

Iesus, Maria:

# P O R

## Don Phelipe Galindo, ve-

zino de Ezija, como marido de doña Francisca Ferná-  
dez de la Puebla y Baçan.

C O N

## Doña Maria Baçan, don

Pablo de Maqueda y confortes, vezinos  
de la dicha Ciudad.



**I**VAN Diaz Zual, y Francisca Fernádez  
de la Puebla su muger, por mejora de ter-  
cio y quinto hizieró va vinculo y mayo-  
razgo por donacion entre viuos irreuoca-  
ble de los bienes cōtenidos en la dicha mexora, en ca-  
beça de Pedro Alvarez Baçan, y Iuan Diaz Zual sus  
dos hijos legitimos y naturales vnicos que tenian, lla-  
mando en primero lugar al dicho Pedro Alvarez Ba-  
çan su hijo menor: y despues del y sus hijos legitimos  
y naturales, al dicho Iuan Diaz, poniendo esta por cō-  
dicion expresa: *Que los sucesores y que an de succeder en  
este vinculo y mayorazgo, y bienes del, an de ser legitimos y de  
legitimo matrimonio nacidos y no legitimados por siguiente ma-  
trimonio, con grauamen de armas y apellido, clausula de cōstit-  
uto, entrega de escritura, pacto de no reuocar. Y cōsecusimamē-  
te disponē, que si los dichos sus dos hijos murieren sin dejar des-*



A

cen-

2

cedientes legítimos, este vinculo y mayorazgo no paffe adelante, y los bienes del so dividan en dos partes, conforme se contiene en el memorial.

Esta mexora la aceptó el dicho Pedro Alvarez Baçan primero nombrado, con estas formales palabras: *E yo el dicho Pedro Alvarez Baçan por mi propio, y por mis hijos y descendientes, y por las otras personas llamadas a este vinculo y mayorazgo, acepto en nuestro favor la stipulacion y otorgamiento de esta escritura, y esta dicha donçion, y me obligo a guardar y cumplir ella, y por lo contenido en esta dicha escritura, y no yr ni venir contra ellos, ni lo reclamar, reuocar, ni contra ellos, y por ningunã causa ni razon que fea, aunque aqui no vaya declarada ni expresada, ni diciendo que fui engañado, les o ni damnificado en poca ni en mucha cantidad.*

En vida de los fundadores murio el dicho Iuã Diaz hijo mayor, de fuerte q quando murierõ los fundadores quedó por hijo vnico el dicho Pedro Alvarez Baçan, y sucedio en virtud de la dicha fundacion en los bienes del tercio y quinto, y los poseyó toda su vida, y durante ella tuuo dos hijas naturales, que fueron la mayor la dicha doña Francisca açora, y doña Maria Baçan su hermana menor, que entrábas oy son muertas, la dicha doña Maria primero, y la dicha doña Francisca açora poco antes que se viesse este pleyto en requista, dexando vna hija del dicho don Phelipe su marido. Y el dicho Pedro Alvarez Baçan en su testamento y ultima disposicion con que murio dexó declaradas por sus hijas naturales a las dichas sus dos hijas, y las instituyó por sus vniuersales heredetas, y en el dicho testamento puso esta clausula. *Item digo y declaro, que tanto Diaz de Diaz Zabal, y Francisca Fernandéz de la Puebla mis padres instituyeron con vinculo y mayorazgo en mi favor, de las casas principales en q yo vivo en esta ciudad, y del molino, y caserías, y bodegas, y guero, y ochenta aranzadas de olivares que tengo y poseo en el pago del garabato, termino desta ciudad, so ciertos linderos, y porque entiendo que ay mas olivares de las dichas ochenta aranzadas, mandó que se midan los dichos olivares, y se aparcen las dichas ochenta aranzadas*  
debaxo

2

de baxo de los testaderos que mis padres mandaron, y las que sobran en las ayas mis herederos, y en lo demás se cumpla todo lo que los dichos mis padres ordenaron por la dicha escritura de testamento, ante Juan de Langa escriuano publico que fue del numero desta ciudad. Y en otro testamento auia puesto otra clausula semejante a la referida, en esta forma. Tienen de claro, que las casas de mi morada del molino y heredad de milleros y olivares que está en pago del garabato, termino desta ciudad, to de xaron vinculado, en cantidad de ochenta aranzadas, Juan Diaz de Diaz Zual, y Francisca Fernandez de la Puebla su muger mis padres, mando que se cumpla todo lo contenido en la dicha escritura de vinculo que otorgaron ante Juan de Langa escriuano publico del numero desta ciudad, y se mida la dicha heredad del garabato; y si en todos los pedazos vinculados, y en todos los demás que tengo en el dicho pago ruiere más de ochenta aranzadas, esta demasia sea para mis herederos que yo dexare en este testamento. Muerto el dicho Pedro Aluarez, sucedieron en su herencia las dichas doña Francisca, y doña Maria su hermana. Y el dicho don Phelipe puso la demanda contenida en el memorial, y tuuo sentencia del Ordinario en fauor, que se reuocó en vista, la qual pretende que se ha de reuocar en reuista, y confirmar la del Ordinario.

El caso deste pleyto aunque es tocante a la l. 17. de Toro, de cuyo entendimiento an tratado las mismas de los Doctores de nuestros Reynos, pero no an tratado el caso especial del, porque aunque cõfessamos llanamente, que quando se mejora entre muchos hijos legitimos y naturales vn hijo, que aunque al principio vale la mejora reduzida a vn hijo solo, se anula y no vale, por auerse reduzido al caso de que no pudo empezar, como resueluamente, sin dexar puerta, para que mas dello se pueda dudar, lo resuelve el señor dõ Juan del Castillo, lib. 2. quotid. cap. 13. num. fin. cuyo parecer tuuo antes en mejora de tercio, hecha por via de vinculo en los terminos deste pleyto Lara de Cordoua in. l. si quis à liberis. §. item rescriptum. nu. 63. ff. de liber. agnoscen. pero lo que resueluen no es nuestro caso, ni lo

tocan,

tocan, porque lo que resuelués, que la mejora no vale, y quedan los bienes libres en el hijo vnico, sin que pueda ser grauado, sin vinculo ni restitucion a otros estranos, y nuestro caso es, quando la mejora de tercio y quinto en tiempo habil y suficiete se hizo, y q aunque llegó a caso del qual no pudo empeçar, que fue quedar vn hijo vnico, la mejora no se anuló, ni se dixo contra ella, por el tal dicho hijo vnico, sino que se quedó con su fuerça y vigor, sin que se anulasse, y se pretende que vno de aquellos que auian de ser llamados, segun la naturaleza de la disposició, se dexò de llamar, si en su perjuizio à de passar la mejora a los substitutos estranos, en virtud de la escritura de la mejora de tercio y quinto, que los padres hizieron, ò el hijo natural del hijo mejorado y grauado en esta mejora, à de suceder cóforme a la l. 17. de Toro, en cuya virtud los padres hizieron la dicha mejora. Y pienso que este punto no está tratado ni le toca ninguno de nuestros autores: y así para resolución de la clara justicia del dicho don Phelipe, fundaremos dos articulos.

El primero, que la dicha escritura de mejora de tercio y quinto, no se alterò por venir al caso de vn hijo solo, sino que tuuo su pleno efecto el dia que los padres la otorgaron, sin alteració ninguna, y que por las clausulas del testamento del dicho Pedro Baça no solo no se alteró la mejora, ni tomò nueue disposició, sino que se quedó en la forma, y con la misma naturaleza q tuuo quando los padres la ordenaron, y como si luego al punto murieran, quedando sus dos hijos viuos.

El segundo contendra la interpretacion de la l. 17. de Toro, y que precisamente el que mejora, tiene obligacion a llamar los descendientes naturales, aunque no esten nacidos al tiempo de la disposicion.

### \* PRIMVS ARTICVLVS. \*

Que la dicha escritura de mejora no se alterasse por venir al caso de vn hijo solo, patet ex sequentibus.

Lo primero, porque de derecho de nuestro Reyno todos aquellos bienes que los padres tienen, excepto el quinto, todo es legitima de los hijos, a los cuales libremente sin graua men ninguno ay obligació de dexarfe los, y solamente aquello que les es permitido es, que a vno de sus hijos o nietos en el tercio de las dichas quatro partes, si quisiere, los pueda mexorar sin q en ello entre la quinta parte en que por derecho les es libre la disposicion: ita disponitur in l. 9. tit. 5. libro. 3. fori, la qual disposicion se aprobò despues mas nueuamente por la l. 17. hasta la. 30. de Toro, donde se permite hazer la dicha mexora, y da forma como se ha de entender, y como aũque era licito hazer la dicha mexora en vno de los hijos y nietos: pero como era en efecto legitima que no tenia mas misterio, ni mas gracia en el mexorado que lo que auia de repartirse igualmente entre todos los hijos se le diese a el, era fuerça dexarfe la libremente y sin graua men; guardando la disposicion de la l. quoniam in prioribus. cum similibus. C. de inofficioso testam. que prohibe poner graua mē en las legitimas, vino la ley .27. de Toro, la qual derogando todo el derecho anterior. permite a los padres que en la mexora del tercio que hizieren, puedan hazer las substituciones, y poner los graua menes y vinculos que les pareciere, guardando la forma en la dicha ley contenida. Y en conformidad desta facultad q de derecho se les dio, los fundadores deste vinculo, hallandose con dos hijos, hizieron la mexora, sobre q es este pleyto, en aquella parte que por la dicha ley 27. les fue permitido, cuya disposicion en quanto a ellos fue perfecta, porque no solo la mexora se puede hazer conforme a la dicha ley 27. por testamēto, sino por cōtracto entre viuos, como la dicha ley expressamente lo dispone, hizose tambien teniendo dos hijos, que es el principal requisito de las mexoras que se hazen en vno de mas hijos, Molina de primogenijs lib. 2. cap. 11. num. 3. Angul. in d. l. 27. glof. 1. num. 1. Burg. de Paz iuni. q. 1. n. 9. hizose irreuocable, por quanto vno entrega de

B la

la escritura, conforme a la ley 27. de Toro, vno es que todo se cerró aceptación de la dicha mexora; por el primer hijo mexorado de los dos, la qual aceptación hechó la llave, de suerte que quedó la mexora irrevocable, que sin la dicha aceptación la pudieran los padres revocar, sin embargo de la disposición de la ley 2. tit. 16. lib. 3. recopila. aunque la mexora se haga por via de vínculo, Mieres. 1. p. q. 68. nu. 9. cum sequentibus, & quaest. 35. per totam Burg. de Paz confir. num. 10. & Burg. iuri. quaest. 10. num. 1. & 5. Molina lib. 4. cap. 8. nu. 38. cum sequentibus, & num. 69. vers. quod in Hispanorum, vno tambien executió desta mexora, porque en virtud della entró el hijo mexorado en posesión de la mexora, poseyéndola en virtud de aq̄l titulo: por q̄ demas q̄ la posesión en q̄ vno se halla d̄ vnos bienes, auie do precedido titulo dellos, se presume ser conforme al titulo precedente. l. 2. vbi Bald. n. 1. & alij DD. C. de acquirend. possess. §. mulier. ff. de rei vindicat. l. 1. §. 1. ff. de excep. rei iud. l. si a te. ff. si seruitus vindicet. Anchar. conf. 352. n. 3. Ruin. conf. 151. nu. 10. vol. 1. Cacheran Pedemontana decis. 21. n. 6. el mismo Pedro Alvarez Bazan en su testamento y vltima disposición con que murio a los dichos seys de Nouiembre de 1602. dice y declara, que sus padres instituyeron en su fauor el dicho vinculo y mayorazgo contenido en la dicha mexora.

