

LOS CENSOS ENTRE EL DERECHO REAL Y EL DERECHO DE CRÉDITO: ¿UN SIMPLE PROBLEMA DEFINITORIO? UNA REFLEXIÓN DEL MAGISTRADO INDIANO DIEGO IBÁÑEZ DE FARÍA¹

Andrea LANDI*

SUMARIO: 1. *La situación jurídica naciente del contrato de censo.* 2. *Un magistrado indiano comentarista de Covarrubias.* 3. *La autonomía de Ibáñez de Covarrubias.* 4. *Bibliografía de Diego Ibáñez de Faría.*

RESUMEN: La doctrina había discutido largamente si configurar contrato de censo real como una hipoteca, o encuadrarla en el ámbito de la servidumbre: pero en ambos casos la solución no satisfacía completamente a los intérpretes. Diego Covarrubias y Leyva, había sido uno de los partidarios más fuertes no sólo de la legalidad del censo personal, sino también, de una opinión bastante singular en mérito propio a la situación jurídica derivada del contrato de censo. Diego Ibáñez de Faría, realizó comentarios articulados de las *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutiones e alle Practicae quaestiones* de Covarrubias, comenzando a entregarlos a la prensa en el 1659, lo cuales son testimonios válidos sobre el pensamiento jurídico de la España del seiscientos, y por lo tanto tienen un cuadro puntual de muchas de las cuestiones que se abordan en la doctrina de la era moderna, después de las grandes transformaciones sociales consecuencia del nacimiento de los estados nacionales y del descubrimiento de América.

Palabras Clave: Censos, Derecho Real, Derecho de Crédito.

¹ Traducción de Eber Betanzos.

* Universidad de Pisa.

1. LA SITUACIÓN JURÍDICA NACIENTE DEL CONTRATO DE CENSO

Una cuestión particularmente discutida por la *scientia iuris* de la edad moderna fue aquella de la definición de la situación jurídica naciente del contrato de censo real.

En realidad, dicho contrato, mediante el cual un sujeto constituía a perpetuidad una renta sobre un bien inmueble de su propiedad, contra el pago de una suma de dinero de parte de quien habrá después de percibir la misma anualidad, había sido reconocido como legal en algunas intervenciones dirimidas por los pontífices (la primera de todas las decretales *Regimini* de Martino V y Callisto III —respectivamente del 1425 y del 1455— y después, definitivamente, con la bula *Cum Onus* de Pio V en el 1569, la cual fue seguida al año siguiente por el breve explicativo *Etsi Apostolica Sedes*)² las cuales habían excluido la existencia del *peccatum usurae*, que por el contrario, de conformidad con gran parte de los intérpretes, existía con referencia al censo personal, en donde la renta era constituída siempre detrás del pago correspondiente, pero no anclada a un bien específico.

La cuestión anterior no era ciertamente de mera clasificación: de la correcta individualización del derecho naciente, para el comprador del censo descendía, de hecho, la admisión de una serie de herramientas procesales para la tutela de su derecho, para requerir la prestación censística, las cuales variaban sensiblemente, de acuerdo a la decisión definitiva efectuada.

Así, la doctrina había discutido largamente si configurar tal situación jurídica como una hipoteca, o encuadrarla en el ámbito de las servidumbres: pero en ambos casos, la solución no satisfacía completamente a los intérpretes.

No es la primera, porque la situación real que nacía del contrato era algo más que una mera hipoteca, por su naturaleza puramente accesorio de una obligación principal, mientras en el contrato de censo real, el vínculo sobre la cosa era tan importante que, en el caso de la pérdida del bien censístico, se extinguiría también el censo.

No es la segunda, porque no era posible incluir esta situación jurídica, sino a costa de considerables esfuerzos, en el esquema de las servidumbres perso-

² Para un análisis de esta normativa se reenvía a A. LANDI, *Ad evitandas usuras. Ricerche sul contratto di censo nell'Usus modernus Pandectarum*, Roma, Fondazione Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 2004, pp. 19-24 y al muy recién I. SOFFIETTI-C. MONTANARI, *I censi, le rendite e l'usura nella legislazione e nella dottrina (secoli XV-XIX)*, in *La Compagnia di San Paolo 1563-2013*, I, 1563-1852, a cura di W. Barberis con A. Cantaluppi, Torino, Einaudi, 2013, pp. 107-131.

nales, ni en aquel de las servidumbres reales, considerando que la prestación censística era, como se ha dicho "*debita a re personae*".³

Con respecto a esta cuestión, Diego Covarrubias y Leyva (1512-1577)⁴ había sido uno de los partidarios más fuertes, no sólo de la licitud del censo personal, sino también, de una opinión bastante singular en mérito propio a la situación jurídica derivada del contrato de censo.⁵

Según el "Bartolo español", aquella de pagar el censo era en primer lugar una obligación personal, sobre la cual la indicación eventual de la cosa se hacía para una sodisfacción mas segura y mejor (*pro certiori, et saniori solutione*) por lo que accede a la obligación a título de prenda y de hipoteca (*iure pignoris, et hypothecae*).⁶

La naturaleza de la obligación principal significaba que, también en el caso de que la cosa objeto de la hipoteca hubiese perido, la obligación de pagar la renta seguía existiendo.

