguir este dictamen, y el de la conclusion siguiente, sin el menor escrupulo, es: que el Estatuto, de que tratamos, es hecho en Synodo, y Concilio Provincial, à que concurrieron siete Ilustrissimos Señores Prelados, y los hombres mas doctos que se hallaban en este Reyno, y que está confirmado por su Santidad, y admitido por la Magestad Catholica de N. Rey, y Señor, libres de toda passion, è interez, zelosíssimos de el Culto Divino, y ayendo previsto, como consta de el mismo Estatuto, que algunos con afectada enfermedad, no asistirian à su obligacion; no obstante, determinan, decretan, mandan, y se confirma por la Suprema Cabeza de la Iglesia, el que los enfermos lo ganen todo: luego, se ve con evidencia, que en el juicio de tantos Señores Prelados, hombres Doctos, y lo que es mas en el de su Santidad, fue de mayor ponderacion, el que no se le asiadiera nueva affliction al affigido; que no el que alguno, ó algunos poco atentos à su deber salten à su

B2 primera

8 primera obligacion; sin que por esto, se entienda abrir camanino à las fraude, porque no es lo mismo permitir algunos culpados, por no castigar millares de inocentes, que abrir las puertas à los delitos: *Nam mellius est nocentem impunitam relinquere, quam innocentem punire.*

Respuesta á la segunda duda.

17 **L**A segunda duda es: si esta Costumbre induce, ó no obligacion à su observancia? De la qual (como dice el Señor Maestre-Escuela) se hablo en el Cabildo; y yo fui el que dixo, que la Costumbre contra Ley, no induce nueva obligacion, sino que abroga solamente la Ley preexistente; y que siendo esta de la question contra nuestro Estatuto, y el cap. unico de Cleric. non resst. in 6. no inducia nueva obligacion; sino que, quitaba solamente la preexistente, teniendo las calidades que se requieren. Esto le causó tanta novedad à dicho Señor, que le movió à decir en su papel es, *quid novum*, y que ninguno lo ha dicho, y que se vean los textos, y Autores Moralistas, y Juristas. Con esto me fue preciso satisfacer, y mostrar quien lo dice, poniendo sus palabras à la letra, y antes pongo la definicion de la Costumbre, que trae San Isidoro lib. 2. Etimolog. cap. 10. & lib. 5. cap. 3. y el cap. consuetudo 1. distinc: *Est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, ubi deficit lex.*

18 El Eximio Doctor P. Francisco Suarez en el tratado de legibus lib. 7. cap. 2. n. 6. sobre las ultimas palabras de la definicion *cum deficit lex*, respondiendo à la tercera duda de el n. 1. que es esta: *Vnde potest addi tertium dubium circa priorem particulam, quod pro lege suscipitur, quia saxe consuetudo non suscipitur pro lege, sed potius tollit legem, vnde non obligat ad aliquid agendum, sed ad sumnum permitit.* A lo qual responde: *Sed tunc urget tercia objectio, quia consuetudo derogans priori legi est vera consuetudo, & non est jus. Ad hoc vero respondeo 1. in his rebus moralibus sub habitu, privationem intelligi, scut peccatum defuitur ab Augustino esse dictum, vel factum &c. sub quibus actionibus intelliguntur omissiones eorum legi contraria, ita ergo cum consuetudo dicitur jus, ibi intelligitur, vel revocatio juris, nam lex revocans aliam vera lex est, licet oppositum non pricipiat; ita ergo consuetudo revocans legem dicitur jus non scriptum, quia pro lege revocante suscipitur. Vnde dicitur 2. quod scut permisso ponitur inter effectus legis, & lex permittens vera lex censemur, quia licet non pricipiat actum permisum, pricipit permissionem, ita consuetudo legi derogans, jus inducit, non quidem pricipiens actum priori legi contrarium, sed permitiens tantum. Consequenter autem pricipit permissionem, seu prohibet, ne quis cogatur ad legem derogatam servandam, vel ne propter illam non observantiam puniri possit. Y los de la objencion (aunque el P. no los nombra) por ella, se conoce son de este sentir.*

19 El Curso Moral Salmaticence, tratado 11. de legibus, cap. 6. de consuetudin, punct. 1. n. 2. cuyas palabas son las siguientes: *Per illa ultima verba definitionis, VBI LEX DEFICIT, denotatur consuetudinem debere esse prater legem, ut vim legis fortietur. Pro quo notandum est, triplicem esse consuetudinem, ut diximus tract. 9. de Matrimon. cap. 11. punct. 2. n. 19. aliam contra legem, aliam secundum legem, & aliam prater legem, consuetudo que*