De suerte que de parte de los otorgantes en tiempo hábil, y con todas las solemnidades requisitas del derecho, y en los terminos mas hábiles y apretados hallamos hecha la mexora, y por ellos y de su parte irrevocable, porque melioratio semel perfecta, amplius reuocari non potest, conforme a la ley 26. de Toro. l. 9. tit. 6. lib. 3. recop. no solo estando las cosas en el mismo estado, que es auer dos hijos, sino tambien llegando a caso estando ya perfecta que se resolviere en vn hijo solo, por q̄ se cõsidera los padres q̄ mexorá, y q̄ reduciéndose la mexora a vn hijo solo, el no valer la mexora no es privilegio ni fauor de los padres, por q̄ ellos ya hizieró su mexora cierta y valida; sin que a ellos les sea fauora-

ble que aya muchos ò vn hijo solo, en tanta forma, que la facultad de mejorar se introduxo en fauor de los padres, y por esta razon Parlador. lib. i. rer. quotid. cap. 7. per totum, defendio, que aunque fuesse vn hijo solo, se podia mexorar, pues siendo fauor del padre el poder mexorar, y poner los grauamenes que quisiere, conforme a la l. 17. de Toro, no importa para los padres que fuesse mas vno que muchos hijos, y asi como no es privilegio del padre, no ay tutor de nuestros reynos que tome en la boca, ni dispute, si el padre mismo que hizo la mexora en vno de muchos hijos, quedando el mejorado solo, si la podra reuocar: por que esto se tiene por presupuesto cierto, que no puede, y entra derechamente la regla, que quotiescumque aliqua dispositio perfecta & vtiliter gesta est, durat perpetuè, licet postea casus contingerit, à quo incipere non potuisset. l. pluribus. S. & si placeat. ff. de verbor. oblig. l. patre furioso. ff. de his qui sunt sui vel alieni iur. l. vt pomum. S. i. ff. de seruitutibus. l. in ambiguis. S. non nouum. vbi late Deci. ff. de regulis iuris. capit. factum legitime de regul. iuris in. 6. Considerase tambien el hijo que es mexorado, y como de la suerte que el poder mexorar es fauor de los padres, el ser mexorados, es odio de los hijos, porque aunque no se les quita la porció de la mexora, pero en efecto se quita de vno para dar a otro, y al que se le da, se le ponen grauamenes, y quando se reduce la mexora a la cabeza de vn hijo solo, es mayor el agrauio, porque siendo las quatro partes de cinco toda legitima suya, que la a de auer libre, y sin ninguna carga, por la mejora del tercio se le graua, en que no la tenga libremente, sino con las condiciones que el padre que mexora quiere ponerle, y como contiene odio, no se admite quando se reduce la mejora hecha en legitimo tiempo a vn hijo solo, porque se halla grauado en ello, al tiempo de la muerte de los padres, que es la razon que puso el señor don Iuan del Castillo quotid. libr. 2. cap. 13. num. 52. his verbis. *Cum ergo tempore mortis, vnicus tantum filius reperitur, omnia bona patris ei debentur iure legitima excepto quinto bono*

*bonorum, ut saepe diximus, & consequenter conuenire non potest illi melioratio, neque sustineri grauumen appositum in testio, quod alij filijs non existentibus, est etiam legitima.* Y como esta mejora se reduce a odio del tal hijo mejorado, no vale en su perjuyzio.

Pero esta inualidacion no se à de entender (y en esto està el punto deste pleyto que no se aduirtio en la vista, y llanamente no se supo dar a entender el pleyto, ni se aduirtio, ni tirò por este camino) que ipso iure la mexora se deshaga, y quede anullado el contracto, sino que ope exceptionis, y con contraria voluntad, el hijo mexorado lo deshaga. Para lo qual se consideran los derechos siguientes.

Lo primero, la. l. filio praterito. ff. de iniusto rupto irritoq; facto testam. la qual dispone, que aunque no valen los legados, ni las libertades que se dexan en el testamento, donde el hijo en potestad es passado en silencio: pero que se ha de entender quando el tal hijo auocò la parte de la herencia: pero que si se abstuuo de los bienes del padre, aunque la subtileza del derecho parezca que sea contraria, ex bono & equo voluntas testatoris tuebitur, vbi gl. verbo, tuebitur, notat quod licet testamentum dicatur nullum in quo filius prateritus est, tamen est intelligendum si ipse vellent dicere nullum, nõ. si semper taceat, la qual glossa alli Bart. num. 27. dize que se señale en las palabras, & non si semper taceat, y pone por doctrina en el num. 28. vers. si verotanto tempore non taceat, que si por vn año callare, y no dixere de nullidad, que ex tali testamento se puede pedir la bonorum possession, secundũ tabulas.

Secundo, ex. l. scimus. iuncta gl. ibi, verbo, ipso iure, C. de inofficioso testam. la ley dize, que si el padre al hijo en su testamento le dexare menor porció que de la legitima le pertenece, que no importa, porque ipso iure datur ei repletio in tota legitima: y la dicha glosa interpretado la palabra, ipso iure, pone estas palabras: *Id est etiam si nihil dicat testator si tamẽ filius hoc allegat, quã glos. sibi approbant Alberic. Bart. Paul. de Castro, Bald.*

y la



5  
y la llamó en esta parte (dū tamen pētatur à filio) glos-  
sa notable, Gregor. Lopez glos. s. ad medium. in. l. s. tit.  
8. par. 6. y la aprueua, y dize que todos tienen su resolu-  
cion, y reprueua a Saliceto, que solo tuuo contra la di-  
cha glosa.

Tercio ex. l. si quis filiū. in. fin. C. de inoffitio. testam.  
& l. 4. tit. 8. par. 6. dōde se prueua, que sin embargo que  
el testamento donde el hijo es exheredado, no valga, y  
se pueda deshazer, pero que es necesario que el hijo lo  
querelle, porq̄ si no lo querella, y calla por cinco años,  
queda el testamento valido y firme, la qual cōclusion  
por ser textual no tiene duda: y procede lo mismo en  
el remedio dela contratabulacion que datur filio emā-  
cipato in testamento, à patre præterito, que si el hijo  
calla, y no contratabula el testamēto queda firme. l. is  
qui in potestate. in. princ. l. si duo. ff. de leg. præstād. glos.  
verbo ipso iure, in. d. l. scimus. C. de inoffitioso testa-  
mento.

Quarto, por la. l. fin. C. de compensationibus, donde  
se determina, que las compēnsaciones se hagan ipso iu-  
re, en todas las acciones. Y aunque tan apretadamēte  
dispone la ley, es menester que se pida, porque si no se  
opone, no ay compensacion, como la misma ley lo di-  
ze, y todos los Doctores alli, y la alega al proposito la  
alegada glosa, verb. ipso iure, in. dict. l. scimus.

Lo quinto, porque yendo con esta letura, de que la  
mejora reduzida a vn hijo solo, aunque se pueda des-  
hazer en los grauamenes del hijo, pero que no sin pedi-  
do el hijo ipso iure annulletur melioratio & grauami-  
na reijciantur, el señor don Iuan del Castillo en el di-  
cho capitulo 12. num. 31. formando la questió, no la for-  
mò afirmatiuamente, que la mejora no valia, y los  
grauamenes quedauan deshechos, sino en esta forma,  
*quod melioratio non valeat, & consequenter grauamina ab ea  
reijci valeant*; las quales palabras en romance suenan,  
*La mejora reduzida a vn hijo solo, no vale, y consecutiua-  
mente se pueden echar della los grauamenes*, porque aunque vfa  
para dezir que no vale, y quitar los grauamenes de vn

mismo verbo, *valeat*, en la primera parte tienen el referido sentido, que no vale mediante la negatiua non: y en la otra parte referida a potencia de mediante no valer la mexora, estar en potencia de poderla deshazer el hijo si quisiere. Lo mismo sintio Lara de Cordoua, in d. l. si quis à liberis. §. item rescriptum. n. 62. ff. de liber. agnoscen. donde forma la question en esta forma: *Si filius oneri contradicit, & fideicommissum non admittit.* De suerte que se à de entender, viniendo contra la mejora el hijo, porque si no viene contra ella, como la mejora se halla hecha en tiempo habil executada y no deshecha, es fuerça que se juzgue por el contrato y escritura della, dándole el nombre y la naturaleza de lo que el mismo contrato suena, que es vna mejora llana de tercio y quinto, hecha en tiempo habil y usando de la facultad que la ley .27. de Toro da, de mexorar en el tercio.

Y no alteró esta naturaleza para dezir que fue vinculo de legitima de vn hijo solo, y no mexora de tercio entre muchos hijos el dezir que consintio el dicho Pedro Aluarez en la dicha mexora, y que como en legitima consentida bien pudieron padre y hijo poner los grauamenes que quisiessen, alterando la decision de la dicha. l. 27. de Toro, la qual no habla quando el vinculo se haze en la legitima del hijo con su consentimiento, que en este caso no ay obligació de guardar la disposicion de la dicha ley 27. de Toro, como tampoco la ay quando con facultad Real de la legitima de los hijos se haze mayorazgo, vt resoluit Gutierr. practicar. lib. 2. q. 67. vers. nihilominus.

Porque esta razon es muy facil de satisfacer, considerando dos tiempos, en los quales el dicho Pedro Aluarez Baçan habla desta mexora.

