

LOS PRIMEROS LIBROS  
DE LA FACULTAD DE LEYES

Colegios de San Ignacio y San Francisco Javier de Querétaro, 1827

JUAN RICARDO JIMÉNEZ GÓMEZ  
CÉSAR GARCÍA RAMÍREZ



## DIRECTORIO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

MTRO. RAÚL ITURRALDE OLVERA

*Rector*

Obra financiada parcialmente con fondos del programa PIFI-2007 autorizados por la Subsecretaría de Educación Superior de la Secretaría de Educación Pública.

Portada: Grabado *Justitia firmatur solium*, tomado de *Vinnius castigatus*, 1779, Madrid, Biblioteca Nacional de España.

Primera edición

© 2009

Juan Ricardo Jiménez Gómez / César García Ramírez

© 2009

Universidad Autónoma de Querétaro

Derechos reservados conforme a la ley

ISBN: 978-607-7740-10-0

Impreso en México / *Printed in Mexico*



## PRÓLOGO

La cultura jurídica está contenida en libros. Desde que en 1827 hubo Facultad de Leyes en Querétaro, comenzó el acopio de una importante y valiosa biblioteca de obras de Jurisprudencia en los Colegios de San Ignacio y San Francisco Javier, la que hoy se conserva, aunque con grave mengua, en la casi inaccesible llamada desde hace poco menos de cuatro décadas Sala del Tesoro. Resulta plausible emprender la tarea de preservación de ese extraordinario acervo bibliográfico porque es un patrimonio cultural de Querétaro y debemos asegurarnos de que continuará existiendo para utilidad y orgullo de las nuevas generaciones. Consideramos importante divulgar los libros de los juristas que sirvieron en el pasado remoto para formar a los juristas en Querétaro. Hay en ese *corpus* verdaderas joyas bibliográficas, cuyo manejo absolutamente restringido para la comunidad académica ha estado en manos que no han sido las más recomendables para ello ni siquiera en el plano metodológico, pues, al menos para lo tocante a los libros de Derecho es ineludible la intervención de un jurista y de un amante de los libros por su valor intrínseco.

Los objetivos de *Los primeros libros de la Facultad de Leyes* son:

- a) difundir el contenido del acervo de la bibliografía jurídica de los siglos XVIII y XIX;
- b) estimular la investigación histórico-bibliográfica, sobre la base del conocimiento de la existencia de fuentes asequibles en Querétaro, y
- c) contribuir al aseguramiento y la conservación física de los volúmenes, que forman parte de los tesoros bibliográficos de Querétaro custodiados por nuestra Universidad, pues estando debidamente clasificado un documento y divulgada su existencia se dispondrá de mejores elementos para la defensa legal en caso de apoderamientos ilícitos o extravíos.

Queremos expresar nuestra gratitud a la Biblioteca Nacional de Madrid y a la Biblioteca Nacional de México por las facilidades brindadas para la consulta y reproducción del material que aquí se presenta.

Debemos precisar que la naturaleza compilatoria y conmemorativa de este trabajo ha limitado en gran medida la conformación y características de la edición. Pensamos que resulta conveniente insistir en una publicación *ad hoc* más a la altura de la importancia de tan valiosas expresiones de la cultura jurídica de Occidente que llegaron a enraizarse en este terruño del mundo a fin de servir de instrumentos para aprender el “Arte de lo bueno y de lo justo”.

Lo que nos proponemos con esta compilación es mostrar el lazo íntimo y esencial de nuestra cultura jurídica, la que recibimos en nuestra formación y la que anima en mayor o menor medida el sistema jurídico de nuestro país. En ella encontramos un hilo conductor que comunica a Roma, España y México, incluido Querétaro.

LOS AUTORES

## NOTA INTRODUCTORIA

*Scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem.*

CELSO

### INTRODUCCIÓN

El saber jurídico es parte de la cultura de los pueblos. Un elemento importante del conocimiento del Derecho es la doctrina, los autores que han escrito sobre los temas de la Jurisprudencia, con diversas orientaciones, tales como cano-nistas, consiliaristas, controversistas, regnícolas, galicanos, prácticos o romanistas.<sup>1</sup> La evolución de las corrientes generales y filosóficas del pensamiento humano se manifiesta en los libros escritos para interpretar, aplicar o divulgar el Derecho. A cada etapa histórica corresponde una ideología predominante.

En el siglo XIX hicieron crisis las viejas escuelas jurídicas con la irrupción de una nueva doctrina: el positivismo, a su vez, enmarcado en la línea global de la secu-larización y el liberalismo. Lógicamente el concepto del Derecho, su elaboración, su aplicación y su enseñanza se vieron afectados.

Hasta mediados de esa centuria predominaba el iusnaturalismo, lo cual se acredita con los libros que sirvieron de texto en las escuelas de Derecho en las uni-versidades y colegios de estudios superiores, como los Colegios de San Ignacio y San Francisco Javier de Querétaro, cuya carrera de Leyes fue inaugurada en 1827.

●tro perfil que denota la irrupción del positivismo es la doctrina vigente en el foro, es decir, la recogida por los jueces y abogados en la aplicación del sistema jurídico.

La formación del abogado del siglo XX fue ya francamente positivista, lo mismo que la orientación del foro, y el viejo método y las corrientes de los dos siglos

---

<sup>1</sup> Javier Barrientos Grandón, *La cultura jurídica en la Nueva España, México*, UNAM, 1993, *passim*.

precedentes pasaron a ser materia ignorada, obtusa y de poco interés para el medio académico y para la enseñanza jurídica. Aún los juristas más cultos desconocen a los grandes autores de los siglos XVIII y XIX, lo que es indicativo del panorama general del resto de los agentes del sistema jurídico.

La decisión política de la Legislatura estatal en el primer tercio del siglo XIX, que fijó los autores que se debían seguir para la docencia jurídica, tiene la gran importancia de ser un acto público deliberado mediante el cual Querétaro recibe una de las expresiones culturales más definidas de la corriente jurídica europea: el humanismo jurídico.

Antes, no hay menciones a ninguno de los autores instituidos como “autoridades” para el magisterio de la Jurisprudencia en el Estado.

Para que se acreditara el uso de estos textos en el foro queretano hubo dos vías. Una, consistente en averiguar si existían entre las obras de las bibliotecas de los abogados de finales de la Colonia y principios del México independiente. Desde luego que no bastaría sólo este dato, porque tenerlos en los estantes no significaría leerlos, anotarlos o utilizarlos como fuente de argumentaciones para sustentar los diversos recursos jurídicos y judiciales que elaborara el abogado o escribano. De cualquier modo, la presencia de la misma obra en varias bibliotecas jurídicas hablaría de un predominio doctrinal, sin que necesariamente se vertiera en un escrito forense.

La segunda vía es el uso de las citas y referencias en los escritos judiciales.

Al no existir ninguna evidencia de ese uso en el tirocinio local, lo único que se puede aseverar es que fue un acto legislativo el que abrió la puerta para el advenimiento de una ideología que en su momento se caracterizaba por la novedad, el cambio y la modernidad.

### EL IMPERIO DEL *IUS COMMUNE*

Un producto único y formidable de la cultura occidental fue sin duda el *Ius commune*. Un sistema jurídico sin estatalidad. Un Derecho reputado como excelente y científico, integrado por el Derecho romano y el Derecho canónico.

## EL DERECHO CIVIL

### EL DERECHO ROMANO HASTA LA CAÍDA DE ROMA

Los romanos llamaban *Ius civile* al conjunto de normas aplicables a los ciudadanos romanos, a los *cives*, por contraposición a otros bloques normativos como el *Ius gentium*, para las relaciones con los no romanos, y el *Ius naturale*, común al ser humano.<sup>2</sup>

Las fuentes más importantes a lo largo de la historia jurídica de Roma fueron las *leges*, emitidas por los reyes y emperadores; los senadoconsultos, expedidos por el Senado, y la doctrina de los jurisconsultos, juristas investidos por la autoridad para declarar el Derecho aplicable a un determinado problema.

Un largo periplo cursó el Derecho romano, desde unos cinco siglos antes de la era cristiana hasta la caída de la Ciudad Eterna, en el siglo v, ante el empuje de los bárbaros. Y en ese trayecto el Imperio llevó la cultura latina hasta los confines de Europa, civilizando a los conquistados. Una de sus manifestaciones más importantes, que fue insertada en los pueblos subyugados, fue el Derecho civil.

La crisis que significó el derrumbe de la era romana conllevó también el decaimiento de las instituciones y de algunos valores jurídicos merced a la fuerza de los nuevos amos del mundo, los bárbaros. El sincretismo fue el fenómeno ordinario en las centurias subsecuentes: junto a los rescoldos del Derecho romano regían costumbres bárbaras. Era el tiempo del estatuto personal. La nacionalidad, la raza, determinaba la norma aplicable.

Así permanecieron las cosas hasta el formidable hallazgo de un manuscrito del *Digesto* a finales del siglo xi. Entonces habría un renacimiento del Derecho romano.

### LA COMPILACIÓN JUSTINIANEA

Concebida para conseguir un gobierno más eficaz, la idea de dividir el Imperio romano entre dos emperadores, a la postre permitiría la continuidad y el enrique-

<sup>2</sup> Seguimos en este apartado la obra de Juan Iglesias, *Derecho romano*, 6ª ed., Barcelona, Ariel, 1979.

cimiento de la cultura jurídica latina en el Oriente, en Bizancio-Constantinopla, luego del derrumbe de Roma.

En el siglo vi llegó al trono el que sería conocido en la posteridad por Justiniano. Hábil político, batallador, quien recuperaría por un tiempo parte del otrora Imperio de Occidente, constructor excelso, pasará a la historia del Derecho por su magna obra legislativa. Su herencia al mundo fue la que el Medievo denominó justamente *Corpus Iuris Civilis*, o más abreviadamente Compilación Justiniana. Su nombre sería invocado en todo el orbe, a mil años después de su muerte, en un lugar remotísimo de donde tuvo su palacio, en el pueblo de Querétaro, por españoles e indios, en sus tratos y contratos.<sup>3</sup>

La Compilación Justiniana está formada por cuatro elementos:

- a) *Código*. El material de que se compone es estrictamente normativo, pues consta de las constituciones o leyes imperiales desde la época de Adriano hasta Justiniano. Está organizado en doce libros, distribuidos en títulos;
- b) *Digesto o Pandectas*. Es la colección de doctrinas de los juristas antiguos, con los textos originales segmentados y modificados por los compiladores. Integrada por 50 libros, divididos a su vez en títulos correspondientes a una materia, integrada por fragmentos de las obras de los juristas, con indicación de los juristas y de la obra de la que se extrajo;
- c) *Instituciones*. Es una obra pedagógica destinada a exponer los conceptos y principios generales y compendio del Derecho, de acuerdo con un plan. Consta de cuatro libros, divididos en títulos, y
- d) *Novelas*. Son constituciones dictadas por Justiniano después de haber publicado el Código. El texto de cada constitución está dividido en capítulos, cada uno con una explicación.

Como este libro se centra en las *Instituciones*, a ellas se referirán nuestros comentarios dejando de lado el resto del material justiniano.

En el año de 533, el emperador Justiniano promulgó las *Instituciones*, obra pedagógica en la que Triboniano y su equipo de juristas, reprodujeron el sistema ideado por Gayo en su obra también llamada *Instituciones*. El sistema gayano-justiniano

---

<sup>3</sup> Según el estilo notarial en boga en la Colonia, en las escrituras públicas que otorgaban las mujeres se renunciaban los beneficios otorgados por “el *senatus* consultos Veleiano y emperador Justiniano”.

organiza en tres conjuntos todo el material jurídico: personas, cosas y acciones. Las cosas son corporales o incorporales. En estas últimas quedan incluidos los derechos reales, la herencia y las obligaciones. Las obligaciones tienen como fuente un delito o proceden de contrato. Las acciones son las fórmulas procesales.

### EL DERECHO ROMANO COMO *IUS COMMUNE*

El Derecho romano, tras la fragua de Irnerio y sus continuadores que lo glosaron y volvieron a comentar a partir de él, se constituyó en sistema jurídico común a todas las naciones, por la veneración que los juristas le rindieron como expresión prístina de la razón y la justicia, ya que en él se reconocía la obra genial de los antiguos jurisconsultos romanos. En efecto, luego del descubrimiento de los manuscritos de la Compilación Justiniana y la fundación de la primera facultad universitaria en Bolonia,<sup>4</sup> comenzó la “segunda vida del Derecho romano” en Occidente, pues en el imperio bizantino todavía seguiría en vigor hasta la caída en poder de los turcos en la agonía del siglo xv.

Fueron las universidades, en primera instancia, el crisol donde se forjaría una ciencia jurídica y un modelo que duraría hasta que el telúrico movimiento de la Revolución francesa y sus réplicas universales lo relegaran a objeto de estudio histórico, pues con sus mismos materiales se fundió el sistema jurídico contemporáneo del bloque inmenso de países herederos del romanismo.

### EL DERECHO CANÓNICO

El otro gran componente del *Ius commune* de la Edad Media fue el Derecho canónico. Era éste el conjunto de normas jurídicas referentes a la Iglesia católica. Su nombre deriva del hecho de que los componentes de los ordenamientos se denominan canon, que proviene del griego y quiere decir “regla”. Las fuentes productoras de este material jurídico eran los órganos e instituciones de la Iglesia, *i. e.*, el papa,

<sup>4</sup> Guillermo F. Margadant, *El Derecho romano como afición*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1959, p. 105; Harold J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. Mónica Urcilla de Neira, México, FCE, 1996, pp. 133-134.

los concilios y sínodos. El conjunto generado a lo largo de los siglos era enorme y caótico.<sup>5</sup>

Aquí es donde entraron los juristas, quienes a semejanza del esquema del *Ius civile*, compilaron y sistematizaron los cánones. Graciano ha pasado a la historia del Derecho como el artífice de la gran compilación canónica que se convirtió en una herramienta indispensable para dotar de juridicidad a la actuación de la Iglesia y sus ministros. Para el siglo *xvii* ya se designaba a este producto cultural como *Corpus Iuris canonici*.

De la dimensión que era la importancia de la Iglesia en la Edad Media así también era su Derecho, ya que regulaba no sólo el *status* de los eclesiásticos, los individuos pertenecientes al clero y las formas organizativas de éste, así como las competencias de sus instituciones, sino que vinculaba a los fieles a través de los sacramentos, otorgados bajo forma de actos jurídicos y, muy principalmente, por medio de la jurisdicción que ejercía sobre ellos. En realidad casi todos los actos de la vida humana guardaban relación con el *Ius canonicum*. Para que los preladados y aún los mismos sacerdotes cumplieran su misión, y para resguardar el patrimonio de la Iglesia era preciso formar juristas especializados en esta rama del Derecho. Por eso se crearon los estudios en *Ius canonicum*.

### *UTRUMQUE IUS*

Un jurista podía diplomarse en *Ius civile* o en *Ius canonicum*. Cuando se examinaba en ambos derechos, se decía que se titulaba *Utrumque Iure*. En forma concisa lo consigna Bartolomé Clavero: “La concepción definitiva se forma en los mismos siglos tardomedievales. Es la *utrumque ius*, los cuerpos romanos y canónicos con su jurisprudencia correspondiente, como *ius commune* de la cristiandad romana, como una comunidad jurídica que finalmente se establece por la fuerza, no del imperio, sino de la razón, por esta vía de cultura”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Un verdadero sistema jurídico habría de nacer del caos canónico. En palabras de Berman: “Sin embargo, en el año 1000 no existía un libro ni una serie de libros que tratara de presentar todo el cuerpo del derecho eclesiástico o que siquiera tratase sistemáticamente de resumir alguna parte de él”. Véase Berman, *op. cit.*, p. 126.

<sup>6</sup> Bartolomé Clavero, *Institución histórica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 46.



## EL DERECHO REAL

El Derecho real es el *Ius positum* producto del sistema político de cada país, un Derecho propio, con fuertes ingredientes consuetudinarios, que se fue gestando a través de la formación de los reinos o estados nacionales en el devenir de la Edad Media. En el caso español, el Derecho real se constituyó a lo largo de los siglos, acompasado con el proceso de la Reconquista. Hacia finales del siglo xvii, cuando ya se había consolidado la empresa colonial en América, formaba un *corpus* considerable integrado, *i. a.*, por estos principales ordenamientos: Las Siete Partidas (siglo xiii), el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Leyes de Toro (1505) y la Nueva Recopilación (1567).

Los historiadores del Derecho español están conformes en que el momento estelar de la recepción en Castilla del *Ius commune* es la elaboración de las Partidas. Anota Pérez Prendes: “Sus fuentes son amplísimas, acogiéndose largamente a la tradición romano-canónica, entonces de la máxima actualidad científica, siguiendo las formas expositivas de los comentaristas italianos; desde los clásicos griegos y latinos, hasta la doctrina jurídica de los especialistas castellanos de la época, se utilizaron prácticamente todos los materiales que la cultura del tiempo brindaba”.<sup>7</sup>

## VIENTOS DE RENOVACIÓN CULTURAL EN EUROPA

### *El humanismo jurídico*

Inspirado en el Renacimiento, un movimiento cultural brotó entre los juristas que denunciaban el estancamiento teórico y la mitificación del sistema jurídico heredado de Roma. Los juristas renacentistas asumieron una actitud antagónica hacia todo lo que significara Edad Media, incluido el quehacer de los glosadores y posglosadores y su obra de reinterpretativa del Derecho romano. Una posición metódica común fue el retorno a las fuentes, a los originales, así como a documentación antigua derivada de la práctica notarial.

---

<sup>7</sup> José Manuel Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, *Curso de Historia del Derecho español*, vol. I, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1986, p. 692. En la cita se menciona a: Aristóteles, Séneca, Cicerón, Vegecio, Jacobo de las Leyes y Fernando Martínez de Zamora.

El humanismo jurídico nació con una inequívoca intención crítica en los siglos XVI y XVII en Europa, y, luego de tener un desarrollo por varias etapas, llegó a ser un basamento del iusracionalismo.

El escolasticismo era la corriente iusfilosófica y pedagógica que imperaba en Europa antes de la eclosión del humanismo jurídico. Las escuelas jurídicas que se basaban en la glosa y el comentario del Derecho común estaban en franca obsolescencia. La pobreza de argumentos, la escasa innovación y la plácida postura de abrazar las opiniones de los autores afamados del pasado cerraban las puertas a todo intento de renovación. Parecía que todas las cuestiones jurídicas ya estaban resueltas.

Frente al estrecho expediente de estudiar las glosas y los comentarios a las glosas al Derecho romano-canónico, se planteó por los humanistas un método, en verdad revolucionario. En este ambiente de reflexión, el método humanista, en la búsqueda de una renovación de la gramática, acudió a un contexto de las fuentes en la historia, la retórica, la lógica, la poesía y la filosofía.

El humanismo fue a no dudarlo, una revolución cultural que tenía que influir en todas las artes y ciencias que se enseñaban a finales de la Edad Media. La Jurisprudencia, pese a su casi atávica naturaleza, se abrió cabalmente a la nueva doctrina. Había nacido un nuevo modelo jurídico, en realidad una nueva ciencia del Derecho. Se abandonaba en forma absoluta el texto exegético y se ingresó en un marco discursivo y disciplinario vastísimo. Era la subversión radical del *Ius commune* fundado en librerías enteras de comentaristas basados en textos y opiniones de legiones de juristas, siempre en el plano de la interpretación doctrinal.

Nos parece de capital relevancia destacar que el fenómeno del derribo del viejo molde jurídico imperante en la docencia, en la doctrina y en el foro no provino de la mentalidad de juristas. Fue un proceso exógeno. Tal era la decadencia de la ciencia del Derecho que no había posibilidades de que una actitud crítica floreciera entre los bartolistas. Sería una crítica demoledora al argumento de autoridad, al acatamiento acrítico y mitificador de los textos jurídicos romanos. Y curiosamente, la batalla se enderezó contra las fuentes mismas de los textos, por su carencia de originalidad e historicidad. En la cohorte de los críticos estuvieron el inmortal Dante, Boccaccio y el gran Erasmo de Rotterdam.

La historia reconoce en Andrea de Alciato (1492-1550), al primer jurista que adoptó el modelo del humanismo. No planteó una ruptura plena, como todos los que se montan en dos aguas, y como un jurista práctico, pues todavía se refleja su

formación tradicional al mantener la veneración al Derecho, pero introdujo en su obra las técnicas filológicas e históricas a las fuentes jurídicas para desentrañar su sentido originario. Además, en lugar de usar un lenguaje vulgarizado, se valió de un latín elegante. A este primer humanista seguiría una pléyade de nuevos exponentes, pero quien destacó entre todos fue Jacobo Cujas (Cujacius, Cuyacio, 1522-1590):

originario de Tolosa, pero dedicado a una vida ambulatória de catedrático en diversas universidades (sobre todo la de Bourges), ídolo de sus alumnos (a pesar de su falta de elegancia en la exposición), monumento de erudición histórica y dogmática, gran coleccionista de documentos antiguos, enemigo personal de Justiniano, de los glosadores y posglosadores, y siempre empeñado en reconstruir, con habilidad de detective, lo que aún es reconstruible de las grandes obras clásicas, con ayuda de los fragmentos citados en el *Corpus Iuris*, y de la investigación de las interpolaciones que allí se encuentran.<sup>8</sup>

Esta nueva corriente también recibe el nombre de *mos gallicus*, en cuanto predominaron entre sus sostenedores autores franceses, principalmente Cuyacio. Este *mos gallicus* era una franca ruptura y contradicción del hasta entonces vigente *mos italicus*. Aunque se puede reconocer una escuela, definida por los rasgos ya anotados, hubo variantes que conformaron tendencias y orientaciones. En síntesis, los nuevos juristas pretendían ubicar el Derecho romano como un Derecho histórico, mas no como Derecho vigente. Aquí se situaron, pues, los cimientos de los que llegarían a ser los derechos nacionales. El Derecho romano conservaba la excelencia de un sistema jurídico que había servido de base para la evolución de todos los ordenamientos particulares. Como sistema seguiría siendo útil, pero no para resolver los problemas de la práctica jurídica, sino como referente histórico.

La nota definitoria de la nueva actitud de los juristas humanistas fue su actitud crítica del Derecho romano, o mejor dicho de su autoridad como sistema normativo vinculante, con plena eficacia, pese a pertenecer a un mundo ya extinto, y haber sido concebido para una sociedad regida bajo patrones ya caducos en la Edad Media. La que fuera venerada opinión de los doctores pronto fue abandonada, y poco a poco se buscó la sustitución por un nuevo sistema basado en la razón.

---

<sup>8</sup> Guillermo F. Margadant, *Panorama de la Historia universal del Derecho*, México, UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 1996, pp. 213-214.

Con todo, el estudio del Derecho romano no fue cancelado. Pero en lugar de seguir dándose a las prensas obras de antiguos juristas comenzaron a aparecer “Instituciones”, a modo de tratados de Derecho romano, destinadas a la docencia jurídica. Lo que buscaban en este nuevo tipo de obras era exponer la sistemática del Derecho romano, pero comparándolo con los *iura propria*, *i. e.*, tratando de someter el Derecho particular a las reglas universales del Derecho justinianeo.

### *La implantación del Derecho real en los estudios jurídicos*

Una arraigada tradición en las universidades constreñía el estudio del Derecho civil al Derecho romano, considerado como el único y verdadero Derecho. En toda Europa, las monarquías procuraron introducir el Derecho real en los estudios universitarios. En España, a pesar de los triunfos que se dieron en el terreno estricto del poder, al vencer todo resquicio de feudalismo y células autonómicas de ciudades y señoríos, el objetivo no se logró. No fue sino hasta el arribo al trono de Carlos III, en el marco de las llamadas reformas borbónicas, que se agregó la enseñanza del Derecho patrio en los planes de estudio.

Escribe Dorothy Tanck que “los Borbones estaban convencidos de que en un Estado moderno, las leyes nacionales y la voluntad del soberano debían predominar”.<sup>9</sup>

Así como las Instituciones de Justiniano habían sido concebidas como una obra destinada al aprendizaje de los jóvenes juristas, se empezaron a oír voces clamando por la conveniencia de elaborar un manual que explicara a los estudiantes españoles esa nueva rama de los estudios jurídicos, pero comparada con el Derecho romano.

Ante la carencia de esa obra, se acudió a dos recursos. Por un lado, continuó el uso de las ya clásicas obras de Vinnio y Heinecio, y, por otro, se utilizaron los textos de la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla o las Leyes de Toro.

En el último cuarto del siglo XVIII aparecieron en España diversas obras, inspiradas en el modelo de Vinnio, que podrían ser consideradas como conservadoras, en tanto que el estudio del Derecho real apenas si ocupaba un escaso espacio ya que el grueso de las mismas estaba destinado al del Derecho romano.

---

<sup>9</sup> Dorothy Tanck de Estrada, “La Colonia”, en Francisco Arce Gurza *et al.*, *Historia de las profesiones en México*, El Colegio de México, 1982, p. 19.

La intención regalista de imponer la enseñanza del Derecho real en el medio académico<sup>10</sup> encontró eco en la obra del pavorde valenciano Juan Sala Bañuls, titulada *Vinnius Castigatus*, salida de las prensas en 1779. Este libro, cuyo criterio principal era la concordancia de las Instituciones de Justiniano con las leyes hispanas marcó un derrotero que ya no se desviaría de su objetivo. En tal sentido es una obra fundamental para la sistemática jurídica.<sup>11</sup>

Los comienzos del siglo XIX testimonian el acceso pleno del Derecho real en las universidades españolas, siguiendo a la pionera Salamanca. Las materias que en ésta se estudiaban eran: Historia y Elementos del Derecho Romano, por Heinecio, comentando a Vinnio; Historia y Elementos del Derecho Español, por las *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, de Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez; Derecho real, por las Partidas, Recopilación, Novísima y Leyes de Toro, y Economía Política. Los estudios concluían con un año de práctica, por la obra de Juan de Hevia Bolaños.

## DOCENCIA Y IUSROMANISMO EN LA NUEVA ESPAÑA Y MÉXICO INDEPENDIENTE

### LA ENSEÑANZA DE LA *INSTITUTA* EN LA UNIVERSIDAD DE MÉXICO

Con la Conquista llegó la cultura occidental a América. Y con ella el Derecho castellano, *i. e.*, los componentes estructurales y los ingredientes sistémicos entre los que, desde luego, aparece en primerísimo lugar el Derecho romano. Esto deriva de la decisión de declarar aplicable a la nueva realidad social las Siete Partidas, de cuño inequívocamente romanista. Tal era la faceta del Derecho legislado, esto es, del orden jurídico que venía anejo a la colonización.

La recepción del Derecho romano por vía académica, y en especial de la *Instituta* de Justiniano, comenzó en la Nueva España poco después de haberse fundado la Real Universidad de México. Con ello se replicaba el proceso cultural que había

<sup>10</sup> El Real y Supremo Consejo de Castilla asumió una vez más la decisión de perfeccionar el estudio de la Jurisprudencia en las universidades españolas, el 29 de mayo de 1741, en su Auto acordado 3, tít. I, lib. 2. Véase *Gazetas de México*, 1786-1787, t. II, Suplemento de la *Gazeta de México* del martes 10 de octubre de 1786, pp. 218-219.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 218.

permitido al Derecho romano convertirse en el *Ius commune* de Europa, y se insertaba sólidamente en la más alta institución educativa colonial generadora de la élite de los juristas, aquellos agentes epígonos del iusromanismo. Las implicaciones serán las mismas que se dieron en el Viejo Mundo cuando la Corona intentó imponer el estudio del Derecho real en las universidades.

De acuerdo con los Estatutos de la Universidad aprobados por el rector, doctor Pedro Farfán, en 1580, inspirado en gran parte en los de Salamanca, las lecturas de autores en las cátedras de Jurisprudencia eran:

- a) Primer año: del libro primero de la *Instituta*, el título *De patria potestate*, y el título *De his qui sui vel alieni juris sunt*, y el título *De tutelis* con los demás títulos hasta el fin del libro;
- b) Segundo año: del título *De rerum divisione* y *De rebus corporalibus et incorporalibus* y el *De usufructu* y desde el título *De usucapionibus* hasta el título *De legatis*;
- c) Tercer año: del título *De legatis* hasta acabar el libro segundo y el *De haereditatibus quae ab intestato deferuntur* hasta el título *De obligationibus*;
- d) Cuarto año: desde el título *De obligationibus* hasta el fin del libro, y
- e) Quinto año: el libro cuarto.<sup>12</sup>

## NO SE ENSEÑABA DERECHO REAL EN LAS UNIVERSIDADES

Para graduarse en Leyes se debía estudiar el *Corpus Iuris Civilis*. Los cursos eran: a) *Digesto* o *Pandectas*, que se leía en la cátedra de Prima; b) Código, que se estudiaba en Vísperas; c) *Novellae*, que careció de asignatura para ser leída, y d) *Instituta*, enseñada por el catedrático de *Instituta*.<sup>13</sup>

Quien cursaba Cánones, estudiaba el *corpus* del Derecho eclesiástico, compuesto por:

- a) El *Decretum Gratianii*, preparado en la primera mitad del siglo XII, análisis sistemático pero no oficial del Derecho canónico, según las normas del romano,

<sup>12</sup> Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1956, p. 30; Aurelia Vargas Valencia, *Las Instituciones de Justiniano en Nueva España*, México, UNAM, 2001, pp. 86-87.

<sup>13</sup> Enrique González González, *La Universidad de México durante los siglos XVI y XVII*, México, UNAM-Centro de Estudios sobre la Universidad, 1985, p. 26.

- a partir de diversos libros de legislación eclesiástica. En México lo enseñaba el catedrático de Decreto;
- b) El *Liber extra* o de las Decretales, compilación oficial de legislación papal hasta Gregorio IX, elaborada hacia 1234 y compuesta de cinco libros, su lectura correspondía al catedrático de Prima;
  - c) El *Sexto*, libro de Decretales que continuaba al anterior y llegaba hasta Bonifacio VIII; fue preparado hacia 1308. Estaba asignado a la cátedra de Vísperas o de Sexto;
  - d) *Clementinas* o *Liber septimus*, elaboradas bajo Clemente V, pero publicadas por Juan XIII en 1317, y se enseñaban en la cátedra de Clementinas.<sup>14</sup>

En la Nueva España, en el último tercio del siglo XVIII, se reconocía la intención regalista ya comentada de insertar el estudio del Derecho patrio. Los redactores de la *Gazeta* de México anotaban sobre el asunto: “En todos los tiempos, y especialmente en el actual feliz reinado de nuestro católico monarca el Señor Don Carlos Tercero (que Dios guarde) se ha escrito y providenciado mucho y bueno dirigido a promover se estudie la Jurisprudencia de modo que sus profesores aun desde los principios, se instruyan no solamente de Derecho civil romano sino también del real”.<sup>15</sup>

Cutter llama la atención sobre el caso novohispano: “Y mientras empezaron otras universidades hispánicas a añadir el estudio del Derecho regnicola a finales del dieciocho, la Universidad de México resistió ferozmente  $\frac{3}{4}$  y con éxito  $\frac{1}{4}$  esta tendencia”.<sup>16</sup>

Los redactores de la *Gazeta de México* consignaban en 1786 que el intento monárquico no había prosperado

porque arraigada en las universidades de España e Indias la antigua costumbre de enseñarse comúnmente los elementos del Derecho Civil recopilados en la *Instituta* de Justiniano por su comentador Arnoldo Vinio, que como autor extranjero nada toca de nuestro Derecho español, no se estudia en los primeros años de tareas literarias, tiem-

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 27

<sup>15</sup> *Gazetas de México*, 1786-1787, t. II, Suplemento de la *Gazeta de México* del martes 10 de octubre de 1786, p. 217.

<sup>16</sup> Charles R. Cutter, *Libro de los principales rudimentos tocante a todos juicios, criminal, civil y ejecutivo, año de 1764*, México, UNAM, 1994, p. 12.

po el más a propósito de adquirir y retener quanto se fia a la memoria. Conservando únicamente en ésta los rudimentos de la legislación extranjera se hace después más difícil aprender separadamente los de la patria, ni los pocos que se dedican a ello con igual efecto al de haberlo hecho con la proporción que franquearía un autor regnicola, que, mereciendo igual aceptación a la del Vinio respecto del Derecho civil, comentase también el Derecho Patrio en sus oportunos textos de la *Instituta*.<sup>17</sup>

La recepción del humanismo jurídico en Indias se dio durante el siglo XVIII a través de los textos de Vinnio y Heinecio, pues aparecen profusamente en distintas bibliotecas y en citas forenses.

### LA ENSEÑANZA JURÍDICA EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE

Muy pocas opciones había al final de la Colonia y principios del México independiente para cursar los estudios jurídicos. Las principales instituciones formadoras de juristas eran las universidades de México y de Guadalajara.<sup>18</sup> En los seminarios también se cursaban estudios jurídicos, al menos en la rama canónica. Dorothy Tanck consigna el siguiente dato: “Las otras instituciones que enseñaban Derecho en la Nueva España además de la Universidad de México, eran el Colegio Carolino de Puebla, el Seminario de Valladolid (desde 1783), el Seminario de Monterrey (en 1793, pero suprimido después porque ‘nadie quiso asistir’, porque los habitantes ‘se dedican a cultivar granos y ganado y no a la literatura’) y la Universidad de Guadalajara (1792).”<sup>19</sup>

A poco de consumada la Independencia nacional algunas provincias/estados lograron establecer facultades de Jurisprudencia. En todos los casos se trató de un acto de soberanía, investidura que se irrogaron las cámaras de representantes populares. También se procedió por la vía de revalidación de estudios.<sup>20</sup> El plan

<sup>17</sup> *Gazetas de México, cit.*, p. 217.

<sup>18</sup> En el Colegio de San Nicolás de Valladolid, en la actual Morelia, por concesión de una real cédula de 1797, se impartieron las cátedras de Derecho civil y canónico de 1798 a 1810. Véase Xavier Tavera Alfaro, *Las primeras cátedras de Derecho en Michoacán*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 1998, p. s/n.

<sup>19</sup> Tanck, *op. cit.*, p. 21.

<sup>20</sup> Cfr. el decreto general del 13 de octubre de 1823, en *Colección de órdenes y decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa y Soberanos congresos generales de la nación mexicana*, t. II, 2ª ed., México,



académico común se integraba por los cursos de Derecho natural y de gentes, Cánones y Derecho civil. Así, en 1823, el rector del Seminario de Valladolid solicitó al Congreso general que se ratificara la autorización dada por el anterior gobierno para establecer la cátedra de Derecho. El Congreso decidió confirmar dicha cátedra, y fijó algunos lineamientos de naturaleza provisional, en tanto se formaba el plan general de estudios. En la cátedra de Cánones se darían en los tres primeros meses de cada año escolar lecciones de Derecho natural y de gentes por Heinecio, continuando en los meses restantes los tratados canónicos “por el expositor de que se hayan valido hasta ahora”. No se haría novedad en el autor por el cual se hubieran dado las lecciones de Derecho civil, pero en los tres últimos meses del año escolar continuarían las del Derecho natural y de gentes por el mismo Heinecio.<sup>21</sup>

En el Seminario de Monterrey los estudios jurídicos se reiniciaron en 1824.<sup>22</sup>

#### EL ORIGEN DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

El sistema jurídico mexicano en el siglo XIX puede dividirse en dos grandes periodos histórico-sistemáticos: *a)* desde la consumación de la Independencia en 1821, hasta 1870, cuando, se ya resuelta la disputa por el proyecto político de la nación, se promulga el primer código civil, y *b)* desde 1870, con el evento indicado, hasta el final de la centuria, y se prolonga en el siglo XX hasta la expedición de la Carta Magna de Querétaro en 1917, que introdujo la orientación social en el Derecho positivo.

La primera etapa se caracteriza por la continuidad decretada expresamente del orden jurídico colonial bajo la taxativa de no contradecir las decisiones del nuevo orden constitucional del país. Lo urgente era ocuparse de cuestiones referentes a la organización del aparato estatal y la institucionalización de la política. No había tiempo para entrar de lleno a la construcción del nuevo Derecho nacional, sobre todo en campo de las relaciones privatistas.

---

Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1829, p. 196.

<sup>21</sup> AGN, Justicia e instrucción pública, vol. 30, exp. 25, oficio de los secretarios del Congreso al secretario de Estado y del despacho de Relaciones interiores y exteriores, agosto 14 de 1823, f. 111.

<sup>22</sup> José Antonio Portillo Valadez, *La cátedra de Derecho canónico y civil*, Nuevo León, UANL, 2002, pp. 28 y 37.

La nota peculiar de la segunda etapa es la consolidación del modelo liberal, del iuspositivismo y la ficción democrática y republicana que sirvió a las élites para asumirse como representantes del “pueblo”.

De este modo, la legislación colonial en sus ramas civil, criminal y comercial subsistió en el México independiente hasta la octava década del siglo XIX. En cambio, el Derecho político-constitucional y administrativo tuvo una evolución desde el momento mismo de la emancipación.

La doctrina, materia de este trabajo, sufrió una alteración sensible en los mismos puntos en que hubo transformaciones en el campo de las normas jurídicas. A pesar de que durante un periodo de más de medio siglo coexistieron la vieja doctrina del sistema jurídico colonial y las nuevas tesis de los juristas de la era independiente, poco a poco el apego a los doctrinarios antiguos fue perdiendo vigor a medida que se generalizó el uso de los códigos y las obras de sus intérpretes y comentaristas.

La cancelación del estudio del Derecho canónico y del Derecho natural luego del triunfo de las posiciones secularizadoras significó que se dejaron de citar todos los clásicos autores que invocaban fuentes jurídicas canónicas o religiosas: todos los autores canonistas y iusnaturalistas, por muy prestigiados que fuesen, se relegaron a los estantes para no ser consultados más. Se quedaron sin materia. Nadie deseaba estudiar cuestiones que no tenían vigencia efectiva. Una oleada de nuevos autores, publicistas y positivistas, hizo irrupción masiva en las bibliotecas y en las aulas escolares.

La ciencia del Derecho que debía enseñarse en los Colegios queretanos a partir de 1827 estaba referida a un sistema jurídico específico, el único disponible en ese momento: el heredado de la Colonia. Era Derecho general, nacional y no local, porque apenas habían comenzado las cámaras a elaborar un incipiente *corpus* normativo estatal o provincial que se constreñía, debido a las dificultades políticas y económicas, a materias del Derecho público. De esta suerte, el único Derecho al que era posible hacer referencia en la enseñanza y en la práctica forense era todo y uno para la República, y no podía ser otro que el del Antiguo Régimen, declarado apresuradamente como Derecho patrio aunque en forma condicionada a su congruencia con las nuevas decisiones políticas que iban emitiendo los cuerpos legislativos de la nación y del Estado. Ese Derecho era un doble *corpus*: el civil, acuñado en bases romanas, y el canónico, con igual procedencia.

## LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA EN QUERÉTARO Y SU CONTEXTO

El sistema político que eligieron los dirigentes del México independiente, luego del derrumbe del proyecto monárquico en 1823, fue el de la República, primero federal y luego central. Así transcurrieron los primeros lustros de la vida de la joven nación. Independientemente del formato político, hubo dos circuitos del poder público: uno general, cuyas atribuciones correspondían al antiguo Reino novohispano, y el local o provincial, que territorialmente equivalía o a las intendencias o a las alcaldías y corregimientos coloniales.

A poco de la consumación la Independencia, la ciudad de Querétaro era la cabecera de la Provincia del mismo nombre, que se integraba con los distritos del corregimiento de Letras de Querétaro y de la alcaldía mayor de Cadereyta.

En el modelo republicano que se replicaba a nivel local, la creación del Derecho era una atribución del poder legislativo, integrado por una Cámara de representantes electos por un periodo bianual. El primer Congreso constituyente de Querétaro funcionó de 1824 a 1825, y su obra más importante fue desde luego la aprobación de la primera Constitución política particular el 12 de agosto de 1825. La segunda Legislatura fue el Primer Congreso constitucional, que actuó de 1825 a 1827.<sup>23</sup> Correspondió al Segundo Congreso Constitucional expedir el decreto de creación de la Facultad de Leyes.

Ideológicamente, México era un Estado liberal, porque liberales eran los modelos institucionales y jurídicos que había adoptado para gobernarse, pero con algunas notables salvedades. La principal, era la continuación de la participación fundamental de la Iglesia católica en la discusión de los problemas nacionales, la cual, junto con el Ejército heredado del Antiguo Régimen, constituyeron las verdaderas estructuras de poder. Otra notable excepción del sistema liberal era derivada de esta beligerancia de la Iglesia, la religión oficial del Estado, sin tolerancia de ninguna otra. El telón de fondo era una mentalidad popular todavía muy religiosa. La Iglesia continuaba a cargo del registro del *status* de las personas, y conservaba una porción considerable de su antigua riqueza, menguada al final de la Colonia por la misma

<sup>23</sup> Juan Ricardo Jiménez Gómez, *El primer ejercicio federalista en Querétaro, 1824-1835*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2001, pp. 60-65.

Corona y su decreto de Consolidación y por el desastre económico que supuso la Guerra de Independencia.<sup>24</sup> Esto explica el por qué todavía era pertinente el estudio del Derecho canónico en las escuelas de Jurisprudencia de la primera mitad del siglo XIX, antes de la laicización de las instituciones mexicanas.

En cuanto a la educación, aunque había algunas escuelas de primeras letras, los únicos estudios superiores llegaban al nivel de bachillerato que se cursaba en los Colegios de San Ignacio y San Francisco Javier. Ahí se enseñaban los latines. No había estudios jurídicos.<sup>25</sup>

Díaz Ramírez explica que los Colegios habían estado en la época colonial bajo el patrocinio del monarca español, y que primeramente el Congreso constituyente del Estado de Querétaro había considerado que se trataba de una institución privada regida por sus vetustas constituciones, con su propio patrimonio y que el poder público, aunque estaba facultado para señalar los estudios, debía abstenerse de injerirse en su vida académica. Pero a poco las cosas cambiaron, y la Legislatura adoptó la decisión de intervenir en los asuntos de los Colegios por estimar que estaba en juego el interés público.<sup>26</sup>

## BIOBIBLIOGRAFÍA DE LOS AUTORES DE 1827<sup>27</sup>

El decreto del Congreso local, de 4 de octubre de 1827, que creó los estudios de Jurisprudencia en la sede de los Colegios de San Ignacio y San Francisco Javier, también estableció el plan de estudios y los libros de texto que debían servir para formar a los juristas. Arnoldo Vinnio, Juan Sala, José María Álvarez, Sebastián Bernardi y Cayetano Filangieri integraron de esta forma un elenco doctrinal sobre el

---

<sup>24</sup> Carlos Marichal, “La Iglesia y la Corona: la bancarrota del gobierno de Carlos IV y la consolidación de vales reales en la Nuevas España”, en Ma. del Pilar Martínez López-Cano (coord.), *Iglesia, Estado y Economía, Siglos XVI al XIX*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 1995, pp. 247-261.

<sup>25</sup> Fernando Díaz Ramírez, *Historia de la enseñanza del Derecho en Querétaro*, Querétaro, Gobierno del Estado, 1974, p. 9.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

<sup>27</sup> Los datos provienen fundamentalmente, salvo anotación concreta, de: Rafael Domingo, (ed.), *Juristas universales*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

cual giraría la docencia jurídica, como los únicos autores reconocidos para seguir sus principios, método e ideología.<sup>28</sup>

## ARNOLDO VINNIO

Nació cerca de La Haya, Holanda, el 2 de enero de 1588. Inició sus estudios en Leiden en 1603. En 1618 se graduó de doctor. Optó por la cátedra de Instituciones en esa misma universidad, pero no la obtuvo. Fue rector del Colegio de Humanidades en la Universidad de la Haya desde 1619. Dominaba las lenguas griega y latina. Aunque escribió otras, su principal obra es *In quatuor libros Institutionum imperialis commentarius academicus et forensis*, que vio la luz en Leiden en 1642.

Murió en Leiden en 1657.

### *Su obra*

Lo novedoso de sus *Instituciones* fue la inclusión de concordancias de las Instituciones con otros textos romanos y con el Derecho holandés, *i. e.*, el uso del método comparativo entre el hasta entonces incuestionable Derecho romano con el Derecho propio o nacional.

Su importancia en la historia jurídica de España y sus dominios, y luego en las recién constituidas naciones latinoamericanas es doble: por una parte, como libro seguido en los estudios jurídicos de las universidades hispanas, y, por otra, por haber constituido un modelo a seguir para autores españoles que produjeron obras comentando el Derecho justiniano en concordancia con el Derecho castellano, y cuyo mejor ejemplo es Juan Sala Bañuls. Por ello se ha llegado a sostener que Vinnio fue un autor en el que “beben la mayoría de los autores de la época”.<sup>29</sup>

El libro de Hugo Grocio, *Introducción a la Jurisprudencia de Holanda* (1631), fue ampliamente utilizado por su compatriota Arnoldo Vinnius en su *Institutio-*

<sup>28</sup> Colección de decretos y órdenes del Segundo Congreso constitucional del Estado libre y soberano de Querétaro, desde 15 de agosto de 1827 hasta 8 del propio mes del año de 1829, México, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1832, pp. 13-14. Véase el texto en el Apéndice. Para una lectura de los estudios y exámenes de abogados en Querétaro véase Juan Ricardo Jiménez Gómez, *Formación y discurso de los juristas. Estudios y exámenes recepcionales de los abogados en Querétaro en el siglo XIX*, México, UAQ-Miguel Ángel Porrúa, 2008.

<sup>29</sup> Gabriel Buigues Oliver, “Algunas anotaciones a la Instituta de Juan Sala y su relación con Vinnio”, en *Claustros y Estudiantes*, vol. I, Valencia, Universidad de Valencia, 1989, p. 77.

*num imperialium in quatuor libros, commentarius academicus et forensis*. Como hemos anotado, en España, gracias a Juan Sala, se difundió exitosamente la obra de Vinnio. Por ello se puede colegir que, aunque en forma indirecta, hubo una recepción académica de Grocio y su doctrina nueva, pero a la vez sintética del tradicionalismo jurídico, el iusnaturalismo racionalista y el naciente mercantilismo.<sup>30</sup>

En América hubo dos autores preferidos para estudiar las Instituciones de Justiniano, Vinnio y Heinecio. La elección como obra para leer en los cursos dependía del criterio del profesor en algunos casos, o de la corriente imperante en el claustro. ¿Cuál era la esencial diferencia entre ambos juriconsultos? El holandés se caracterizaba por la discusión permanente en sus textos. El alemán, bordaba en claridad expositiva, y su toque era la historicidad. Esta situación se repitió en la época de las naciones independientes. Sin embargo, como se verá en el caso mexicano, en muchas facultades mexicanas se leía el Vinnio por el comentario de Heinecio. No fue tal el caso de Querétaro, como se verá más adelante.

Esas discrepancias se podían reducir a la diferencia de perspectivas, las que no eran excluyentes. Vinnio, como autor exegético de la *Instituta*, abundaba en comentarios y explicaciones hasta la nimiedad; no era de sencilla lectura. Para Heinecio, el dominio del Derecho romano exigía conocer su historia.

Había desde luego una distancia temporal entre ambos: Vinnio precedía a Heinecio, y éste se valía del primero y repasaba sus textos. Finalmente, a muchos les parecía la exposición de este último más clara y asequible a los estudiantes.

### *Ediciones del Vinnio*

La primera edición de su principal obra, *Las Instituciones de Justiniano en cuatro libros*, apareció en Leiden en 1664. A partir de ese momento, tuvo una gran acogida en los medios académicos y sirvió de base a otros autores que la comentaron o se sirvieron de ella para redactar adaptaciones al Derecho nacional, las que se conocen generalmente como *Vinnius castigatus*, como la seguida en Querétaro a partir de 1827.

Dos notas caracterizan el desarrollo de la docencia jurídica en el siglo XVIII: una, la concesión de mayor importancia al estudio de la *Instituta* que al resto de los elementos del *Corpus Iuris Civilis*, y, otra, un creciente interés por estudiar el Derecho real, aunque no hubiera todavía una cátedra universitaria para ello.

<sup>30</sup> Pérez-Prendes, *op. cit.*, pp. 888-889.

Desde los tiempos de la Compilación Justiniana, la *Instituta* tuvo una orientación pedagógica y una estructura sistemática, a diferencia de los otros elementos del *corpus*, casuistas, contradictorios y desordenados.<sup>31</sup> Aquí está la clave para poder entender por qué el Vinnio se convirtió en la obra *ad hoc* para servir a aquellas direcciones metodológicas. Y es que Vinnio había introducido en las Instituciones el comentario y comparación del Derecho de la tierra, que era el holandés, el *Iura propria*.

A partir de 1726 el Vinnio, esto es, las Instituciones Imperiales en cuatro libros, comentarios académicos y forenses, se publicó con un prefacio y comentarios de Heinecio. Ambos juristas militaban en la escuela del Derecho natural y de gentes, cuyo antecesor era el también holandés Hugo Grocio. Desde 1771, la obra se convirtió en texto oficial en las universidades españolas.<sup>32</sup>

Un libro jurídico, por supuesto escrito en latín, podía ser impreso en cualquier parte del mundo occidental, y luego circulaba ampliamente por todos los estados que tenían el mismo común origen del sistema jurídico romano canónico. La obra de Arnaldo Vinnio no escapaba a esta característica. Veamos algunas ediciones:

<i>Descripción</i>	<i>Localización</i>
<i>Arnoldi / Vinnii, J.C. / Praestantissimi / In quatuor libros / Institutionum Imperialium / Commentarius academicus &amp; forensis. / Editio novissima et emendatissima, Authoris notis antea seorsin / Impressiis aucta et adornata, duobus distincta tomus. / Tomus primus / Lugduni / sumpt. Anisson &amp; Joannis Posuel / MDCC-VIII / Cum privilegio regis.</i>	Biblioteca de San Teófilo, Monterrey, Nuevo León
<i>Vinnius castigatus ad usum tironum Hispanicorum... 2ª ed., Valencia, 1786.</i>	Biblioteca Nacional de Antropología e Historia

<sup>31</sup> Rogelio Pérez Perdomo, "Los abogados americanos de la monarquía española", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XV, México, UNAM, 2003, pp. 562-563.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 502n.

<p><i>Arnoldi Vinnii I. C. / In quatuor libros / Institutionum / Imperialium / Commentarius / academicus et forensis. / Editio nova / in usum hispanae iuventutis adornata / In qua auctoris textus ad Batavicar. Edd. fidem exhibetur: Graeca Latio / donatur: Patrii Iuris fontes, tum Ius ipsum et receptae de eo in / praxi DD. Hispanorum opiniones singulis quibusque §§. / indicantur atque exponuntur. / Tomus primus. / Superiorum permissu / Valentiae / Apud Benedictum Monfort typogr. / MDCCLXXXVI.</i></p>	<p>UAQ, Sala del Tesoro</p>
<p><i>Arnoldi / Vinnii Jc. / In quatuor libros / Institutionum / Imperialium / Commentarius / Academicus, et forensis. / Jo. Gottl. Heinneccius Jc. / Recensuit, et praefationem notulasque adjecit. / Editio novissima, cui accedunt ejusdem Vinnii / Quaestiones juris selectae: / Cum indicibus locupletissimis. / Tomus primus. / Lugduni, / Sumptibus Fratrum de Tournes. / M.DCC.LXVII. / Cum privilegio regis.</i></p>	<p>UNAM, Fondo reservado</p>
<p><i>Vinnius castigatus, / Atque ad usum / Tironum hispanorum / accommodatus: / In quorum gratiam Hispanae leges / Opportunioribus locis traduntur. / Tomus primus / Duos priores Imperialium Institutionum libros / Continens / Opera Joannis Sala presbyteri, / In Valentina metropolitana praepositi. / Editio secunda / Priore correctior, tribus appendicibus / Et pluribus notis juris Hispani aucta. / Valentiae Edetanorum: / Ex praelo Josephi et Thomae de Orga. / M.DCC.LXXXVI. / Permissu regii Supremi Castellae Senatus.</i></p>	<p>UNAM, Fondo reservado</p>



<p><i>Vinnius castigatus, / atque ad usum / tironum hispanorum / accommodatus: / in quorum gratiam Hispanae leges / opportunioribus locis traduntur. / Tomus primus / duos priores Imperialum Institutionum libros / continens. / Opera Joannis Sala presbyteri, / earundem instit. in Acad. Val. interp. / Valentiae Ede-tanorum: / Ex praelo Josephi et Thomae de Orga. / M.DCC.LXXIX. / Permissu regii Supremi Castellae Senatus.</i></p>	<p>Biblioteca Nacional de España</p>
--	--------------------------------------

## JUAN TEÓFILO HEINECIO

Heinecio vio la luz primera en Einsenberg en 1681. Primero hizo estudios de Teología, pero acabó dedicándose de lleno a la Jurisprudencia, habiéndose graduado en Leyes en 1716. Se dedicó a la docencia jurídica desde 1720. Falleció en 1741.

Su obra principal *Elementa iuris naturae et gentium* (1738).

Como ya lo advertimos, no se puede hablar del humanismo sin mencionar a *Heineccius*, autor alemán que se ocupó del Derecho romano bajo una doble perspectiva histórica y crítica. Su pensamiento se ubica en la corriente del Derecho natural racionalista. En las universidades españolas y en las facultades de Derecho de las nuevas naciones americanas, y por supuesto en México, o se usaba el *Vinnio castigatus* de Sala o el *Vinnio* comentado por Heinecio, lo que planteaba desde luego una escogitación ideológica.

A Heinecio se debe en gran parte la popularidad del *Vinnio* en el Imperio español, ya que anotó y reeditó su principal obra, que gozó del favor de los juristas al merecer varias ediciones. Su título es *Arnoldii Vinnii J. C. In quatuor Libros Institutionum Imperialium commentarius academicus, et forensis. Jo. Gotti. Heineccius J. C. Recensuit, & Praefationem Notulas que adjecit.*

Heinecio fue un autor fundamental en la formación ideológica, científica y práctica de los juristas españoles a lo largo del siglo XIX.

### *El Vinnio castigatus de Sala*

El Congreso de Querétaro escogió no la obra de Vinnio comentada por Heinecio, como se hizo en otras facultades mexicanas,<sup>33</sup> sino una en mucho distinta, la del sacerdote valenciano Juan Sala.

Juan Sala Bañuls publicó inicialmente, en 1779, el *Vinnius castigatus*, obra que nació desfasada pues las concordancias habían dado paso ya en la época de aparición al estudio directo del Derecho patrio.

En 1788-1789 aparecen sus *Institutiones romano-hispanae ad usum Tironum hispanorum ordinata* (sobre las *Institutiones* de Justiniano).

### *La influencia cultural de Vinnio*

¿Cuál es el balance de la presencia del humanismo en la enseñanza jurídica en Querétaro, a través de la obra de Vinnio? Nos parece que el papel que cumplió en el breve tiempo que sirvió como libro de texto fue diferente al que jugó en Europa como ariete en la batalla contra el *mos italicus*. Su recepción obedeció más bien al objetivo de introducir en los planes el estudio del Derecho nacional. En España, se dio un rechazo en las cátedras jurídicas para el estudio del Derecho real, propio o particular, y el resquicio para lograrlo fue concordar el Derecho romano con leyes propias, para lo que se ajustaba muy bien una obra como la del holandés Vinnio.

¿Cuál era y a qué podía llamarse en Querétaro y en México Derecho propio? Por contraposición al *Ius commune*, el Derecho propio de México, como una prolongación de la Nueva España en lo cultural, fue el mismo que el Derecho real, tanto castellano como el Indiano. Y no hubo Derecho propiamente nacional mexicano sino hasta que fueron superadas las controversias por el modelo político de nación, y se adoptó una corriente ideológica deslindada de todos los métodos anteriores, el iuspositivismo laico, individualista y liberal.<sup>34</sup>

En este orden de ideas, la presencia de Vinnio en la enseñanza se debe más a su función de vehículo para introducir el Derecho propio en las aulas donde se preparaba a los juristas que a su condición de humanistas. Sin embargo, las ideas

<sup>33</sup> En el Seminario de Monterrey, el autor escogido para el Derecho civil fue el original Vinnio. Véase Portillo, *op. cit.*, p. 32.

<sup>34</sup> Juan Ricardo Jiménez Gómez, *El sistema judicial en Querétaro, 1531-1872*, México, UAQ-Miguel Ángel Porrúa, 1999, pp. 531 y ss.

podieron haberse filtrado en aquellas juveniles mentes y su impacto era difícil de advertir.

La ideología que penetró en los Colegios de San Ignacio y San Francisco Javier de Querétaro a partir de 1827 con la creación de la cátedra de Leyes fue el Derecho natural racionalista, a través de la obra de Arnaldo Vinnio. Pero también sirvió como método para introducir al Derecho patrio a través del método comparativo.

Si, como hemos visto, desde la Colonia ya había anidado la obra de Vinnio en la cultura jurídica mexicana, no podemos sino concluir que la decisión del Congreso de Querétaro de instituir al Vinnio como obra para la formación de los juristas no tuvo en modo algún carácter revolucionario. En todo caso es una manifestación de continuidad.

#### JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ<sup>35</sup>

Nació en Guatemala el 7 de febrero de 1777.

Obtuvo el diploma de bachiller en Filosofía en 1792, a los 15 años de edad. En 1795 se graduó de bachiller en Sagrada Teología, y en 1800 de bachiller en Leyes. En 1801 es licenciado en Teología y cinco años más tarde se titula de licenciado en Leyes. Para 1818 ya era vicerrector de la Universidad de San Carlos.

Obtuvo la cátedra temporal de *Instituta* en 1804.

Hizo carrera eclesiástica, recibiendo el presbiterado en de 1802, y llegó a ser promotor fiscal del Arzobispado.

A los 41 años publicó su famosa obra *Instituciones de Derecho real de Castilla e Indias*.

Fue electo diputado a las Cortes españolas en 1820.

Falleció en el puerto hondureño de Trujillo en 1820, en el trayecto de su viaje cuando se dirigía a desempeñar su diputación.

La suya fue la única obra de Derecho civil escrita por un americano en la Colonia, si bien es cierto en su *tempus* final.

---

<sup>35</sup> Seguimos las notas biográficas de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González en la edición de: José María Álvarez, *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias*, t. II, edición facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826, México, UNAM, 1982.

Si bien la obra del padre Álvarez se considera “moderna”, siendo una obra del Derecho civil, en cuyo ámbito es difícil apartarse de los cimientos de la Jurisprudencia romana, el autor no pudo sino, como la generalidad de los civilistas, de ceñirse al milenar plan de las *Institutas*. Así lo expone:

Seguí el orden de los títulos de la Instituta de los romanos, no obstante que pudiera adoptar otro mejor y he procurado acomodarme a las definiciones, principios y consecutarios de las *Recitaciones* de Heinecio, porque a más de encerrar los fundamentos generales de nuestra legislación, la experiencia de catorce años me ha enseñado que su método es el más a propósito para el aprovechamiento de la juventud; así sin apartarme del fin primario de mi cátedra creo haber cumplido con el auto acordado 3, tít. 1, lib. 2, “que previene que los catedráticos cuiden leer con el derecho de romanos las leyes del reino correspondiente a cada materia”.<sup>36</sup>

De este modo, los estudiantes juristas de Querétaro se enfilaban al eterno retorno a la cultura legal de Occidente, una vez más había que estudiar el Derecho romano.

Las *Instituciones* de Álvarez ofrecen a los lectores un “Compendio de la Historia del Derecho de España”, que en unas cuantas páginas traza el trayecto de las leyes españolas, apartado indispensable para advertir la vastedad del *corpus* normativo del Viejo Régimen.

La obra está escrita en castellano; apenas hay unas cuantas líneas en latín en las notas del tomo cuarto.

Fiel a la estructura de la *Instituta*, comienza el abordaje temático a partir de los conceptos de la justicia y del Derecho, de la Jurisprudencia, de la división del Derecho en: natural, de gentes y civil. Viene en seguida el tratamiento de las personas. Cambia la materia en el libro segundo, que se ocupa de las cosas, de los derechos reales, de los derechos reales y de los testamentos. En suma, es una secuencia bien conocida para los civilistas.

Lo que debe advertirse es que los comentarios y las citas y referencias predominantes son de Derecho real castellano y de autores hispanos. *Las Partidas* son el ordenamiento más utilizado, y entre los autores figuran Gregorio López, Diego Pérez, Colon, Prieto Sotelo, Febrero, Cañada, Solórzano, Olmeda, Berni, Covarru-

<sup>36</sup> Álvarez, *op. cit.*, pp. x-xi.

bias, Antonio Gómez, Molina, González, Hevia, Hermosilla, Díaz de Montalvo y Azevedo. No obstante, hay remisiones a Vinnio, comentado por Sala y a Heinecio, *Elementa iuris naturae et gentium* (1738).<sup>37</sup> Hay una sola referencia a la *Ética* de Aristóteles, otra a van Espen. El ciclo se ha cerrado: unas *Instituciones* concordadas con el Derecho real y anotadas con autores hispanos. Escritas en el epílogo de la Colonia, eran útiles en la totalidad del elenco de las naciones americanas que seguiría girando en la órbita del Derecho colonial por muchas décadas. De ahí su uso en México.

### CARLOS SEBASTIÁN BERARDI

Canonista, nacido en Oneglia el 26 de agosto de 1719. Murió en 1768. Fue profesor de Derecho canónico en la Universidad de Torino, de 1754 a 1768. Entre sus obras se encuentran: *Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti* (hay varias ediciones; la de 4 vols., Turín, en 1752-1757; en 2 vols., Venecia, 1777; y otra en esta misma ciudad, en 1783); *Comentaria in ius ecclesiasticum universum* (editada en 4 vols. en Turín, en 1766; en 2 vols. en Venecia en 1778, y en Milán, 1846-1847); *Institutiones iuris ecclesiastica* (2 vols. Turín, 1769, póstuma).<sup>38</sup>

En otras facultades mexicanas se prefirió la obra del padre Pedro Murillo Velarde, como en el Seminario de Monterrey.<sup>39</sup>

Sobre el Derecho canónico, en un brillante comentario a una obra de Grossi, el malogrado Tomás y Valiente anotó:

¿Y la Iglesia? ¿Es posible olvidarse de ella contemplando un retablo u oyendo música coral? La Iglesia, que llena en gran parte el vacío del Estado, y que con su enorme influjo protagoniza la vida medieval, no podía estar, y no lo está, ausente de estas páginas. Una Iglesia que no es realidad inorgánica, sino un sujeto colectivo que siente la necesidad de estructurarse en ordenamiento jurídico y realiza así una cons-

<sup>37</sup> Véanse por ejemplo las notas a pie de las páginas 74 y 78, del tomo I.

<sup>38</sup> *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti*, vol. VI, Instituto della Enciclopedia Italiana, fundada da Giovanni Treccani, Roma, 1949, p. 683.

<sup>39</sup> Portillo, *op. cit.*, p. 32.

ciente elección por el Derecho, por un Derecho canónico, regla propia y modelo de ajenas: *societas perfecta*.<sup>40</sup>

La existencia del Derecho canónico se justifica por la concepción cristiana de la doble naturaleza del hombre, y al mismo tiempo por la doble sociedad que hay en el mundo: la civil o profana y la sagrada o religiosa, que recuerda desde luego la concepción agustiniana. A cada dominio pertenece un Derecho. El canónico corresponde a la sociedad religiosa. En la órbita católica, ese Derecho es el conjunto de todas las leyes, de la Iglesia. Algunas veces se le denomina Derecho sagrado porque su fuente, su materia y su fin son sagrados.

El estudio del Derecho canónico también puede hacerse como ciencia. La antigua distinción en el campo seglar entre Derecho y Ciencia del Derecho, también se manifiesta en el Derecho canónico y la ciencia del Derecho canónico. La clave para establecer el rango de disciplina científica depende, *i. a.*, del uso de un método, de la sistematización del saber jurídico, del estudio de las relaciones de los cánones entre sí y de la deducción de reglas o principios generales. La ciencia del Derecho canónico vendría a ser la noticia o conocimiento ordenado, sistemático y racional de las leyes eclesiásticas.

Las *Instituciones* de Berardi giran en torno a esta temática: la Iglesia (“sociedad de hombres que adoran a Dios, profesando una misma doctrina de fe y costumbres y protestando observar las leyes divinas bajo el gobierno y solicitud de los superiores constituidos sobre ellos por la Soberana Ordenación”), el Derecho eclesiástico, los cánones y las colecciones canónicas, la evolución del Derecho canónico, las principales obras de la materia y del papel de los juristas en la conformación de esa importante rama del Derecho.

#### GAETANO FILANGIERI

Nació en Nápoles el 22 de agosto de 1753, hijo de una familia de noble alcurnia. Hizo una carrera militar. Filangieri llegó a ocupar cargos hacendarios y académicos en Nápoles por sus méritos como economista. Fue masón.

Murió en el castillo de Vico Equense, el 21 de julio de 1788.

---

<sup>40</sup> Francisco Tomás y Valiente, “Prólogo”, en Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 22.

