



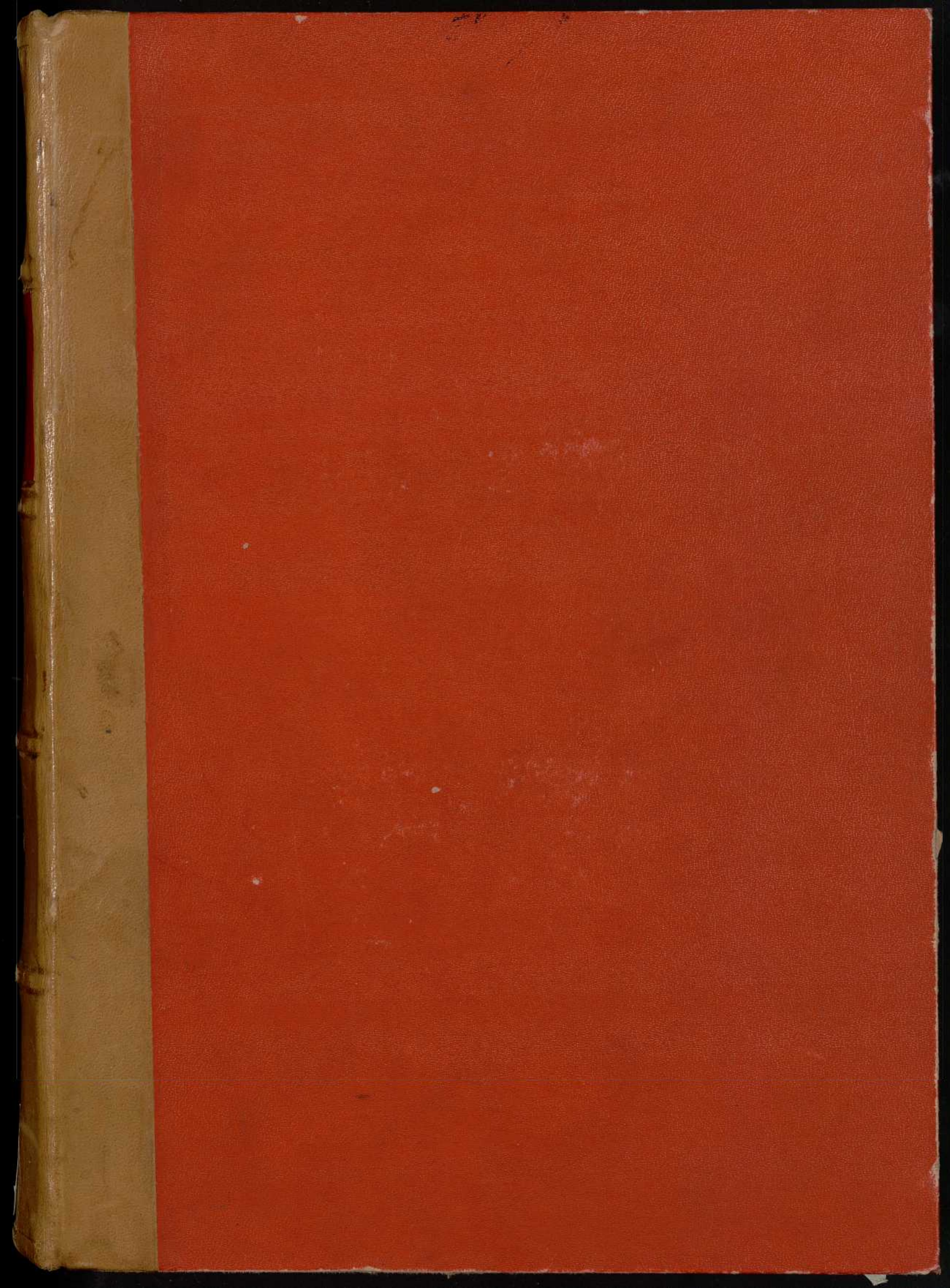
COLECCION  
MONTENEGRO

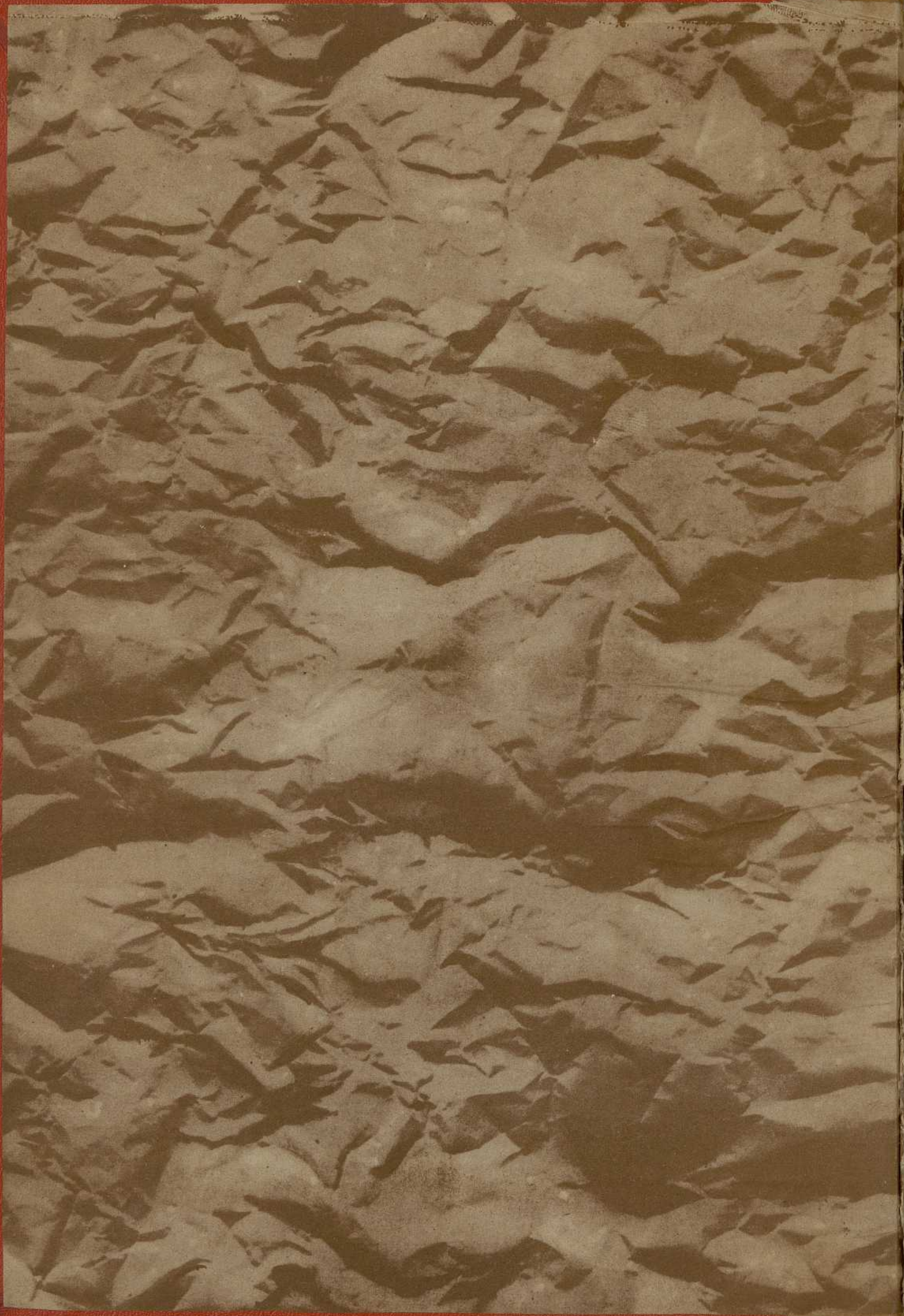


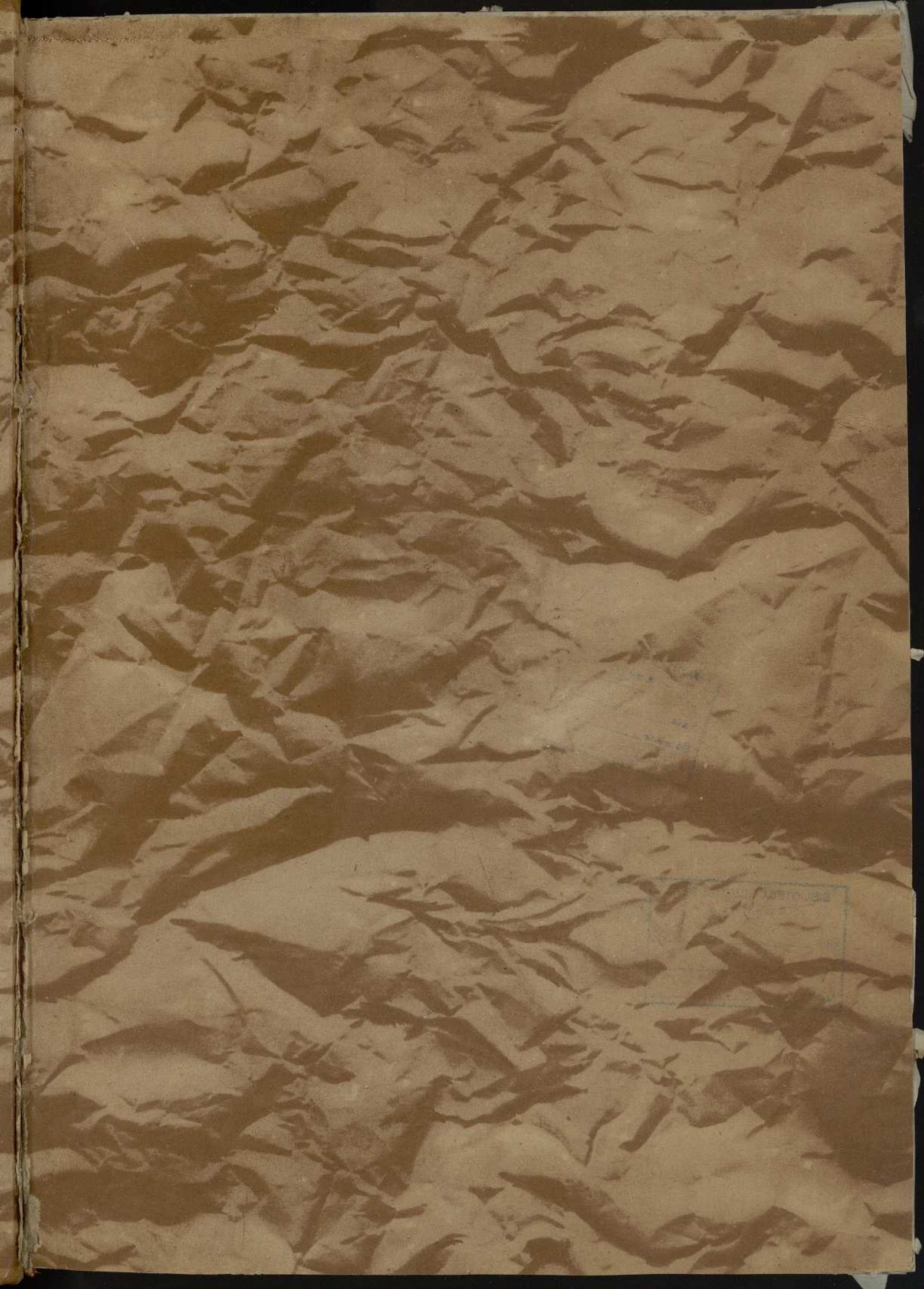
BIBLIOTECA  
UNIVERSITARIA



A  
44  
116







~~BIBLIOTECA HOSPITAL REAL  
GRANADA~~

~~Sala: B~~

~~Estante: 37~~

~~Número: 11~~

BIBLIOTECA HOSPITAL REAL  
GRANADA

Sala: A

Estante: 44

Número: 116

~~BIBLIOTECA HOSPITAL REAL  
GRANADA  
Sala: B  
Estante: 37  
Número: 11~~

BIBLIOTECA HOSPITAL REAL  
GRANADA  
Sala: A  
Estante: 44  
Número: 116

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29

R. 13425

2-15

cc-30

2-15