El primero, al tiempo que se otorgò la mexora, y la aceptó, y en este tiempo no se puede considerar hecha de legitima, porque era en tiempo que los dos hijos viuian, y el no dio consentimiento, ni era necessario q lo dresse, porque con su voluntad o sin ella pudo el pa  
die

de reuocarlo de la acceptacion

dre hazer la mexora por via de vinculo en el, o en el otro hijo, y mientras no la reuocasse, el padre quedaua firme, como lo dize la. l. 17. de Toro, quæ est. l. i. tit. 6. lib. 5. recopilat. y solo es aceptacion por si propio, y por sus hijos y descendientes, y demas personas llamadas al vinculo y mayorazgo, y como aceptacion in continenti hecha en el tiempo habil en que se hizo la donacion, surte la misma naturaleza de la mexora, como accessoria a ella, que valifica aquello que en su fauor se otorgo: porque aunque es por vinculo y mayorazgo, tubo necesidad para su firmeza de la aceptacion del primero llamado: porque como contiene grauamen de apellido, armas, prohibicion de enagenacion, sufragios, y otras diuersas condiciones, aunq sea en lo principal fauorable; pues se defalca la legitima del otro hijo, y pudiendola hazer la mexora en aquel, defalcado en el tercio la legitima del mexorado, se le haze a el, pero forçament ha de auer aceptacion, y antes della aunque aya constituto condicion de no reuocar, y lo que mas es juramento, se puede reuocar, Molina de primogenijs, lib. 4. cap. 2. n. 58. & 66. vers. quæ omnia. & num. 69. vers. quod in Hispanorum. & ratio est, quia quæ dependent à consensu alterius, qualis est donatio (que este nombre le da en la acceptacion el dicho Pedro Alvarez Baçan ibi, *Accepto en nuestro fauor la estipulacion y otorgamiento de la escritura, y esta dicha donacion*) quæ non confertur in inuitum, habent in se tacitam conditionem: *si alter ille in grauamine consentiat, & ante talem consensum & acceptationem, donator nõ præsumitur habere animum se obligandi, & sic voluntas non est simplex, sed conditionalis & suspensa, & ideo ante acceptationem recto iure fieri potest reuocatio, vt ex textu in cap. peruenit. 3. in ordine de iure iuran. & l. 28. tit. 11. p. 3. resoluunt Menchaca de successiõum creatione lib, 2. s. 12. num. 50. Gutierrez in cap. quamuis pactum. nu. 53. Franciscus Betius. conf. 45. & quia in contractibus debet æqualitas seruari, & quemadmodum donatarius potest non acceptare donationem, ita etiam iustū erit, quod*

quod donator possit reuocare ante illius acceptationem, aliàs sequeretur alterum à principio obligatum esse altero, manente libero, & contractus claudicaret, vt post vtrumque Molinam, Gutierrez & alijs, resolunt Pater Thom. Sanchez de matrimo. lib. 1. disputa. 7. nu. 12. Castillo in. l. 17. Tauri, nu. 48. Angulo de melioratio. l. 1. gl. 3. num. 27. & 28.

El segundo tiempo que se considera es, quando despues de muerto los padres, y executada la mexora y possession tan larga, otorgó su testamento, y murio el dicho Pedro Baçan, y puso en el la clausula referida, la qual la parte contraria trae en su fauor, para dezir q̄ de este testamento tomo fuerça la mexora, pues a quella escritura, que como mexora que se reduxo a legitima de vn solo hijo pudo deshazella, dispuso q̄ se guardasse: y assi dize, que tomando fuerça la mexora deste consentimiento, y pudiendo el dicho Pedro Aluarez como en bienes suyos disponer dellos de nueuo, y quitarlos a sus hijos naturales, sin embargo que los dexasse por vniuersales herederos: porque aunque la ley permite al padre no teniendo hijos legitimos dexar a los naturales toda su hazienda: pero que no es forçoso dexarsela, sino dalle la parte que quisiere, como sea bastante a los alimentos. l. to. de Toro, y. l. 8. cit. 8. lib. 5. recopilat.

Està tan agena la dicha clausula del dicho vltimo testamento, ni la del primero, que ambas se pusieron al principio desta informacion, de a prouechar a la parte contraria, que antes de todo punto le son contrarias, y hazen claro el derecho de la dicha hija natural. Lo primero, porque de la misma clausula se ve a la letra, que el dicho Pedro Aluarez en las dichas clausulas no confirma ni da consentimiento: ni solemnidad ninguna a la escritura de mexora que sus padres hizieron, antes declara, que fue gracia que le hizierõ: porque entra la clausula desta forma: *Item digo y declaro, que Iuan Diaz de Diaz Zauar, y Francisca de la Puebla mis padres instituyeron en vinculo y mayorazgo en mi fauor,*

&c.

&c. pondero aquellas palabras en mi fauor, que claro es, que si el entendiera que no valia en su perjuizio la dicha mejora, y que era necesario que la confirmara de nueuo, dixera que sus padres en perjuizio de su legitima, por auerse reduzido a vn hijo solo auia hecho el dicho vinculo y mayorazgo, que aunque lo podia del hazer, que mandaua que valiesse, y succediesen las personas en el nombradas, y esta era la forma como preiudicaua, y tomaba fuerças de nueuo, porque quando en vn instrumento por via de confirmacion, ó en la forma que se quisiere, con simple relacion se haze méció de otro, y se confirma, la tal confirmacion no obra cosa ninguna, sino que se queda el instruménto confirmado en aquel mismo estado que primero tenia, sin dalle ni quitalle fuerça ninguna, porq̄ esta se tiene por confirmacion en forma comun, q̄ no daña ni aprouecha, cap. p̄ceptis. cap. vltim. 12. dist. cap. quia intencionis, de priuilegijs. cap. cum dilecta, de confirmat. vtili vel inutili, ca. vltim. 13. q. 3. glos. verbo, confirmationem, in .c. de confirmat. vtili, vel inutili, vbi inquit, quod per talem confirmationem, non impeditur petitio alterius, text. in .c. quia diuersitatem, de concessione p̄bendæ in quo probatur, que si la confirmacion no tuuiere especialidad q̄ no innoua lo confirmado, y assi por esta razon es necesario, que para que la aprobacion del cõtra to precedente lo innoue y tome fuerças del segundo, q̄ el disponiente entienda aliquid supple, & de nouo disponere vltra confirmatum, iuxta textum in ca. quod ties de pactis, qui ita interpretatur á glos. ibi, verbo, solidare, vbi ita interpretat id est confirmare, & intellige cum causæ cognitione, alias parum valeret confirmatio, in forma communi, ad quod est optimus textus in cap. 1. per quos fiat inuestitura in vsibus feudorũ, que dispone, que del feudo ya concedido otra vez, lo puede confirmar el menor, unq̄ de nueuo no lo puede cõceder, vbi glos. verb. á minore, dize que esto est á dispuestõ con razon, *quoniã minor nõ alinat, sed alienatũ inuenit.*

D

¶ maio

*Et maiorum suorum factum confirmat.*

Ex quo sequitur, que no fue alteració de lo hecho, sino dexarlo en su primera fuerça, como sus padres, dize que le otorgaron en su fauor, en esta forma, que entendiendo que aquella disposicion hecha en su fauor era valida, para no confundir su hazienda libre con la de la mejora, mandó que lo tocante a bienes, se separasse y diese a sus herederos, y lo tocante al vinculo, se cumplierse lo ordenado por sus padres en la escritura de vinculo: y este acto de declaracion no altera la dicha escritura, nam secundus actus tendens in executionem primi, ad primum reduci debet, ut in l. si tibi liberum. ff. de action. empt. nec debet inducere exclusionem iuris, quam primus non inducebat. Imola in l. quæ dõris. n. 2. ff. soluto matrimo. & ibi etiã Alex. num. 8. referens plures Decian. responsos. 9. nu. 32. lib. 2. Bald. singulariter in d. l. nominationes. n. 3. ver. aut est confirmatio alterius actus. C. de appellationib. y no alterada como no se alteró la dicha primera escritura, es claro que se queda en su fuerça y vigor, para que la primera sea sin embargo deste ultimo consentimiento, se guarde con todas las calidades que la primera escritura de mejora en si tiene.

Lo segundo, porque no solo la dicha mejora tomó fuerças de las dichas clausulas del testamento, pero no inuouaron en cosa alguna, de suerte que oy es fuerça que se juzgue por mejora, o como bienes libres se entregó los bienes a la hija natural, como heredera vniuersal de su padre, para lo qual reuoluto mantello, por sus mismos hijos destruyamos el derecho de la parte contraria, porque su justicia la funda en dezir, que aunque la mejora se hizo en tiempo habil, se reduxo a tiempo inhabil, de dõde no pudo empear, porque al tiempo de la muerte de los padres que mejoraron, era vnico hijo el mejorado, y sucedio en todos los bienes libremente, y que su derecho no se funda en la mejora, sino en la constitucion del testamento del dicho Pedro Aluarez Bazan en las referidas clausulas, assi lo fundó en la infor.

informacion que dio en vista, assecurando por esta parte su derecho, si me es el numero. 2. y por esta parte tenemos nuestro derecho firmisimo, porque ya la parte cõtraria va con licitud, que la opinion del señor don Juan del Castillo en el dicho cap. 3. nu. 51. vs. que ad fin. es verdadera, y no tiene contradictor, y segun tambien la de Lara de Gordona; aunque la mexora se haga por via de fideicomisso, y vinculo se deshaze, y asi si muriere el dicho Pedro Alvarez sin las dichas clausulas, siendo ninguna la mexora, la dicha hija natural sucediera en ella, no como hija natural, en virtud de la mexora, sino como heredera vniuersal, en virtud del testamento de su padre, y lo que la parte cõtraria o pone, o es, dezir a la dicha hija natural, tu padre lo confirmo, non pero ex confirmato, sed ex confirmante, tu eres heredera, no puedes venir contra el hecho del difunto, a mi me pertenecen estos bienes, assi lo dixo en el nu. 3. de la informacion que dio en vista, poniendolo por el fundamento principal, y apoyo de su justicia. Y este fundamento es el fundamento de nuestra justicia, lo qual se proua con lo siguiente, y se suplica a V. m. con eydado se aduiera, porque no admite medio, sino qd se á de declarar conforme a lo arriba fundado, que la escritura de la mexora oy es valida, por la disposiciõ de los mismos padres que la hizieron, o que oy está en el mismo estado que estava antes que el dicho Pedro Alvarez muriera, y pusiera las dichas clausulas en su testamento, sin que por ellas se induzga alteracion, ni inouacion alguna.