Además, Covarrubias había concluido que la hipoteca que acompaña a los ingresos anuales, no sigue las reglas comunes (*non omnino sequitur leges aliorum pignorum, et hypothecarum*); ésta, de hecho, es más fuerte que las demás, causando para el poseedor del bien, acordado por la acción hipotecaria la imposibilidad de pedir en vía de excepción la excusión preventiva del deudor principal, como ocurre en otras hipotecas.

Y esto era verdad, en su opinión, también para los censos reales, donde la acción hipotecaria debía considerarse como principal (*actio hypothecaria principalis censerit debet*).⁷

³ Cfr. LANDI, *Ad evitandas usuras*, op. cit., pp. 24-49; en particular para el uso por parte de la doctrina, de la expresión dada en el texto, p. 30.

⁴ Detalles esenciales de la vida y bibliografía de Covarrubias, Obispo de Segovia, Presidente del Supremo Consejo de Castilla y padre conciliar del Concilio de Trento, en la voz de J. Alvarado, en *Diccionario crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos (Hispánicos, Brasileños, Quebequenses y restantes francófonos)*, ed. M. J. Peláez, I, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga y otras, 2005, pp. 255-257, con bibliografía ulterior.

⁵ Lo hemos tratado difusamente en A. LANDI, *Tra censi e usure. Aspetti del pensiero giuridico europeo d'età moderna*, en *La Compagnia di San Paolo 1563-2013*, op. cit., pp. 92-95.

⁶ D. COVARRUBIAS Y LEYVA, *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutiones*, L. 3, cap. 7, in Id., *Omnia opera*, I, Augustae Taurinorum, Apud. Ioan. Dominicum Tarinum, 1594, pp. 347-352; la mención a p. 350, n. 5, al final.

⁷ *Ibidem*, p. 351, n. 6. En verdad esta última expresión, que además resume bien el pensamiento de Covarrubias, es una añadida infratextual no imputable al autor que aparece en la edición de Turín citada, pero no está presente en las anteriores (por ejemplo en la de Lyon, Apud Sebastianum Barptolomaei Honorati, 1557, p. 318); esta se basa sobre una decisión del Senado de Burdeos, reportada en la colección de Nicolas Bohier, *Decisiones aureae*, II, Lugduni, Apud Antonium Vincentium, 1558, dec. 295, p. 202, n. 17.

En definitiva se trataba de una hipoteca especial por el hecho que era más fuerte que la simple hipoteca, no siguiendo las reglas de esta última.

De hecho, para la hipoteca naciente del censo nunca habría sido aplicada, la *l. 2 C. De pignoribus* (C. 8.13 [14].2),⁸ la cual, de hecho, preveía a favor del poseedor del bien hipotecado el *beneficium excussionis*, a saber la obligación para el acreedor, que actuaba en juicio de intentar la acción contra el deudor principal antes y sólo posteriormente contra el poseedor del bien hipotecado.

Una opinión que él había expresado fundándose en la autoridad de Guy Pape († 1477) y de Barthélemy de Chasseneuz (1480-1541): el primero, argumentando desde la disciplina de los censos públicos, había observado que, por analogía, también los censos privados debían tener el mismo tratamiento,⁹ por lo que, los comentaristas de sus decisiones habían tenido la posibilidad de señalar que en el caso de la enfiteusis, el feudo, el censo y “*generaliter*” en cada bien sobre el cual fuera constituida una renta, la cosa sobre la cual tal renta era constituida, venía retenida a modo de prenda (*res illa, super qua reditus est assignatus, pignori obligata censetur*);¹⁰ el segundo, en cambio, aunque hubiese que el rendimiento anual de un bien pudiese configurarse como una servidumbre, negando que del contrato surgiese, por derecho romano, un *ius in re*, oponible aún al sucesor a título particular del propio bien, había notado, sin embargo, que de acuerdo a la costumbre de la Borgoña, si una cosa está ligada para sacar de ella un ingreso, como comúnmente se hace, se crea un derecho real que sigue la cosa en cualquier poseedor de ella; y esto es conforme con la justicia y el derecho (*de consuetudine et usu Bur*

⁸ “*Imperatores Severus et Antoninus AA. Lucio. Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictione tamen temperanda est. Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex isdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit*” (Aunque conste que tu adversario recibió en prenda especialmente algunos bienes y en general todos, y que sobre todos tiene igual derecho, se ha de moderar, sin embargo la jurisdicción. Y por lo tanto, si es cierto que él puede recuperar toda la deuda con los que nominalmente fueron obligados en prenda, el presidente mandará que mientras tanto no se te quiten los que de los mismos bienes recibiste después en prenda [trad. Del Corral]).