B-37

11  
11

Photo 4

A  
H



13451



457836FFP



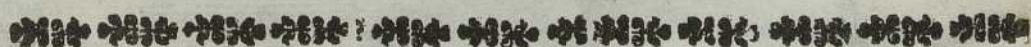


# P O R D. Y N E S

ASCANIO DE LA GVERRA  
y Viera, viuda de el Capitan de Cauillos Co-  
razas Don Pedro Carrasco y Ayala, Regidor  
que fue de la Ciudad de San Christoual de la  
Laguna, y Alguacil mayor de el Tribunal  
de la Santa Inquisicion de dicha  
Ciudad.

*EN EL PLEYTO CON*

DON BERNARDO DE ASCANIO  
Lercaro, vezinos de dicha Ciudad, en la  
Isla de Tenerife.



*Impressa en Granada, En la Imprenta Real de Francisco de  
Ochoa, en la calle de Abenamar. Año de 1675.*



P O R D . D . Y N E S

A S C A N I O D E L A C V E R R A

y Viera, vinda de el Capitan de Cavallos Co-

razas Don Pedro Carasco y Ayala, Regidor

que fue de la Ciudad de San Christoval de la

Laguna, y Alguacil mayor de el Tribunal

de la Santa Inquisicion de dicha

Ciudad.

E N E L P E R T O C O N

D O N B E R N A R D O D E A S C A N I O

Regidor, vezinos de dicha Ciudad, en la

Isla de Tenerife.

1770 1771 1772 1773 1774 1775 1776 1777 1778 1779 1780 1781 1782 1783 1784 1785 1786 1787 1788 1789 1790

Impressa en Granada, En la Imprenta Real de Francisco de  
Ochoa, en la calle de Abenamar. Año de 1675.