Lo primero, porque como de las clausulas se ve a la letra, que no las podemos estender ni acõrtar, solo contienen vna generalidad, en que el dicho Pedro Alvarez declara, que sus padtes otorgaron en su fauor a quel vinculo, manda que se aparten sus bienes libres, y en lo demas se cumpla lo que sus padres ordenaron: el to es lo que dize, y destas palabras siendo como la mexora era ninguna, y tenia el vicio de auer todo quedado por bienes, no se induze confirmacion, ni nueua disposi-

libres

posicion, sino que las cosas se quedan en el estado primero que tenian: para lo qual es elegante la conclusiõ de Bald. in. l. nominationes. n. 3. vers. conclude ergo. C. de appellac. donde tracando de quando el acto precedente por la confirmacion sublequente del que pudo dezir contra el, quede confirmado, pone estas palabras *Conclude ergo, quod ubi non est confirmabile, ibi non valet confirmatio, nisi ille qui confirmat, possit & velit per se dare, & interueniat forma debita ex certa scientia.* Conclusiõ apretadissima contra la parte contraria, pues no solo della se: colige, que quiso de si dar con cierta ciencia, de que le pertenecia al dicho Pedro Alvarez los bienes de la mexora, antes se manifiesta que forçado della, ignorando su invalidacion, mandaua hazer la diuision de bienes libres y vinculados, porque entra diziendo en la dicha clausula, que sus padres instituyeron en su favor vn vinculo y mayorazgo, &c. y quien dize que fue en su favor lo instituydo, no dispone ex certa scientia, ni dá nada de nueuo, porq̃ si la mexora, como dize la parte contraria, fue en odio del hijo mexorado, y como odiosa y ninguna la valió en el testamento, para que fuesse confirmacion, auia de entender el defecto q̃ tenia, & ex certa scientia, poder, y queter, y darla, esto dize la dicha cõclusiõ de Bald. ibi: *nisi ille qui confirmat possit & velit per se dare, & interueniat forma debita ex certa scientia.* *l. d. quod etiam in terminis est decis. Grammatic. 103.* el qual en comprobacion que la confirmacion hecha de vn testamento no validaua el testameto, ni le quitaua el defecto que tenia, sino que el mismo q̃ le confirmó, no teniendo ciencia de aquel defecto, ni supliéndolo, pudo sin embargo de su confirmacion venir contra el. en el num. 161. concluyendo y respondiẽdo a la objeccion de la confirmaciõ lo decide con estas palabras: *Et quamuis dicatur, quod confirmatio operatur supplementum defectus existentis in confirmato, iuxta textum in cap. quoties. de pactis, id procedit dum disponens intenderet aliquid supplere, & de nouo disponere ultra confirmatiõ: sed ubi principaliter prima dispositiõ inueneretur, nec referretur uerbis no*

T  
c



*um ius inferentibus: ut in casu presentis, si prima concessio &*  
*dispositio est in ulla, confirmatio nihil operatur, secundum Inno-*  
*cent. Ioan. Andre. Cardinal. Ant. de Butrio in cap. inter dile-*  
*ctos. de fide instrumentor. quod etiam possuit pro regula*  
*Arimin. Tapatius, variat. iur. lib. 1. tit. de confirmatione*  
*in genero, vers. 1. en esta forma: Confirmatio operatur sup-*  
*plementum defectus existentis in confirmato, quod procedit de*  
*disponens intendere aliquid supplere, & de nouo disponere col-*  
*tra confirmatum. Y en el versic. s. pone anzi mismo esta*  
*conclusion: Confirmatio in forma communi nihil noui iuris*  
*conferit, neq. inualidum ualidat, tamen confirmatio ex certa*  
*scientia confirmantis ad quem spectat disponere scientis nulli-*  
*racem, & iurium confirmat nullum & inualidum ualidat,*  
*en su comprobacio alega a Zaball. milliloq. 66. Andr.*  
*Gail, obseru. 1. lib. 2. Crescen. decis. alias. 31. tit. de con-*  
*firmat. util. vel inutili, decisiones por cierto que a la*  
*letra determinan nuestro caso: porque no es querec*  
*dar de nuebo los bienes de la mexora a los colaterales*  
*con cierta ciencia de la inualidacion de la mexora, en-*  
*trar la clausula del testamento, afirmando que sus pa-*  
*drés hizieron mayorazgo, y en su fauor: porque quien*  
*dize que esta hecho mayorazgo por sus padres, dale*  
*perfeccion y vinculo indisoluble, por no auer palabra*  
*oy inuentada mas eficaz para hazer losbienes firmes*  
*para siempre, en tanto grado, que para hazer el mayo-*  
*razgo mas fuerte que se pueda hazer, se cierra cō tres*  
*palabras, hago mayorazgo de mis bienes, Molina de*  
*primogenijs lib. 1. cap. 3. n. 1. dize anzi mismo que se fe-*  
*zto en su fauor: y entendiendo el mismo que el auerse*  
*constituydo fue en su fauor, no pudo entender que su-*  
*pliesse el defecto del odio que cor tenia en su daño pa-*  
*ra suplirle aquel defecto: porque la palabra, fauor, es*  
*contrapuesta a la del odio, odia restringi fauores con-*  
*uenit ampliari, dize el cap. odia, de regulis iuris, in. 6.*

De donde resulta, que siendo la dicha hija natural  
 heredera de su padre, & per consequens vna & eadem  
 persona cum defuncto. l. cum à matre. C. de rei vindic.  
 cat. l. hæredem. vbi Deci. & Cagnol. ff. de reg. iur. authē

tico de iure iurand. á moriente przfiteo, in principio: porque aunque son diuersas personas, por la representacion es vna misma. l. si tertius. s. fin. ff. de aqua plu. arden. Nata conf. 214. nu. 2. y en ella como en heredera vniuersal, transeunt omnia iura, que patri suo, tam actiua, quam passiuá competebant. l. 1. C. vt actiones ab hærede, & in hærede. dentur, vbi glos. Bart. & Bald. latè. Suid. conf. 268. nu. 23. lib. 2. que el mismo derecho que el difunto tenía para la libertad de estos bienes, lo tiene ella como vniuersal heredera. Y no se puede contra esto replicar cõtra regla que dize; que por la misma razón que es heredera, no puede venir contra el hecho del difunto. l. ex qua persona. ff. de regul. iuris, de la misma suerte q̄ no puede venir contra su mismo hecho. l. post mortem. C. de fideicommissis, y que ya el dicho Pedro Aluarez confirmó, y que así no puede el heredero reproballo, porque se satisface facilissima- mente, que si la del testamento fuera confirmació en la forma que está probado que se auia de hazer, y no tan simplemente como en las cláusulas se cõtiene, nõ pudiera la dicha heredera vniuersal contrauenir á su voluntad: pero como no fue confirmacion formal, de la de la misma manera ( como dexamos p̄bado con dçisiones tan apretadas) que al dicho Pedro Aluarez, quando en su vida en la forma cõtendida en las cláusulas viera hecho la aprobacion, pudiera alegar de la nulidad de la mexora, así ni mas ni menõs puede su heredero: porque asentada cosa es, que nõ todo lo q̄ haze el difunto bueno o malo tiene el heredero obligacion a passar por ello, porque le es licito, contrate- nire alienationi inualidæ, quam defunctus fecit, Cor- ne. conf. 301. n. 2. lib. 1. Socin. conf. 79. nu. 47. lib. 4. Paris. conf. 33. n. 97. volum. 3. Crauetta conf. 200. n. 5. Menochi. conf. 11. n. 25. Pinel. in. l. 1. p. 3. n. 83. limitat. 10. C. de bonis matèrnis, & etiam potest reuocare contractum conf- cito de errore defuncti. l. non id circo. C. de iuris & fac- ti ignorantia, Bald. in. l. erför. in fine. C. eodem. l. af. in. l. si quis á filio. s. 1. n. 6. ff. de lég. 1. Berotus conf. 60. vol. 2. Suid.

Surd. conf. 187. n. 19. ni a tempo tiene obligació de pás-  
 sar por lo hecho en su testamento por el difunto; quá-  
 ro no se püéba que factum in testamento erat in per-  
 sona defuncti obligatorium; por que la regla que dize,  
 que heredes tenetur eadem actione qua defunctus, y q  
 no pñede contra enteros su hecho, se entide en hecho  
 de contracto obligatorio; que el heredero no le pñede  
 contradicir, scñs in facto in ultima voluntate in quo  
 nulli faberatur defuncti obligatio, que es lo que la par-  
 te contraria dize que aprouó el dicho Pedro Aluarez  
 en el testamento, a quello que no tenia ninguna obli-  
 gación de cumplir, y como el difunto no estaua obliga-  
 do; nulli quoque descendit in herede in obligatio; &  
 hoc est quod voluit gloss. in l. Lucius. ff. soluto matri-  
 ubi et in sequitur Bart. Castres. Alex. & alij dicunt enim,  
 quod heredes non tenetur habere ratum factum defun-  
 cti, quod in ipso no erat obligatorium, & pro quo nec  
 actio, nec exceptio dabatur contra defunctum; sequun-  
 tur Cornelus; Aretin. Afflic. Berbi. Roderic. Roland. &  
 alij quos citat Panuti. de inuentario. p. 7. nu. 181. Pinel.  
 in l. r. p. 3. n. 81. limitat. 8. & 9. C. de bonis maternis, Surd.  
 conf. 196. n. 19. & 60. lib. 2. y como se vee a la letra, no pre-  
 tendemos impugnar la dicha mexora, ni acepracion.  
 bil el dicho Pedro Aluarez por principat assumpto, pre-  
 tendemos que se guarde, ni impugnamos confirma-  
 cion expresa, que la parte contraria aya mostrado por  
 contracto entre viuos de la dicha mexora, hecho por  
 el dicho Pedro Aluarez; y en el testamento no ay mas  
 de la clausula referida, tan corta, que en los mismos  
 estrados los señores dixeroh a la parte contraria, que  
 aquehas clausulas no solo no eran en su fauor, sino en  
 su daño, por ser tan cortas, y ansi no impugnamos he-  
 cho del difunto, sino pedimos el derecho que nos co-  
 pete como a hija natural del hijo mexorado, en virtud  
 de la escritura principal de la mexora, y no siendo va-  
 lida la mexora, los bienes della, como heredera vniuer-  
 sal del difunto, defendiendo que por las referidas clau-

fulas

fulas del testamento a la parte contraria no se le adqui-  
rio ni dio ningun derecho.