⁹ G. PAPE, *Decisiones*, Lugduni, Ex officina Q. Hug. a Porta, Sumptibus Ioan. De Gabiano, 1607, quaestio 42, p. 84, en donde el autor subrayaba, precisamente, que “*eadem est ratio in utroque casu: ergo idem ius statui debet*”. Sobre el célebre jurista del Delfinado, *cfr.* también G. GIORDANENGO, v. Pape (Papa ou Pape) Gui, en *Dictionnaire historique des juristes français* (XIIe-XXe siècle), publicada bajo la dirección de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris, PUF, 2007, pp. 606-607.

¹⁰ J. FERRER (Iacobus Ferrerius), *Additio ad quaestionem* 42, in G. PAPE, *Decisiones*, *op. cit.*, p. 85.

gundiae, si sit certa res assignata sive obligata pro reditu, ut communiter fit, creat ius in re, et adhaeret rei, adeo quod sequitur rem et fundi possessorem, quod est aequum et iuridicum).¹¹

Ni habían faltado quienes habían seguido estas tesis del obispo de Segovia, sobre todo en consideración del particular régimen jurídico de España, en relación con el censo, consecuencia de la no publicación en aquel reino de la *bolla piñana*.

Pero había algunos, en España y sus dominios, que no se habían conformado a ésta, si bien eminente, opinión, entre ellos Diego Ibañez de Faria.

2. UN MAGISTRADO INDIANO COMENTADOR DE COVARRUBIAS

Son escasos los datos biográficos sobre Diego Ibañez de Faria:¹² originario de Cádiz, la fecha de su nacimiento es desconocida.

Sin embargo, sabemos que el 20 de julio de 1667 fue nombrado fiscal de la Audiencia Pretoral de Buenos Aires¹³ (fundada unos años antes), a donde llegó el 8 de octubre 1669. Cerrada el 31 de diciembre 1671, la Audiencia de Buenos Aires, Ibañez fue pronto encargado por el Consejo de Indias para ejercer el juicio de residencia¹⁴ en contra el Gobernador de Tucumán, Don Ángel de Peredo; después de lo cual el 9 de agosto de 1674, fue nombrado Fiscal de la Audiencia de Guatemala, de la que fue oidor el 8 de junio de 1680, hasta el 1686, el año de su jubilación (con el consiguiente retorno a España) y de su muerte.

¹¹ B. de CHASSENEUZ, *Consuetudines Ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae*, Francofurti, Ex Officina Martini Lechleri, Impensis Sigismundi Feyrabend, 1590, Rub. 11, § 6, gl. Contre l'assignal, c. 1339, n. 2. Sull'autore *cfr.* La voz de C. DUGAS DE LA BOISSONNY, *Dictionnaire historique, op. cit.*, pp. 183-184.

¹² Obtenidos de V. O. Cutolo, *El fiscal de la primera Audiencia de Buenos Aires, Diego Ibañez de Faria y sus famosos comentarios a Covarrubias*, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad de Buenos Aires”, Año X n. 42 (1955), pp. 171-179 y de A. Levaggi, “Escritos de Diego Ibañez de Faria como fiscal de la primera Audiencia de Buenos Aires”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, No. 26 (1980-1981), pp. 185-189; véase también J. CANO, IBÁÑEZ DE FARIA, *Diccionario crítico, op. cit.*, pp. 421-422.

¹³ Sobre los varios tipos de audiencias, *cfr.* F. DE ICAZA DUFOUR, *Plus ultra. La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*, México, Ed. Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2008, pp. 289-293, que también contiene la definición eficaz de Solórzano, según la cual ellas son “castillos zagueros, donde se guarda la justicia, se defiende a los pobres y se dá a cada quien lo suyo” (p. 289).

¹⁴ Sobre esta tipología de inspección judicial, *cfr.* el recién F. DE ICAZA DUFOUR-J. P. SALAZAR ANDREU, “Control y responsabilidad de los oficiales reales en Indias”, en *Estudios sobre la Responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 77-83.