A los 19 años escribió su primer ensayo, luego vendrían otros trabajos, pero su obra maestra fue la *Scienza della Legislazione*, que trataba de la norma general, de las leyes políticas y económicas, del Derecho y procedimiento penal, de la educación, de la religión, de la propiedad, de la patria potestad y del buen orden de la familia. El objetivo de este libro era reducir la legislación a la unidad de ciencia normativa. Los dos primeros volúmenes se publicaron en 1780, otros en 1783 y 1785, y en 1788, el último volumen póstumo.

De él, examinando su obra, dijo en 1800 el primer cónsul Napoleón Bonaparte: *Ce jeune-homme, notre maître à tous*. La mejor edición italiana fue la de 1804 en Florencia, con estudio preliminar de Pasquale Villari. La más común, en francés, de Gablois, París, 1821, con introducción biográfica de Francesco Salfi.<sup>41</sup>

Gaetano también tuvo seguidores en Estados Unidos, uno sobresaliente: Benjamín Franklin, con quien mantuvo una interesante correspondencia.

En la actualidad, su pensamiento sigue siendo materia de análisis, a través de la Sociedad Filosófica Gaetano Filangieri.<sup>42</sup>

La obra de Cayetano Filangieri fue elegida para la lectura del Derecho político en la Facultad de Leyes de Querétaro en 1827, porque él era uno de los más grandes estudiosos de la naciente Economía política del siglo XVIII.

¡Con cuánta pertinencia puede hoy ser citada la doctrina de Filangieri cuando sostiene que el único y universal objeto de la legislación es la conservación y la tranquilidad de los ciudadanos!

Para él, el Estado de Derecho se caracteriza por la fijación de límites al poder arbitrario.

Filangieri le confiere la mayor importancia a la legislación en materia económica, cuyo objeto debe ser estimular la producción y el comercio. Ésta es la orientación liberal de su obra. A medias aguas entre la fisiocracia y el mercantilismo, era favorable al libre mercado, señaló que la legislación correspondiente no podía ser modélica, sino ajustarse a las circunstancias de cada país.

Como todos los pensadores de la Ilustración, no dejó de atisbar por un cambio fundamental en la sociedad. Había que transitar de la religión tradicional a otra

<sup>41</sup> *Enciclopedia Italiana ... cit.*, vol. XV, pp. 258-259.

<sup>42</sup> [www.filangieri.org](http://www.filangieri.org).

civil, en lo que se anticipaba a los momentos cruciales inmediatos al estallido de la Revolución francesa, que no llegó a testimoniar.

Filangieri era citado en las deliberaciones del Congreso constituyente de 1824,<sup>43</sup> lo que prueba que la decisión del Congreso local de escoger los autores para enseñar Derecho en Querétaro estaba en gran medida en consonancia con los vientos que soplaban en el ambiente teórico predominante en el país.

Por otro lado, Vinnio, Heinecio, Sala y Álvarez, son expresiones o réplicas de una y misma corriente cultural: es iusromanismo.

Así que las bases ideológicas de los primeros juristas de Querétaro se anclaron en portentosos cimientos: en la tradición romanista milenaria y en la transformación renovadora del republicanismo liberal, ambas incuestionables corrientes que nutren la vida de las instituciones jurídicas y políticas de la sociedad y el Estado mexicanos.

---

<sup>43</sup> *Actas constitucionales mexicanas (1821-1824)*, tomo VIII, México, UNAM, 1980, sesión del 13 de abril de 1824, p. 153; tomo IX, sesión del 17 de mayo de 1824, p. 532.



*CORPUS*  
FACSIMILAR

INSTITUCIONES  
DE VINNIO

[fragmento]

# VINNIUS CASTIGATUS,

ATQUE AD USUM

TIRONUM HISPANORUM

ACCOMMODATUS

IN QUORUM GRATIAM HISPANÆ LEGES  
OPPORTUNIORIBUS LOCIS TRADUNTUR.

TOMUS PRIMUS

DUOS PRIORES IMPERIALIUM INSTITUTIONUM LIBROS  
CONTINENS.

OPERA JOANNIS SALA PRESBYTERI,  
IN VALENTINA METROPOLITANA PRÆPOSITI.

EDITIO SECUNDA

PRIORE CORRECTIOR, TRIBUS APPENDICIBUS  
ET PLURIBUS NOTIS JURIS HISPANI AUCTA.



VALENTIÆ EDETANORUM:

EX PRÆLO JOSEPHI ET THOMÆ DE ORGA.  
M.DCC.LXXXVI.

PERMISSU REGII SUPREMI CASTELLÆ SENATUS.

## PRÆFATIO.



X quo mihi licuit decreto amplissimi Valentinae Urbis Senatus semper in gentem meam munificentissimi (\*); Institutiones Justiniani Imperatoris publice interpretari in hac celeberrima florentissimaque Academia, nihil antiquius habui, quam ut omnibus nervis contenderem atque elaborarem in animis adolescentum optima fruge replendis, & spe pulcherrima fovendis, ut ipsemet Justinianus, summa qua in studiosos liberalitate polluit, vehementer expetiit desideravitque, §. 7. *proæmii suarum Institutionum*. Et quanquam non ignorarem, sapientissimi Arnolphi Vinnii commentarium omnium fere Academiarum usu plausuque probatum, maximo nobis adjumento fore: tamen experimento didiceram nonnulla in eo reperiri ita extricatu difficilia, ut tiro-nes etiam liberaliori ingenio donatos in perturbationes atque exanimationes inducerent: hocque magis dolendum, quandoquidem ex iisdem pleraque aliena ab Institutionum tractatione. Huic incommodo aliud adolescentibus nostris non contemnendum adjunctum cernebam. Cum enim in laudato commentario nulla ne minutissima quidem juris Hispani appareat notitia; necessario evenit, ut adolescentes post emensa quatuor Jurisprudentiæ curricula, adeptasque Academiae laureolas, ita  
ju-

---

(\*) Cathedris Philosophiæ & Theologiæ donavit Jacobum, Paschasium, Andream, & Joachimum Sala: quorum hic frater meus fuit: Paschasius & Andreas patrum: Jacobus patruus magnus. Paschasius insuper auctor fuit operum, quæ typis edita sunt sub tit. *Sacrum veterum Hebræorum Kalendarium*, &: *De veterum Hebræorum Ponderibus & Mensuris*. Nec minori benignitate Cathedris Philosophiæ, Jurisprudentiæ & Theologiæ honoravit cognatos meos Paulum Siscar, Philippum Pasqual, cl. Gregorium Mayans, Franciscum Pasqual, Joannem Baptistam Beaavent, duosque Jacobos Camarasa.

juris patrii expertes & ineruditi e Scholis nostris prodeant, ut nullum de eorum vel cum rusticis & ignarissimis sermonem instituerent, magno Academiae dedecore & contempione. Quamvis enim haecenus, quatenus in me fuit, regis jussionibus devoto & libenti animo obtemperans, verbo discipulis tradiderim atque exposuerim quid in singulis jure Hispano constitutum erat; cum domi studentes id non reperirent scriptum, neque penitus callebant, nec ejus memoriam refricare quibant. Quae cum ita sint, & omnibus Antecessoribus, qui in praefato commentario adolescentibus explanando desudant, nota atque perspecta; saepe dolentes mirati sumus, nec ullum quidem in nostra fuisse Hesperia, qui tironibus consulens, finem, ut par est, his malis facere tentaverit. Nos imbecillitatis nostrae conscii serio considerantes, quod si non animus, vires tamen deficerent, licet operis utilitatem non exiguam apprime norimus, illud potius ab alio exspectare, quam aggredi longo tempore nostrum esse putavimus. Sed tandem caeterorum ignaviam pertaesi, remediumque diffusi manus nostras admovimus, cum saltem sperantes fructum, hoc exemplo alliciendo alios, qui feliciori calamo hanc Spartam ornent & operi perficiendo sufficiant.

Quatuor autem in hoc nostro quali quali labore duximus attendenda. Primum, quae in Vinnii commentario ita superfluunt, ut cum propriam sedem in Institutionibus non habeant, tironum mentes turbant potius, quam instruunt, penitus ablegamus. Deinde, obscura & implicata, in quorum explanatione & Magistri nimis defatigantur, & tirones fastidiunt, in faciliorem stylum redigere sumus conati. Ad haec, navos qui in eodem commentario inveniuntur (sunt autem paucissimi) in veram doctrinam convertimus. Demum, in locum juris Batavi Hispanum subrogavimus, cum Hispanorum tironum gratia laborem nostrum tulerimus. In hoc autem Hi-

spano jure tradendo eam sequimur methodum , ut quæ leges Romano juri sunt consonæ in margine notentur : quæ vero dissonæ in ipso commentario , versibus tamen distinctis & signatis , breviter discutiantur una cum præcipuis quæstionibus , quæ super eas ab Interpretibus examinantur. Et quia nobis fuit in animo , ea quoque argumenta tractare , quæ cum apud nostrates sint frequentissima , in Institutionibus desiderantur , vel quia Romanis incognita , vel quia Justinianus alibi collocanda censuit ; de illis agimus in propriis Appendicibus , quas opportunioribus locis interjicimus. Non deerunt forsàn qui in tanta legum Hispanarum luce majorem juris nostri notiãam desiderant ; eos autem duplici monito contentos esse oportet , quod nempe Romanæ leges Hispanis probatæ , Hispanæ sint : & nobis non liceat breves Institutionum metas pro libito transgredi. Quia vero Institutionum libri non doctis , sed tironibus scripti sunt , opus omnino fuit stylo tenui & perspicuo uti , palato adolescentium accommodato. Hic est totius operis scopus in tironum Hispanorum commodum directus : quam recte alii viderint. Scribebam Valentiaë Edetan. III. Kalend. Septemb. anno MDCCLXXVII.

## DE HAC SECUNDA EDITIONE.

### LECTORI HISPANO.

Accipe amice Lector secundam hujus operis editionem , nãvis (paucis quidem) qui in primam irrepserant purgatam , tribusque Appendicibus & pluribus Notis juris Hispani locupletatam. Eam sic adauctam appellare poteris *Hispani juris Institutiones* , & ferme *Cursum* ; si ea nempe excipias , quæ ad jus publicum spectant : vix etenim ullam juris nostri privati particulam in ea desiderabis.

IN-

## INDEX

RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM  
& Titulorum ordinem.

## LIBER I.

<b>D</b> E <i>Justitia &amp; Jure.</i> Titulus 1	
De <i>Jure Naturali Gentium &amp; Civili.</i>	2
De <i>Jure Personarum.</i>	3
De <i>Ingeniis.</i>	4
De <i>Libertinis.</i>	5
Qui & ex quibus causis manumittere non possunt.	6
De <i>Lege Fustia Caninia tollenda.</i>	7
De his qui sui vel alieni juris sunt.	8
De <i>Patria Potestate.</i>	9
De <i>Nuptiis.</i>	10
De <i>Adoptionibus.</i>	11
Quibus modis <i>Jus Patriæ Potestatis</i> solvitur.	12
De <i>Tutelis.</i>	13
Qui <i>Testamento</i> tutores dari possunt.	14
De <i>Legitimâ a Agnatorum Tutela.</i>	15
De <i>Capiis Diminutione.</i>	16
De <i>Legitima Patronorum Tutela.</i>	17
De <i>Legitima Parentum Tutela.</i>	18
De <i>Fiduciaria Tutela.</i>	19
De <i>Atiliano Tutore, &amp; eo qui ex Lege Julia &amp; Tilia dabitur.</i>	20
De <i>Auctoritate Tutorum.</i>	21
Quibus modis <i>Tutela</i> finitur.	22
De <i>Curatoribus.</i>	23
De <i>Satisfactione Tutorum vel Curatorum.</i>	24
De <i>Excusationibus Tutorum vel Curatorum.</i>	25
De <i>Suspensis Tutoribus vel Curatoribus.</i>	26

## LIBER II.

<b>D</b> E <i>Rerum Divisione, &amp; acquirendo ipsarum Dominio.</i> Tit. 1	
De <i>Rebus Corporalibus &amp; Incorporalibus.</i>	2
De <i>Servitutibus rusticorum &amp; urbanorum prædiorum.</i>	3
De <i>Usufructu.</i>	4
De <i>Usu &amp; Habitatione.</i>	5
De <i>Usucapionibus &amp; longi temporis Præscriptionibus.</i>	6
De <i>Donationibus.</i>	7
Quibus alienare licet, vel non licet.	8
Per quas <i>Personas</i> cuique acquiritur.	9
De <i>Testamentis ordinandis.</i>	10
De <i>Militari Testamento.</i>	11
Quibus non est permissum facere <i>Testamentum.</i>	12
De <i>Exheredatione Liberatorum.</i>	13
De <i>Hereditibus instituendis.</i>	14
De <i>Vulgari Substitutione.</i>	15
De <i>Pupillari Substitutione.</i>	16
Quibus modis <i>Testamenta</i> infirmantur.	17
De <i>Inofficioso Testamento.</i>	18
Appendix de <i>Legitima portione liberis &amp; parentibus debita: &amp; de Meliorationibus Tertii &amp; Quinti.</i>	19
De <i>Hereditum Qualitate &amp; Differentia.</i>	20
De <i>Legatis.</i>	20
De <i>Ademptione Legatorum, &amp; Translatone.</i>	21
De <i>Lege Falcidia.</i>	22
De <i>Fideicommissariis Hereditatibus.</i>	23
De <i>Singulis rebus per Fideicommissum relictiis.</i>	24
Appendix de <i>Majoratibus.</i>	25
De <i>Codicillis.</i>	25

AR.

\* ( I ) \*



# ARNOLDI VINNII J. C. IN LIBRUM PRIMUM INSTITUTIONUM

## IMPERIALIUM COMMENTARIUS

ACADEMICUS. ET FORENSIS.

AD USUM

TIRONUM HISPANORUM ACCOMMODATUS.

### PROOEMIUM.

#### IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

IMPERATOR CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS,  
ALEMANICUS, GOTTHICUS, FRANCICUS,  
GERMANICUS, ANTCUS, ALANICUS,  
VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX,  
INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR,  
SEMPER AUGUSTUS, cupidè legum juven-  
tuti S.



IMPERATOR] Hoc nomine etsi  
appellarentur omnes exerci-  
tus ductores, tamen id tri-  
bui solebat iis, qui re bene  
gesta, hoc honoris titulo  
acclamatione militum, vel  
decreto Senatus decorati es-  
sent. Post occupatam Rempublicam perpetu-  
um Principis prænomen esse cœpit ex

Tom. I.

S. C. ut docet Hotomanus ex Cic. Tacit.  
Sueton. & aliis.

CÆSAR] Cognomen familiae in gente Ju-  
lia, quod post C. Julium factum est here-  
ditarium Imperatorum. Procedente tempore,  
eodem nomine appellati & qui vivo Impera-  
tore designati augustæ majestatis heredes, l. 7.  
Cod. de thalif. & mathem. Hodie Reges Roma-  
norum vocantur. Spartian. in *Ello Vero* hunc  
ipsum primum Cæsarem ea ratione appella-  
tum testatur. Aurel. Vict. cap. 12. in *Trajano*  
ab Hadriani demum adoptione divisa esse ait  
Cæsarium, & Augusti nomina. Neuter accu-  
rate. Omnes enim Principum liberi dicti sunt  
Cæsares jam a Neronis temporibus. Domi-  
tianus, statim interfecto Vitellio, hoc no-  
men obtinuit, Tacit. *Hist. lib. 3. cap. 86.*  
Hinc nummi Titæ & Domitiani Cæsarium  
apud Spanhem. t. 2. p. 351. Conf. Pagi *Crit.*  
*Baron. ad ann. 69.*

A

PLA-



2

## PRŒMIUM IN INSTIT. LIB.

**FLAVIUS]** A Vespasiano Imperatore hoc nomen tranavit, quem e Flavia gente nova & quibili fluxisse Suetonii auctor est.

**JUSTINIANUS]** Nomen hoc Imperatoris nostri proprium fuit; idque etiam habuit ante adoptionem, ex quo apparet, non esse productum a nomine Justiniani avunculi & patris adoptivi, ut quidam putant.

**ALIMANICUS, GOTHICUS, &c.]** Agnomina a devictis, aut bella lacescitis gentibus ducta. Sæpca lib. 1. de element. 14. scribit, assentientem populam ambiciose majestati tribuisse, quidquid potuit congerere titulorum. Hunc morem devictarum gentium vocabula nominibus adscribendi jam pridem ante Justinianum servarunt Imperatores. Solum Judæici cognomen ob religionis odium, & gentis contemptum adspersum est uterque Vespasianus. Cæterum hæc gentes omnes notæ sunt præter Anticam. Et hic plerisque Interpretibus aqua hæsit. Verum non Anticam, sed Ponticam legendum esse recte monuit Spanhem. *ibid. dit. 12. pag. 504. tom. 2.*

**FRANCICUS]** Theodilbertum Francorum Regem gravissime tulisse refert Agathias, quod Justinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum sibi sumpsisset. Postea etiam Gepidicum & Longobardicum se dixit, quod eas quoque gentes irritavit, Cujac. & Grot. ex Agathias.

**PRIMUS]** Primus hoc cognomen obtinuit Antoninus Hadriani successor, Capitol. in Antonin. c. 2.

**FELIX]** Hujus cognominis jam suo tempore Imperatoribus dari meminit Seneca lib. 7. de Clem. cap. 14.

**TRIUMPHATOR]** Triumphasse legitur de Persis & Vandalis. Varro lib. 7. de Ling. scribit triumphare sic appellatum esse: *Quid cum Imperatore milites redeuntes claudunt per urbem in Capitolium eunti: Jo triumphat, Jo.*

**AUGUSTUS]** Nomen hoc primum Octavio a Senatu tributum; ductum ab eo, quod loca, in quibus auguratio quid consecratur, augusta nominantur. Suet. in August. c. 7. Alii ab augendo Imperio dictum putant.

## De usu Armorum &amp; Legum.

*Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, & bellorum & pacis recte possit gubernari: & Princeps Romanus non solum in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites ca-*

*lumniantium iniquitates expellat, & stat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator (magnificus).*

**A**rmis decoratam] Imperator utrumque Reip. tempus sine armorum ac legum præsidio recte administrare non potest: in quam sententiam præclara quædam hic adpersa ab Hotom. & Grot. ex Arist. Plat. Liban.

*Legibus armatam]* Munitam & instructam. M. Tullius lib. 1. de off. scribit, Lacedæmoniorum imperium multo plus Lycurgi legibus & disciplinæ debere, quam aut Pausaniæ, aut Lysandri rebus gestis. *Parvi enim, inquit, c. 22. sunt feris arma, nisi sit consilium domi, &c.* *Victor exultat]* Scelus est apertus: Imperatorem non ex armis tantum, sed etiam ex legibus gloriosam sibi victoriam comparare.

*Legitimos tramites]* Ea ratione, quam leges præscribunt. Imperator non tantum hostibus debellandis, verum etiam calumniatoribus coercendis, victoris nomen adipiscitur.

*Magnificus]* Abest hæc vox a veteribus libris, restibus Cujac. & Hotom. nec Theoph. agnoscit.

## De bellis &amp; legibus Justiniani.

1. *Quorum utramque vitam cum summis vigiliis, summaque providentia, annuente Deo, perficimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbaricæ gentes sub juga nostra redactæ cognoscunt, & tam Africa, quam aliæ innumere Provinciæ post tanta temporum spatia, nostris victoriis a cælesti Numine præstitis, iterum ditioni Romanæ, nostroque additæ imperie, protestantur. Omnes veropopuli legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis reguntur.*

*Utramque vitam]* Hi sibi peperit victis hostibus, & juris æquabilitatem inter cives suos retinuit.

*Barbaricæ gentes]* Significat Persas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gothos in Italia & Sicilia.

*Innumere]* Id est, numerose seu multæ; sic enim locuti sunt Cassiod. Oros. Eutrop. & alii Scriptores *εὐχρηστοί, κοῦοι*, Theoph. tamen *ἀσπίδωντος, innumerales*, scripsit.

*Post tanta temporum spatia]* Post annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt, l. 1. C. de offic. Præf. Afric. Adstipulatur Procop.

Pro-

*Promulgatis*] Promulgatas suas, compositas alienas intelligit, id est, ex veteri jure in unum collectas & dispositas.

### De compositione Codicis & Pandectarum.

2. *Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam: tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiæ volumina, & opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, celesti favore jam adimplevimus.*

### De tempore, Auctoribus, fine, & utilitate compositionis Institutionum.

3. *Cumque hæc, Deo propitiò, peractum est: Triboniano viro magifico, Magistro, & Exquasitore sacri palatii nostri, & Exconsule, necnon Theophilo, & Dorotheo, viris illustribus & Antecessoribus (quorum omnium solertiam, & legum scientiam, & circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus), convocatis, mandavimus specialiter, ut ipsi nostra auctoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: & tam aures, quam animi vestri, nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias lgerent, hæc vos a primordio ingrediamini digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut & initium vobis & finis legum eruditionis a voce principali procedat.*

### Divisio Institutionum.

4. *Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collectum est, quod per eundem virum excelsum Tribonianum, necnon ceteros viros illustres, & faciendissimos conficimus;*

### PROCEMUM IN INSTIT. LIB.

*in quatuor libros easdem institutiones partitusimus, ut sint totius legitime scientiæ prima elementa.*

### Quid in Institutionibus contineatur.

5. *In quibus breviter expositum est, & quod antea obtinebat, & quod postea devertitudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.*

Ex quibus libris compositæ sint Institutiones, atque earum recognitio, & confirmatio.

6. *Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipue ex commentariis Caji nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis commentariis compositas, cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt, & legitimus, & recognovimus, & plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.*

### Adhortatio ad studium juris.

7. *Summa itaque opæ, & alacri studio hæc leges nostras accipite: & vosmetipsos sic eruditus ostendite, ut spes vos pulcherrima foreat, toto legitimo opere perfectò, posse etiam nostram Republicam in partibus ejus vobis credendis gubernari. D. CP. XI. Kalend. Decemb. D. JUSTINIANO PP. A. III. COS.*

U: pro pleniori hujus præmii illustratione, omnes juris Justiniani partes titouibus in ipso vestibulo, prout res postulat, innorescant, en carum summam: Institutionum libri quatuor: Pandectarum sive Digestorum libri quinquaginta: Codicis repetitæ prælectionis libri duodecim: Novellæ 168. quarum Novellæ 130. Justiniani ess, & Novellæ 163. & 164. Tiberii II. & denique edita tredecim.

Ex his juris partibus Institutiones ab instituendo ita distæ, quod sint totius legitime scientiæ prima elementa, §. 4. sup. licet confirmatæ sint uno fere mense ante confirmationem Pandectarum, id est, XI. Kalend. Decemb.

## 4 PROCEMIUM IN INSTIT. LIB.

4. *sent.* (21. Novembris) *ann.* 533. Justiniano perperam Augusto tertium Consule, §. *ult. sup.* tamen his duabus juris partibus legis robor & auctoritas eodem die accessit, videlicet III. Kalend. Januar. (30. Decemb.) ejusdem *ann.* 533. l. 2. §. 23. *C. de veter. jur. encl.* Præcipue ex commentariis Caji sunt compositæ, quem Justinianus idcirco Cajum suum appellat §. 6. *supra.*

*Pandectæ*, quæ etiam *Digesta* dicuntur, præfat. *de confirmat. Digest. ad mag. Senat.* §. 1. ubi & horum nominum ratio, confirmatæ sunt XII. Kalend. Januar. (16. Decembris) *ann.* 533. ut patet ex utraque præfat. *de confirmat. Digest. ad Senat. & omn. pop. & ad mag. Sen. in fine.* Voluit Justinianus, ut Digesta in septem tribuerentur partes, quarum 1. quatuor priores libros comprehenderet: 2. sequentes septem: 3. octo: 4. eodidem octo: 5. novem: 6. octo: 7. denique reliquos sex, quibus quinquagenarius numerus absolvitur, ut videre licet in utraque laudatæ præfat. §. 2. *U. regg.* Vulgo Digesta in tres partes dividunt. Primam, quam *Digestum veteris* appellant, a libro primo ad titulum tertium vicesimi quarti extendunt: secundam ab eodem titulo ad librum tricesimum nonum, *Infortiatum* dicunt: & tertiam demum *Digestum novum* nominant. Cæterum, ut recte notat Andreas Alciatus in *proemiali lib. 1. dispositio. hæc* particio commentitia est, nulla probabili ratione subnixâ, ut proinde frustra se crucient, qui disputant, cur secundum Digesti volumen *Infortiatum* dicatur; quasi non barbara hæc vox sit & nullius sensus, ab inlucto aliquo litteratore primum facta, quem deinde alii æque inlocoles sunt secuti. Nec alia fuisse videtur hujus divisionis inducendæ causa, quam cum quinquaginta librorum moles in aliquod justum volumen facile constitui non posset, in tria fuerit ob commoditatem intercessa.

Continent autem *Pandectæ* totum fere jus antiquum ex veterum Prudentum commentariis maxime collectum, adeoque magnam optimarum & utilissimarum rerum copiam, tanquam est hujus operis dignitas & præstantia, ut ipsi Laurentio Valle censori acerrimo non inelegans extorsit elogium *lib. 3. eleg. in præfat.*

Huic autem immortalis operi consciendo destinatus fuit Tribonianus, potestate accepta eligendi quos putaverit ad sociandum laborem, tam ex sanctissimis Antecessoribus, quam ex disertissimis Togatis, præfat. *de concept. Dig.* §. 3. & omnia prout ipsi visum fuerit reformandi, ut illud verum esset &

optimum, quod ibi positum ostenderetur, insuper habito, an apud antiquos aliter inveniretur scriptum, *d. præfat.* §. 7. Itaque his Justiniani jussionibus Tribonianus opremperans, sexdecim adscitis sociis, qui in præfat. *de confirmat. Dig. ad Senat. & omn. pop.* §. 9. laudantur, triennio absolvit opus, cui vix decennium sufficere videbatur, *d. præfat.* §. 12.

*Codicem repetitæ prælectionis*, quo hodie utimur, ordinandum commisit Justinianus eidem Triboniano, una cum Dorotheo, Menâ, Constantino, & Joanne. Promulgatus ipse fuit XVI. Kalend. Decemb. (16. Novemb.) *ann.* 534. ita tamen, ut ex die IV. Kalend. Januar. (29. Decemb.) frequentaretur. Hoc Codice emendatus abrogatusque fuit prior ille *Justinianus* dictus, de quo *supra* §. 2. Patent hæc omnia ex præfat. *C. de emendat. Cod.*

His tribus juris partibus perfectis, quia natura quotidie novas depererat edere formas, præfat. *de confirmat. Dig. ad Senat. & omn. pop.* §. 18. ipsa Imperator postmodum variis temporibus novas constitutiones promulgavit, quas *Novellarum* nomine significandas prædixit in præfat. *C. de emendat. Cod.* §. 4. quasi novæ leges sint jus novissimum continententes.

Quo tamen tempore omnes hæc Novellæ numero, ut *supra* diximus, 168. in unum volumen collectæ sint, parum constat. Sane Justinianus ipse quasdam in eum finem collegisse videtur, *Novell. 66. cap. 1. §. 2.* quo vero pervenerit prorsus incertum.

Integrum hoc *Novellarum* volumen in novem collationes, hasque in titulos vulgo dividunt, appellantque *authenticas*, uti & volumen ipsi *authenticum*, ad differentiam cujusdam *Novellarum* epitomes a Juliano Antecessore Constantinopolitano factæ.

Diversæ ab his collationibus authenticas sunt authentica illa, quæ legibus Codicis subjicte cernuntur, ut constet quid per *Novellas* mutatum vel abrogatum sit. Fie nantque nihil aliud sunt, quam breves sententiæ ex collationibus authenticis, unde nomen sumpserunt, decerpæ, privata quidem auctoritate. Unde dumtaxat fidem merentur quotiens cum *Novellis*, e quibus desumptæ sunt, concordant. Quis autem eas excerpserit, legibusque Codicis subjecerit, non constat. Voluerit sane plerique Iherimus seu Wernerus, qui sæculo 13. vixit, & jura primus *Benoniæ* docuit, earum fuisse auctorem, vel saltem illas legibus Codicis subjicere. Sed hos falli manifestum est ex eo quod *auth. Presbyteros C. de Episc. & Cleric.* a Gregorio I. Pon-

## PROCEMIO IN INSTIT. LIB.

Pontifice, qui vixit sub finem sæculi 6. & *auth.* Idem prædium C. de sacros. Eccl. a Burcardo, qui sæculo 11. scripsit, sunt allegata, Wessemberg. in *prolegom. de compas.* & *proh. jur. Justinian.* n. 71. qui n. seq. recte notat quasdam etiam authenticas Friderici I. & III. Imp. eodem modo Codicis legibus subijci, ut *auth. Casa de sacros. Eccl. auth.* Item nulla de *Episc. & Cleric.* aliarque, quas laudat; quæ omnes Imperatoris nomen inscriptum habent, ne cum cæteris ex Novellis Justiniani decerptis confundantur. Bynkershoek in *diatri. de Auth. authent.* quasdam authenticas Inrico tribuit, alias alteris, late de hoc argumento loquens.

*Edicta* denique Justiniani tredecim variis similiter temporibus sunt promulgata; & ultimam juris Justiniani partem constituunt.

Harum quinque juris partium auctoritas eadem est ab eodem Justiniano Imperatore ipsis concessa. Quare si aliqua occurrat contrarietas, servanda est regula tradita in *l. ult. de cons. Princip.* priores nimirum constitutiones posterioribus cedere. Cedent igitur Institutiones & Pandectæ Codici, & hic Novellis ac Edictis.

Hæc, pro Romanorum juris historia atque noticia ei operam daturis necessaria, prælibasse sufficiat, ne illotis manibus accedant. Quia vero nobis est in animo cum Romano jure nostrum Hispanicum conferre, ut ita adolescentes summam Romani prudentiam eruditionemque non aspernati, possint e Scholis prodeuntes etiam Hispano sese eruditos ostendere, magno Reipublicæ decore & emolumento, operæ quoque pretium duximus Hispani juris partes, atque progressus brevi calamo recensere.

Juris inque Hispani plures pro temporum varietate prodire Codices. Horum primus sæculo 7. promulgatus Latino sermone, appellatus fuit *Fuero* sive *Liber Judicium*, & in vernaculum versus, *Fuero Jurgo*. Continet duodecim libros divisos in titulos, qui iterum in leges dividuntur.

Deinde duo alii Codices sunt editi, quorum unus *Fuero viejo de Castilla*; alter *Fuero del Libro de los Consejos de Castilla*, vel aliter *Fuero de las Leyes*; frequentiusque *Fuero Real*, dicitur. Horum historiam, atque accuratam notitiam plena tradiderunt manu DD. Ignatius Jordan de Aso, & Michael de Manuel in *vestibulo marium Institutionum*, & in *dicario*, quem præposuerunt editioni ipsius Fori veteris ab eisdem super factæ,

secundum ultimam illius compilationem jussu Petri Regis ordinatam sæculo 14. in cuius præfatione utriusque hujus fori sic mentio, & quomodo in obligandi vi sibi invicem successerint. Et cum leges Fori Regii nonnullas viderentur declarationes desiderare, huic medendo incommodo late sunt *Leges styli* numero 252. ut earum titulus ostendit. Forum verus laudatæ editionis quinque conscat libris divisus in titulos: Forum vero Regium quatuor libros continet, qui in titulos, & hi in leges sunt divisi.

Insuper sæculo 13. labente, ordinatus fuit celeberrimus *Partitum Codex* continens septem partes seu *Partitas*, quæ in titulos subdivisos in leges dividuntur, cui perficiendo septem annes & amplius laboratum est, *proem. ejusd. Cod.* Est attem Codex iste velut *Digestum* seu *Pandectæ* juris Hispani; & quamvis medio sæculo 13. compositus jussu Hedefonsi X. alias IX. ejus tamen promulgatio xra demum 1386. id est, anno 1348. contigit, *l. 1. tit. 28. Ordinamenti Complutensis*, quæ transcripta est in *l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.* illam eousque protrahentibus bellicis confusionibus, aliisque curis, quibus ea tempestare jactabatur Hispania. Licet autem illis temporibus etiam alii Codices in Hispania prodierunt; quia tamen non ita generales fuerunt, eos huic præfationi inserere non putavimus. De illis copiose tractant laudati Jordan & de Manuel *ubi supra*.

Ultimus tandem Hispani juris Codex est ille famigeratus, qui *Novæ Recopilatio* dicitur, novem constans libris, divisus in titulos partitos in leges. Hic jubente Philippo II. compilatus, ejusdem jussu promulgatus est anno 1567. & postea pluries recusus, legibus denovo latè auctus, uti etiam plurimis senatusconsultis uno contentis volumine, de quibus agemus in §. 5. de *jure nat. gent. & civ.* In hoc Codice inter alias collectæ sunt per celebres 83. leges, quæ a civitate Tauri, in qua anno 1505. fuerunt conditæ, *Leges Tauri* nuncupantur.

Quia vero natura, quæ Justiniani temporibus novas quædam formas deproperabat edere, easdem vires conditionemque omni tempore, & ubique habet; in causa est, ut sicut Justinianus post juris Romani laboriosam & accuratam compilationem ordinationemque, Novellas seu novas leges sancire necesse habuit; ita in Hispania novæ leges considerentur & prodeant necessitatibus, quæ de novo emergunt, accommodationatæ.

Ordo autem in observatione legum servan-

PROOEMIUM IN INSTIT. LIB.

vanus traditur in *d. l. 1. tit. 1. lib. 2. Recop.* Primo, servandæ sunt leges, quæ in libris Recopilationis continentur, & quæ constitutæ sint postea, servata regula, ut recentiores potiores sint, quando inter se fuerint contrariæ, l. 8. cum seq. cod. Frustra autem obijciatur his legibus quod non sint in usu nec custodiantur. Secundo, leges Fororum; tam

Fori legum, quam Fororum municipalium cujusque civitatis, dum tamen in usu sint. Et demum, Partiarum leges, quamvis non sint in usu neque custodiantur, ut de legibus Recopilationis dictum est. Si de legum interpretatione seu declaratione oriatur dubitatio aliqua, Rex audeundus est. Latæ hæc omnia traduntur *d. l. 3.*

TITULUS PRIMUS.  
DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Dig. Lib. 1. Tit. 1. (1)

1. Partitio, & series totius operis.
2. Justitiæ vulgata distributio, explicata.
3. Etiam universalem justitiam disciplinæ civili proponitam.
4. Variæ juris significata, & qua in significatione hoc verbum hic accipitur.
5. Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur.

**D**uo in omni jure constituto insunt: Jus ipsum seu lex, quæ jubet & constituit; & res, quæ eo jure jubetur & constituitur: ac proinde universi juris tractatio duabus partibus continetur, quarum una est de jure constituyente sive de legibus qua naturalibus qua civilibus; altera de jure constituto sive de eo, quod legibus sancitur cautumque est. Et quia prima naturæ questio est de jure constituyente, de eo etiam primo loco veteres tractaverunt: quod non modo in his Institutionum libris, sed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima questio proponitur atque absolvitur quatuor libris in vestibulo sive ingressu Pandectarum: reliquo opere agitur de jure constituto. Idem & in Institutionibus observatum est: siquidem duo priorum tituli hujus libri primam quæestionem continent: reliqua parte operis altera questio, quæ multo latius patet, tractatur, initio facta à discretionem materię sive subjecti hujus scientię: quæ divisio in hac quæstione omnium prima est & generalissima. Inscribitur hic titulus *de justitia & jure.*

Aristoteli & plerisque moralis Philosophię professoribus justitia duplex est, universalis & particularis. Universalis in se comprehendit etiam aliarum omnium virtutum officia, peculiari tamen cum respectu, qua-

tenus nimirum illa necessaria sunt, aut conducunt: ad conservationem & perfectionem civilis societatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honestatem, quod non admitti vel publice, vel privatim intersit. Hæc eadem justitia & legalis dicitur, propterea quod non minus late patet, quam ipsæ leges, quæ etiam sunt regula & norma hujus justitiæ: unde à Cicerone *lib. 1. de legib. cap. 15.* definitur: *Obtemperatio scriptis legibus & institutis populorum*, & ab Aristotele *lib. 5. Eth. 1. Obedientia erga omnes leges.* In summa hæc justitia a virtute in genere non differt essentia, sed hæcenus tantum, quod quando consideratur ut habitus animi, dicitur virtus simpliciter, quando ut civilis societatis conservatrix, justitia, auctore Michaële Ephesio ad *dist. 106. Aristotelis.* Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur *παρρησία, transgressio legis.*

Particularis justitia, vel distributiva est, vel commutativa. Distributiva respicit quod quisque meretur, quodque cuique convenit, sive id præmium sit, sive poena, sive honor, sive onus. Commutativa sumi cujusque proprie sumptum spectat, & alio nomine melius *disproportiva, correctrix*, à Philosopho appellatur: nam ut possessor rei mercedem mihi reddat, non est *ἐπιδικαστικὴ, ex contractu*, & tamen ad eandem justitiam pertinet. Illud autem perpetuum non est, quod plerique tradiderunt, a justitia commutativa respici proportionem simplicem, quam arithmetica vocant; a distributiva comparatam, quam geometricam appellant, quæ Mathematicis, & revera sola proportio est: neque enim per se justitia commutativa à distributiva differt tali proportionum usu,

(1) *Tit. 1. P. 3.*

## DE JUSTITIA ET JURE.

7

usu; sed objecto & materia circa quam versatur. Nam & contractus societatis spectans ad justitiam commutativam expletur proportionem comparata; & si unius tantum invenitur apud ad munus publicum obeundum, non alia quam simplici commensatione, ex justitia tamen distributiva præficiendus est. Vicium particulari justitiæ oppositum *κλυστήριον* dicitur, cujus verbi vim Latini per vocem *injuria* fere expriment.

3 Disciplina civilis non dirigit internas animi functiones, & potissime versatur circa justitiam particularem in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in iudicisurgetur. Negari tamen non potest, quin interim quoque spectet justitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim juste vivendum esse secutandum omnes leges; ipsaque adeo juris præcepta omnem speciem virtutis & honestatis continent, certe quatenus eo spectant, ut juste vivatur, & civium inter se honesta sit societas, quod hic querimus. Et verò si legibus, & legum latoribus proposita est universa virtus, ut sane est, cum beatitudo civilis sit universalium legum summa, teste Platone *φ. de legib.* etiam legum scientia, & consultis eadem proposita erit: neque enim minus late patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quam Legislatoris in sancendis; totoque falluntur iudicio, qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa: *Hominem mortuum in turbe ne sepelito, neve urito: Regem acia ne polito: Mulieres genas ne radunto, neve lectum fegeris ergo habento*, & similia lege duodecim Tab. cauta nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quod si quid in hujusmodi questione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov. 69. in pr.* disserte ait: *Justitiam illam, quæ singulis virtutibus assistit, eaque ad debitum suum perducit, etiam suam esse legum prudentiam.*

4 Juris vocabulum varis significationis est: propria significatio una, minus propriæ plures. Proprie jus dicitur: *Natura, aut populi, ejusque, qui vicem populi sustinet, justitiam.* Arguit id etymon ipsius vocabuli, quod a jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quod veteres, auctore Festo, jura dixerunt *justa*. In hac autem significatione passim usurpatur, veluti cum dicimus: *Jure quid fieri: Justitiam non pati: Contra jus esse*; sic

dicitur *jus naturale, civile, prætorium.*

Cæteræ significationes minus propriæ; ut primo cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur & cuique tribuitur. Idque vel generatim & indefinite, ut in hisce formulis aut id genus aliis, cum dicimus: *Jus suum cuique tribuere: Nemini mortalium jus suum detrahi oportere*; eodemque modo haud dubie accipi debet, cum dicimus: *Jura sanguinis, agnationis, naturalia, & adoptionis jura*; nempe pro beneficiis sanguinis, agnationis, naturæ, adoptioni jure tributis. Vel specialiter pro facultate & potestate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur, ut in definitionibus itineris, actus, viae, usufructus, actionis, in quibus omnibus metonymia est continentis pro contento. Secundo, cum jus accipitur pro juris arte per eandem figuram, converso modo, ut in *l. 1. pr. hoc tit.* Tertio cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus: *In jus vocare: In jure confessio pro iudicatis haberi*; in quo idem fere tropus est adjuncti pro subjecto, *l. pen. eod.* Quod si nunc queratur, qua in significatione *jus hoc loco* accipi debeat, proprie, an figurata, constanter respondebimus, in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ & in *hoc*, & in *rep. titulo tractatur*. Arguunt definitiones & divisiones, quæ utraque titulo, & in *Pand. eodem* traduntur; ut mirum sit inveniri, qui serio contendunt, *jus hic* pro juris arte accipiendum.

Summa eorum, quæ *hoc titulo* tractantur, hæc est: Primum traditur definitio justitiæ, & jurisprudentiæ, quaque ratione ac via titonibus hæc disciplina proponenda sit, iudicatur. Hinc jam ea pars, quæ est de jure constituyente, inchoatur, tradunturque juris præcepta, juris civilis divisio & subdivisio privati. Singula nunc videamus.

## TEXTUS.

## Definitio justitiæ.

1. *Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi (1).*

## COMMENTARIUS.

*Voluntas*] Generis loco ponitur, non voluntas simpliciter ut potentia naturalis est, quo sensu justitiæ non convenit, utpote qualitati adventitiæ & acquisitæ: Sed, *voluntas constans & perpetua*, quibus

(1) *L. 1. tit. 1. P. 3.*

8 bus verbis habitus animi significatur: habitus autem omnes acquisiti sunt, ut docent Philosophi, si infusus excipias, de quibus Theologi.

*Jus suum cuique tribuendi*] Hæc verba differentiam constituunt, & objectum, suamque justitiæ demonstrant. Objectum enim justitiæ est jus cujusque suum: finis, ut id quisque obtineat, hoc est, ut cuique quod ei debetur, tribuatur (1). Auctor hujus definitionis est Ulpianus in l. 10. hoc tit.

TEXTUS.

Definitio jurisprudentiæ.

1. *Jurisprudentia est divinarum, atque humanarum rerum notitia, justæ, atque injustæ scientia.*

COMMENTARIUS.

*Jurisprudentia*] Hoc nomen conflatum est ex duobus *Juris*, *Prudentia*. Et licet disciplinæ nostræ convenientiam hæc alia nomina *Juris artis*, *scientia*, *sapientia*, *intelligentia*, hisque promiscue utantur non tantum Jurisconsulti, sed etiam qui populariter loquuntur: fatendum tamen est, proprius ipsi tribui nomen *Prudentia*, cum prudentia sit pars Philosophiæ practicæ, cujus habitus est disciplina nostra, quæ idcirco *Jurisprudentia* frequentius appellatur. Auctor hujus definitionis Ulpianus in l. 10. §. 2. hoc tit.

In hæc definitione, genus est *notitia* aut *scientia*, quæ duo idem significant. Differentia petitur ab objecto, ejusque considerandi modo. Objectum sunt res divinx, & humanæ, de quibus jurisprudentia tractat; agit enim de jure privato, ac publico, & publici pars est divinum l. 1. §. 2. b. t. (2). Modum considerandi denotant verba *justæ, atque injustæ*, nempe hæc tenentur esse divinas & humanas esse objectum hujus scientiæ, quantum ipsæ cum de jure earum queritur, quid justum, aut injustum sit, docet. Finis est, ut id tantum, quod justum & æquum est fiat (3), quo respexit Celsus, dum in d. l. 1. in pr. jurisprudentiam definiit: *Arts æqui & boni*, eam describens ab officio profitentis

TIT. I. seu exercentis, cui semper ab injusto abstinendum est.

TEXTUS.

De juris methodo.

2. *His igitur generaliter cognitæ, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione, singula tradantur: alioqui, si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi multitudine, ac varietate rerum oneraverimus; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus, ad quod leviori via ductus sine magno labore, & sine ulla diffidentia maturius perducere potuisset.*

COMMENTARIUS.

*H*oc textu duntaxat docemur, primo levi & simplici via, & postmodum exactissima & difficiliori interpretatione procedendum esse, ne ab initio infirmi studiosorum animi terrentur.

TEXTUS.

Juris præcepta.

3. *Juris præcepta sunt: Honestè vivere, alterum non lædere, suam cuique tribuere (4).*

COMMENTARIUS.

*P*ræceptorum nomine hæc & apud Ulpianum in l. 10. §. 1. hoc tit. intelligimus quædam dictata & præscripta illius juris communis, quod semper justum & æquum est: sive notiones quasdam ab ipsa natura absque ullo artis adminiculo insitas, & animis mentibusque nostris quasi consignatas

(1) D. l. 1. eod. per tot. L. 2. in fin. Tit. 27. P. 2. versic. Ca la justicia.  
(2) Arg. l. 2. §. 4. tit. 2. P. 2.

(3) L. 2. tit. 1. P. 3.  
(4) L. 3. tit. 1. P. 3.

## DE JUSTITIA ET JURE.

9

## COMMENTARIUS.

cas & insculptas. Et primum quidem, quo vitæ honestas præcipitur, ad nosmetipsos dirigitur, eoque vetantur facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, existimationem nostram, & generaliter, quæ pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honestate: in tantum ut nonnumquam etiam ab his abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permessa, aut non expresse prohibita sunt; propterea quod leges civiles in his invitæ connivent & dissimulant, ne majoris mali præbeatur occasio. Quæ ita permittuntur non evadunt honesta, sed solum licita, juxta phrasim civilem, id est, impunita, hocque est quod traditur in l. 144. de diver. reg. jur. Non omne quod licet, honestum est; eodemque sensu dixit Cicero pro Balbo, c. 3. esse aliquid quod non oporteat, etiamsi liceat. Non igitur simplex admonitio, sed validum juris præceptum traditur a Justiniano in hoc textu.

*Alterum non lædere*] Hoc secundum præceptum directo refertur ad alterius personam: ne scilicet alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem lædamus aut violemus. Tertium (*suam cuique tribuere*) ad res externas, ut ab alieno manus abstinemus, hoc est, res alienas non atrectemus aut minuamus, sed patiamur unumquemque rebus suis uti, & reddamus quod alienum apud nos est. Plus iusto religiosi sunt: qui nec plura esse juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus universum justitiæ munus comprehendi potest, ut in definitione justitiæ in tertio præcepto duo priora comprehensa sunt: & possunt etiam quædam justitiæ munera aliis præceptis seu verbis specialibus & evidentius exprimi, ut: *Deum colere: Parentes revereri: Pacta servare, &c.* Non est igitur de numero præceptorum maxime laborandum, cum sint plura, vel pauciora, si strictius, vel latius accipiuntur.

## TEXTUS.

## De jure publico &amp; privato.

4. *Hujus studii duæ sunt positiones: publicum, & privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

Tom. I.

*Hujus studii duæ positiones*] Studium sumitur hic figurate pro jure cui studetur: nam studium nullum est publicum, sed cujuslibet proprium & privatum. Verbum *Positiones* idem valet ac partes seu species. Dum ergo Justinianus dicit: *Hujus studii duæ sunt positiones*, jus dividit in duas species: *publicum*, & *privatum*. Est autem sumpta hæc divisio ab objecto & fine principali. Alii jus dividunt in *divinum*, *publicum*, & *privatum*. Sed hæc trimembris divisio in modo, & non in re a bimestri est diversa, cum jus divinum comprehendatur sub publico, tamquam hujus pars, ut supra §. 1. monuimus.

*Publicum jus est*] Juris publici nomen non uno modo accipitur. Idne quantumlibet sciendum est, jus publicum sæpe dici a forma, seu causa efficiente, auctoritate nempe, quæ constitutum est. Hoc sensu (ut innuere exempla omittam) testamenti factio juris publici dicitur in l. 3. *qui testam. fac. pos. nimirum*, quia a lege est, seu publica legis auctoritate concessa: atque ita appellatur ad differentiam ejus juris, quod cuique privatum acquiritur ex conventionibus, quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent, quod Papinianus sic expressit in l. ult. de suis & leg. her. *Privatorum cautiones, legum auctoritate non continentur*. Et quod legimus in l. 18. de pact. & passim alibi, jus publicum privatorum pactis infringi aut immutari non posse; nihil aliud significat, quam ex eo jure, quod publica auctoritate constitutum est, nihil posse privatorum pactioibus immutari. Sic nec testator ipse, nec alius privatus efficere potest, ut in fæctione testamenti pauciores testes sufficient, quam lex desiderat.

Interdum jus publicum accipitur pro eo jure, quod civium omnium ejusdem civitatis commune est, quia nempe publicum est usu, cuilibet e populo competens, ut in l. 116. §. 1. de diversis regulis juris, quo casu jus privatum ei oppositum intelligitur illud, quod certarum duntaxat personarum proprium est, unoque nomine *privilegium* appellatur.

*Hoc autem loco* ab objecto & fine id solum jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc est, totius populi, universim & conjunctim pertinet; non item ad singulos, nisi a secundario & per consequentiam. Nam quod publice utile est directo, id non potest non esse utile privatum a

B

sc-



IO

secundario: quemadmodum ex utilitate privatorum publicam quoque per consequentias æstimamus. Atque ita intelligitur, quod dici solet: *Publice interest suprema hominum judicia exitum habere*, aliaque id genus, a secundario scilicet, quia primaria utilitas privatorum est.

*Rei Romanæ*] De jure publico ita accepto ait Justinianus illud esse: *Quod ad statum rei Romanæ spectat*, id est, *Reipublicæ Romanæ*, ut in illo Virg. de Marcello loquentis, lib. 6. *Æneid. v. 857.*

*Hic rem Romanam magno turbante tumultu  
Sintet eques.*

Si vocem *Romanæ* detrahās, definitio erit generalis: sed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ, privatorum loco erant, l. 15. *¶ seq. de verb. sign.* Vel potius, quia Justiniano tantum propositum fuit jus civitatis Romanæ tractare, uti & Ulpiano in l. 1. §. 2. *hæc tit.* unde hæc sumpta sunt. Hujus juris publici sunt, quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam: ad pacis bellique ordinationem: ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum, monetarum cudendarum: ad delicta coercenda: judicia exercenda: Magistratusque crean-

LII. I.

TIT. I.

dos, per quos hæc expediantur.

*Quod ad singulorum*] Jus privatum in hac divisione est, quod singulorum civium causa recte & principaliter comparatum est. Itaque hac ratione, utilitatis videlicet, privati juris sunt testamenti factio, aliaque similia, quæ auctoritate publica sunt.

*Tripartitum est*] Postquam Justinianus jus ab objecto dividit in publicum & privatum, insuper habito jure publico ( quia ejus tractatio difficilior ipsi fuit visa, quam ut rironibus proponi debeat ) de privato ait, tripartitum esse, collectumque ex *præceptis naturalibus, gentium, & civilibus*; quibus verbis aperte aliam juris divisionem nobis tradit, non ab objecto & sine, ut præcedens, sed a causa efficiente, quæque *titulo sequenti* late explicatur. Qui hæc ex ratione causæ efficientis divisionem binembrem faciunt in jus naturale & positivum, non in re, sed in modo tantum a Justiniano dissident, quia hi sub nomine *juris naturalis* comprehendunt ea duo membra, quæ Justinianus *naturale, & gentium* appellat: uti nec illi, qui jus partiuntur in *commune omnium, & proprium* alicujus civitatis, duo membra sub priori complectentes.

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI (1).

TEXTUS.

De jure naturali.

*Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cælo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris, atque summa conjunctio, quam nos n. matrimonium appellamus, hinc liberorum præcreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris peritiam ceneri (2).*

COMMENTARIUS.

*¶ Animantia bruta proprie juris spatia non esse.*

2. Parentes alere, quo jure liberi teneantur.
3. Defensionem aduersus vim illatam esse juris naturæ, & quatenus ea permissa, remittunt.

**A** Nimalia bruta tam certum est esse juris expertia, quam certum est esse expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æquum, & bonum, & justitia, & lex, & societas sic necesse est, Aristoteles 5. *Ethic. 10.* & ut ait Cicero lib. 1. *de offic. in equis, in leonibus justitiam non dicimus, & alias etiam beatitudo eaderet in bruta.* Bene igitur Grot. lib. 1. *de jure belli & pac. c. 1. Proprie juris capax non est, nisi natura præceptis utent generalibus.* Neque ullus Jurisconsultorum tradidit jus aliquod in bruta cadere, præter unum Ulpianum, ex cujus institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex l. 1. §. 3. *de just. & jur.* Quo-

(1) *T. 1. P. 1.*

(2) *L. 2. tit. 1. P. 1. L. 2. tit. 19. P. 4.*

## DE JURE NATURALI GENT. ET CIVILI.

11

modo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simplificissima eorum sententia est, qui putant hoc ab Ulpiano figurate dici, propterea quod, quæ hujus juris esse dicuntur, bruta etiam faciant, idque cum similitudine quadam sensus & desiderii humani. Unde Aristoteles *lib. 9. de hist. animal. c. 7.* tales brutorum actus appellat *μηδισυρα τῆς ἀνθρώπου ζωῆς: Vite humana imitantia.* Eadem effectus est aliorum responsio, qui ajunt jus naturale formaliter, id est, quoad rationem non nisi in hominem cadere: materialiter autem, hoc est, quoad appetitum & instinctum naturæ etiam in bruta, ut hoc explicat Covarr. in *cap. peccatum de reg. jur. in 6. part. 2.* Nam cum homo ea quæ hujus juris sunt facit, rationem in consilium adhibet, quam veluti duces lucemque sequitur; cum bestia in his agendis sola vi naturæ & cæco imperu, sine judicio & ratione ducatur.

*Maris & femine conjunctio* (1). Hæc pertinet, quod in Lelio scribit Tullius: *Hæc apparet, inquit, in bestiis volucribus, agrestibus, natantibus, cæcis, feris, primum ut se ipsa diligant (id enim primum cum omni animante nascitur), deinde ut requirant, atque appetant, ad quæ se applicant ejusdem generis animantes: idque faciunt cum desiderio, & cum quadam similitudine amoris humani.*

*Procreatio, educatio* (2). *Quædammodum communis est animantium conjunctionis appetitus, ita quoque cura eorum, quæ procreata sunt, ait idem Tullius 1. de offic. c. 3.* Et vero ut ipse scribit 1. de finib. cap. 19. *Hæc inter se congruere non possunt, ut procreari quidem natura vellet, diligere autem procreata non curaret.* Et id ipsum Justinianus docet in *l. 1. §. taceat C. de rei ux. act.* inquit: *Inter naturali stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.*

Referunt huc nonnulli & alitram parentum, sed male. Debentur quidem parentibus alimenta; sed non ex eo jure, de quo hæc agitur, quod natura quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet. Verum ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria est, & in proposita partitione *jus gentium* dicitur. Nimirum ut causa gignens erga genitum seu liberos afficiatur, ex communi naturæ instinctu provenit: ut genitum erga gignentem ex natura humana sive ratione naturali, quæ pic-

tatem, & gratitudinem commendat. Quare si alicubi legitur primam naturæ legem esse diligere parentes, vel quid simile, de natura humana exaudiri debet. Quod autem de ciconia narratur, ut singulare negligendum est.

Nullius autem rei studium altius a natura insitum est omnibus animalibus, quam studium tuendi sui adversus vim illatam (3). *Hoc enim omni generi animantium a natura ante omnia tributum est,* scribit Cicero 1. de offic. cap. 4. *ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura esse videantur.* Unde liquet Tribonianum præcipuum Panlectarum consarcinatorem incaute subjecisse *legi 2. de just. & jur. & pro leg. 3.* nobis obrudisse auctoritatem Florentini, cum loquatur Florentinus de jure tuendi se, ad jus naturale spectante: & in *leg. 2. uti & in fia. leg. 1. de jure gentium* sit sermo. Nisi dicamus, ut quibusdam placet, in defensione duo extrema spectanda esse: rationem scilicet, & propulsionem injuriæ, quarum illa ad jus naturæ, hæc ad jus gentium referatur. Et quamquam vim vi repellere licet, observandum nobis est, ne in propulsione injuriæ excedamus moderamen inculpate tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligimur, cum aliter periculum evitare non posuimus, *leg. 1. C. unde vi.* Hoc vero jus defensionis per se ac primario nascitur ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex injuria aut peccato alterius unde periculum est; & ideo si corpus vi impatur cum præsentate periculo vitæ non aliter evitabili, licitum est inferentem periculum occidere, etiamsi ille peccato careat, puta quæ insaniam, aut insomnia agitetur. Videatur Gomez *var. resol. tom. 3. c. 3. n. 20.* & ibi Aillon, & Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 1.*

## TEXTUS.

## Distinctio juris gentium &amp; civilis a causa efficiente.

1. *Jus autem civile a jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, parim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus sibi jus constituit,*

B 2 id

(1) *D. l. 2. tit. 1. P. 1.*(2) *Princ. tit. 19. P. 4. l. 2. eod.*(3) *D. l. 2. tit. 1. P. 1. l. 2. tit. 8. P. 7.*

*id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur (1). Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quae singula, qualia sint, suis locis proponemus.*

## COMMENTARIUS.

1. Populum alterius imperio subiectum leges condere non posse: & quatenus statuta.
2. Divisio juris civilis in morum & mixtum.
3. Jus gentium quod hic definitur, & ipsum revera naturale esse.
4. Vulgaris juris gentium in primævum & secundarium defensa et explicata.

**Q**uod quique populus] Suis scilicet legibus, & moribus vivens. Nam si quae civitas alterius imperio subiecta est, ea non plus facultatis habet in jure condendo, quam ille, cujus imperio subiecta est, concessit *l. 9. de leg. Rebd.* Ceterum statutorum condendorum in suo territorio quemlibet Magistratum jus habere tradunt DD. in *l. 9. h. t.* unde *hic locus* descriptus est. Quae tamen statuta non aliter valeant, quam si non derogent juri communi, & ita ut non valeant jure legis, sed salvum maneat jus Superioris, ut pro auctoritate sua ea abrogare possit, *l. 1. §. 1. de repub. viol.* Usu quoque observari tradit Schneid. in §. 1. *infra eod.* ut statutorum confirmatio a superiore petatur.

*Vocatur jus civile]* In specie nimirum. Nam jus civile sumpsum pro eo jure, quo in universum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum est, comprehendit: eoque sensu obligationes, quae ex contractibus juris gentium descendunt, dicuntur civiles, licet a Legislatore civili nihil habeant praeter approbationem; §. 1. *inf. de oblig.* Hoc igitur jus civile dicitur a causa efficiente, quae est voluntas alienius civitatis, aut ejus, qui jus legis ferenda in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Aristotele *legitimum* dicitur; vulgo *positivum*.

Potest vero hoc jus amplioris doctrinae, gratia sic distingui, ut aliud dicatur meorum & simpliciter civile, quo pertinent omnes leges, quae ideo tantum justae sunt & obligant, quia a civili potestate sancitae; cujusmodi sunt jura adoptionum, usucapionum, donationum inter conjuges: Senatusconsulta Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum: leges Aelia Sentia, Junia Norbana, Fusia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex XII. Tabularum: aliud *variè et, secundum quid*, quod mixtum rectè dixeris, cum scilicet juri communi lex civilis aliquid addit, aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum est determinat. Quo sensu matrimonia, patria potestas, tutela, testamenta, successiones, actiones, & id genus alia juris civilis esse dicuntur: nempe quia certà & propria quadam formà a jure civili donata sunt, atque ita determinata, ut certus eorum usus sit proprius civitatis tantum, exclusis ab eorum communi extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum est quod scribit Ulpianus *l. 6. de just. & jur.* cum additur aliquid, aut detrahitur juri communi, jus civile efficit: alioqui omnia fere, quae constituta sunt, juris mere civilis & positivi dicenda forent. Illud in universum tenendum est, juris civilis nomen non mereri, quod directe pugnat cum ratione juris naturae; *d. l. 6. in pr. (2)*

*Naturali ratio]* Ait Imperator jus gentium esse: *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* Unde sequitur, jus hoc non ex legibus aut insciuris populorum estimandum esse; sed ex eo, quod justum esse dicitur ipsa ratio naturalis, id est, insita animis hominum notitia de honesto, & turpi, justo, & injusto. Quam ob causam & ipsum quoque jusnaturae appellatur, & equum, & bonum, & naturalis aequitas, & natura. Id quod notandum est adversus eos, qui negant quidquam naturae justum esse, sed tantum lege & consuetudine contra quos disputat Cic. *1. de legib. cap. 16.* & Aristot. *5. Ethic. 7.* add. Platon. *1. de legib.* Laert. in *Pyrrh. & Aristip.* Exempli gratia, dicitur naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, natura turpia esse, & puniendae, *l. probrum 42. de verb. sig. l. 1. §. 1. de finet.* Reperti tamen sunt, apud quos haec flagitia permissa atque impunita fuerunt, vide Gell. *lib. 11. cap. 18.* Arnob. *adv. gent. lib. 8.* Alexan.

ab

(1) D. l. 1. in. 1. P. 1.

(2) L. 4. d. tit. 1. P. 1. l. 1. tit. 1. lib. 2. Rec.

## DE JURE NATURALI GENT. ET CIVILI.

13

ab Alex. lib. 1. cap. 24. Albar. Gentil. 5. de  
 supi. cap. 7. Jure gentium incestum commit-  
 tit, teste Paulo in l. ult. de rit. supr. qui ex  
 gradu ascendunt, aut descendunt uxore-  
 rem ducit (1): quod etiam saniores omnes  
 Philosophi agnoscunt: nihilominus, ut Ovi-  
 dius lib. 10. Metam. v. 331. ait:

*Genes tamen esse servantur,  
 In quibus nato genitrix, & nata parenti  
 jungitur.*

Harum, inquam, gentium barbari mores,  
 & pravum judicium efficere non possunt,  
 ut id quod natura justum, aut injustum,  
 carpe, aut honestum est, tale esse desi-  
 nat: quomodo Socrates disputat apud Xe-  
 noph. lib. 4. memorab.

*Omnes gentes* Aut certe moratiores. Nam  
 naturale recte dicitur, interprete Michae-  
 le Ephesio ad Nicomach. *Quod apud pleror-  
 que non corruptos aut pravos, sed naturae con-  
 venienter se habentes obtinet.* Et Arist. 7. Polit.  
 5. quid naturale sit, spectandum ait in his,  
 qui hanc secundam naturam se habent, non in  
 depravatis. Belle Salmas. de num. pag. 243. &  
 seqq. Videtur autem Imperator hic tantum de-  
 finire voluisse speciem juris gentium excel-  
 lentiorum, nempe jus gentium primævum, ut  
 id DD. appellant. Neque enim hæc defini-  
 tio æque accommodari potest juri gentium sec-  
 undario, quod in §. seq. ver. nam usu, ita  
 describitur, ut respectu juris primævi quo-  
 dammodo positivum dici possit: quamquam  
 cum etiam secundarium naturali ratione nitatur,  
 neque id aperte sanctione aliqua  
 constitutum sit, sed tacita tantum, com-  
 muni tamen consensione receptum, natu-  
 rale quodammodo est, & a positivo secer-  
 ni potest. Atque hoc etiam puto sentire  
 Aristotelem d. l. 1. cap. 4. ubi ait esse quod-  
 dam jus gentium *ἢ μολογίας*, per conven-  
 tum, seu publicum consensum.

4. Ut autem paucis explicem, qua ratione  
 Doctorum illa juris gentium distinctio in  
 primævum, & secundarium nectatur, quod hic  
 locus quodammodo flagitat: nata est ea di-  
 stinctio ex duplici consideratione rationis seu  
 potius intellectus judicantis. Ut enim ratio,  
 sicut Physici docent, vel simplex est &  
 pura, quæ sine discursu judicat: vel compo-  
 sita & comparata, quæ per discursum mu-  
 nus suum exsequitur, ex collatione diversa-  
 rum rerum aliquid colligens, ita & duplex  
 est jus gentium. Unum quod a simplici illa  
 ratione fuit seu intellectu, cujus juris sunt

cultus Dei, reverentia parentum, neminem  
 lædere, suum cuique tribuere, ab alieno ma-  
 nus abstinere, aliaque hujusmodi principia  
 practica, quibus ultro sine argumentatione  
 aut demonstratione assentimur, & justa esse  
 sine agitatione mentis intelligimus. Alterum  
 quod a composita seu intellectu, quod disci-  
 cursum & ratiocinationem habet, atque ex  
 causa demum aliqua, aut hypothesi, & com-  
 paratione alterius rei justum esse intelligit-  
 tur: cujus generis sunt ea omnia, quæ ad  
 vitæ communis commoda, conjungendasque  
 inter se Respublicas, & gentes a viris sa-  
 pientibus excogitata in usum omnium gen-  
 tium, aut plerarumque pervenerunt. Exem-  
 pla habemus in §. seq. ver. nam usu, & ele-  
 gans in l. 1. ff. de contrah. empt. Quod jus a  
 simplici illo intellectu est, primævum DD.  
 appellant, quod a composito, secundarium:  
 primum immutabile, secundum mutabile.

»IN HISPANIA ordinationes sive sta-  
 »tuta ad Supremum Regium Senatuum mit-  
 »tenda sunt, ut iste decernat quid custo-  
 »diendum seu confirmandum sit, ut ex-  
 »presse habetur in l. 8. tit. 1. lib. 7. Recop.