Lo ultimo y peremptorio, haze en fauor de la dicha  
hija natural, que quando fuera assi lo que la parte con-  
traria dize, que la mejora quedo confirmada por las di-  
chas clausulas del testamento, no perdio la naturaleza  
la dicha mejora, ni por la confirmacion se le quitó el  
derecho que en virtud de la ley. 27. de Toro al hijo natu-  
ral se le adquirio en el tiempo habil en que se hizo, por  
que clara cosa es, que la dicha mejora del tercio de la  
legitima perteneciente a sus dos hijos, que estauan vi-  
uos, la hizieron los dichos sus padres. Tambien es cierto  
que alteraron la forma de la dicha ley. 27. de Toro,  
por que deuiendo substituyles a sus hijos, ántes q los  
estráños sus descendientes legitimos vniuersalmente,  
y a falta dellos los illegitimos que tuuiesen derecho  
de heredar, y a falta los parientes colaterales, no substi-  
tuye los hijos y descendientes legitimados por subsiguien-  
te matrimonio, ni los hijos y descendientes naturales,  
porque ponen por condicion, como se pone al princi-  
pio del memorial, la clausula a la letra, que los succes-  
sores y que an de suceder en este vinculo y mayorazgo  
y bienes del, an de ser legitimos, y de legitimo matri-  
monio, nacidos, y no legitimados por subsiguiente ma-  
trimonio, y en esto derechamente se contrauino a la for-  
ma de la mejora, porque la misma obligacion que ay  
de substituyr al legitimo nacido cóstante el matrimo-  
nio, ay de substituyr al legitimado por el subsiguiente  
matrimonio, por ser verdaderos hijos legitimos, cap-  
tanta, qui filij sint legitimi, & in specie sic tenet Matie-  
ço in l. 11. glos. 4. num. 6. tit. 6. lib. 5. recopil. Controuino  
la tambien, en dexar de llamar los descendientes ille-  
gitimos, que tuuiesen derecho de heredar, y assi la di-  
cha mejora traxo consigo estos dos defectos, los qua-  
les por la substitucion de los parientes estráños, es cla-  
ro que se le quitaron, o bien para succeder en aquel lu-  
gar y forma como los estráños, o bien anuládo se la me-  
jora, porque en virtud de la estando de por medio del

con diēte legitimado por subſiguiente matrimonio,  
o deſcendiente natural, no puede ſuceder eſtrāno en el  
tercio en que ſe hizo la mejora; y lleuando eſte dere-  
cho conſigo la dicha mēxora de ſu miſma naturaleza,  
no fue viſto alterarſe por la confirmacion, quando la  
cauſaran las clauſulas del teſtamento; aunque no fue-  
ran como fueron generales; y quando vn contraçto  
ex vi nouationis paſſa en otro, no ſe entiende q̄ pier-  
de las calidades que tenia, ſino que paſſa con todas ſus  
qualidades y priuilegios, que primo habebat ex natura  
contractus, ita Bart. in. l. ſi quis cū aliter. nu. 4. ff. de ver-  
bor. obligat. & eſt communis opinio cum Bart. cū quo  
traſeunt omnes Doctores, vt ibi inquit Alex. nu. 3.  
& dicit Aretin. ibi col. 5. in prin. verſ. tertio adde. que  
eſte dicho de Bartulo eſt ſingular, y no pueſto en otra  
parte, y lo deſiepe de tambien la. l. 13. ibi, y procede mas  
fuertemente en eſte caſo, porque el ſuplemento al con-  
traçto que ſe pretēde auerſe confirmado, viene en vir-  
tud de la dicha ley. 27. de Toro; y quando el ſuplemen-  
to prouenit ex diſpoſitione legis, entonces no ſe quita  
por la innouacion. l. alia. ff. de nouationibus, vbi Bart. in  
ſumario, & n. 2. verſ. quædam inſunt ex legali, vbi etiā  
hoc voluerunt Angel. Imola, & Caſtrenſ. & ita Caſtrēſ.  
in. l. ſi dari in fine. ff. de verbor. obligat. dixit, *Quod in his  
quæ ſunt de natura actionis, & proueniunt ex diſpoſitione lega-  
li, cenſentur in nouo contractu repetita qualitates primæ, licet ſe-  
cus in alijs accidentibus.* Imola in. l. 1. col. 2. verſ. quod ta-  
men dixi de marito. ff. ſolut. matrimo. Aretin. in. 5. fue-  
rat. n. 24. inſt. de actionib. Alciatus in rub. num. 38. ff. de  
verbor. obligat. Cagnol. in. l. 2. n. 71. C. de reſcindēd. vē-  
dit. Surd. conſ. 445. num. 57. vbi in fine inquit, que aun-  
que de vn contraçto a otro ſe haga nouacion; tamen  
aſſumit omnes qualitates, quæ in prima obligatione  
inerant, ex natura contractus & cauſe, de natura ergo  
primæ meliorationis erat, quod filij legitimati per ſub-  
ſequentem matrimonium ſuccederent & vocarentur,  
antequam extranei ex diſpoſitione legali, ergo ex no-  
uatione quæ pretenditur facta ex teſtamentaria con-

firmatione ipsius filij meliorati non tollitur dicta qua-  
 litas. Esto se confirma, porque la confirmacion que se  
 interpone en alguna disposicion, aunque la valida no  
 la altera, ni estubiendo ni acorta. l. Aurelius. s. testameta.  
 ff. de liberat. legata, per quem textum, ita notat Bald. in  
 l. 3. C. si aduersus rem iudic. & in l. nominationes. C. de  
 appellat. & ita dixit las. in l. more. 6. col. ff. de iurisd.  
 omn. iudic. relatus & secutus a Casaneo in consuetudi-  
 nibus Burgundia rub. 11. s. 3. num. 22. *quod de natura con-*  
*firmationis est adhibere robur actui, non verò illum extendere*  
*quod inquit procedere etiam si forte actus confirmatus esset in-*  
*ualidus, notò. esta palabra, si forte esset inualidus, que habla*  
 etia pretende tener en su fauor, que cayò la confirmaciõ  
 del testamento sobre el contrato que dize fue inuali-  
 do de la mexora. Y confirma de todo puto el derecho  
 del contrato confirmado Surd. decis. 183. num. 7: vbi ex  
 auctoritate multorum inquit, quod assensus extendi-  
 tur ad penam, & interesse, & ad alia accessoria quæ ve-  
 niunt de natura contractus, & sunt vnora & idem cum  
 ipso contractu, & assumit naturam actus super quo in-  
 terpositur.

Fortificase lo susodicho, considerado q̄ la fuerça q̄ la  
 parte cõtraria pretede dar para excluyr la dicha hija na-  
 tural del beneficio q̄ le resulta de la dicha mexora, por  
 prouidẽcia de la dicha l. 27. de Toro, es haziedo la inno-  
 uaciõ en virtud de las dichas clausulas del testameto,  
 y como son clausulas del mismo padre, y en exclusion  
 de su hija natural, y que el mismo instituyò por su vni-  
 uersal heredera estas clausulas, no se an de interpretar  
 en destruycion del derecho que de la dicha mexora a  
 su hija natural y vniuersal heredera podia resultar y  
 resultaua de la validaciõ de la dicha mexora: porque  
 esta su disposicion se ha de regular tambien por la dis-  
 posicion del derecho, q̄ no quiere ni permite q̄ aque-  
 llo que vno haze en proueeho resulte en su daño: pa-  
 ra lo qual es notable la decisio de la l. 3. s. si emanci-  
 patus. ff. de bonor. possess. contra tab. donde ayiendose

cafa-

casado vn hijo emancipado sin voluntad de su padre, muero dexando vn hijo: musio el abuelo, y pretendio el nieto succeder en su herencia, porque el abuelo le passo en silencio; pretendio contratabular el testamento del abuelo, admitiolo el Pretor, conforme al remedio de la *honorum possessio* contratabulas, rescindió de la emancipacion de su padre, y fingiendo le dexaua en potestad: opusole al nieto, que no era legitimo, por que rescindió la patria potestad, quedaua su padre casado contra la voluntad del abuelo, y por el cófiguiese no era legitimo, y determinó el Jurisconsulto que auia de ser heredero el abuelo: y por razon puso estas palabras: *Non enim per rescissionem is qui filius iustus esse efficitur, non filius sum rescissus, quo magis admittatur, non quominus adhibeatur.* Palabras que conuienen a nuestro caso, porque si el mismo padre aprueba la escritura, en que su hijo y vniuersal heredero por disposicion de la ley tiene derecho, no se ha de presumir que lo aprueba para quitarle el derecho, sino para que si le tiene, *quo magis admittatur, non quominus adhibeatur*: porque se ha de entender que aprueba el vinculo y escritura del, pero no que altere la succession para quitar el derecho de succeder a su propio hijo y heredero si le tiene: porque quien su propia substancia y herencia le dexó, con mucha mas razon fue visto dexalle el derecho de la lexora, que por ministerio de la ley se le daua, argumento fortissimo de que vso la ley. *cū quidam s. si enim. C. de institut. & substitu. ibi: Si enim sua substantia partem uxori dereliquit multo magis, & lucru. sam hereditatem ad matrem venire curabit.*

### \* SECVNDVS ARTICVLVS. \*

EN este articulo se assentaran tres interpretaciones de la l. 27. de Toro, contrarias a otras tres que da la parte contraria, con que quedará llana la justicia de la hija natural.

La primera interpretacion es, que los padres q me-  
joran

yoran tienen precissa obligacion, sin poder alterar el or-  
den de llamar a los descendientes ilegítimos en su lu-  
gar en la forma que tienen de llamar en el suyo a los  
descendientes legítimos, porque aunque vsa de las pa-  
labras, que los pueden hazer entre sus descendientes ilegítimos  
que son palabras *matre facultatis & voluntatis*, iuxta  
regulam. l. nō quidquid. ff. de iuditijs, atq; ita in his nō  
videatur pater subijci, necessitati vocanditales filios;  
sed in contrarium extant las postreras palabras de la di-  
cha. l. 27. de Toro, ibi: *I que de otra manera no puedā poner  
gravamen alguno, ni condicion en el dicho tercio.* Las quales  
como son palabras generales, generalmente se an de en-  
tender. l. de p̄ctio. ff. de publicianis, & omnes casus p̄e-  
cedentes comprehendunt, tūc quia clausulā in fine p̄-  
fira refertur ad omnia p̄cedentia. l. 3. §. filius inter me-  
dias. ff. de liber. & posthum. cum quia pariformiter de-  
uen determinat todas las substitutiones p̄cedetes,  
ex tegula textus. in. l. iam hoc iure. ff. de vulg. l. is, quan-  
uis. C. de impuber. quo argumento formam nostrae leg-  
is in omnibus substitutionibus, p̄cisamente defen-  
dunt in. d. l. 27. Castillo in principio, num. 50. cū sequē-  
tibus, & post longam disputationem eam firmat Telf:  
á num. 2. quamuis contrariæ partis argumento supera-  
tus fatetur rationē ignorate secure probat, Mieres de  
maioratu. 2. p. q. 6. num. 20. & omnes interpretes idem  
agnoscere. testatur Angulo de meliorationib. in. l. 11.  
glof. 7. nu. 3. & post eum Velazquez de Auendañ. in. d. l.  
27. glof. 2. á n. 2. & 14. Matieço in. l. 11. glof. 6. in principio,  
& ibi Azebedo. n. 44. tit. 6. lib. 5. recopilat. Gutierrez p̄-  
cticar. lib. 3. q. 52. á num. 5. y citandolos a todos el señor  
don Iuan del Castillo, lib. 2. quotidianar. cap. 30. nu. 11.  
que llama esta opinion mas comun y mas verdadera,  
& omnino amplectenda, y p̄dera las dichas palabras:  
*y que de otra manera no pueden poner gravamen alguno, ni co-  
ndicion en el dicho tercio*, llamandolas palabras expresas,  
y que cauilati non possunt, y la razon porque la. 2. 7.  
de Toro p̄ferio a los ilegítimos a los ascendientes,  
quibus legitima á meliorante debebatur, es porque  
como



Como el tercio es legitima de los hijos, presupuso la ley, que si no se le quitara el tercio, y pasara libre en los hijos, ellos se lo dexaran antes a sus hijos naturales, q no a los descendientes, y asi por esta razon la ley los quiso preferir, con lo qual se excluye la pretension de la parte contraria, en que pretendio en la tercera parte de su informacion, num. 18. que era volutario, y no pre ciso de la dicha ley: 27. Llamar los descendientes natu-  
rales.