Desde el punto de vista científico, su destino está ligado indisolublemente al de Diego Covarrubias,¹⁵ porque sus obras consisten en comentarios articulados a las *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutiones* y las *Practicae quaestiones* de este autor, que él —para usar las palabras del bibliófilo Nicolás Antonio—¹⁶ “*curiose ac docte*” comenzó a darlas a la prensa en el 1659.

Se trata de verdaderas y propias *summae* —en el sentido medieval del término (comentarios ampliados)— a las dos obras del obispo de Segovia, que habían visto la luz, respectivamente, en 1552 y en 1556: de hecho, siguiendo paso a paso la tratación y manteniendo inalterada la estructura expositiva, ellas contienen párrafo por párrafo las anotaciones de Ibáñez a lo sostenido por Covarrubias.

El primero en ser publicado fueron las *Additiones* al primer libro de *Variae Resolutiones*, que fueron seguidos, el año siguiente, por aquellas al libro segundo; adiciones que se reunieron en una sola edición comenzando de la edición lionesa de 1676.

Después de la muerte de Ibáñez se publicaron —por primera vez en Lyon en 1688— las nuevas adiciones a las *Variae Resolutiones* (que se refieren a los libros restantes en que se divide el trabajo del “Bartolo español”, es decir, el tercero, el cuarto y quinto) y, junto con ellas, las observaciones sobre las *Quaestiones Practicae*.

A propósito de estas obras, se debe precisar que, la historiografía a veces cayó en diversos errores y omisiones: así si alguien ha tergiversado la información de Antonio, imputándole un error que en realidad absolutamente no había cometido,¹⁷ recientemente, hay incluso aquellos que han dejado de lado, en el listado de las obras de Ibáñez, sus comentarios sobre *Quaestiones*

¹⁵ Ya lo señalaba LEVENE, *Escritos de Diego Ibáñez, op. cit.*, p. 185, según el cual, ya con la primera edición de su obra, el jurista de Cádiz ligaba “indisolublemente su nombre al del celeberrimo Bartolo español”.

¹⁶ N. ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno 1500 ad 1684 florere notitia*, I, Matriti, Apud Joachimum De Ibarra, 1783 [rist. an. Torino, Bottega d’Erasmus, 1963], p. 324.

¹⁷ CUTOLO, *El fiscal de la primera Audiencia, op. cit.*, p. 180, habla de “un error de tan distinguido bibliófilo,” que habría indicado una nueva edición de las *Additiones*; en realidad la indicación de Antonio se limita a señalar que la obra se compone de dos tomos de los cuales el “alterum”, es decir el segundo, fue impreso en Madrid en el 1660; afirmación del todo exacta. Sin embargo, desde las fechas de las ediciones de las obras de Ibáñez proporcionadas por Cutolo, tenemos la impresión de que *Additiones* y *Novae additiones* se han considerado, erróneamente, la misma obra.

Practicae, probablemente por causa de su complicado título que pudo inducir a un error al lector apresurado;¹⁸ como, de otra parte, no faltan errores en la indicación de las ediciones a los cuales se ha podido poner remedio aquí, gracias a las herramientas informáticas modernas.¹⁹

Pero más allá de estas consideraciones, que, sin embargo, por sí solas podrían justificar la necesidad de un nuevo estudio sobre Ibáñez, creemos que el aspecto más importante de las obras de este autor está en su contenido: que de hecho representan testimonios válidos sobre el pensamiento jurídico de la España del seiscientos, y por lo tanto nos permiten tener un cuadro puntual de muchas de las cuestiones que se abordan en la doctrina de la era moderna, después de las grandes transformaciones sociales consecuencia del nacimiento de los estados nacionales y del descubrimiento de América.²⁰

Por otro lado —por así decirlo—, “de entre los pliegues de los volúmenes”, es decir, de la información en las portadas de ellos se desprende también la importancia que estas obras han representado para el propio autor, habiendo constituido verdaderos y propios títulos justificativos, para acceder a la carrera judicial: así, si en las de 1659 y 1660 el viene indicado simplemente como *licentiatus, utriusque iuris peritus et Regii Senatus advocatus* y en la de 1676 como *utriusque iuris peritus et Regii Senatus Supremorumque Tribunalium in Hispana Curia Advocatus*, en todas las demás se presenta con

¹⁸ Estos comentarios no son mencionados en la voz de J. CANO, *Diccionario crítico, op. cit.*, pp. 421-422, así como por J. BARRIENTOS GRANDON, *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, UNAM, 1993, pp. 98-99 y A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, 1994, p. 266. El título sugiere —pero es, como hemos dicho, un error— que se trate de una obra de COVARRUBIAS, *D. D. Didacus Covarrubias a Leiva toletanus... Enucleatus et auctus practiciis in quaestionibus per D. Didacum Ybáñez de Faría gaditanum*.