N. 1. **L** HECHO DE ESTE PLEYTO ES MUY <sup>2</sup>  
dilatado, y de que ay Memorial ajustado con  
las partes, con que solo se referirà de el, lo que  
correspondiere à la proposicion juridica en el lugar que se ne-  
cessitare.

2. **Y** por ser estraña la introducion de esta deman-  
da, respecto de auer quedado pendiente el juyzio possessorio  
(si no se entiene terminado con la transaccion, que en virtud  
de Real Facultad se hizo entre Don Martin Ascanio, padre de el  
dicho Don Bernardo, y la dicha doña Ynes Ascanio y Viera, que  
oy litiga) con dos sentencias de el Ordinario, y de la Audiencia  
de Canaria à favor de la dicha doña Ynes, que parece, que aun  
en caso que se abriera la puerta à el litigio, anulando la transac-  
cion, que obsta se auia de continuar aquel que quedó pendien-  
te, sin passar a el, que oy està formado: pretendiendo dicho Don  
Bernardo se ha de declarar por sucessor de el vinculo, y mayo-  
razgo que fundò el Doctor Christoual de Viera, vezino que  
fue de dicha Ciudad, en el año passado de 619. y la dicha doña  
Ynes pretendiendo ha de ser absuelta, y dada por libre de dicha  
demanda, y que se le imponga perpetuo silencio à el dicho D.  
Bernardo, y la sentencia de el Iuez inferior de dicha Ciudad de  
San Christoual, fue absolver, y dar por libre à dicha Doña Ynes,  
y la de su acompañado, condenarla a la restitucion de dichos  
bienes, declarando à el dicho Don Bernardo por sucessor de di-  
cho mayorazgo, y apelado por vna, y otra parte à la Audiencia  
de Canaria, y remitido a vn Iuez particular, que lo fue el Dean  
de la Iglesia de dicha Ciudad de Canaria, fue la sentencia: con-  
firmar la de el Acompañado de el Inferior de dicha Ciudad de  
San Christoual, condenando a dicha doña Ynes à la restitucion  
de los bienes de dicho vinculo, de que por la susodicha se inter-  
pulo suplicacion para esta Real Audiencia, pretendiendo se re-  
uoque dicha sentencia, absolviendola, y dandola por libre de  
dicha demanda, y para proponer con distincion los fundamen-  
tos juridicos que asisten a su pretension, y proceder con claridad,  
se diuidiran en los Articulos siguientes.

3. **E**n el primero se fundara, que la transaccion he-  
cha entre la dicha doña Ynes Ascanio y Viera, litigante, y Don  
Martin Jorge Ascanio, padre del dicho Don Bernardo, litigan-  
te,

te, en fuerza de peremptoria obsta à el dicho Don Bernardo, y a otro qualquiera que pretenda derecho a este mayorazgo, por la linea de el dicho Don Martin Jorge, y cierra la puerta à el litigio, y pretension del dicho D. Bernardo.

4 ¶ En el segundo, que aun quando dicha transacciõ no le perjudicara à dicho Don Bernardo, no podia tener derecho à la sucession de este mayorazgo, en virtud de el nombramiento que hizo doña Clara de Viera para la sucession de el en Don Iuan Alcanio, abuelo de el susodicho, por auer sido nulo.

5 ¶ En el tercero, que aun quando este fuesse valido pudo muy bien la dicha doña Clara de Viera alterarlo, assi por ser reuocable el dicho nombramiento, como, por que aunque no lo fuesse, auiendo muerto el dicho Don Iuan de Alcanio antes de la noticia, y aceracion de el, y sobreviuido muchos años à el susodicho la dicha doña Clara de Viera, eligente, se caducó, y no tuuo efecto la eleccion, y nombramiento hecho en el susodicho, y realumió la dicha doña Clara el derecho para bolver a hazer nueva eleccion, y nombramiento para dicho mayorazgo en otro qualquiera.

6 ¶ En el quarto, y vltimo, que aun quando tuuiera falencia todo lo referido, la dicha D. Ynes Alcanio de la Guerra y Viera, sin necessitar de la eleccion, y nombramiento hecho en la susodicha, para la sucession de dicho mayorazgo, por la dicha doña Clara de Viera su madre, tiene llamamiento, y derecho à la sucession de el, por la voluntad de doña Ynes de Viera, y de el Doctor Christoual de Viera, Fundador de dicho mayorazgo de bienes propios suyos, y de los de la dicha doña Ynes su hermana, tios ambos de la susodicha.