## TEXTUS.

Ab appellatione, & effectibus.

2. Sed jus quidem civile ex unaqua-  
 que civitate appellatur, veluti Athenien-  
 sium. Nam si quis velit Solonis, vel Dra-  
 conis leges appellare jus civile Atheniensium,  
 non erraverit. Sic enim & jus, quo Ro-  
 manus populus utitur, jus civile Romano-  
 rum appellamus, vel jus Quiritium, quo  
 Quirites utuntur. Romani enim a Romu-  
 lo, Quirites a Quirino appellantur. Sed quo-  
 ties non addimus nomen, cujus sit civita-  
 tis, nostrum jus significamus: sicuti quum  
 Poetam dicimus, nec addimus nomen, sub-  
 auditur apud Græcos egregius Homerus, apud  
 nos Virgilius. Jus autem gentium omni hu-  
 mano generi commune est. Nam usu exi-  
 gente, & humanis necessitatibus, gentes  
 humane jura quosdam sibi constituerunt.  
 Bella etenim orta sunt, & captivitates se-  
 cutæ, & servitutes, quæ sunt naturali juri

con-

(1) L. 13. tit. 2. P. 4.

14

LIB. I. TIT. II.

*contraria. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.*

## COMMENTARIUS.

1. Jus Romanum quasi gentium quoddam jus apud omnes colit.
2. Confirmatio distinctionis juris gentium in primum, & secundarium.
3. Etiam inter ea, quae juri secundarii, distinctione opus videntur.
4. Bella & belli effecta quae adjecta juri naturali contraria.

**E**X utraque civitate] Jus civile non retinet unum idemque nomen, sed a nomine ejus civitatis appellatur, quae id constituit, ut in hoc disceperet a jure gentium.

*Solonis vel Draconis]* Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus, ut scribit Arist. 2. Pol. 10. nihil memorabile praeter poenarum acerbitatem. Poena namque capitis fraudes prope omnes multabat. Unde dictum illud: *Draconis leges non atramento; sed sanguine fuisse scriptas.* Solon deinde, magna earum parte abrogata, alias scripsit, quibus Athenienses felicissime sunt usi.

**Jus nostrum]** De Romani juris excellentia disserit M. Tullius in persona Crassi lib. 1. de orat. c. 43. & seq. Hodie jus civile Romanorum quasi gentium quoddam jus commune: apud totam fere Europam observatur, utique in quibus causis propriae leges aut consuetudines deficiunt. Sane aequitas & summa, qua constitutum est, prudentia illud commendant.

**Un exigente]** Hic locum confirmat receptam juris gentium distinctionem in primum & secundarium; quamquam vitio non caret, quod Tribonianus non apertius distinctionem proponit. Primum enim non ab hominibus excogitatum aut introductum est, sed nobis iugentium: quemadmodum & notitiae illae simplices, unde illud promanar, mentibus nostris divinitus insitae, & in cordibus nostris insculptae sunt, etiam Apostolo teste cap. 2. ad Rom. Secundarium autem (quod Grotius 1. de jur. bell. c. 2. n. 4. est voluntarium) ab hominibus inventum est, & mentis quadam agitatione, compara-

to inter se aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitae usum, retinent. Atque gentium inter se societatem; ut hujus juris ex parte causa sit usus & indigentia, teste Arist. 1. Pol. Quamobrem recte D. Chrysostomus orat. 76. hoc jus ait esse *ἐπιφυλάξιον καὶ χρεῖον*: *Inventum temporis & usus; multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illustrum Historicorum.* Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quam ratiocinationis ductu collectum est, & usu exigente accommodatum non tam naturae integritati bonitati, quam corruptae necessitatibus; conjungitur Respub. & gentes inter se, quarum tacito quasi foedere & conspiratione censetur.

*Gentes humanae]* Non quod legis sancientis causa gentes omnes in unum convenerint; sed quia illud jus propter communem utilitatem tacito consensu gentium approbatum & ab omnibus receptum est.

*Bella orta sunt]* Etiam inter ea, quae sunt juris gentium secundarii, aliqua distinctio facienda videtur. Nam initio simul atque societates humanae constitutae sunt, simul necesse fuit dominia distinguere, jura commerciorum introducere: bella autem postea orta sunt, utpote quae malitia hominum, & habendi libido introduxit, & consequenter etiam bellorum jura. Scite Porcius S. praec. num. 1. *Bella, inquit, sunt ex jure gentium non dispositiva, sed occasionaliter, distinctis dominia.*

*Juri naturali contraria]* Bella, & hinc secuta captivitates, & servitutes, si per se spectentur a ratione naturali prorsus aliena sunt: neque enim, quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tuentur, sed oppugnant atque evertunt. Ex hypothesi tamen & haec rationem naturalem habent. Etenim si vim & injuriam nobis, aut sociis nostris illatam, vi & armis defendamus aut etiam vindicemus, capros hostes etiam in servitutem nostram redigamus, ut metu talis poenae improbi ab injuria in posterum absteant; nec opinor est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum, & latius titul. seq.

*Omnes pene contractus]* Pene est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particulari adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enuntiant aut definiunt; propterea: quod in jure generalis definitio plerumque periculosa est, l. omnis definitio 201. de reg. jur. quod & Justinianus hic facit respiciens haud dubie ad l.

## DE JURE NATURALI GENT. ET CIVILI.

15

§. de just. & jur. ubi Hermogenianus scribit quosdam contractus a jure civili introductos esse: quipam autem isti sine, non desinit. Vulgo quidem putant esse hos quatuor, stipulationem, obligationem litterarum, contractum emphyteuticum, & sponsalitiarum largitatem; sed quam recte suis locis videbimus. Illud interim hic affirmare ausim, nullam obligationem dici posse simpliciter & absolute esse juris civilis, sed duntaxat secundum quid, quatenus nimirum non nisi sub certo modo & forma ex consensu obligationi jure civili producitur.

## TEXTUS.

Divisio juris in scriptum, & non scriptum, & subdivisio juris scripti.

3. Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto, ut apud Græcos τῶν νόμων ἢ ἀφ' ἑμαυτοῦ, ἢ δὲ ἀλλοφύλων, id est, legum aliarum (sunt) scriptarum, aliarum non scriptarum. Scriptum autem jus est, lex, plebiscitum, senatusconsultum, Principum placita, Magistratum edicta, responsa prudentum.

## COMMENTARIUS.

1. Scripturam non pertinere ad legis essentialiam.
2. A quo tempore lex obligare incipit.

**S**cripto, aut sine scripto] Desumptus hic locus est ex l. 6. §. 2. & l. seq. de just. & jur. Jus scriptum est: Quod expressa sanctione constitutum est; jus vero non scriptum: Quod moribus introductum est absque ulla expressa sanctione. Quare distributio hic tradita ex accidenti est, ac causa instrumentalis: nam formalis differentia legis sive ejus juris, quod opponitur juri non scripto aut consuetudini, non est scriptura, sed expressa voluntas, & sanctio civilis potestatis: sicut e contrario consuetudo aut jus non scriptum formam, & essentialiam suam habet a tacita voluntate & consensu utentis populi, §. sine scripto 9. inf. cod. l. de quibus 32. de legib. Hujus rei evidentissimum argumentum est, quod nec consuetudo in scripturam redacta lex sit, nec lex non scripta consuetudo. Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, legibus tamen usi sunt, atque una τῶν καλλ-

μίστων ἱστῆρας, eorum, qui vocabantur oratores, hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμων ἰγγραφοῦς, scriptis legibus non iuri, Plutarch. in Lycurg. p. 47. Atque ut e Romana Republica exemplum petamus, nunquid lex non erat, cum rogante Magistratu: Velitis jubeatis Quirites, &c. populus in tabellis respondisset: Uti rogas? Quod autem rei jam in esse suo conscribitur ex accidenti supervenit, id de illius rei essentialia non est.

At enim, inquires, sine quo lex non obligat, id utique est ei essentialia: sine scriptura autem non obligat, cum sine ea in noticiam populi pervenire non possit arg. l. leges sacratissima 9. C. de legib. Ut de propositione nihil in præsentia dicam, falsam esse assumptionem evincit tantum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque assumptionis falsa est. Quid enim? an non voce præconis quoque lex promulgari potest? & proinde certum est in l. humanum 8. C. de legib. faciliorem tantum promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset, scribi solebat, & scripto promulgari, aut in tabulis incisa publice proponi, quo & cognosceretur facilius, & minore negotio probaretur. Planè si non alio modo promulgandi civitas utatur quam per scripturam; potest dici, scripturam ad vim legis necessariam esse: necque enim ante lex vi sua constat, civesque ad observationem vel pœnam obligat quam populo innotescere poterit; quod sine promulgatione sive publicatione aliqua fieri non potest, l. 7. cum 2. seqq. C. de legib. (1). Perez ad C. de legib. n. 18.

An igitur lex statim ut publicata est obligat? Maxime: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus nominatim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, Nov. 57. in fin. Nov. 116. c. 1. Exstat sane constitutio quædam, quæ indulget spatium duorum mensium a die publicationis observandum in omnibus novis legibus, Nov. 66. c. 1. Verum ea constitutio recte sic a plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantie, atque hæc interim præsumatur, non quin lex promulgata citius obstringat eum, in cujus noticiam ante pervenit. Quod si quis post lapsum ipsius temporis ignorantiam alleget; esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione, ut causam ignorantie, quam allegat, pro-

(1) Senat. sub d. 1. April. an. 1767.

16

LIB. I.

TIT. II.

probet per l. ult. de decr. ab ord. fac.

*Scriptum autem jus*] Licet temporibus Justiniani subdivisio juris scripti, quæ hic proponitur, jam non vigebat, quia soli Imperatori, non autem populo, plebi, nec Senatui potestas erat jura condendi; voluit nihilominus ipse eam tradere & singula membra explicare, ut veteris juris historia intelligeretur.

» IN HISPANIA etiam solus Rex jura condere valet, l. 12. tit. 1. P. 1. l. 2. tit. 1. P. 2. l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop. vers. » Y porque al Rey.

## TEXTUS.

## De lege &amp; plebiscito.

4. *Lex est, quod populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante (veluti Conule) constituatur. Plebiscitum est, quod plebs plebeio Magistratu (veluti Tribuno) constituatur. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere. Nam appellations populi universi cives significantur, commensuratis etiam Patriciis & Senatoribus. Plebis autem appellatione sine Patriciis & Senatoribus ceteri cives significantur. Sed & plebiscita lege Hortensia lata, non minus valere quam leges cœperunt.*

## COMMENTARIUS.

**S**equitur singularum juris scripti partium explicatio, cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cujus ignoratio crassos errores peperit.

*Lex est*] Legem a legendo dictam, scribit Cicero lib. 1. de legib. c. 6. quoniam in lege inest vis delectus: jubet enim quæ honesta sunt, prohibetque contraria (1). Ude vocabulum legis non minus late patet, quam juris: tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum, aut vetitum esse, quam jure, ut apud Ciceronem passim: frequentissime autem legem appellamus, quæ scripto sancita, quod vult: eaque popularis est hujus vocis significatio, teste eodem Cicero *l. lib. 1. de legib. cap. 6.* Neque tamen omnia scripta sancita arcto significatu lex est, sed ea tantum, quæ universus populus obstringitur: nec alia

de causa plebiscita initio leges dicta non sunt, quam quod partem tantum civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus proprie leges appellata, quam quæ populus centuriatum jussisset.

*Senatorio Magistratu*] Lex ferebatur comitiis curiatis, vel centuriatis a Magistratibus penes quos erant majora Reipublicæ auspicia, puta a Consule, Dictatore, vel Prætere.

*Interrogante*] Rogabat Magistratus his verbis: *Plebiscite jubeatis* Quiritis, &c. Populus respondebat in tabella vel per litteram A. id est *Antique*, vel per *U. R.* id est: *Uti rogati*. Priori casu populus, qui ea tempestate jura condendi potestatem habebat, legem non probabat, sed malle se juri antiquo adherere significabat. Posteriore vero lex a populo probata manebat pleneque constituta. *Plebiscitum* autem constituebatur a plebe, plebeio Magistratu, veluti Tribuno, interrogante, in comitiis tributis: qui de re antiquitatis studiosi consulant Car. Sigoniam, & Nicol. Gruchium, qui ex professo de comitiis Romanorum scripserunt.

*Quo species*] Ait Justinianus plebem a populo eo differre, quo species a genere, id est, quo pars a toto.

*Lex Hortensia*] Quia plebis appellatione non significantur Patricii & Senatores, sed ceteri cives, hos tantum, & non illos plebiscita ab initio obligabant. Postea tamen iis eadem auctoritas data est ac ipsis legibus, omnesque cives obligare cœperunt. Primum per legem Horatiam: deinde per Publiliam: & denique per Hortensiam. Justinianus solius Hortensia meminit, quia non est novum priores leges trahi ad posteriores, l. 26. de legib. (2).

*Non minus valere, quam leges*] Ita factum est, ait Pomponius l. 2. §. deinde 8. de orig. jur. ut inter legem, & plebiscitum species interpretari constituerent: potestas autem eadem esset. In summa ut plebiscita etiam leges revera & essent & appellarentur.

## TEXTUS.

## De Senatusconsulto.

5. *Senatusconsultum est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam cum auctoritas esset populus Romanus in eam modum, ut diffici-*

(1) L. 4. tit. 1. P. 1.

(2) L. 19. tit. 1. P. 1. L. 3. tit. 1. lib. 2. Rec.

## DE JURE NATURALI GENT. ET CIVILI.

17

*be esset in unum eum convocari legis sancien-  
da causa, æquum visum est, Senatam vice  
populi consuli.*

## COMMENTARIUS.

**T**ibetatur Tacitus lib. 1. *annal. c. 15.* Tiberium Cæsarem comitia e campo ad Patres transtulisse. Ex eo igitur tempore, legibus & plebiscitis quiescentibus, Senatus jus facere cœpit, quamquam non tam propria auctoritate, quam conniventia quadam & indulgentia Principum, quod vel unus Tacitus nos docere potest, & arguunt orationes principum in Senatu haberi solite, in quas Senatusconsulta fiebant pro arbitrio Principis. Unde & ipsa Senatusconsulta orationes Principum non raro appellantur. Tandem translato in orientem Imperio, mutataque penitus Reipublicæ forma, hæc precaria potestas Senatus exolevit. Vera autem causa transferendi comitia ad Senatum, non videtur fuisse illa, quam Justinianus significat, quod auctus esset populus, sed ut docent Tacitus *d. c. 15.* & Suetonius in *Tib. c. 30.* ambitio & astutia Cæsarum, qui Senatus potentiam augendo sine servitabant, ut scribit idem Sueton. in *Tiber. c. 29.*

» IN HISPANIA quædam quasi Senatus-  
» consulta habemus, quæ lingua vernacula  
» Antea accordados del Consejo dicimus, & sunt:  
» *Decretis seu decisiones Supremi Senatus, consul-*  
» *to & approbante Rege edita.* Differunt a Ro-  
» manorum Senatusconsultis, quia his inerat  
» vis legis absque expressa Principis appro-  
» batione, quæ nostris Senatusconsultis o-  
» minino necessaria est, *l. 62. §. 10. tit. 4.*  
» *lib. 2. Recop.* Cæterum cum in aliis similia  
» illis sint, quatenus in Senatu examinantur  
» & forma donantur, ea sub nomine *Senatus-*  
» *consulti*, quotiens opus fuerit, laudabimus.  
» Typis mandata sunt uno collecta volumi-  
» ne, quod novam Recopilationem complet.

## TEXTUS.

## De Constitutione.

6. *Sed & quod Principi placuit, legis  
habet vigorem (1): cum lege regia, quæ de  
ejus imperio lata est, populus ei & in eum  
omni imperium suum & potestatem concedat.*

Tom. I.

Quodcumque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edito præcepit, legem esse constat. Hæc sunt, quæ constitutiones appellantur. Plene ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem, cum generales sint, omnes proculdubio tenent.

## COMMENTARIUS.

1. *Lege Regia jus omne populi privative in Principem translatum.*
2. *Genera constitutionum exposita.*
3. *Quid & quotuplices sint, tum quom vim habeant constitutiones personales & privilegia, & n. 5.*
4. *Privilegium rariorem usum esse in statu democratico, quam in monarchico.*
5. *De rescriptis contra jus edicti, & de præcibus sub & obreptitiis, necnon de moratoria præscriptione.*

**L**ege Regiæ] Hæc eadem quæ lex imperii dicitur in *l. 3. c. de testam.* Et nihil aliud fuisse videtur, quam congeries prærogativarum Imperatoribus decretarum, sub initium imperii. Adeoque ea constituit variis Senatusconsultis paulatim factis in honorem Principum, ut bene probat Hein. *antiq. Rom. lib. 1. tit. 2. §. 62. & seqq.*

Omne imperium & potestatem] Ergo populus non retinuit veterem potestatem, eamque cum Principe conannuicavit duntaxat, sicuti illi sentiunt, qui populum non privative, sed cumulative potestatem suam in Principem contulisse contendunt: qui error in notissima Politices principia impingit, & manifestior est, quam ut reitari debeat. Non equidem nego jura majestatis ita dividi posse, ut non omnia in unum, quem Principem constituit populus, transferantur, sed quædam apud Optimates, aut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium: sed eadem jura majestatis & transferri, & retineri nullo modo possunt. Nihil ad rem facit, quod Principes ab invisis populo nominibus Regis aut Domini abstinuerint, cum alio sub nomine regiam potesta-

C

ten

(1) *L. 2. tit. 1. P. 2.*



tem exercerent, auctore Dione *lib. 53.* multo autem minus jus illud imaginarium populi in suffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria Senatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus, *vestigia morientis libertatis.* Et verissime de populo Romano juvenalis *Satyr. 10. v. 78.* inquit:

..... Qui dabit alim  
Imperium, farces, legiones, omnia, nunc se  
Continet, atque duas tantum res anxius optat,  
Panem, & Circenses.

Quodcumque ergo Imperator] Constitutiones Principum non sunt unius generis. Distinctio a causa finali, hoc est, a scopo & intentione Principis sumenda. Et enim vel hoc aperte & directe Princeps agit ut legem condar & jus prescribat, quod sit: *Cum generaliter & motu proprio quid (Princeps) constituit ad usum subditorum,* quae species constitutionis edictalis dicitur & lex edictalis, *l. 6. C. de rec. sup. cum similit.* vel non agit id principaliter ut jus aliquod in commune constituar, sed ut specie litem aliquam inter partes componat, & tamen propter excellentiam & dignitatem personae constituentis, id quod constituit legis vigorem habet, *l. 1. §. 1. de cons. Princ. l. ult. C. de legib. (1):* cum res a iudicibus iudicari aliis non nocent (2), *tit. C. rei int. ai. ad. vel. jud. ad. non noc.* ac ne sententia quidem lata in consistorio Principis, aut ab ipso quidem Principe, sed ad relationem & consultationem iudicium, *l. 2. l. 3. C. de legib. vide tamen Christin. vol. 2. dec. 61. n. 1. & 1099. & vol. 3. dec. 111. n. 4. & 9.* Posterioris huius generis duae sunt species, epistola sive rescriptum, & decretum. Epistola proprie dicitur: *Cum de iure consensibus Princeps rescribit.* Decretum: *Cum ipse de causa cognovit, & partibus auditis sententiam pronuntiat:* quem veterum Principum morem fuisse testantur historici AA. scriptores. Elegans exemplum huiusmodi in *l. 3. de his que in lit. del.* Alia exempla in *l. 17. ff. quod met. caus. l. 41. ff. de her. int.* Conf. Jac. Gothof. ad *l. ult. C. Tb. de offic. jud. omni.* ubi plenissime de modo, quam Principes in decernendo observabant.

Quaedam tamen personales] Cum dixisset, non ex tantum, quae Princeps edicto praecipit, sed etiam quae per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vim etiam

in aliis causis & personis habere: id nunc ex Ulpiano in *d. l. 1. §. 2. de cons. Princ.* sic temperat, nisi aliam esse voluntatem & sententiam Principis appareat: esse enim constitutiones quasdam personales, quibus jus singulare in cerea alicujus personae gratiam constituitur (3). Haec sunt quae privilegia Latinis dicuntur, eo quod Veteres *privilegia dixerunt, quae nos singula dicimus,* auctore A. Gellio *lib. 10. c. 20.* & Festo in voce *privus,* ubi Jos. Scal. in *annot. Offendit me,* inquit, quod apud Ciceronem pro hac voce, *privatum substituerint,* ut in ea *pro domo c. 17. Vetant leges sacratae, vetant XII. Tabulae, leges privis hominibus irrogari.* At hodie legunt *privatis c. 19.*

Autem autem Justinianus, hujusmodi constitutiones personales sive privilegia aut jura singularia in exemplum non trahi, nec personam egredi: quoniam non ea mens est Principis, qui solius patris Titii, aut Sempronii causa aliquid constituit, ut id, quod ita constituit, in universum pro jure observetur aut ad alios transferatur. Apparet vero ex ipsis verbis non agi *hoc loco* de privilegiis causae aut rei, sed personae, quibus sola personae condicio locum facit: qualia sunt privilegia militum. Haec & similia personarum privilegia, deficienti personae, cui data sunt, statim simul deficient aut extinguntur, neque ad successores transcunt, *l. in consensibus 68. l. privilegia 196. de reg. jur. nisi id quoque nominatim privilegio cautum sit, l. 4. de immuni. (4).* At quae privilegia magis causae, quam personae praesentantur, ea hereditibus, seu omnibus, qui causae ac rei participes sunt, tribuuntur, *d. l. privilegia 196. de reg. jur.* cuius generis beneficia sunt immunitates generaliter locis, aut civitatibus, aut familiis data, *l. 4. §. 3. de censib. inducitur temporis, quae iudicatis indulgentur, l. tempus 29. de reg. jur. jus ante omne creditum deducendi impensas funeris, l. pensit. junct. l. filiusfam. 31. §. ult. de vel. & unopt. fin. &c. de quo ad D. Pet. Fab. ad *d. l. in omnibus 68. & d. l. privilegia 196. de reg. jur.* Christin. *vol. 3. dec. 47. n. 10. 1099.* Usus privilegiorum, ut hoc obiter addam, frequentior est ubi singuli regunt, quam ubi universi, propterea quod in statu populari major esse debet aequalitatis observatio. Quam ob causam etiam lege XII. Tab. cautum*

(1) L. 14. tit. 22. P. 3. in fin.  
(2) L. 10. d. tit. 22. P. 3.

(3) L. 28. tit. 18. P. 3. in fin.  
(4) Reg. 27. tit. fin. P. 7.

## DE JURE NATURALI GENT. ET CIVILI.

19

non fuit, ne privilegia irrogarentur, teste Cic. *De legib. l. pen. C. si cont. jus vel util. publ.* quod Decemviro a Grecis accepisse ex oratione Demosthenis contra Aristocratem liquere potest. Ceterum hoc jus erat ordinari: nam extra ordinem jure supremæ potestatis privilegia etiam a populo aliquando ferebantur; sed non nisi censurati comitiis, Cic. *3. de legib. c. 19.* Quæ illud apud Romanos fuit, ut quis ante Magistratum capere posset, quam per leges licebat. Sic Athenienses, cum injuriam nullius testimonium admittere, soli Xenocrati remiserunt jurjurandum, Diog. Laert. in Xenocr.

*Ob invidiam indulgii* Tres personalium constitutionum species hoc loco proponuntur (1). Si quid Princeps alicui ob meritum indulset: puta immunitatem ab oneribus publicis. Si quam poenam irrogavit: puta graviolem ordinariam propter exemplum. Si cui sine exemplo subvenit: puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum, privilegia non solum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem a Pompejo, in Ciceronem a Cæsario lata sunt, Cic. *pro domo sua, c. 17.* Illud hic prætereundum non est, non ut quisque privilegium a Principe impetravit, ita & continuo id valere. Nam primo rescripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicta a iudicibus improbari, etiam ipsorum Imperatorum constitutionibus jubentur (2), extra quam si prosine petenti, & alium non ledant, vel crimen supplicantiibus indulgeant: *l. 3. C. de prec. Imp. eff. l. ult. C. si cont. jus vel util. publ.* aut licet cum læsione alterius moratoria dantur præscriptio debitori permittatur, ut est in *l. 2. de prec. Imp. off.* id est, exceptio dilatoria: exceptio, non quæ perimitur actio, sed petitio & exactio in tempus certum differatur, spatio ad solvendum debitori dato. Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere, quam si fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur, *l. 4. C. diff. tit. (3).* Secundo si Principi obrepum sit celata scilicet veritate; vel subrepum expresso mendacio, rescripti fructu privati jubetur, qui id impetravit, *l. 2. C. de legib. l. pen. C. si cont. jus vel util. publ. (4).* Utraque ex voluntate & mente Principis sumptum est, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere;

aut aliter quam si præces veritate nitantur, *l. 7. C. de div. recur. l. pen. C. si cont. jus vel util. publ.* Tuld. & Perez post DD. comm. ad *d. tit. C. si cont. jus vel util. publ.* Ant. Fab. *C. in ibid. defn. 1.* Hinc est, quod a Curijs rescripta ejusmodi aut rejici, aut admitti, sive ut nunc loquuntur, interinari solent.

## TEXTUS.

## De jure honorario.

*7. Prætorum quoque edicta non modicum obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod quæ honores gerunt, id est, Magistratus auctoritatem huic juri dederunt. Proponantur & Aediles Curules edictum de quibusdam causis, quod & ipsum juris honorarii portio est.*

## COMMENTARIUS.

1. Unde Prætori, & qualis condendi juris potestas.
2. Aediles Curules qui & unde dicitur.
3. Jus adilitium quo sensu dicatur sub prætorio contineri.

Inter species juris civilis numeratur hoc loco & jus prætorium; quod tamen non raro ut species diversa, juri civili nitur. Sed non est novum in jure nostro idem nomen nunc latius, nunc angustius accipiatur, & quod per se positum neris est, contrahatur ad certam speciem oppositam speciei ejusdem generis. Itaque cum jus civile a prætorio distinguitur, per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum venit: per prætorium: *Quod juris civilis adjuvandi, supplendi, corrigendi causa Magistratus introduxerunt, Papi- nian. l. 7. de jurit. & jur.*

Unde autem Prætori juris condendi potestas? Neque enim Prætor aliud quam Magistratus fuit juri dicendo, non condendo, quod majestatis est, præpositus; custos juris civilis, non arbiter; neque ulla lege talem potestatem Prætori datam uspiam legitimus. Sic existimo, Prætores ab initio jure Magistra-

C 2

(1) *L. 49. cum duob. seqq. tit. 18. P. 3.*(2) *L. 30. & seqq. tit. 18. P. 3. Senat. 70. tit. 4.*(3) *lib. 2. Recopil.*(4) *L. 33. tit. 18. P. 3. Senat. 79. tit. 4.**lib. 2. Recop.*(4) *L. 36. tit. 18. P. 3. Senat. 70. tit. 4.**lib. 2. Recopil.*

20

LIB. I. TIT. II.

stratus edicta tantum proposuisse de quibus rebus, & quomodo jus dicitur essent, l. 2. §. eodem tempore 10. de orig. jur. Progressu autem temporis, non obnitente populo, hoc simul usurpasse, ut edicendo etiam jus constituerent; ut tamen edicta eorum minorem longe vim quam leges haberent, nec abrogare jus constitutum aut receptum possent, l. cum spontus 12. §. 4. de publ. in rem act. l. 1. §. 2. §. 1. de bon. poss. sed tantum adjuvare, supplere, corrigere, l. 7. §. 1. de just. & jur. hoc est, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ legibus nec sancta nominatim, nec vetita essent, ex bono & aequo aliquid statuere etiam præter rationem juris civilis. Nam certe plus hic licuisse Prætori, quam vel jurisconsultis, vel Judicibus privatis, argumento sunt tot exceptiones, & actiones, tot bonorum possessiones præter manifestam rationem juris civilis a Prætoribus introductæ, in quibus ante jus a Prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus potuit: atque hinc est, quod edictum Prætoris nonnumquam lex appellatur, uti ab Ulpiano, l. 1. §. 2. unde cog. & Cic. 3. in Verrens.

[Qui honores gerunt] Jus honorarium ad honorem Prætorum nominatum esse, ait Papin. in d. l. 7. §. 1. quod qui honores gerunt, id est, Magistratus auctoritatem huic juri dederant, ut hinc Justinian. Proposuerunt quidem & alii Magistratus Censores, Consules, Tribuni edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum est; nec dubium quin secundum ea jus dictum fuerit: atramen, quia soli Prætores juris dicendi causa creati sunt, totaque fere jurisdictio penes Prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne, quo hæc jurisdictio venerat, non minus prætorium quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam alia partes juris honorarii continerentur.

[Ediles Curules] Curules, quod distinctionem Edilium plebis: nam edilicam curulem patrium Magistratum fuisse constat ex Liv. ibi. lib. 7. tit. 1. Ediles autem dicti a potissimâ parte procuracionis eorum, quod ædes sacras & privatas sacras tractas esse curarent, ut auctores sunt Festus & Varro lib. 4. de ling. Latine. nam & alia ad munus earum pertinebant, quæ recenset Cic. lib. 5. in Ferr. cap. 14. & Gruch. l. 1. de curiis. Rom. De veritativo vocis Curules non magnopere laborandum: sive enim a Curia, sive a curru, quo vehantur, sive a sella curuli, in qua sedebant, eam de lucas, parum refert.

[De quibusdam causis] De rebus, maxime-

que mancipiis, & jumentis venalibus: item de animalibus feris continentis, qua vulgo iter fit, edictum satis celebre & explicatum lib. 21. D. tit. 1.

[Juris honorarii partio] Jus edilicium appellatione juris honorarii proprie continetur, ut species appellatione generis. Sed & prætorii appellatio jus edilicium continet, l. 5. in pr. de verb. oblig. non quidem verbi significatione (neque enim Ediles Prætores erant), sed sententia scribentis. Et hoc est, quod Pomponius scribit in d. l. 5. prætorias stipulationes sic exaudiri oportere, ut in his etiam contineantur edilicia: Nam & hoc, inquit, a jurisdictione veniunt; innuens id, quod de prætoriiis tanquam principali earum specie dictum est, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem sit causa & origo, jurisdictio nimirum Magistratus.

## TEXTUS.

## De responsis Prudentum.

8. Responsa prudentum sunt sententia, & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere; nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui Jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententia & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut iudici recedere a responsis eorum non liceret, ut est constitutum.

## COMMENTARIUS.

Origo auctoritatis prudentum a capite accersita.

Postrema juris scripti pars sunt responsa prudentum; cuius juris originem opera præteritum est a capite accersere.

is legibus XII. Tab. quæ perbreves erant & obscuræ, coepit (ut naturaliter evenire solet) interpretatio desiderari, ex prudentum auctoritate, necessariaque fuit disputatio fori. Hæc disputatio atque hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, communi nomine appellabatur jus civile, hoc est, nomine generis ad speciem contracto. Hæc Pomponius l. 2. §. his legibus 5. de orig. jur. Unde primo intelligimus, interpretationem juris duntaxat prudentibus permissam fuisse, non juris proprie condendi potestatem: ac neque hanc earum inter-

pre-

## DE JURE NATURALI GENT. ET CIVILI.

21

pretationem statim pro jure acceptam, sed ubi ea in foro agitata & recepta esset, quo respectu jus istud sine scripto introductum Pomponius ait: quod tamen pars est juris scripti, quatenus est ex interpretatione illius juris & legum sententia, argum. l. 6. §. 1. de verb. sign. ad quod declarandum habemus accommodatissimum exemplum *infr. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc sensu recte opponitur consuetudini. Item jus illud sive receptas interpretum sententias compositas, hoc est, descriptas, atque in certum volumen collectas fuisse, neque ab iis iudicem in judicando potuisse recedere, utpote quæ partem constituerent juris civilis, eoque nomine in specie etiam appellarentur. Atque ut obiter sciamus, autem tempora Augusti, quicumque studiorum suorum fiduciam habebat, de jure consulentibus publice respondere poterat. Divus autem Augustus, quo major esset juris auctoritas, primus constituit, ut ex sua auctoritate responderetur. Post quod tempus peti pro beneficio, & a Principe jus respondendi dari cepit, ut in *d. l. 2. circa fin.* idem Pompon. scribit; quam ob causam nonnulli existimant ex eo demum tempore responsa auctoritatemque Jurisconsultorum inter partes juris scripti numerari coepisse.

## TEXTUS.

## De jure non scripto.

9. *Sine scripto jus venit, quod usus approbavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur (1).*

## COMMENTARIUS.

1. *Juris non scripti seu consuetudinis unde audiverit.*
  2. *Quantum tempus, & quot actus ad introducendam consuetudinem requiruntur.*
  3. *An sit necesse ut consuetudo iudicio contradictorio sit probata.*
  4. *An plures sint juris species quam hactenus memorata.*
1. *Sine scripto*] Jus non scriptum idem esse ac consuetudinem, jam supra diximus §. 3. b. tit. Hoc autem jus consensu utentium comprobatur, in Justinianus, tacito nimirum. Nam quemadmodum expressa

sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem. Unde quoad vim & effectum inter hæc duo nulla est differentia. *Quid enim interest, ait Julianus in l. 32. de legib. suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis & factis?* Populum autem hic intelligere debemus nullius imperio subjectum: nam qui alterius imperio parer, non magis tacito consensu consuetudinem introducere potest, quam expresso legem. Proinde in statu populari, qualis fuit Romanorum exactis Regibus, jus consuetudinis introducendæ populus solus habere potest. At in monarchico, in ea introducenda, probabilem Principis scientiam & patientiam requiri, recte putant Wesembec. alique; quamquam quod non requiratur scientia, sed patientia sufficiat, & quidem generalis, qua Principes omnes usus honestos probant, communior est sententia, quam tenet Tuldenus ad *tit. C. qua sit long. cons. n. 1.*

*Diuturni mores*] Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cum sensim tacito consensu populi inducatur, necesse est, ut is consensus ex factis, & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, si ea iudicio contradictorio aliquando firmata sit, *l. cum de consuetudine 34. de legib.*

Quantum autem tempus, & quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur, inter Interpretes non satis convenit. D. Connanus 1. *cosm. 10.* & Horom. *hic*, tantum tempus requirunt, quantum superstitem hominum nec ætas nec memoria comprehendit, per *l. 1. §. ult. junct. l. 2. §. idem Laben 7. de ag. & ag. plur. arc.* Vulgo, testibus D. Gail. 2. *obs. 31.* Myns. 6. *obs. 41.* Schenciel. *hic non. §.* Wesemb. *par. de legib. n. 9.* arbitrantur consuetudinem induci decennio, aut tanto tempore, quanto jus aliquod præscribi potest. Verum, ut recte D. Ant. Fab. *jurispr. tit. 2. princ. 11.* notat, in hoc hi omnes errant, quod consuetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribenti, & in eos dirigitur contra quos præscriptum est, & in tantum, in quantum præscribens possedit, vel quasi. Consuetudo vero acquiritur in universum omnibus, & contra omnes in suo casu; quia cum sit

lex

72

## LIB. I. TIT. II.

lex quædam tacita, legem imitatur, *l. ult. C. que sit long. cont.* Quam ob causam cum D. Cujac. 20. *obr. 1.* & Menoch. *contil. 543. n. 20.* potius iudicis arbitrio hoc definiendum censeo, qui pro negotii qualitate modo longius, modo brevius tempus statuere possit, & quantumcumque tempus sufficere, modo adsit actuum frequentia & uniformitas, ut Anr. Fab. ad *l. nam Imperator 38. de legib.* Et quoniam in consuetudine introducenda non hujus aut illius hominis, vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum (1), eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eandem rem & controversiam observantur sunt, *l. 1. que sit long. cont.* & observata tenaciter, hoc esse, perpetuo similiter, *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere, quantumvis judiciales & notorios, quæ communis est opinio probata item a Gail. & Myns. *dd. locc.* sed hoc etiam arbitrio iudicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, arg. *l. 1. §. ult. de jure delib. 1. §. C. de bon. aut. jud. post.* Cujac. Menoch. Fab. ubi *supr.* eleganter D. Diod. Tulden. in *comm. ad hunc tit. c. 4.*

Illud majoris partis consensu & recte receptum est, cum de consuetudine probanda queritur, necesse non esse probare eam aliquando firmatam fuisse iudicio contradictorio. Nam cum ea populi consensu inducatur, quid refert, quod non etiam intervenerit res iudicata? Quod si tam certum jus fuerit, ut de eo nunquam apud iudicem dubitatum sit: an non majoris auctoritatis id videri debet, quam quod in iudicio contradictorio approbatur? *l. imo magis 36. de legib.* Consilium igitur est, non necessitatis, quod scribit Ulpianus in *l. 34. d. tit.* cum de consuetudine queritur, primum explorandum esse, an etiam contradictorio aliquando iudicio confirmata sit. Consilium dat, ut fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consuetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, quibus consuetudo tum probata est.

*Legem imitantur*] Id est, vim & effectum legis habent (2). Itaque non hic solum consuetudinis effectus est, quod jus novum, de quo nihil ante cavebatur, inducat; sed etiam quod latam antea legem abro-

get, §. *pen. infr. eod.* Est & alius item consuetudinis effectus, in jure scripto nimirum interpretando. Nam si de interpretatione dubie alicujus legis queratur, monemur in primis inspiciendum esse: *Quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit;* opinamur enim legum interpretationem esse consuetudinem, *l. si de interpretatione 37. §. 1. seq. de legib.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt. Hinc consuetudo alia est *præter legem*, alia *contra legem*, alia *secundum legem* (3).

Et hæcenus quidem explicatæ sunt partes juris civilis a Justiniano propositæ. Sed an non plures poni debuerint, dubitari potest. Video enim a nonnullis inter partes juris non scripti præter consuetudinem, quæ sola a Justiniano posita est, numerari etiam res iudicatas sive præjudicia, & æquitates sed utrumque perperam. Nam etsi rerum præsertim sæpius iudicarum, non vilis est auctoritas: vim tamen legis minime habent, nec jus inducunt, quod inter alios, simili aut ejusdem generis controversia mota, sequi necesse sit, *tit. C. resint. al. act. aut jud. al. non nec. (4)*: coque pertinet, quod Imper. in *l. nemo 13. C. de sent. & inter. rescribit.* & vulgo dici solet: *Non exemplis, sed legibus iudicandum esse* (5).

Sed nec æquitas proprie dicta hujus juris pars est. Est quidem *ἀρχή τῆς*, quid non scriptum, quia scripta non est, sed non eo sensu ita appellari potest, quo jus illud constituit speciem juris civilis. Quod ut planius intelligatur, observandum est, nomen *ἀρχή* dupliciter accipi, vel in genere pro æquo, quod cum omni jure conjunctum est, vel in specie pro eo quod est a jure civili diversum. Generalis appellatio etiam juri civili convenit, nam omnibus legibus & juri civili æquitas aliqua interesse creditur, nomenque juris non meretur, quod ab omni æquitate destitutum est. Atque hoc sensu Cic. in *Topic. c. 2.* jus civile definit: *Æquitatem constitutam iis, qui sunt ejusdem civitatis.* In specie autem, & proprie accepta æquitas juri opponitur; non scripto, ut male nonnulli, sed stricto. Hæc dicitur etiam æquum & bonum, humanitas, benignitas; & ab Aristotele *5. Eth. 10.* definitur: *ἡ ἀρετὴ τῶν ἰσχυρῶν δικαίων, juris legitimi correctio.* Cujus usus eluceat cum in ver-

(1) *l. 6. tit. 2. P. 1.*(2) *l. 6. tit. 2. P. 1.*(3) *D. l. 6.*(4) *l. 20. tit. 22. P. 3.*(5) *l. 24. tit. 22. P. 3. vers. Otro si.*

## DE JURE NATURALI GENT. ET CIVILI.

23

verbis legis ex sententia extendendis, & ad casus similes producendis; ubi lex minus scripta, plus voluit; tum in verbis restringendis, ubi ex sententia constat plus scripserit Legislatorem, minus voluisse: maxime vero in benigna legum interpretatione, earumque ad singulas facti species accommodatone; tali tamen, quæ ab expressa & manifesta Legislatoris voluntate non recedat. Hoc pertinet l. 10. & seqq. de legib. item l. 17. & multa seqq. eod. Atque hinc etiam peti potest conciliatio, l. placuit C. de judic. cum l. 1. C. de legib. & l. prospexit 12. §. 1. quæ a quib. man. Gulclm. 5. de jure nov. 2. §. 1. Christin. vol. 2. dec. 61. n. 5. & seqq. Non est ergo æquitas hæc species juris civilis, sed quid a jure civili diversum, consistens magis in arbitrio boni viri & judicis, quam in parte aliqua juris: unde & nonnunquam boni viri arbitratu & religio judicis appellatur. Ea, quæ de auctoritate communium opinionum hic disputari solent, in medio relinquo. Unum dico, et si non vile esse debet, quod plures sententiæ; & id judicium integrius haberi, quod plurium sententiis comprobatur, Clem. 4. ubi quædam etiam de sent. excomm. non tamen usque adeo valere debere, ut in manifesto errore jus faciat, arg. leg. 2. C. que sit leg. cons. Vide Menoch. 2. præsumpt. 71. n. 24.

IN HISPANIA ut consuetudo introducta dicatur, decem annorum lapsus requiritur, simulque Regis scientia, qui veiam non reprobet, sed ratam habeat, & insuper quod duplici sententia probata sit, l. 1. tit. 2. P. 1. & ibi Greg. Lop. gl. 4. Hæc tamen sententia dumtaxat necessaria est ei, qui consuetudinem a se iudicialibus probare intendit, ibidem Greg. Lop. reglar. 7. Molina de primog. lib. 2. cap. 6. n. 117. & seq. cum Addentib.

## TEXTUS.

## Ratio superioris divisionis.

10. Et non ineliganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita ægi solitum erat; ut Lacedæmonii quidem ea, quæ legibus observabant, memoria

mandarent: Athenienses vero ea, quæ in legibus scripta comprehēdissent, custodirent.

## COMMENTARIUS.

## 1. Error Tribonianus notatur.

Exactis Regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & consuetudine uti, quam lege lata: donec placeret publica auctoritate deus constitui viros, per quos poterentur leges a Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas missi, qui inclitas Solonis leges describerent, & aliarum civitatum Græcarum inscirta, mores, juraque cognoscerent, Pomp. l. 2. §. exactis 3. de orig. jur. Liv. lib. 3. c. 31. & seq. Hæc leges in XII. Tabulis postea descriptæ leges decemvirales, & XII. Tabul. sunt appellatæ: fons omnis publici privatiq. juris auctore eodem Livio. Ex quibus perspicuum est, jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & insigniter errare Tribonianum, qui jus scriptum Romanorum ab Atheniensibus, non scriptum a Lacedæmoniiis accessit. Nam primum male confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum jure non scripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus intrductum, quo sensu jus non scriptum hic accipi constat, & scripto, hoc est, legibus latis opponi: sed leges proprie dictæ & expressim scientæ: quamvis eas non scribi, sed in memoria conservari voluerit legislatorum Lyncurgus. Secundo nec mores Lacedæmoniorum dici possunt originem dedisse juri non scripto Romanorum, non magis quam mores Atheniensium, aut aliarum Græcæ civitatum, unde legati Roma missi leges petierunt. Nam non minus mores, quam leges horum populorum descripti in illis, quas dixi, XII. Tabulis, lege decemvirali perlatæ, partem juris scripti Romanorum constituerunt.

## TEXTUS.

## Divisio Juris in immutabile &amp; mutabile.

11. Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea

24

LIB. I. TIT. II.

*vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.*

## COMMENTARIUS.

1. Jus naturale seu jus gentium primum immutabile esse, non item jus gentium secundarium, nisi proportionaliter.
2. Inmutabilitatem illam præcipue apparere in notionibus divinitus animi hominum impressis; quod exemplis declaratur.
3. Leges civiles etiam consuetudine contraria abrogari posse.
4. Expediat ne leges aliquando mutari.

**E**Xposito jure tum naturali, tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommode hoc loco subjicietur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

*Divina quædam providentia constituta*] Hoc est, quæ ab incorrupta ratione, a simplici illa notitia mentibus nostris divinitus impressa præmanent. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum, cujus Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M. Tullius lib. 3. de Reipub. Apud Xenophonem lib. 4. memorab. hujusmodi jura, *Dei sunt, De leges*, dicuntur. De jure igitur gentium primario, id est, eo, quod simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt: non de secundario, quod suo exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo statu duntaxat naturalia sunt: jura multis populis seorsum communia ab his, quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella, & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt, ut factum circa omnia fere *divina, adspota seu que nullius sunt*, de quo suo loco disseremus uberius. Sane etiam jus gentium secundarium *analogus, proportionem quædam*, immutabile dici potest, & utique multo difficilius tollitur, quam jus civile.

*Inmutabilia*] Jus naturale semper & ubique justum est & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit. Nam ut recta ratio insita a natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit sciat-

per atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem, nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari, ut recte Grot. 1. manud. 2. & convenienter ei, quod scribit Jurisconsultus in l. 6. de just. & jur. jus civile in totum a jure natura recedere non debere. Nec est contrarium, quod Jurisconsultus addit, jus civile non per omnia juri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid, aut detrabere. Nam illa additio aut detractio nihil aliud est, quam generalium juris naturæ præceptorum ad usum moreque civium & formam Reip. specialis cum defectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimode fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodam modo videantur; immutabile tamen permanet, quod per se atque ex sui natura justum est; vimque suam perpetuo retinet in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipue elucet, Covarr. de marrim. p. 2. c. 6. §. 9. n. 7. belle Michaël Ephes. ad §. Ethic. Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit: *Deum colito: Liberi potestati patris subjeti iusto: Pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari possunt.

At. in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua appareret propter varietatem constitutionum civilium: ut scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas sit, & quodcumque per filium acquiritur, id acquiratur patri: vel ut jus tantum patet habeat filium modice & sine acerbitate castigandi, & contumacem expellendi domo: ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantum habeant vestita, ut vulgo loquantur. Hoc, inquam, factum non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo Legislatores omnes spectant, tametsi non idem semper constent) aliquid ei adjicitur; aut si mavis, detrahatur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale modificari, declarari, & provisionibus adjuvari posse; sic enim loqui amant Jo. Fab. & alii ad hunc §. Sexcenta ejusdem generis exempla afferri possent (occurrunt enim in omnibus fere partibus juris civilis): sed hæc pauca e multis retulisse, puto rei declarandæ sufficere. Illud etiam sciendum est, esse quosdam quasi gradus principiorum præ-

eti-

## DE JURE NATURALI GENT. ET CIVILI.

25

dicorum, & præceptorum naturæ, ac nunquam usu venire, ut inter se hæc concurrant, & invicem obstant, verbi causa: Lex naturalis est: *Non occides*, est & altera ejusdem generis sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In hoc concursu lex inferior superiori cedere necesse est (1), Wesemb. par. de just. & jur. n. 15. Gomez var. tom. 3. c. 3. n. 20.

3. *Tacito consensu*] Quamobrem non tantum jus novum longo usu introduci potest, sed etiam id, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari. Atque hoc omnino consequens est rationi Juliani, qui in l. de quibus 32. de legib. nihil interesse scribit, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod supra diximus, cessante jure suffragii non tantum cesare jus populi in lege palam ferenda, verum etiam in consuetudine contra jus a superiore constitutum introducenda (2), quoniam ejus solius est legem tollere, cujus est condere, ita capite l. 2. C. quæ sit long. cons. aut de consuetudine alicujus municipii, fac. l. 3. §. Divus 5. ff. de sepul. viol.

4. *Alia lege lata*] Expediat ne leges mutare, aut quando expediat politicae disquisitionis est: cujus tamen questionis decisionem suggerit Ulp. in l. 2. de const. Prin. In rebus, inquit, novis constitutendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est (3). Etque consentiens est Politicorum omnium sententia, Plato lib. 7. de legib. Arist. 2. Pol. 6. in fine. Bodin. 4. de Rep. 3. Lips. 4. Pol. 9.

## TEXTUS.

## De objectis juris.

12. *Omne autem jus, quæritur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

## COMMENTARIUS.

**H**oc §. transitus fit a jure constitutum ad jus consecutum, & methodica quedam via pro materie diversitate, circa quam illud versatur, ad hujus cognitionem sternitur, præeunte Cajo in l. 1. de stat. hom.

[*Vel ad personas*] Distributio ex objectis, ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam sæpe diximus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primum scire, quid sit suum cujusque; deinde qua ratione, si id ultro non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitione ejus, quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus; seu ex jure, quod quisque vel conditione & statu personæ suæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione personæ multum inter se homines differunt: alii enim liberi sunt, alii servi; liberorum alii ingenui, alii libertini; alii patrefamilias, alii filifamilias; patrumfamilias, alii in tutela, alii in curacione, alii in neuro eorum. Ac pro diversis hujusmodi qualificatibus diverso quoque jure in civitate censentur; quod quia statum ac conditionem personæ sequitur, jus personarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro disputabitur. In rebus externis quod cuiusque est, id aut est jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus; aut personale duncaxit, uno nomine obligatio sive creditum. Nimirum ergo huc pertinent: non tantum atodi acquirenti dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi; mox acquirendi res singulas aut per universitatem: sed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium amittendorum aut infirmandorum ac distrahendorum rationes, agiturque de hoc jure lib. 2. 3. & parte quarti usque ad tit. de actionib. Obtinenti utriusque juris ratio est in actionibus, hoc est, juris nostri persecutionibus, sive id fiat in judicio, sive extra judicium auctoritate Magistratus: quod argumentum ultimo tractatur loco.

Tom. I.

D

TI-

(1) L. 2. tit. 8. P. 2. l. 1. & 4. tit. 23. lib. 8. Recop.

(2) L. 5. tit. 2. P. 1.

(3) L. 18. tit. 1. P. 3. l. 8. tit. 1. lib. 2. Rec.



TITULUS TERTIUS.  
DE JURE PERSONARUM.

*Cons. Tit. 5. Lib. 1. Dig. (1).*

Continuatio. Quid hic persona, quid status, & jus personæ.

**I**N calce *precedentis tit.* proposita fuit series, & dispositio summarum partium, quæ deinceps *hec libro*, & *sequentibus* singulacim tractantur. Initium fit a personis, quarum causa cætera constituta sunt. *Is titulus* ejusdem plane argumenti inscribitur *de statu hominum*. Unde intelligimus personam hic, non qualitatem civis, sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter: eamque appellationem tam servo competere quam homini libero: sicut & in jure passim etiam servo tribuitur *l. potestatis 25. de verb. sign. l. 22. de reg. jur.* item jus personæ hic esse: *Quod statum & conditionem personæ sequitur*: nam status ipse est personæ conditio aut qualitas (2), quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur: ut esse liberum, esse servum, esse ingenuum, esse libertinum, esse alieni, esse sui juris. Itaque status rationem causæ, jus effecti habet.

TEXTUS.

Prima divisio personarum.

*Summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi (3).*

COMMENTARIUS.

1. *Adscriptitii cujus conditionis habendi.*
2. *Servi diverso respectu ad primum & secundum juris objectum pertinent.*

**S**umma] Id est, prima & principalis, vel etiam generalissima; nam reliquæ sunt secundariæ aut speciales. De agricolis, & adscriptitiis queri solet, quibus comparandi. Et quod in re non dissimili respondet Ulpian. *l. 10. hoc tit.* etiam hic re-

sponderi potest: ejus conditionis æstimandos esse, quæ in eis prævalet. Non enim una agriculturalium coloniarum adscriptorum conditio fuit. Quidam eorum censiti erant, quidam non censiti: hi coloni, illi fere adscriptitii dicebantur. Adscriptitii quasi servi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæstini, Thracenses, Illyricani, de quibus propriè *tit. lib. 11. C.* Adscriptitii tributarii erant, id est, capitis censum sive capitacionem præstabant: coloni non erant tributarii, reditus tamen certos pro solo, domino terræ solvebant. Consule Cujac. ad *tit. C. de agric. & cens. Greg. Tolos. 14. 174. 10.*

*Servi*] Videmus igitur hic & in *l. 1. cod.* unde hæc sumpta, non solum liberos, sed etiam servos ad primum juris objectum referri, videlicet ad personas. Atqui servi non minus in dominio nostro & in commercio sunt, quam reliqua, quæ in bonis habemus, adeoque quadrupedibus eos exaquat Cajus in *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil. (4)*. Unde effici videtur, ut servi non ad personas, sed ad res referri debent, non ad primum, sed ad secundum juris objectum. Sed nimirum duplex est servi consideratio, quæ res, quæ in commercio est, ut & reliquæ res nostræ; & qua persona, quatenus puta cognatus dicitur, *l. 4. §. 1. seq. de rit. sup.* quatenus liber fieri, heres institui, contrahere, & dominum de peculio obligare, ipse iterum naturaliter obligari, & alios sibi obligare potest, *l. 1. ff. de oblig. & act. (5)*. Præter igitur consideratur, ita vel ad primum, vel ad secundum objectum pertinet.

TEXTUS.

Definitio libertatis.

1. *Et libertas quidem (ex qua etiam*

(1) *Tit. 23. P. 4.*

(2) *L. 1. §. 25. P. 4.*

(3) *L. 1. tit. 4. P. 4.*

(4) *L. 9. tit. 15. P. 7.*

(5) *L. 7. tit. 22. P. 4. l. 5. tit. 22. P. 5.*

## DE JURIS PERSONARUM.

27

*liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur (1).*

## COMMENTARIUS.

**C**[*quod facere libet*] Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est facere quod libet: esse enim *potestas vivendi, ut velis*, teste Cicerone in *Paradox.* & *1. off. c. 21. n. 1.* Cæterum, quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est; additur exceptio: *Nisi si quid vi, aut jure, &c.* qua exceptione significatur, dubus rebus, quominus faciamus quod lubet, nos impediri, vi, & jure; neque tamen eo minus liberæ esse. Finge igitur nos usu rerum nosrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas quod quædam facere legibus prohibemur; nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est (2), ut præclare noster Papinian. *l. filius 15. de cond. inst. & divine M. Tullius in Ciceroniana c. 53.* Legum, inquit, *hæc omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coercet atque in pyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur, ut bene D. Wesemb: *hic*, & D. Tulden. *c. 2.*

## TEXTUS.

## Definitio servitutis.

*Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur (3).*

## COMMENTARIUS.

**C**[*constitutio juris gentium*] Causa pro effectu, res jure gentium constituta, non ordinatio aut pars constituens. Tropus in hujusmodi verbalibus non inusitatus; sic enim & thesaurus dicitur deposito pecuniæ, *l. unquam 31. §. 1. de*

*acq. rer. dom. pro pecunia deposita.*

**C**[*contra naturam*] Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt a natura. Nam servi natura, id est, citra factam humanam, aut primævo nature statu nulli sunt, *l. 4. de just. & jur. l. quod attinet 12. de reg. jur.* quamquam justitiam naturalem non repugnat, et satisfactione aut delicto servum fieri. Quod vero Aristoteles *lib. 1. Pol. c. 1. & 4.* scribit, servos quosdam nasci & natura esse; eo nihil aliud significat, quam quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem a natura productos videri, ut aliis, qui ingenio, & ratione valent, serviant, subjectione scilicet œconomica, ad ministeria domestica explicanda: qua de re copiose & acute disserit Clariss. Heinsius in *epit. ad Georg. Riebtium.*

## TEXTUS.

## Servi &amp; mancipii etymologia.

*3. Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu captiantur (4).*

## COMMENTARIUS.

1. Captos jure belli quovis tempore occidi posse: non tamen salva æterna justitia.
2. Jura de captivis a gentibus introducta sunt, quo captos liberius absterent a summo jure, quo captos interficere poterant.

**E**[*x eo appellati*] Eadem ratio nominis redditur a Florent. *l. 4. §. 2. hoc tit.* Pomp. *l. pupillus 219. §. 1. de verb. sign.* August. *19. de civit. Dei 15.* Notat hinc Alciat. in *d. l. 219. de verb. sign.* cumque secuti Myns. & Schneid. *hic*, non licere hostem, postquam captus est, seseque dedit, occidere, sed tantum arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In deditum autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse; quamvis plerique statuerit, etiam postquam captus esset, seseque dedit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit.

D 2

quia

(1) *L. 1. tit. 22. P. 4.*(2) *L. 3. tit. 4. P. 6.*(3) *L. 1. tit. 21. P. 4.*(4) *Dif. l. 1. tit. 21. P. 4.*

quia alioquin multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, arg. *l. in laqueum* § 5. de acq. rer. dom. Accuratus autem hac de re disputat D. Grot. *lib. 3. de jur. bel. c. 4.* ubi multis adductis auctoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore licere, & eos, qui se dedere volunt, nec recipiuntur, imo & deditos sine ulla conditione. Cum autem scriptores dicunt, id belli jure licitum esse, non intelligunt tale jus, quod actum omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si forte qui supplicem, aut se ultro dederent interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterum etsi impune id fiat, laudabile tamen natura non esse, actumque hujusmodi carere interna justitia; quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum; ideoque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum merito laudare Gothos, quod supplicibus, & in templa per fugientibus peperissent: *Illicitum illi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset, lib. 1. de civ. Dei cap. 2.* De illo inter omnes convenit, eos, qui vitam salvam passî sive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos ad eund. Grot. *d. lib. 3. cap. 12. & 14.* nonnulla etiam habet D. Tolden. *comm. ad Instit. tit. de his, qui sui, vel alien. jur. c. 3.*

*Vendere, & per hoc servare solent* Non quod hoc facere quasi ex pactione captos cogentur, sed quia hoc suadebant commoda, quæ captivos servantes gentium item jure sequebantur: quo pertinet illud Horatii *lib. 1. ep. 16.*

*Vendere cum possit captivum, occidere noli.* Cæterum, ut ait Seneca in *Troad. v. 133.*

*Lex nulla capte parcat, aut penam interdicat.*

Sic Cæsar Hispanis significat suo beneficio servatos, quos jure belli interficere potuisset, *lib. 7. comm. c. 41.* Plura hujusmodi reperies apud D. Grot. *d. lib. 1. cap. 4.* vide tamen eundem *d. lib. 3. c. 11. & 14.* ubi docet, quid hic victori liceat secundum justitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos servatos a gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi potest, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in servitutem redigi non poterant, *l. si quis 21. §. 1. de capt. & postlim.*

quod & Plutarchus notavit in *vita Oshon. & Tacitus lib. 2. hist. cap. 44.*

*Manu capiuntur* Hæc notatio si vera est, dicendum erit, hoc nomen ad res cæteras translatum esse. Nam mancipium, teste Isidoro *8. orig. 4.* veteribus dicebatur quidquid manu capi subdique potest, ut homo, equus, ovis; adeoque omne, quod per æs & libram fiebat, in quo erant res mancipi, teste Varone in *fn. lib. 6. de ling.* Postea receptum, ut & prædia inter res mancipi referrentur, Ulp. *tit. 19.*

Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur; apud nos enim licet res aliæ ex hostibus captæ capiuntur, homines tamen capti servi capiuntur non fiunt, nec vendi possunt, aut urgeri ad operas aliæ patientia, quæ servorum sunt. Mansit tamen inter nosmet ipsos Christianos mos custodiendi captos donec pretio redimantur, cuius æstimatio in arbitrio victoris est, nisi aliquid conventum jam sit inter regna.

IN HISPANIA Mahumedani, cæterique infideles, quos bello capimus, servi nostri fiunt, *l. 1. tit. 21. P. 4.* sicut & ipsi, nostrates, quos capiunt, in servitutem redigunt. Hæc tamen facti tantum est, prohibente nimirum ut juris sit *lege 8. ead.* quæ verat Judæos, Mahumedanos, Hæreticos aut quoscumque alios fidei catholice inimicos servum Christianum habere. Cui consequens quod in *ead. l. 8.* traditur, servum scilicet infidelem domini infidelis liberum ipso jure fieri statim ac fuerit baptizatus, si nosram catholicam fidem amplectatur. Vide *d. l. 8. ubi &* quædam singularia traduntur de servo quem infidelis emerit ut cum vendat, & D. Covar. *c. Peccatum part. 2. §. 11. n. 6.* Vide etiam de servitute facti §. 1. tituli sequentis.

## TEXTUS.

Quibus modis servi constituuntur.

4. *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris: fiunt, aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est (1).*

COM-

## DE JURE PERSONARUM.

29

## COMMENTARIUS.

1. Si quis spontanea subjectione se in servitutem det.

**E**X ancillis nostris] Non ipsi tantum, qui capiuntur, servi fiunt; sed & posterius in perpetuum: nempe qui ex matre serva nascuntur. Et hoc est, quod Marcianus dicit, jure gentium servos nostros fieri, qui ex ancillis nostris nascuntur, l. 5. §. 1. hoc tit. (1). Placuit autem ad natos dominum ideo potius, quia alioqui si summo jure captores uterentur, illi ipsi nascituri non erant. Cui consequens est, ut nati ante calamitatem, nisi & ipsi capiuntur, servi non fiant. Ideo autem natos maternæ esse conditionis gentibus placuit, quia serviles concubitus nec lege, nec certa custodia erant constricti, ita ut nulla sufficiens præsumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum Ulpiani illud: *Lex natura hac est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur*, l. lex natura 24. hoc tit. id est, lex consuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quo modo juris naturalis vox abusione quadam interdum sumitur. Sed proprius servitutem verarum deduxeris e jure accessionis. Servi ex personis fiebant res mancipi: & erant in patrimonio. Cujus est res, ejus & accessio. Et quidem partus sequebatur ventrem, uti in fœtura animalium.

*Jure civili*] Etsi servitus sit ex jure gentium, sunt tamen nonnulli modi servitutis constituendæ ex jure civili, quorum unius hic meminit Justinianus. Cur igitur servi dicuntur jure civili incogniti? Nimirum quia eorum, quæ sunt juris civilis, nullam communionem habent.

*Liber homo*] Ut liber homo, qui ad premium participandum se vendidit passus est, servus fiat, necesse est, ut sit ingenuus, & sui juris, prout recte monet Cujacius. Neque enim patroni aut patris jus libertus aut filius intervertere potest.

*Pretii participandi causa*] Modo & partem pretii vere acceperit, l. 1. quib. ad lib. pro. non lib. & quævis sit conditionis suæ, l. 2. si lib. ing. esse dic. & venditus ignorant conditionem venditi, l. 7. §. 2. de lib. caus. (2). Vide Gloss.

*Vendidit passus sit*] Venditorem suborabant hominem improbum, & has partes

fabulae lucri alicujus gratia peragentem: simulabat is se suum servum vendere. f.

Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio, ut apud Germanos, qui novissimo alex. jactu de servitute condebant: *Villus voluntariam servitutem adibat*, ait Tacitus de morib. Germ. c. 24. Possidonius autem Stoicus in historiis narrat, multos, olim fuisse, qui suæ imbecillitatis conscii, sponte se aliis in servitutem darent, ut domini quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi vero operam vicissim, quam possent, præstarent. Quæ res si ita accipiatur in terminis naturalibus nihil habet in se eximie acerbatis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorum certitudine, quam sæpe non habent, qui diuturnas operas locant. f.

Quærent autem hic DD. an ubi servitus non agnoscitur, possit quis perpetuo se obligare ad servendum alteri seu operas locare, quæ obligatio quædam servitutis speciem videtur. Respondent omnes, posse: sed cum facti hæc promissio sit, solvendo id quod interest, promissorem liberari, l. 13. §. 1. de re jud. Adi de tota re D. Grot. lib. 2. de jur. bell. cap. 5. f.

## TEXTUS.

## De liberorum &amp; servorum divisione.

5. In servorum conditione nulla est differentia: in liberis autem multa; aut enim sunt ingenui, aut libertini.

## COMMENTARIUS.

**N**ulla differentia] Servorum una conditio est, l. 5. in pr. hoc tit. id est, omnes æque servi sunt, nihilque interest utrum quis natus, an factus sit servus. Plane opere & ministeriis etiam servi inter se differunt: aliis enim honestior, ut atriensibus, dispensatoribus, amanuensisbus; aliis minus honesta provincia mandatur, ut mediastinis, focariis, l. 15. §. itaque Praetor 44. de injur. l. 1. §. capere 5. naut. cap. stab. sed hoc cum totum sit arbitrii hec illis, conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis & officiis scripsit Pet. Fab. semestr. pag. 175. & ex instituto Laur. Pignorius de servis eorumque apud veteres mini-

116-

(1) L. 2. tit. 21. P. 4.

(2) L. 1. tit. 21. P. 4.

39

LIB. I. TIT. III.

*utris, & Tit. Poena de specie servorum.*

*1. liberis multie.]* Non primum interest, utrum quis natus, an factus sit liber, hoc est, utrum quis ingenuus sit, an libertinus: deinde utrum qui liber factus est, civis Romanus sit, an Latinus Junianus, aut deducitias; & porro qui civis Romanus, sui ne juris sit, an alieno juri subiectus: deinde qui sui juris est, si ne in tutela, vel curacione, an neutro eorum teneatur; que summa est eorum, que deinceps *hoc primo libro* tractantur. Prima autem & secunda distinctio vix ullum amplius usum habent. Nam cum libertinorum differentia a Justiniano sublata sit, & novissimo jure liberti etiam ingenuis per omnia (salvo licet jure patronatus) exaquarent, *Nov. 78. c. 1. & 2.* nullum hodie superesse videtur ne in-

ter liberos quidem discrimen; utique respecta conditionis liberae, nam quoad civitatis, & familiae jura adhuc differunt.