¹⁹ Cfr. A. GARCÍA-GALLO, “La Ciencia Jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, en “Anuario de historia del derecho español”, Año XLIV (1974), p. 196, que recuerda sólo algunas ediciones de las *Additiones*; B. BRAVO LIRA, “El Derecho Común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica”, en *Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, Anno XV (1988), p. 10, nt. 54-55, con la indicación de algunas ediciones tanto de las *Additiones* como de las *Novae additiones*; Id., *El derecho indiano y sus raíces europeas. Derecho común y propio en Castilla*, en “Anuario de historia del derecho español”, Año LVIII (1988), p. 41, nt. 84, que menciona sólo algunas ediciones de las *Additiones*.

²⁰ De hecho se sabe que “la cultura jurídica que hubo en Indias durante la dominación española fue, sin duda, muy alta”, como es demostrado por las bibliotecas antiguas presentes en toda América Latina en donde “se halla lo mejor de la producción intelectual desde el *mos italicus* hasta los autores de mayor avanzada que pueden encontrarse en el siglo XVIII” (así DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual, op. cit.*, p. 264). Debe por tanto seguirse la sugerencia de M. Bellomo, *Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?*, ahora en Id., *Il doppio Medioevo*, Roma, Viella, 2011, pp. 167-177.

los títulos más ennoblecedores *De Regii Fiscii patronus* en la Audiencia de Buenos Aires y en *Goatamalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscriptus*.

Huellas, en conclusión, que marcan en la posteridad su ascenso en las filas del poder judicial indiano.

3. LA AUTONOMÍA DE IBÁÑEZ RESPECTO DE COVARRUBIAS

Es conocido que el género literario de las "Adiciones" evidencia, desde el título, una suerte de cansancio científico del autor, el cual parece renunciar a cada originalidad, para encontrar refugio en la *auctoritas* del texto comentado.²¹

Con Ibáñez no tenemos nada de esto, al menos en cuanto a la discusión sobre la situación jurídica derivada del contrato de censo.²²

Él, de hecho, retomando las filas de estas discusiones doctrinales, enumera una serie de autores que fueron colocados en la línea de pensamiento de Covarrubias y, sucesivamente, otros que habían preferido la clasificación del contrato dentro de la servidumbre, no aceptando una opinión específica, pero mostrando una especie de insatisfacción con respecto a las diversas tesis presentadas.

Entre los seguidores del obispo de Segovia, menciona a los españoles Juan Gutiérrez (ca. 1535-1618) y Pedro Diez Noguerol († 1640) —con sus trabajos eminentemente prácticos— junto con Luis Velásquez de Avendaño y Feliciano de Solís —con sus valiosos tratados sobre los censos—;²³ y a estos se añaden dos autoridades del *mos italicus*, Ludovico Cenci y Mercuriale Merlini.

Y si Cenci, el experto más prestigioso en materia censística, había insistido en el hecho de que no se puede dudar que con la imposición del censo se contrata una hipoteca sobre el fundo gravado (*non potest dubitari quin per impositionem Censuum contrahatur hypotheca super fundo subiugato*), la cual tiene mayor fuerza que la ordinaria, por el hecho de que de ella surgen efectos de mayor importancia que de la hipoteca simple no nacen (*abet maiorem vim efficaciam, ac potestatem, quam habeat simplex, et ordinaria hypotheca*;

²¹ En este sentido, *cfr.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 317.

²² D. IBÁÑEZ DE FARÍA, *Novae additiones, observationes et notae ad libros Variarum Resolutionum Illustrissimae ac Reverendissimae D. Didaci Covarrubias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Torunes, 1762, Ad lib. 3, cap. 7, p. 72, nn. 42-47.