La segunda interpretacion de la dicha ley es, que el padre que mexora a deponer el grauamen y substitucion, antes que lleguen los bienes a parar en los estraños, passe primero por los descendientes legitimos, y en su defecto por los descendientes naturales, y en su defecto por los colaterales, y en su defecto los estraños lo qual se entide en dos formas, que si los bienes son vinculados y de mayorazgo perpetuo, se suplá los llama mientos, aunque se omitan, guardandose la inten cion final del padre que mexora que los bienes esten siempre en su familia, admitiendo al omitido en su lu gar, y a falta de aquel en el suyo, a los llamados pre-  
postteramente, porque esto es mejor, que no quedar los bienes libres en el posttero, en quien se altera el orde, que es lo que discretamente consideró el señor D. luá del Castillo *contrauerfiat. d. lib. 2. cap. 7. inum. 4. ubi: Et substitutionibus ob uocationibus legis. 2. 7. Tauri ordinem non seruaerit, sed alterauerit illum, tunc in ea specie dispositio non uocabitur, sed potius ualebit, uocationes tamen ad formam eius legis reduci debent.* Y este su parecer lo emos vi to juzgado en vna grauissima causa q se conocio por dos salas en virtud de cedula de su Magestad, sobre las villas de Saacedon, y Villaluilla, en fauor de D. Alonso de Sandoual Portocarrero, contra don Alonso Pache-  
co de Salaçar, que auiedo sido omitida la hija mayor, aguela del dicho don Alonso de Sandoual por los pa-  
dres en la mexora de tercio y quinto, y exheredando-  
la aquel mismo dia que otorgaron entre viuos la me-  
xora en la hija segunda por via de mayorazgo en el

testamento que tambien a quel mismo dia otorgo. Y pretendiendo la hija segunda que eran bienes libres, por la opinion de Ayora, Gutierrez, y Angulo, y otros arriba referidos, se juzgó por la opinion del señor don Juan del Castillo, y el pleyto se juzgó por la sala del señor Francisco Flores, y la del señor Beredo de Velarde.

Y si la mexora no se dexa por vinculo y mayorazgo perpetuo, sino que se hazé substitutions simples, en este caso es fuerça que al hijo mexorado se le hagan las substitutions conforme a la dicha ley. De suerte que auiendo de llegar los bienes libres despues de la vida del hijo mexorado al extraño, sea en caso que al hijo mexorado, o al padre que mexoró falten descendientes legitimos, y tambien illegitimos, que ayá derecho de heredar, y falten ascendientes: porq̃ en auiedo entre medias qualquiera destes, no puede entrar el colateral extraño, que es la question nueva que dixo Azebed. in. l. n. tit. 6. lib. 5. recopilat. nu. 37. & 38. que nadie aya tocado, y el resolua que era fuerça de vno in alterum fredi debere substitutio, & in fauorem omnium descendentium poni grauatim antequam transitus fiat ad propinquos, & extraneos: y si en el extraño han de quedar los bienes libres, no haga transito en el, sino q̃ queden libres en aquel vltimo grauado, de quien no estando entre medias el que mandò la ley que succediesse antes que el colateral, auian de passar los bienes al colateral, y assi se entienda Ayora, Gutierrez, Angulo, y los demas que refiere el señor don luã del Castillo. d. cap. 7. n. 27. donde constituye en esta forma esta regla.

Y conforme a estos dos entendimientos desta ley, que son precisos, no pueden de ninguna manera entrar en los bienes desta mexora de tercio y quinto los colaterales extraños, estando de por medio la hija natural y heredera vniuersal del dicho Pedro Aluarez Bazan: por que si consideramos esta disposicion de mayorazgo, forçosamente para q̃ el mayorazgo no fenezca

ha de entrar la hija natural, sin embargo de q̄ no es llē  
 nombrada ni llamada: porq̄ la ley suple su llamamie-  
 to, como especialmente lo dize el señor don Juan del  
 Castillo. d. cap. 7. nu. 16. entendiendose no como se ha  
 pretendido entender, que diga, que si el fundador tras-  
 trocò los llamamientos, llamando primero los cola-  
 terales, que algunos descendientes, que aquel prepo-  
 sado se ponga en su lugar, engañados por las pala-  
 bras del dicho cap. n. 14. ad medium, *ordine non seruauit,  
 sed alterauerit*: porque en el dicho num. 16. clara-  
 mente dize, que ha de venir ad proximiores non nomina-  
 tos, & eos qui ordine legis Tauri, in proximiori gradu-  
 sunt, y verdaderamente esta mexora es mayorazgo:  
 porque quien duda, que si el dicho Pedro Aluarez Ba-  
 cau quedara con va hijo legitimado, como quedò cõ  
 va natural, que mandando su padre guardar el mayo-  
 razgo que en su fauor sus padres auian otorgado en  
 la escritura de la dicha mexora, que aunq̄ los padres q̄  
 anexoraron dispusieron que succediesen los nacidos  
 de legitimo matrimonio, y no los legitimados por  
 subseguente matrimonio, que auia de succeder: porq̄  
 en efecto el mismo hijo la llama mayorazgo, y siendo  
 lo, auia de succeder su hijo legitimado, y no por otro  
 derecho, sino por la ley. 17. de Toro, que absolutamē-  
 te llama a los hijos legitimos, agora nazcan constanre  
 el matrimonio, agora se legitimen por el subseguen-  
 te matrimonio: y siendo por la dicha. l. 17. de Toro pa-  
 ra excluir al extraño y gual el hijo natural con el legi-  
 timado, como excludera el legitimado à de excluder  
 el natural, porque la ley los equipara, no digo para q̄  
 natural y legitimado succedan juntos, sino para que  
 y gualmente estando qualquiera de por medio exclu-  
 ya al colateral en el vinculo fundado de la mexora,  
*equiparatorum enim idem est iudicium, Euerard. in  
 loco à ratione legis larg. nu. 52. & in loco à simili. n. 7.  
 vers. & generaliter. Osaf. decis. Pedemontana. 67. nu. 9.  
 Rolā. conf. 17. n. 2. & 15. lib. 2. Cephal. conf. 257. n. 17. lib. 2.  
 Farin. in fragmentis. r. p. de extensionibus. n. 201.*

Y ver-

Y verdaderamente que aunque la mejora se hizo corta, que el dicho Pedro Alvarez Baçan entendio siépre que era mayorazgo, y que entre todos sus descendientes estaua propagado que entendiése que era mayorazgo, claro está pues en las dichas clausulas a boca llena en la clausula del primer testamento, nombrando los bienes, dize que sus padres los dexaron vinculados que se cumpla el vinculo, y guarde, y en dezir esto lo dio por de mayorazgo, porque mayorazgo y vinculo es todo vno. Ioan. Gutierrez practicar. lib. 2. q. 85. n. 1. *en sequentibus. Mieres. 3. p. q. 1. per totum, dōde se cōtrouierten la vna palabra por la otra.* Y si dize que se guarde el vinculo, claro es que no entédio que los bienes eran libres, porque fuera la intencion contra el significado de las palabras, y mas claramente lo entédio en la clausula del vltimo testamēto, porq̄ a boca llena lo llamó mayorazgo otorgado en su fauor. Y q̄ entédiesse que en todos sus descēdiētes estaua propagado, y por todos lo aceptasse, es claro de la aceptación q̄ el dicho Pedro Alvarez Baçā hizo de la dicha mejora confesitiuamente a ella, porque aunque sus padres la hizieron en el y su hermano, y en sus hijos legitimos y naturales, nacidos de legitimo matrimonio, y no legitimados por subiguiente matrimonio, echando de ver el dicho Pedro Alvarez, que todos sus hijos y descendientes tenían derecho a la dicha mejora, conformandose con la ley. 27. de Toro, que suplia los demas hijos y descendientes legitimados por subsequente matrimonio y naturales, acepta por todos en esta forma: *E yo el dicho Pedro Alvarez Baçan por mi proprio, y por mis hijos y descendientes, y por las otras personas llamadas a este vinculo e mayorazgo, aceptó en nuestro fauor la estipulacion y otorgamie e vide sta escritura, y esta dicha donacion, &c.* Por donde euidentemente se muestra, que los hijos legitimados y naturales tienen expreso derecho, antes que los colaterales estraños, así en virtud de la escritura de mejora, como de la aceptación por la escritura de mejora, por que aunque no se llamaron los legitimados y naturales,