„IN HISPANIA sunt & aliae liberorum „differentiae. Nam alii sunt Ecclesiastici, „alii Seculares sive Laici. Et rursus ex Ec- „clesiasticis quidam sunt Regulares, qui „nempe aliquam Religionem probatam pro- „fessi sunt, & alii Seculares dicuntur, quia „inter hos morantur, nulli Religioni per „tria vota adstricti. Unde hoc nomen *Secu- „laret*, dum latius sumitur, quoscumque „non Regulares complectitur, etiam Ec- „clesiastici sint; qui ipsi non comprehen- „duntur sub eodem nomine, quando stri- „ctius capitur; tunc enim solos non Ecce- „siasticos respicit. Insuper aliae personae sunt „nobiles, aliae ignobiles seu plebejæ.

## TITULUS QUARTUS.

## DE INGENUIS.

*Cont. Tit. 14. Cod. Lib. 7.*

**S**equitur subdivisionis supra positæ per definitionem paritium explicatio; & primo ingenuorum *hoc tit.*

## TEXTUS.

## De ingenui definitione.

*Ingenuus est is, qui statim ut natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino, & altero ingenuo. Sed & si quis ex matre nascitur libera, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur: quemadmodum qui ex matre libera, & incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quaeritum est, si ancilla præ-*

*gnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Martianus probat liberum nasci; sufficit enim ei, qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse (ut liber nascatur), quod & verum est (1).*

## COMMENTARIUS.

**A**ntiqui ingenuos spiritibus opponebant, eosque etiam patricios appellabant, quasi qui patrem citare possent. Sic apud Livium *lib. 10. c. 8.* ait Decius, *patricium esse, qui patrem citare possit.* Ceterum etiam eos, qui liberi nascebantur, jam olim ingenuos appellatos fuisse, distinctos ab iis, qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti in *Milit. act. 4. sc. 1. vers. 15.*

*Quid? ea ingenus, an festuca facta e servo libera est?*

Arque hic hujus vocis apud Latinos usus est etiam in aliis rebus, que a natura sunt, & factitiis opponuntur. Ita Lucretius *ingenuios fontes*, Juvenalis *ingenuum topium* appellat. Ingenuus igitur homo proprie est: *Qui naturam habet libertatem.*

Ma-

(1) *L. 2. tit. 21. P. 4.*

## DE INGENUIS.

31

*Matre libera*] Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur, l. 24. de statu hom. Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cum is duntaxat pater sit jure civili quem nuptia demonstrant, l. 6. de his qui sui, vel al. jur. sunt.

*Liberam nasci*] L. 5. §. 2. de stat. hom. Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur: quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum est, Paul. lib. 2. sent. 24. Potest & in universum hæc ratio dari, quod is, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur pro jam nato habetur, l. 7. l. pen. d. tit. (1).

IN HISPANIA qui ex uno parente libero & altero servo nascitur, matris conditionem sequitur quoad libertatem vel servitutem. Qui vero ex utroque libero, patris honores consequitur, l. 2. tit. 21. P. 4.

## TEXTUS.

## De servitute ac manumissione facti.

1. Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, & postea manumissum esse: sæpissime enim constitutum

est, natalibus non officere manumissionem.

## COMMENTARIUS.

*IN servitute*] Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse: aliud in possessione esse, aliud possidere, l. 10. §. 2. de acquir. poss. (2). Servus est: Qui justam servitutem servit; in servitute esse dicitur: Qui cum servus non sit, pro servo habetur, ut Pamphila in Eunuc. Terentii.

*Natalibus*] Id est, ingenuitati sive nativæ conditioni, quam non vitia falsa servitutis opinio. Plures extant hæc de re constitutiones sub tit. Cod. de ingen. manum. Atque huc pertinet quod Ulpian. in l. si quis 21. §. 1. de capt. & post. scribit, bello civili captos, & venundatos, posteaque manumissos, supervacue a Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiserunt. Quæ ratio etiam valuit in filiis venundatis, vel noxæ datis, & postea manumissis, Cic. pro Cæcilio, c. 33. & lib. 2. de orat. cap. 40. Paul. Rec. sent. lib. 5. tit. 1. §. 1. necnon in oberatis addictis creditoribus, qui libertatem recuperaverant, Quintil. miss. l. b. 8. c. 3. & de el. 311. Nam & hi non libertini censentur, sed ingenui.

## TITULUS QUINTUS.

## DE LIBERTINIS (3).

## Summa tituli.

**P**ars altera subdivisionis, quæ ad libertinos pertinet: qui, quales sint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diversa eorum qualitate, hoc tit. disputatur.

## TEXTUS.

## Definitio &amp; origo libertinorum &amp; manumissionis.

*Libertini sunt: qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est,*

*de manu dato: nam quandiu aliquis in servitute est, manus & potestati suppositus est, & manumissus liberatur a domini potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit: utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio; cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus ingenuitatem invasit, secutum est beneficium manumissionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria*

(1) L. 5. tit. 23. P. 4.

(2) L. 10. tit. 30. P. 3.

(3) Tit. 22. P. 4.

*hominum genera esse cœperunt: liberi, & his contrarium servi, & tertium genus libertini, qui desiderant esse servi.*

significat ac ingenui, ut & in l. 4. de iur. & iur. unde hic locus descriptus est; alioquin non tria, sed duo hominum genera esse cœpissent, cum libertini etiam sint liberi. Quod & alibi factum, l. ult. C. de patr. pot.

COMMENTARIUS.

**L**ibertini sunt] Ex Cajo in l. 6. de stat. hom. Antiquitus libertinos dictos esse sc̄bit Tranquillus in *Claud. c. 24.* non ipsos, qui manumitterentur, sed ingenuos ex his procreatos. Ex quo loco duo præterea colligas; nempe postea eos ipsos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpisse; & qui ex his procreati essent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla lib. 4. c. 1. differentiam esse inter voces *Libertinus*, & *Libertus*; illud esse relativum ingenui; hoc patroni; id est, voce *Libertinus* designari conditionem hominis ingenuitatis ex adverso oppositam: per *Libertus* autem significari privatum quemdam respectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumissus est. Illud leviusculum est, quod ibidem Valla notat, *Libertinus* esse adjectivum, *Libertus* substantivum. Vide tamen Ducker. de latin. Juriscon. vet. pag. 378. &

*Ex justa servitute manumissi*] Justa, id est, quæ revera servitus sit, non opinio & errore tantum. Aliquando & sine manumissione dominorum servi libertatem recipiunt ex Senatusconsulto, aut constitutione aliqua; exempla suppeditant tit. ff. qui in man. ad lib. per. & tit. C. pro quib. caus. serv. pro præm. lib. ac. (1). Generalius itaque definiti potuissent, libertinos esse: *Qui desiderant esse servi*, ut in calce hujus text. ex Ulpian. l. 4. de iur. & iur. unde reliqua hujus loci descripta sunt.

*De manu dato*] Reponendum ex textu Florentino, *De manu missio*, id est, *Datio libertatis*, d. l. 4. de iur. & iur. ut brevi sermonis compendio notetur definitio & nominis & rei. De manu enim est, de potestate domini, Lucan. lib. 1.

*In manibus vestris, quantum sit Cesar, habetis.* *Communni nomine*] Alias, naturali nomine. Id est, cum omnes homines liberi essent, ut nomen rei conveniat. Plura quæ huc pertinent, notavimus sup. ad tit. de iur. nat. gent. & civ.

*Liberi*] Verbum hoc in fine textus idem

TEXTUS.

Quibus modis manumittatur.

1. *Multis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet voluntatem (2). Sed & aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt (3).*

COMMENTARIUS.

**M**ultis autem modis] Olim tres tantum modos manumittendi fuisse, censu, vindicta, testamento, ostendit argumentatio Ciceronis in *Topic. c. 2.* ab enumeratione partium: *Si neque censu, inquit, neque vindicta, neque testamento liber factus est, non est liber.* Accesserunt quidem postea & alii modi: veluti per epistolam, in convivio, inter amicos; sed his modis manumissis plena libertas non conferebatur, Ulp. & Cæjus in *inst.*

*In sacrosanctis Ecclesiis*] A Constantino constitutum est, ut in Ecclesiis, hoc est, in cœtu Christianorum, veluti in comitiis ecclesiasticis, teste populo, & signatore Episcopo, manumissi justam libertatem consequerentur, tit. C. de his qui in Eccles. man. Quod genus manumissionis susceperunt esse apparet in locum ejus, quæ olim per censum fiebat, cum servi lustrali censu in campo jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. Vid. Sigon. lib. 1. de ant. jur. civ. Rom. cap. 4.

*Vindicta*] Virgulam esse scribit Boëtius in *Top. Ciceronis*, quam licet jussu Magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. Festus Plauto dicitur in *Attil*

(1) L. 3. § 4. tit. 22. P. 4. l. 45. tit. 1. P. 1.

(2) L. 1. tit. 22. P. 4. ver. E. puede dar.

(3) L. 3. cum seqq. eod.

## DE LIBERTINIS.

33

*Mili. glorios. act. 4. sc. 1. vers. 15.* Alii hunc modum sic dictum malunt a Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquiniiis reducendis detexisset, auctore Livio *lib. 2. c. 5.* Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum servi, dicebatque: *Hunc hominem liberum esse volo*, Festus in verb. *manumitti*; & cum dicto cum circumagebat significans, se ei potestatem facere abundi quo vellet. Eo pertinent hæc Persii *Satyr. 5. vers. 75.*

*..... Meus iterum: vari, quibus una Quiritem Verigo facit.*

Et paulo post, v. 78.

*Fecerit hæc dominus; momento turbis exit Marcus Damas.*

Pluribus hæc explicant Brissonius *lib. 5. antiq. c. 11.* Sigonius *lib. 1. de antiq. jur. civ. Rom. c. 6.*

*Inter amicos, per epistolam*] Inter amicos, adhibitis quinque testibus: per epistolam a domino, & quinque testibus subscriptam, *l. un. §. 1. & 2. C. de Lar. lib. toll.*

*Aliam ultimam voluntatem*] Pura codicillos. Consulto tamen miscere videtur justos manumittendi modos cum cæteris, quia ipse differentiam sustulit.

*Aliis multis modis*] Quorum plerique enumerantur in *d. l. un. §. 3. & seqq. C. de Lar. lib. toll.* Adeant curiosiores *tit. C. pro quib. caus. servi pro præm. lib. acc. ff. qui sine man. ad lib. per. C. si man. ita ven. ne possit. & si man. ita sue. alien. l. nemini 24. C. de epis. aud. (1).*

Sed & sunt quædam manumissiones tacite, ut si dominus servum suum tutorem, vel heredem scripserit, aut adoptaverit *§. 2. tit. seq. §. 1. qui testam. tut. d. v. post. §. 17. de adopt. alique plures quas concessit Gudel. lib. 1. de jure novis. c. 4. (2).*

## TEXTUS.

Ubi & quando manumitti potest.

2. *Servi vero a dominis semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur; veluti cum Prætor, aut Præses, aut Proconsul in balneum, vel theatrum sunt.*

Tom. I.

## COMMENTARIUS.

**S**emper] Id est, omni die, sive festo, sive profesto, sive fasto, sive nefasto, *l. 2. l. 8. C. de feriis.*

*In transitu*] Cum aut lavandi, aut gestandi, aut ludorum gratia procedunt, Prætor, Proconsul, Legatusve Cæsar, *l. 7. de man. vind.* Neque enim necesse est pro tribunali manumittere, cum hic actus sit voluntarix jurisdictionis, *l. 2. de offic. Procons.* & præter approbationem, & auctoritatem Magistratus nihil desiderat.

## TEXTUS.

De libertinorum divisione sublata.

3. *Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat: nam qui manumittentur, modo majorem & justam libertatem consequerentur, & sicut civi Romani: modo minorem, & Latini ex lege Junia Norbana fiebant: modo inferiorem, & sicut ex lege Ælia Sentia dedititii. Sed quoniam dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abierat; Latinorum vero nomen non frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere, & in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, & in pristinum statum reduxit. Quia & a primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem, quam habebat manumissor; nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones; per quas, suggerente nobis Triboniano viro excelso, Quæstore nostro, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam alia constitutione per ejusdem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones: & omnes*

E

ff-

(1) *Diff. l. 3. cum seqq. l. 45. tit. 5. P. 5.*

(2) *L. 7. tit. 16. P. 6. l. 3. tit. 3. cod. l. 5. 6. & 7. tit. 22. P. 4.*



34  
**LIB. I. TIT. V.**  
*libertinos (nullo, nec ætatis manumissi, nec domini manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur) civitate Romana decoravimus; multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsentem, præstari.*

COMMENTARIUS.

1. Latini Liberti quo jure fuerint.
2. Quo jure dediti.
3. Antoninum exaquare omnes ingenuos, Justinianum omnes libertinos.

**A**ntea fuerat] Hoc non est referendum ad tempora liberæ Reip. sed sequentia. Nam, ut auctor est Suetonius, primus Augustus, cum servorum manumissione contemneret civitatem Romanam videre (quod & Dionys. Halicarn. lib. 4. conqueritur), eos multis difficultatibus a libertate justa removit: deque numero, & conditione, & differentia eorum, qui manumittebantur curiose cavet. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fusia Caninia, de quibus postea. Hinc Junia Norbana, Siliano & L. Norbano Cons.

Cives Romani] Scilicet, qui censu, vindicta, testamento, non qui per epistolam, aut inter amicos manumissi erant, Ulpian. in frat. & Cæjus in inst.

Latini] Qui non modis iustis aut so-

lennibus manumittebantur, sed minoribus, puta per epistolam, & similibus, Latini liberti fiebant ex lege Junia Norbana, qua cautum fuit, ut non majorem libertatem consequerentur, sed minorem, eandem nempe, quæ Latinis colonis concedebatur; unde cives Romani non efficiebantur; multis tamen rationibus ad civitatem Romanam pervenire poterant. Qui vero ex lege Ælia Sentia manumissi erant, minimam sive infertorem libertatem acquirebant, & ita ut ad jus civitatis nunquam pervenire valerent, vocabanturque *Dediti* in similitudinem eorum, quos populus Romanus post defectiorem victos in deditionem acceperat.

Civitate Romana decoravimus] Justinianus nullam inter libertinos differentiam reliquit, sed eos omnes civitate Romana decoravit, quod quidem nondum erat effectum. Nam famosa Antonini constitutio relata ab Ulp. in l. in orbe 17. de statu hom. qua omnes, qui in orbe Romano sunt, cives Romani dicuntur facti, ad eos tantum pertinet, qui naturali solo & patria impediuntur quominus cives Romani essent, non ad illos, quibus conditio personæ impedimento erat, quales libertini.

Et demum ipse Justinianus Imperator per Novel. 78. libertinos exaquaret ingenuos, salvo tamen manente manumissori jure patronatus, quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere, & successione libertorum, de quibus in tit. ff. de jur. patron. & aliquot seqq. lib. seqq.

TITULUS SEXTUS.

QUI, ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE

NON POSSUNT.

D. Lib. 40. Tit. 9. C. Lib. 7. Tit. II.

Argumentum tituli.

**I**gitur quod ex superiore sit, intelligi potuit, cum varii sint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumissorum omnium exauratione nihil derogatum est legi Ælia Sentia, quæ quibusdam ex causis libertatem impediēbat; sed quibus ex causis illa eam impediēbat ante

hanc exaurationem, ex iisdem etiam nunc obscat, quominus manumissi liberi fiant. Causæ dux duobus hujus legis capitibus, quæ hic proponuntur & explicantur, comprehensæ; quorum primo cavetur: *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi forte unum unicuique herediti habendi gratia*; altero: *Ne minoribus 20. annis aliter jus sit manumittere, quam juxta causam apud consilium apprehensa.*

Et

QUI, ET QUIBUS CAUSIS MANUM. NON POSS.

35

Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

TEXTUS.

De servo instituto cum libertate.

Præter caput legis Æliæ Sentia de manumittente in fraudem creditorum.

*Non tamen cuiquamque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit (1): quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.*

COMMENTARIUS.

**N**ihil agit] Nempe ergo ita manumissi liberi non sunt, & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, l. in fraudem 27. qui est a quib. man. sicut in universum quidquid lege prohibente fit, ipso jure nullum est, l. non dubium §. C. de legib. Quamobrem cum legitimas libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in l. §. 2. d. tit. l. 1. C. qui man. non poss. hoc minus proprie dictam accipimus, & respectu actus manumissionis, qui non continuo & ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur, donec constet fraudati sint creditores, necne: & si fraudati sunt, ipsum jure suo uti velint: nam si non sint fraudati, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est, & manumissioni retro liberi facti intelliguntur: si fraudati sint, & jure suo utantur, perinde habetur ac si nulla manumissio intervenisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus, manumissos vi ipsa statuliberos esse, l. 1. de statulib. Ipse autem manumissor & heredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, l. §. C. de serv. p. §. dat. in vi. fac. l. 3. qui est a quib. man. His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competit, non revocatur, §. semel 6. hoc tit. leg. 9. §. 1. de man. vind. Ex quibus omnibus manifestum est, errare D. Pacium, qui in notis marginalibus scribit, libertatem ipso jure competere, sed retractari. Alia longe ratio est edicti, quæ in fraud. cred. de quo late in §. 6. de att. infra.

1. Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut liber fiat, hæcque ei solus & necessarius, si modo ei nemo alius ex eo testamento heres extiterit: aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa ei heres non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est; & recte. Valde enim prospiciendum erat, ut egen-tes homines, quibus alius heres exiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem haberent, qui satisfactorus esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur (2).

COMMENTARIUS.

**I**N capite legis Æliæ Sentia: Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nominatim additur hæc exceptio: Nisi qui unum ex servis suis testamento liberum & heredem esse jussit: quod quamobrem a lege provisum sit, mox dicitur.

Heretque ei solus] Non quod necesse sit, solum eum heredem scriptum esse; sed si plures scripti sunt, ceteros deficere, & neminem alium heredem existere, ne ex secundando quidem gradu; utique libero homine substituto, l. si is qui §. 7. de her. inst. nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hereditatem capiet, l. qui solvendo 60. d. tit. Quid si duo servi eodem gradu instituti? Invicem sibi obstant. Cæterum altero ante apertas tabulas mortuo, is qui superest, liber & heres erit, l. 42. & seq. eod.

Necessarius] Ita dicitur, non quia hereditatem adire cogitur; sed quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & heres fit, §. 1. infr. de her. quæ. & diff. ac proinde ipso jure, sicuti sui & necessarii heredes, arg. l. furiosus 63. de acq. her. (3). Hoc tantum in-

E 2

ter-

(1) L. 24. tit. 3. P. 6.

(2) D. l. 24. tit. 3. P. 6.

(3) L. 21. d. tit. 3. P. 6. vers. E necessarios.

terest, quod Prætor suis heredibus potestatem facit abstinendi ab hereditate, necessarii non item, *l. necessariis 57. d. tit. de acq. her.*

*Valde enim prospiciendum erat*] Ratio exceptionis satis justa, videlicet, ut famæ defuncti parcatur, & auctoris ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in heredem servum potius derivetur, qui duplici de causa hoc æquo animo ferre debet: Primum quia rem pretiosissimam & inestimabilem, scilicet libertatem consequitur; deinde quia quidquid post mortem patroni sui adquisit, non est obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, *d. §. 1. inst. de her. qual. & diff. junct. l. 1. §. ult. de rep. ar.* Falluntur ergo qui scribunt, servum heredem necessarium conveniri posse, si is postea ad meliorem fortunam pervenerit, exemplo eorum, qui bonis cesserunt, *§. ult. infr. de ad.*

*Injuria*] Hoc est ignominia, quamvis enim edicto Prætoris de infamibus non notetur; oneratur tamen existimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cujus bona auctoris & hæc publice subijciuntur, cujus rei locupletem testem habemus Cicero-  
*nem pro Quinto c. 15. (1).*

„IN HISPANIA si bona testatoris, „qui servum proprium heredem instituerat, „solvendis creditis, & legatis non suffi- „ciant, quæcumque institui bona etiam „post testatoris obitum quæsitæ, eorum „solutioni erunt obnoxia, *l. 21. vers. E* „por tal, *tit. 3. P. 6.* Dum autem in *l. 24. „eod.* conceditur domino, qui non est sol- „vendo, aliquos servos heredem instituc- „te, non ita exaudiendum quasi ita in- „stituti possint simul libertatem consequi: „sed eo duntaxat effecta, ut uno deficien- „te, alter qui remanet, liber & heres sit, „ut jure Romanorum decisum extat in *l. 42. „de her. junct.* Sane ut defuncti famæ par- „catur, quod hujus juris ratio respicit, sat „est unum heredem existere.

## TEXTUS.

De servo instituto sine libertate.

2. Idemque juris est, etsi sine libertate

te servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit nova humanitatis ratione, ut ex scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur: cum non sit verisimile, eum, quem heredem sibi elegit, si prætermisserit libertatis donationem, servum remanere voluisse, & neminem sibi heredem fore (2).

## COMMENTARIUS.

*Nova humanitatis ratione*] Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus a domino simpliciter heres institutus, & liber & heres fiat: veterum quidem, sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de nec. serv. her. instit. junct. pr. infr. de her. instit.*

*Cum non sit verisimile*] Nam qui vult consequens, ut DD. hic notant, & in *l. 2. de jurid.* etiam antecessens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest (3): eademque ratione haud dubie & Paulus & Atilianus, quibus jam ante hæc sententia placuit, usi sunt. Verum hæc ratio aliis non satis idonea visa fuit, fortassis ideo, quia cum libertas sit aliquid majus & pretiosius ipsa hereditate, absurdum videatur, per consequentiam hereditatis datæ libertatem servo defendere, rem longe majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignius est & magis principale, a re minus digna minusque principali vires capiat, per *l. quod per manus 10. ff. de jure codicill.* Constitutio Justiniani ad adscripticios, sicubi sunt, trahi potest; & sic etiam si quis homini proprio, ut vecant, feudum dederit, eo ipso & libertatem ei dedisse censet D. Tulden. in *comm. hic cap. 3.* Sunt qui & libertatem datam præsumi oportere ajunt, si quis Turcam vel Paganum baptizari jubeat. Sed doctè hanc sententiam singulari dissertatione de manumissione per baptismum refellit celeb. Thomasius.

„Quod ad Hispaniam attinet, vide circa hanc Thomasi doctrinam, ea quæ scripsimus in calce §. 3. tit. 3.

TEX-

(1) D. l. 24. tit. 3. P. 6. in fine.

(2) L. 3. eod.

(3) D. l. 3. tit. 3. P. 6.

QUI, ET EX QUIBUS CAUSIS MANUM. NON POSS.

## TEXTUS.

Quid sit in fraudem creditorum manumittere.

3. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse (1). Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, & consilio manumittentis, & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.

## COMMENTARIUS.

[In fraudem] Descriptus hic locus est ex l. 10. ff. qui & a quibus man. Desiturus est solvendo esse] Species hæc sit: Sempronius, qui 1000. in bonis habebat, ac totidem debebat, servum in fraudem creditoris manumissit: quo facto 50. de bonis ejus decesserunt, ut jam creditores solidum consequi nequeant. Q. an impediat libertas. R. Impediri cum Cajo in d. leg. 10. Ratio in promptu est: quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest, l. solvendo 114. ff. de verb. sign. non potest autem, qui posse desit.

[Prævaluisse] Nisi hæc duo concurrant, ut & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditoribus eventu, atque re ipsa fraudentur, libertas non revocatur, d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss. Quod & ipsum proculdubio ex sententia legis simpliciter loquentis acceptum est, non ratione aliqua speciali & favore libertatis, ut putat D. Wesemb. sed communi, & ad revocationem ex edito: Quæ in fraudem creditorum, etiam pertinente; de quo dicemus ad §. item si 6. infra de all. Creditoribus igitur agentibus incumbet probare, se & eventu fraudatos esse, & manumissorem

animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut absuisse docetur, qua de re consulantur DD. hic & in d. §. 6. Cæterum hæc, quæ diximus, locum habent in libertate directò testamento data; in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, l. ult. C. qui man. non poss. forte quia ubi res adhuc integra est, & ab alio servus manumittendus, facilius visum est, impediri libertatem.

[De facultatibus suis amplius sperant] Plerumque homo humani ingenii vitio rei modicus, spei immodicus est: quod accidit frequenter his, qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus, quam ubi ipsi morantur, per institores exercent, d. l. 10. qui & a quibus man. ex quo loco apparet, quod hic traditur, etiam ad libertates inter vivos datas pertinere, non ad testamentarias duntaxat, ut male post alios Schneid.

## TEXTUS.

Alterum caput legis Æliæ Sentæ de minore viginti annis.

4. Eadem lege Æliæ Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.

## COMMENTARIUS.

Alterum caput legis Æliæ Sentæ fuit: Minoribus 20. annis non aliter manumittere jus esto, quam causa justa apud consilium approbata, l. 1. de manum. l. 1. 1. & regg. de man. vind. Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

[Quam si vindicta] Legendum cum D. Hotom. ex auctoritate librorum veterum: Quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio, & ita Theoph.

## TEXTUS.

Quæ sunt justæ causæ manumissionis.

5. Justæ autem causæ manumissionis sunt,

(1) L. 7. tit. 15. P. 5. veri. Esso mesmo.

38

LIB. I. TIT. VI.

sunt, veluti si quis patrem aut matrem, filium filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pedagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum alumnamve, aut collictanum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa: dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi justa causa impediatur; & servus, qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & septem annis manumittatur (1).

COMMENTARIUS.

**H**æc desumpta sunt ex *ll. 9. 11. & aliquot seqq. de manum. vind. & l. 21. qui & a quib. man.*

*Si quis patrem, &c.]* Finge filium, cum esset una cum parentibus naturalibus in eisdem domini potestate, heredem a domino institutum esse; hic filius, ut cæterarum rerum defuncti, ita & parentum suorum dominus efficitur. Justissimam autem eorum manumittendi causam habet.

*Procuratoris.]* Arbitror, in genere hanc manumissionis causam justam fuisse, etiam si minori 20. annis speciatim opus non esset procuratore ad iudicium, scilicet ut liber factus servus, tanto commodius officium procuratoris exercere tam in iudicio, quam extra iudicium posset. Itaque neque Cujacio assentior, qui *lib. 22. obs. 16.* locum hunc accipit de procuratore ad iudicium tantum (neque enim satis justa causa videtur, ut quis ob unam forte litem persequendam servum suum manumittat), nec DD. vulgo, qui de procuratore ad negotia duntaxat; quasi minor 25. annis alienæ litis procurator esse neutiquam possit: quod falsum est: quia tantum a. defendendum minor 25. annis procurator idoneus non est, *l. minor 51. de procur. l. 12. C. eod.* Iste autem servus, ut *hic* dicitur, non debet esse minor 17. annis; cui non est contrarium, quod in *l. 13. de man. vind.* dicitur, non debere eum esse minorem 18. annis, quia *ibi* talis dicitur, qui annum 18. attingit: *hic* vero qui 17. complevit.

*Matrimonii habendi.]* Verbum habendi delendum esse nemo, qui modo latine sciat, negare poterit: nec in aliis reperitur, ut

neque in *l. 20. §. 2. hoc tit.* nec in *l. 11. de man. vind.* nec Theoph. agnoscit. Et exigitur juramentum, ut mulier in uxorem ducatur intra sex menses; nisi tamen justa causa impediatur, veluti si patronus Senator fiat, *d. l. 13. junct. l. 23. de ritu nupt.*

»IN HISPANIA doctrina hujus text. »exaudienda est de procuratore ad negotia, *l. 1. tit. 22. P. 4.* *ibi*: para facerlo »procurador para recabdar sus cosas fuera »de juicio.

TEXTUS.

De causa semel probata.

6. Semel autem causa approbata, si vera sit, sive falsa, non retractatur.

COMMENTARIUS.

**E**X *l. 9. §. 1. de man. vind.* Ratio est, quia lex Ælia Sentia non causam exigit nominatim, sed causæ dictionem; & hoc est quod Marrian. ait in *d. l. 9. §. 1.* causæ probationi contradicendum esse, non etiam causam approbatam retractandam.

TEXTUS.

Abrogatio posterioris capituli legis Æliæ Sentia.

7. Cum ergo certus modus manumittendi minoribus 20. annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui 14. annos expleverat, licet testamentum facere, & in eo sibi heredem instituere, legataque relinquere posset; tamen, si adhuc minor esset 20. annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum: nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat, quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita & de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum v. luerit, permittimus, ut & libertatem eis possit præstare? Sed cum libertas inæstimabilis res sit, & propter hoc ante 20. annis annum antiquitas libertatem servo dare præ-

bc-

(1) *L. 1. tit. 22. F. 4.*

## QUI, ET EX QUIBUS CAUSIS MANUM. NON POSS.

39

debat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20. annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi 17. annum impleverit, & 18. attigerit. Cum enim antiquitas hujusmodi ætati & pro aliis postulare concesserit: cur non etiam sui iudicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

## COMMENTARIUS.

**N**am cui tororum] Argumentatur a majori ad minus, cui quod plus est licet, ei non debet quod minus est non licere, l. 21. de reg. jur.

Cum libertas inestimabilis res sit] Aliam rationem legis Æliæ Sententiæ fuisse existimo, nempe quod servi junioribus dominiis facile blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut eos manumittant, arg. §. 4. imp. res. vel pro turpis alicuius obsequii compensatione. Est quidem libertas res inestimabilis ipsi servo; at servum libertate donare non est inestimabile domino, cui longe plus est, posse aliquem heredem instituire, prædium legare, quam servo vilissimi pretii dare libertatem; licet ipsi servo majus sit libertatem accepisse, quam hereditatem aut prædium.

Ideo nos mediam viam eligentes] Hinc inferunt; posse quandoque iudicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, Cujac. 17. obs. 25. Et sane causa anceps per mediocritatem optime dividitur, etiam Paulo teste in l. filio 7. ut legat. nom. cas. Sic cum de dominio speciei ex aliena materia factæ dissensio inter Sabinum & Proculum esset, Cæjus in l. 7. §. cum quis 7. de acq. rer. dom. mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus §. cum ex aliena 25. inf. de rer. div. Et Tiberius Cæsar, cum servus ejus Parthenius tanquam inge-

nuus hæres scriptus esset, cum substituto Parthenii hereditatem divisit, l. & hoc 41. de her. instit. §. ult. inf. de vig. subit. Videndum tamen semper est, quid suadeat ratio juris.

Nisi 17. annum] Jure novissimo permittitur non minus libertates, quam res alias testamento relinquere ea ætate, qua testamentum facere permittum est, masculis nimirum anno ætatis quartodécimo, feminis duodecimo, Nov. 119. c. 2.

Pro aliis postulare] Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati sunt ad prodeundum in publicum & causas agendas (1): atque hac ætate & paulo majoræ fertur Nerva filius publice de jure responsisse, l. 1. §. 3. de postul. Est autem, si libere philosophandum est, vitiosa hæc collectio; adolescens annum ingressus 18. pro alio postulare potest; ergo & servum suum testamento manumittere; sunt enim hæc plane diversa. Ne pigeat in transitu discere, pueros ingenuos usque ad annum ætatis decimum sextum prætexta puerili toga, usos fuisse, ingresosque annum decimum septimum puram, quæ & virilis dicitur, sumpsisse: quo fere anno ad Oratorem aliquem deducebantur, cum quo in forum descendentes annum unum patronos audiebant, quo assiduis auscultationibus confecto, causas ipsi agere, tanquam jam informati & non omnino rudēs instituebant; funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebant: nam Augustus annum ætatis duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudasse traditur, Sueton. in Aug. cap. 8. add. Car. Sigon. lib. 3. de jurit. c. 18. Hotom. hic.

IN HISPANIA demino majori 14. annis permittitur, servos suos testamentato manumittere: at inter vivos non aliter manumittere poterit, quam si 20. annum excesserit; vel saltem 17. quando nempe iuxta manumissionis causa adest, l. 1. tit. 22. P. 4. ubi & justæ causæ recensentur.

TI-

(1) L. 2. tit. 6. P. 3.

TITULUS SEPTIMUS.  
DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDÆ.

*Lib. 7. Cod. Tit. 3.*

TEXTUS.

*Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis, quam quasi libertates impediētem, & quodammodo invidiam, tollendam esse censuimus; cum satis fuerit inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem; morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.*

COMMENTARIUS.

**C***ertus modus*] Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat, vide Ulp. tit. 1. Cajum lib. 2. tit. 1. Paul. 4. sent. 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio in Aug. cap. 40. intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis sortididis hominibus civitas Romana contaminaretur.

*Testamento*] Cur non etiam inter vivos? Nimirum quia & sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est, ut vivi & valentes tam profuse liberales simus, ut ea faciamus, quæ mox morituri; cum rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, liberalitatis laudem rum ma-

xime venantes. Pertinet huc insignis locus apud Dion. Halic. lib. 4. p. 228. ubi scripsit: Multos se vidisse, qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent, ut pileati funus sequerentur. Atque hic fere mos est Legislatorum, ut ea sola prohibeant, quæ facile fieri posse existant, non quæ difficulter, l. 4. in fin. ad Senat. Vell. ubi eadem ratio redditur, cur Senatus intercessionem mulieris prohiberit, non donationem; atque eadem ratione lex Julia fundum dotalem obligari vetat etiam consentiente muliere, non vero alienari *pr. infr. quib. al. lic.*

*Totam familiam*] Id est, ut Theoph. vertit, *παστας τῶνλευτρῶν, οὐσεις servos.* Servos enim unius domini familiam Veteres frequenter appellant, ut in tit. si fam. fut. sec. l. pronuntiatio 195. §. servitutem 3. de verb. sign. atque in urbanam, & rusticam dividunt, l. urbana 166. eod. Alias plerasque hujus vocis significationes habes in d. l. pronuntiatio.

*Alia causa impediatur*] Puta si manumissor solvendo non sit, vel minor decem & septem annis.

*Morientibus adimere*] Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque certe non procedit, si legis Fusie spectemus rationem, quæ hæc est; quod facilius in testamento manumittimus, quam inter vivos, l. 4. in fin. ad Senat. Vell.

TITULUS OCTAVUS.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

*D. Lib. I. Tit. 6.*

TEXTUS.

Altera divisio personarum.

*Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam persone sui juris*

*sunt, quædam alieno juri subjæctæ. Rursus earum, quæ alieno juri subjæctæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjæctæ sunt. Nam si*

co-

## DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

*cognoverimus, quoniam istae personae sunt, simul intelligemus, quae sui juris sunt; ac prius inspiciamus de his, quae in potestate dominorum sunt.*

## COMMENTARIUS.

**P**roponitur hic ex Cajo l. 1. hoc tit. alia personarum divisio: sed non sine vitio. Primum quia haec ex summa illa, quae sub tit. 3. tradita est, non deducitur: deinde quia de servis jam ante intellectum est, eos omnes esse juris alieni, ut nihil necesse fuerit rem eandem inculcare. Rectius fecissent Compositores, si hic omnis servus, quorum omnium eadem conditio est, liberorum hominum differentias, sicuti instituerant §. ult. dist. tit. 3. porro persecuti essent, eosque subdividissent in eos, qui sui, & qui alieni juris sunt, aut in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian. l. 4. hoc tit. Excusantur tamen, quod cum de vi & effectu dominicae potestatis adhuc cognoscendum erat, secretas superiore divisione personas in unum iterum coegerint.

## TEXTUS.

## De jure gentium in servos.

1. *In potestate itaque dominorum sunt servi (1): quae quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem fuisse: & quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.*

## COMMENTARIUS.

1. *Jus vitae & necis neque omnes gentes usurpare, neque justitia interna licere servum occidere.*

**E**X quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat. Ceterum quod hic ex Cajo l. 1. §. 1. hoc tit. Justinianus refert, apud omnes gentes summum illud jus vitae & necis in servos usurpatum fuisse; de majore parte accipiendum est, deque eo, quod impune in servos fit ex rigore juris gentium. Nam apud mul-

(1) L. 6. tit. 21. P. 4.

tos populos jus hoc usurpatum non fuisse, sed servos humaniter tractos, ut apud Parthos, Germanos, Hispanos, ipsosque adeo Graecos, testes sunt Justin. lib. 41. 2. Tacit. de moribus Germ. lib. 26. Artheneus lib. 6. Bodin. 1. de Repub. 5. Grot. 3. de jur. bell. & pac. 14. Et agnoscunt omnes, multum distare id, quod impune in servum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri sine. Cum in servum, inquit Seneca 1. de clem. 18. omnia liceat, est aliqui, quod in hominem licere commune jus videtur. Et vero si natura inter homines omnes cognationem quamdam constituit, l. 3. de just. & jur. consequens est, hominem in hominem severe, nefas esse; ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est: *Dominum, quod justum est & equum, servis praestare: sciatis quod & vos Dominum habetis in Caelo, ad Coloss. 4. vers. 1.*

*Quodcumque per servum acquiritur* (2). Hoc ut rationi juris gentium convenit (nam qui in aliena non tantum potestate, sed etiam dominio est, nihil proprium habere potest, de quo plenus in §. item vobis 3. inf. per quos pers. cuj. acq.); ita nihil admodum iniquitatis habet, quoniam dominus vicissim ad alimenta servo praestanda obligatus est.

## TEXTUS.

## De jure civium Romanorum in servos.

2. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum saevire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus a quibusdam Praesidibus provinciarum de his servis, qui ad eadem sacram, vel statum Principum confugiunt, praecipit, ut si intolerabilis videatur saevitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditio-*

F

(2) L. 7. tit. 21. P. 4.



42

LIB. I. TIT. VIII.

nibus vendere, ut pretium dominis daretur (1), & recte: expedit enim Respublicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescritti ad Aelium Marianum missi verba sunt hæc: Dominorum quidem potestatem in servo illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi: sed & dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Junii Sabini ad sacram statuam confugerunt, & si vel durius habitos, quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciat hoc me admissum adversus se severius executurum.

COMMENTARIUS.

1. Etiam circa minores penas in servos oportere adhiberi æquitate.
2. Sicarius, adulteris, raptoribus, & similibus criminum reis jus asyli dandum non esse.
3. Potestatem, quam dominus in re sua habet, lege civili posse restringi.

**R**efert hic Justinianus ex Cajo & Ulp. l. 1. & l. 2. hoc tit. Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua plerique immoderate utebantur; quæ hujus potestatis moderatio ad jus nature sive internam justitiam jus illud exterius reëraxit.

*Sine causa*] Nam ex causa licet; puta si servum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum occidere jus sit (2).

*Nam minus puniti judicatur*] Hoc est, publico judicio legis Corneliæ de sicariis non minus obnoxius est & reathomicis, quam si alienum servum occidisset: nam lex Cornelia non distinguit, quis homo occisus sit, l. 1. §. 2. ad l. Corn. de sic. (3).

*Major astrictas*] (4). Modica autem castigatio dominis permittitur, l. unie. C. de emend. serv. & tamen circa penas minores,

puta verbera, in servos adhibenda est æquitas, imo & clementia. Sic Apostolus ad Ephes. 6. v. 9. postquam servis imperat, ut dominis carnalibus obediant, cum timore & tremore, in simplicitate cordis sui; loquens de dominis, eis jubet, ut minus servis remittant, inquit: Quia & illorum, & vester Dominus est in Cælis: & personarum acceptio non est apud eum. Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & validitatis servorum humane habenda ratio, quod ipsum præter alia spectat Lex divina in sabbati inscitacione: nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum.

*Ad eadem sacram*] Ad fana seu templa, quo confugiens suspecti criminum capitalium receperantur, Tacit. 3. annal. cap. 60. quia ab his locis neminem eripere fas erat. Sublato paganismo Imp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt, tit. C. de his qui ad Eccl. conf. sed levioris tantum delicti suspectos recipi voluerunt, non sicarios, adulteros, raptores, aut similibus criminum reos.

*Ad statum Principum*] Statuæ etiam Principum his, qui ad eas confugissent, asylica fuere, leg. 1. §. 1. de offic. Pref. urb. l. unie. Cod. de his qui ad stat. Princ. conf. quæ statuarum veneracione sanè antiqua est. Meminit Livius lib. 23. c. 10. statuæ Prolomæ Regis apud Cyrenas, ad quam cum quidam Decius Magius Campanus, qui a Pænis victus Carthaginem ducebatur, confugisset, manus hostium evaserit. Plura de statuæ & imaginibus Principum vide apud Brisson. 4. antiq. 11.

*Cogatur servus suas*] Apud Græcos quoque, servis durius habitis licebat nãm citius, ad vendicionem proclamare, teste Plutarcho napi vendidit. de superst. aut extra pecunia se redimere, ut ex Plauti Cæcilia discimus, quæ Comœdia Attica est. Simile exemplum extra in l. unie. si a parent. quis man. de patre, qui filium, quem contra pietatem male afficiebat, manumittere cogitur.

*Justo conditionibus*] Justo pretio: item ne gravis conditio vendicioni a domino servis infensiore apponatur; veluti, ut ne manumittantur; ut Italia exportentur; ut in vinculis semper habeantur, Theophil.

*Vendere*] Nemo rem suam vendere cogitur

(1) L. 6. tit. 21. P. 4.

(2) D. l. 6. tit. 21. P. 4.

(3) L. 9. tit. 8. P. 7.

(4) Diff. l. 6.

## DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JORIS SUNT.

tor (1), l. *in vitium* 11. *Cod. de const. emp.* ac ne justo quidem pretio, l. 9. *de ad. rer. amot.* nisi id exigat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ variæ esse possunt; veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites & maxime negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vendere, per l. 1. §. *cura* 11. *de offic. Praef. urb.* l. *annonam* 6. *de extraord. crim.* In servis hîc est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum. Est & favor libertatis, §. *ult. infra de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie l. 12. *in fin. de religio.* Vide Ant. Gom. hos casus perscrutantem 2. *par. c.* 2. n. *ult.*

*Pretium dominis daretur*] Observandum etiam tunc, cum quis ex justa causa rem suam alienare cogitur, pretium ei reddendam esse.

*Expedit enim Reipub.*] Est quidem unusquisque rei suæ moderator & arbiter, l. *in re mandata* 21. *Cod. mand.* in tantum ut etiam abuti possit, l. *sed & si* 25. §. *consulit* 11. *de her. pat.* Cæterum inter Reipub. hujus arbitrio modum a lege præscribi, ne privati fortunæ suis abutendo, publico noceant. Accedit hic confictio personæ, quæ licet fortuna servus, homo tamen est & jure naturæ domino æqualis. Nimirum Reipub. insitutio id secum fert, ut dominium quoddam habeat superius singulorum dominio ad necessitates, aut utilitates publicas; quod Grotius lib. 2. *de jur. bell. & pac. cap. 2.* & in *for. impar. ad leg. Barbarius* 1. *de off. Præf.* appellat dominium eminentis, & in hanc sententiam egregie disputat Placo lib. 11. *de legibus.* Hinc est, quod Princeps etiam de bonis subditorum disponere pot-

est, dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem. Qui de causa etiam persepe potestas, quam quique dominus in re sua habet, lege civili restringitur ac terminatur.

*Nec cuiquam hominum jus suum detrahit*] Ratio de iurandi in hoc recepto. Unde intelligimus, ne a Principe quidem posse cuiquam jus suum sine causa detrahi; de quo vult. *Hæron. Blaur. quest. cap. 1.*

*Sed & domi non interest*] Alia decidendi ratio præter eam, quæ supra posita est, ad ipsos dominos pertinens; ne videlicet servi, si nullum sibi contra sævitiam auxilium pararam esse sciant, aut aufugiant, aut manus sibi afferant, aut in perniciem dominorum aliquid machinentur. Cæterum ex iis, quæ supra disputavimus, abunde liquet, opus non esse, ut causa coercendæ dominicæ potestatis summo gentium jure concessæ aliunde petatur quam ex eo quod ratio naturalis fieri sinie, a qua longe abit absoluta illa & infinita potestas, quam pleræque gentes, & cum his Romani usurparunt.

« IN HISPANIA præ oculis habenda  
 « est nova constitutio seu Bulla Clementi-  
 « tis XIV. data die 12. Septemb. ann. 1772.  
 « qua Pontifex Regi nostro Carolo III.  
 « quem Deus servat in salutem Italiam  
 « gerens, asylam coarctavit ad unam vel ad  
 « summam duas Ecclesias seu loca sacra in  
 « unaquaque Civitate aut oppido, prout Or-  
 « dinarius Ecclesiasticus designaverit, ut in  
 « hoc Valentino Regno jam ante observaba-  
 « tur. In qua constitutione sic Bulla Grego-  
 « XIV. Bened. XIII. Clement. XII. & Be-  
 « ned. XIV. quæ quorundam delictorum reos  
 « a beneficio asyli excludere, recensentur.

## TITULUS NONUS.

## DE PATRIA POTESTATE.

*Lib. 8. Cod. Tit. 47. (2).*

*Continuatio & Argumentum tituli.*

**S**equitur pars altera divisionis initio *nuptiarum* tituli traditæ, ad eos pertinentes, qui sunt in potestate patria. Potestas hæc tribus modis consecuitur: justis

nuptiis, legitimatione, adoptione. Nuptiarum naturalem hujus potestatis causam continens, ideoque de hoc modo primo loco quæritur; doceturque *hoc titulo*, quid sint nuptiæ: cu-

(1) L. 1. ff. 1. P. 1.

(2) Tit. 1. P. 4.

44. jus juris sit patria potestas; qui quos in potestate habeant. De effectis hujus potestatis, quod Justinianus omisit, nonnihil nos dicemus in exegesi §. 2. *hoc tit.*

LIB. I. TIT. IX.

TEXTUS.

*In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus (1).*

COMMENTARIUS.

**E**X justis nuptiis] Nam, ut nuper diximus, liberi ex injusto matrimonio nati in potestate patris non sunt, l. 1. de stat. homin. (2), adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, sicut nec vulgo concepti, §. pen. seq. tit. Lege quidem naturæ matris conditionem sequuntur, ut scribit Jurisconsultus in l. lex naturæ 24. d. tit. Sed cum feminæ liberis in potestate non habeant, §. femina 10. infr. de adopt. sequitur, eos nec in potestate avi materni esse (3).

TEXTUS.

Definitio nuptiarum.

1. Nuptiæ autem sive matrimonium est viri & mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens (4).

COMMENTARIUS.

1. Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium consentium nihil desiderari.
2. Non licet plures uxores eodem tempore habere.
3. Quo sensu nuptiæ dicuntur individua consuetudo, & que gentes in ea perpetuo perseverant.
4. Quid vitæ consuetudine significetur.
5. De sponsalibus.

**N**uptiæ sive matrimonium] Promiscue fere vocabula, nuptiæ & matrimonium, usurpantur. Sæpe tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis diei, ut in l. pen. de don. int. vir. & uxor. l. sancimus 24. C.

de nupt. Illud translaticium est, nuptias a nubendo dictas esse; eo quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obuubere flammæ solebant, idque Festus, Nonius, & alii complures nominat. Seneca in *Octavia* de Poppæa Neroni nubente v. 702.

*Velata summum flammæ tenui caput.*

Conjunctio] Hoc generis loco ponitur: & simul causam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, l. si serva 39. §. 1. de jur. det. (5). Sed ad vinculum matrimonii consensu stabilitum nihil adjicit juxta tritum illud: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*, l. nuptias 30. de reg. jur. (6). Sunt qui ad implendas nuptias jure Romano necessariam fuisse existunt solemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus usurpata fuit, aut nuptiarum festivitatem, per l. 5. de rit. nupt. l. 15. de cond. & dem. l. 6. C. de donat. ante nupt. l. sancimus 24. C. de nupt. Sed verius est, neutrum eorum ut necessarium desiderari, ut intelligere licet ex responso Scævolar. l. pen. de don. int. vir. & uxor. & rescripto Theodosii l. si donationem 25. C. de nupt. nec admodum difficile est ad superiores locos respondere. Nam in l. 5. de rit. nupt. Jurisconsultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, sed rationem ac formam tantum deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in l. 15. de cond. & dem. ait, conditionem nuptiarum tunc impleram esse, cum uxor ducta est, & Justinianus in l. 24. C. de nupt. conditionem nuptiarum non aliter impleri, quam si ipsa nuptiarum accedat festivitas, ex mente extraneorum sumptum est, qui cum nuptias alicujus futuras nominant, ad solemnitatem nuptiarum cogitationem referre solent. Sed & in re ambigua hoc ritu consensus declaratur, & nuptiæ ex deductione aut festivitate intelliguntur perfectæ; quod tantum ostendere voluit Imp. in d. l. 6. C. de donat. ante nupt. Qui præcorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Bris. lib. singul. de rit. nupt.

Pii

(1) L. 1. tit. 17. P. 4.  
 (2) L. 2. eod. tit.  
 (3) Dist. l. 2. in fin.

(4) L. 1. tit. 2. P. 4.  
 (5) L. 6. tit. 2. P. 4.  
 (6) L. 5. eod. l. 4. tit. 1. d. P. 4.

## DE PATRIA POTESTATE.

2 *Viri & mulieris*] Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. At, *mulieris*, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successive plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio per mortem alterius soluto, aliam ducere, prohibitum non est. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere; idque divinæ simul ac naturali legi convenienter: quia etsi non adverteretur primis principiis, seu juri gentium primario, adverteratur tamen secundario, conclusionibus nempe ex principiis deductis. Cum autem jus gentium secundarium non sit penitus immutabile, ut diximus §. 11. *de jur. nat. gent. & civ.* nihil mirum quod nonnulli antiqui Patres, ut Abraham, Jacob, & David polygami fuerint; quia illi vel ex revelatione, & dispensatione divina in polygamiam consenserunt, vel quia invaluit tunc licita consuetudo plures accipiendi uxores, Innoc. III. in c. 8. *de divort.* Div. August. *lib. 22. contr. Faust. c. 47.*

3 *Individuum*] Verbum hoc, *individuum*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc est atque indivisum; quo sensu individua hereditas dicitur a Modestino *l. sine 32. §. Lucius 6. de adm. tut.* & a Paulo *individuum curæ officium, l. Lucius 46. §. 1. eod.* Altero modo pro eo, quod dividi non potest; ut cum servitutes, obligationes, stipulationes *individuas* dicimus. Atque utraque significatio huic loco convenit; prima quidem simpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit; altera secundum quid, videlicet respectu aliarum conjunctionum & societatum, quæ facile dividi, hoc est, separari & pro arbitrio unius divortia possunt. Neque enim nuptiis passim renuntiare licet (1); adeoque Imperatores Christiani non nisi ex gravissimis causis divortia admittunt, *l. 8. C. de repud. Nov. 117. c. 8. & 9.* Dici etiam potest, conjugale vinculum ex proposito & voto contrahentium perpetuum atque individuum esse, licet ex accidenti aliquando contingat separatio (2), quod in definitione considerandum non fuit.

Quod si hæc res ad primam matrimonii institutionem, & ad eam, quam hic

45 Deus sibi partem vindicat, exigatur; nulli justius hæc conjunctio dicitur *individua*. Nam, ut Christus nos docet, initio conjugium sic a Deo institutum est, ut indissolubile esset. Et Deus interveniens personas conjungit. Quod autem Deus conjungit, homo separare non debet, *Matth. 19. (3)*; quo etiam loco, & *Matth. 5.* prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex causa adulterii sunt. In illa autem, quam dixi, perpetua atque individua vitæ consuetudine Germanos persistisse, scribit Tacitus *de morib. German. cap. 28.* Apud Romanos quoque a condita urbe usque ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium intercessisse, testes sunt Dionys. Halic. *lib. 2. Val. Max. lib. 2. cap. 1. Gell. lib. 4. cap. 3.* Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut iidem testantur. Procedente tempore divortia passim & sine ulla causæ redditione permixta, sed viris duntaxat, ut arguit locus Plauti in *Mercat. act. 4. sc. 6.* Tandem etiam uxoribus, ut constat ex *tit. de divort. & repud.* Juvenalis *satur. 6.* notat mulierem, quæ crebro divertendo, intra quinquennium octies viros permutaverat.

*Individuum vitæ consuetudinem continens*] His autem verbis existimo, Justinianum significare non tantum domesticam societatem & conversationem, sed etiam reum quandam communionem & indivisum rerum omnium inter conjuges usum. Atque hanc interpretationem adjuvat Modestinus *l. 1. de rit. nupt.* cum ait: *Nuptia sunt conjunctio viri & femine, consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* Nuptia enim res est, sive divini, sive humani juris, quam conjux cum conjuge non communicat, cujusque inter eos salva honestate conjugii promiscuus usus esse non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit suscipi *socium divini & humane donatus, l. 4. Cod. de virin. exp. her.*

Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta a spondendo, quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras, *l. 2. de sponsal. Gell. lib. 4. c. 4.* unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata est, *l. 3. eod.* Sunt autem sponsalia, ut Florentinus definit: *Intentio & promissio futurarum nuptiarum, l. 1. eod. (4).*

\*\* IN

(1) *L. 7. tit. 2. P. 4.*(2) *Dist. 1. vers. E como quier.*(3) *L. 3. eod. vers. E el otro bien.*(4) *L. 1. tit. 1. P. 4.*

IN HISPANIA divortia non iun: nisi ex certis causis ab Ecclesia probatis, de quibus huc agunt Insuper juris canonici ad quod hoc argumentum precipue spectat: Agitur tamen de eo tit. 10. P. 4.

## TEXTUS.

## Qui habent in potestate.

2. *Jus autem potestatis, quod in liberis habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberis habeant potestatem, qualem nos habemus.*

## COMMENTARIUS.

1. Quo sensu patria potestas dicatur propria civium Rom.
2. Jus patrie potestatis per herili initio fuisse, sed sensim multis modis intermissum.

Certum est, Justinianum hoc loco disingere voluisse patriam potestatem a dominica, idque a causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium: hæc patriam dicit esse propriam civium Rom. sive juris civilis. Videmus, quam recte juris civilis esse dicuntur non solum quæ sunt juris mere positivi, sed etiam ea, quæ mixti juris sunt, & secundum quid tantum civilis: quatenus scilicet cum aliqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant, lex civilis certam eis fornam dedit, novisque qualitatibus induta civium ea propria fecit, exclusis ab eorum communione peregrinis: quod pluribus docemus, & exemplis declaramus §. 2. *sup. de jure nat. gent.* Inter ea, quæ mixti juris sunt, numeranda est patria potestas: nam origo ejus non ex alio jure, quam ex quo matrimonium, quod prima & antiquissima patris imperii causa est; nimirum maritus ut capiti familiæ, naturæ lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in servos; quamvis non eodem imperii genere omnibus imperet. Nam, ut recte & naturali rationi convenienter docet Aristot. 1. *Pol. c. 1. & 3. Ethic. 12.* neque maritus uxorem, neque pater liberos servilli imperio regere debeat; sed uxorem *maritus*, *civilliter*, id est, in Optimum Republ. Magistratus cives suos: liberos autem *domi-*

*nicis*, *regis*, hoc est, ut Rex subditos, quos ut Rex amat, & ut ad eorum utilitatem omnia dirigat: ita & liberos ex se amicos amat pater, curam eorum gerit, hisque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter & in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquior, & tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius est bellis & servitutibus. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait Plinius in *Paneg. Trajan.*

At considerata in specie & definite secundum leges & mores Romanorum, civilis est: & hoc sensu recte opponitur potestati dominicæ, quæ veri est juris gentium, §. 1. *sup. præced. tit.* Ac tamen Antoninus modum dominicæ potestati posuit, non ideo tamen ea facta est juris civilis sive civium Rom. propria, quippe cum & peregrini idem semper jus habuerint; sed res tantum revocata est ad rationem juris gentium primævi. Vid. quæ notamus *sup. d. §. 1. & 2.* Esse autem hæc etiam mentem Justiniani, verba *hujus §.* non obscure ostendunt. Nam hoc ipso quod ait, nullos alios homines talem potestatem in liberis habere, qualem cives Romani habent, satis significat, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant. Utiq; quæ formas vivendi Græciæ civitatibus considerunt, certum voluerunt esse modum patrie potestatis, ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modice castigare: qua via si nihil proficere, ultimum erat, ut eos abdicarent; id est, nullos re omni domo expellerent: quæ *abdicatio*, *amiciq; jus* dicebatur, *l. 6. Cud. hoc tit.* Eam autem potestatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adscriptione, testæ Dionys. *Hilicarn. lib. 2. p. 69.*

Romanorum vero in liberos potestas neque finem habuit, nec modum. Non finem, quia in omne vitæ filii tempus producti fuit, etiamsi summos honores gessisset, & laudem singularis erga Republic. scilicet consecutus esset. Non modum; quia immensa fuit. Nam primam ex lege Romuli, repetita postea & confirmata a Decemviris, filiusfam. in patris sui manu, potestate, mancipioque erat, habebatque pater jus in eam vitæ & necis, terque veniendi potestatem; in quo majas etiam jus patris, quam domini fuit, auctore eodem Dionys.

## DE PATRIA POTESTATE.

mys. d. lib. 2. fac. l. in xis 11. de lib. & postum. Tamen potestas vendendi filios contra ingenuitatem non operat: nam manumisi ab empore non libertini sebant, sed ingenui. Quod significare voluit Constantinus in l. ult. C. de patr. potest. dum ait non licuisse patri filio eripere libertatem. Libertatem enim pro ingenuitate veteres nonnunquam dixerunt. Vide quæ diximus in pr. de libertinis vers. Liberi. Quod vero Ulp. in l. 8. de his qui sui vel alien. jur. scribit, jus potestatis moribus receptum esse: id tantum, ut ego existimo, verum est respectu quorundam effectuum, qui moribus vel introducti sunt, ut substitutio pupillarum, l. 2. de vulg. & pup. aut in imaginarios conuersi, ut venundandi potestas.

Præterea quemadmodum servus domino, ita filius omnia acquirebat patri, ut scribit idem auctor lib. 8. sed jus illud vitæ & necis, vendendi, alienandi, mancipandi potestas, utpote a ratione juris naturæ, atque a pietate, in qua patris imperium consistere debet, l. 5. de leg. Pomp. de parricid. nimis longe recedens, merito postea displicuit, permissumque duntaxat patri privatim filium castigare & corrigere (1): si vero quid tale filius admisisset, quod graviores animadversionem desideraret, ad Magistratum rem deferri leges voluerunt, l. 2. C. de patri. potest. l. unic. C. de emend. prop. l. 2. ad leg. Corn. de sicar. Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari ceperunt Græcorum condimentis, ut videtur: a quibus cum bonarum literarum disciplinas accepissent, ad hanc sententiam mansuetudinem morum facilitatemque revocari. Sed & jus acquirendi per filium multis modis luminum est, de quo dicemus infr. tit. per quas pers. cap. seq. Alia quoque pleraque patriæ potestatis effectus procedente tempore multum immutata sunt, ut suis locis indicabimus.

## TEXTUS.

Qui sunt in potestate.

3. Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus & neptis, æque in tua sunt potestate; & pronepos & proneptis, &

47  
deinceps ceteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt, sed in patris eorum (2).

## COMMENTARIUS.

Qui ex filio tuo] l. 4. de his qui sui vel alien. jur. Ratio perspicua est. Quia in familia avi paterni nascitur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subiecti sunt familiæ principi, qui hic est filii pater: & qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest, l. sic eveniet 21. ad l. Jul. de adult. l. 5. ff. de his qui sui vel alien. jur.

Qui autem ex filia tua] Nati ex filia mea, non in mea, sed in patris sui potestate & familia sunt, l. cum legitime 19. de uxor. bon. l. familia 196. §. 1. de verb. sign. (3). Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur, l. pronuntiatio 195. §. ult. d. tit. At, inquis, cum nuptiis filiazam, non solvatur jus patriæ potestatis, §. 2. infr. de uxor. Tertyll. cur non etiam is, qui ex filia mea nascitur, æque est in potestate mea, sed in potestate patris sui? Respondeo, id fieri & civili ratione qua filius ex legitimo matrimonio natus parcem sequitur, d. l. cum legitime 19. (4), & naturali, sive potius jure gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure ejus, qui caput est familiæ. Adeoque pater elocando filiam, hæcenus juri suo cedere intelligitur, sicut & plerisque aliis in rebus, de quibus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat usu, aut cœmptione, in familiam & potestatem viri transibat, eratque ei filia loco & jura suorum heredum in familia nanciscatur; materque familias appellabatur, cum alix uxores tantum essent, & maronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu si filia familias nupta in manum viri convenisset, in eorum solvebatur jure & potestate patris. Si quis est antiquitatis studiosior, is Hotom. adæat, qui quidquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex Cic. in Topic. cap. 3. & Boët. ibid. Dionys. Halicarn. lib. ant. 2. p. 95. Gell. lib. 18. cap. 6. Ulp. in fragm. tit. 9. diligenter collegit.

IN HISPANIA qui nascuntur ex filio tuo

(1) L. 9. tit. 8. P. 7.

(2) L. 1. & 2. tit. 17. P. 4.

(3) D. l. 2. in fin. tit. 17. P. 4.

(4) D. l. 2. vers. E estos filios.

« tuo non sunt in potestate tua, sed in pa-  
 « tris eorum, quia is per matrimonium a  
 « tua potestate fuit liberatus, siveque juris  
 « effectus. Non sunt igitur apud nos nepo-

« tes in potestate avi sui. Hoc tamen ita,  
 « si nuptiæ fuerint benedictæ, de quo plu-  
 « ra loquimur *tit. quib. mod. jus patr. pot.*  
 « *solv. in fin.*

## TITULUS DECIMUS.

## DE NUPTIIS (1).

*D. Lib. 23. Tit. 2. C. Lib. 5. Tit. 4. Novell. 74.*

## Ratio ordinis &amp; Argumentum tituli.

**E**tsi superiore titulo de nuptiis dici cœ-  
 ptum est, ut primo & præcipuo mo-  
 do constituendæ patriæ potestatis;  
 tamen cum ex iis, quæ ibi dicta sunt,  
 nondum intelligamus quæ sunt justæ nu-  
 ptix, ex quibus nati demum sunt in pote-  
 state patris, ideo ejus rei tractatio *hoc lo-*  
*co* subjicitur, doceturque, ad justas nuptias  
 quæ res exigantur, quæ personæ, & qui-  
 bus matrimonio jungi non possint, qua poe-  
 na afficiantur qui adversus præcepta legum  
 cœdunt. Ad extremum & alius constituendæ  
 patriæ potestatis modus explicatur, quem  
*Legitimationem* nunc vulgo appellamus.

tum ex nostra constitutione modum.

## COMMENTARIUS.

1. Quid in hoc argumento vocabulum *justas* significet.
2. De ætate cœventium.
3. De eorum consensu.
4. De consensu parentum addibendo.
5. Et quid de jure Canonico.

**J**[ustas] Justæ varix sunt pro adjuncto  
 significationes. *Hoc loco* justum idem  
 significat, quod legitimum: & justæ  
 dicuntur nuptiæ, quæ secundum jura ci-  
 vilitatis Romanæ inter puberes cives contra-  
 huntur; eodem sensu, quo justum matri-  
 monium in *l. i. i. unde vir & uxor*. Sic ju-  
 sti liberi dicuntur legitimi, ad differentiam  
 naturalium duntaxat, & vulgo quæsitorum,  
*l. 5. §. pen. l. 11. l. 12. de stat. hom.* justus  
 pater ad differentiam naturalis, *l. 44. §. 3.*  
*hoc tit.* justæ uxor, *l. 31. eod.* quæ legitima  
 in *l. 4. eod.* In genere autem justæ nuptiæ  
 habentur: Quæ secundum cujusque populi in-  
 stituta contrahuntur.