²³ Hemos tomado en consideración el pensamiento de estos autores —con la excepción de Noguerol, sobre el cual véase, nt. 33— en LANDI, *Tra censu e usure*, *op. cit.*, pp. 97-100.

ex eo quod nascuntur ex ea effectus plurimi maximi ponderis, et momenti, quae ex simplici hypotheca non oriuntur),²⁴ Merlini, independientemente de la mayor o menor eficacia de esta hipoteca, había afirmado que la *actio hypothecaria* compete de todos modos al acreedor del censo.²⁵

Mientras, entre los opositores de Covarrubias, Ibáñez recuerda, en el ámbito teológico, al belga Leonardo Lessius (1554-1623)²⁶ y en el ámbito jurídico, al portugués Álvaro Valasco (Vaz).²⁷

Sobre todo el teólogo jesuita, libre de excesivo formalismo, había cuestionado las tesis de Covarrubias, con base en el hecho de que el censo verdadero no es más que un derecho de percibir los frutos o una renta de una cosa fructífera de otra persona, similar, de hecho, a una servidumbre que grava sobre el fundo ajeno, como aquella de atravesar un fondo, practicar la caza o la pesca, la recolección de bellotas, etc, de modo que la cosa no se dice hipotecada para garantizar ese derecho, ya que si la cosa perece, cesa también el derecho a percibir dicha renta; y si la cosa gravada pasa a otro propietario, el antiguo propietario quedará igualmente liberado del cumplimiento de sus obligaciones (*census realis nihil est aliud, quam ius percipiendi fructum vel pensionem ex re fructifera alterius; unde se habet sicut ius servitutis, quod quis habet in re alterius v. g. ius eundi per praedium alterius, venandi, piscandi, colligendi glandes et similia: ratione cuius iuris res non dicitur hypothecata pro illo iure, si enim res pereat, perit ius: si ad alium transferatur, prior dominus omni obligatione solvitur*); eventos que al contrario no se verifican cuando un bien está sujeto a una hipoteca. Si se afirmase que la cosa sujeta al censo es hipotecada, esto sería, en opinión de Lessius, reconocer que todos los censos tienen naturaleza personal.²⁸

²⁴ L. CENCI, *Tractatus de censibus*, Venetiis, Apud Gervasium Anesium, 1629, pars 1, cap. 2, quaestio 3, art. 1, p. 42, nn. 5-7. Sobre este autor y su tratado, cuya primera edición es de 1621, *cfr.* A. LANDI, v. Cenci Ludovico, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, dirigido por I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 505-506.

²⁵ *Cfr.* M. MERLINI, *De pignoribus et hypothecis tractatus absolutissimus*, Genevae, Ex typographia Petri Chouët, 1651, quaestio 93, p. 197, n. 4). Sobre Merlini (1597-1657), jurista activo en la Romagna Gran Ducal, más allá de pocas notas celebrativas de G. V. MARCHESI, *Vitae virorum illustrium forlivesium*, Forolivi, Ex Typographia Pauli Silvae, 1726, pp. 185-186, véase G. ROSETTI, *Vite degli uomini illustri forlivesi*, Forlì, Tipografia di Matteo Casali, 1858, pp. 321-330.

²⁶ Sobre el cual *cfr.* AUG. ALOYS DE BACKER, *Bibliothèque de la Compagnie de Jésus*, Nouvelle édition par C. Sommervogel, IV, Bruxelles-Paris, Schepens-Picard, 1893 (rist. an. Louvain, Editions de la Bibliothèque du Collège philosophique et théologique de la Compagnie de Jésus, 1960), v. *Lessius, Leys, Léonard*, cc. 1726-1751.

²⁷ Sobre este autor del siglo XVI *cfr.* las breves anotaciones de ANTONIO, *Bibliotheca*, I, *op. cit.*, p. 62, que contiene poco más que la lista de obras.

²⁸ *Cfr.* L. LESSIUS, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Venetiis, Apud Bernardum Iuntam, Io. Bapt. Ciott. et Socios, 1608, L. 2, cap. 22, dub. 5, p. 276, n. 35

Valasco, por su parte, había precisado que el censo real se configuraba como una especie de derecho y carga constituidos sobre un fondo (*ius quoddam super praedio constitutum atque onus sibi impositum*), que en sustancia se traducía, de hecho, en un especie de servidumbre.²⁹

En definitiva, según Ibáñez, sólo se podía asemejar, en una cierta medida, el censo a una hipoteca “irregularis”, teniendo en cuenta que este derecho de censo no tiene un su propio *nomen*.³⁰

Se trata, en suma, de una situación real, cuya realidad asume límites no bien definidos, esto porque integra un caso que no se ajusta perfectamente a ninguna de las categorías de origen romanístico.