les, però la ley proueyò y supliò su defecto, echádo fue  
 ra antes de su lugar los colaterales estraños, por la acep  
 tacion del hijo meyorado, respecto de que expresseme  
 te por si y por sus hijos y descendientes absolutaméte  
 aceptò, y no por solos los hijos legitimos nacidos, du  
 rante el legitimo matrimonio, conforme a la escritu  
 ra, y claro es, que appellatione filiorum & descenden  
 tium in genere: que se entien den los naturales, vt ex  
 pressè probatur in. d. l. 27. Tauri, la qual auiendo habla  
 do primero de los hijos legitimos, y de los naturales,  
 luego dize: y a falta de los dichos descendientes, com  
 prendiendo asì a los vnos como a los otros, debaxo  
 de la dicha palabra, descendientes. Lo mismo se prue  
 ua por la. l. i. tit. 8. lib. 5. recop. ibi: *Como son los descendientes  
 a ellos en todos sus bienes; de qualquier calidad que se a, en caso  
 q los dichos descendientes no sèg ahijos, ò descendientes legitimos, ò q  
 ay a derecho de los heredar los naturales.* Idè probatur ex. l.  
 3. tit. 14. par. 4. dõde dize, que el Rey y el Conde es illust  
 re, y sus descendientes, comprendiendo en esta pa  
 labra no solo a los legitimos, sino a los naturales, y el  
 mismo intento se prueua ex. l. cognoscere. §. liberorũ.  
 ff. de verbos. signifi. vbi gl. i. verb. sed omnes, & in. l. li  
 berorum eiusdem tituli, ibi: *filiorũ appellatione omnes qui  
 nobis descendunt contineri; & in. l. Lucius. 88. §. dama; in  
 fine deleg. i. i bi: quia: creditur appellatione filiorum & natu  
 rales liberos contineri.* Y esto estan cierto, que Cãlidas Pe  
 nera en el responso. l. nu. 12. vers. quinto suffragatur, vi  
 uia dezic estas palabras. *de verbum filius ita comprehen  
 dit legitimos sicut naturales, immo proprius naturales continet  
 quia sint a natura, quã legitimos, cum sint a lege & iure pasi  
 uo unde nomen acceperunt.* Y alega para esto a Alciato  
 en regula. de presumptionib. num. 1. y como por prou  
 idencia de la ley vienen los hijos naturales, esta acepta  
 cion del padre, por si y por sus hijos y descendientes, abra  
 ca tambien la disposicion suplida por la ley, porque  
 quãdo la aceptacion no fuera tan expresse, y fuera sim  
 ple aceptacion y consentimiento, no solo auia de abra  
 car lo expresse en la escritura, pero a quello que por

prouidencia de la ley le era y es connexo, Andrezas de  
Hernia in cap. 5. colum. 5. qui successio. tene. in vñibus  
fœudor. quem refert & sequitur optime in proposito  
Surd. decil. 182. num. 7. cuius verba sunt: *Et cum ascen-*  
*sus extendatur ad cõnexa etiam amplecti debet hunc casum,*  
*qui ex legis fictione, & prouidentia est connexum.* por las  
clausulas del testameto: porque como se ha referido,  
entendio el dicho Pedro Alvarez que era la fundacion  
mayorazgo.

Si consideramos esta disposiciõ en la forma que la  
forma que la parte contraria la considera, que muriẽ-  
do los dos hijos sin descendientes legitimos en la for-  
ma del llamamiento, cesse el mayorazgo hecho en  
ellos, anfi mismo es fuerza que estando de por medio  
la dicha hija natural no puedan passar los bienes de la  
mexora a los colaterales estraños: porque los fundado-  
res, que fueron Iuan Diaz Zaua, y Francisca Hernan-  
dez su muger, manda que fenecidos los dichos descẽ-  
dientes cesse el vinculo dellos, y como cada vno tenia  
su mitad en los bienes, y quiso acomodar sus parientes  
colaterales, el dicho Iuan Diaz Zaua dispone de los  
suyos, haze los primeros llamamientos en vnas sobri-  
nas, de las manda que vengã en otras, que son las reas  
en este pleyto, y que si ellas murieren sin hijos o nie-  
tos, vengã a vna obra pia: La dicha Francisca Fer-  
nandez de la parte que lo toca de su tereio haze vna  
lo gradual en vnas casas principales en cabeza de Ma-  
ria de Escalera su sobrina, y en todo su linage para si-  
pre con prohibicion de enagenacion: y de la parte de  
oliuar que le toca haze otros llamamientos, mandãdo  
cierta parte a sus sobrinos, y que se eche lo demas en  
renta perpetua, para que se cumpla vna memoria pia.  
Y esto de su contextura se vee que es derecha mente  
cõtra la dicha ley de Toro, porque auẽdo substitu-  
ciones y fideicomisso de vnos en otros, y llamamie-  
tos en defecto de hijos y nietos de la parte del dicho  
Iuan Diaz Zaua en los colaterales estraños, estando  
passados en silencio los hijos naturales, y de por medio  
la

La hija natural, no pudo hazer las dichas substitusio-  
 nes y fideicomisso, por que entonces solamente pu-  
 dieran succeder los colaterales, quando la dicha hija  
 natural no estuiera de por medio, o bien que no vuie-  
 ra nacido, o al tiempo que muio su padre fuera muer-  
 ta: pero no q estando de por medio se halle sin la me-  
 xora, y que los colaterales estraños en virtud de la es-  
 critura della se le prefieran. Y lo mismo es en la parte  
 de la dicha Francisca Hernández, que hizo vinculo gra-  
 dual en las casas principales de su parte. Y en otra par-  
 te fundó memoria pia, que tambien es vinculo; y la di-  
 cha l. 27. de Toro, aunque da facultad que puedan pon-  
 ner a la mexora del tercio los vinculos, sumisiones, y  
 substituciones q quisieré, es cõ tanto q los haga prime-  
 ro en sus descendientes legitimos, y a falta en los illegiti-  
 mos q ayá derecho de heredar, y a falta en los ascendi-  
 tes: y yltimamente a falta de todos, en los parientes co-  
 laterales, y como se halla alterado, y q aquellos bienes  
 que era fuerza que auian de quedar libres en el vltimo  
 descendiente legitimo, parando en el el mayorazgo de  
 los descendientes: pues aunque paró el mayorazgo, no  
 pararon los vinculos, sumisiones, y substituciones,  
 sino que omitiendo los descendientes legitimados por  
 subsequente matrimonio, y los naturales se hizieró en  
 los colaterales estraños, es fuerza que se prefiera la hi-  
 ja natural, y heredera vniuersal del hijo mexorado, en  
 quien pararon los bienes, de quien se pretende hagan  
 transito los bienes de mexora a los dichos colaterales,  
 en perjuizio de su misma hija natural, y heredera vni-  
 uersal, que como hija natural entra por su propria ca-  
 beza en su lugar, lleuando adelante la disposicion de  
 la mexora, y tomandola con los cargos della, sin que se  
 altere en mas, que como auia de suceder los estraños:  
 en el mayorazgo de las casas, y en las demas substitusio-  
 nes, cargos y grauamenes, entre con estos mismos  
 el tal hijo natural, cõ lo qual se guarda lo dispuesto por  
 los padres que mexoraron en el fin y substancia de la  
 escritura de la mexora que se conseruen estos bienes  
 que

que se distribuya lo que manda que quede sujeto, que es la opinion arriba referida del señor dō Iuan del Castillo, porque mejores conseruar la disposicion, y llevarla adelante en lo posible, que no destruylla de todo punto, por quanto en la escriptura de la mexora se hallan dos cosas, perpetuacion, substitutiones, y obras pias: y dexando la escriptura en su fuerça, como mandato calificado, que si no puede cumplir in facto, seu substantia, impietur in modo, seu qualitate. l. 4. C. de nauicularijs. lib. 11. vbi notat Ioan. de Platea, que si se manda a vn oficial que lleue cien cargas de trigo con tal nave, que si aquella estuviere impedida, se à de llevar cō otra que pueda llevarse, ad idem est text. in cap. pisanis, de restit. spoliator. vbi Abb. num. 5. notat quod mandatū qualificatum, distribuitur in duo mandata, & si nō potest impleri in facto seu substantia debet adimpleri in modo seu qualitate. Ex quo inferitur secundum eum quod si duo mandantur, & data certa forma, licet non possint simul adimpleri, debet tamē fieri quod potest & valebit actus, & est bonus textus de hoc in .l. in testamento, ff. de cōditionibus & demonstrationibus, quādo enim non potest seruari voluntas in impossibile seruari debet impossibile, vt ibi deciditur, & in .l. si mihi & tibi. §. proculus. ff. de leg. 1. legatum ciuitati. ff. de usufructu leg. 1. in insula. §. 1. ff. locati. & quod notant Bart. & alij in .l. multa. in prin. ff. de conditionibus. & demonstr. & in .l. 1. ff. de leg. 2. & in .l. fin. §. sed si quis. C. communia de leg. Y entra también como heredera vniuersal para llevarse los bienes de la mejora libremente, por auer parado los bienes libres en el dicho Pedro Alvarez Bagan, en caso que no se tengan por vinculados en los colaterales estranos, pues en este caso como la parte contraria confiesa y confesso en la quarta parte de la informacion que dio en vista, se anullá los grauamenes, y quedan los bienes libres: y como dexamos fundado en el primero articulo, en el vers. que empieza, lo segūdo porque no solo la dicha mejora tomó fuerças, <sup>fol. 7.</sup> pagina quando no aya de auer los bienes como hija natu-



natural, ocupando el lugar de en medio omitido, los á de aver como heredera vniuersal del dicho Pedro Al natez Baean, en quien la parte contraria confieffa que daran libres, y por su nueua disposicion de las clausulas del testamento.

La tercera interpretacion de la dicha ley de Toro es, que los vinculos, submisiones, y substituciones, q̄ que al hijo mexorado se le an de poner, an de ser primero en los descendientes legitimos, ó illegitimos q̄ ay an derecho de heredar, agora esten nacidos ó por nacer, al tiempo que se haze la mexora en esta forma, que si el hijo mexorado, o otro de sus hermanos, despues de hecha la mexora tienen hijo legitimo ó natural que se halle al tiempo que muere el mexorado, no pueden passar los bienes de la mexora, en el otro genero de descendientes naturales, y si ay descendiente natural, no puede passar en el ascendiente, y si ay ascendiente, no puede passar en el collateral pariente, y si ay collateral pariente, no puede passar en el extraño: que este sea su entendimiento liso y llano de la dicha ley. 27. parece claro, porque vsa deste nombre, general, con tanto que lo fagan entre sus descendientes legitimos, y a falta dellos entre sus descendientes illegitimos, y a falta de los dichos descendientes, entre sus ascendientes, y a falta de los ascendientes, entre sus parientes, y a falta de los parientes entre los extraños, y en este modo de disponer la ley, no mirò personas particulares nacidas, ni por nacer, sino en genero, quiso comprehender todos los descendientes que de los hijos mexorados se hallassen en qualquier tiempo, porque por esso vsò de la palabra, descendientes, que in infinitum significa en qualquier grado que esten aquellos que descien den de aquella persona, cuyos descendientes estan llamados, porque esta palabra, descendiente, es la que corresponde a la palabra, liberi, de la qual quando se vsa, se comprehenden en infinitum, todos los que descien den .l. liberorum. ff. de verbor. signifi. ibi: toties enim leges necessarium ducunt in cogitatione singularum nominibus, uti, veluti, filij, nepotes, pro nepotes,