Cives Romani] Igitur cum servis, La-  
 tinis, peregrinis, deportatis concubium non  
 est, Ulpian. *fragm. tit. 5. §. 4. l. 3. C. de*  
*inc. nupt.* Cic. in *Top.* Atque hinc respon-  
 sum est, si quis rogatus hereditatem resti-  
 tuere si sine liberis decessisset, isque de-  
 portatus in insula liberos susulisset, con-  
 ditionem non defecisset, *l. ex factis 17. §.*  
*ex factis 5. ad sen. Treb.*

Masculi quidem puberes] Romani ex de-  
 mum ætate civibus suis matrimonia permis-  
 erunt, quæ natura apta esse creditur ad ge-  
 nerandum, maribus nempe post annum le-  
 ci-

## TEXTUS.

## Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Ro-  
 mani contrahunt, qui secundum præcepta le-  
 gum cœvent, masculi quidem puberes, fe-  
 minæ autem viri potentes, sive patres fa-  
 miliarum sint, sive filii familiarum; dum  
 tamen, si filii familiarum sint, consensum  
 habeant parentum, quorum in potestate sunt:  
 nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis  
 ratio suadet in tantum, ut jussus parentis  
 præcedere debeat. Unde quaesitum est, an  
 furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem  
 ducere possit. Cumque super filio varia-  
 batur, nostra processit decisio, qua permis-  
 sum est ad exemplum filix furiosi, filium  
 quoque furiosi posse & sine patris interven-  
 tu matrimonium sibi copulare, secundum da-

(1) *Tit. 2. P. 4. Et tit. 1. lib. 5. Recop.*

## DE NUPTIIS.

49

cimum quartum, feminis autem biennio maturius (1), quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, l. 4. *hoc tit.* cuius diversitatis si quis rationem querat, videat Arist. 4. *de gen. anim.* c. 6. Macrob. 7. *Satur.* 7. In sponsalibus ætas definita non est: quapropter & a primordio ætatis sponsalia effici possunt, modo utraque persona sit infante maior, l. 1. *in sponsal.* 14. *de sponsal.* (2) a quibus tamen facti puberes libere recedere possunt, c. 7. & 8. *de despons. im-puber.*

3 *Consensum habent parentum, quorum in potestate*] Jure civili in nuptiis requiritur consensus tum eorum qui coeunt, tum parentum, si quos habent, quorum sunt in potestate, l. 2. *hoc tit.* quod etiam in sponsalibus observatur, l. 7. l. 11. *cum seqq. de sponsalib.* Primum nuptiæ sine consensu coeuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest, l. 1. §. 1. *de pact.* (3). Quæ ergo si error intervenerit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta si quis erret in persona, putans Tittiam esse, cum qua contrahit, cum sit Sempronia; hic error matrimonium vitiat, arg. l. 1. *si per errorem 15. de jurid. l. 9. de contr. empt.* (4). Nam quod Jacobo Liam pro Rachele suppositam retinuit, in eam non est usus summo jure, c. *quod autem 29. q. 1. Lombard. 4. dist. 30.* Idem dicendum est, si erretur circa qualitatem essentialem, veluti potentiam generandi, aut necessitudinem, puta si ignorabatur esse amita aut soror, cum qua contractum est. At si circa accidentalia tantum erratum sit, verbi causa, si pauper est, quæ dives dicebatur; si capriciosa, quæ modesta; si plebeja, quæ nobilibus credebatur; &c. quoniam hæc vel adesse, vel abesse possunt salvo matrimonio, & hic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, d. *cap. quod autem in fin. 6.* Covarrub. *de matrim. p. 2. c. 3. §. 6. num. 2.*

Consensus in hoc contractu etiam plane liber esse debet, l. 12. l. 14. *C. hoc tit.* Idemque matrimonium per vim aut justum metum initum, ipso quoque jure nullum est, d. l. 14. *cap. significavit 2. de eo qui dux. in matr. cap. 14. & seq. de sponsal.* (6). Plane metus reverentialis sive obsequium reveren-

Tom. I.

tiz paternæ debitum, a quo absunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec consensus, l. 1. *si patre 22. hoc tit. l. 7. l. 12. de sponsal.* Covarrub. *de matrim. part. 2. cap. 3. §. 6. n. 3.* quod tamen alii eximiant.

Qui in potestate parentis est, etiam filius consensum adhibere debet, *hoc text.* & l. 2. *eadem.* Sed & nepos quamvis in avitantum potestate sit, patris tamen consensum adhibere debet, l. 16. §. 1. *ead.* eadem scilicet ratione, qua consensum filii requiritur, si pater quis ex eo nepotem adoptare velit, ne npe ne invito filio suus heres agnascatur, §. *sed si quis 7. tit. seq. que ratio cum in nepote nubente cesset, cessat etiam decisio d. l. 16. §. 1.* Casus, qui proponitur in l. 1. *ead.* specialis est. Quid ergo, si oblata liberis honesta conditione, pater dissentiat, aut sine causa prohibeat filium uxorem ducere, filiamve nubere, aut dotem dare nolite? Hic Magistratus aditus partes suas interpretet, paternamque causa cognita coget in matrimonium consentire, & dotem dare, l. *capite 19. hoc tit.*

Ait discrete, *quorum in potestate.* Unde intelligimus, nec matris consensum in liberorum nuptiis necessarium esse, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expresse scriptum est in l. *filii 25. hoc tit.* In filia vero emancipata id secus videri potest per l. *vidua 18. l. in conjunctione 20. C. eadem.* An dicemus excipi filiam emancipatam minorem 25. annis ob sexus & ætatis reverentiam? An, ut plerique, honestatis tantum causa præcipi, ut ea patris consensum expectet, sed id non esse necessarium? Sane & matris, & propinquorum, & euratorum judicium adhibere patre orbata *idem continentibus* jubetur, quorum tamen auctoritas in copulandis nuptiis necessaria non est, l. 8. *C. eod.*

*Et civilis, & naturalis ratio?* Suae id ratio naturalis; nam proculdubio contra officium filius facit, qui sine consensu parentis nuptias contrahit: civilis autem ratio, ne patri invito suus heres agnascatur.

Synodus tamen Tridentina *sess. 24. c. 1. de refor. matr.* anathemate damnavit eos, qui consent, nuptias a filiiis sine consensu parentum contractas irritas esse, aut parentes eas ratas, irritasve facere posse, dummodo

G

do

(1) L. 6. tit. 1. P. 4.

(2) *Dist. l. 6.*(3) L. 2. tit. 1. P. 4. l. 5. tit. 2. *ead.*

(4) L. 10. tit. 2. P. 4.

(5) *Dist. l. 10. in fin.*(6) L. 15. tit. 2. P. 4. *vers. La serena.*



do coram proprio Parocho, & duobus aut tribus saltem testibus celebrata fuerint, sine quibus matrimonium clandestinum & irritum pronuntiat, ut latius declaratur *ibidem*.

*Ex nostra constitutione*] Modus hic est, ut ex sententia curatoris ipsius furiosi, & nobiliorum totius familiae, itemque Magistratus, aut Episcopi ipsius civitatis, de nuptiis statnatur, l. 28. C. de Episc. aud. l. 25. C. hoc tit.

» IN HISPANIA jus a Tridentina Synodo statutum d. sess. 24. servamus, cum matrimonium non tantum ut contractum, sed etiam ut sacramentum merito consideremus.

### TEXTUS.

Quæ uxores duci possunt vel non. De cognatis, ac primum de parentibus & liberis.

1. Ergo non omnes nobis, uxores ducere licet: nam a quarundam nuptiis abstinendum est; inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve loco inter se obtinent, contrahi nuptiis non possunt: veluti inter patrem & filiam, vel avum & nepotem, vel matrem & filium, vel aviam & nepotem, & usque in infinitum. Et si tales persone inter se cœrint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia, vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris (1).

### COMMENTARIUS.

1. Genera cognationis exposita, ubi & de spiritu, &c.
2. Faventur cum liberis conjugia incestuosa esse in summo gradu.
3. Ne dissoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere liceat, & quare.

**E**X iis, quæ hæctenus dicta sunt, intelligimus, quatuor hæc concurrere debere, ut juxta habeantur nuptiæ: ut qui contrahunt sint cives Romani: ut sint puberes: ut consentiant: ut si sint filiam, consensum adhibeant parentum, quorum in potestate sunt; juxta ea quæ dicta sunt *supra*. Hæc, inquam, si intervererint, nuptiæ juxta esse consentur; si modo inter eas personas contractæ siut, inter quas nuptiæ consistere possunt. Nam etiam quedam personæ jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, fere fit ob turpitudinem conjunctionis, quæ turpitudinem vel est a cognatione contrahentium, vel ab affinitate. Cognatio triplex est; mere naturalis; mere civilis; & mixta. Naturalis tantum est: *Quæ illegitimo coitu contrahitur* (2); civilis duntaxat: *Quæ per adoptionem constituitur*; mixta est: *Quæ inter eos vertitur, qui & juxta matrimonio procreati sunt, utroque videlicet jure concurrente, l. 4. §. 2. de grad. & affin.*

Sed & alia insuper cognatio est, quam juris canonici *Autores spirituales* dicunt, & oritur ex baptisate, & confirmatione. De ea ex professo agitur *lib. 4. tit. 11. Decretal.* & in Synodo Tridentina decreto de reformat. matrimon. sess. 24. cap. 2. Eam, quatenus ex baptisate nascitur, expresse probat Justinianus in l. si quis 26. C. hoc tit. circa fin. Introduta fuit ad exemplum cognationis legalis. Sicut enim per adoptionem adoptatus censetur filius ejus, qui adoptavit: ita & baptizatus illius, qui eum ex baptisate suscepit. Vide, si placet, D. Covarr. de matrim. part. 2. cap. 6. §. 4. Van Espen in jur. ecclesiast. univers. part. 2. tit. 11. cap. 6. Ea nuptiis impedimento quoque est, ut cognationes ceteræ, ceu patet ex d. l. 26. C. hoc tit. quod & *infra* §. 11. hoc tit. tractamus.

Ut autem prohibiciones ob turpitudinem conjunctionis plenius intelligantur, sciendum in primis est, quid sit linea cognationis, quæ nihil est aliud quam: *Series personarum, quarum una ab alia, vel utraque ab eodem stipite descendit*: hinc duæ sunt illius species, recta una, transversa altera.

Recta, seu perpendicularis illa dicitur: *In qua sunt persone, quarum una descendit ab alia*. Et duplex est, ascendenti nimirum, in qua sunt parentes; & descendenti, in qua

(1) L. 7. tit. 7. P. 4. vers. Ca el Padre. | (2) L. 13. tit. 2. P. 4.

## DE NUPTIIS.

51

qua sunt liberi. Linea transversa, quæ etiam lateralis seu collateralis appellatur, illa est: *Quæ eos complectitur, qui ex latere veniunt, qui scilicet, etsi ab eodem stipite descendunt, non tamen unus ab alio* (1). Quæ etiam duplex est, æqualis, vel inæqualis. Prima est eorum, qui pari gradu distant a communi stipite, ut sunt duo fratres. Inæqualis vero illorum, qui inæquali gradu ab eodem stipite dissident, ut patruus, & fratris filius.

*Parentum liberorumve locum* ] *L. nemini* 17. *C. hoc tit.* Commodius dixisset, *inter parentes & liberos*: nam & patruus & avunculus etiam parentum locum obtinent, *l. sororis* 39. *hoc tit.* Theoph. *ἐπι τῶν ἀδελφῶν ἔραπίσται, ἀπὸ ἀσθενῶν ἢ ἀπογενεῶν, ἀπὸ ἀσθενῶν ἢ ἀπογενεῶν*. Hæc autem prohibitio in linea recta in infinitum est, *hoc text.*

2. *Nefarias atque incestas*] In summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudine & foeditas, ut natura omnes a tali conjunctione abhorreant, & sua ipsorum conscientia redarguantur necesse sit, qui hæc naturæ jura violant: adeoque execrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam hæc committunt. Hinc illæ Oedipodarum calamitates, quibus plene tragædiæ, & illæ fictæ apud inferos poenæ. *Homer. Odys. lib. 11.*

*Ματὴρ δ' ὀπίσθιος ἴδεν, καὶ αἰεὶ Ἐπιπέσει,*  
*Matrem quoque Oedipodis vidi, julebram Epimachem.* Hinc Nero magis ob incestum, quam ob reliqua facinora detestabilis. Cæterum & alia nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ, hoc est, incestæ & pollutæ (si *Isidoro lib. 5. cap. 26. credimus*) dicuntur, *d. l. sororis* 39. §. 1. *l. etiam* 36. *cod. tit. C. de incest. nupt.* An autem & illæ naturæ legi, & honestati similiter repugnent, postea disputabimus. Earum certe, de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio est. Quippe insita est in ipsis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex se natis.

Affertur & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis ratio, confusio communis cognationum normæ, quæ & ipsa naturæ legi atque ordini vehementer repugnat, & necessario consequitur istam sanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horresco ad illud Oedipi apud Senecam *Thebaid. act. 1. v. 134.*

*Aut gener, patrique rivalis sui,*

*Frater suorum liberum, & fratrem parentis*  
*Uno avia partu liberis peperit viro,*  
*Ac sibi nepotes. Monstra quæ tanta explicet*

*Quævis per adoptionem*] Respecta quoque cognationis mere civilis inter parentes & liberos nuptiæ prohibentur, nefasque esse existimatur, eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia nuptivæ esse cœperit in tantum, ut etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat, *l. quia etiam* 55. *hoc tit.* (2). Nec id mirum videri debet, quamvis o.unia adoptionis jurâ per emancipationem solvantur, *l. in omni* 13. *de adopt.* Nam in nuptiis semper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus* 14. §. 2. *hoc tit.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filiæ esse debet; ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando pater fuisse. Eadem fore ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere possumus, nempe non propter civilem aliquam necessitudinem, quæ nulla inter nos est, *l. in adoptionem* 23. *de adoption.* sed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quam si in familia ejus sum; & tetrum esset, me patris mei, licet adoptivi, fieri vitricum. Planè si per emancipationem soluta fuerit adoptio, nihil impedimento est, quominus eam uxorem ducere liceat: quoniam illa nunquam mihi avix loco fuit, sed extranea semper, *d. l. 23. de adopt. junct. d. l. 55. hoc tit.* At enim, iniquis, nec patris adoptivi uxor matris loco est, *d. l. 23.* eam tamen ducere non licet, ne quidem post emancipationem, *d. l. 14. pr. hoc tit.* (3). Sed nimirum sufficit, eam aliquando novercæ loco fuisse, *d. l. 14.*

## TEXTUS.

## De fratribus &amp; sororibus.

2. *Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibita sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si quæ per adoptionem soror tibi esse cœperit, quandiu quidem constat adoptio, sane inter te & eam nuptiæ consistere*

G 2 re

(1) *L. 2. tit. 6. P. 4.*(2) *L. 7. tit. 7. P. 4. vers. Ca el Padre.*(3) *L. 8. tit. 7. P. 4.*

re non possunt; cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere: sed & si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis (1). Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare; & si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare.

## COMMENTARIUS.

I. Ostenditur firmis rationibus, legem divinam de non ducendis sororibus moralem esse & perpetui juris.

**I**nter fratrem & sororem in linea transversa aequali unus tantum gradus iure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum & sororum nuptiarum, l. nisiini 17. C. hoc tit. quas etiam a Deo interdictis non uno loco reperimus, Levit. 18. v. 9. & 20. v. 17. Deut. 27. v. 20. Quid ergo? an hæc interdictio, sive lex de non ducendis sororibus & ipsa moralis est, perpetuamque & naturalem causam prohibitionis continet? Moralem esse & naturalem non dubito. Moveor, quod Deus ita per Moysen pronuntiat: Qui accepit sororem suam, nefariam rem operatus est, & in conspectu populi occidetur, Levit. 20. v. 17. & Deut. 27. v. 22. Maledictus, inquit, omnis, qui dormit cum sorore sua. Adeoque ex abominationibus, propter quas Chananzos Dominus extirpavit, hæc una fuit, Levit. 18. circa fin. qui tamen non aliam legem quam naturæ habuerunt: & Cicero lib. 1. de divin. commixtionem fratris & sororis nefarium stuprum appellat. Quis vero hoc eos docuit? sola natura, quippe quæ omnes docet, sorori suæ misceri nefas esse, & æm appetitum conjunctionis inter fratrem & sororem cadere non sinit. Neque aliam ob causam Abrahamus credidit, se pro marito Saræ habitum non iri, quam si eam sororem suam esse diceret, Genes. 12. v. 12. & 20. v. 12. Denique non tantum Romani, sed etiam alii populi, & omnis pene Græcia, auctore Alex. ab Alex. 1. genal. iter. 24. nefandum putaverunt, fidelem parentibus genitos invicem incestus nuptiis detineri.

Obijci solet dictum Thamaræ ad Amnonem fratrem consanguineum: Loquere ad Re-

gem, & non negabit me tibi, 2. Reg. 13. vers. 13. Resp. Sive hoc Thamaræ sciens commenta est, ut se presenti periculo eriperet, sive revera credidit hoc quoque patri Regi licere, inde colligi non debet, aut Davidem id concessurum fuisse, aut recte facturum, si concessisset. Illud alienius momenti est, quod hic nobis objici potest, & verum esse constat ex sacra historia; oportuisse nimirum a primis illis hominibus sorores duci, cum alix mulieres non extarent. Respondent Theologi, id fuisse necessitatis & tacite divinæ dispensationis. Nam cum juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures simul feminas condidisset; satis intelligitur, hanc fuisse ipsius voluntatem, ut fratri ex sorore sobolem tollere fas esset; quod postea ipsa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Augustinus ait lib. 15. de civitate Dei, cap. 16. Quanto est antiquitas compellente necessitate (intellige necessitatem ex illius temporis circumstantia) tanto postea factum est damnabilius, religione (id est, naturali aversione) prohibetur. Afferit ibidem Augustinus etiam nonnullas alias causas, ob quas fratres & sorores conjungi non debeant, ut necessitudo inter plures diffundatur, serpatque & propagetur civium inter se charitas, quam sic extendi etiam Cicero docet 5. de senect. item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confusio, quæ fratrum & sororum nuptias necessario sequitur (2). Sed hæc rationes tanti ponderis non sunt, ut quod contra sit, natura illicitum censi debeat. Consente etiam in hac quaestione Covarr. de matrim. p. 2. c. 6. §. 10. n. 15. Tulden. ad hunc tit. c. 6.

Sive ab altero eorum] In nuptiis utrum frater sit germanus, an consanguineus, vel uterinus duntaxat, nihil interest, Levit. 18. 2. v. 9. imò nec vulgo quaesitam sororem ducere licet, l. 54. ff. hoc tit. In successionebus aucta inter utrinque conjunctos arctior necessitudo habetur, aut. Itaque C. committus. de succ. ut & olim in eadem causa consanguineorum major ratio quam uterinarum habebatur: vulgo autem quaesitorum extra successionem maris vix jus ullum.

Quandiu constat adoptio] Per adoptionem quaesita fraternitas eo usque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in potestate. At si pater, vel me in potestate retento, filiam quam adoptaverat emancipavit, vel me emancipato, illam in potestate

(1) L. 7. tit. 7. P. 4. in fin.

(2) Princ. tit. 6. P. 4.

## DE NUPTIIS.

53

estate retinuerit, possumus matrimonio jun-  
gi, *l. per adoptionem 17. hoc tit.* (1): quip-  
pe vinculo agnationis, quæ sola hasce nu-  
ptias impedit, soluto. Nam reverentiæ &  
honestatis respectus, qui dissoluta adoptio-  
ne adhuc manet inter patrem quondam &  
filiam, hic nullus est.

*Antea filiam suam emancipare*] Alioqui  
dirimetur matrimonium, quod inter fratrem  
& sororem licet adoptivos non consistit; ut  
ex Theoph. Hotom. & Wesemb. hic notant,  
& indicat Tryphon. in *l. non solum 67. §. 3. hoc tit.* Nam ut dicamus matrimonium ma-  
nere, & adoptionem potius nullam esse,  
quod D. Bachovius magis probat, nescio an  
ex ratione juris civilis defendi possit; quod  
cum nuptias inter sororem & fratrem ado-  
ptivum prohibet, generum tamen adoptari  
permittit; ex consequenti genero adoptato,  
nuptias perimi voluisse existimandum est,  
non adoptionem nullam esse.

## TEXTUS.

## De fratris &amp; sororis filia, vel nepte.

3. *Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint; cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Hujus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur (2).*

## COMMENTARIUS.

**J**ure civili nuptiæ inter personas lineæ transversæ inæqualis prohibitiæ sunt, quia aliæ aliis parentum liberorumve numero sunt, *l. 39. hoc tit.* & quidem in infinitum; quia ratio pudoris & reverentiæ hic attenditur, & non graduum numerus, *l. 53. eod.* Et licet in gratiam Claudii Imperatoris senatusconsulto permissum fuit ducere filiam fratris, id Nerva sustulit; & cum iterum in usu esse cœpisset, denuo expresse abrogatum est a Diocletiano & Maximiano in *l. 17. C. hoc tit.*

*Quamvis quarto gradu*] Hinc apparet, ju-

re civili licitum fuisse ex quarto gradu lineæ transversæ uxorem accersere, excepta ea, quæ parentis aut filix loco esset.

*Cujus filiam, &c. neque ejus neptem*] Hæc regula ad hypothesin revocanda est, cujus videlicet fratris aut sororis, de quibus agitur. Vera autem ratio est, quoniam parentum liberorumque invicem numero sunt: ut hic aliud spectandum sit, quam numerus graduum, §. *item amitam 5. infr. l. nuptiæ 53. eodem.*

*Neque naturali, neque civili*] Non naturali, quia cognata mea non est, cum adoptio non tribuat jus sanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l. 12. in fin. eod.* Quippe per adoptionem cum iis tantum personis necessitudo contrahitur, quæ si sanguine nos contingerent, nobis agnatæ essent, *l. per adoptionem 23. de adopt.* qualis non est avunculus.

## TEXTUS.

## De consobrinis.

4. *Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris & sororis, conjungi possunt.*

## COMMENTARIUS.

**R**edit ad lineam transversam æqualem, in qua dicit, eos, qui in quarto gradu sunt, facta computatione civili, conjungi posse; nimirum fratris & sororis liberos: idemque traditur in *l. 3. hoc tit. l. celebrandis 19. C. eod.* scilicet quia hic cessat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filix loco sit.

Monet hic locus, ut discrimen dinumerationis graduum, quod est inter jus civile & canonicum, obiter explicemus, quippe quod ad causas matrimoniales solum pertinet: nam in successibus civilem computationem sequuntur (3) etiam in terris Ecclesiæ, teste Schneid. *hic & D. Tulden. ad tit. Inst. de grad. cogn.* Jure civili generata persona gradum adjicit, ut tot eo jure sint gradus, quot sunt generationes, §. *hærentes 7. infr. d. tit.* In linea recta aut ascenditur, quæ idcirco ascendentiæ appellatur, ordinemque parentum complectitur: aut descenditur,

(1) *L. 7. tit. 7. P. 4. versic.* Ottrosi. *Arg. l. 8. tit. 7. P. 4.*

(3) *L. 3. tit. 6. P. 4. versic.* E. la razon.

54

LIB. I. TIT. X.

tur, quæ dicitur descendentiæ, & ordinem comprehendit liberorum (1). In linea transversa seu collateralis primum ascenditur, deinde descenditur. Exempli gr. ego genitus sum a patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum; unde consequitur, fratres duobus gradibus inter se distare jure civili. Pari ratione si quæras, quot gradibus a te distet patruus tuus, ascende primum ad avum vestræ cognationis communem auctorem, deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, compertes tum tribus gradibus a te distare: & ita deinceps. Latius hæc declarantur *infra de grad. cognat.* Jus autem Pontificium aliter gradus dinumerat, *cap. ad eadem 35. quest. 5.* Cujus juris regulæ sunt. 1. In linea ascendentiæ & descendentiæ quot sunt personæ, una dempta, tot gradus: quæ computatio in hac linea a computatione juris civilis in hoc tantum differt, quod canones personas numerant, jus civile generationes. 2. In linea transversa æquali, quot gradibus alter distat a communi stipite, totidem utriusque inter se distant (2). Exempli gr. frater & soror distant inter se hoc jure uno tantum gradu, quia uno gradu distant a communi parente: & consobrinus ista computatione mihi est secundus, quia ab avo, qui communis utriusque nostrum fons est & origo, secundus numeror. 3. In linea transversa inæquali, quo gradu distat remotior a capite, eo gradu distant inter se. Igitur fratris mei filius secundo gradu a me abest, quia ille a patre meo avo suo duobus gradibus dissidet: & nepos fratris mei tertio, quia a patre meo ipse tertius est (3).

## TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

## COMMENTARIUS.

**H**ujus §. explicatio petatur ex iis, quæ ad §. 3. *sup.* diximus. *Licet adoptivam*] Hoc consulto hic additum, in matertera omissum: nam matertera per adoptionem non magis fieri potest, quam avunculus, l. 22. §. ult. hoc tit. Eadem verba quoque repetenda sunt in amita magna, l. per adoptionem 17. in fin. cod. Sed turbat Cajus in l. 55. §. 1. ff. de ritu nupt. ubi ne patris quidem materteram duci uxorem posse statuit. Enimvero matertera patris adoptivi, huic loco parentis, & hinc filio quoque adoptivo veneranda est, adeoque non magis duci potest, quam patris adoptivi vidua, l. 14. pr. ff. hoc tit. Qualis respectus non est inter sororem patris adoptivi & filium ab eo adoptatum.

## TEXTUS.

## De affinibus.

6. Affinitatis quoque veneratione a quarundam nuptiis abstinere necesse est; ut ecce, privignam, aut nurum ducere non licet, quia utroque filius loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus, aut privigna (4). Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est; ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

## COMMENTARIUS.

1. Affinitatis nulli proprie non gradus; quosdam tamen quasi gradus affinitatum numerari possunt.
2. In linea recta affinitatem eandem esse prohibitionem, quæ in eadem linea cognationis.
3. In transversa quatenus se extendat prohibitio.

**H**ætenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis simulacrum quoddam est affinitas: cujus ea etiam vis est, ut quosvis affines qui-

(1) L. 2. cod. tit. 6. vers. La primera.  
 (2) Vid. regulas positas post leg. 2. tit. 6. P. 4.

(3) Vid. exempla in l. 4. tit. 6. P. 4.  
 (4) L. 5. tit. 6. P. 4.

## DE NUPTIIS,

55

quibusvis jungi, naturæ honestas non patitur. Sunt autem affines: *Viri & mulieris cognati*; dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter se diversæ sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit, l. 4. §. 3. *de grad. & affin.* (1), ubi nomina quoque affinium peculiariter recensentur.

1. Gradus affinitatis proprie nulli sunt, quia affines ab affinibus non generantur, d. l. 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quominus quasi quosdam gradus affinium numeremus; sic enim & Paulus loquitur in l. 10. *pr. d. tit.* dicamusque, quo gradu quispiam est cognatus marito, eo gradu esse affinem uxori & quasi cognatum, & contra. Non obstat quod Papinianus responderet in l. 15. *hoc tit.* uxorem quondam privigni conjugii matrimonio vitrici non oportere. Hoc enim non eam rationem habet, quod affines sint; sed quod honestas & pudor naturalis non patitur, necum matrimonio jungi uxorem ejus, qui mihi aliquando filius uxore filii fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quaedam prohibitio est in *leg. 14. pr. cod.*

Nascitur affinitas ex unione viri & uxoris, qui cum matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utrinque cum iis connecti ipsorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus est marito, fieri uxori affinem & quasi cognatum: & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus est, eodem fieri affinem & quasi consanguineum marito (2); exempli gratia: in linea recta quia uxor mea uno gradu distat a patre suo, ab avo duobus, ego quoque a socero uno gradu, a prosocero duobus distabo: idemque de cæteris tum ascendentibus, tum descendentibus statuendum. In linea transversa quia maritus a fratre suo duobus gradibus distat, totidem distabit uxor a leviro. Quod ipsum quoque dicendum est de glore, sororio, fratria. Item quia uxor mea a patruo suo vel avunculo tribus gradibus dissidet, ego quoque a soceri fratre vel sorore totidem gradibus abero; & sic deinceps (3). Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti, & ane iidem omnes, qui & cognationis.

2. In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque

nec socer nurus, nec socrum gener, nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere potest, l. 14. §. ult. *hoc tit. l. nemini 17. C. eodem*, quod & Justinianus *hoc & seq. §. docet*, prohibitionis hanc rationem afferens, quod invicem parentum & liberorum loco sunt: cui proinde consequens est, nec inter prosocerum & prônurum, nec inter vitrici patrem & proprivignam, & sic porro, nuptias licitas esse, d. l. 14. §. ult. *Levit. 11. vers. 8. 15. & 17. (4)*. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & moralem, evincit locus Apostoli 1. *ad Cor. 5.* ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Et M. Tullius in *orat. pro Cluent. c. 6.* cum socrum genero nupsisse narrasset, subdit: *O mulieris scelus incredibile, & præter hanc omnem, in omni vita inauditum!*

*Quia utroque filia loco sunt*] Hac ratione Justinianus docet, inter easdem personas prohibitas esse nuptias propter affinitatem, quam ob cognationem, eas nempe quæ parentum, liberorumve numero sunt. Quare quæ de cognatis dicta sunt, de affinibus quoque dicta intelligantur, etiam in linea transversa, l. 5. l. pen. l. ult. *C. de incest. & inut. nupt.* Idque ipsum apparet, si in universum spectamus causam, ob quam nuptiæ inter affines prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coalescent, non amplius duo censentur, sed una caro (5).

Veteres Romani, ut id obiter dicam, videntur credidisse, nuptiis solutis, affinitatem quoque dissolvi, salva duntaxat manente prohibitione inter personas linear rectæ: idque exemplo doceri potest, quod afferunt M. Tullius *lib. 1. de in. c. 46.* & Valer. Maxim. *lib. 1. c. 5. de Metello*, qui mortua uxore Cæcilia, filiam sororis Cæciliæ in matrimonium duxit, quod tamen neuter eorum ut novum refert. Idem confirmat edictum Constantini, Constantis, & Juliani, quo id mutatum, l. 2. *C. Theod. de incest. nupt.*

## TEXTUS.

## De socru &amp; noverca.

7. Socrum quoque & novercam prohibitum est uxorem ducere: quia matris loco sunt.

(1) Vid. regulas post leg. 2. tit. 6. P. 4.

(2) L. 5. tit. 6. P. 4.

(3) Vid. regul. post l. 2. cod.

(4) Arg. d. l. 5. tit. 6. P. 4.

(5) *Difl. l. 5.*

56

**L. I. B. I. TIT. X.**  
*sunt. Quod & ipsum dissoluta demum affinitate procedit (1): alioquin si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est: ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.*

COMMENTARIUS.

**H**ujus §. & superioris eadem plane est sententia, ut nova explicacione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8. *Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel copra, matrimonium recte contrahunt: licet habeant fratrem, sororemve ex matrimonio postea contracto natos (2).*

COMMENTARIUS.

1. *Cognati mariti non sunt affines cognatis uxoris: nec vice versa.*

**M**ariti filius ex alia uxore ] Titius cum haberet filium ex conjugē defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Quæ. An inter filium Titii & filiam Sempronie nuptiæ consistant? R. consistere. Ratio est, quia nulla est inter comprivignos affinitas, utpote quæ ultra personas matrimonio junctas non extenditur, hoc est, cognati quidem uxoris marito sunt affines, & contra cognati mariti affines uxori: sed ipsi cognati utriusque non sunt inter se affines. Hinc igitur est, quod inter comprivignos contrahi nuptiæ possunt, quod pater & filius matrem & filiam, duo fratres duas sorores ducere non prohibentur. Quamquam hic recte facturos arbitror, qui magis id, quod honestum est, quam quod licet, inspicient, ne ordo cognationis, cujus imago est affinitas, nimium perturbetur: quod sit si verbi causa, pater fi-

liam, filius matrem uxorem ducat.  
*Licet habeant fratrem, sororemve] Communi fratre, aut sorore ex novo parentum matrimonio postea susceptis videri poterant arctius privigni conjungi; attamen ne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. respondit leg. generali 34. §. 2. hoc tit.*

TEXTUS.

De quasi privigna, quasi nuru, & quasi noverca.

9. *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreavit; hæc non est quidem privigna tua: sed Julianus ab hujusmodi nuptiis abstinere debere ait. Nam constat, nec sponsam filii nuram esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.*

COMMENTARIUS.

1. *Sponsalibus proprie non contrahi affinitatem.*  
 2. *Ex illegitima etiam conjunctione affinitatem nasci.*

**S**uperius dictum est, privignam tibi loco filiæ esse, eo quod mater tibi nupta est, nec posse te eam uxorem ducere, licet morte matris aut alio modo rite solum sit matrimonium. Quæritur igitur, si uxor tua post divortium alteri nupsit, & ex eo filiam procreaverit; an ne eam quidem uxorem ducere possis? Ratio dubitandi quia non est privigna tua, utpote genita postquam mater secundo nupsit. Nam ut Festus scribit: *Privignus inde dicitur est, quod prius genitus sit, quam uxor secundo nuberet*, aut si rem magis quam notationem inspicere, nulla tibi affinitate conjuncta unquam fuit; quoniam nondum nara erat, cum matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab hujusmodi nuptiis abstinendum esse recte placuit, l. 12. §. 3. hoc tit. ob consuetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

*Nam constat, nec sponsam filii] Nudis sponsalibus proprie non contrahitur affinitas, sed nuptiis duntaxat. Sponsalia enim nihil aliud sunt, quam mutua futurarum nuptiarum*

(1) *Dist. l. 5.*

(2) *Vid. post l. 2. tit. 6. P. 4. regulam: Item entre los.*

# INSTITUCIONES DE ÁLVAREZ

[fragmento]





**INSTITUCIONES**  
DE  
**DERECHO REAL**  
**DE CASTILLA Y DE INDIAS.**

**POR EL DR. D. JOSE MARIA ALVAREZ,**  
Catedrático de Instituciones de Justiniano en la  
Universidad de Guatemala.

*Alvarez*  
**SEGUNDA EDICION DE LA OBRA  
ADICIONADA Y REIMPRESA EN MEXICO EN 1826  
NUEVAMENTE AUMENTADA, REVISADA Y  
CORREGIDA.**

**TOMO I.**



**NUEVA YORK:**  
**EN CASA DE LANUZA, MENDIA Y C.**  
**IMPRESORES LIBREROS.**

**1827.**

# LIBRO I.

DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL  
DE CASTILLA Y DE INDIAS.

---

## TITULO I.

*De la justicia y del derecho.*

---

### PRIMERA PARTE.

De la justicia y sus divisiones.

Como cualquiera que se dedica al estudio de alguna ciencia, debe saber el fin á que ella se destina, diremos aquí brevemente cual sea el de la jurisprudencia de que vamos á tratar. El fin último á que esta noble ciencia dirige sus conocimientos, es la observancia de la justicia, y este mismo debe ser el fin prócsimo de un buen jurisconsulto. Por que así como la felicidad eterna de

## 20

los hombres es el fin último de la teología, y la sanidad del cuerpo humano el de la medicina, por que á esto dirigen sus miras estas facultades, así tambien el fin de la jurisprudencia y del jurisconsulto que se aplica á ella, debe ser la tranquilidad interna de la república, que no se consigue si no es por medio de la justicia. No nos quedará duda de esta verdad, si reflexionamos que quitada ella, la vida de los hombres será semejante á la de los peces, entre los cuales el mayor devora al menor. Se inventó pues la jurisprudencia para que los derechos de todos fuesen guardados: para que se de á cada uno lo que es suyo, se premien las virtudes y se castiguen los vicios. Es decir: para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila en piedad y honestidad, como dice el Apóstol.

De este fin se apartan los que se aplican al estudio del derecho con la mira de defender cualesquiera causas en el foro y hacer ganancias arruinando las fortunas de los hombres. Estos no se deben llamar abogados ni jurisconsultos,

## 21

sino buitres togados, tanto peores que los ladrones, cuanto mas impunemente roban bajo la capa de defender la justicia. Quede, pues, profundamente impreso á los cursantes de derecho, que el fin de la jurisprudencia no es otro que la guarda de la justicia.

Veamos ahora que cosa es la justicia y como se divide. La justicia, tomada en general, podemos decir que es: *la observancia de todas las leyes que previenen no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente.\**

Se divide en *moral y civil*. La justicia moral es una virtud que reside en el alma ó un hábito con el cual el hombre arregla todas sus acciones á la ley.† En este sentido pues, no es justo aquel que cumple en el exterior con los oficios á que está obligado si no los practica por amor de la virtud: el fariseo que se jactaba de no ser ladron, adúltero ni publicano, no era moralmente justo, por que solo se abstenia de estas acciones

\* Arg. de la ley 3. tit. 1. P. 3.

† Ley 1. tit. 1. Part 3.

## 22

malas por hipocresía y no por amor de la virtud. Por el contrario: justicia civil se dice aquella que hace al hombre arreglar sus acciones esternas á las leyes, pero sin que esto nazca de amor á la virtud ni de rectitud de juicio, sino por miedo de la pena. De aquí se infiere: que si uno paga los tributos á que está obligado al príncipe, se abstiene de matar, de robar ó de otro modo dañar á ninguno de sus conciudadanos, será justo civilmente, aunque todo esto lo practique contra su voluntad, aunque sea un hipócrita y aun cuando fuese un ateista. Esto nace de que como son los medios, así es el fin: los medios que la jurisprudencia subministra son las penas y los premios. Estos no hacen justos moral sino solo civilmente; por que en el fuero esterno ninguno es castigado por culpa que no turba la tranquilidad de la república, que es el fin de la sociedad. Luego la justicia que es el fin de la jurisprudencia, no es otra que la civil.

De lo dicho se infiere el juicio que se debe hacer de la definicion de la jus-

## 23

ticia que dá Justiniano y la ley de Partida\* diciendo *que es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno lo que es suyo*. Esta definicion es buena, aunque no para explicar la justicia de que aquí tratamos. Las palabras *constante y perpetua* voluntad le sirven de género, y quieren decir lo mismo que virtud, porque entre los estoicos, de cuya filosofía es tomada, toda virtud era una voluntad constante y perpetua. Por aquellas palabras *de dar á cada uno lo que es suyo* se determinaba aquel género y se aplicaba á la justicia, que es el oficio de la diferencia específica. Pero esta justicia, segun hemos explicado, es la moral, que no es el fin de la jurisprudencia ni se puede conseguir por solo sus preceptos. Concluyamos, pues, definiendo en términos precisos la justicia civil de que vamos á tratar: es *la conformidad de las acciones externas á las leyes, para no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente.*†

Se divide la justicia en *espletriz y*

\* Ley 1 tit. 1 Part. 3.

† Dicha l. 3 tit. 1. P. 3.

## 24

*atributriz.* Para entender esta division es necesario advertir que los oficios,\* á que estamos obligados para con los demas hombres, son de dos maneras. Unos son mandados por la ley como necesarios, de tal suerte que pueden ser forzados y aun castigados los que no los cumplen. Tales son los que nacen de aquel principio que es fuente de todos los oficios perfectos: *lo que no quieres te sea hecho á tí no lo hagas á otro.* De donde se infiere: que ninguno debe matar, injuriar, ni dañar á otro: que se deben pagar las deudas: que se deben guardar los preceptos &c. El que falta á algun oficio de estos ó reusa cumplirlo, puede ser castigado por los jueces ú obligado á su cumplimiento, y. por esto semejantes *oficios* se llaman *perfectos*. Otros

\* Por oficio entendemos una accion que se debe conformar á alguna ley por nacer de obligacion perfecta ó imperfecta. No es necesario que la ley mande precisamente amenazando con pena eterna, basta que sea ó con pena temporal, ó con algun desagrado de Dios, ó que sea omision de algun acto virtuoso. Para mejor inteligencia de esto lease el cap. 5, del derecho natural de Heinecio.



## 25

hay que son recomendados por la ley como virtuosos; pero á ninguno fuerza á prestarlos sino que los deja á la libertad de cada uno. Tales son los que se deducen de aquel otro principio que lo es de todos los oficios imperfectos. *Todo lo que quieres te sea hecho á tí, hazlo á otro.* V. g. comunicar á otro que lo necesita lo que nos sobra ó nada nos cuesta: dar limosna y hacer otros beneficios á los demas; los cuales se llaman *oficios de humanidad y beneficencia.* El que no los cumple en realidad es un inhumano; pero no puede ser reconvenido delante del juez ni forzado con penas á practicarlos, y por esto se dicen *imperfectos.*

Con lo dicho, fácilmente se esplica cual sea justicia *espletriz* y cual *atributriz.* Espletriz es la que dá á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Segun esta definicion, el que se abstiene de hurtar y de dañar de cualquier modo á otro; el que paga lo que debe; el que cumple los pactos y contratos que ha hecho, se dice que observa la justicia *espletriz*, porque to-

## 26

dos estos oficios se deben con derecho tan perfecto, que el que los niega puede ser compelido por el magistrado á presertarlos. Por el contrario; la atributriz es aquella que dá á cada uno lo que se le debe por sola humanidad y beneficencia, es decir, que dá lo que debemos á otro sin poder ser compelidos á cumplirlo. Diremos, pues, que observa esta justicia el que dá limosna á los necesitados: el que muestra el camino al que lo ha errado &c.

Si se pregunta por que la justicia esplettriz admite coaccion, y la atributriz no, se puede dar una razon aquí de esta diversidad, remitiendo al derecho natural\* á los que quieren saber las fundamentales. Todos los oficios perfectos se deben por una cierta y determinada persona, de suerte que si esta no los cumple, no hay otra de quien poderlos ecsigir. Por ejemplo; si Ticio me debe cien pesos, de solo él los puedo ecsigir, y me burlarian con mucha razon si no pagándómelos él, se

\* Vease el cap. 1. del derecho natural de Heinn.

## 27

los pidiese á Cayo. Por el contrario: los oficios imperfectos se deben por todos los hombres y no por determinada persona, y así á un pobre, v. g. le debo dar limosna; pero no solo yo, sino tambien los demás hombres, por lo cual si yo se la niego, puede pedirla con el mismo derecho á Cayo, á Sempronio y á cualquiera de los otros. Debiendose, pues, los oficios perfectos por una cierta y determinada persona, debe esta ser compelida á cumplirlos, por que de otra suerte quedaria yo privado de mi derecho; mas para los imperfectos no fué necesario establecer coaccion, porque no queda sin recurso un mendigo que sufre repulsa de uno ú otro.

De esta division de la justicia que hemos explicado, se deducen con claridad los tres preceptos del derecho. Estos son: *vivir honestamente: no dañar á otro; y dar á cada uno lo que es suyo.\** Es verdad que se podian referir otros muchos; pero todos se reducen á estos

\* L. 3. t. 1. P. 3.

## 28

tres segun la division hecha, por que la justicia es, ó atributriz ó esplettriz. La atributriz se versa acerca de los oficios imperfectos que nacen de la honestidad y decoro, por lo cual es precepto del derecho *vivir honestamente*. La esplettriz se versa acerca de los oficios perfectos. Nos manda, pues, ó abstenernos de los vicios prohibidos por las leyes, ó hacer aquellas cosas que estas ordenan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley, cumple el precepto de *á ninguno dañar*: el que hace lo que las leyes mandan, satisface al precepto de *dar á cada uno lo que es suyo*. Estos tres preceptos son sin duda alguna las fuentes de todo el derecho, y como á tales se deben referir á ellos todas las doctrinas de la jurisprudencia. Así por ejemplo: el que se abstiene de hurtar, de robar, de matar, y de dañar, es justo, porque á ninguno daña: el que cumple los contratos, guarda los pactos &c. es justo, porque dá á cada uno lo que es suyo: el que se porta en la república como buen ciudadano, procura ser útil á la patria, se ocupa en obras bue-

## 29

nas, y vive templada y modestamente, es justo, porque vive honestamente. De suerte que abrazan mas estos tres principios de lo que parece á primera vista.

Siguese otra division de la justicia, la cual segun la mente de los autores, es ó universal ó particular; y esta ó conmutativa ó distributiva; pero una y otra es poco ecsacta. Darémos sus definiciones segun la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está tomada dicha division. La universal segun el filósofo, es *el ejercicio de todas las virtudes para con los demas*. En este sentido, si uno es justo, liberal, humano y modesto, será justo con esta justicia universal. La justicia particular es aquella que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes exteriores, ni toma para sí mas utilidad, ni grava á otro con mas pérdida de la que conviene: v. g. si uno en la distribucion de los officios, honores y premios no tiene la mira en algun interés suyo, sino que dá á cada uno lo que se le debe, este guarda la justicia particular. Esta

## 30

es ó conmutativa ó distributiva: la conmutativa es la que mira á la cosa recibida y no á las cualidades de la persona: de manera que guarda una perfecta igualdad como la que se observa en los contratos, v. g. un panadero no vende el pan á ménos precio á un senador que á un zapatero: si de otra suerte lo hiciese seria injusto. La distributiva por el contrario, es la que mira á las cualidades de la persona, y así no puede guardar una perfecta igualdad, sino solo la que llaman geométrica: v. g. el príncipe distribuye los oficios: á uno hace consejero, á otro secretario, á otro cónsul, á otro presidente, á otro verdugo. Mas ¿se podrá llamar injusto porque á este no hizo consejero, por que no guardó igualdad siendo todos ciudadanos? Antes bien sería injusto si á todos sin discernimiento encomendase unos mismos empleos: porque en distribuir los honores, los premios y los castigos, no se debe atender solo á la sustancia de la cosa, sino principalmente á las cualidades de la persona.

Así se esplican los autores segun

## 31

la mente de Aristóteles. Pero semejante division no es digna de aprobarse, así por no ser necesaria bastando la que se dió arriba, como porque si se quiere tener por rigurosa division es poco exacta. La razon es, porque en las divisiones un miembro no debe comprender á otro; y así, v. g. seria un absurdo dividir al hombre en todo el hombre y en un dedo. Lo será pues tambien dividir á la justicia en universal que comprenda todas las virtudes, y en particular que solo abraze una opuesta á la avaricia.\*

\* Es verdad que la palabra justicia se puede tomar y aun se toma frecuentemente, por un conjunto de todas las virtudes, y en este sentido llama el Evangelio á S. José justo: *Ioseph autem vir ejus cum esset Iustus. Mat. 1.* No obstante, hablando en rigor lógico, es mala la division de la justicia en universal y particular por la razon alegada. Diremos, pues, que la palabra justicia tiene dos acepciones: una en que se toma por el conjunto de todas las virtudes, y el hombre que las tiene se llama justo; y otra en que se denota una virtud especial que tiene el objeto que hemos explicado.

## SEGUNDA PARTE.

Del derecho ó de la jurisprudencia.

Por esta palabra *derecho* no se entiende aquí otra cosa que el conjunto de las leyes, y segun la calidad de que sean estas, lo es tambien el derecho que constituyen. Así v. g. derecho natural es el que se compone de las leyes naturales: derecho divino es el conjunto de las leyes divinas; y civil la coleccion formada de las leyes civiles. Ahora pues: la ciencia de este derecho civil es la que se llama jurisprudencia, y es *una ciencia práctica de interpretar bien las leyes y de aplicarlas á los casos ocurrentes.\* †*

\* L. 13. tit. 1. Part. 1. y 8. en el princ. tit. 31. Part. 2.

† En el §. 1. de este tit. se define la jurisprudencia *divinarum atque humanarum rerum notitia, justiti, atque injusti scientia*. Una noticia de las cosas divinas y humanas, no es otra cosa que lo que los antiguos entendian por filosofia: y esto es lo que Ulpiano toma para genero de esta definicion. Mas como la filosofia tiene por objeto lo verdadero y lo falso en la lógica, lo bueno y lo malo en la moral, y las causas de todas los efectos naturales en la



## 33

En esta definicion el género es *ciencia práctica*, porque no aprendemos el derecho para hacer de él una nula especulacion, sino para ponerlo en práctica: un fisico v. g. especula qué cosa sea el viento ó cual la naturaleza de la luz, y con esto se contenta aunque nunca haga uso de sus conocimientos. Mas el jurisconsulto no aprende qué cosa sea contrato: qué restitucion *in integrum*: ni

fisica: no cuidando de ninguna materia de estas la jurisprudencia, de ahí es que le añade por diferencia específica, una ciencia de lo justo y de lo injusto, es decir: que la jurisprudencia *es* una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Así se esplicaba Ulpiano; pero muy mal. Lo 1.º porque es falso que la jurisprudencia sea filosofía ó parte de ella: pues esta ciencia deduce sus doctrinas de sola la recta razon como único principio de conocer; y la jurisprudencia principalmente de las leyes escritas, aunque no se conozcan por sola la razon. Lo 2.º por que esta definicion tuvo su origen de la emulacion que había entre los filósofos y los jurisconsultos. Estos despreciaban á aquellos por su afectacion y por sus estraños modos de opinar nada útiles á la república, y creian que eran mejores filósofos porque procuraban mejorar las costumbres de los hombres por medio de las penas y de los premios. Esta emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos, es la verdadera razon de que Ulpiano definiese en estos terminos la jurisprudencia, con la mira de atribuirle

## 34

como se forma un libelo para solo complacerse en esta ciencia, sino para saber celebrar un contrato ó decidir si está bien celebrado ó no; para pedir en juicio la restitucion *in integrum* por sí ó por otros cuando sea necesario; y para que cuando alguno intente privarlo de su derecho pueda presentar al juez un libelo bien formado. Todo aquí es práctico ó se ordena á la práctica; y por esta

á ella todo lo que los filósofos atribuian á la filosofía, aunque no haya razon alguna para llamarla ciencia de las cosas divinas y humanas.

El Barbadiño criticando estas definiciones antiguas, dice así en la carta 13: „No quiero salir de „la mas célebre que es la jurisprudencia, la cual „dió Ulpiano y repite Justiniano en las instituciones; *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justis, atque injustis scientia.* „Esta definicion ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos, que por bien ó por mal quieren que „sea buena. Si Ulpiano parase en decir, que era „ciencia de lo justo é injusto se podia perdonar; „pero decir que comprende las cosas divinas y „humanas, es querer que la llamemos enciclopedia, „ó para decirlo mas claro, es querer que demos „una carcajada.” Y no dijo esto Barbadiño por que no halla entendido tan descabellada definicion: pues la entiende de la misma suerte que Acursio, quien preguntado, ¿si seria preciso que el jurisconsulto estudiase teologia? respondió que no, dando por razon la siguiente: *Nam omnia in corpore juris inveniuntur.*

## 35

razon definimos á la jurisprudencia diciendo que es una *ciencia práctica*.

La diferencia, por la que la jurisprudencia se distingue de las demas ciencias prácticas, es la interpretacion y aplicacion de las leyes; y por eso se añade en la definicion *de interpretar bien las leyes y de aplicarlas á los casos ocurrentes*. Lo primero pues, que hace un jurisconsulto, es saber las leyes: despues pasa á darlas una recta interpretacion, y finalmente las aplica á los casos que cada dia se ofrecen en la vida civil. Estas tres calidades de tal suerte están unidas entre sí, que si alguno quisiese separar una sola de ellas, aunque tuviese las demás, no mereceria el nombre de jurisconsulto. Por que si suponemos que sabe las leyes pero no las interpreta bien, no será jurisconsulto sino *leguleyo*. El que las sabe y las interpreta pero no es capaz de aplicarlas, será *jurisperito* mas no jurisconsulto. El que las aplica, esto es, se entrega á la práctica temerariamente, y á producir allí los estudios crudos, careciendo todavía de la competente ciencia, discrecion y

## 36

tino, se llama *rabula*. Finalmente el que sabe las leyes, las interpreta bien y las aplica erudita y juiciosamente en los casos que se le ofrecen, este solo merece con verdad el nombre de jurisconsulto ó de sabio en el derecho.\*

Siendo de tantas obligaciones el empleo de los jurisconsultos á que llamamos en España é Indias *abogados*, han procurado nuestras leyes que los que lo hayan de ejercer, estén adornados de toda la ciencia y práctica que es necesaria. Deben pues, no solo estar instruidos en todas las leyes del reino,† sino que tambien, despues del grado de bachiller, el que puede ser en derecho canónico ó civil‡ en universidad aprobada, han de haber practicado cuatro años en estudio de abogado aprobado, y ser ecsaminados por la audiencia del reino, segun y en la forma que se estila en todos los tribunales de España.§

\* Ley 13. tit. 6. P. 3.

† L. 4. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast.

‡ Esto es en América, pues en España no basta el grado en cánones. Real resolucion de 18 de Dic. de 1804.

§ Auto acord. 23, tit. 2. lib. 3.

## 37

Mas habiendose advertido posteriormente que estaba demasiado fácil el ingreso á una profesion en que se desea la madurez, esperiencia y estudio continuado, y que el poco tiempo que se necesita para aspirar á ella rebaja mucho la estimacion á que son acreedores los que despues de un estudio largo y profundo en los derechos y una práctica sólida y estensa, han llegado al término de sus afanes, se mandó:\* que nadie pueda ser recibido de abogado sin que haga constar que despues del grado de bachiller ha estudiado cuatro años las leyes del reino, presentándose en las universidades en que hay cátedras de esta enseñanza, ó á lo ménos dos, pudiendo emplear los otros dos en el derecho canónico; y sin que despues de estos estudios, no acredite haber tenido por dos años la pasantía en el estudio de algun abogado de chancillería ó audiencia, asistiendo frecuentemente á las vistas de los pleitos en los tribunales, lo que certificarán los regentes de ellos,

\* Real ord. circular de 14 de setiembre de 1802.  
TOM. I—4

## 38

á quienes avisarán los abogados de los pasantes que reciban para que les conste y puedan celar y certificar su asistencia, á fin de evitar los fraudes que en esto se cometen continuamente.

Esta real resolucion no se halla comunicada á América, por lo cual hasta el dia se reciben de abogados en este reino con solo cuatro años de pasantía despues del grado de bachiller. Y aun tiene facultad el tribunal de la audiencia de poder dispensar algun tiempo á los ecsaminados con tal que no llegue á un año, y que para semejante indulgencia haya justos motivos y originarse de lo contrario crecidos daños y perjuicios, tales que se presume que si llegasen á noticia del rey franquearia el mismo indulto. Mas habiendose erigido en esta ciudad de Guatemala el ilustre colegio de abogados por real provision de la audiencia de 2 de junio de 1810, aprobada por real cédula de 17 de diciembre de 1815, ninguno puede recibirse de abogado sin haber asistido por el tiempo de tres años á las lecciones y ejercicios de la

## 39

academia de derecho teórico-práctico á mas de la pasantía en casa de un letrado conocido.\*

Uno de los principales ejercicios de esta academia, que tiene por preciso objeto el que los pasantes adquieran toda aquella instruccion é ilustracion necesaria para optar el empleo de abogado, es la sustanciacion de los juicios. En estos se instruyen los académicos formando procesos para los que sirven de materia las papeletas que forma el revisor. Otro de sus ejercicios es la esposicion de las leyes reales y municipales, y el tercero dar una idea elemental de los tribunales del reino. La junta se forma el jueves de cada semana en la casa del presidente, y en el último del mes diserta uno de los académicos sobre la materia que él propio elige.

Siendo las principales obligaciones de un buen abogado por lo tocante á la ciencia, el interpretar y aplicar bien las leyes, dirémos algo acerca de

\* P. 3. estat. 2.

## 40

estos dos puntos. Interpretar el derecho, es no solo saber las leyes literalmente, sino entender el verdadero sentido de sus palabras.\* La interpretacion de una ley ó pertenece al legislador y entónces se llama *auténtica*, ó al juez, y entónces se dice *usual*, ó á los jurisconsultos la que llaman *doctrinal*. Auténtica es cuando la ley está tan oscura que es necesario consultar al mismo legislador para que esplice el sentido que quiere darle.† La usual se verifica cuando el juez interpreta las leyes por los asuntos decididos ántes. Así sucede muchas veces que suscitándose duda en algun tribunal acerca del modo con que se debe entender una ley, se consultan las decisiones antiguas, y de ellas se toma la interpretacion: se llama, pues, usual porque se funda en el uso y práctica anterior. Finalmente, la doctrinal es cuando los doctores ó abogados esplican alguna ley conforme á las reglas de una justa interpretacion. A esto se reducen todos los comenta-

\* L. 13. tit. 1. P. 1.

† L. 3. tit. 1. lib. 2. Recop. de Cast.



## 41

rios que sobre las leyes han escrito los legistas, los cuales entónces tienen la correspondiente autoridad, cuando los intérpretes han observado las reglas de la buena interpretacion, y valen tanto ó tienen tanta fuerza, cuanta tengan las razones en que se funden.

La interpretacion doctrinal puede ser de tres maneras: ó estensiva, ó restrictiva ó declarativa. Estensiva es cuando la razon de la ley se estiende mas que las palabras, de suerte que por medio de la interpretacion se lleva á un caso que no está espreso en ella; v. g. prohibe el príncipe que se estraiga trigo de la provincia bajo la pena de confiscacion: un mercader no estraie trigo sino harina: se pregunta ¿habrá obrado contra la ley y merecerá la pena, ó no? Y se debe afirmar que sí; porque aunque la ley no habla de la harina, pero la razon de la prohibicion es evitar la escasez, la cual igualmente amenaza sacando la harina como el trigo. La restrictiva por el contrario es cuando las palabras se estienden mas que la razon de la ley, de suerte que por la in-

## 42

terpretacion se esceptúa un caso que las palabras de la ley parecen comprender: v. g. dicen que en Bolonia habia una ley que condenaba á muerte á cualquiera que hiciese alguna efusion de sangre humana en la plaza pública. Supongamos que un barbero se vió en la necesidad de sangrar en el mismo lugar á un hombre acometido de apoplejía: pregúntase, si habrá faltado á la ley? y se niega, aun siendo tan generales las palabras en que está concebida. Porque la razon de la ley es la seguridad pública, y esta no se turba con la sangría que se dió por necesidad. Finalmente, la declarativa tiene lugar cuando la razon de la ley se estiende tanto como sus palabras, de suerte que no se necesita mas que esplicarlas.

Esto es por lo que hace á la interpretacion de las leyes: síguese su aplicacion. Se dice pues, que es perito para aplicar ó acomodar á la práctica el derecho, el que lo es para responder á las cuestiones de los que consultan, lo que en algunos lugares es oficio de

## 43

los jurisconsultos : para pedir en juicio ó defender causas, lo que pertenece á los abogados y procuradores que defienden los pleitos de otros : para contraer y asegurar los instrumentos, el cual es oficio de los abogados y escribanos, quienes cuando se ha de celebrar un contrato, hacer un testamento ú otro negocio civil, deben instruir á los otros de las seguridades que deben pedir y de las ritualidades que deben observar para no ser engañados y para que el acto no sea nulo. Finalmente, para juzgar ; el cual es oficio de los jueces que oidas las partes y probados los hechos, es decir, conocida la causa, sentencian segun lo alegado y probado. El que es perito para todos estos casos, es un verdadero jurisconsulto, y como decia Ciceron, el oráculo de toda la ciudad.

La primera division del derecho es en público y privado, la cual no se toma del fin sino del objeto, siendo toda jurisprudencia pública por razon del fin, por estar destinada á la utilidad pública. Mas por razon del objeto co-

## 44

mo hemos dicho se divide muy bien en público y privado. Porque es muy distinto el derecho que trata de los negocios públicos: v. g. de los derechos de los príncipes acerca de la guerra y de la paz, de las embajadas y de las alianzas, del que dispone de los negocios privados v. g. de los contratos, de los testamentos y de los legados. Para que se entienda esto facilmente, daremos las definiciones de ambos derechos. Derecho público es *el que dispone y arregla el estado y derechos de las repúblicas*. Es decir: que enseña cuales sean los derechos de los príncipes, cuales los de los súbditos, qué relaciones haya entre unos y otros, &c. De suerte que este derecho varía segun las leyes fundamentales de cada república. Derecho privado por el contrario, es *aquel que pertenece á la utilidad inmediata de cada uno de los privados*; es decir, á lo tuyo y mio ó al patrimonio privado de cada uno. Segun esto si yo: v. g. intento la accion de hurto para que se me pague el duplo ó cuadruplo, será derecho privado, porque aquí pertenece al

## 45

patrimonio de un particular. Pero si un procurador del público persigue á un ladrón para que se le ahorque, esta persecucion será de derecho público, porque aquí no se trata de tuyo y mio, sino de la seguridad de la república á la que interesa mucho quitar del medio á los ladrones.

Se divide tambien el derecho en natural, de gentes y civil; pero de esta division trataremos en el siguiente título.

## ADICION.

*Por decreto de las cortes españolas de 10 de febrero de 1813 estaba derogado lo que ántes habia establecido sobre el pase que debia dar el consejo de Indias á cualquiera leyes y documentos.*

*Por decreto del congreso constituyente de fecha de diciembre 1. de 1824, está resuelto que todos los abogados ecsistentes en la república y los que en lo sucesivo se habilitaren por cualquier estado, podrán abogar en todos los tribunales de la federacion.*

*Los congresos de los estados pueden*

## 46

*dispensar todo el tiempo que quieran á los que traten de recibirse de abogados. Lo mismo se dice con respecto al congreso general por lo que toca á los habitantes del distrito y territorios de la federacion.*

## TITULO II.

*Del derecho natural de gentes y civil.*

Aunque la palabra derecho se toma de varios modos, en este título segun dijimos ya, no significa otra cosa que el conjunto de todas las leyes de un género. De aquí pues, nace la primera division. Todo derecho es ó divino ó humano. Divino es el que comprende todas las leyes establecidas por Dios: humano el que nos presenta todas las leyes impuestas por los hombres: porque si segun hemos dicho, tal es el derecho cuales son las leyes de que se compone, necesariamente se sigue que de las leyes divinas nazca el derecho divino y de las humanas el derecho humano.

El derecho divino se subdivide en natural y positivo. Dios es un legislador

## 47

supremo: todo legislador no solo ordena las leyes, sino que tambien las promulga, porque no hay ley que pueda obligar sin promulgacion. Dios pues como legislador supremo ha promulgado sus leyes para que los hombres las puedan saber. Esta promulgacion la ha hecho, ó por medio de la recta razon para que si el hombre quiere racionar consigo mismo pueda al instante conocer lo justo: ó por medio de la revelacion, que es la escritura sagrada, para que leyéndola venga en conocimiento de su voluntad. El derecho que se conoce por la recta razon, se llama *natural*, y *positivo* el que por sola la revelacion ó escritura nos es manifesto: v. g. la razon sola nos enseña que el homicidio es ilícito: luego es prohibido por el derecho natural. Mas solo valiéndonos de la recta razon no conocemos que los hombres deben recibir el bautismo: luego es de derecho divino positivo.

Veamos ahora como se define el derecho natural. Desde que se ha cultivado el estudio de este derecho tan

## 48

importante, han advertido los autores que su definicion solo se debe tomar de su autor y de su promulgacion. Mas como el autor de este derecho es Dios y la promulgacion se hace por medio de la recta razon, se puede definir muy bien diciendo : que es *un conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios á todo al género humano por medio de la recta razon*. Casi en los mismos términos se expresa el apóstol cuando dice : que la ley natural está escrita en los corazones aun de los mismos gentiles.\* Se dice este derecho escrito en los corazones, porque valiéndose de la recta razon, al punto es conocido de cualquiera siempre que quiera usar de ella. Por la definicion dada inferimos ser falsa la opinion de Grocio y otros que dicen habria derecho natural aun cuando supongamos el imposible de que no hubiera Dios. Porque siendo el derecho un conjunto de leyes, no habiendo ley alguna no habria derecho. Mas : no habria ley alguna no habiendo legislador, y faltaría el legislador no habiendo Dios : luego en este

\* Roman. cap. 2. V. 15.



supuesto faltaría el derecho natural. Es verdad que un ateo aun negando que ecsista Dios, podria vivir conforme á los preceptos del derecho natural; pero entónces no lo haría por obedecer al derecho, sino por su propia utilidad: porque es fácil de conocer que de otra suerte no se puede vivir en la sociedad humana. De la misma definicion deducimos tambien que el derecho natural es inmutable, porque así la voluntad de Dios de donde dimana, como la razon por cuyo medio se promulga, son inmutables. Si se mudase pues el derecho natural, ó Dios no sería ya Dios, ó se volvería contrario á la razon lo que ántes era conforme á ella, y estó es absurdo. Concluyamos, pues, que el derecho natural es inmutable.

Hemos definido ya el derecho natural. El de gentes no es otra cosa *que el mismo derecho natural aplicado á la vida social del hombre y á los negocios de las sociedades y de las naciones enteras*. No son pues, dos derechos diversos el natural y el de gentes, como han pensado algunos, sino uno mismo, el cual segun la

## 50

diversidad de la materia se llama derecho natural ó de gentes. Si se aplica á los negocios y causas de los privados, se dice derecho natural: y si á los negocios y causas de las sociedades ó de las naciones, se dice derecho de gentes: v. g. es regla del derecho natural que los pactos se deben guardar: supongamos pues, que Ticio prometió á Mevio cien pesos y que reusa entregárselos; dirémos que viola el derecho natural; pero si finjimos que habiendo hecho alianza los españoles y los franceses, esta nacion no ha cuplido las leyes del pacto á que se obligó, dirémos que obra contra el derecho de gentes, no obstante que solo la recta razon es la que manda cumplir los pactos. Es verdad que se encuentran algunos puntos que los autores quieren llamar de derecho de gentes secundario; pero todos ellos ó se pueden reducir al derecho natural y entónces son verdaderamente derecho de gentes, ó nó; y en tal caso seran de derecho civil. Que de pues establecido, que no hay derecho de gentes, diverso del natural.

## 51

Volvamos á la division hecha arriba. El derecho dijimos era ó divino ó humano; y el divino, ó natural ó positivo. Del natural hemos hablado hasta aquí; síguese ahora el positivo. El derecho divino positivo, es aquel que ha sido promulgado por las sagradas letras, y que no se conoce por sola la recta razon. Aunque uno y otro dimanen de Dios, se diferencian en mucho. Lo primero, en que el natural es promulgado por la recta razon, y el divino por las sagradas letras. El natural es absolutamente necesario; y de tal suerte unido con la recta razon, que por ella sola es conocido aun de los gentiles. El divino depende de la libre voluntad de Dios, de suerte que de muchos puntos de él ignorariamos la justicia, si la sagrada escritura no nos la declarara. V. g. todos los preceptos que Dios habia impuesto á los israelitas sobre la circuncision, sobre los sacrificios y sobre la comida de animales impuros, eran de derecho divino pero no de absoluta necesidad, ni la razon hubiera podido dictar á los judíos que

## 52

era malo comer carne de puerco v. g. si la sagrada escritura no lo dijese.