Como observa, en un lugar mencionado por Ibáñez, el jesuita Luis de Molina —partidario de la identificación del censo con la servidumbre—,³¹ el contrato de censo había sido ignorado por el *Digesto* y por el *Código* y así también la situación jurídica de ello originada, que él llama cuasi-servidumbre (*agnitus non fuit iure civili Digestorum, aut Codicis: ita mirum non est de hac quasi servitute mentionem iure civili factam non fuisse*). Sin embargo, por aproximación, se puede decir que la venta de un censo real no es otra cosa que la venta de una parte del fundo sobre el cual se ha constituido (*editio census mere realis non aliud est, quam venditio partis iuris praedii, in quo collocatur*); de modo que, si la cosa perece, también perece el derecho real sobre ella (*pereunte autem re, perit pars iuris in ea*) de acuerdo, precisamente, con los principios relativos a la servidumbre.³²

Por otra parte, el hecho de que fuese un nudo definitorio de difícil solución es demostrado por la confusión que un comentarista docto de la *Recopilación* castellana —Alfonso de Acevedo— encontrará, uniendo a Valasco y Covarrubias, en cuanto partidarios de una no bien especificada realidad del censo, aunque uno hubiese recurrido al esquema de la servidumbre y el otro al esquema opuesto de la hipoteca.³³

²⁹ A. VALASCO (Vaz), *Tractatus iuris emphyteutici absolutissimus*, Francofurti ad Moenum, sumptibus Rulandiorum, Typis haeredum Ioannis Bringeri, 1618, quaestio 32, pp. 525-526, n. 13-14.

³⁰ IBÁÑEZ DE FARÍA, *Novae additiones*, op. cit., p. 72, n. 43.

³¹ Siguiendo a VALASCO, L. DE MOLINA, *Disputationes de censibus desumptae ex eius Tractatus de contractibus*, en appendice a *Decisiones Sacrae Rotae Romanae in corpore Tractatus de censibus D. Ludovicii Cencii*, Venetiis, Apud Gervasium Anesium, 1629, disp. 383, p. 303, n. 8, había afirmado, de hecho, que el censo real “habet se instar servitutis praedio affixae, in quo census est collocatus”. Sobre el autor cfr. M. Galán Lorda, v. *Molina, Luis de (1535-1600)*, en *Diccionario crítico*, op. cit., II, 2006, pp. 145-148.

³² *Ibidem*, p. 303, n. 8, en medio.

³³ A. de Acevedo, *Commentaria iuris civilis in Hispaniae Regias constitutiones*, III, Salmanticae, Excudebat Petrus Lassus, 1597, lib. 5, tit. 15, lex 1 = lex 68 Tauri, fo. 342 va, n. 8; en lo que respecta a las disposiciones de esta Ley — que preveía la posibilidad de la colocación en el contrato de censo de la cláusula del pacto comisorio para el caso de incumplimiento reiterado por parte del deudor— afirma:

En verdad, el problema de fondo de esta discusión —como es fácil intuir— es el de los cargos reales, figuras híbridas que se encuentran entre los derechos de crédito y los derechos reales, los cuales serán ocasión de muchos problemas de definición en el momento de las codificaciones civilísticas del siglo XIX.

Se entiende entonces la causa de las dudas que se encuentran en la doctrina. Por otro lado, —es da observar en conclusión—, más que las definiciones, las cualidades relevantes a los ojos de los juristas de entonces eran el desarrollo de la situación jurídica en su devenir y la protección procesal otorgada.

En cuanto al primer aspecto, su consecuencia es que la pérdida del bien llegava consigo la extinción del censo: seguramente para los censos estipulados según los dictados de la bula de Pio quinto, en modo más discutido para los demás censos que no seguían sus disposiciones.

En cuanto al segundo aspecto, se había formado la *communis opinio* que reconocía al acreedor el derecho de utilizar la *actio hypothecaria* en contra del poseedor del bien gravado, como “*via recta*” para conseguir la satisfacción de su pretensión.³⁴

Escogiendo ahora una especie de vía intermedia, Ibáñez muestra en su trabajo el estar atento a las circunstancias concretas, dejando —por así decirlo— en segundo lugar a la dogmática jurídica.

Y todo esto viene hecho con un solo propósito: dar prioridad a la justicia, asegurando así, en esta materia plena de peligros para el alma, la *seguridad de conciencia* de los contratantes.³⁵

“*Hic etiam probatur, census constitui non posse super persona sed super haereditate et bonis immobilibus... Et per consequens census super tali re constitutus est ei affixus, et est onus reale secundum Valascum... et Covarrubiam*”. Tomás y Valiente, *Manual*, op. cit., p. 313, considera este comentario, que vio la luz entre el 1583 y el 1598, “el más importante y completo” sobre la *Nueva Recopilación* del 1567.