### ARTICULO PRIMERO.

7 **E**S cierto, que a los poseedores de mayorazgo està prohibida la transaccion, por la qual se disgreguen de el bienes que antes tenia, por ser especie de enagenacion, que repugna à la naturaleza de mayorazgo, y assimismo por estar prohibida por los Fundadores, ex l. *Marcellus*, §. *res qua*, ff. *ad Trebell. l. peso*, §. *fratre*, ff. *de legat. 1. l. final*, §. *sed quia*, §. *sin autem cum seqq. C. commun. de legat. Dom. Molin. lib. 4. cap. 1. à num. 2. §. cap. 9. num. 7. vbi Addentes,*

3  
a num. 2. Miercs, part. 4. quest. 22. & cum pluribus Valer. de  
transact. tit. 4. quest. 2. per tot.

8 ¶ Y lo referido corre no solo, quando por la trans-  
faccion se enagenan bienes de el mayorazgo, si no tambien  
quando por ella se altera la forma de suceder, por que como es-  
ta no dependa de el poseedor, si no de el Fundador de dicho  
mayorazgo, es cierto, que por si no puede el poseedor quitar  
el derecho que tenia, licet in spe, el sucesor a quien legitima-  
mente tocava por voluntad de el Fundador, vt expresse notat  
Padilla, in l. unum ex familia, §. si de falcidia, num. 20. Dom.  
Molin. lib. 1. cap. 8. nu. 34. vbi Addentes D. Castillo, libr. 3. con-  
tron. cap. 28. num. 6.

9 ¶ Esta es la regla que se sentará por parte de el di-  
cho Don Bernardo; pero es preciso se adviertan las limitacio-  
nes que padece, y los casos en que la transaccion en cosas de  
mayorazgo, y forma de suceder, puede, y debe subsistir, de per  
se, y sin que intervenga Real Facultad, y quando, y con que cir-  
cunstancias el Assenso de el Principe, y Facultad Real, le dé fir-  
meza, y validacion.

10 ¶ Y aunque sea cierto, que la forma de suceder, ex-  
pressada por el Fundador, no se pueda alterar por transaccion,  
ni pactos matrimoniales, que es en los terminos, que lo tocan  
los Autores de el Reyno: atamen, quando esta es dudosa por su  
pacto, y conyencion la pueden interpretar, y declarar los pos-  
sedores de los mayorazgos, o que tenian esperanca de suceder,  
y en este caso, por la contingencia, y duda es valida la transac-  
cion, y conyencion entre ellos, aunque sea sin Facultad Real,  
vt expresse notat Dom. Paz, de tenut. cap. 57. num. 200. donde  
auiendo sentado la regla antecedente, inquit: *Quod tamen li-  
mitarem si tempore contrahendi matrimonij aliquis ex coniu-  
gibus, & si primogenium non possideret, nec spem succedendi  
radicatam, & incommutabilem haberet, speraret tamen suc-  
cessionem; quia unus tantum eum praeceperet, essetque senex,  
eiusve uxor, aliudve impedimentum superesset, ex alia ve cō-  
sideratione pacisciretur inter partes, ut si casus successionis eue-  
niret, tunc filius primogenitus eligat, alteriusque maioratus  
successio ad secundogenitum transeat, puto enim hanc matri-  
monialem pactiōnem obseruandam; tum, quia contrahentes*

legem Regni ita interpretari voluerant, tum etiam quia si-  
cut matrimonium differre potuerunt, donec successio continge-  
ret, vel eius inuariabilis spes; ita, & per pactum potuerunt  
preuenire, ut successio retrotrahatur ad tempus matrimonij  
contracti, & in hoc casu non esse opus Regia facultate, autumet  
Molina, sic intelligendus, lib. 1. cap. 8. num. 34. Y aun en bie-  
nes de mayorazgo si se duda si lo son, ó no; y prosigue: aqui afir-  
mar Autores de el Reyno ser valida la transaccion, que sobre  
ello se haze por los poseedores. Mieres, *di. qu. 22. num. 17.*  
Dom. Larrea, *decis. 68. nu. 19.* Valer. *de transact. tit. 4. qu. 2.*  
*num. 36.* & Dom. Castell. *referens litem quandam, & eius de-*  
*cisionem in isto Senatu, lib. 4. controuers. cap. 35. ex num. 32.*  
*vsque ad 63.*

11 ¶ Y aunque los Addentes de el señor Molina, *di. qu.*  
*cap. 8. num. 34.* dicen, es muy peligrosa esta doctrina de el señor  
Paz, como se manifiesta por la razon que dan, hablan, quando  
los transigentes, ó paciscentes altera orden fixo de suceder, mas  
no quando interpretan duda, y contingencia; y esto es cierto,  
corre con mucha mas razon en el caso de este pleyto, que en la  
hipotesi que pone el señor Paz; pues en ella solo huuo de con-  
tingencia, el que se pudo suspender el matrimonio hasta la su-  
cesion, para que se causasse la incompatibilidad de la ley Real  
de concurso de dos mayorazgos por matrimonio; mas despues  
no duraua esta duda, y es cierto, que en nuestro pleyto la aña  
mayor à el tiempo de la transaccion, y oy existe, como se reco-  
nocerá de lo que despues se fundará.