9 *qua est contra legem, non habet novam legem, aut jus introducere, sed legem præexistentem alrogare, & sic non ingerit novam obligationem, sed tollit præexistentem. Vnde consuetudo, qua est in Castella comedendi intestina, & extrema Animalium in die Sabbati, non facit jus, nec obligat ad sui observationem: & sic plures ex sua devotione à tali comedione abstinent; sed abrogat jus commune à similibus abstinenti, facitque licitum talen usum, y mas abajo: Consuetudo igitur qua habet vim legis, & novum jus introducere potest, illa est qua est prater legem; nimurum quando datur frequentia actum, circa materiam, de qua lex scripta nihil disponit, que frequentia si habeat ceteras conditiones requisitas, ut consuetudo sit legitime introducta, habet vim legis obliganis ad similes actus exercendos: Con lo qual está evidente, que el decir, que la Costumbre derogativa de la Ley, no induce nueva obligacion, sino que quita la fuerza à la Ley preexistente, no es quid novum, y que ay gravissimos Autores que lo dicen. Y esto con tanta lissura, que para persuadirlo, ni buscan la autoridad de otros, ni ponen aquel esfuerzo, que era razon poner para establecer vna doctrina nunca oyda de los Textos, Moralistas, y Juristas.*

20 El Padre Ahunoldo, q' resiere el Señor Maestre-Escuela à su favor, es de el mismo sentir, assi por lo que dice despues, como por las palabras citadas de dicho Señor, en las quales, resriendo las tres Costumbres: *Secundum, prater, & contra legem* dice: *tertia potius tollit legem, quam legem constitut, quamvis enim possit legem constituere, si obligationem contrariam, & non meram libertatem inducat.* En las quales palabras está claro, el que la Costumbre contra Ley, tiene como efecto principal, quitar la Ley; no constituirla, aunque pueda constitirla, que es lo mismo que decir, que la Costumbre derogativa de la Ley, per se, no tiene mas, que quitar la obligacion de la Ley preexistente, y que aunque pueda juntarselle el animo de que induca nueva obligacion, esto le es accidental; assi como para que la Ley escrita, sea derogativa de otra Ley, no se requiere, ni es necesario, que simul sea preceptiva de el acto contrario, ni prohibitiva de el acto precepto por la Ley derogada; sino que que basta, que en virtud de ella se le quite la fuerza de obligar à la Ley preexistente. Porque son cosas muy distintas, *vix* la Costumbre derogativa de la Ley, induca, ó no, nueva obligacion al acto contrario. Y *atrum* pueda *simul* inducir nueva obligacion: como lo son hablando de la Ley escrita. Y assi el Padre Suarez en el lib. 7. de legib. cap. 19. n. 29. dice: *Potest tamen specialiter inquire, an consuetudo contra jus possit non solum illi derogare, sed etiam jus contrarium inducere; potest enim interdum lex tolli pure negative, ita scilicet ut non obliget, licet actus eius non prohibeat, vel contrarius non pricipiatur; aliquando vero tollitur etiam contrarie pricipiendo, scilicet actum quem prohibebat, vel prohibendo quem pricipiebat, & breviter dico utrumque posse fieri consuetudine legitima &c.* Conque aunque el Padre Ahunoldo diga, que puede darse Costumbre, que constituya obligacion, y no induca mera libertad, aviendo dicho antes que la Costumbre contra Ley potius tollit legem, quam legem constitut, favorece las doctrinas antecedentes, y no prueba el intento de el Señor Maestre-Escuela.

21 Y aunque para mi está claro en las reseridas palabras, el que el P. es de el mismo sentir, se haze à todos parente, con lo que dice, hablando de las tres Costumbres: *Secundum prater, & contra legem;* 2. *Versatur in materia*

materia de qua leges nihil statuerunt, & de hac agitur in praesenti: 3. potius tollit legem &c. Conque de la que trata en el lugar citado, como inductiva de Ley, y obligacion es, de la que es *prater legem*. Esto se manifiesta mas: porque si la Costumbre, que es derogativa de la Ley, ó contra *legem*, fuera segun su sentir constitutiva de Ley, y inductiva de obligacion, no pidiera mas para la Costumbre, q es *prater*, que para la que es contra *legem*; pide mas para la que es *prater*, que para la que es contra. Pruebale con las palabras del numero 124. del lugar citado: *Advertendum tamen est plus requiri ad consuetudinem prater legem, quam contra legem: nam ad hanc sufficit si praesindendo à lege contraria vilitati Reipublice non adversetur, & sic est sufficienter rationabilis: at verò qua debet habere vim legis, debet etiam habere conditionem illam legis, ut nimis sit &c.* luego mas requiere para la que es *prater*, que para la que es contra *legem*, y por consiguiente, segun su sentir, esta no es constitutiva de Ley, porque si lo fuera es constante pediria lo mismo para vna, que para otra, pues en ambas militara una misma razon. Y assi de las palabras que refiere el Señor Maestre-Escuela, lo mas que se prueba es, que el sentir de este Padre es, que la Costumbre, que es contra Ley puede simul ser constitutiva de Ley, pero no que de facto sea uno, y otro.

22 Esta doctrina se haze manifiesta con el exemplo que trae el Salmanticense, y con la Costumbre que ay en Espana de no cantar los Prebendados en el Coro, que deroga la obligacion, Estatuto, y contrario vso positivo de cantar, y no induce obligacion, ni precepto de no cantar, y con la Costumbre que ay en Alemania contra el derecho de la Residencia, por la qual los Canonigos no estan obligados a residir mas que medio año, ó tres meses, sin que por eso se les quite la libertad de asistir el mas tiempo que quisieren.