¶ Pasemos al derecho humano que es aquel que ha dimanado de la voluntad de los hombres. Se divide en canónico y civil. Canónico es el que se ha establecido por los sumos pontífices y por los concilios para el gobierno de la iglesia. Civil es el que han constituido por sí ó por sus gefes cada uno de los pueblos absolutos é independientes para conseguir los fines de la sociedad. Se diferencia del derecho natural y de gentes, en que este no es proprio de sola una nacion ó república, sino que es comun á todo el género humano. Cada nacion manda ó prohíbe muchas cosas que en sí no son torpes ni honestas, pero comienzan á ser justas desde que son establecidas, por ecstirirlo así la utilidad de la república: v. g. cazar las fieras en el monte no es injusto, y puede esto ser prohibido por el derecho civil de alguna nacion permitiéndolo otras.

¶ El derecho civil se divide en escrito y no escrito. Derecho escrito es,

## 53

no precisamente aquel que está reducido á letras, sino el que ha sido promulgado; y no escrito el que no lo ha sido. Segun este modo de espresarse, todo derecho establecido por voluntad espresa del legislador y promulgado, ya sea por medio de escritura, ó por voz de pregonero, ó de otro cualquier modo, se llama derecho escrito, ya sea reducido á letras ó no. El derecho de los lacedemonios, por ejemplo, era derecho escrito, aunque nunca se escribieron leyes de Licurgo. Por el contrario: aquel derecho que se introduce con un consentimiento tácito de las supremas potestades y sin preceder promulgacion se usa en la república, se llama derecho no escrito aunque despues se reduzca á escritura.

Entre nosotros no hay mas que una especie de derecho escrito que es la ley. Esta es *un precepto general de la potestad suprema intimado á los súbditos, para que arreglen sus acciones á él.\** No hay pues en España como entre los romanos diversidad en cuanto al ori-

\* Ley 4. tit. 1. P. 1.

## 54

gen de las leyes, por dimanar todas de la voluntad del príncipe, sino solo en cuanto al fin y modo de expedirlas, de donde ha provenido que se les den distintos nombres. Unas veces se llama la ley que se nos promulga pragmática sancion, otras real cédula, real resolucion, real decreto, carta circular; otras finalmente, real órden y aun tambien auto acordado. A todos estos nombres con que dimanan las disposiciones del príncipe se les dá su peculiar descripcion, pero no es ecsacta en todos casos por confundirse unas con otras. Pragmática sancion es *una Real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de ley general, y en ella se reforma algun esceso, abuso ó daño introducido ó experimentado en la república y se inserta en el cuerpo del derecho*: v. g. la de 12 de marzo de 1771, en la que para evitar la desercion que hacen los presidarios á los moros, se señalan los presidios que se deben destinar, y que el tiempo de la condena no esceda de diez años. L. 13 tit. 24 lib. 8 de la Recop. Real cédula es *un despacho del rey expedido por alguno*

## 55

*de los consejos, en el cual se toman algunas providencias de motu proprio, ó se provee algo á petición de parte. Su cabeza es: El rey, sin espresion de mas dictados: se firma con la estampilla de S. M.: el secretario del consejo á quien pertenece pone la refrendata: se rubrica por algunos ministros, y por lo regular se entrega á la parte. Tal es la de 7 de mayo de 1740 en la que se dispone que la audiencia en despachos ó escortos para obispos no use de la palabra *estraño* por ser poco decorosa á su alta dignidad. No se pone ejemplo de las cédulas en que se conceden gracias por ser muy conocidas. Real resolucion es la determinacion que el rey toma en algun caso que se le propone, como lo es la de 10 de abril de 1756 por la que se declaran las salas en que se deben ver los pleitos de fuerzas y otros. Pero este nombre de real resolucion es genérico y puede convenir á toda determinacion que el rey tome. Real decreto es una orden del rey que se estiende en las secretarías del despacho, y la rubrica S. M. para participar sus resoluciones á los tribunales de*

## 56

*dentro de la corte, á los gefes de las casas reales ó á algunos ministros. V. g. el de 7 de octubre de 1796 declarando la guerra al reino de Inglaterra, que se dirigió al gobernador del consejo. Cédula carta, ú orden circular, es cualesquiera disposicion que se espide para que circule en toda una provincia ó en muchas. Real orden es toda disposicion que comunica alguno de los ministros del rey por su mandato.*

Autos acordados son las leyes que con acuerdo del rey establece el supremo consejo tanto de Castilla, como de Indias. De suerte que la fuerza que tienen los autos acordados, la toman de la aprobacion del rey. Estas son las especies de derecho escrito que conocemos con el nombre general de ley, las cuales segun hemos dicho ya, no se distinguen unas de otras en cuanto al origen, sino solo en las circunstancias que hemos individualizado.

Los estatutos y ordenanzas ó constituciones que establece un consejo, junta ó colegio para su mejor gobierno, no tienen valor ni obligan hasta obtener



la aprobacion real.\* Los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias y otras justicias, tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que estan á su cargo. Usan de esta facultad ya para poner en ejecucion alguna providencia del rey, ya para hacer observar las leyes que no estan en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes.† Y está mandado que cualquiera ley ó providencia general, no se deba creer ni usar no estando intimada ó publicada por pragmática, cédula, provision, decreto, resolucion, real órden, auto acordado, edicto, pregon ó bando de las justicias ó magistrados públicos. El que sin preceder estos requisitos se arrogase la facultad de poner en ejecucion ó anunciar de autoridad propia algunas leyes ó finjirlas de palabra ó por escrito, ó en otra cualquiera forma, debe ser castigado como reo de estado.‡

\* L. 8 y 13 tit. 1 lib. 7 Recop. de Cast.

† Arg. de la ley 3. tit. 1 lib. 2. Recop. de Cast. y 116. tit. 15 lib. 2. Recop. de Ind.

‡ Auto acordado de 1. de abril de 1767.

## 58

Por lo que mira á la autoridad de las leyes y el uso que debe hacerse de los cuerpos del derecho para la decision de los casos ocurrentes, siendo constante que la ley posterior deroga á la anterior, parece lo mas fundado que así los jueces como los abogados, se arreglen en América al órden siguiente.

En primer lugar: se debe atender á las reales disposiciones novísimas, aun no insertas en la Recopilacion.\*

En segundo lugar: á las leyes de la Recopilacion de Indias, guardándose la mas moderna segun sus fechas que tienen al márgen si se encontraren opuestas entre sí.†

Si en estas no se encuentra determinacion sobre el caso, se debe ocurrir en tercer lugar á las leyes de la nueva Recopilacion de Castilla, en que se incluyen los autos acordados del supremo consejo, guardándose lo mas moderno segun sus fechas como se dijo arriba.‡

\* L. 2. tit. 1. lib. 2. Rec. de Ind. al med. en el V. ó por cédulas.

† Dha. l. 2.

‡ La misma l. 2.

## 59

En cuarto lugar: se debe atender á las leyes del Fuero real y Juzgo, sin necesitarse prueba de su uso como algunos quieren suponer refiriéndose á la ley 3. tit. 1. lib. 2. de la Recopilacion de Castilla, en lo que ciertamente se equivocan; pues como advierte muy bien Colom:\* „El uso de los fueros que en „ ella se previene es y debe entender- „ se únicamente de los municipales que „ cada pueblo tuviere para su buen go- „ bierno, segun la referencia que en di- „ cha ley se hace de los lugares en que „ fueron usados y guardados.” Esta inteligencia es la mas conforme á la ley 1 tit. 28. del ordenamiento formado en las cortes de Alcalá, cuya letra está copiada al principio de dicha ley 3. en él V. *E mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron.* Y es conforme tambien al auto acordado 1. tit. 1. del lib. 2. de la Recopilacion en el V. *Y los otros fueros en lo que estuvieren en uso.*

En quinto lugar: á los estatutos y fue-

\* Colom lib. 1. cap. 2. num. 19. Véase el conde de la Cañada Juicios civiles part. 1. cap. 1.

## 60

ros municipales de cada ciudad, sino es en aquellas cosas que se deben enmendar por ser contra Dios ó contra razon ó contra leyes escritas.\* Mas segun hemos advertido ya, para, que los tales estatutos y ordenanzas tengan firmeza y deban seguirse han de estar confirmados por el consejo real.†

En sexto lugar se debe ocurrir á las leyes de las siete partidas por aquellas que no están derogadas por otras posteriores.‡

No encontrándose en alguno de los cuerpos sobredichos ley espresa para la decision del caso que ocurre, se debe procurar decidir por otra ley semejante, ó que se pueda acomodar por paridad de razon, consultando al espíritu y dando á la ley mejor y mas obvia inteligencia.§ Así está prevenido se practique en las causas tanto civiles como criminales. De las primeras dice

\* Dha. l. 3. tit. 1. lib. 2. Rec. de C.

† Aut. acord. 16. tit. 4. lib. 2. y Ll. 14. tit. 6. lib. 3. y 8. tit. 1. lib. 7. Rec. de Cast.

‡ La misma l. 3.

§ L. 13. tit. 33. P. 7.

## 61

así el rey D. Alonso ,, \* Non se deben  
 ,, facer las leyes si non sobre las cosas  
 ,, que suelen acaecer á menudo. E por  
 ,, ende non ovieron los antiguos cuida-  
 ,, do de las facer sobre las cosas que vi-  
 ,, nieron pocas veces, por que tuvieron  
 ,, que se podria judgar por otro caso de  
 ,, ley semejante que se fallase escrito.”  
 Por lo que hace á lo criminal se ha inti-  
 mado por el rey á todos los jueces y tri-  
 bunales con el mas serio encargo que á  
 los reos por cuyos delitos segun la es-  
 presion literal ó *equivalencia de razon*  
 de las leyes penales del reino correspon-  
 da la pena capital, se les imponga esta  
 con toda ecsactitud y escrupulosidad, sin  
 declinar al extremo de una nimia indul-  
 gencia ni de una remision arbitraria.†

Ultimamente si evacuadas todas las  
 precisas diligencias no se puede resolver  
 el caso, se debe ocurrir al sumo impe-  
 rante para que forme una ley nueva que  
 lo decida.‡

\* L. 13. tit. 33. P. 7.

† L. 13. cap. 6. tit. 24. lib. 8. R. de C.

‡ L. 7. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast. y ley 7. tit. 1.  
 lib. 2. de Indias.

## 62

Esto es cuanto hay que decir del derecho escrito. El no escrito hemos dicho que es aquel que por el uso se introduce sin promulgacion y recibe su autoridad del consentimiento tácito de la suprema potestad.\* Para inteligencia de esta definicion se debe observar que la única causa del derecho en la república, es la voluntad del sumo imperante, ya sea este el príncipe, ó el senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo imperante manda algo espresamente estableciéndolo por ley, se llama *derecho escrito*. Si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito*.

De lo dicho venimos en conocimiento de cuatro doctrinas acerca de la costumbre. 1. Que la costumbre se debe probar y no la ley, porque esta mediante la promulgacion vino á noticia de todos, y aquella tácitamente se introdujo; y como esta introduccion es de hecho, se debe probar. Los medios para verificarlo son el tiempo de diez años por

\* Leyes 1. y 4. tit. 2. P. 1.

## 63

lo ménos y la continuacion de actos uniformes.\* 2. Que la costumbre tiene la misma fuerza que la ley: porque su autoridad la toma del mismo legislador, y es indiferente el que quiera que una cosa se haga, espresa ó tácitamente.† 3. Que la costumbre abroga la ley anterior, por ser lo mismo que otra ley; y es constante que la ley posterior abroga á la anterior.‡ 4. Que la costumbre opuesta á la recta razon ó á las leyes divinas, es de ningun momento: porque en esto no puede consentir tácita ni espresamente la suprema potestad.§

Por lo que hace á las costumbres que observaban los indios ántes de la conquista, se mandó por el emperador Carlos V. que los gobernadores y justicias se informasen de los usos y costumbres que tuviesen y siendo razonables y en nada opuestas á nuestra sagrada religion, se les conservasen.||

\* LL. 5. y 6. tit. 2. P. 1.

† Las mismas leyes y la 238. de estilo.

‡ Dichas leyes.

§ Vease el tit. 2. de la P. 1.

|| L. 4. tit. 1. lib. 2. y 22. tit. 2. lib. 5. Rec. de Ind.

## 64

Los objetos del derecho son tres: las personas, las cosas, y las acciones. Primeramente se debe saber como se diferencian las personas por razon de sus derechos: v. g. los señores y los siervos, los padres y los hijos, los tutores y los pupilos. Despues cuales son los derechos de las cosas: y ultimamente con que acciones puede cada uno perseguir su derecho.

## ADICION.

*En la actualidad la formacion de las leyes es enteramente diversa de la antigua. Hombres escogidos indirectamente por el pueblo y reunidos en congreso, dan las leyes despues de una madura y detenida deliberacion, y á esta se ha de agregar la sancion del ejecutivo. En el articulo 48 seccion 5. titulo 3. y en toda la seccion 6. del mismo titulo de nuestra constitucion, se pueden ver todas las formalidades y pormenores necesarios para la formacion de las leyes.*

*En el titulo 6. de la misma constitucion se arregla el modo con que los esta-*



## 65

*dos de la federacion se gobernarán y decretarán sus leyes.*

*En cuanto al uso y autoridad de las leyes, á lo primero que se debe consultar es á los decretos que hayan sido dados por los congresos mexicanos; despues: á los de las cortes españolas publicados ántes de declararse la independenciam; y en seguida debe estarse al método que tan detenidamente señala el autor.*

## TITULO III.

*Del derecho de las personas.*

Estas palabras, *hombre y persona*, gramaticalmente son sinónimas; pero jurídicamente se diferencian mucho. La palabra *hombre* es de mayor estension que la palabra *persona*, porque toda *persona* es *hombre*, pero no todo *hombre* es *persona*. *Hombre* es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano: y *persona* es el *hombre* considerado con algun estado. En este supuesto, el que no tiene estado alguno no es *persona*. En esta materia parece que los jurisconsultos

## 66

han querido seguir á los cómicos; porque así como para estos no todo hombre que sirve ó contribuye á la comedia es persona, sino solamente aquel que representa á otro hombre, v. g. á un rey, á un viejo, á un lacayo &c.; así para los jurisconsultos aquel solamente es persona que hace en la república el papel ó de padre de familias, ó de ciudadano, ó de hombre libre; es decir, el que tiene algun *estado*.

Por estado entendemos una calidad ó circunstancia por razon de la cual los hombres usan de distinto derecho:\* porque de un derecho usa el hombre libre, de otro el siervo, de uno el ciudadano y de otro el peregrino; de ahí nace que la libertad y la ciudad se llaman *estados*. Tambien se llama el estado en derecho con el nombre de *cabeza*; y por esta razon se dice que el siervo no la tiene, y que se le ha disminuido ó quitado al que perdió el estado de libertad, de ciudad ó de familia.

El estado es de dos maneras: ó natural ó civil. Estado natural es aquel

\* Princ. y l. 1. tit. 23. P. 4.

## 67

que dimana de la misma naturaleza: v. g. que unos sean nacidos, otros por nacer, unos varones y otros mugeres, unos mayores de veinte y cinco años y otros menores. Civil es el que trae su origen del derecho civil: v. g. la diferencia entre hombres libres y siervos, entre ciudadanos y peregrinos, entre padres é hijos de familia. Es pues de tres maneras el estado civil. De libertad, segun el cual unos son libres y otros siervos: de ciudad, segun el cual unos son ciudadanos y otros peregrinos; y finalmente, de familia segun el cual unos son padres y otros hijos de familia.\* Con lo dicho se entiende fácilmente este axioma: cualquiera que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona aunque sea hombre. Tenemos un ejemplo claro en el siervo. Este es hombre pero no persona. Es hombre porque tiene alma racional unida á un cuerpo humano, y así atendido al estado natural le llamaremos persona; pero no lo es en cuanto al estado civil porque no es *libre*, ni *ciudadano*, ni *padre de familia*.

\* Dha. l. 1. tit. 23. P. 4.

## 68

De ahí es que por derecho 'no tiene cabeza, y puede ser vendido, legado y donado como cualquiera de las otras cosas que estan en nuestro patrimonio.

Esplicada ya la division de los estados, pasaremos á tratar de cada uno de ellos separadamente.

§ I. *Del estado de libertad.*

Las personas tomadas civil, no naturalmente, ó son hombres libres ó siervos.\* Libres son todos aquellos que no estan en servidumbre justa, porque si alguno sirve injustamente v. g. robado por un salteador, este en realidad está en servidumbre, pero no es siervo sino hombre libre. Siervos son los que sirven á otro con justa causa, como las que referiremos despues. Los hombres libres ó son ingenuos ó libertinos: ingenuos son los que nunca han estado en servidumbre por haber sido libres desde el instante de su nacimiento. Libertinos son los que han sido manumitidos

\* Lib. 1 tit. 23. P. 4.

## 69

de una servidumbre justa. Unos y otros son libres; pero los ingenuos tienen la ventaja de carecer de la nota de la esclavitud pasada que sirve de desdoro á los libertinos.

Siendo libres los hombres por la libertad de que gozan, ó siervos por la servidumbre á que estan sujetos, veamos qué es libertad y qué servidumbre. Libertad en derecho es *una facultad natural que tiene el hombre para hacer lo que quiera, si no es que se lo impida alguna violencia ó se lo impida el derecho.\** Explicarémos esta definicion por partes. Se dice que la libertad es una *facultad natural*, porque por la naturaleza todos los hombres son libres; y así la diferencia que ahora se advierte entre libres y siervos, fué introducida por las leyes civiles: se dice que es una facultad para *hacer el hombre lo que quiera*, porque la libertad consiste en que no estemos obligados á hacer ú omitir nuestras acciones á arbitrio de otro, sino que conforme al nuestro podamos ó no obrar, ó verificarlo de este ó del otro modo. Fi-

\* Ley 1. t. 22. Partid. 4.

## 70

nalmente, se añade: *si no es que intervienga violencia ó prohibicion del derecho*; porque el que padece violencia queda privado de libertad para aquel caso, y todos los que viven en sociedad civil, renuncian una parte de su libertad obligándose á omitir todo lo que prohiben las leyes. La servidumbre por el contrario: *es un establecimiento del derecho de gentes, por el cual el hombre se sujeta al dominio de otro contra la libertad natural*.\* Se coloca la servidumbre entre las disposiciones del derecho de gentes, porque como hemos dicho ya, por derecho natural todos los hombres son libres, pero la necesidad obligó en las sociedades, que son gobernadas por el derecho de gentes, á reducir á muchos á servidumbre porque usaban de su libertad en perjuicio de la misma sociedad. Decimos en la definicion que el hombre en fuerza de ella se sujeta al dominio de otro, en atencion á que la esencia de la servidumbre consiste en que el hombre esté en dominio como cosa, y que por consiguiente pueda ser

\* L. 1. tit. 21. P. 4.

## 71

vendido, legado, donado, &c. Todo esto se verifica contra aquella natural libertad en que el hombre fué criado, mas no contra el derecho natural que se llama preceptivo : por no haber precepto alguno que mande que todos los hombres se conserven libres. A mas de esto se infiere claramente que la servidumbre no repugna á la razon y derecho natural supuesto se halla aprobada en la sagrada escritura\* que no puede autorizar sino lo que no se opone ó es conforme á los principios de equidad que Dios ha grabado en nuestros corazones. Se puede tambien decir que la servidumbre es contra la naturaleza, en razon de que las personas se vuelven cosas, pues segun hemos dicho, el siervo de la clase de las personas descende á la de las demas cosas que estan en nuestro patrimonio.

Hemos visto ya qué es libertad y servidumbre. Mas si se pregunta como se hace siervo alguno, respondemos, que los siervos segun nuestro derecho,

(1) 1 á los Cor. cap. 7. V. 21 y sig. A los Efes. cap. 6. V. 5.

## 72

ó nacen ó se traen venales de la Africa y de otras naciones bárbaras. Entre las cultas que tienen sentimientos de humanidad, está abolido el derecho de servidumbre como verémos despues. Nacen los siervos de nuestras esclavas: y así, si una sierva ó esclava pare un hijo ó hija de cualquiera que sea, queda reducido á la condicion servil. La razon es clara. Hemos dicho que los siervos son cosas: se sigue pues, que sus fetos ó producciones deben ser de la misma condicion. Porque así como el feto de una vaca está en dominio por derecho de accesion, de la misma manera el feto de la esclava que sirve, debe tambien servir. Estos siervos nacidos de nuestras esclavas se llaman *vernas*. De este mismo derecho usaron los antiguos desde el tiempo de Abraham como se colige del cap. 14 del Genesis, en donde se dice que para una espedicion que tuvo que hacer armó trescientos diez y ocho de sus vernas y partió con ellos en busca de los enemigos. Mas como puede acontecer muchas veces que el verna nazca de un siervo de Ticio y de una esclava de



## 73

Cayo, se podría dudar de quien de los dos sería la propiedad; pero la regla general establecida en derecho decide que el parto sigue al vientre.\* Y así como el ternero que fuese procreado del toro de Ticio y de la vaca de Cayo sería de este, así también el verna que procreasen el siervo de Ticio y la esclava de Cayo, debe pertenecer al dueño de la esclava por ser una adición de su cosa.

De este modo nacen los siervos. Se hacían antiguamente aunque hubiesen nacido libres, ó por derecho de gentes ó por derecho civil. Por derecho de gentes por la cautividad; siendo constante que todos aquellos que eran tomados por los enemigos en campo de batalla ó fuera de él en tiempo de guerra, lo fuesen.† Para este establecimiento raciocinaban así los antiguos: podemos matar á los enemigos: luego podemos reducirlos á servidumbre, y aun será un gran beneficio conservar la vida á aquellos á quienes justamente

\* L. 2 tit. 21 P. 4.

† L. 1 tit. 29 P. 2.

## 74

podíamos quitarla.\* De aquí pues, trajo su origen el nombre de siervos, que dieron los romanos á los cautivos tomados en la guerra, por que se reservaban de la muerte para la esclavitud.† Pero esta costumbre cruel, ya se ha olvidado entre las naciones; y solo subsiste en aquellas cuya bárbara índole no las deja conocer los suaves derechos de la humanidad. Tales son los turcos y africanos, que por muchos siglos infestaron nuestras costas solo con el fin de hacer cautivos. Para vengar de alguna manera estos agravios, concedieron nuestras leyes el uso de las

\* Que este razonamiento tiene apoyo en el derecho de gentes, se ve claramente demostrado en Heinecio lib. 2. de Iur. Gent. cap. 4. §. 80. en donde dice: siendo lícito todo á un enemigo contra otro era lícito tambien matar á los vencidos en la batalla. Mas como á aquel que puede evadir el peligro sin quitar la vida al agresor, representándole solamente un mal menor no debe darle la muerte, se infiere: que no es injusto que el vencedor conserve á los vencidos para reducirlos á cautividad con el fin de que no vuelvan á dañarle, y para no alimentarlos sin sacar utilidad. Tampoco merecen recompension los que con esta condicion han elegido conservar la vida ántes que perecer.

† L. I tit. 21. P. 4.

## 75

represalías, mandando que fuesen esclavos los que cayesen en nuestro poder.\*

Mas ahora: habiéndose celebrado diversos tratados de paz y comercio por el Sr. D. Carlos III. con el emperador de Marruecos, y con el gran sultan Mustafá IV y sus dependientes los reyes de Barca, Túnez y Argel, ha quedado abolido el derecho de hacer esclavos que tenian los turcos y demás regencias berberiscas y por consiguiente el uso de retorsion.† En virtud de estos tratados, así las naciones bárbaras como todas las cultas de Europa y fuera de ella, no observan tratar á los enemigos tomados en la guerra como cautivos, sino como prisioneros ó detenidos en depósito hasta su conclusion. ‡ Despues de esta, se suelen dar en cange, ó trueque por otros de igual calidad, ó por algun equivalente

\* L. 1. tit. 29. P. 2. y. 1. tit. 21. P. 4.

† Reales cédulas de 28 de noviembre de 1784, de 29 de septiembre de 1786 y de 29 de agosto de 1791. en que se hallan insertos los tratados.

‡ Veanse los tratados ajustados con Francia y con los Estados Unidos de América en las cédulas de 4 de setiembre y de 18 de noviembre de 1796.

## 76

en especial siendo oficiales de graduacion.

En América tampoco se pueden hacer cautivos ni usar de retorsion con los indios, ni en guerra justa hecha por los españoles ó por ellos mismos, ni por cualquiera otro título por justo que parezca; y aunque algunas veces se permitió fuesen hechos cautivos algunos indios sediciosos y rebeldes para facilitar su reduccion,\* se abolieron despues estas disposiciones, mandando que con ningun pretesto ó motivo puedan quedar por esclavos ni venderse por tales los que se aprendieren en guerra ó fuera de ella.†

Por derecho civil se hallan varios modos de hacerse los homhres libres, siervos en pena de sus delitos. Las leyes de partida establecen algunos que aunque en el dia no están en uso, conviene no ignorarlos. El primero es del mayor de 20 años que se vende con el fin de participar del precio y defraudar al comprador. En este caso establece la ley

\*L. 13. tit. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

†L. 16. tit. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

que quede siervo, verificándose cinco condiciones. La 1. que el mismo consienta de su voluntad ser vendido: 2, que participe del precio: 3, que sepa que es libre: 4, que el que lo compra crea que es siervo; y 5. que el que se hace vender sea mayor de 20 años. \*El segundo modo tiene lugar en el liberto que es ingrato para con el señor de quien recibió la libertad, por cuyo motivo puede ser reducido á su antigua servidumbre. †Esta ingratitud puede ser de dos maneras: una que llaman simple y se verifica no correspondiendo con beneficios á aquel de quien se recibieron; y otra preñada retornando con injurias y daño grave al bienhechor. Los libertos pueden ser vueltos á la servidumbre no por una ingratitud simple, sino por la preñada.‡

Asímismo las mugeres libres que contraen matrimonio con los clérigos de órden sacro deben ser hechas esclavas de aquella iglesia de que es de-

\* L. 1. tit. 21. P. 4.

† Ll. 9. tit. 22. P. 4. y 18. tit. 1. P. 6.

‡ Dichas leyes,

## 78

pendiente el clérigo, con los hijos que hubieren tenido.\* Finalmente tienen la pena de ser reducidos á servidumbre, los que dan ayudà ó consejo á los moros que son enemigos de la fe católica vendiéndoles armas, naves ó víveres.†

Péro todos estos modos inventados por el derecho civil, ó nunca han estado en uso, ó han quedado abolidos por costumbre contraria.‡ De suerte que no subsiste modo alguno de reducir á los hombres á servidumbre: y así los esclavos que se hallan tanto en España como en América, no son habidos por título de reduccion á esclavitud conforme á nuestro derecho, sino

\*Ll. 41. tit. 6. P. 1. y 3. tit. 21. P. 4.

†Ll. 28. tit. 9. P. 1. 31. tit. 26. P. 2. y 4. tit 12. P. 4.

‡Así lo afirman los adicionadores de Vinnio hablando de estos modos de hacer siervos. *Licet omnes feré hi constituendae servitutis modi in Partitarum legibus descripti sint, abhorrent tamen á moribus nostris. In debitores obaerratos, leges 4. et seq. tit. 5. lib. 6. Recop. Cast. creditoribus tribuunt potestatem dominicae non absimilem; sed nostri saeculi humanitas hisce legibus non utitur. §. 4. n. 2. tit. 3. Inst. de jure personarum.*

## 79

solamente por compra y venta, ó por el parto de las esclavas.\*

Todos los que ven la servidumbre con ojos ilustrados por la recta razon la reputan por una cosa dura y muy poco conforme á la humanidad. En fuerza de estos sentimientos se fué disminuyendo, y aun se hubiera estermiado del todo el uso de reducir los hombres al dominio absoluto de sus semejantes, si no lo hubieran restablecido primeramente los portugueses, y despues otras naciones á fines del siglo XV. Al descubrir las costas de Africa dieron con una multitud de reinos bárbaros como Guinea, Nigricia, Etiopía, Congo y otras vastas provincias habitadas de gentes toscas y salvages dominadas por reyes déspotas. En este mismo tiempo descubrieron la isla de Santo Tomás, de S. Mateo, de Lovando y otras que hacian frente á aquellas costas. Valiéndose de esta oportunidad entablaron comercio en ellas, dando paños, hierro, cascabeles, aretes y otras bugerías,

\* Arg. de la l. 6. tit. 5. lib. 7. de la Rec. de Ind.

## 80

por oro, plata y principalmente por esclavos que les proporcionaron los mismos naturales como género muy abundante entre ellos. La principal causa de haber tantos hombres destinados á ser vendidos en estos países bárbaros es el derecho de guerra. Estas son frecuentes entre los reyes de aquellos dominios, en que acostumbran los vencedores vender por esclavos á los vencidos. A esto se añade que la mayor parte de los delitos, se castiga con la esclavitud como una pena lucrosa para el fisco, no habiendo cárceles ni prisiones, sino para custodiarlos mientras se efectúa la venta. Los ingleses, dinamarqueses, y holandeses han continuado en este comercio como el mas ventajoso entre los que ejercitan. Comprados en las costas del Africa, pasan á venderlos á los reinos de la Europa, y con mucha frecuencia á nuestra América.\*

Estos negros esclavos, estan consti-

\* Así se infiere de las leyes 2. tit. 17. todo el tit. 18. lib. 8. y ley 45. tit. 2. y 133. cap. 24. tit. 15. lib. 9. de la Rec. de Indias.



DERECHO ECLESIAÍSTICO  
DE  
BERARDI

[fragmento]



**INSTITUCIONES**  
**DE**  
**DERECHO ECLESIAÍSTICO**

**DE CARLOS SEBASTIAN BERARDI,**  
Catedrático de la misma Facultad en la Real Universi-  
dad de Turin, y Consultor de S. M. S. en lo tocante  
á los Sagrados Cánones.

**OBRA PÓSTUMA,**  
**DIVIDIDA EN DOS PARTES,**  
**TRADUCIDA AL CASTELLANO, É ILUSTRADA CON NOTAS**

**POR**

*EL Dr. D. JOAQUIN ANTONIO DEL CAMINO,*  
*Presbítero, Catedrático de Concilios generales, y Na-*  
*cionales por S. M. en la Universidad de Sancti Spiritus*  
*de Oñate.*

**PARTE PRIMERA.**



**MADRID MDCCXCL**  
**EN LA IMPRENTA DE LA VIUDA DE IBARRA.**  
**CON LAS LICENCIAS NECESARIAS.**

XXI

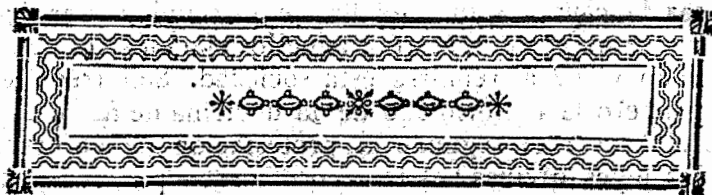
## ÍNDICE

## DE TÍTULOS DE LA PRIMERA PARTE.

TIT. I.	<b>D</b> e la Iglesia,	Pág. 1.
TIT. II.	Del Derecho Natural, de Gentes, y Divino,	23.
TIT. III.	Del Derecho Eclesiástico, ó sobre los Cánones de la Iglesia,	50.
TIT. IV.	Que causas generales se determinan en los Cánones,	61.
TIT. V.	De los Lugares Canónicos,	74.
TIT. VI.	De las Colecciones Canónicas en general,	87.
TIT. VII.	De las reglas de la Crítica, que se han de observar en vista de las Colecciones de los Sagrados Cánones,	98.
TIT. VIII.	De las Colecciones Canónicas particulares entre los Griegos,	116.
TIT. IX.	De las Colecciones Canónicas que salieron á luz en la Iglesia Latina, ó Occidental hasta el Código de Graciano,	133.
TIT. X.	Del Código de Graciano,	161.
TIT. XI.	De las Colecciones de Decretales anteriores á la Gregoriana,	18
TIT. XII.	De la Coleccion de Decretales de Gregorio IX,	197.
TIT. XIII.	De la Coleccion de Decretales de Bonifacio VIII con el nombre de Sexto,	217.
TIT. XIV.	De la Coleccion de las Clementinas,	226.
TIT. XV.	De la Coleccion de Extravagantes, ya de Juan XXII, ya comunes,	230.
TIT. XVI.	Del Séptimo de las Decretales, y sobre los Bularios,	234.
	TIT.	

## XXII

TIT. XVII.	<i>De las reglas de la Cancelaria,</i>	243.
TIT. XVIII.	<i>De las Colecciones modernas de Concilios,</i>	248.
TIT. XIX.	<i>Que cuidado se ha de poner al presente en el uso de los Códigos de Derecho Eclesiástico,</i>	255.
TIT. XX.	<i>De los Glosadores,</i>	262.
TIT. XXI.	<i>De las Instituciones de Lanceloto,</i>	269.
TIT. XXII.	<i>De los Intérpretes del Derecho Eclesiástico, y sobre su legítima interpretación,</i>	276.
TIT. XXIII.	<i>De las costumbres,</i>	295.
TIT. XXIV.	<i>De las disposiciones de aquellos que quieran dedicarse al estudio de los Sagrados Cánones,</i>	307.



PARTE PRIMERA.  
PROLEGOMENOS  
DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO.

TÍTULO I.

*De la Iglesia.*

I.

La Iglesia es una Sociedad de hombres, que adoran á Dios, profesando una misma doctrina de fé, y costumbres, y protestando observar las leyes divinas baxo el gobierno, y solicitud de los Superiores constituidos sobre ellos por la Soberana Ordenacion. Se dice que la Iglesia es sociedad de hombres, pues ella no existe en uno solo, sino en todos los antepasados, presentes, y futuros, si son tales, que se unan entre sí con vínculos legítimos. Se añade, que es una sociedad de los hombres, que adoran á Dios, para dar á entender qual

sea la causa, y qual el fin de esta union. Las demas palabras demuestran aquellos vínculos con cuyo nudo viene á reunirse esta sociedad. Son tres: el primero la uniformidad de la doctrina de fé, y costumbres: el segundo la protestacion de observar las leyes divinas: el tercero el órden por una parte de los Ministros de Dios, que dirigen á los demas, y por otra de aquellos que son dirigidos.

Si nada he dicho con particularidad en este lugar acerca de los Prelados de la Iglesia, por cuyo Príncipe constituyó Jesu-Christo al Apóstol San Pedro, y consiguientemente á qualquiera que hubiese de suceder en su Cátedra, es á saber, al Obispo de Roma; he querido omitir esto al principio, porque mi intento era de formar una definicion que comprehendiese á todos los estados de la Iglesia, aun anteriores á la venida del mismo Jesu-Christo, y mas habiendo de hablar sobre este asunto en la segunda parte de la presente obra, en donde demostraré la primacia del Pontífice Romano, y la potestad de los demas Obispos inferiores, y de este modo la Gerarquía de todos los Ministros consagrados (a).

## II.

(a) Es cierto que la descripcion que nos hacen los Catecismos regulares de la Iglesia, al paso que es bastante adecuada á la comun inteligencia del pueblo, no nos forma una idea perfectamente cabal de ella. Contraer la extendida amplitud de este cuerpo dilatado á solo el estado de la ley evangélica, parece es desfigurarle en algun modo, y representarnos al mismo sin aquellos divinos enlaces, que tan estrechamente unen á la ley natural, y al antiguo Testamento con el moderno. Es verdad, basta á la fé del vulgo tener una noticia precisa, y sucinta de lo que es la Iglesia en el estado actual; pero que inconveniente habrá en que se le dé á entender proporcionadamente á su capacidad aquella conexión íntima de nuestros misterios con la creencia de los dogmas de los dos antiguos estados de la misma Iglesia? En una palabra, la descripcion tan exácta que ha-

## DEL DERECHO ECLESIÁSTICO. TIT. I.

3

## II.

El fin á que se dirige la Iglesia es el culto divino, que debe ser observado solemne, y legítimamente en esta presente vida, para que lleguemos á gozar de Dios en la otra, según sus soberanas promesas. Así se distingue la Iglesia de la Sociedad civil, cuyo único fin son la pública, y comun tranquilidad, y bien estar. Pero ambas Sociedades están ordenadas recíprocamente entre sí, disponiéndolo así el mismo Dios, de manera que la una fomenta, ayude y corrobore á la otra. Muy á propósito al caso escribía Nicolao I. en su carta al Emperador Miguel quando le decia, "que el mismo Me-

»diador entre Dios, y los hombres, Jesu-Christo  
 »Dios hombre, separó de tal suerte con actos pró-  
 »pios, y dignidades distintas los oficios de entram-  
 »bas Potestades, que los Emperadores Christianos  
 »dependiesen de los Soberanos Pontífices en lo con-  
 »cerniente á conseguir la felicidad eterna, y solo  
 »se hallasen sujetos estos á las leyes imperiales en lo  
 »que perteneciese á negocios temporales, queriendo  
 »se levantasen hácia Dios con la humildad propia me-  
 »dicinal los corazones de los hombres, y no que de  
 »nuevo se sumergiesen en el abismo, desvanecidos  
 »por la soberbia humana." Lo mismo dice Justiniano al principio de la Novela 6. en estos términos: "A la  
 »verdad el Sacerdocio, y el Imperio son unos especia-  
 »líssimos dones de Dios concedidos á los hombres por  
 »su soberana clemencia, aquel para administrar las

A 2

CO-

hace de ella nuestro autor, descubre de un golpe de vista, digamos así, el vastísimo ámbito de la Iglesia, siguiendo el propio método de algunos Catechistas modernos, entre ellos Fleuri, y el autor del Catecismo *ad Ordinandos*.



„cosas divinas, este para gobernar, y dirigir las  
„humanas (a).”

## III.

Es tan remoto el origen de la Iglesia, que iguala en antigüedad al género humano, pues ni aun el mismo primer Padre de los hombres estuvo fuera de ella, porque representó como reunida en sí la congregacion de todos los fieles. A mi juicio discurriría muy bien qualquiera que deduxese el vínculo de todas las voluntades humanas reunidas en Adán del mismo principio, por donde se sabe haberse traspasado de un hombre á los demas el pecado original, segun el testimonio de las Sagradas Letras.

## IV.

(a) El medio único, y mas seguro para conocer si dos Sociedades son distintas entre sí, es aquel que suministra la diversidad de fines á que ellas se ordenan; y entónces sabremos que son diferentes los fines, quando no se encuentran en ambas Sociedades medios conducentes para llegar á uno mismo; y así parece error decir, que las dos Sociedades sagrada, y política aspiren igualmente á un mismo objeto; pues por ventura tendrá la República civil en su mano aquellos indispensables, y eficaces auxilios, de que como tan poderosos necesita la fragilidad humana para conseguir la eterna, é inmortal felicidad? Recorra á toda su severidad, y ármese de indignación contra los delinquentes la potestad temporal. Es cierto que con sus amenazas, y con sus rigores se abstendrán los hombres de cometer aquellos delitos que no se pueden escapar de la vista del legislador; pero quantas pasiones, quantos afectos depravados se ocultarán á su mas cuidadosa vigilancia, para que se contenga la dissolution, y el derramamiento de las costumbres! *Sed quanta auctoritas legum humanarum, cum ista evadere homini contingat, & plerumque in admissis delitescere, & aliquando contemnere ex voluntate, vel necessitate delinquendi, recogitata etiam brevitate supplicii cujuslibet non tamen ultra mortem remansuri?* Tertul. in Apologet. advers. Gent.

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. I. 5

## IV.

Fué tan, perenne, y lo será la Iglesia, que nunca faltó, ó llegará á faltar. Esta duracion indefectible proviene de aquel pacto eterno, que se dignó entablar Dios con los hombres por su infinita piedad, como demuestran fácilmente los Teólogos por la Sagrada Escritura. Si acaso, lo que no consienta Dios, se reduxese á pocos, y aun hasta uno sólo la Iglesia, no obstante siempre se la pudiera llamar con este nombre, porque la sociedad una vez constituida, puede permanecer todavía en un solo individuo, segun los principios asentados en la Jurisprudencia comun, siguiendo los quales enseñó así el Jurisconsulto Ulpiano en la ley 7 al fin D. *Quod cujusque universit. nomine* (a).

## V.

Los auxilios divinos concedidos á la Iglesia son dos. El primero es la revelacion sobrenatural, la qual ilustra al entendimiento, y le dirige al conocimiento de la verdad. El otro es la divina gracia,

Tom. I.

A 3

con

(a) Mas no puede tener principio qualquiera Sociedad en un solo individuo, siendo necesario que concurran á lo ménos tres personas á la ereccion de un Cuerpo, ó Colegio, ley 8, D. *de Verbi significat.* de donde parece seguirse, si nos atenemos á la misma Jurisprudencia comun, que no pudo empezar la Iglesia desde Adán solo. Responde con arreglo á la doctrina del autor, que conteniéndose todas las voluntades humanas reunidas en Adán, y siendo él mismo el primer origen de los hombres, muy bien podia subsistir únicamente en él la Sagrada Sociedad, lo que no es posible suceda en otra comunidad erigida por los hombres, pues nunca llegaremos en esta á un primer miembro principal, de que tengan total dependencia los demas sus constituyentes, qual la tenemos todos nosotros del mismo Adán. *Fecitque ex uno omne genus hominum.* Act. Apost. cap. 17.

6

## INSTITUCIONES

con que se corrobora la voluntad , y es excitada á obrar bien. Necesitaron todavía mas los hombres de estos dos auxilios despues de contraido el pecado original, por ser mayor la fragilidad que provino de sus fatales resultas á la naturaleza humana (a).

VI.

(a) La experiencia misma demuestra, que un hombre destituido de la fé , de esta luz sobrenatural, que desvanece, y disipa las tinieblas de la ignorancia , y abandonado de los poderosos divinos auxilios , es imposible conozca, como debe, aun aquellas primeras obligaciones que dicta la ley puramente natural , y mucho mas lleve arregladas sus acciones , y su conducta á los dictámenes de la razon. Todos saben quanto han preconizado algunos filósofos desgraciados de nuestro tiempo el sistema tan decantado del Naturalismo : sistema fatal , que ellos han dado como muy suficiente para que se consiga entre los Ciudadanos un cumplimiento exacto de sus respectivos deberes, un modo de proceder honrado , una hombría de bien tan ponderada por ellos , como muy infrequente , y muy rara en los que se precian de seguir la Religion puramente natural. » El hombre , dice cierto Escritor » moderno , este Rey de la naturaleza , nace sujeto á la igno- » rancia , á las pasiones , y á la muerte. ; Que de errores, » quantas alucinaciones se descubren en la luz de su razon! » Quantas baxezas , quantas rebeliones en la grandeza de » su destino! Su alma inmortal está sometida á los sentidos, » y dominada por las criaturas. ; De dónde vienen estas » contradicciones , esta doble ley , esta oposicion al bien? » Por confesion de los mismos paganos , el hombre deprava- » do así , no ha salido en esta forma de las manos de su Cria- » dor. ; Qual es el origen de este desatreglo? Solo la reve- » lacion puede desatar tal enigma. La religion natural nos » da á la verdad ciertos principios ; pero nos suministra ella » motivos eficaces para rebatir nuestras contradicciones, y para » cumplir nuestros deberes? ; Ofrece ella remedio á nuestros ma- » les , socorro á nuestras caidas , objetos á nuestros deseos, » y á nuestras necesidades? ; Que recompensa asegura ella á » la virtud? ; Que castigo al vicio? Los Filósofos mas sa- » bios tuvieron algunas nociones de Dios , del hombre , y » sus deberes. Mas entre estas pocas luces ; que tinieblas , que » estravagancias ! Su ciencia no tuvo otro fin que el de hacerlos

» va-

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. I.

7

## VI.

Estos dos auxilios quiso Dios que despues de decaida la naturaleza fuesen concedidos por los méritos del Verbo Divino hecho hombre. Por eso el mismo Verbo Divino, Dios hecho hombre, Christo Jesus es la Cabeza de la Iglesia, llamado en las Sagradas Letras el Primogénito entre muchos hermanos, Piedra, la Piedra angular, Fundamento, el Príncipe del siglo futuro, Abogado de todos para con Dios Padre. De este modo vinieron á reunirse con un nuevo vínculo los hombres piadosos, y fieles por Jesu-Christo, y en Jesu-Christo: vínculo tanto mas útil ciertamente, quanto es mas noble que aquel primer vínculo de todas las voluntades humanas reconcentradas en Adán; lo qual fué causa de que el mismo Jesu-Christo fuese llamado segundo Adán, conforme á los divinos oráculos, que manifiestan este propio vínculo.

## VII.

El estado de la Iglesia no siempre fué uno mismo; ántes bien se sabe haber sido de tres modos. El primer estado fué comprehendido en la Ley natural: el segundo en la Ley Divina escrita de Moyses: el tercero se contiene en la Ley Divina de Jesu-Christo; pero en todos ellos siempre se reconoce por una misma la Iglesia.

## VIII.

En la Ley natural, ó en aquel estado que pre-

A 4. ce-  
 „vanos, supersticiosos, idólatras. Luego el hombre tiene ne-  
 „cesidad de una nueva luz, que esclarezca, y dirija mejor  
 „su razón. Hasta aquí ella ha sido insuficiente, y los hom-  
 „bres no han hecho otra cosa sino obscurecerla por sus er-  
 „rores y sus vicios.” Diccion. antifilos. tom. 2. art. Relacion.

## 8 INSTITUCIONES

cedió á la Ley escrita de Moyses, venia á reunirse la Iglesia con la uniforme doctrina de fé, y costumbres, como con un estrecho vínculo, habiendo ella recibido siempre esta doctrina del mismo Dios, que ilustraba muchas veces á los Patriarcas, sea que se reduxese á escrito, sea que solo se trasladase verbalmente, y de oído en oído á los demas por la voz viva de los mismos Patriarcas gratos á Dios. En este estado enseña la Escritura Sagrada haber designado repetidas veces el mismo Dios, pero extraordinariamente á ciertos Gefes de los hombres piadosos, por cuyo ministerio declaraba, y mandaba executar su voluntad general, ó especial, como quando valiéndose de Abraham, dió á sus descendientes el precepto de la Circuncision, y otros semejantes. Mas, generalmente hablando, y no habiendo voluntad divina especial, es verosímil que los mismos hombres piadosos pudieron establecer, y establecieron en efecto ciertos Directores, y Superiores de Religion, á cuya solicitud perteneciese ordenar el culto divino, y por esta razon no fué reservado el gobierno de la Iglesia por Derecho Divino general á determinadas personas, ni á cierto género de hombres. Como despues de haberse multiplicado el número de los hombres, se dividieron las dos Sociedades, esto es, la pública, y sagrada, si escogió aquella por derecho ordinario á sus Príncipes, sino es en aquel caso en que hubiese señalado el mismo Dios ciertos Reyes, y Caudillos, como sucedió despues con Moyses, Saul, David, y con otros muchos; así tambien nombró esta por el mismo derecho á sus Ministros, y Gefes, entretanto que no hubiese sido escogido por Dios alguno, como Aaron. Ni podia mantenerse una Sociedad sin zeladores de las leyes, y sin cierta potestad executiva, así como no podia conservarse sin las

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. I.

las propias leyes. Esto se demuestra todavía mas abundantemente, porque sin embargo de haber caido muchas gentes en la idolatría, y constituido para sí á ciertos Seudo-Sacerdotes, es verdad las tuvo por detestables la Iglesia de Dios, por quanto se habian contaminado con cultos torpes; pero nunca fueron reprehendidos por haber elegido para sí algunos Sacerdotes. De aquí se entiende, que la antiquísima designacion de dichos Sacerdotes hecha por los Pueblos siempre perteneció al Derecho de Gentes, como aquel mismo derecho que sostiene los vínculos con que están reunidas entre sí las Sociedades (a).

## IX.

(a) Si apenas ha habido nacion en el mundo, ni la hay, donde no se haga uso de alguna Religion, aunque se halle esta muy desfigurada con las pasiones, con la depravada educacion, y con la barbarie, se ha observado tambien casi en todas ellas el establecimiento de ciertos Ministros, y Gefes de Religion, venerados sumamente por el Pueblo, como únicos depositarios de los derechos sagrados. ¿Pues que diré de los Egipcios, cuyos Sacerdotes ocupaban el lugar mas sublime, y mas inmediato al mismo Trono, y gozaban de una suprema jurisdiccion en asuntos pertenecientes al culto divino? ¿Que de los Griegos, los quales á mas de otros sugetos destinados al servicio de la Religion, nombraban á un Pontífice Supremo, á quien tocaba cuidar, y dirigir todo el aparato de los actos sagrados? ¿Que de los Atenienses, en cuya sabia República habia determinados, y diversos nombres, para significar con ellos la variedad de diferentes Sacerdotes? ¿Que, en fin, de la incomparable Roma, cuyos fastos están en gran parte llenos de la ilustre memoria de aquel derecho público, que valiéndome de la expresion de uno de sus Jurisconsultos, consistia en la Religion, y en la disciplina de los Sacerdotes? Ademas de un Pontífice Máximo, árbitro de toda la economía de la misma Religion, habia otros inferiores Ministros, como el Rey Sacrificio, Pontífices subalternos, á cuyo cuidado estaba encargado determinar sobre las ceremonias sagradas, públicas, y privadas, y en que aras, á que Dio-

## IX.

En el mismo estado de la Iglesia anterior á la Ley escrita de Moyses hubo, y debió haber, una vez decaida la naturaleza, otro vínculo con que se ligasen entre sí los hombres fieles, añadido por la divina revelacion, qual era la esperanza comun de todos en orden á Jesu-Christo, futuro Redentor del género humano. Esta revelacion fué comunicada por Dios á los mismos nuestros primeros Padres, de quienes se habia de propagar á todos sus hijos, y fué confiada, y ratificada mas clara, y expresamente á Abrahan, y á sus descendientes. Por esta razon en aquel estado nadie podia ser miembro de la Iglesia de Dios mientras no se uniese con Jesu-Christo espiritualmente.

## X.

En la ley escrita de Moyses conservó la Iglesia indisolubles los mismos vínculos de la uniforme doctrina de fé, y costumbres. El otro vínculo de la esperanza, y espectacion en Jesu-Christo venidero, á mas de ser comun con los demas hombres que pertenecian á la Iglesia, fué mas sobresaliente, y mas

Dioses, con que hostias, en que Templos se habian de ofrecer víctimas, y sacrificios. A ellos acudian los Ciudadanos para saber como habian de celebrar los funerales, aplacar á sus Dioses imaginarios, como cumplir los votos, y juramentos. A ellos tocaba conocer acerca de las tradiciones, y explicarlas al Pueblo, y lo que es mas, ellos proponian en edictos la forma á que se hubiesen de arreglar todas las funciones sagradas, lo qual era carácter inseparable de una suprema jurisdiccion; porque nadie ordenaba edictos en Roma sin que se hallase asistido de esta relevante circunstancia. Vé al autor sobre el *Derecho Eclesiástico universal*, disp. 1. cap. 3.

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. I. II.

mas glorioso todavía en el pueblo Judayco, porque él mismo habia llegado á saber por medio de los divinos oráculos naceria el Mesías en algun tiempo de su propio linage. De aquí es, que aunque pudierá haber todavía fuera del Pueblo Judayco algunos hombres que fuesen individuos constituyentes de la Iglesia; como lo fué el Santo Job; sin embargo se llamaban los Judíos con un derecho mas especial el Pueblo escogido, y puesto baxo una singular tutela, patrocinio, y proteccion del mismo Dios; y aunque Jesu-Christo futuro Redentor fuese Cabeza, y Príncipe de todos los fieles, no obstante se sabe que entabló entre Dios, y la nacion Judayca una alianza todavía mas estrecha por su prosapia, por su origen, y por su nacimiento.

## XI.

Se añadieron despues algunos vínculos especiales para reunir mas, y mas entre sí á todos los que descendiesen de Abraham, Isaac, y Jacob, como gente en la qual se habian de cumplir, y verificar los soberanos vaticinios. Estos especiales vínculos eran dos; siendo el primero la protestacion de observar tambien ciertos particulares divinos mandamientos, segun se leen en el Levítico, Deuteronomio, y en otros lugares; por exemplo, acerca de señalados dias festivos, celebracion de la Pasqua, y de los Acimos, Purgaciones, y demas Símbolos, que se llamaban Sacramentos. El otro vínculo fué la designacion especial del Tribu de Leví para el sagrado ministerio, y de la familia de Aaron para el Sacerdocio, y Pontificado; aunque sin embargo estos Ministros, y estos Sacerdotes no podian llamarse propiamente Ministros de Jesu-Christo, sino Ministros de Dios, los quales á la verdad habian de preconizar al mismo Jesu-Christo



to futuro Redentor; pero estaban dispuestos para ceder del Sacerdocio quando hubiese venido el Mesías único Sacerdote, y el solo Mediador entre Dios, y los hombres.

## XII.

En este estado de la Iglesia fueron comunicados por Dios al Pueblo Judayco tres géneros de preceptos: naturales, ceremoniales, y judiciales. Los primeros á fin de que fuese explicado con mas claridad, y confirmado el derecho natural, como aquellos que leemos en el Decálogo: los siguientes para significar los admirables sucesos futuros de Jesu-Christo, á fin de que con la frecuente celebracion de misterios tuviese presentes aquella nacion; y no olvidase jamas los que estaban por venir, y los venerase incesantemente, como los preceptos de la Circuncision, del sacrificio del Cordero Pasqual, Sacerdocio familiar, y otros semejantes: los últimos para arreglar la pública policia, y forma de gobierno, quales son los preceptos sobre juicios, diezmos, y otros á este tenor. Los preceptos naturales eran invariables por el principio constante puesto en la naturaleza misma. Los Ceremoniales no solo habian de cesar, sino que tambien era preciso feneciesen en la ley de Jesu-Christo; pues ni hubiera seguido alguno sin nota de supersticion las figuras inútiles en vista de haberse realizado lo que significaban, y por eso los preceptos de este género se llaman mortíferos despues que se promulgó la Ley Evangélica (a). Los Judiciales es cier-

to

(a) La dificultad está en saber desde que tiempos se hicieron mortíferos estos preceptos ceremoniales. Discreparon sobre este punto San Gerónimo, y San Agustin. El primero solo distingue dos tiempos: tiempo en que ni eran muertos,

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. I. 13

to que cesaron desde el establecimiento de la ley de Jesu-Christo ; mas no repugna que á veces puedan ser renovados algunos atendidas las circunstancias.

## XIII.

esto es, sin fuerza de ley, ni mortíferos, es decir, de modo que no excusase de pecado su observancia ; y tiempo en que eran muertos, y mortíferos. A aquel le pone hasta la muerte de Jesu-Christo : á este de ahí en adelante. Pero San Agustin propone tres tiempos : tiempo quando estos preceptos ni fueron muertos, ó mortificados : tiempo en que solamente fueron muertos, pero no mortíferos ; y tiempo en que tambien fueron mortíferos. Señala el primero hasta la muerte de Christo : el segundo desde esta época hasta la promulgacion de la Ley Evangélica ; y el tercero de allá en adelante. La opinion de San Agustin fué seguida por Santo Thomas 1. 2. quæst. 103. art. 4. Y á la verdad ella parece mas verosímil, pues con arreglo á la misma se responde sólidamente á las objeciones que contra la presente doctrina se ofrecen por varios hechos de los Apóstoles, como la circuncision de Timoteo, la santificacion de San Pablo en el Templo, y sobre todo aquel Cánón célebre dirigido por los Apóstoles desde el Sinodo Jerosolimitano á los fieles de Antioquia sobre la abstinencia de sangre, de animalès sufocados, y de las cosas sacrificadas á ídoles ; porque suponiendo que la promulgacion de la Ley Evangélica tomó toda su fuerza, y complemento en la ruina de Jerusalem, y dispersion del Pueblo Hebreo, en que se consumaron todas las profecías ; que extraño seria que en el tiempo intermedio entre Pentecostés, y la última catástrofe de aquella ciudad Decida contemporizasen en algunos casos los Apóstoles con los Judíos recién convertidos, permitiendo providencialmente la observancia de legales, mayormente quando esta conhibencia conducía á la perseverancia de los Hebreos en la fé, que poco ántes habian abrazado. Y si San Pablo reprehendió á Cefas, porque obligó á los Gentiles nuevamente convertidos á que judaizasen, aun concediendo que este Cefas fuese el mismo San Pedro, lo qual no han faltado quienes negasen, no era reprehensible el Santo, sino en haberse empeñado demasiado, y con algun ardor en la conservacion de la Disciplina Ceremonial. *Caput 2. vers. 11. ad Galat.*

## XIII.

La Iglesia mantuvo firmes en la Ley Evangélica los primeros, y mas antiguos vínculos con que siempre ha estado reunida; esto es, la uniformidad de la doctrina de fé, y costumbres, y el uniforme propósito de observar los divinos mandatos. La que era uniformidad de fé, y esperanza en Jesu Christo, no llegó á disolverse, sino que se hizo mas noble, porque manifestado el mismo Jesu-Christo, debió ser reconocido, como lo fué en efecto, por cabeza visiblemente presente en la Iglesia mientras permaneció en la tierra invisiblemente presente despues de su subida á los Cielos, de quien solo viene toda potestad, por quien solo se nos comunica toda gracia, toda luz, toda virtud. La uniformidad singular que habia antiguamente en la ley de Moyses quanto á la observancia de los símbolos, y figuras, tampoco se deshizo, antes bien se ennoblecio mas; pues primeramente quando Christo se mostró presente, entónces manifestó con mas claridad los divinos misterios, y reveló muchísimos arcanos celestiales, que ántes eran sin comparacion mas oscuros á los hombres: substituyó ademas nuevos símbolos mas ilustres, y mas poderosos en lugar de los antiguos Judaycos, quales son los Sacramentos, en cuyo ministerio, y suscepcion reuniese á todos los Christianos entre sí un nuevo, y excelente vínculo. En fin, habiendo instituido el mismo Jesu-Christo el Sacramento de Orden, del qual pendiesen los demas Sacramentos quanto á su administracion, caracterizó á sus Apóstoles con la potestad de Orden, concediéndoles la facultad para siempre de nombrar sucesores, y repartida dicha potestad segun el modo de la Gerarquía, el qual Sacerdocio no se hubiese de distinguir del Sacerdo-

cio

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. I.

15

cio de Jesu-Christo ; sino que se hubiese de ejercer por sus Vicarios, distribuidos los oficios en los que fuesen superiores, los Presbíteros á los Ministros, los Obispos á los Presbíteros hasta en el Orden mismo; presidiese el Pontífice Supremo á los Obispos con su solicitud, y jurisdiccion, habiéndose añadido la ley de que no se obtuviese el Sacerdocio, como en algun tiempo, por sucesion familiar, ó hereditaria, sino por eleccion, la qual se hubiese de arreglar á las determinaciones de la Iglesia.

## XIV.

Y así la Iglesia de Jesu-Christo despues de su venida, y manifestacion tiene estos vínculos con que ella se reúne. Lo primero la doctrina de fè, y de costumbres : lo segundo la voluntad conforme de obedecer á los divinos mandamientos : lo tercero la unidad de Cabeza en Jesu-Christo : lo quarto la unidad de Sacramentos instituidos por el mismo: lo quinto la uniformidad del Sacerdocio, en el qual se muestra visiblemente el Sacerdocio de Jesu-Christo ; de manera, que quando uno manifiesta realmente su obediencia, y sumision á los Sacerdotes designados por el mismo Jesu-Christo por una sucesion no interrumpida, manifiesta tambien hallarse sujeto al Príncipe Soberano de la Iglesia.

## XV.

Quándo todos estos vínculos son visibles, es claro que tambien la misma Iglesia será visible. De este modo se descubre ella como puesta á todos delante resplandeciendo con exteriores caractéres, á la qual sea fácil llegar á quantos quieran, para que de otra suerte no se dexé á cada uno seguir su juicio privado, y haya tantas especies de Religion para  
con

con Dios, y de fé como hay hombres. Está patente á los sentidos la protestacion de una misma doctrina de fé, y costumbres: está patente la voluntad expresa de cumplir los divinos mandamientos: están patentes el ministerio, y la suscepcion de los Sacramentos. Si despues de la subida de Jesu-Christo á los Cielos no ven ellos el principado en su misma persona, le observan no obstante en los Sacerdotes sus Vicarios, especialmente en aquel que obtiene el Sumo Sacerdocio, y exerce en la Iglesia el mayor, y Supremo Vicariato del mismo Jesu-Christo el Pontífice Romano. Por eso fueron condenados con mucha razon como hereges aquellos que quisieron hacer consistir el vínculo con que se reúnen entre sí los fieles, y la causa de esta union, ó en la predestinacion divina, ó en la fé interior, ó amor de Dios, ó en semejantes sobrenaturales afectos del ánimo (a).

## XVI.

(a) Si ha habido algun error que haya llegado á la última ridiculez, ya lo es el de los novatores del siglo XV. y XVI. quando dixeron ser invisible la Iglesia, y la atribuyeron una naturaleza, digamos así, metafísica, é inaccesible á nuestros sentidos. ¿Que mayor absurdo que quitar al todo lo que concedian á las partes que le constituyen; negar que la Iglesia sea visible, siendo visibles los individuos que la componen, y los vínculos con que estos se reúnen? ¿Por ventura quando intimando Christo en San Mateo cap. 18 la correccion fraterna, manda que sea denunciado á la Iglesia aquel que no ha escuchado al que le corregia privadamente, ni delante de dos, ó tres testigos, ordena se haga esta denunciacion á una Sociedad invisible? ¿Y en donde se ha de encontrar? ¿Por que medio darle á entender la incorregibilidad del delinquente. Christo Señor encomienda á San Pedro el gobierno, y la direccion del Pueblo Christiano. San Pablo llama á Mileto á los mas ancianos de la Iglesia, les encarga atiendan á toda la grey, en que los ha puesto el Espiritu Santo por Obispos para que gobiernen la misma Iglesia. ¿Acaso no son

## XVI.

Las notas, ó caracteres por donde se distingue la Iglesia son el ser ella Una, Santa, Católica, y Apostólica. La unidad depende de los vínculos: la santidad de los preceptos. Como á nadie excluye la Iglesia, ántes bien puede comprender á todos, ella es Católica: porque se gloria de la Divina Mision es Apostólica.

## XVII.

La seguridad de aquellos, que ó quieran llegar á la Iglesia, ó estando ya dentro de ella, desean todavía persuadirse mas de que se hallan en la verdadera Iglesia, consiste no tanto en la fuerza de la razon natural, como en dar asenso á los divinos oráculos ya manifestados. Así dixo el Apóstol San Pablo en su carta á los Romanos cap. 12, que el obsequio de los Christianos es un *obsequio razonable* (a). Es admirable al caso la doctrina de Daniel

visibles este Pueblo Christiano, y este rebaño del Señor! ¿Tendrá San Pedro inspeccion sobre un cuerpo que no alcanzan los sentidos? ¿Apacentarán los Pastores una grey imaginaria, y que no tenga sino un sér fantástico? Ve aquí las extrañas conseqüencias que se siguen de tan desconcertado sistema, y que los inferia del mismo el Concilio Senonense del año de 1528, Decreto 2.

(a) Sin embargo como la fé no se opone á la razon, ántes bien la ilustra, y perfecciona, haciendo con ella una admirable armonía, no se debe excluir absolutamente en materia de Religion todo racionio ajustado, y que se contenga dentro de los términos de una moderacion respetuosa. Es preciso distinguir siempre los arcanos, y los sublimes misterios de nuestra creencia de los motivos que llaman de *credibilidad*. Estos son un objeto que no excede la capacidad del entendimiento humano: aquellos sobrepujan la penetracion de sus cortos alcances. Además la existencia de un Ser Supremo, su providencia, bondad, justicia, y demás atribuciones

niel Huet sobre la concordia de la razon , y de la fé , lib. 1. cap. 2. concebida en estos términos: "Habiéndonos concedido Dios para adquirir noticia »de las cosas tres instrumentos , los sentidos , la »razon , y la fé , quiso sujetar los sentidos á la ra- »zon , la razon á la fé ; para que ayudase aquella »á la debilidad de los sentidos , corrigiese esta los »errores de la razon. Y así como ántes usamos de »los sentidos que de la razon , así también ántes »usamos de esta que de la fé. Y á la manera que »primero siente el hombre , y es animal , que par- »ticipa de la razon , del mismo modo ántes se le »comunica esta que la fé ; pues es natural al hom- »bre estar dotado con la razon , pero le es sobre- »natural hallarse adornado con la fé. Además sien- »do esta un don concedido al hombre por la di- »vina gracia fuera del orden de naturaleza , y con- »teniéndose la razon en el sér humano , y prece- »diendo al mismo tiempo la naturaleza á la gracia ;

»CO-  
buto de la Divinidad , son unas verdades , que conoce , aun- que imperfectamente , la Teología natural. Ellas no se han ocultado en algun modo á las especulaciones de los filósofos , que no se hallaron iluminados con la superior luz sobrenatural. El Concilio Lateranense IV. celebrado baxo de Julio II. y Leon X. ses. 8. encarga á los filósofos procuren hacer demostrable en quanto puedan la inmortalidad de nuestra alma con razones naturales , la qual es uno de los principales fundamentos donde estriba toda Religion. Si las ciencias humanas ayudan tanto á fortalecer nuestra fé , no es por otro motivo , sino porque rectifican , y disponen á la razon para que crea con mas firmeza á los divinos oráculos. Si , la Filosofia es útil á la Religion , mientras no se abuse de ella prefiriéndola á la misma revelacion infalible. Admirábase el gran Melchor Cano de que en algunas escuelas del Christianismo se hubiesen llegado á despreciar las demostraciones filosóficas no con poco daño de la misma Teología. *Lib. 9. de Loc. Theolog. cap. 3.*

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. I. 19

„como sugeto en que esta se recibe , verdaderamente son anteriores la razon , y el conocimiento natural á la fé. Y quando esta , segun se dixo , corrige á la razon , y debe ser ántes lo que es corregible que la correccion misma , tambien se ha de decir , que es preciso poner ántes á la razon que á la fé.”