12 ¶ Y en terminos de fideicomissos, que sea valida  
la transaccion hecha por las partes, quando ay duda en el dere-  
cho de los pretendientes, es expressa doctrina de Peregrino, *de fi-*  
*deicommiss. artic. 52. à nu. 88.*

13 ¶ Y en los terminos de este pleyto parece corria cõ  
mas seguridad la transaccion que las partes hiziesen, pues la  
causa final, y razon de la prohibicion de transigir ( como se re-  
conocerá de los Autores arriba citados ) sobre la forma de su-  
ceder, es, porque dependiendo el derecho de la sucesion de el  
Fundador, no de el poseedor, no puede quitar este lo que aquel  
dió fin su dependiencia; mas respecto de ser este mayorazgo de  
Eleccion Real, como se fundará, y dependiendo esta del posee-  
dor

4

dor entre aquellos que son de la familia, y tienen derecho para poder ser electos, parece indubitable, debera subsistir el pacto, y transaccion hecha por estos, pues pudieran dar la sucesion con su eleccion, a quien por transaccion declaran pertenecerle, y no es dudable que se puede transigir aquel derecho que toca a los transigentes, pues cessa la razon de la prohibicion, que es el alma de ella, *ex l. emptor, §. finali, ff. de rei vindicat. l. 1. C. de condit. ob causam*, Tiraquel. *in l. si unquam, verb. Libertas, numer. 38. C. de reuoc. donat.* Dom. Castillo, *lib. 3. controu. cap. 28. num. 22.* & Dom. Molina, *de primogen. lib. 4. cap. 5. ex num. 8. cum seqq.*

14 ¶ Tambien parece, que en el caso de este pleyto, abstraída la Real Facultad (que es en los terminos que aora vamos hablando) puede, y debe subsistir la transaccion; porque es cierto en el hecho, que a el tiempo que se transigió Doña Ynes Alcanio de Viera estaua en la posesion de los bienes de este mayorazgo, y con dos sentencias a su fauor: y asimismo es cierto en el derecho, que quando la cosa remanet poenes possessorem maioratus, es valida la transaccion, aunque se de cantidad de maravedis a el que no posee. Dom. Molina, *de primogen. dict. lib. 4. cap. 9. num. 2* ibi: *Secunda limitatio sit, si res maioratus poenes possessorem maneant, & illas petenti non ipse res maioratus sed aliqua pecunia quantitas praestetur; tunc enim transactio, seu co. promissum de rebus maioratus, valida erunt, & si auctoritas Principis non interuenerit.* Mieres, 2. part. *quest. 22. num. 95.* Molina, *disput. 257. tom. 2. cum pluribus alijs congestis ab Addent. in dict. numer. 22.* & Dom. Valençuela, *consex. 175. num. 14. verfic. Nec obstabit dicere, quod non poterat facere alienationem in praetudinium maioratus, & quod in transactione inest alienatio, l. sancimus, C. de reb. alienand. non alienand. l. alienatum in princip. ff. de verbor. significat. vbi Rebuff. Bald. in capit. si vassallus. Romanus, consex. 166. num. 1.* Rolando a Valle, *consex. 115. num. 3. libr. 1.* Nam hoc cessat in praesentia casu in quo dictus Franciscus Hortiz, non erat in possessione bonorum, sed dictus Dominus Didacus de Santillan, etiam uti pater dicta Domina Eleonora sua filia, unde succedit resolutio. Alciati, *dict. respons. 49. numer. 5. tenentis: Quod etiam quando prohibitio alienationis extenditur ad*  
tran-