potest, ceterorum, ve qui ex his descendunt, quoties non omnibus  
qui post eos sunt, praestitum voluerint, sed solis his succurrer, quos  
numeratim enumerarent, at ubi non personis, non quibusdam  
gradibus praestatur, sed omnibus qui ex eodem genere orti sunt,  
liberorum appellatione comprehendantur. S. i. in auth. de haereditatib.  
venietib. ab intest. l. fin. C. de suis & legitimis haereditib. & ita omnes qui a primo praeveniunt proprii  
sunt de illius liberis, posteris, & descendencibus. l. iurii  
consultus. §. parietes. ff. de gradibus, cap. nouit extra de  
iudicijs, & idcirco in fideicomisso ordinata fauore descendentium,  
omnes in infinitum comprehendit precise, aduertit Natta conf. 331. n. 24. Grat. conf. 133. num. 17. vol.  
2. y es tan fuerte la dicha palabra, descendientes, que los  
comprende todos, y basta vsar della, sin aña dir la pa  
labra, perpetuo, o in infinitum: por que si se vsa dela pa  
labra, liberorum descendencium, & posterorum, q̄ son  
vna misma cosa, significan in infinitum, la dicha descendentia,  
como alegando muchos textos y autoridades lo resolue Peregri  
no de fideicommissis, artic. 30. num. 2. 13. & 14. y así los commentadores de la dicha  
l. 27. de Toro van vsando de las mismas palabras de la ley,  
sin referirse a particular de hijo, o nieto, o viznieto, sino  
hablando con la misma generalidad de la ley, y la razon misma  
lo muestra: porque a comuniter accidentibus, raras vezes los  
padres mejoran a sus hijos teniendo nietos dellos, y fuera  
muy restringible la dicha ley, y muy raras vezes de efecto,  
si solo en caso q̄ el descendiente de los tales hijos mejorados,  
q̄ fuesse nacido, tuuiesse derecho a la mejorada, y no siendo nacido,  
sino que se procreasse, despues no tuuiesse el tal derecho,  
y que estando ellos de por medio por la muerte de su padre,  
passasse la mejorada al pariente colateral extraño, llamado  
contra la intencion de la misma. l. 27. y las palabras tan  
comprehensiuas della. Y viendo la parte contraria que esto  
es verdad, y q̄ todos quantos Doctores han escrito sobre  
la dicha. l. 27. de Toro van esta lectura, excepto los que  
haremos mencion, pareciendole dura pretension, tomandola en  
general,

neral dize, que en los descendientes illegitimos se limita la dicha. l. 27. de Toro, a solos los hijos que estan ya nacidos al tiempo que se haze la mexora, ponderando a quella palabra de la dicha ley, *que lo puedan hazer entre sus descendientes illegitimos que ayen derecho de los poder heredar*; y dize que ha de concurrir al tiempo de la mexora la calidad de poder heredar cõ su nacimiento, y que no siendo nacido no puede concurrir con el colateral o extraño.

Esto entendimiento es falso de todo punto, y es no entender la dicha. l. 27. de Toro. Para lo qual presupõgo lo que la misma ley dize, que los grauamenes, vinculos, y sumisiones se han de poner primero en los descendientes legitimos, y a falta en los illegitimos, *que ayen derecho de poder heredar*, las quales palabras, *que ayen derecho de poder heredar*, estan puestas en declaracion de quales descendientes illegitimos han de ser llamados: porque como esta palabra, illegitimos, la contrapuso la ley a la palabra, legitimos: y como en su generalidad comprehendia todos los que no fuesen descendientes legitimos, agora fuesen naturales adulterinos incestuosos de dañado y punible ayuntamiento, o espurios, para modificar esta generalidad tan grande, y calificar qual especie de los descendientes illegitimos eran los que se auian de substituyr, puso la dicha palabra, *que ayen derecho de los poder heredar*, en cuya virtud la dicha ley està interpretada y limitada a solos los descendientes naturales, sic in specie interpretatur Tell. in. d. l. 27. n. 11. Martiẽ. in. l. 11. gl. 5. tit. 6. lib. 5. recopilatio. Velazquez in. d. l. 27. gl. 2. num. 14. in princip. qui testatur omnes, ita se cure præsupponere Azebedo in. d. l. 11. nu. 44. tit. 6. lib. 5. recopil. Angulo d. l. 11. gl. 7. num. 3. quam vocat communem, aunque el lo quiso restringir a solo el illegitimo natural, respectõ de la madre, aunque es reprobado, como lo adierte Azebedo. d. gl. 11. num. 24. Y en esta conformidad de q̃ todo vn genero de descendientes legitimos, se à de preferir al genero de descendientes illegitimos naturales,

les,

les, sin que auiedo persona en medio del vn genero, pueda entrar el otro genero ò persona del, tenet Ioan. Gurier. in practicis. lib. 2 q. 67. num. 4. y lo concluye cõ estas palabras: *In eodem tamen genere personarum, videlicet descendantium legitimorum, vel illegitimorum, & ascendantium, bene locum habebit, prædicta electio & prælatio eodẽ vel dispari gradu, sed fieri transitus de vno genere ad aliud minime poterit, nisi prius vocatis omnibus illius prioris atque præcedentis generis.* Y esto es tan cierto, que Angulo in. d. l. 11. glos. 5. nume. 4. echando de ver el gran detecho que el hijo natural del vltimo possedor tiene en virtud de la dicha ley. 27. de Toro, resuelue, que solo le preferira en la mejora el descendiente legitimo del padre que mejora, pero que el se preferira a los otros collaterales legitimos, que no son descendientes.

De lo qual se colige, quan mal la palabra, *que ayán derecho de poder heredar*, la parte contraria la refiere al acto de poder suceder, siendo el hijo natural nacido, al tiempo de la mejora, no mas de por su cabeça, porque no ay autor que tal diga, ni tal diferencia haga en hijo natural, porque tres son los autores que alega para esta limitacion, y ninguno dellos la pone, porque Mieres 2. p. q. 6. num. 25. no la tratò con esta distincion, sino en general dixo, que se podia inferir vna limitacion a la dicha ley. 27. de Toro, q̄ aunq̄ los padres estan en la mejora obligados a llamar primero todos los descẽdientes, se aya de entender en los que estan nacidos al tiempo de la mejora: y pondera estas palabras: *con tanto que lo hagan entre los descendientes legitimos que ayán derecho de los poder heredar*, y las palabras que pone y su ponderacion es falsa, porque aquella palabra, *que ayán derecho de los poder heredar*, no està afida como el dize, a la palabra, *con tanto que lo hagan entre sus descẽdientes legitimos*, que si alli estuuiera afida, vuiera lugar su ponderacion, porq̄ no calificaua que descendientes legitimos tienen derecho de suceder, pues todos ygualmente le tienẽ, y parece que solo miraua al nacimiento: pero como no està aquella palabra: *q̄ ayán derecho de suceder*, en la parte dõ,

de

de el la pone, sino en la clausula subiguiente: *ya feita de los, que lo pae dan hazer entre sus descendientes illegitimos, q ayen derecho de los poder heredar, la dicha palabra: que ayen derecho de les poder heredar, no mira al tiempo de la sucesion, sino a calificar el descendiente illegitimo que á de ser llamado despues de los descendientes legitimos, y esto es ta claro, que viendo la ley; y el lugar de Mieres, se vee con euidencia.* ✻ Y Azebedo que lo alega tambien la parte contraria, dicta. l. ii. numero 47. folamente dize, que Mieres dixo que se entendia la dicha. l. 27. en los descendientes nacidos al tiempo de la mexora, sin aprobar ni disputar si era verdad mas que dezir, fulaao dixo esto, refiriendola en la generalidad de descendientes, sin especialidad de legitimos, o illegitimos. ✻ El tercero autor que alega es a Parlador. lib. 3. quouid. q. 6. n. 3. in fine, el qual tratado de vna emphiteusi, que se auia concedido a vno para si y sus herederos, y la vinculó por mexora en su familia, y el vltimo descendiente, nombró en ella a vna hija natural de su hermano, a quien confirmó el nombramiento el señor del directo dominio, y entre el agnato mas proximo y la hija natural se litigó: y defendiendo al agnato Parlador. por dezir, que el emphiteusi se concedio al primero y sus herederos, y que auia de preuater el agnato heredero a la descendiente natural, que no tenia esta calidad, y satisfaciendo a la. l. 27. de Toro; para que conforme a ella auia de entrar en su lugar su substitution: responde que la dicha. l. 27. de Toro se ha de entender de los descendientes que al tiempo del testamento estan nacidos, y contentase y alega la. l. si quis filio exheredato. s. i. ff. de iustitio rupto, que dispone, que no puede romper el testamento el nierno, q ni era nacido, ni concebido al tiempo que se hizo, y murio el testador, esto es lo que dize este autor: de fuerte que la respuesta que da a la. l. 27. de Toro no es en especial que en el hijo natural hable en el nascido, sino general en todos los descendientes no nacidos, que no habla. Y es opinion falsa, y contra todo el corriente,

K

porq̄

porque en llamamiento de nombre collectiuo, acto á comprehender nascidos y no nascidos, que se ha de verificar despues de la muerte de los grauados, los no nascidos al tiempo de la disposicion se comprehendē, l. peto. §. fratres. ff. de leg. 2. ibi: *omnes fideicommissum petent qui in familia fuerint*: porque como la substitució se ha de hazer en el hijo mexorado en sus descendientes antes que en los collaterales, referida la succession al tiempo de su muerte, caso incierto, si los tendra o no, veniunt descendentes qui nati non sunt tempore dispositionis dum modo sint in rerum natura, quando euenit actus successioneis, Roland. alios citans, consil. 70. n. 10. vol. 3. Cephal. consil. 16. nu. 63. vol. 1. Mantica de cōiectur. vltimar. lib. 8. tit. 22. num. 24. y como para la ley que indistintamente dispuso en fauor de los hijos, que ya que fuessen grauados en el tercio, quiso primero en sus descendientes se hiziesen las substituciones, no se pudiendo considerar en substitucion que se ha de verificar despues de la muerte del mexorado mas especialidad en los descendientes nascidos despues de la mexora, que antes es fuerça vnos y otros se comprehendan, vt optimè considerabit Castrenf. consil. 247. n. 3. circa fin. vol. 1. Surd. consil. 120. n. fin. lib. 1. y ansi por todas partes es cierta la justicia del dicho don Felipe, y la dicha doña Francisca su muger, para que se reuocque la sentencia de vista, y declare en su fauor. Salua en todo la dignissima correccion de V. m.