## XVIII.

Fuera de los vínculos ya referidos tiene tambien la Sociedad de los fieles ciertos derechos , y utilidades de que no goza el que disuelve los vínculos , de los cuales es privado tambien á veces aquel que retiene todavia los propios vínculos. Estos derechos , ó utilidades se llaman comunión christiana , ó participacion que hay en la Iglesia de cosas , y comunes emolumentos , segun las circunstancias , y condicion de cada uno de sus constituyentes. A la comunión se opone la excomunion , la qual tiene tambien sus especies , y grados diferentes , segun que uno pierda , ó absolutamente toda la comunión , ó á lo menos parte de ella. Por eso se divide la comunión en laical , y propia de Clérigos. Consiste aquella en la participacion general de los derechos , que pertenecen tambien á los legos en la Iglesia. La Clerical es una comunicacion de los derechos que son privativos de Clérigos , y esta tiene tantos ramos , quanto son los grados que constituyen la Gerarquía. Se suele añadir la comunión peregrina conforme á la disciplina de los antiguos , llamada así , porque se concedia á los Clérigos que pasaban sin recomendacion de sus Obispos de una á otra Diócesis. Ni eran reducidos á la comunión general de legos , ni eran admitidos los mismos á la comunión Clerical segun su dignidad ; sino que debian mantenerse en cierto lugar separado , concediéndoseles , por decir así , una co-



munion media , hasta que se determinase por sentencia del Obispo que providencia se hubiese de tomar sobre estos Clérigos forasteros (a).

## XIX.

(a) A este lugar pertenece tambien la comunión , ó cierto sagrado comercio de las Iglesias entre sí , el qual se exercitaba por medio de las Epistolas formadas con que mutuamente se correspondian , ó admitiendo en la participacion de los derechos eclesiásticos á los que de una Diócesis pasaban á la otra. Por lo que toca al primer modo , como las Iglesias eran muchas , y muy distantes unas de otras , no era fácil se comunicasen inmediatamente por cartas ; siendo necesario que cierto número de Obispados , y Provincias se agregasen á una Iglesia principal , para que empadronadas , por decir así , con esta , mantuviesen la correspondencia con las demas. Así guardaban la comunión las Iglesias del Oriente con la Sede Romana por medio de la de Antioquía : las de Egipto por medio de la de Alexandría ; y las Iglesias del Occidente conservaban la propia correspondencia con estas dos Sillas Patriarcales uniéndose con la de Roma , la qual era el centro , y como el punto de reunion , donde venian á juntarse todas las demas Iglesias. Solian disolverse los vínculos de la union , quando el Obispo de una Diócesis por justas causas , que le parecia tener para este procedimiento , excluía á otro Obispo de su correspondencia , como hizo , ó estuvo para hacer el Papa San Esteban con San Cipriano , y otros Obispos Africanos en la causa célebre de la rebautizacion , y lo executó San Victor con los de Asia en la controversia ruidosa sobre la celebracion de Pascua. El otro modo con que se mantenía una comunicacion reciproca entre las Iglesias , se ha dicho que consistía en que eran admitidos los Diocesanos extraños en aquél Obispado adonde se transferian : ella se disolvía , quando rechazase el Obispo de su comunión al que siendo súbdito de otro Obispo , acudia á su Diócesis. Esta era una excomunion que se imponía contra extraños , á diferencia de aquella que expedía el Obispo contra su propio Diocesano : la qual censura no solo le excluía de la comunión en la Diócesis , ó distrito donde era excomulgado ; sino tambien en los demas Obispados. Así se vió que no quiso admitir á ella

el

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. I. 21

## XIX.

Después de haber acabado de formar así el verdadero prospecto de la Iglesia, se ha de notar, que á veces, aunque impropriamente, se llama con este nombre sola la Gerarquía Eclesiástica, ó los Clérigos, y Ministros, por quanto ellos constituyen su parte mas esencial, son los que guardan el divino depósito, y rigen á los demas, como quando damos el nombre de República á los Próceres, y Magnates del Puebló. Aun con ménos propiedad se dicen á veces Iglesia los edificios sagrados, porque están destinados estos lugares para uso de ella, ó para que se congrege en ellos el Puebló fiel, ó porque son figura de la misma Iglesia, á saber, figura de Jesu-Christo en el altar, figura de los fieles en las demas partes del templo, ó en fin, porque allí es donde suele hacerse públicamente la profesión de fé, se administran los Sacramentos, se dicen las preces, se exercen los derechos comunes, como quando llamamos Senado, Ciudad, Colegio, Capitulo á aquellos lugares en donde se juntan el Senado, la Ciudad, Colegio, y Capitulo.

## XX.

Tambien se debe advertir, que la Iglesia de Jesu-Christo comprehende aun en su vastísimo ámbito á aquellos hombres que partieron de esta vida con tal que sean justos, y no hayan sido arrojados eternamente de la compañía del mismo Jesu-Christo. De estos unos son bienaventurados, y reynan con Jesu-Christo mismo en la gloria: otros necesitan todavía de que se expien de las mácu-

Tom. I.

B3

las

el Clero Romano á Marciano condenado por su mismo padre, y Obispo del Ponto. Véase el can. 12. entre los atribuidos á los Apóstoles,

## 22 INSTITUCIONES

las contraídas, á cuyo lugar llamamos Purgatorio. Los mismos vínculos comunes con nosotros habían unido á los bienaventurados: estos no fueron disueltos por la muerte, sino que se hicieron mas nobles, así como mas firmes. La vision beatífica llenó ya la fé, ya la esperanza. La voluntad uniéndose estrechísimamente con la divina, perfecciona la protestacion hecha en algun tiempo de observar los mandatos de Dios: se acabaron los símbolos, y figuras manifestándose la verdad: todos los auxilios se convirtieron en seguridad. El mismo Jesu-Christo se muestra presente al Padre con el Espíritu Santo eternamente por los Rectores, que hacen veces de su persona. Durando estos firmísimos vínculos es necesario perseverar la comunión de bienes; pero una comunión ilustre, y gloriosa. Es decir, los bienaventurados no necesitan de nosotros, pero se alegran de nuestro culto: nos ayudan recíprocamente con oraciones, sufragios, y méritos en Christo, y por Christo. Las almas de aquellos que necesitan todavía de que se purifiquen, están ligadas con muchos vínculos comunes con nosotros, y convenientes á su estado: son la fé, esperanza, y caridad. Como salieron ya de esta vida, ni necesitan de símbolos sensibles, ni de la dirección de los Sacerdotes, seguras de su futura gloria, se van despojando poco á poco de las reliquias de la fragilidad, y de las cicatrices contraídas por actos no interrumpidos de ardiente caridad para con Dios. Conservan entre tanto los derechos de comunión, por los quales, como puestas en medio, son socorridas por una parte con los sufragios de los fieles que militan en esta vida, y por otra con las oraciones, y méritos de los Bienaventurados: de ámbos lados por Christo, y en Christo.

## TITULO II.

*Del Derecho Natural, de Gentes, y Divino.*

## I.

**E**l Derecho natural es una ley absolutamente común á todos los hombres ; la qual imprimió en sus entendimientos la justicia, y honestidad general, y cuyo testimonio da la razon despues de examinadas, y exploradas las semillas innatas de la misma justicia, y honestidad, despues de haber investigado ademas, si conociere algunos, los generales mandatos de Dios, que ilustran al mismo entendimiento en este género de juicios (a).

## B4

## Se

(a) La existencia del Derecho Natural es una de las consecuencias mas infalibles que salen del conocimiento del hombre. En vano ha pretendido la osadía de los espíritus fuertes borrar esta innata legislacion, escrita no en tablas materiales de piedra, ó de madera, sino en medio del mismo humano entendimiento. Los remordimientos de una conciencia justamente atemorizada: aquellos amargos escozores, pena inseparable de un infeliz delinquente: aquellas congijas interiores del ánimo horrorizado, sin poderlo remediar con el funesto recuerdo de sus iniquidades, son la mas irresistible refutacion del sistema de los impíos. El furor filosófico de que se dexaron arrebatat, haciéndose sordos á los clamores de la naturaleza los Protágoras, los Aristones, los Pirrones, y Trasmachos en la antigüedad: los Espinosas, los Vaninis en los últimos siglos; y generalmente todos los Ateístas, y Deístas rigurosos, no necesitan para su confusion sino oponerles el consentimiento general de todo el mundo. Todo este se halla persuadido de que hay un Derecho natural, y permanente. ¿Que importa haya habido algunas naciones en que se daba por lícito lo que en otras partes se condenaba como malo? Si los Lacedemonios, y los Egipcios permiten el robo, y el hurto, que en Atenas, y en otras

## 24 INSTITUCIONES

Se dice en primer lugar una ley absolutamente comun á todos ; pues el Derecho Natural á todos obliga igualmente , no habiendo sido limitado ni á tiempo , ni á lugar , ni á cierto género de personas. Se añade , que está impreso en los entendimientos , porque no se halla patente á los ojos con caracteres exteriores de la Escritura : no se ha insinuado á los oidos , sino que se contiene dentro del mismo entendimiento. Se dice ademas que tiene puesto el origen en la justicia , y honestidad general , esto es , en los primeros principios de guardar , y promover el bien , de los quales depende como una consecuencia. De aquí se hace claro es necesario para esto cierto exámen del entendimiento,

otras Repúblicas se castigan con la mas inexorable severidad hasta conducir á los reos al patibulo : si los Masajetas autorizan con sus leyes la poligamia , tan aborrecida por otras naciones mas cultas : si los Persas no hacen escrupulo de consentir unos matrimonios , que se horroriza el pudor de nombrarlos : si en fin los Europeos ven con sus ojos tantas monstruosidades abominables quando conquistan á la América : que otra cosa arguyen unos establecimientos tan nefandos , sino la corrupcion , y el estrago de que es capaz la naturaleza humana ? Pero por mas que esta se halle envilecida hasta degenerar en la condicion de brutos irracionales , nunca llegará á contaminarse aquella pureza de la ley natural : jamas se oscurecerá totalmente aquella resplandeciente luz de la razon , que siempre es un censor riguroso contra los excesos de la libertad. „ A todos , dice Tulio , concedió la „ naturaleza la razon , á todos la ley , á todos el derecho. „ Mas este derecho es justo , y lo fué siempre , y en dondequiera : ni es uno aquí , otro en Roma , otro en Atenas : no es uno ahora , y será otro despues ; porque así „ como la recta razon impresa por la naturaleza , y difundida en todos los hombres , es constante , y eterna ; del „ mismo modo lo que ella prescribiere siempre será justo , é „ inmortal. „ Véase á San Agustin , *lib. 3. de Doctrina Christiana* , cap. 14.

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 25

to, y por eso dixé que la razon da testimonio del Derecho Natural, pues se ha erigido por la misma naturaleza un Tribunal interior en medio de ella, en el qual se separa lo justo de lo injusto, lo honesto de lo inhonesto, y aun se pesan la justicia, y honestidad misma para deliberar, y para definir. Este juicio es especie de proposicion, y de una quasi promulgacion. De aquí proviene, que ninguno se constituye reo de haber violado el Derecho Natural, si no tiene entendimiento, ni es capaz de formar juicio. Se dice finalmente que son dos los oficios del entendimiento: primero, aquel con que se exáminan, y se exploran las semillas innatas de la justicia, y honestidad general: el otro, con el que se mira á los divinos oráculos, pues desde que quedó debilitada la naturaleza humana con el pecado original, necesitó esta mayores auxilios para investigar la verdad, los quales añadió la divina clemencia fuera de otros comunes, y ordinarios compadecida de nuestra fragilidad, habiendo derramado nuevas luces, ó por sí, ó por medio de insignes hombres escogidos. Por eso se hace manifiesto, que este testimonio del entendimiento toma su fuerza de la filosofia, y religion, y que por tanto valen mas en esta parte la sabiduría, discrecion, prudencia, circunspeccion, inteligencia de las Divinas Letras, que el mayor número de hombres, siendo inidoneo el sentir contrario de personas rudas, ignorantes, agrestes, groseras, y que viven como fieras, si estas se apartan del comun modo de opinar de los sabios.

## II.

La justicia, y honestidad general, en que se comprehende todo el Derecho Natural, no son otra cosa sino el amor ordenado, esto es, el amor, y

orden de amar. De la naturaleza proceden la conciliación, y benevolencia, para que se mantenga la integridad, como también la paz, la tranquilidad, y seguridad, á modo, por decir así, de cierta consonancia, y armonía: es así que la conciliación, la benevolencia, la integridad, paz, tranquilidad, seguridad, consonancia, y armonía no están sin amor; luego la naturaleza misma infundió en los hombres ante todas cosas los primeros principios de amor (a).

La

(a) La sentencia de nuestro autor sobre el principio del Derecho Natural, que le pone en el amor, es la misma que siguió el célebre Heineccio en los Elementos del Derecho Natural, y de Gentes, lib. 1. cap. 3. después de haber rebatido con solidez la diversidad de opiniones en que han discrepado los Publicistas. La primera es de aquellos que hacen consistir dicho principio en la conformidad de nuestras acciones con la santidad de Dios; pero esto no es inteligible, porque en la santidad de Dios no podemos hallar la razón de diferentes oficios humanos, como son los de gratitud para con los bienhechores, de reverencia para con los superiores, de la restitución de lo que se debe; por quanto Dios á nadie puede reconocer por su bienhechor, por su superior, ni por su acreedor. La segunda opinion constituye el principio del Derecho Natural en la justicia de las acciones, lo qual tampoco es creible, pues la justicia es posterior á la ley, consiguientemente no puede ser su principio, porque ella es un acto conforme al derecho que presupone, así como la injusticia, ó disformidad de las acciones con la ley es posterior á esta. La tercera sentencia es la que en algún modo siguió Grocio, y pone dicho principio en el consentimiento de todas las naciones, ó á lo menos de las mas morigeradas, conforme á la máxima sabida de Ciceron: *Omni in re consensio omnium gentium lex naturae putanda est.* Pero quan dificultoso es saber este consentimiento general de las naciones, siendo preciso para eso revolver la historia de todas ellas, y estar instruido en las costumbres de los Pueblos! La otra opinion es seguida por los Hebreos, quienes deducen el Derecho Natural de los preceptos que dicen haber sido dados

al

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 27

La conciliación, benevolencia, integridad, paz, tranquilidad, seguridad, consonancia, y armonía no pueden hallarse entre muchos, mientras no dispone todo cierto orden; y así fuera del amor es necesario poner el orden de amar. No de otro modo sentia al parecer San Agustín, quando en el lib. 22 contra Fausto cap. 27 decia que la ley eterna de Dios, ó natural *es la mente Divina, ó voluntad del mismo Dios, que manda se observe el orden natural, y prohíbe que se perturbe.*

## III.

Siendo hasta quatro los objetos de amor, es á <sup>sa-</sup> al Patriarca Noé, y comunicados por este á sus descendientes. Thomas Hobés es el autor de la quinta opinión, la qual mas destruye, y aniquila el Derecho Natural, que le explica, y consiste en que forja dos principios tan absurdo el uno como el otro, y ambos capaces de arruinar á todo el género humano. El primero es el derecho que dice competer á cada hombre sobre los demas: el segundo el deseo de la paz exterior, si se puede lograr, y si no el recurso á la fuerza. El primero abre puerta á los horrores de la tiranía: el segundo presenta hombres inquietos, y turbulentos, que se hallan mal avenidos con la paz, una ocasion abundante de cometer las mas atroces violentas opresiones, y efusiones sanguinarias. La sexta reconoce por su autor á cierto Teólogo de Leipsich, el qual pone el principio del Derecho Natural en el estado de la naturaleza íntegra, la qual sentencia, aunque tiene visos de ser verdadera, pero padece el defecto de no poder reducir á dicho principio los derechos de guerra, y paz, de contratos, y otros muchos, que no hubieran tenido lugar en aquel siglo ciertamente de oro. La otra, que establece el principio del Derecho Natural en el estado social, fué seguida por muchos autores, así antiguos, como modernos; entre aquellos se cuentan Ciceron; y Séneca: entre estos Puffendorf, y Watel. ¿Pero por ventura, aunque el hombre es nacido con destino á la Sociedad, y no como ha sentido un Filósofo de este siglo para vivir como fiera en soledades, y páramos, no hay oficios á cuya execucion estamos obligados independientemente de los enlaces de la mis-



saber, Dios Criador de todo el Universo, la Sociedad general de hombres, nosotros mismos, y de mas hombres en particular, se habrá satisfecho á las leyes del amor quando hubiéremos amado á Dios, á la Sociedad, á nosotros mismos, y á los demas hombres. Y quando excede Dios infinitamente no solo á cada uno de los hombres en particular, sino tambien á la misma Sociedad universal de los hombres, como el Criador á las criaturas: quando la Sociedad universal de los hombres sobresale respecto de qualesquiera de sus individuos constituyentes, como el todo en comparacion de las partes

misma Sociedad? ¿Pues que dirémos de los deberes sagrados del hombre para con su Criador, y de aquellos que reconoce en orden á sí mismo sin relacion á otros Ciudadanos? La opinion siguiente constituye el principio del Derecho Natural en aquel orden á que miró Dios en la creacion del Universo. La última, que es la del célebre Leibnitz en la utilidad del género humano; pero todos estos sistemas sobre la explicacion del Derecho Natural son imaginarios, y defectuosos, porque no asientan unos principios que estén asistidos de las tres circunstancias, que segun la mente del citado Heineccio no faltan al nuestro. Esto es el principio que se constituye en el amor es verdadero, evidente, y adecuado. Verdadero, pues nadie puede dudar de que el amor existe en el hombre, y que sale de su misma naturaleza: evidente, porque los deberes que resultan de este amor los conoce todo hombre, así el rústico, como el sabio, lo mismo el ignorante que el filósofo: adecuado, pues señálese un solo oficio, una obligacion moral que no se infiera de este principio. Pero la mayor ventaja de la opinion de nuestro autor es que guarda la mejor armonía con las Sagradas Letras: *Amarás á tu Dios, y Señor de todo tu corazon, con toda tu alma, y con todas tus fuerzas, con todo tu entendimiento, y al próximo como á tí mismo, son los dos preceptos de donde pende toda la ley.* No puede haber explicacion mas cabal, y mas sucinta de todo el Derecho de Naturaleza.

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 29

tes singulares : quando se manda á cada uno tenga cuidado de sí mismo á manera de un exemplar, del qual deduzca un cuidado semejante de su próximo , y al qual arregle su exercicio ; se habrá cumplido con el orden de amor , siempre que ame cada uno á Dios sobre las demas cosas : ame á la Sociedad en primer lugar despues que á Dios , y por Dios : en segundo lugar ántes que á sí mismo , y demas hombres : se ame á sí mismo despues que á Dios , y por Dios : despues que á la Sociedad , y por la Sociedad con orden á Dios : en fin ame á su próximo despues que á Dios , despues que á la Sociedad , despues que á sí mismo. Despues que á Dios de modo que todavía le ame por Dios : despues que á la Sociedad , de suerte que aun le ame por la Sociedad , y con orden á Dios : despues que á sí mismo , de manera , que aun le ame como á su semejante , igualmente querido de Dios, igualmente estimado por la Sociedad , y por tanto le ame semejantemente.

Que Dios ha de ser amado sobre todas cosas , clama la misma razon , y enseñan las Sagradas Letras , como el primer precepto de la Ley natural : que en segundo lugar hemos de amar á la Sociedad , es constante ; porque todos están firmemente persuadidos se puede , y aun debe poner en peligro hasta la vida misma de cada uno , sobre la qual ninguna otra cosa deseamos mas , quando pidiere así la seguridad de la misma Sociedad, lo qual comprobó Jesu-Christo con su admirable exemplo , consintiendo en ser sacrificado por todos. Esto pide la consideracion de parte para con el todo : esto pide la conformidad de la voluntad humana con la de Dios : de Dios digo , que ama mas á la Sociedad que á cada uno en particular: esto pide , en fin , la razon de oficios mutuos de-

bi-

bidos recíprocamente por unos hombres á los otros; pues así como tiene puesta qualquiera de nosotros la causa de su propia seguridad en la misma Sociedad bien consolidada; así tambien entonces llega á confiar de esta su seguridad, quando entiende que los principales conatos de todos se enderezan á la defensa de la comunidad. Y si por Derecho Natural pudiesen anteponer los particulares sus utilidades privadas al bien de la Sociedad, ¿de que servirian las leyes comunes dirigidas á la prosperidad de la República? A la verdad ellas suelen contener á los hombres para que no se abandonen á los intereses propios, siempre que segun el fin de los legisladores se ha de hacer mas caso de algun bien público prefixado por la ley. Observaron esta verdadera filosofia los Romanos mas cultos, los quales se veia estimaban mas á la República, que á sus propios hijos elogiados por el Jurisconsulto Paulo en la ley 19. §. 7. de *Captiv. & postlimin. revers.* donde expresa así: *Disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quam charitas liberorum* (a).

Que

(a) Ninguna cosa mas debida, y mas ilustre que dar los últimos alientos en sacrificio de la República, quando el perder la vida propia es medio para perpetuar su existencia. ¿Que hubiera sido acaso de Roma, si en la guerra con los Latinos, teniendo ya casi vencidos estos á sus Ciudadanos, y fatigado á su ejército, no hubiera habido un Publio Decio, que por vindicar el honor á la Magestad del Pueblo Romano, y defender á su patria; rompiendo con arrojo contra los enemigos, y exponiéndose cada paso á la muerte, hiciese triunfar á los suyos de sus contrarios, cuyo glorioso exemplo siguió despues su hijo, salvando con muerte propia al suelo que le dió el sér? Héros de quienes dudó Valerio Máximo si muertos hicieron mas bien á la patria que quando vivos; porque la vida de los Decios estorbó que fuesen vencidos los Romanos; mas la muerte fué causa de que venciesen. Pero para que recurrir á unos hechos

## DEL DERECHO ECLESIASTICÓ. TIT. II. 31

Que el amor de sí mismo se debe preferir al del próximo en particular , es claro ; porque se halla establecido en la Filosofía natural , y testificado por las mismas Sagradas Letras, que hemos de amar á nuestros Conciudadanos con un amor semejante á aquel con que nos queremos á nosotros mismos. El pródigo Dios para imprimir mas profundamente esta dileccion en todos nosotros , quiso tambien que todos los hombres descendiesen de un mismo primer Padre , y llegasen á amarse entre sí con una caridad verdaderamente de hermanos , ligados á este fin con los estrechos enlaces de una misma sangre. Es evidente que todos estos amores deben siempre referirse á Dios , pues él es por sí el sumo , y único bien , y todas las criaturas en tanto contienen en sí alguna bondad en quanto son hechura de Dios, y se ordenan al mismo : *Universa propter semetipsum operatus est Dominus*. Proverbios de Salomon, cap. 16.

## IV.

El Derecho Natural es constante , y perpetuo, así como son constantes , y perpetuos la justicia, y honestidad general , en que tiene puesto el fundamento. Por eso los Santos Padres de la Iglesia, entre otros San Agustín , llamaron al Derecho Natural *ley eterna de Dios* , lib. 22. contra Fausto, cap. 27. ó can. 15. caus. 23. quæst. 5.

## V.

chos profanos? ¿No tenemos acaso en la historia de los Macabeos insignes rasgos de patriotismo? ¿No contamos por millones á los ilustres Mártires, que en defensa , y testimonio de su verdadera Religión padecieron tantas muertes, fecundando á la Iglesia con su propia sangre. Estos son los verdaderos Héroses, que segun la expresion de San Agustín dexaron muy atras los hechos ruidosos de los Scévolas, de los Curcios , y Decios , lib. 5. cap. 14. de Civit. Dei.

## V.

El multiplicado número de hombres por una parte, los vicios de la mayor parte de ellos por otra, dieron motivo, ú ocasion de ordenar separadamente, y disponer como en trozos, y aun de corregir á veces aquellos amores que debemos á la Sociedad, ó á nuestro próximo. De ahí pienso yo se debe deducir el Derecho de Gentes, ya el que llaman primario, ya el que dicen secundario. El primario del multiplicado número de hombres: el secundario de los vicios de algunos: aquel para ordenar separadamente: este para corregir los mismos amores.

## VI.

Y así el acrecentado número de hombres fué motivo de que se ordenasen separadamente aquellos amores, de los cuales penden los oficios de los mismos hombres entre sí, y con los que se han de amar ya la Sociedad, ya las personas particulares. La Sociedad general debió dividirse en otras muchas Sociedades inferiores. El orden de division fué preciso se concbiese de modo, que la que fuese la menor entre estas Sociedades, y dependiese de otra mayor, cediese el amor á esta misma, que era mas principal: una que fuese igual á la otra, ó que de ningun modo tuviese dependencia de ella, prefriese el amor propio al de la otra, lo mismo que si se tratase de prestar los oficios un hombre privado á otro particular. Al principio se separaron los hombres en diferentes familias: los que componian una misma familia, sentian un vínculo de amor mas estrecho entre sí, mas laxó para con los extraños, dispuestos sin embargo á querer mas á la Sociedad universal, si se hacia la comparacion con toda ella. Fué nueva esta distribucion en el orden

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 33

den de amar. Después se dividieron las Ciudades de Ciudades, las naciones de naciones, establecidas varias formas de público gobierno (a). En esta separacion se puso otra vez un nuevo modo casi

Tom. I.

C

se-

(a) La formacion de las Sociedades imita á la naturaleza, Así como esta procede en sus producciones de tal manera, que primeramente saca unas entidades simples, y partes elementales, con cuyo enlace, conexión, y encadenamiento resultan los primeros seres compuestos, que trabándose de nuevo entre sí con diversas proporciones, y armonía, van siempre presentando á nuestra vista nuevas compaginaciones de cuerpos; del mismo modo se acrecientan las Sociedades de su primera simplicidad hasta la mayor composicion. Esta conexión verdaderamente admirable, esta union tan estrecha de nuestro cuerpo con el espíritu, cuyo misterio se ha ocultado á la perspicacia, y penetracion de los mas sutiles metafisicos, es la primera Sociedad, y como el principio de que se originan las demas. La inclinacion tan natural á conservar esta union de la materia con el espíritu, á que llamamos vida, avisa al hombre la que debe sentir por la conservacion del estado social con los demas. Esto pide su naturaleza: esto la grandeza de su sér, el qual seria muy limitado, si se ciñese á vivir consigo mismo. La propia naturaleza le ha comunicado una propension viva á que se eternice en algun modo su especie. Hé aquí lo indispensable de una segunda Sociedad intimada por el mismo Criador, á que llamamos matrimonio. Amplificase esta por la procreacion de hijos, con cuyo aumento resulta otra tercera Sociedad, que liga al padre con el hijo, al hermano con el hermano. Sepáranse estos, y forman dos familias distintas por medio de nuevos consorcios, y de este modo se ya extendiendo aquel primer tronco, que se multiplica en diferentes ramas. De muchas familias coligadas entre sí continúa en tomar mas cuerpo, y engrandecerse este conjunto de hombres: fórmanse Pueblos, Villas, y Ciudades: de muchos Pueblos, Villas, y Ciudades Repúblicas enteras: de Repúblicas enteras dilatados Reynos; y por fin sobre todos estos fundamentos se levanta la gran Sociedad de todo el género humano. Aristoteles *Polit. lib. I. cap. I. § 2.*

semejante al primero en el orden de amor ; esto es , la Sociedad menor debió ceder el amor á la Sociedad general : la que fuese igual , ó estuviese constituida en derecho de igual , se amó mas á sí misma que á la otra igual , ó á la que gozaba derechos de tal. No se pudieron establecer bien , y con solidez estos arreglamentos de amor sin la reparticion de cosas , que por otra parte eran comunes , por donde vinieron á introducirse los dominios , y otros derechos singulares : empezaron á usarse los nombres de mio , y tuyo : se señalaron límites con que se distinguiese lo que era de uno de lo que fuese del otro , y todo se asentó arreglado al amor del bien comun mediante el establecimiento de los pactos , que habian de ser inviolablemente observados ; pero en medio de estas mudanzas debieron permanecer sin soltarse todavía aquellos primitivos vínculos con que están ligadas todas estas Sociedades , por mas grandes que sean , á la Sociedad general. De aquí las comunes precauciones en tiempo de peste , para que no se extendiera mas sobre el género humano : de aquí el establecimiento del comercio , á fin de que una nacion ayude á la otra con recíprocos subsidios : de aquí , en una palabra , los esfuerzos comunes dirigidos á defender á toda la naturaleza humana.

Me parece haber atribuido con bastante fundamento todas estas cosas al Derecho primario de Gentes : digo Derecho de Gentes , porque no pudieron establecerse ántes que se separasen estas unas de las otras : Derecho primario , pues pende de los principios generales mas elevados de la naturaleza como una consecuencia , y aun tiene su origen en ella misma en quanto produjo esta á los hombres ; de suerte , que no solo se multiplicasen en familias , sino tambien en diversas naciones por una di-

## DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO. TIT. II. 35

dilatada generacion. Esto me hace pensar á mí que apenas se puede distinguir este Derecho de Gentes del Derecho Natural. En tanto se distinguirá solamente en quanto el Derecho Natural es simplicísimo, ni depende de algun evento; mas el primario de Gentes resulta del acontecimiento de ciertas revoluciones humanas; pero siempre como una extension de los principios naturales. Por exemplo se dice que el hurto es malo por su naturaleza; mas ni es malo, ni aun hurto, si no supones que pasaron los hombres á dividir los bienes que ántes eran comunes.

El Derecho de Gentes primario explicado así consta de dos como generales capítulos. El primero es el mismo orden natural de amor dispuesto de modo que se presten proporcionadamente á la Sociedad general, y á las particulares los oficios debidos en la defensa, en la tutela, en cortar los progresos funestos de enfermedades contagiosas, en el cuidado de los víveres, en los mutuos enlaces del comercio, y en otras cosas semejantes. El otro capítulo consiste en los adminículos del mismo amor, sin los cuales no podria mantenerse la recta distribucion del propio amor. Tales son el sistema del público gobierno, la eleccion de Ministros en la República, la division de dominios, y derechos, la demarcacion de los límites, la fidelidad de los pactos, &c.

## VII.

Los vicios de muchísimos hombres perjudiciales á toda Sociedad fueron causa de que se estableciese otro Derecho de Gentes, que se puede llamar secundario. Una solicitud continua nacida del amor obligó á los hombres, no solo á que desarraigasen todas las cosas dañosas, si tambien á que



de antemano las precaviesen. Aconteciendo mas de una vez que amenacen muchos males , de los quales , quando evitamos el uno tropezamos en el otro por la fatal perversidad de una gran parte de los hombres , debió aconsejar el órden de amor se apartase el mas nocivo con el sufrimiento de otro mal menos pernicioso. De aquí se originaron las guerras , el triste cautiverio , y la dura esclavitud: se armó la potestad pública para castigar hasta con la muerte misma á los reos de delitos mas atroces , y se tomaron otras providencias semejantes. Esta especie de Derecho pertenece al de Gentes ; pues todas las naciones convinieron unánimemente en dichos establecimientos , como lo demuestra una experiencia constante. Pero no se le puede llamar sino Derecho secundario , porque no viene directamente de la misma naturaleza , sino que le ocasionan los delitos de los hombres á que se habia de poner remedio para la seguridad de la República , aunque siempre con arreglo á los principios de la naturaleza ; esto es , al amor , y órden de amar. Se explica esto mas claramente con un símil. Del mismo modo se distingue el Derecho de Gentes primario del secundario , como se diferencia el cuidado que cada uno tiene de sí quando está sano , de aquel con que se mira á un enfermo. En ambos casos el amor de sí mismo es quien dirige los afectos del ánimo , pero de distinto modo. Por todas partes hay auxilios agradables , que se conceden á un hombre que está en su robusta salud , para que se sustente , para que crezca , se fortifique , y corrobore. Los remedios que se aplican á un triste enfermo , muchas veces traen consigo la molestia , el fastidio , y en algunas dolor , y tormento , males á la verdad ligeros en comparacion de otros mas temibles , que se trata de expeler , y por tanto

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 37

to. UNOS males que es forzoso sufrir con paciencia (a).

Tom. I.

C3

VIII.

(a) A la verdad, si se consideran los primeros principios de la naturaleza, ¿que cosa más opuesta á lo que ellos dictan, que este furor de la guerra, este cruel azoté que hace tantos estragos en el género humano? ¿que la dura esclavitud con que se sujeta toda la libertad de un hombre al dominio despótico de otro, reduciéndose á la condicion, y baxeza de un bruto? ¿que privarle al mismo de lo que mas ama, y mas aprecia, hasta llegar á despojarle de su propia existencia? Es cierto que si imaginásemos á los hombres en aquel estado feliz, quando no se hubiese hallado estragada su naturaleza con el desarreglo de estos impetus violentos de esta furia de las pasiones con que se persiguen, y destruyen unos á los otros, sino son contenidos con el temor de las penas, no se compadecerian tan rigorosos establecimientos, que ha inventado el Derecho de Gentes con aquel suave sosiego, y paz inalterable, que conservarían á la naturaleza íntegra, y no viciada. Però una gran parte de los hombres está corrompida con la malignidad de un espíritu perverso. ¿Como cortar los deseos desmedidos de una ambicion que los abrasa? ¿Como reprimir la vil envidia, la torpe lascivia, y la soez avaricia, sino se les va á mano por una legislación severa, é inexorable, sino vibra su espada contra estos desórdenes la indignacion de Astrea? No necesita de refutacion la ridícula sentencia de los Anabaptistas, que condenan la guerra. Suponed que esta opinion sea cierta: luego vereis inundarse la tierra de sangre de sus habitantes. Si no detengo con fuerza armada la justicia de mi derecho, sino me opongo al golpe fatal de quien pone asechanzas á mi seguridad, en breve se extinguirá el género humano: todo esto es innegable. Mas por que título tendrá la República el derecho de castigar á los delinquentes hasta arrancarlos como á miembros podridos del cuerpo de los demas Ciudadanos? Este es un punto que necesita de una filosofia profunda, pero cierta. Mas sin que nos detenga el dictámen arrojado de un escritor moderno, que ha negado á la autoridad pública la potestad de perseguir á los malhechores con el último suplicio, ó á lo menos ha querido dificultarla, á nosotros basta saber, que el

Mo-

## VIII.

Apenas puede tener lugar en la Iglesia de Jesu-Christo el Derecho de Gentes, sea primario, ó sea secundario. Es verdad que la misma consideracion del Derecho Universal de las Gentes ha introducido en ella oportunamente algunas cosas que guardan cierta proporcion con los establecimientos de ambos Derechos de Gentes primario, y secundario. Que no pueda convenir al estado de la Iglesia absolutamente, y con todo rigor el Derecho de Gentes, á que llamé primario, se hace manifiesto; pues por mas que se haya acrecentado el número de los hombres, no por eso pudo variarse aquel amor que se ha de exercitar para con Dios mediante la profesion externa de fé, y protestacion de observar los Divinos mandatos, en lo que consiste el fundamento principal de la Iglesia. Ni aun llegó á alterarse el orden de amor para con la Sociedad, para con nosotros mismos, y para con el próximo, segun, y en quanto miramos á la Sociedad, á nosotros mismos, y á nuestro próximo con relacion á Dios, y nos ayudamos recíprocamente, á fin de que nos encaminemos á él mismo. La unidad de la Iglesia, que de ningun modo sufre la mas mínima division, su grande amplitud, dentro de la qual deben juntarse todos los hombres, no permiten esta modificacion. Si muchos Pueblos llegaron á apartarse del Monarca, ó el Gobierno, el qual goza de todos los derechos que ha dexado en su mano el Pueblo, puede ser tambien un cesionario del poder que yo tendria; sino viviésemos en estado civil, de vengar con mis manos propias, aunque se manchasen con la sangre del agresor, la violencia que me quisiera hacer este, sin poder evitar de otro modo la muerte, que dándosela yo al mismo, y la pérdida de mi seguridad, que destruyendo á mi perseguidor.

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 39

verdadero culto de Dios, toca á la solicitud de la Iglesia sean restituidos al mismo, y vuelvan á entrar en la union. Si las naciones rebeldes han juntado fuera de la Iglesia otras Sociedades de Religion, no se tiene alguna consideracion de ellas como impías. Este es el motivo por que no se puede imaginár algun Derecho de Gentes primario, que se diga establecido por comun consentimiento entre la Iglesia, y otras sectas extrañas, y se retenga, y observe igualmente como constituido entre muchas Sociedades semejantes.

Que no se pueda acomodar rigórosamente, y con propiedad al estado de la Iglesia el Derecho de Gentes, á que llamé secundario, se convence de que por qualesquiera que sean los delitos de los hombres en la Sociedad general, ni se pudieron *dividir entre dos potestades, ni pertenecen por su naturaleza á la direccion espiritual de las almas el cuidado, y la solicitud de remover el mayor mal con el sufrimiento de otro menor.* Y quando es cierto se encargaron de este mismo cuidado los Gefes de la República civil en virtud de su propio gobierno, se confundirian los oficios si generalmente se arrogase la Iglesia este derecho. De aquí es, que ella aunque padeció guerras, cautiverios, persecuciones en sus infelices eras; pero nunca los intentó, ni aun en los tiempos de mayor prosperidad: quando debió ser defendida, ó promovida, recurrió siempre al poderoso patrocinio de los Príncipes religiosos.

Pero no obstante lo dicho la misma razon del Derecho de todas las naciones llegó á introducir oportunamente en la Iglesia varias cosas, que tienen cierta proporcion con los establecimientos del derecho de Gentes primario; pues aunque ella mira á las sectas extrañas como insubsistentes por De-

recho, con las cuales no puede por tanto observar alguna participacion legitima; sin embargo es imposible que no las considere como divididas de hecho (a). De ahí resulta un nuevo orden del amor natural con que aquellos que se hallan en la Iglesia aman mas á esta que á los hombres adictos á otras sectas; y amando á estos en su modo, ordenan su dileccion á la general, y única Sociedad de la Iglesia, á la qual esperan que por la misericordia de Dios se reducirán todos indistintamente. Los adminículos de este amor no son como en las Sociedades civiles muchas á la verdad, y que están divididas, la reparticion de dominios, y de-

re-

(a) Por lo mismo que una República entabla tratados con cierto Estado, cuya legitimidad no está declarada por otra parte, le reconoce como una Sociedad á lo menos existente de hecho, ya que no de derecho. Lo propio ha observado la Iglesia quando ha llegado á contraer pactos obligatorios con algunos cuerpos de diferente Religion. La Alemania nos presenta un exemplo muy adecuado al caso. Despues de los continuos disturbios, y la peligrosa fermentacion, que experimentó aquel Imperio á resultas de la funesta heregia de Lutero, y Calvino, fué preciso para restablecer la paz, y la pública tranquilidad, y aun conducente al bien estar de la Iglesia, que se hiciesen varias transacciones entre Católicos, y Protestantes. De aquí se originó la *Paz Religiosa* de 1555; de aquí tambien el instrumento de la paz de Wesfalia de 1648: fué necesario se concediese la tolerancia de las dos Religiones que llaman Reformadas: se erigieron aquellos Colegios, ó Cabildos mixtos de que son miembros algunos Protestantes, y tienen voz activa en los capítulos, y elecciones canónicas; no obstante que el Derecho Comun los privaba de ella; siendo mas notable todavia, que no faltan Iglesias donde precisamente ha de ser elegido Obispo un Luterano, ó alternando con un Católico, ó ya sin alternar. Hasta tanto puede obligar á la Iglesia una necesidad urgente, la qual es la que únicamente justifica estas forzosas condescendencias!

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 41

rechos, la demarcacion de límites, y otras cosas semejantes, sino las preces, las oraciones más fervorosas hasta derramar lágrimas, los avisos, las exhortaciones, y los exemplos edificantes. Mas en la Iglesia misma, que es única, y sola, se consideran todos los fieles lo mismo que si jamas hubiesen venido á dividirse los Pueblos. Si se hubieron de separar las Diócesis, las Provincias, y las naciones, no se disolvieron los vínculos, ni aun en un punto solo: la fé igual en todas partes: la Religion, el Derecho, y la caridad unen á todos. Parece que en tanto se hizo la division hasta haber llegado á señalar á cada uno los límites de su administracion respectiva, en quanto quitada la confusion, y repartidos los oficios, se consolida mas la misma union, no de otro modo, que en una Republica sola, y no dividida se establecen sin que padezca desmembracion alguna, diferentes empleos, y magistraturas. Quando se agregaron á la Iglesia los dominios, y otros derechos temporales, entonces fué tambien quando se introduxeron los nombres de mio, y tuyo, no tanto por razon de aquel que los poseyese, como por el fin á que habian mirado expresa, ó tácitamente los piadosos bienhechores en la concesion que hicieron de sus bienes.

Que la misma razon del Derecho de todas las naciones haya establecido oportunamente en la Iglesia algunas providencias semejantes á las que determinó el propio Derecho secundario de Gentes, se colige de que jamas faltaron delitos entre los fieles, por cuyo motivo tiene la misma Iglesia que deliberar sobre lo que debe sufrir con paciencia; pero siempre como una Madre piadosa en estos delitos, ya mas graves, ya mas leves, á fin de evitar otros mayores males, dispuesta ademas á poner cierta modificacion á los amores reciprocos en aque-

aquella forma que no desdiga de su estado , en cuyo caso procede ella entre los mismos fieles igualmente que si todos ellos , sin exceptuar alguno , constituyesen una propia familia (a).

## IX.

Hay no obstante una especie de Derecho de Gentes introducida entre todos los hombres desde los tiempos mas remotos con una particularísima consideracion de la Iglesia. Debíó recibir , y tener la Sociedad sagrada sus Prefectos , y Superiores , lo mismo que la Sociedad civil : debíó distinguirse el gobierno de estos entre sí : debieron señalarse ciertos límites á entrambas Potestades , para que la una no perturbase á la otra.

(a) Que otra cosa hace la Iglesia quando echa mano de una formidable censura , quando impone rigorosas penitencias públicas á los delinquentes , que valerse de un remedio violento á que la precisa cierta triste necesidad , ya que los mas ligeros , y blandos lenitivos de amonestaciones , reprehensiones , y avisos no han podido disipar la mala disposicion del reo? Si esta ha frustrado con su requedad la eficacia de unas medicinas suaves , cederá acaso á unos remedios mas penosos , y repugnantes. Es forzoso que la Iglesia queme , corte , y cauterice aquella llaga corrompida del alma , que de otro modo es incurable , y que entre la aspereza del vino donde no basta la suavidad del aceyte. Pero aun quando es preciso recurrir á unos auxilios tan acervos , ella procede como una Madre piadosa , que sufre , aun que con un vehemente dolor , se apliquen á su hijo cauterios , y adustiones , con tal que haya esperanza del restablecimiento. „ Siendo la excomunion , dice Inocencio IV. „ cap. 1. de *Sent. excommun.* in 6. medicinal , y no mortifera , „ que corrige , pero no desarraiga , con tal que no la des- „ precie aquel contra quien se ha dirigido , debe dar á en- „ tender el Juez Eclesiástico quando la impone , que él no „ hace otra cosa sino ablandar , y curar la dureza del delin- „ quiente. „

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 43.

fusión. Se hubo de hacer todo esto con arreglo á la naturaleza, y calidad de los negocios, segun fuesen políticos, ó sagrados. Quando se dudaba acerca de ellas, fué fácil al principio decidir esta duda con la prudencia comun de ambas partes. Si consta que desde entónces se interpuso esta, deben los posteriores seguir religiosamente sus decretos. Los usos constantes, y uniformes de todas las naciones suministrarán una prueba gravísima de donde se infiera haber intervenido al principio de la controversia la prudencia comun dirimiendo la disputa. Si ni por las costumbres se puede averiguar suficientemente alguna cosa, parece que incide el caso en el estado antiguo de duda, de manera que tenga lugar todavía la decision comun de ambas potestades Civil, y Eclesiástica. Quando ellas no convinieren, ó estuviesen divididos los ánimos con opiniones encontradas, siempre será mas oportuna, y útil la transaccion, que la disputa llevada adelante; porque en vano se alterca en juicio por aquellas causas en que no hay algun Tribunal de Juez, y mal se decidiria el pleyto á fuerza de armas en un negocio que se disputa no entre Pueblos divididos, sino entre aquellos mismos que juntamente son miembros de ambas Sociedades Sagrada, y Profana; pues es cosa inaudita, que una misma Comunidad se haga guerra á sí misma, aunque considerada con distintos respetos, y miramientos. A este lugar pertenece tambien la constante sentencia de los Santos Padres, quienes enseñan que la Iglesia se halla destituida de la potestad de la espada, y del rigor de las armas. Y quando se sabe que el mismo Dios estableció con especiales leyes, y mandatos diferentes arreglamientos para la forma, bien estar, y decoro de su Iglesia, por eso se debió mirar ante todas cosas, y se debe mirar siempre que ocurran



ran semejantes dificultades si ha llegado á determinar el mismo Dios alguna cosa en tal materia; pues interviniendo singulares divinos mandatos, no se alegarian sino temerariamente en contra las costumbres de los Pueblos, que los contradixesen, ó se daria lugar á la prudencia humana para deliberar lo contrario (a).

Si

(a) La potestad Eclesiástica reconoce ciertos límites, dentro de los que se contiene, así como reconoce los suyos la potestad temporal, de modo que no se deben extender con exageracion; pero tampoco estrechar, porque lo primero, dice el Canciller Gerson en su tratado sobre la potestad Eclesiástica, seria sospechoso de una fea adulacion: lo segundo una impiedad sacrilega. Siendo ambas Sociedades establecidas por el mismo Dios con destino á diversos fines, seria trastornar su orden, si la sagrada jurisdiccion se mezclase con la temporal, ó al reves, confundiéndose sus respectivos oficios. El imperio, y el Sacerdocio son dos gobiernos distintos por naturaleza suya. Aquellos actos que puramente son espirituales, pertenecen exclusivamente á la Iglesia. Las funciones de la Religion solo deberán exercer los Ministros dedicados al culto divino. La temeridad de un Oseas, y de un Saul, que intentan arrogarse el oficio Sacerdotal, bien presto experimenta la justa indignacion del Señor, que los castiga severamente. Estas funciones son todos aquellos actos gerárquicos, que consisten en la purgacion, iluminacion, y santificacion de los fieles con el ejercicio de la potestad de Orden, y jurisdiccion, tanto del fuero externo, como del interno. La administracion de los Sacramentos, la predicacion de la Divina palabra, la imposicion de censuras, de penitencias, y penas espirituales, son unos actos meramente Eclesiásticos. Hasta aquí no reconoce la Iglesia sino aquellas facultades solas, que le ha concedido el mismo Dios; pero le asisten otras muchas, que sin ser por naturaleza suya propias de la misma Iglesia, se las ha otorgado la piadosa munificencia de los Principes Soberanos. Tal será toda jurisdiccion que exerza sobre cosas temporales, por exemplo, toda senténcia de confiscacion de bienes, penas pecuniarias, destierro, que propriamente tocan á la potestad

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 45

Si atendemos al origen primitivo de este Derecho, el qual mientras no se le añadieron algunos Divinos mandatos fué puramente humano, observaremos que él fué dictado, y propuesto á toda Sociedad de Religion, sea la verdadera Iglesia, ó sea otra qualquiera secta de infieles, con tal que ella se haya congregado baxo el título de Religion. Si consideramos aquel mismo Derecho en quanto recibió en adelante ciertas modificaciones por medio de las leyes divinas, entenderemos que él no pertenece sino á la verdadera Iglesia de Jesu-Christo, pues no se puede conceder á las sectas impías aborrecidas por Dios, que disfruten de aquellos derechos con que la Divina clemencia se dignó autorizar, distinguir, y condecorar á su Iglesia. Si acaso pasare algun Obispo, ó Sacerdote apostatando de la verdadera Iglesia á las mismas sectas impías, y se cree no obstante que celebran, y administran válidamente aquellos Sacramentos, que siendo correspondientes á su Gerarquía, los confieren en medio de ellas, todo esto se atribuye al carácter de Jesu-Christo, que todavía retienen. Si hasta el Pagano, Herege, ó Judío bautizan válidamente, no es porque usen de su ministerio personal, ó del de su secta, sino que segun la frase de San Agustin sirven á la Iglesia de Jesu-Christo.

Aquel mismo Derecho humano en su primitivo origen es tan antiguo por su naturaleza, como lo es el Derecho primario de Gentes, con tal que exceptuemos siempre aquellas divinas leyes especiales, que se concedieron frecuentemente, y en diferentes tiempos para la forma, estado, y constitucion fundamental de la Iglesia. Los motivos de haberse estatificado, y á la Iglesia solo accesoriamente, para mayor rigor de la Disciplina Eclesiástica.

tablecido este Derecho cotejados con los que persuadieron el establecimiento del Derecho de Gentes primario, en parte son los mismos, en parte son diferentes. El multiplicado número de hombres dió ocasion á que se constituyese el Derecho primario de Gentes: el multiplicado número de hombres hizo tambien que se designasen los Superiores de Religion asistidos de cierta potestad: hasta aquí la causa es una misma. La multitud de hombres, que se iban derramando por las regiones, y provincias, pidió que á todos juntos ligase todavía entre sí el nudo de un mismo derecho comun, para conservar á lo ménos el vínculo de la Sociedad general, al qual Derecho llamaron Primario de Gentes. En esto fué diferente el sistema de la Iglesia, pues esta debió hallarse en todos los Pueblos, en todas las naciones, en todo lugar, la misma en todas partes, como si jamas se hubiese venido á hacer alguna dismembracion de los propios Pueblos. Solo era necesario que en donde quiera que estuviere la Iglesia, se repartiessen siempre los oficios, ya del gobierno temporal, ya del Eclesiástico: en esto es donde consistè la disformidad de la causa. De aquí entenderá cada uno fácilmente por que no he referido sino impropriamente este género de derecho al primario de Gentes.

## X.

El Derecho Divino es aquel que estableció el mismo Dios fuera de la Ley Natural, habiendo declarado su voluntad á los hombres, ó por sí, como quando se dignó él mismo aparecer á ellos, como quando hecho hombre vivía entre los mortales, ó dignándose hablarnos por medio de sus escogidos Ministros, á manera de enviados suyos, despues de haber manifestado ciertas señales prodigiosas, y

ex-

## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. II. 47

extraordinarias en testimonio de ser verdad esta mision. Así se distingue el Derecho Divino del Natural, especialmente quanto á la forma, razon, y modo de promulgar la ley; porque si solo miramos á la autoridad de esta ley, el mismo Derecho Natural se llamará tambien Divino, siendo Dios el autor de toda la naturaleza, y por consiguiente de todos los preceptos naturales (a).

## XI.

Muchas veces quiso la Divina Providencia fuese manifestado, y explicado á los hombres públicamente el mismo Derecho Natural mediante la viva

VOZ

(a) En substancia el Derecho Divino es de dos modos, natural, y positivo, no habiendo mas diferencia entre ambos, que la de su promulgacion. El primero es dictado al hombre por Dios mediante la luz de la razon natural. El segundo por medio de una proposicion externa: aquel no es una ley escrita, sino nacida con nosotros, como dice Ciceron en su Oracion *pro Milone*: es aquella legislacion que el Apóstol llama impresa en el corazon del hombre, *ad Romanos*, *cap. 2*, y por tanto es una ley, cuya ignorancia á nadie excusa. Este ha llegado al conocimiento del mismo hombre, no por otro conducto que el de la revelacion acompañada de aquellas operaciones prodigiosas, ó milagros, que la han constituido evidentemente creíble. Por eso bien puede haber una ignorancia invencible respecto del Derecho Divino positivo, aunque nadie conseguirá sin su observancia la eterna felicidad, segun el actual sistema de la providencia. Mas que sucederia si un hombre que no tiene sin culpa suya conocimiento de la Religion revelada, guardase exáctamente la Ley Natural, y llegando á los últimos instantes de su vida, le faltase todo medio humano para adquirir su noticia? Este es uno de aquellos casos, que por ser tan extraordinarios corren por cuenta especial de la Divina Omnipotencia, sin que haya necesidad de empeñarnos en indagar, como en la propuesta hipótesis iluminaria Dios con luces sobrenaturales el entendimiento de tal hombre.

voz de Dios. Por eso se entenderá que hay dos especies de Derecho Divino: el primero promulgado para la dilucidación, ó confirmación del Derecho Natural: el segundo que se llama positivo, esto es, añadido á las naturales instituciones, y como sobrepuesto á ellas mismas, habiendo sido revelado á una nación sola, como lo fué la ley singular propuesta al Pueblo Hebreo, ó á todos indistintamente, como lo fué la Ley Evangélica.

XII.  
 El Derecho Divino promulgado para la dilucidación, ó confirmación del Derecho Natural, no se puede distinguir de este último, y por eso es invariable en lo que contiene, ya sea que providencie á lo futuro, ya sea también que mire á lo pasado, aunque la divina declaración haya tenido principio desde cierto tiempo, anteriormente al qual si delinquirá alguno por error en ciertas circunstancias, es excusado mas fácilmente, para que no se le impute el delito. Excusando en este sentido San Ambrosio la poligamia de Abraham, decía que este Patriarca habia precedido á la Ley Divina, que reprobó expresamente en tiempo de Moyses el adulterio. Las palabras del Santo se hallan en el Can. 3, caus. 32, quæst. 4, en donde dice: *Abraham vivió anteriormente á la Ley de Moyses, y al Evangelio, quando todavía no parecia estaba prohibido el adulterio..... luego no obró Abraham contra la ley, sino que previno á la ley (a).*

## XIII.

(a) No es esto excusar absolutamente á Abraham de toda culpa, sino minorarla en lo posible. No niego, dice el mismo San Ambrosio, lib. 1. cap. 4. del tratado de Patriarcas, que Abraham hubiese tenido un hijo de su esclava, para que entiendas no fué de una naturaleza, y substancia superiores á la nuestra este Patriarca, sino uno del número

## XIII.

El Derecho Divino positivo por qualquiera ley que se considere tuvo principio desde aquel tiempo en que fué manifestada la Ley: persevera en su vigor hasta quando Dios quiera: cesa entonces quando ó fuere abolido por Ley Divina posterior, ó quando se haya cumplido el tiempo, al qual fué limitado desde el principio: obliga á aquellos que

*Tom. I. D. qui-*  
*ro, y fragilidad de los mortales.* El Derecho Natural no es posible se borre totalmente en un hombre dotado del entendimiento, y mucho menos en un Patriarca Santo, depositario de las mayores confianzas del mismo Dios. Solo es preciso advertir las circunstancias urgentes de que se hallaba rodeado aquel grande hombre, y progenitor del Pueblo Hebreo. Después de haberle expatriado de Caldea el Señor, y conducidole á Canaan, le promete una sucesion dilatada, y tanto, que para ponderarla era menester fuese comparada con las estrellas del cielo, y con las arenas del mar. Sara, por quien se le dió á entender vendria aquella prodigiosa generacion, habia llegado á una edad avanzada, sin que todavía empezase á cumplirse la soberana promesa. Parecióle á Abraham que le tocaba de su parte poner los medios conducentes á la verificacion de la misma promesa. Sara propia le propone á Agar por facilitar el cumplimiento de la palabra dada por el Señor. ¿Que extraño que en este conjunto de cosas pensase Abraham que no ofendia á la Ley Natural substituyendo Agar á Sara, pues que *non lasciviendi, sed gignendi causa illis mulieribus utebatur?* Todo esto disminuye el delito, y le reduce á ser leve. ¿Quantas veces se vio que unos hombres castísimos, y amantes de la honestidad; aunque no ilustrados con la luz sobrenatural, constituidos en las propias circunstancias que Abraham, se valian del mismo medio? Solon, Caton, el Severo Caton, y Sócrates, no obstante la entereza de sus costumbres verdaderamente filosóficas, permitieron asegurar de este modo la sucesion, bien que erraron en esta parte como hombres, pero no afectadamente; pero no pareciéndoles obligase en tal caso el Derecho Natural.

## 50 INSTITUCIONES

quiso Dios que estuviesen precisados á su observancia. Los preceptos Divinos comunicados en otro tiempo á Abraham, la ley Mosayca propuesta á los Judíos, y la misma Ley Evangélica, se interpretan segun el espíritu de esta regla.

**XIV.** Hay algunas Leyes Divinas, que explican en su género, ó confirman el Derecho Natural; pero que al mismo tiempo constituyen cierto Derecho positivo. Se nos manifiesta un exemplo palpable de esto mismo en la santificacion del Sábado establecida por Dios entre los Judíos; pues en quanto se mandó que en ciertos dias señalados se hubiese de observar un culto solemne de Religion, parece que se propone el Derecho Natural; y en quanto se fixa el Sábado sobre los demas dias, se constituye una ley positiva.

## TITULO III.

*Del Derecho Eclesiástico, ó sobre los Cánones de la Iglesia.*

## I.

**P**or lo mismo que puede qualquiera Sociedad establecer para sí ciertas leyes, las establece tambien la Iglesia para su gobierno. Por eso es tan antiguo el origen de las Leyes Eclesiásticas, como lo es ella, y tan firme la potestad de hacerlas, como es firme, y estable la Iglesia misma; pues ninguna Sociedad se mantiene sin leyes, ni aun se pudo mantener nunca. Y así aun anteriormente á la venida de Jesu-Christo se exerció aquella potestad legislativa, no solo entre los Judíos, sino tam-



## DEL DERECHO ECLESIASTICO. TIT. III. 51

tambien en qualesquiera naciones que profesasen el culto divino en general (a).

D<sup>2</sup> II.

(a) Negar á la Iglesia la potestad legislativa es negar que ella sea Sociedad, porque es imposible haya algun cuerpo que no sea gobernado por las leyes de su Superior. Si la Republica civil necesita para su conservacion de una potestad que obligue á los Ciudadanos á observar sus estatutos, de modo, que sin esta superioridad indeclinable se disolverian forzosamente aquellos estrechos enlaces que mantienen su consistencia, y justo equilibrio, no debe suceder otra cosa con la Iglesia. Imaginemosnos trasladados á la Sinagoga, y á cada paso observaremos el exercicio de una jurisdiccion que va imponiendo leyes á los Hebreos, fuera de aquellas que están comprehendidas en los Sagrados Códigos. No hay alguna accion gloriosa que ilustre á aquel Pueblo, á que no se siga un establecimiento para continuar su feliz memoria. Los triunfos conseguidos contra Holofernes, Aman, y Nicanor se celebran cada año por los Judios en las festividades instituidas por una ley moderna, que los obliga á guardarlas lo mismo que la solemnidad de Pasqua de Pentecostés, y la de los Tabernáculos. Vuélto el Pueblo Hebreo del cautiverio de Babilonia, convocan los Próceres de la Sinagoga á toda la nacion para que se junte en Jerusalem sopena de perder los bienes, y ser excluido del cuerpo de la transmigracion qualquiera que no obedezca al precepto. En efecto congregase la multitud, y no resiste á la ley que se le impone de que se separe de mugeres extrangeras los que se hallan basados con ellas. Del mismo modo se intimaban penitencias, y ayunos extraordinarios quando se trataba de aplacar la cólera del Señor contra su Pueblo. ¿No se vió esto en tiempo de Josafat? ¿No se vió en tiempo de Ester? ¿No se manda en el Deuteronomio cap. 17. que se obedezca á los Sacerdotes baxo la pena de que quien hiciere lo contrario, desobedeciendo al Sacerdote, que en aquel tiempo exerciere el ministerio, sea privado de la vida por decreto del Juez? Y asistiendo esta potestad legislativa á la Sinagoga, ¿será posible negársela á la Iglesia? ¿Se dirá, como no ha faltado quien ha dicho, que toda la Gerarquia Eclesiástica no exerce alguna Jurisdiccion, sino una mera inspeccion sobre la Sociedad Christiana? ¿Que los Obispos, estos Prín-



CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN  
DE  
FILANGIERI

[fragmento]

**CIENCIA  
DE LA LEGISLACION.**

**ESCRITA EN ITALIANO**

**POR EL CABALLERO**

**CAYETANO FILANGIERI.**

**TRADUCIDA AL CASTELLANO.**

**TOMO I.**



**MADRID  
IMPRENTA DE IBARRA  
1873.**

LA  
CIENCIA LEGISLATIVA.

---

LIBRO PRIMERO.

*De las reglas generales de la  
ciencia legislativa.*

---

CAPÍTULO PRIMERO.

*Objeto único y universal de la legislación,  
deducido del origen de la sociedad  
civil.*

Sea qual fuese el estado de los hombres ántes de formarse las sociedades civiles, qualquiera que sea la época de estas reuniones, su primitiva constitucion, y el plan sobre que se trazaron; no puede dudarse fue una la causa que las produjo, uno el principio que las hizo nacer: el amor á la *conservación* y

## 2 LA CIENCIA

á la *tranquilidad*. Yo no soy tan extraño que suponga un estado natural anterior á la sociedad civil semejante al de los salvages, como algunos misantropos sofistas lo pretenden; ni tan ignorante de la naturaleza de mi especie, y de los caractéres que la distinguen de las otras, que crea ha nacido el hombre para andar errante por los bosques, ó que el estado de la sociedad le sea violento.

Muy léjos de ser seducido de una opinion tan errónea, me atrevo afirmar que el Autor de la naturaleza hubiera obrado inconsecuente en la mas grande de sus producciones si no hubiera criado al hombre para la sociedad. Y si no ¿para qué darle una razon que no se desenvuelve sin la comunicacion de los otros hombres? ¿por qué al grito del sentimiento, que forma todo el language de los brutos, añadirle el don propio y precioso del habla? ¿por qué darle la ventaja inestimable de explicar todas las ideas posibles, comprendiéndolas en algunos signos convencionales, necesarios estos para comunicar las mismas

## LEGISLATIVA. 3.

ideas á otros? ¿por qué no le dió aquel instinto que regula y dirige todas las acciones de los brutos, y no hacer que solo el hombre se determine por un acto libre de su voluntad, que para no engañarse en la eleccion de los diversos partidos que se presentan, pide una instruccion que no puede adquirirse fuera de la sociedad? ¿por qué acostumbrarlo á ésta por medio de una larga infancia? ¿por qué no dió á todos los hombres unos mismos grados de fuerza, de industria y de talento? ¿por qué darles disposicion para diversas ocupaciones y menesteres? ¿por qué darles diferentes deseos, necesidades y apetitos? ¿por qué formar al hombre dispuesto á impresionarse de una multitud de pasiones, que fuera de la sociedad no serian de uso alguno, y que no pueden con-

OL.I. El Autor de la naturaleza habiendo destinado al hombre á vivir con sus semejantes, ha variado sus deseos é inclinaciones para impedir recayesen estas sobre un mismo y único objeto, lo que multiplicaria los males y turbaria la sociedad: *trahit sua quemque voluptas.*

## 4 LA CIENCIA

venir á un ente solitario, sí á un hombre sociable? ¿por qué inspirarle la ambicion de agradar á sus semejantes y de dominarlos, ó á lo menos á sus opiniones? ¿por qué ha plantado en su ánimo la semilla de la compasion, de la beneficencia, de la amistad; en una palabra, de todas las pasiones que dependen del sentimiento moral de una alma noble, y que indican la necesidad de reproducirse? ¿por qué finalmente no cerró todos sus apetitos en la esfera estrecha á que fueron reducidos los de todos los demas seres que habitan la superficie de la tierra; esto es, en la satisfaccion de sus necesidades fisicas, las que no ofreciéndose al hombre mas que por intervalos y momentos, dexan despues de sí un vacío que nos da á conocer su insuficiencia para produçir nuestra felicidad, y que anuncia tener la alma sus necesidades como el cuerpo, y que estas no pueden satisfacerse sin entregarse enteramente á los afectos de la sociedad?

Creo que estas pocas reflexiones bastarán para hacer ver que la sociedad es

## LEGISLATIVA.

5

tan antigua sobre la tierra como el mismo hombre, y que en los salvages que van errantes por los bosques no se halla el hombre natural, sí el hombre que degenera de su ser, que vive contra su destino: en pocas palabras, ántes se ve la ruina y degradacion de la especie humana, que la imágen viva de su infancia.