³⁴ En estos términos P. DIEZ NOGUEROL, *Allegationes iuris*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1664, alleg. 2, p. 20, n. 111. Además uno de los mejores autores de “prácticas”, el catedrático salamanqués Gonzalo Suárez de Paz, aunque distinguía oportunamente la hipoteca de la prenda —términos que, por el contrario, se utilizaban promiscuamente por los juristas prácticos— en sustancia alegó que la realidad de la situación jurídica derivada del contrato de censo estaba sólo en remedio de la *actio Serviana* (o *hypothecaria*, si se prefiere); cfr. G. Suárez de Paz, *Praxis ecclesiastica et saecularis*, III, Matriti, Apud Joachim Ibarra, 1760, cap. 2, § 4, pp. 26-30. El juicio positivo apenas enunciado es expreso por Tomás y Valiente, *Manual*, op. cit., p. 316.

³⁵ Iluminantes, a este respecto, son las palabras con las que recomienda a todos — como, en verdad, ya había hecho Covarrubias, *Variae Resolutiones*, op. cit., p. 351, n. 6, véase al final (“*Tametsi pium, ac Christianum lectorem admonitum esse velim, ut omnino ab hoc contractu absteat, ne fortassis eius occasione pareat in Republica Christiana amplior usuris locus*”) — de abstenerse de los censos personales, independientemente de su declarada o no licitud: “*Nos sane D. Covar. consilium amplexi, vel propter maiorem cautionem, vel propter conscientiae securitatem ab huiusmodi contractibus abstinemus, census in rebus immobilibus, aut quae pro immobilibus habentur, constituentes*” (Ibáñez, *Novae Additiones*, op. cit., p. 71, n. 57).

En resumen, Ibáñez parece recordarnos que el derecho, de acuerdo con la advertencia del antiguo jurista, es constituido de verdad y siempre en función del hombre.³⁶

4. BIBLIOGRAFÍA DE DIEGO IBÁÑEZ DE FARÍA

*Additiones*³⁷

Additiones, enucleationes, et notae ad librum primum Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilij Castellae Praesidis. Authore licentiatu D. DIDACO IBAÑEZ DE FARIA V. I. P. et Regij Senatus Advocato, Matriti, In Typographia, et ex expensis Dominici Garcia Morrás, 1659.

Enucleationes, additiones atque notae ad librum secundum Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilij Castellae Praesidis. Authore licentiatu D. DIDACO IBAÑEZ DE FARIA... Matriti, In typographia Andreae Garcia de la Iglesia, 1660.

D. DIDACI YBAÑEZ DE FARIA, U.I.P. et Regij Senatus Supremorumque Tribunalium in Hispana Curia Advocati, *Additiones, observationes et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis*, Nunc primum typis lugdunensibus longa quam antea elegantioribus, in lucem prodeunt, Lugduni, Sumpt. Joannis Antonii Huguetan, et Soc., 1676.

Additiones, observationes, et notae ad libros [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* —editio tertia— Lugduni, Sumptibus Joannis Posuel, 1701.

³⁶ D. 1.5.2: "Hermogenianus, *Libro primo iuris epitomarum*. Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit..."

³⁷ En las páginas siguientes se da cuenta de las ediciones verificadas personalmente de la obra de Diego Ibáñez de Faría, advirtiendo que GARCÍA GALLO, *La Ciencia Jurídica en la formación del derecho hispanoamericano*, op. cit., p. 196, indica una edición lionesa de las *Additiones* del 1687, cuya indicación es seguida por BRAVO LIRA, *El Derecho Común en ultramar. Autores y obras jurídicas*, op. cit., p. 10, la cual no la hemos encontrada.

Additiones, observationes, et notae ad libros [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* —editio quarta— Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaeli Bousquet et sociorum, 1726.

Additiones, observationes, et notae ad libros [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* — editio quinta — Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum Detournes, 1728.

Additiones, observationes, et notae ad libros [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.

Novae Additiones

D. DIDACI YBAÑEZ DE FARIA I. V. P. Gaditani, Caroli II Hispaniarum Indiarumque Regis Catholici a Consiliis, In Cancellaria de Buenos Aires Fiscii Regii Patroni, et in Goatemalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscripti, *Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Lugduni, Sumpt. Petri Borde, Joan. Et Petri Arnaud, 1688.

Novae additiones, observationes et notae ad libros [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum, 1726.

Novae additiones, observationes et notae ad libros [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1728.

Novae additiones, observationes et notae ad libros [en realidad a partir del libro tercero] Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.

Sulle Practicae Quaestiones

- D. D. Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses; enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA Gaditanum, Praepotentis Monarchae Caroli II Hispaniarum Indiarumque Regis Catholici a Consiliis, in Cancellaria de Buenos Aires Regii Fiscii Patronum, et in Goatemalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscriptum, Lugduni, Sumptibus P. Borde, J. et P. Arnaud, 1688.*
- D. D. Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum, 1726.*
- D. D. Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1728.*
- D. D. Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.*