transactionem, l. si ad resolvendam, C. de predijs minor. Et per  
gloss. in l. 1. C. si advers. vendit. Tamen hoc non procedit, quan-  
do prohibitus rem illam non possidebat, sed alius, cum quo tran-  
sactio celebratur, prout dicimus in emphiteuta, qui non potest  
alienare, sine consensu domini, l. final. C. de iur. emphiteutic.  
Et tamen potest transigere relinquendo rem apud possessorem,  
vt declarat Bald. in cap. 1. de prohib. alien. feudor. per Federic.  
cum concordant tradita per Iasson, in dict. l. final, verl. De-  
zimo quero. Idemque etiam videmus in Ecclesia, qua quam-  
vis prohibita sit alienare, vt in toto titulo de rebus Eccles. non  
alienand. cap. sine exceptione 12. quest. 2. l. 10. lit. 33. part. 7.  
vb Gregor. Lopez, tamen potest transigere relinquendo rem pos-  
sidenti, l. nulli, cum gloss. ff. de transaction. Abbas, cons. 57.  
Et 63. volum. 1. Et per transactionem non dicitur res acquiri  
novo titulo, l. si profundo, vbi Alciato, & Padilla, num. 20. C. de  
transact. Afflict. in cap. 1. §. si vassallus, num. 13. Si de feudo  
fuerit, controuerf. inter dom. Et agn. Xarez, allegat. 19. Tira-  
quel. de retract. lignag. §. 1. gloss. 14. nu. 62. Molina, de primog.  
lib. 4. cap. 9. num. 22. in fin. In nostro autem casu ex inspecti-  
one scripturae transactionis constat, quod dictus Dominus Dida-  
cus, & eius filia existebant in possessione dictorum bonorum,  
Et c.

15 ¶ Y aunque parece que todas las autoridades re-  
feridas hablan, quando se transige cosa de mayorazgo, no qua-  
ndo se transige derecho de suceder, solo lo hemos notado para  
la identidad de la razon, y es cierto milita con mas fuerza en es-  
te caso, respecto de ser menos grauofo declarar, y aun alterarla  
forma de suceder, que enagenar, o transigir sobre bienes de  
mayorazgo, vt expresse notat Morl. in empor. iur. lit. 4. quest. 3.  
sub num. 12. ibi: Sed in hac re quoad transactionem attinet,  
verissimum esse existimo sine distinctione fieri posse, Et valere,  
Et c. Et postea ibi: Neque enim per transactionem agitur de  
alienandis rebus maioratus, sed de declarando successore, qui in  
eius bonis, cum vinculis, Et conditionibus a fundatore appositis  
successurus sit.

16 ¶ Y en los terminos de nuestro pleyto corre con  
mucha mas razon, pues esta transaccion en nada se opone a la  
voluntad de el Fundador; pues no se trata en ella de deshazer



el mayorazgo, y condiciones de él, ni aun en la forma de suceder (aunque estuiera claro el derecho de Don Martin Alcanio transigente) se oponia á la voluntad de el Fundador de el mayorazgo, sobre que es este pleyto; pues nunca fue esta, de que precisamente sucediese la linea de este, en los terminos de ser de eleccion.

17 ¶ Esto es considerada la transaccion de *per se*, y separada de el assenso de el Principe, y Real Facultad, porque con la asistencia de esta no ha sido duda, ni controuersia entre todos los Autores, que sea valida la transaccion, y deba subsistir, assi sobre bienes de mayorazgo, como en la forma, y orden de suceder en él, aunque se alteren, y inmuten los llamamientos expressos de la fundacion, ex text. *in cap. examinata, de confirmat. util. vel inutil.* Dom. Molin. *de primog. lib. 4. cap. 9. numer. 20. § lib. 1. cap. 8. num. 34.* Dom. Castillo, *lib. 3. controu. cap. 28. à nu. 6.* Dom. Paz, *de tenur. cap. 57. n. 201.* Mieres, *de maiorat. 4. part. quest. 22. à nu. 19.* Noguera, *alleg. 32. à n. 170.* Fular, *de substit. quest. 562. num. 11.* Peregrin, *de fideicommiss. articul. 52. à num. 89.* Addent. ad Dom. Molin. *in dict. libr. 1. cap. 8. num. 34.* Valer. *de transact. dict. titul. 4. quest. 2. nu. 59.* ibi: *De his etiam transactionibus, qua super successione eorum inter plures sunt pariter affirmanda est, nullius esse momenti, quoad hoc, ut sequentibus successoribus preiudicium inferant, nisi facultas Regia accedat.*

18 ¶ Esta proposicion juridica, que es indubitable entre todos los Autores, y que es cierto ocurra en los terminos de este pleyto; pues la transaccion de que hablamos esta autorizada con Real Facultad, solo se procurará poner la duda, en si en ella concurrieron las circunstancias que piden los Autores, y parece necessitante para su validacion, y para esto, y inteligencia de las doctrinas, y autoridades, es preciso constituir diferencia entre conmutar el Principe vna voluntad clara de vn testador, y Fundador de mayorazgo, quitando exprellamente el derecho, que licet *in spe*, tenia el llamado, y dandolo á otro; y entre aprobar el Principe transaccion de derecho litigioso, y dudoso, y en que no se podia considerar ningun derecho adquirido, neque *in spe*, a la parte que oy pretende su invalidacion, & *in primis*, es cierto, que no estamos en la ques-  
tion,

tion; de si el Principe de potestad absoluta puede sin justa causa quitar el dominio de las cosas à el dueño de ellas, asì por derecho comun, como por disposicion de la ley 53. tit. 5. part. 5. de qua questione. Dom. Castillo, libr. 3. controu. cap. 6. per tot. adornatum legis secunda; C. de commun. rerum alien.