Soy el primero á creer que la sociedad ha nacido con el hombre; pero esta sociedad primitiva de que hablamos era enteramente distinta de la civil.

No obstante que los hombres son naturalmente llevados á vivir en sociedad, no es presumible renunciassen desde el principio la independenciam antes de verse precisados y necesitados á hacer este sacrificio. Por lo que la sociedad primitiva no podia ser una sociedad civil, sí natural puramente, en la que eran desconocidos los nombres de *noble* y *plebeyo*, de *señor* y de *esclavo*: no se conocian los magistrados, las leyes, ni las penas, ni las cargas civiles: en ella no se hallaba otra desigualdad que la

## 6

## LA CIENCIA

que nacia de la fuerza y de la robusted del cuerpo, otra ley que la de la naturaleza, ni otro vínculo que el que nacia de la amistad, de las necesidades y del parentesco. Esta era una sociedad cuyos miembros no habian renunciado aún la natural independendia, no habian depositado sus fuerzas en manos de uno ó muchos, no habian confiado á estos la guardia de sus derechos, no habian puesto baxo la proteccion de las leyes su vida, sus haberes, y su honor. En ella cada uno era soberano, porque era independiente; magistrado, porque era su guardia; intérprete de la ley, porque la tenia esculpida en su corazon; juez finalmente, porque era árbitro de los litigios que nacia entre él y los otros compañeros, y vindicador de las injurias que le hacian.

Pero por desgracia de nuestra especie una sociedad formada de este modo no podia durar por mucho tiempo entre los hombres. Parece que la naturaleza ha concedido solamente á los castores el arte dificil, ó por mejor



## LEGISLATIVA. 7

decir, el don agradable de unir la sociedad con la independencia. Aquella desigualdad de fuerzas y de robusted, de que hemos hecho mérito, esta única desigualdad que no podía arrancarse de la sociedad primitiva, con el curso del tiempo y el desenvolvimiento de las pasiones produjo los mayores desórdenes. La igualdad moral no pudiendo hacer frente á la desigualdad física, debia necesariamente ceder al mayor peso de la fuerza. El hombre mas debil estaba expuesto al capricho del mas esforzado, entretanto que los atentados de éste tenían mas apoyo y firmeza que los derechos de aquel. La subsistencia, fruto de sus sudores, era muchas veces el objeto de las rapiñas del hombre mas fuerte. Su honor y su vida eran bienes precarios de que podia ser privado en un instante, siempre que un espíritu malévolo se hallaba unido á un cuerpo mas robusto que el suyo. La desconfianza, la incertidumbre y el temor debían turbar, pues, la paz de esta sociedad primitiva. Precisados de acudir con

## 8 LA CIENCIA

algun remedio á estos desórdenes, hallaron que no podia destruirse la desigualdad física sin renunciar la igualdad moral, y que para conservarse con tranquilidad era necesario dexar de ser independiente: vieron que habia necesidad de crear una fuerza pública que fuese superior á las privadas, debiendo aquella formarse del agregado de estas: tuvieron por necesaria una persona moral, que representase la voluntad de todos, y que juntase en sus manos todas las fuerzas privadas; y últimamente, que la fuerza pública debia estar unida á una razon pública, que interpretando y aclarando el derecho natural, estableciese las leyes, regulase los deberes, prescribiese la obligacion de cada individuo con toda la sociedad, y con los miembros que la componen; que estableciese una norma á la qual conformándose el ciudadano en todas sus acciones no tuviese que temer; que crease y guardase un orden apto para mantener el equilibrio entre las necesidades de cada ciudadano con los medios de satis-

## LEGISLATIVA. 9

facierlas; finalmente, que compensase el sacrificio de la independencia y de la libertad natural hecho por los hombres, con que estos adquiriesen los medios propios para su *conservacion y tranquilidad*, pues con esta mira se habian despojado de aquellas.

Este es el origen y la causa de la sociedad civil, y por consiguiente el único objeto de la legislacion.

Si la *conservacion y tranquilidad* de los ciudadanos es, pues, el único y el universal objeto de la legislacion, ántes de pasar adelante exáminemos qué se comprende baxo este principio general, y las consecuencias que de él se deducen, para ver despues como toda parte de la legislacion debe corresponder á este fin comun.

## 10 LA CIENCIA

## CAPÍTULO II.

*De lo que se comprehende baxo el principio general de la tranquilidad, y de la conservacion; y de las consecuencias que de aquí se deducen.*

**L**a conservacion mira á la exístencia, y la tranquilidad á la seguridad. Para existir necesitamos de medios, y para estar seguros poner nuestra confianza en otros.

Los medios de la exístencia se reducen á dos clases. Unos pertenecen á la adquisicion de las cosas necesarias é indispensables para el sustento de la vida, y otros ponen al ciudadano en estado de gustar cierta especie de felicidad inseparable de algunas conveniencias y comodidad pública. No entiendo por conveniencias y comodidad pública las riquezas exôrbitantes de algunos ciudadanos, y mucho ménos el estadô de aquellos que sumergidos en el ocio pueden fomentar impunemente este vicio destruc-

## LEGISLATIVA. II

tor de la sociedad. Las riquezas exorbitantes de los unos, y el ocio de los otros supone la infelicidad y miseria de la mayor parte de los demas. Esta parcialidad civil es opuesta al bien público. Solamente puede llamarse rico y feliz un estado quando todo ciudadano con el trabajo moderado de algunas horas puede cómodamente acudir á sus necesidades y á las de su familia. Un trabajo continuado, una vida que se conserva á fuerza de sudor, no es jamas vida feliz. Esta era la condicion del miserable Sisifo, que no tenia un instante por suyo, todo lo debia al trabajo.

El estado, á mas de ser rico, necesita que sus riquezas esten bien distribuidas; y esto es lo que pertenece á la conservacion.

Pero queda dicho que no desea solamente conservarse el hombre, sino conservarse con tranquilidad, y que para conseguirlo ha de confiar en los otros: que confie en el gobierno, que no le usurpará sus derechos: que confie en el magistrado, que destinado á ser el de-

## I 2                    LA CIENCIA

positario de las leyes, no abusará de este depósito sagrado para oprimirlo: que confie en sus conciudadanos: que esté asegurado no puede ser turbada su paz: que su vida, protegida por las leyes, no le será quitada, si solo en el caso que por sus delitos haya perdido el dulce derecho de conservarla: que esté persuadido que la propiedad que le pertenece por justo título está protegida por todas las fuerzas de la nación; y que adquiriendo nuevas propiedades sin violar los derechos de los otros, sus adquisiciones son sagradas; y que el trabajo de sus manos está defendido por la fuerza pública.

Estas son las consecuencias del principio universal de la *conservación y tranquilidad*. Toda parte de la legislación mirará á que reporte la sociedad uno de estos beneficios.

Por lo que yo divido las leyes en varias clases, atendiendo mas al efecto que deben producir, que á las diversas relaciones que pueden tener entre sí.

Pero ántes de hablar de estas leyes

## LEGISLATIVA. 13

en particular, ántes de entrar en este caos donde la materia es confusa, y tantos los objetos, que se necesita guardar la mayor exâctitud en el método para no enredarse, conviene establecer algunas reglas generales, sin las quales la ciencia de la legislacion será vaga é incierta. Este será el objeto del primer libro, empezando por demostrar la necesidad de estas reglas.

## CAPÍTULO III.

*La legislacion debe tener sus reglas como las demas facultades; y los errores en ella causan los mas graves perjuicios á la nacion.*

Es mas fácil describir una curva que una recta. La geometría da muchas reglas para tirar una perpendicular; la pintura; la escultura, la arquitectura tienen proporciones ciertas, que apartándose de ellas se yerra; sin la regla la recta que se querrá describir degenerará fácilmente en curva; sin el quadrante, querien-

## 14 LA CIENCIA

do tirar una perpendicular, tirareis una oblicua; sin las reglas que muestran la proporcion que deben tener las partes entre sí y con el todo, el pintor y el escultor harian las mas veces monstruos, y el arquitecto quedaria burlado por la poca solidez y baxeza de sus edificios.

La índole del hombre es incompatible con una exáctitud y perfeccion arbitraria. Toda facultad ha tenido que adoptar sus reglas, y al paso que estas se han perfeccionado han adelantado aquellas. ¿La ciencia legislativa será excepcion de un principio tan universal y constante?

Fué un language del despotismo y de la tiranía decir que la voluntad del legislador es la única regla de la legislacion: y es un error nacido de la ignorancia creer que en medio de las revoluciones que mudan continuamente la naturaleza de los negocios, y cambian el semblante de la sociedad, la ciencia legislativa no pueda tener algunos principios seguros é invariables.

Es verdad que el estado es una má-



## LEGISLATIVA. 15

quina complicada; que las ruedas que la componen no son siempre las mismas, y las fuerzas que la dan movimiento son tambien diversas; pero esto no prueba que las reglas que dan á conocer estas diferentes ruedas y fuerzas, y el diverso modo de manejarlas, no puedan ser constantes y seguras.

No permita Dios que una ciencia de la qual pende el buen órden en la sociedad, y en la que qualquiera error puede ser mas perjudicial á la nacion que el azote del cielo mas temible, no tenga reglas y principios ciertos, quedando vaga é incierta. La diversidad en el modo de pensar de los hombres, la infinita y obscura combinacion de sus ideas, derivadas de algunos supuestos casi siempre falsos que cada uno sigue, las diversas relaciones, y las diferentes preocupaciones y máximas, son otras tantas pruebas que demuestran la necesidad de guia para no apartarse del camino recto en la arte dificil de la legislacion.

¿De cuántos males se hubieran li-

16

## LA CIENCIA

brado los hombres si se hubiera siempre consultado y seguido esta guía? Ninguna cosa mas fácil que caer en un error legislativo, pero no hay otra de mas difícil reparo, ni mas perjudicial á la nación. La pérdida de una provincia y una guerra mal emprendida son azotes que causan un daño momentáneo. Un feliz instante, la batalla de un día, pueden resarcir con ventaja las ruinas de muchos años; pero un error político, un error en la legislación puede producir la infelicidad de su siglo, y puede preparar la de los venideros.

Esparta, tantas veces oprimida por las armas de sus vecinos, se levanta siempre mas temible. La pérdida memorable de Cannas hace á los romanos mas valerosos: pero una triste experiencia hace ver claramente como un solo edicto mal premeditado sobre las rentas públicas ha vuelto estériles las mas fértiles campiñas, y ha quitado millares de ciudadanos á la patria; y como un solo error en la legislación política ha bastado para cerrar los puertos de una na-

## LEGISLATIVA. 17

cion, pasando á otra parte las riquezas del estado.

¡Qué espectáculo no nos ofrecen en estos últimos tiempos los anales políticos de la Europa!

Hemos visto en ménos de dos siglos á quatro ó cinco naciones, ya vencer, ya ser vencidas, pasando en un instante del estado de grandeza al de abatimiento. Si miramos de cerca la causa de esta revolucion política verémos fué un error de la legislacion de estos pueblos. Empezando por la España hallarémos que esta nacion, que en tiempo de Cárlos V ponía en movimiento toda la Europa; que por ser la primera en levantar trofeos de conquista en el Nuevo mundo, habia logrado unir las ventajas de la mas feliz posicion y del terreno mas fértil de la Europa con el dominio de los paises mas ricos de la América; que esta nacion, que hubiera podido ser la mas dichosa y la mas rica del globo; que hubiera podido dar la ley á la tierra, y haber hallado dentro de sí los materiales propios para echar los fundamentos

## 18 LA CIENCIA

eternos de su grandeza; hallaremos, digo, que la España debe no solo á la expulsion de los moriscos industriosos seguida del inmediato é insoportable acrecentamiento de tributos y gabelas, sí tal vez, mas que á otra causa, debe á un falso principio de economía, y á los errores que éste ocasionó en la legislacion, la pérdida de todas aquellas ventajas, y el mal estado de su agricultura, de su industria, de su poblacion y comercio, del qual los gloriosos esfuerzos del presente gobierno aun no han podido sacarla. Sus legisladores, poco ilustrados, y poco *cosmopolitas*, no habiendo advertido que la prosperidad de la España dependia de la prosperidad de las otras naciones europeas; que sin hacer aumentar las riquezas de los vecinos no podía conservar las suyas; que sin esparcir en el resto de la Europa una porcion de sus preciosos metales, ella no podia conservar la otra; que aumentándose continuamente la suma de su dinero, sin que á proporcion creciese la de las demas naciones, su agricultura é industria opri-

## LEGISLATIVA. 19

midas con lo subido de los precios de sus producciones, no pudiendo correr con igual ventaja que la industria y agricultura extranjera, habian de huir del estado, y por consecuencia pasar á los estraños todos sus tesoros, estando como estaba una de sus partes sacrificada por conservar la otra; no habiendo, en una palabra, conocido que el oro y la plata eran un don de la América que no podia retenerle todo para sí España, y que contentándose con sola aquella cantidad que hiciese inclinar á su parte la balanza de la riqueza relativa, debia esparcir lo restante entre sus vecinos; no habiendo sus legisladores conocido esta importantísima verdad, han con sus leyes, dirigidas todas á impedir la salida de sus metales, arruinado la agricultura, la poblacion, la industria y el comercio de este pais, que por su excesiva sed del oro y de la plata ha venido á ser un cuerpo hidrópico, que no puede retener mas las aguas que no supo beber moderadamente <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En el discurso de esta obra se exâmina con

## 20 LA CIENCIA.

Pasando de la España á la Francia hallarémos igualmente en su legislacion la causa de su decadencia. Despues de haber dominado en la Europa como la España, vino á ser víctima de los errores de sus leyes y de la estrañeza de sus legisladores. Un solo edicto dictado por la superstición y el fanatismo de un príncipe, en lo mas avanzado de su edad, que suelen ser los años en que se manifiesta la debilidad de ánimo; y un solo error de un ministro, que mudó todo el sistema de la legislacion económica, han acarreado mas males á la Francia, que bienes le han dado los cuarenta años de sus victorias, sus célebres guerreros, sus academias, sus grandes hombres en letras y artes, y el influxo despótico sobre la Europa.

El primero desterrando de la patria una porcion de ciudadanos á quienes los errores habian apartado del camino recto, no solo dió un golpe fatal á la poblacion, mas en el mismo instante privó mas atencion esta verdad respecto á España, como tambien lo que se insinúa de Francia.

## LEGISLATIVA. 21

al estado de los tesoros de las artes, que aquellos infelices desterrados ofrecieron á las otras naciones, las cuales conocieron sus ventajas en acogerlos. Y el segundo, prefiriendo los productos del arte á los de la naturaleza, fiando mas en las manos de sus ciudadanos que en la fertilidad del suelo de su país, apartando de la agricultura á los hombres para hacerles inventores de las modas, y fabricantes de las estofas, dió á la Francia una prosperidad aparente y precaria, que los adelantamientos de la industria europea han hecho desaparecer, habiendo enseñado á las otras naciones el arte de empobrecerla, y de enriquecerse á sí mismas. Y en efecto la primera que se aprovechó de estas luces fué la Inglaterra, á quien la Francia debe ceder la primacía. Pero la misma Inglaterra, despues de haber dominado tanto tiempo en todos los mares, en todos sus puertos, en todas sus playas; despues de haber influido en el comercio de los dos hemisferios; despues de haber hnmillado todos los pavellones de la Europa, ha llegado

## 22. LA CIENCIA

al presente á los umbrales de su ruina, por no haber tenido un buen legislador que le hiciese conocer que una madre que tiene pocos hijos no se halla en estado de suministrarlos á otra; que la Gran Bretaña con diez millones de habitantes no podia acudir á poblar tantas colonias, ni su poblacion estaba para sufrir igual sacrificio; que en vez de animar á sus ciudadanos á abandonar la patria, debian las leyes impedir la frecuente emigracion; que debia contentarse con los establecimientos absolutamente necesarios para su comercio; y finalmente que animada del entusiasmo de dominar en el Nuevo mundo debia acordarse á lo ménos que un ciudadano que dexa su patria, estableciéndose por servirla en la otra parte del mar, no dexa de ser ciudadano; que la opresion es mas injusta quando viene de la mano de un pueblo libre; que la moderacion en el gobierno es el único apoyo de las posesiones separadas; que obligar las colonias á un comercio exclusivo con la capital era una injusticia que debia con-



## LEGISLATIVA. 23

tinuamente exâsperarlas; que privarlas del derecho de ser siempre juzgadas por sus propios jurados era hacerlas desconfiar de su gobierno; que condenarlas á una contribucion arbitraria era un atentado que se hacia á la misma libertad; que despojarlas del derecho de imponerse ellas mismas los tributos era privarlas de una prerogativa que un ingles no puede jamas perder en qualquiera parte de la tierra en que se halle, una prerogativa que se tiene por el fundamento de la libertad inglesa, una prerogativa que por conservarla sus ciudadanos han derramado tantas veces su sangre y destronado sus reyes. Ultimamente, un buen legislador hubiera previsto que habiendo llegado estas colonias á tanta riqueza, vendria dia en que no necesitarian á su madre, por lo que debian dirigir con moderacion un pueblo que bien presto encontraria su interes en la independenciam. Otro desorden hubiera prevenido este législador si á la frente del gobierno británico hubieran estado en estos últimos tiempos un Lock

## 24 LA CIENCIA

ó un Pen: estos dos célebres legisladores hubieran hecho ver á su patria que el abuso que ha hecho y hace todavía de su crédito, aumentando continuamente la suma de su deuda nacional, y multiplicando á lo infinito la circulacion de vales, que representan cierta cantidad que no existe, debía, ya por la baxa de la moneda, como por el exceso de las imposiciones, aumentar desmedidamente el precio de la obra y del trabajo, aumento que acarrearía á la Inglaterra grande desventaja en la concurrencia de qualquiera otra nacion, y que no tardaría en arruinar su industria. Estas simples reflexiones que se ofrecen á una sábia legislacion, se ocultaron á la vista de los ingleses, lo que podrá ocasionar la ruina de un pueblo hasta ahora el mas advertido en lo tocante á sus intereses.

¡Funesta reflexion! las naciones, lo mismo que los hombres, tienen sus momentos de imbecilidad. La Inglaterra ha enflaquecido en su sólido modo de pensar: ella aumenta sus contribucio-

## LEGISLATIVA. 25

nes en vez de disminuirlas: perdió su influencia en la Europa por haberla querido extender demasiado en la América: será presto privada del influxo que le queda en ambos hemisferios; y el cetro de la Europa despues de haber pasado de España á Francia, y de ésta á Inglaterra, parece va á ponerse en manos de los moscovitas, donde le llaman sus buenas leyes. Allí permanecerá acaso por largo tiempo, y los europeos tal vez algun dia tendrán que recibir la ley de esta sobria nacion. El código de Catalina me da mas que pensar que su armada puesta en el Archipiélago.

Viniendo ahora á las reglas cuya necesidad queda demostrada, y para evitar los errores, de los quales hemos manifestado los funestos efectos, comienzo distinguiendo la *bondad absoluta* de la *bondad relativa* de las leyes. En la explicacion de estos dos caracteres de bondad, que debe tener toda ley, se contienen las reglas generales de la ciencia legislativa. Principiaré por la *bondad absoluta*.

## CAPÍTULO IV.

*De la bondad absoluta de la ley.*

Llamo *bondad absoluta* de la ley su armonía con los principios generales de la moral, comunes á todas las naciones, á todos los gobiernos, y adaptables á todos los climas. El derecho natural contiene los principios inmutables de lo justo y equitativo en todos los casos. Es fácil ver quan fecundos son estos principios para la legislacion. Ningun hombre puede ignorar sus leyes. Estas no son las resultas dudosas de las máximas de los moralistas, ni de las estériles meditaciones de los filósofos. Estas son los dictámenes de aquel principio de la razon universal, de aquellos sentimientos morales del corazon que el Autor de la naturaleza ha impreso en todos los individuos de nuestra especie, como una medida viva de la justicia y de la honestidad; que habla á todos los hombres con el mismo language, y prescribe en

## LEGISLATIVA. 27

todo tiempo las mismas leyes; que es mas antigua, dice Ciceron, que el pueblo y que el senado; que tiene la voz mas fuerte que la de los dioses; que es inseparable de la naturaleza de los seres que piensan; que subsiste y subsistirá siempre contra todos los esfuerzos de las pasiones que la combaten, contra las violencias de los tiranos que han pretendido anegarla en sangre, y contra los impostores que hubieran querido aniquilarla por la supersticion.

El taita conoce tan bien como Lock que una fiera muerta por otro no puede ser suya; que los frutos del suelo cultivados por otro, no puede hacerlos suyos sin consentimiento del propietario, y que solamente la defensa propia puede dar al hombre derecho sobre la vida de otro hombre. De esta manera decide la moral; este es el derecho de la naturaleza, y la primera norma de las leyes.

¿Pero los legisladores han consultado siempre y seguido esta guia? Aun aquellos que han hecho mayor ostenta-

28

## LA CIENCIA

ción en ser moderados ¿no lo han omitido alguna vez? Me compadezco de la miseria de la humanidad quando veo un Platon que piensa como pensaria un tirano ignorante.

Si un esclavo, dice Platon, en el acto de la defensa quita la vida á un hombre libre, que le invadió alevosamente para matarle, sea castigado como parricida <sup>1</sup>. ¿La propia defensa será delito en la persona del esclavo? ¿Qué es un esclavo sino un hombre que ha tenido la desgracia de caer en manos de otro hombre por defender la libertad, su patria y sus derechos? Las antiguas legislaciones, y particularmente la romana, eran escandalosas en lo tocante á la esclavitud. Los legisladores al esclavo negaron hasta el nombre de hombre. La ley aquilia condenaba á la misma pena al que mataba un esclavo que al que mataba un perro ó un caballo de otro <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Plat. de *Repub.*

<sup>2</sup> *Digest. lib. 9. tit. 2. l. 2. ad Leg. Aquilianam.*

## LEGISLATIVA. 29

Políticos tiranos ¿estas son vuestras leyes? Hombres infelices ¿dónde están vuestros derechos? ¿Por ventura vuestra especie hubiera sido degradada hasta este término si siempre se hubiese consultado la naturaleza? El mismo Licurgo, que se tiene por uno de los mas sabios de la antigüedad, ¿hubiera condenado á perecer aquellos infantes que tenían la desgracia de nacer de un temperamento poco robusto <sup>1</sup>, si hubiese leído en el libro santo de la naturaleza el dogma inalterable de la conservacion de la especie? ¿Hubiera permitido el adulterio quando se cometia de consentimiento del marido <sup>2</sup>? Es verdad que

<sup>1</sup> *Debilem & distortum amandabant in locum voraginosum prope traygetum, quos Apothetas nuncupabant: quasi. nec illi ipsi, nec civitati, qui non esset à primordio ad bonum habitum, neque ad robur comparatus, expeditur vivere.* Plutarco en la vida de Licurgo.

<sup>2</sup> *Nam viro natu grandiori, cui florens aetate erat conjux, si quem probum & prudentem adolescentem carum haberet probaretque, jusserat eam huic jungerem, & quum impleta esset egregio semine, sibi vindicare partum.* Plutarco ibid.

## 30 LA CIENCIA

cada uno puede dar aquello que es suyo; pero en la suma de los derechos que pueden competir á un hombre se comprenden muchos que no pueden transferirse ni cederse, como es el derecho de la propia existencia; y tales son por su naturaleza los derechos que trae consigo el matrimonio.

El señor Montesquieu refiere una ley <sup>1</sup> de Gondebaldo rey de Borgoña, en la qual se ordenaba que si la muger ó el hijo del que hubiese cometido algun hurto no revelaba el delito, cayese en esclavitud: y otra de Recesvindo, que permitia á los hijos de la adúltera acusarla, y poner en tormento para la averiguacion los esclavos de la casa <sup>2</sup>. He aquí dos leyes, que por conservar las costumbres destruyen la naturaleza de donde traen su origen aquellas. El respeto y el amor filial son los primeros sentimientos, y la naturaleza, que inspira tanto horror en revelar los de-

<sup>1</sup> *Exprit des Loix*, lib. 26, cap. 4.

<sup>2</sup> Esta ley se halla en el código de los visigodos, lib. 3, tít. 4, §. 13.



## LEGISLATIVA. 31

litos de nuestros padres como al mismo delito, hace nos complazcamos viéndolos ocultos. Las leyes quieren se revelen, pero la naturaleza lo prohíbe y procura ocultarlos. ¿No sería una necedad comparar la fuerza de aquellas con la energía de ésta? Los sentimientos naturales prevalecen siempre á la fuerza. Las leyes no deben destruirlos, sí fomentarlos. Ellos son otros tantos diques para contener el torrente de los delitos. La vergüenza, por exemplo, es un sentimiento de la naturaleza, hija del honor, que aparta los hombres de los delitos, y la ley que procurase destruirla sería perniciosa. Tal era una ley de Enrique II, que condenaba á muerte la jóven soltera en el caso que muriese el hijo que diese á luz, si antes no hubiese revelado su preñez al magistrado.

No quiera Dios que yo defienda el delito enorme de Medea, que violando las mas sacrosantas leyes de la naturaleza hizo á los pobres infantes víctimas de sus furioses. Solo suplico se me

## 32 LA CIENCIA

preste alguna atención á las reflexiones que paso á exponer.

Las leyes ¿no imponen por ventura cierto grado de infamia á los partos clandestinos? La opinion y el pudor fomentan necesariamente en la jóven la vergüenza saludable de no manifestar su flaqueza. ¿No es, pues, una contradiccion de la ley pretender que aquella manifieste al magistrado su delito? Si el fin de la ley de Enrique era la conservacion del parto, sin valerse de un medio tan violento y opuesto á los sentimientos naturales lo hubiera conseguido obligándola á que diese aviso á un hombre bueno y de su confianza para que atendiese á la conservacion del infante. ¿Á qué, pues, castigar en una jóven el efecto del pudor natural? ¿Por qué confundir con el infanticidio la muerte de un infante ocasionada por falta de aquellos medios ó socorros que el temor de que se hiciese público su delito impidió á la madre el dárselos? ¿Por qué privar al estado de dos ciudadanos á un mismo tiempo, del infan-

## LEGISLATIVA. 33

te que muere, y de la madre que podia suplir abundantemente aquella pérdida con una propagacion ó prole legítima? Es tan tirana la ley que pide á una jovencita la acusacion de su flaqueza, como la que mandase á un hombre que se diese la muerte por sus propias manos. Una ley de esta condicion no tiene el menor grado de aquella bondad que llamo absoluta <sup>1</sup>.

1 Esta ley de Enrique II, que no obstante los progresos de la filosofia conserva aún su vigor en Francia, dió ocasion á la condesa Dubarry, favorecida del difunto rey, para mostrar su beneficencia en una jovencita condenada á muerte, porque hallándose embarazada de un amante suyo, abortó un infante muerto sin haber manifestado su preñez al magistrado. La sentencia de muerte estaba confirmada por el Parlamento, y la jóven vecina á sufrirla, quando un mosquetero negro llamado Mandeville, mozo de un corazon compasivo, imploró la proteccion de la condesa, haciéndola ver que este delito no debia, por ningun lado que se mirase, ser castigado con semejante pena. El éxito justificó su buen modo de pensar. La condesa, conmovida con el razonamiento del mosquetero, escribió la siguiente carta al canceller: « Señor: Yo no conozco vuestras leyes, pero bien sé que son injustas y bárbaras:

## 34 LA CIENCIA

Pero exâminemos si estos principios generales de la moral pueden en ciertos casos modificarse por las leyes. Es dogma de la naturaleza el recíproco ó mútuo socorro que se deben marido y muger. Una ley de los achêos libraba de esta carga al marido de la adúltera. El precepto natural no era alterado por esta ley; solamente le modificaba, y la modificacion era útil.

»ellas son contrarias á la política, á la razón y á la humanidad. Se aplican á una »infeliz jóven que ha abortado un infante »muerto sin haber manifestado su preñez al »magistrado. Por el adjunto memorial queda- »réis informado del caso de la suplicante.

»Parece que ha sido condenada habien- »do ignorado la ley, ó habiendo faltado á »ella por un efecto del pudor conforme en »un todo á la razón. Remitió el exâmen de »este negocio á vuestra equidad, pero esta in- »feliz merece qualquiera perdon. Os ruego á »lo menos conmuteis la pena. Vuestros senti- »mientos dictarán lo demas. Tengo el ho- »nor &c.»

Estos sentimientos de la verdad, aunque proferidos por una alma poco acostumbrada á decirla, no dexaron de hacer mucha impresion en el ánimo del canceller, y mandando reverer la causa absolvió á la delincuente.

## LEGISLATIVA. 35

El matrimonio entre los griegos era un contrato que obligaba á entrambas partes. Despues del adulterio la ley ni en el marido ni en la muger encontraba mas que dos ciudadanos. Sus miras eran todas politicas: conocian muy bien que el fundamento de una nacion son las buenas costumbres.

Otra ley de Solon obligaba á los hijos á alimentar á sus padres oprimidos de la miseria; pero exceptuaba los que eran nacidos de una prostituta; aquellos el pudor de los quales habia estado expuesto por el padre con un comercio infame<sup>1</sup>; y últimamente los hijos á quienes el padre no hubiese dado oficio ó arte para ganar con qué sustentarse<sup>2</sup>.

El señor Montesquieu reflexionando en uno de sus lugares<sup>3</sup> sobre estas leyes de los atenienses dice "que en

<sup>1</sup> Samuel Petit, *Leyes áticas, lib. 6 de concubiniis, tit. de puerorum amoribus, & productione & scortis.*

<sup>2</sup> Léase á Plutarco en la vida de Solon.

<sup>3</sup> *Esprit des Loix, lib. 23.*

36

## LA CIENCIA

el primer caso la ley consideraba que siendo incierto el padre, éste había vuelto precaria la obligación natural; en el segundo había infamado la vida que le había dado, y ocasionádole el mayor de los males borrando en él su carácter; y en el tercero le era insoportable una vida que no podía conservar sin mucha dificultad, y esto por culpa del padre.”

Todas estas excepciones son otras tantas útiles modificaciones del precepto natural de alimentar los padres.

El otro objeto de la bondad absoluta de la ley es la *revelacion*. Si ésta explica y modifica los preceptos generales de la moral, las leyes no deben destruirla ni alterarla. Esto sería querer tirar al suelo un edificio levantado por un Ser que tiene los primeros derechos á nuestra obediencia; por lo que aquella debe servir de guía á la legislacion. El Decálogo solo contiene en pocos preceptos lo que apenas cien códigos de moral podrian abrazar. Las obligaciones del hombre respecto á Dios, respecto á sí mismo, y respecto á los demas hom-

## LEGISLATIVA. 37.

bres, se hallan explicadas con suma claridad. El culto interno y externo que allí se prescribe está lleno de pureza y de piedad. Allí se hallan igualmente desterradas la superstición y la idolatría. La paz privada de las familias, la honestidad conyugal, y la pública tranquilidad son como consecuencias. ¿Quién no ve quan útil debe ser para la legislación un modelo tan perfecto? Por lo que qualquiera rasgo de humanidad y de beneficencia que se ve resplandecer entre los errores de la presente legislación de la Europa es un beneficio que nos viene del establecimiento de una religion que explicando los principios naturales del amor recíproco, é igualando al pie de los altares la condicion de los hombres, ha puesto un sello mas á su libertad desterrando la esclavitud doméstica. Esta vieja encina, cuya sombra ha cubierto en todos tiempos la tierra del un polo al otro, ha dexado de cubrir la Europa despues del establecimiento del cristianismo. Nosotros podemos disputar á nuestros mayores justamente el pri-

## 38 LA CIENCIA

mer lugar en cuanto al ejercicio de la humanidad y de la razón. Ni la jurisprudencia egipcia, ni la griega, ni la romana pueden compararse con la nuestra sobre este particular. Nosotros no encontramos en la historia de estos pueblos un legislador que haya respetado los derechos imprescriptibles de la libertad del hombre, y que no haya abrazado la venta de éste. No hallaremos uno que no haya supuesto que en el código de la naturaleza no se halla título que legitime la esclavitud, ni precio para pagarla.

Una lógica bárbara suponiendo derecho en el vencedor sobre la vida del vencido, deduce de este principio otro derecho mucho más falso, qual es privarlo de la libertad, compensando con la esclavitud el pretendido beneficio que le ha hecho de conservarle la vida, lo que ya no se halla recibido en el moderno derecho de gentes, como tampoco admite el civil la venta de la propia libertad, y de la libertad de los hijos. Concluida la guerra se sueltan las



## LEGISLATIVA. 39

cadenas de los prisioneros, y el vencedor restituye al vencido su libertad, su patria y sus bienes <sup>1</sup>. El guerrero no teme ya la esclavitud, y mucho menos la teme el ciudadano.

Un hijo infeliz no se halla expuesto como en Roma al peligro de ser vendido por el padre en caso de no tener con qué alimentarlo <sup>2</sup>. Las leyes han establecido asilos donde la indigencia va á depositar los frutos de sus placeres. <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si esta generosidad no se usa con los piratas de la costa de África nace de ser perpetua la guerra con ellos.

<sup>2</sup> Las leyes de las doce tablas concediendo á los padres un derecho ilimitado sobre los hijos les daban facultad para venderlos. *Gotsfred. in fragment. ad LL. 12. tab. lib. 1. tab. 4.* Estas fueron derogadas por las leyes correctorias de las tablas antiguas. *L. Abdicatio, C. de patr. potest.* Pero pasado poco tiempo se estableció que la necesidad legitimase la venta. *L. 2. C. de patrib. qui filios &c.*

<sup>3</sup> En Atenas se cometia otra barbaridad. Habia un tribunal para exâminar el nacimiento de cada ciudadano; si se hallaba alguno que no era nacido de legítimo matrimonio se le privaba de la libertad, y era vendido como esclavo. *Puttero Archæologie Græcæ, lib. 1. cap. 9.*

40

## LA CIENCIA

No es permitido entre nosotros vender la propia libertad, como lo era entre los Romanos en algunos casos <sup>1</sup>. El ciudadano no tiene derecho, ni necesita privarse de su única prerogativa. Las mismas leyes que prohíben este contrato injurioso le ofrecen la subsistencia y la libertad.

Últimamente el deudor insolvente, condenado por la ley de las doce tablas á ser esclavo de su acreedor, ó á ser dividido en trozos en el caso de muchos acreedores <sup>2</sup>; para obtener entre

1 La venta de la propia libertad se tenía por válida entre los romanos cuando un hombre libre ocultando su condicion se hacía vender por un mentido patrono: *venum se dari passus est. L. Liberis 3. §. Si quis minor, ff. de liberali causa.*

2 La barbaridad de hacer esclavo al deudor de su acreedor no fué solamente dictada por las leyes de las doce tablas. Esta inhumana institucion fué aprobada por la mayor parte de los pueblos antiguos. Los atenienses la abrazaron, segun Plutarco, y la aprobaron los germanos no obstante su celo por la libertad. *Tacito de morib. germ.* Pero solo en las leyes de las doce tablas se halla legitimado el acto mas atroz que la fiera humana pudo inven-

## LEGISLATIVA. 41

nosotros la paz y la libertad, solo debe ceder sus bienes con una ceremonia mas impropia é indecente que do-

*tar: Si son muchos los acreedores, dicen, divi-  
dan en partes el deudor. Si dividen mas ó me-  
nos, no incurran en pena. Si quieren véndan-  
lo al otro lado del Tiber. At si plures erunt  
rei (palabras son de la ley) tertiis mundinis  
partes secanto. Si plus minusve secuerint, si-  
ne fraude esto. Si volent, ultra Tiberim pe-  
regre venumdato.*

El tiempo, que nos ha ocultado tan bellos reglamentos como se hallaban en estas leyes, nos ha conservado este funesto fragmento, que es uno de los monumentos mas vergonzosos de la fiereza de los hombres y de la estrañeza de los legisladores. No ignoro que el célebre Brinchersoeck y otros modernos jurisconsultos han dado otro sentido que el literal á este fragmento: pero hallo que *Quintiliano Inst. orat. lib. 13, cap. 6*, y muchos otros escritores antiguos han tomado en su sentido literal el texto de la ley. Veo en *Aulo Gelio, Noct. Atic. lib. 20, cap. 1*, un filósofo que la condena, y un jurisconsulto que la defiende, y ni el uno, ni el otro supone en la ley sentido alguno alegórico. Veo finalmente á *Tertuliano (Apolet. cap. 4)* que la reprueba mostrando la imperfeccion de las leyes romanas. Y en razon de proximidad, la opinion de los antiguos debe prevalecer.

42

## LA CIENCIA

lorosa<sup>1</sup>. De este modo el derecho de gentes y el derecho civil han sido ennoblecidos y mejorados por la religion. Pluguiera al cielo que nuestros legisladores se hubieran siempre conformado en sus leyes con los principios que aquella dicta. La supersticion no hubiera manchado de sangre nuestros códigos, y la esclavitud, proscrita de la Europa, no se hubiera refugiado á la América baxo la proteccion de las mismas leyes que la han desterrado de entre nosotros. Las olas bárbaras del Senegal no serian la feria donde los europeos acuden á mercar á vil precio los derechos inviolables de la humanidad y de la razon. La avaricia animosa é insaciable no pasaria expuesta á un naufragio á comprar entre las ardientes arenas y los tigres de la

I La ceremonia con que entre nosotros el deudor insolvente hace la cesion de los bienes es mas á propósito para mover la risa que la compasion. Se lleva al deudor á una columna destinada á este fin, él la abraza entretanto que un ministro grita: *Cedo bonis*; y otro levanta los vestidos y enseña á los circunstantes las nalgas. Fenecida esta ceremonia se pone en libertad al deudor.

## LEGISLATIVA. 43

África las humanas víctimas de su codicia; y los europeos no tendrían el rubor de ver sus navíos tan frecuentemente cargados de Catones, que saben preferir la independencia á la vida, la muerte á la esclavitud.

¿Pero quién lo creyera? Al mismo tiempo que el cristianismo hace sentir en la Europa sus benéficos influxos y nuestras leyes se declaran en favor de la libertad, reclamando la humanidad sus derechos, la América Europea se halla llena de esclavos: la legislación no solo tolera este abuso, pero aun protege este infame comercio, y en todo el espacio de aquel vasto continente no se halla mas de una pequeña region de héroes que han querido libertarse de los remordimientos de esta injusticia, y no dexar este escandaloso exemplo á la posteridad. La sola Pensilvania no tiene ya esclavos.

Los progresos de la filosofía y las luces que se han esparcido, unidas á la virtud que se halla en los tronos, nos prometen que este exemplo será

## 44 LA CIENCIA

imitado por las otras naciones. Nuestros códigos serán entonces mas análogos á los principios de la naturaleza y de la *revelacion*, y quedará decidido nuestro triunfo sobre los antiguos.

Paso rápidamente sobre estos objetos, porque temo caer en el error de muchos, que se esplayan inútilmente en demostrar algunas verdades en que todos convienen. Preferiria gustosamente el partido de callarlas, si la naturaleza del trabajo que he emprendido, y la ley del método no me precisasen á manifestarlas.

Despues de haber dado alguna idea de la *bondad absoluta*, paso á la *bondad relativa*.

## CAPÍTULO IV.

*De la bondad relativa de las leyes.*

La diversidad de las condiciones, del genio, y de la índole de los hombres, y de su inconstancia, se comunica á los cuerpos políticos á la manera que los de-

## LEGISLATIVA. 45

fectos de las partes se comunican al todo. Las naciones no se semejan la una á la otra, ni los gobiernos á los gobiernos. Parece que la naturaleza, codiciosa de mostrar su grandeza en la variedad de sus producciones físicas, quiere igualmente hacer resplandecer sus prodigios en la diversidad de sus cuerpos morales.

Todo gobierno tiene sus muelles particulares que le dan movimiento; pero los que en un tiempo le mueven en otro le dexan sin acción. Las costumbres de un siglo jamas son las mismas del que le precedió, ni del que le sigue. Los intereses de las naciones se mudan como las generaciones, y pocos años de intervalo, ó un meridiano de distancia, bastan para hacer sea pernicioso en un tiempo y en un lugar lo que era útil en otro tiempo y en otro lugar.

¿Las leyes deberán ó no seguir esta inconstancia y prodigiosa variedad de los cuerpos políticos? Un solo hecho basta para resolver esta importantísima cuestión.

## 46 LA CIENCIA

Un legislador aborrece las riquezas, aleja de su república el oro y la plata, prohíbe el comercio, procura establecer la igualdad entre las condiciones, y para conservarla regula los dotes, dirige las sucesiones, destruye el derecho de la propiedad, quiere que las tierras sean de la república, y que ésta distribuya á cada padre de familias su porcion para que la goce en calidad de usufructuario, condena el luxo, da una especie de honor y gloria á la frugalidad, envilece las manufacturas, quiere que la tierra se cultive por los esclavos, y que un libre ciudadano no tenga otra ocupacion que la que mira á la robustez del cuerpo y al arte de la guerra.

Él sumerge todos los ciudadanos en un ocio guerrero, y para prevenir las funestas consecuencias que pueden seguirse regula todas sus acciones. Sus alimentos, cenas, y hasta los objetos sobre que deben recaer sus conversaciones en los pórticos públicos, se hallan determinados por las leyes. El bayle, la carrera, la lucha, y todo lo que puede



## LEGISLATIVA.

47

fortificar el cuerpo y disponerlo para la guerra, viene á ser el objeto de los espectáculos públicos, y el gran ornamento del ciudadano. Él previene la disolución de los dos sexós con un remedio que parece debia fomentarla, quiere que las doncellas vayan siempre con el rostro descubierto, y que desnudas combatan con los jóvenes en los ejercicios públicos; persuadido que la mas segura medicina contra las impresiones de la naturaleza es acostumbrarse los sentidos á su vista.

El suceso acreditó lo acertado del sistema de sus leyes, y su república es la admiracion del universo, y conservó su felicidad y fuerza por seis siglos.

Un legislador de otra república, distante pocas leguas de la primera, piensa todo lo contrario. Sus leyes protegen el comercio, animan las artes, alientan la agricultura, promueven el trabajo, y llaman de todas partes las riquezas. Conociendo este legislador la esterilidad del suelo de su república, acude en su socorro con la industria.

## 48 LA CIENCIA.

Quiere que cada ciudadano exercite un oficio ó arte, dispensa al hijo de la obligacion de alimentar al padre que no le ha enseñado oficio con que vivir, y encarga á un cuerpo de los mas respetables ciudadanos el cuidado de velar sobre los medios con que cada individuo de la república procure su subsistencia.

Todos deben estar ocupados; pero el oficio ó arte no se le ha de señalar á ninguno, la eleccion queda á su arbitrio: concede el derecho de ciudadanos á los artistas extrangeros que pasen á establecerse con su familia á la ciudad, y exerciten en ella sus oficios. La libertad, la necesidad, las leyes, todo en una palabra favorece las artes en esta república. El ocio es castigado como delito. Las mugeres deben ser laboriosas y sedentarias, porque las leyes lo ordenan; y el legislador cree puede prevenir la corruptela de las costumbres, y sostener la honestidad de los dos sexôs en medio de las riquezas que les procura y del luxo que debe ser su efecto, con

## LEGISLATIVA. 49

el apoyo de la fatiga. Su república con el auxilio de estas leyes es feliz, rica y poderosa; y si no puede conservar sus leyes por seis siglos como la primera, en recompensa de esto tiene la singular gloria de sobrevivir á su libertad.

¿Cuál de estas dos legislaciones es la mejor? A esta pregunta respondo que Esparta no podia tener mejor legislacion que la de Licurgo, ni Atenas otra mejor que la de Solon. El efecto de estas dos legislaciones fué el mismo no obstante su oposicion y la diversidad de las causas. La una y la otra eran oportunas atendido el estado de las dos repúblicas; y esta oportunidad y relacion entre las leyes y el estado de la nacion que las recibe es lo que llamo *bondad relativa*.

## CAPÍTULO VI.

*De la decadencia de los códigos.*

Si la mejor legislacion es la mas acomodada al estado del pueblo que la recibe; si en esta estrecha relacion consiste la bondad relativa de las leyes; si

## 50 LA CIENCIA

dos legislaciones opuestas entre sí pueden ser ambas útiles á dos diversas naciones; si el estado de un mismo pueblo puede mudarse cambiándose las circunstancias que le componen; si una nacion puede pasar de la miseria á la riqueza, y de ésta á aquella; si una provincia adquirida, ó su pérdida, pueden variar el aspecto de los intereses de un pueblo; y si la menor mudanza en la constitucion del gobierno, puede juntamente producirla en el caracter del pueblo. ¿Quién dudará que la mejor legislacion puede llegar á ser la peor, y que la mas útil y ventajosa para un pueblo en un tiempo, en otro le será la mas perjudicial? La historia de los romanos y sus leyes nos ofrecén una prueba cierta de esta verdad.

Roma nacida para su ruina en la aurora de sus primeros dias; Roma que no pudo sufrir la cadena del despotismo, ni gozar las ventajas de una libertad tranquila<sup>1</sup>; Roma que apenas

<sup>1</sup> *Nec totam libertatem, nec totam servitutem pati possunt. Tacit.*

## LEGISLATIVA. 51

destronados los Tarquinos se entregó como en presa á las discordias civiles; Roma á quien la perpetua oposicion de los dos partidos irreconciliables, la nobleza y el pueblo, exponia continuamente á todos los peligros de la anarquía; Roma debia necesariamente combatir por no perecer, debia mantener guerra con los estraños para conservar la paz dentro de sus muros.

Sus sabios legisladores persuadidos de esta verdad levantaron sobre este fundamento el edificio de toda su legislacion.

La conquista fué el grande objeto de sus leyes, y su legislacion era la única que podia convenir á los romanos en aquel tiempo. Ellos procuraron interesar á todos los ciudadanos y á todos los estados de la república en la guerra: á los soldados se les repartia el botin, y á los ciudadanos que quedaban en la ciudad se les daba una porcion de trigo á cuenta del tributo que pagaban las naciones subyugadas. Conociéron muy bien todo el valor de los pre-

## 52 LA CIENCIA

mios y de los honores. Las coronas, este ornamento de la divinidad, del sacerdocio y del imperio, fueron en Roma destinadas al valor, á la victoria y á la conquista. Se sabe la diversidad que habia de aquellas, y que la menor era de laurel, que se daba á los que habian tratado ó confirmado la paz con los enemigos<sup>1</sup>. El espíritu de sus leyes se manifiesta claramente en la aplicacion de estos premios. El procurar la paz á la patria era la accion menos premiada por la ley, porque era la que se deseaba menos.

Faltaba interesar los cónsules en la guerra. Se establece, pues, no puedan obtener los honores del triunfo, sino despues de una conquista ó de una victoria. Finalmente hasta el sacerdocio

1 La corona triunfal tambien era de laurel; pero solamente se concedia al general que habia dado alguna batalla, ó conquistado alguna provincia. Esta era la de mayor honor, y para distinguirla de la que se daba al que habia tratado la paz con los enemigos (que asimismo era de laurel, pero menos deseada) el consul Claudio Pulcherio introduxo en el año 569 de Roma la costumbre de dorar el cerco de aquella.

## LEGISLATIVA. 53

mismo halló tambien su interés en la guerra. Creyendo los romanos compensar los ultrages hechos á las naciones subyugadas dando un nuevo culto á los dioses que las protegian, eran éstos colocados y adorados en el Capitolio: por lo que el sacerdocio veía con las conquistas multiplicarse en sí mismos los dioses, los templos y las ofertas, tres manantiales fecundísimos de sus riquezas.

De aquí nacia que tanto los que obedecian como los que mandaban; los que manejaban las espadas, como los que incensaban á los dioses, todos veían en la guerra el fundamento de sus esperanzas. Esta combinacion sublime y prodigiosa unidad en los intereses de todos los ciudadanos tenia siempre abierta la guerra con los estraños, y quieto el pueblo en su interior, pues estaba ocupado y distraido en la conquista. Pero llegaría dia en que los romanos se hallasen sin enemigos con quienes combatir, como de hecho llegó, y en el instante aquella legislacion, la mas oportuna para mantener la paz doméstica y la

## 54 LA CIENCIA

libertad baxo la proteccion de la guerra, sin ésta se vuelve incompatible con el nuevo estado de la república, que sumergida nuevamente en las discordias civiles que no pudieron evitar sus leyes, pierde su libertad en el mayor fervor de la anarquía.

Los mejores códigos pueden pues padecer sus vicisitudes ó mutaciones <sup>1</sup>. Aquellas mismas leyes que han producido la grandeza y la opulencia de un pueblo pueden ser ineficaces para conservarlo en el mismo estado. Hemos observado este fenómeno en la legislacion romana: podemos igualmente observarlo en la de algunas naciones modernas, como lo haremos en el discurso de esta obra; pero es necesario advertir que alguna vez el defecto está en el todo, otra en parte de la legislacion, y que unas veces basta reparar la antigua, otras

<sup>1</sup> Ninguno ha conocido esta verdad mejor que Lock. Estaba tan persuadido de ella, que destinado á ser el legislador de la Carolina, quiso que pasados 100 años fuese renovada su legislacion. Así piensan los legisladores filósofos.



## LEGISLATIVA. 55

se necesita formarla de nuevo. La primera de estas empresas es fácil: ¿pero cuántos obstáculos no se encuentran en la segunda?

## CAPÍTULO VII.

*De las dificultades que se encuentran en la nueva formacion de las leyes de un pueblo, y de los medios de superarlas.*

Si la legislacion quando persuade produce sus efectos; si los votos del público no deben mirarse con indiferencia para la formacion de las leyes; si el vigor de éstas es inseparable de aquel convencimiento de los espíritus, que produce en los ánimos una obediencia libre, gustosa y general; si no basta para que las novedades sean admitidas sin contradiccion que las pida la necesidad; si deben ser inspiradas del clamor público, ó á lo menos toda mutacion debe conformarse con el voto general; si poner en execucion alguna empresa sin consultar la voluntad del

56

## LA CIENCIA

pueblo , y sin recoger , por decirlo así , la pluralidad de votos de la opinion pública , es un error que conmueve los ánimos , y desacredita para con ellos lo bueno y lo honesto ; y si lo dicho no se ha de conseguir , mayormente en nuestro caso , sin vencer muchas dificultades , ya por las sospechas que nacen de la ignorancia , ya tambien por el clamor de los intereses privados que mutuamente se chocan , siempre mas ruidosos y mas engañosos que el grito del interes público , ya por la conjuracion de la envidia , ya últimamente por la ciega veneracion del vulgo á todo lo antiguo , y el desprecio de todo lo nuevo , aun del mismo bien que se hace á su vista : síguese no serán pocos los obstáculos que tiene que superar la política quando se trata de abolir la antigua legislacion y dar otra nueva acomodada al estado presente del pueblo que la ha de recibir.

Estas importantísimas reflexiones , comprobadas con la razon y la experiencia , me obligan á proponer algu-

## LEGISLATIVA. 57

nos remedios aptos para disipar, ó á lo menos disminuir la resistencia de estos obstáculos.

El p̄rimer paso que debe darse es trabajar en que el público desée esta reforma. Para conseguirlo es preciso preparar los ánimos, y esta preparacion pide algun tiempo. Debe darse á conocer á los ciudadanos la ineficacia de las leyes antiguas, atribuyéndoles las causas de los desórdenes, valiéndose y dirigiendo para este fin el gobierno las plumas de los sabios escritores; y con esto se verá bien presto abierta la entrada á la nueva legislación, pues manifestarán al pueblo los errores de las antiguas leyes, y los males que de ellas nacen, y de consiguiente la necesidad que hay de abolirlas. De este modo la voz de la instruccion, unida á los deseos del gobierno, disiparán uno de los mayores obstáculos, que es la adhesion de la multitud á las leyes antiguas. En el estado presente casi está hecha esta preparacion.

Las mejores plumas se han empeña-

58

## LA CIENCIA

do en desterrar la ignorancia pública sobre este particular, pintando con los colores mas vivos el estado informe de la legislacion de la mayor parte de las naciones europeas, haciendo ver se halla compuesta de las leyes de un pueblo primeramente libre, despues esclavo, las que fueron copiladas por un jurisconsulto perverso baxo la dominacion de un emperador débil, y aumentadas á un número infinito de leyes particulares llenas de antinomia, ó contradicciones; y que quedan ilusorias por las decisiones forenses, parte tambien de nuestras legislaciones: últimamente entran en nuestros códigos aquellos usos y costumbres groseras que tuvieron su fundamento en los caprichos de la ignorancia y de la estupidez, como nacidas en los tiempos oscuros de la anarquía feudal: ¿quán incompatible no es todo esto con las mutaciones que han sobrevenido? Poco trabajo costará desacreditar una legislacion compuesta de partes tan inconexas y monstruosas, y efectivamente ha decaido casi del todo en el concepto co-

## LEGISLATIVA. 59

mun; pues exceptuados aquellos que por sus miras particulares tienen interes en conservar estos misteriosos libros de las Sibilas, no habrá ciudadano que no desee la reforma de nuestros códigos.

Dado este paso queda otro no menos importante: no basta persuadir al público la debilidad de la antigua legislación, debe prevenírsele en favor de la nueva, valiéndose para ello de argumentos sensibles, y que nazcan del concepto mismo que suele formar el pueblo de las cosas: por lo que sería, por exemplo, error dar á entender que este trabajo se habia fiado á uno solo. Las juntas frecuentes de los sabios mas estimados del pueblo, deteniendo el torrente de la envidia, fomentan al mismo tiempo la confianza, el respeto y el amor ácia las nuevas leyes. Se han valido de estos medios las naciones, los gobiernos, y las edades todas.

En Atenas no podia proponerse al pueblo una nueva ley sin la aprobacion del senado: precedida ésta se leía en la asamblea del pueblo, y se fixaba una

## 60 LA CIENCIA

copia al pie de las estatuas de los diez héroes el tiempo necesario para que todos pudiesen leerla y examinarla, durante el qual todo ciudadano tenia derecho para deducir en el senado sus reflexiones sobre la nueva ley. En otra asamblea se leía nuevamente al pueblo, y si merecia su aprobacion, elegia con el consejo de los pritanios que precedian aquel dia, los legisladores que debian resolver si la ley habia de tener fuerza <sup>1</sup>. Estos legisladores eran elegidos de entre aquellos jueces que tenian prestado el juramento eliástico <sup>2</sup>, en quienes, como se sabe, tenia el pueblo puesta la mayor confianza. El senado, los mas sabios jurisconsultos, y el pueblo, tenian en Atenas parte en la nueva ley.

<sup>1</sup> Léase Petit en el tratado de las Leyes Áticas: *de Leg., tit. 1, lib. 1 Legum recensia.*

<sup>2</sup> Poluce lib. 7, cap. 10. Estefano Bizantino en la voz *ηλιαια*, y lo que dice el citado Petit sobre el juramento que hacian los jueces en Atenas, y lo que comprendia el eliástico, llamado así porque los que le prestaban antes de exercitar el ministerio debian juntarse en un lugar á cielo descubierto expuestos al sol.

## LEGISLATIVA. 61

Los establecimientos de los atenienses han sido imitados por los venecianos. Antes de proponerse una nueva ley la exáminan el dux y los consejeros, otro dia queda expuesta á la censura del público, y despues se propone en la grande asamblea de los magnates, no obstante que la aprobacion de estos últimos basta para dar valor á la ley en la república aristocrática; pero los consejeros son en Venecia lo que en Aténas eran los legisladores, pues tienen ganado el concepto del vulgo, que no sabe dudar de lo que ha merecido su aprobacion <sup>1</sup>.

Si se reflexiona sobre la historia política de las naciones se hallará que los mas sabios legisladores se han valido de ciertas solemnidades misteriosas para ganar la opinion del vulgo. Homero nos dice que Minos de nueve á nueve años hacía un viage á la cueva de Júpiter,

<sup>1</sup> El *Witena-gemot* de los anglo-saxones era el consejo de los sabios de Venecia. Este era una especie de senado donde se exáminaban las leyes que debian proponerse á la grande asamblea de la nacion.

## 62 LA CIENCIA

haciendo creer que en ella esta divinidad le inspiraba las leyes que después dictaba á los cretenses <sup>1</sup>. Zamolxio en Tracia <sup>2</sup>, y Zeleuco en los Locríos <sup>3</sup>, quisieron igualmente apoyar sus leyes con la autoridad del cielo.

Licurgo, considerando también la necesidad de servirse de la superstición del vulgo para ganar su opinión, atribuyó sus leyes á Apolo <sup>4</sup>. Son finalmente célebres en la historia romana los nombres del dios Conso y de la ninfa Egeria, los que Rómulo y Numa Pompilio hicieron creer les dictaban sus leyes.

Apénas se encuentra diferencia entre una nación que nace y otra ya adulta en el particular de que hablamos. Rómulo y Numa encontraron la moneda para mercar la opinión del pueblo en su nacimiento, pero sus sucesores

1 Esta es la causa porque Homero la llama: *O novennalis legislator supremi numinis*. Plaut. in Minos.

2 Herodot. lib. 4, nn. 94 y 95.

3 Elian. *variarum histor.* lib. 2, cap. 37, y lib. 13, cap. 24.

4 Plutarco en la *Vida de Licurgo*.



# APÉNDICE

## DECRETO

*Cátedra de Derecho civil, político y canónico en el Colegio de la capital del Estado. Dotación y grado del catedrático: horas en que ha de leerse aquélla, y por qué autores: duración, división y orden de los cursos, y reglas para acreditarlos.*

El Congreso del Estado de Querétaro ha tenido a bien decretar lo que sigue:

1. Se establecerá en el Colegio de esta capital con la dotación de quinientos pesos anuales y ciento en clases de alimentos, que se pagarán por la tesorería del Estado, una cátedra de Derecho civil, político y canónico, que comenzará a leerse desde el día 18 del corriente.
2. El catedrático será doctor, licenciado, o a lo menos bachiller en la facultad, nombrado conforme a las leyes, y estará sujeto a las costumbres y constituciones del Colegio.
3. Las horas de cátedra serán de nueve a once de la mañana en los días establecidos para los demás del Colegio.
4. Se leerá para la parte teórica de Derecho civil el Vinio castigado por Sala; y para la práctica la obra moderna de Álvarez; para el Derecho canónico se leerá el Berardi *in jus ecclesiasticum*.
5. Se tendrán academias los martes y viernes de cinco a seis de la tarde, presididas por los individuos que nombre el rector, y con asistencia de todos los cursantes.
6. Se cursará la cátedra por espacio de tres años divididos en seis cursos, de medio año escolar cada uno.

7. Los dos primeros cursos se destinarán al estudio del Derecho político, leyéndose la cátedra por el Filangieri.
8. A los que presentaren certificación legal de haber cursado estas facultades, se les contará el tiempo que constare de ella, excluyéndose el curso que no estuviere comprobado dentro del tiempo que previenen los estatutos de la Universidad.
9. Los cursos no se acreditarán con juramento, sino con certificaciones del catedrático y presidente de academias, luego que éstas se establezcan, presentándolas al secretario del Colegio: en el ínterin bastará la del catedrático.
10. Al fin del año escolar tendrán su examen respectivo todos los cursantes; mientras no haya pasantes, convidará el rector sujetos que lo verifiquen.

Lo tendrá entendido el gobernador del Estado, y dispondrá su cumplimiento, y que se publique y circule.

Dado en Querétaro a 4 de octubre de 1827.

FUENTE: *Colección de decretos y órdenes del Segundo Congreso constitucional del Estado libre y soberano de Querétaro, desde 15 de agosto de 1827, hasta 8 del propio mes del año de 1829*, México, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1832, pp. 13-14.

## BIBLIOGRAFÍA

- Actas constitucionales mexicanas (1821-1824)*, tomos VIII y IX, México, UNAM, 1980.
- ÁLVAREZ, José María, *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias*, t. I, ed. facsim. de la reimp. mexicana de 1826, estudio prelim. de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González, México, UNAM, 1982.
- BARRIENTOS GRANADON, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, 1993.
- BERARDI, Carlos Sebastián, *Instituciones de Derecho eclesiástico, de Carlos Sebastián Berardi, catedrático de la misma facultad en la Real Universidad de Turín, y consultor de S. M. S. en lo tocante a los sagrados cánones. Obra póstuma, dividida en dos partes, traducido al castellano e ilustrada con notas por el Dr. D. Joaquín Antonio del Camino, presbítero, catedrático de concilios generales y nacionales por S. M. en la Universidad de Sancti Spiritus de Oñate, parte primera, Madrid, MDCCXCI, en la Imprenta de la Viuda de Ibarra, con las licencias necesarias.*
- BERMAN, Harold J, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. Mónica Utrilla de Neira, México, FCE, 1996.
- BUIGUES OLIVER, Gabriel, "Algunas anotaciones a la Instituta de Juan Sala y su relación con Vinnio", en *Claustros y Estudiantes*, vol. I, Valencia, Universidad de Valencia, 1989.
- CLAVERO, Bartolomé, *Institución histórica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- Colección de decretos y órdenes del Segundo Congreso constitucional del Estado libre y soberano de Querétaro, desde 15 de agosto de 1827 hasta 8 del propio mes del año de 1829*, México, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1832.

- Colección de órdenes y decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa y Soberanos congresos generales de la nación mexicana*, t. II, 2ª ed., México, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1829.
- CUTTER, Charles R., *Libro de los principales rudimentos tocante a todos juicios, criminal, civil y ejecutivo, año de 1764*, México, UNAM, 1994.
- DÍAZ RAMÍREZ, Fernando, *Historia de la enseñanza del Derecho en Querétaro*, Querétaro, Gobierno del Estado, 1974.
- DOMINGO, Rafael (ed.), *Juristas universales*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed art*, vol. VI, Instituto della Enciclopedia Italiana, fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1949.
- FILANGIERI, Cayetano, *Ciencia de la legislación escrita en italiano por el caballero Cayetano Filangieri, traducida al castellano*, t. I, Madrid, Imprenta de Ibarra, 1813.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Enrique, *La Universidad de México durante los siglos XVI y XVII*, México, UNAM-Centro de Estudios sobre la Universidad, 1985.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 6ª ed., Barcelona, Ariel, 1979.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, Juan Ricardo, *El primer ejercicio federalista en Querétaro, 1824-1835*, Querétaro, Gobierno del Estado, 2001.
- \_\_\_\_\_, *El sistema judicial en Querétaro, 1531-1872*, México, UAQ-Miguel Ángel Porrúa, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Formación y discurso de los juristas. Estudios y exámenes recepcionales de los abogados en Querétaro en el siglo XIX*, México, Miguel Ángel Porrúa-UAQ, 2008.
- MARGADANT, Guillermo F., *El Derecho romano como afición*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1959.
- \_\_\_\_\_, *Panorama de la Historia universal del Derecho*, México, UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 1996.
- MARICHAL, Carlos, "La Iglesia y la Corona: la bancarrota del gobierno de Carlos IV y la consolidación de vales reales en la Nueva España", en Ma. del Pilar Martínez López-Cano (coord.), *Iglesia, Estado y Economía, Siglos XVI al XIX*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 1995.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1956.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio, “Los abogados americanos de la monarquía española”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XV, México, UNAM, 2005.

PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Curso de Historia del Derecho español*, vol. I, parte general, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.

PORTILLO VALADEZ, José Antonio, *La cátedra de derecho canónico y civil*, UANL, Nuevo León, 2002.

TANCK DE ESTRADA, Dorothy, “La Colonia”, en FRANCISCO ARCE GURZA *et al*, *Historia de las profesiones en México*, El Colegio de México, 1982.

TAVERA ALFARO, Xavier, *Las primeras cátedras de Derecho en Michoacán*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 1998.

VARGAS VALENCIA, Aurelia, *Las Instituciones de Justiniano en Nueva España*, México, UNAM, 2001.

*Vinnius castigatus atque ad usum tironum Hispanorum accommodatus in quorum gratiam Hispanae leges opportunioribus locis traduntur tomus primus duos priores Imperialium Institutionum libros continens opera Ioannis Sala presbyteri in Valentiana metropolitana praepositi, editio secunda, priore correctior tribus appendicibus ed pluribus notis iuris Hispani aucta, Valentiae Edetanorum, ex praelo Iosephi ed Thomae de Orga, MDCCLXXXVI, Permissu regii supremi Castellae Senatus.*

# ÍNDICE

Prólogo .....	7
Nota introductoria .....	9
<i>Corpus</i> facsimilar	
<i>Instituciones</i> , de Vinnio .....	41
<i>Instituciones</i> , de Álvarez .....	105
<i>Derecho Eclesiástico</i> , de Berardi .....	171
<i>Ciencia de la Legislación</i> , de Filangieri .....	227
Apéndice	
Decreto .....	295
Bibliografía .....	297

*Los primeros libros de la Facultad de Leyes.*  
*Colegios de San Ignacio y San Francisco Javier de Querétaro, 1827*  
se terminó en la ciudad de Santiago de Querétaro  
el 3 de abril de 2009.  
La edición estuvo al cuidado de  
Juan Ricardo Jiménez Gómez  
y Viterbo Editorial.  
El tiraje consta de 2,000 ejemplares.