23 De lo qual deduso mi conclusion: que esta Costumbre derogativa de nuestro Estatuto, y del cap. unico de Clericis non resident in 6. no induce obligacion a su observancia, ni es preceptiva del acto contrario al Estatuto. Y porque por las doctrinas referidas queda constantemente probado, que por derogativa, no tiene mas que quitar la fuerza al Estatuto, ó Ley preexistente, y hacer que aquellos actos, que eran prohibidos, licitamente, puedan executarse en virtud de la Costumbre legitimamente introducida. Omito las pruebas por no repetir lo que està bastante explicado, y claro.

24 Contra esta conclusion puede decirse; que aunque sea verdad que por derogativa, no tenga inducir nueva obligacion, pero que puede ser *simul* derogativa, y inductiva de nueva obligacion, si se introduce no solamente con el animo de derogar la Ley, sino tambien de inducir obligacion al acto contrario, ó prohibicion de lo que se mandaba por la Ley: como parea en la Ley escrita, que *simul* puede ser derogativa, y preceptiva. Y antes de responder, para la inteligencia supondre algunas doctrinas corrientes.

25 La primera: que para que sea *simul* derogativa, y preceptiva, es necesario se aya introducido por la Comunidad, ó mayor parte de ella, con tal animo. La segunda, que la Costumbre quando es legitimamente introducida, como sigue las condiciones de la Ley, puede tener sus diferencias, del mismo modo que la Ley, y assi puede obligar a culpa grave, si la mate-

ria es grave, y el animo del que la introduce es de obligarse gravemente; ó a culpa leve, si la materia es leve, ó aunque sea grave, no se introduce con animo de obligar gravemente. La tercera, que quando ay duda si obliga debajo de pecado mortal, ó venial, si debajo de pena, ó por devocion: siempre se ha de hacer el jucio, siguiendo la parte mas benigna; porque la obligacion es odiosa, y assi debe restringirse quanto pueda. La quarta, que si no se prueba, que ay Ley, esta no se presume; y lo mismo si manifiestamente no consta la obligacion; porque ninguno, se presume, quiere imponerse gravamen. Esto supuesto.

26 Digo, que admitiendo, no obstante la dificultad que ay en si *simul* en un mismo tiempo, y por vnos mismos actos, pueda derogarse la Ley, è introducirse Costumbre contraria derogativa, que induca obligacion al acto contrario, ó que sea prohibitiva de el acto precepto por la Ley derogada. Y siguiendo al Padre Suarez, que dice en el n. 30. de el lugar citado se puede, contra la sentencia de Gregorio Lopez. Respondo, que la Costumbre de que tratamos, es solamente derogativa de el Estatuto, y de ninguna suerte preceptiva. Y lo pruebo, porque como queda dicho, la Ley, y obligacion, no se presumen las ay, si no se prueban, ni manifiestamente constan; el Señor Maestre-Escuela, no prueba, ni manifiestamente consta, que esta Costumbre sea preceptiva de el acto contrario, ni prohibitiva de lo que manda el Estatuto: luego: y como dice Santo Thomas quodlibe, 9. quest. 7. artic. 5. *Periculose determinatur aliquid esse peccatum mortale, nisi expressa veritas habeatur.* Esto se confirma con lo que este Venerable Cabildo ejecutò con el Señor Doctor Costela, haciendole presente, è interesante: de donde se infiere, que este Cabildo, no tiene esta Costumbre por gravemente preceptiva de el acto contrario, ni prohibitiva de lo que manda el Estatuto; porque si la tuviera por tal, no es presumible le huyera hecho presente, è interesante. Si, ya no sea el que conviene con mi primera conclusion.

27 Ni puede obstar el que se diga, que lo que se hizo con dicho Señor, no fue por enfermedad, como se expresa, sino que se tomò este pretexto para darle su Prebenda, è interesencias, conque el hecho no prueba. Insto, lo primero, que lo que consta por los libros de Cabildo es, que se le diò por enfermo, y a esto es a lo que debemos estar, y no a lo que se dice; porque para lo que se dice, sabemos ay gravissimos inconvenientes. Lo segundo: si con este pretexto se le hizo por este Venerable Cabildo, presente, è interesante; luego porque es de sentir, que no obstante la Costumbre, puede hacer presente, è interesante al enfermo, y que la Costumbre no es gravemente preceptiva, ni prohibitiva; porque si lo fuera, como quiere el Señor Maestre-Escuela, y assi lo sintiera la Comunidad, no se hubiera valido de semejante pretexto, porque finra valerse de un titulo en virtud de el qual, no lo podia executar; y es digno de reflexion, que dicho Señor fue de el mismo parecer; a que se llega, que una de las señales para conocer, si la Costumbre induce grave obligacion es, que los prudentes, y timoratos, sienten mal de los que no las observan; ó que comunmente el publico, ó la Comunidad se scandaliza, juzgando pecan mortalmente los transgresores de ellas; y por el hecho està manifiesto, que los prudentes, y timoratos, no sienten mal, ni la Comunidad se scandaliza, ni juzgan que pecan mortalmente los que no la observan; porque si assi lo sintieran