19 ¶ Y en los terminos de si el Principe en las disposiciones, testamentarios, fideicommissos, y vinculos, puede cõmutar, y alterar las disposiciones, y llamamientos: es de notar, que aun quando se trata de disposiciones claras, y de invertir el orden de suceder expreso, que està por ellas dispuesto, se haze diferencia por los Autores, de si se quita derecho ya adquirido *in re*, ò derecho *in spe*, por que es cierto, que quando no està adquirido, y solo ay esperança, *licet*, cierta de adquirirle, lleuan muchos Autores, puede el Principe, *etiam sine causa*, alterarle, conmutarle, y quitarle, vt videre est ex Bart. in l. Gallus, §. Et quid sit tantum, ff. de liber. Et posthum. num. 14. ibi Socin. numer. 22. Petra, de potestat. Princip. cap. 30. per totum, maxime in numer. 30. versic. Rursus, Et num. 35. versic. 3. Et 55. versic. Sed pramissis. Marta, in summa success. legal. part. 4. quest. 4. articul. 4. in apendice, num. 31. vsque ad 39. pag. 91. Giurb. de success. feud. §. 1. glos. 8. num. 60. pag. 132. quos refert Noguera alleg. 32. n. 174. & D. Castell. lib. 3. controu. cap. 28.

20 ¶ Y aunque el señor Molina, in lib. 1. cap. 8. à numer. 32. y el señor Castillo, in dict. cap. 28. & Addent. citando à otros muchos, parece sienten lo contrario en lo general, en lo indiuidual de este pleyto (meo videri) concuerdan todos; por que la razon en que se funda, el que no pueda el Principe sin justa causa perjudicara el derecho de tercero, *licet in spe*, es, por que aunque no se considere derecho adquirido, respecto de los llamados, à quienes no auia llegado el caso de suceder, attamen, se considera derecho adquirido, respecto de el Fundador, y disponente, que le tiene para que se cumpla su voluntad, y disposicion, vt ex Addent. in dict. lib. 1. cap. 8. à num. 28. vsque ad 32. versic. Et cum authore hic, in medio, ibi: Et ratio (ni fallor) est, quia licet respectu nondum natorum sit ius querendum, respectu ipsiusmet fundatoris maioratus ex propria ipsius dispositione, ac voluntate ius est questum, ac ita agitur de tollendo ius questum respectu fundatoris, non tantum de quarendo, quod in

*Spe successoribus competit, & hanc rationem, optimè consideravit D. Couarr. lib. 3. variar. cap. 6. n. 6. & 9.*

21 ¶ Y segun esta razon, y doctrina, no pueden hablar las autoridades contrarias en el caso de nuestro pleyto; pues en el no puede considerarse, que aunque exprestamente en la transaccion se huuiera alterado la forma de suceder, se defraudaua la voluntad de el testador, y Fundador, y perdia el derecho adquirido de su observancia, y cumplimiento; pues siendo esta, de que se eligiese de sus sobrinos, y sus lineas el hijo, ò hija que quisiere la poseedora, estaua exactamente cumplida su voluntad, cayendo la succession de este mayorazgo en qualquiera de los susodichos.

22 ¶ Pero entremos en lo mas estrecho, y que mas á su fauor puede considerar la parte contraria, que es, con que circunstancias pueda el Principe alterar los llamamientos, y substitutiones de los vinculos, y mayorazgos (siendo assi, que no estamos en caso de alteracion de voluntad de Fundador, ni de llamamiento hecho por el;) pero en suposicion de que esse fuesse el pleyto, y con inteligencia, de que muchos de los Autores que disputan el punto de la potestad de el Principe, sobre variar la forma de suceder, hablan de ella *de perse*, y no quando cae sobre pacto, y convencion de las partes, y esto no es adaptable, y el señor Luys de Molina, en el *cap. 8.* citado de el *lib. 1.* tocando desde el *num. 28.* esta potestad de el Principe, habla de ella, separada de convencion de las partes, y en el *num. 34.* que la toca, quando cae sobre convencion de las partes, sin repetir circunstancias, afirma, que es valida con facultad Real, ibi: *Quæ omnia summe notanda, ac mente tenenda sunt ad pacta matrimonialia, ubi quotidie in matrimonijs contractis inter eos, qui duos maioratus vel re, vel spe obtinent pacis ei solet, ut filius primogenitus unum maioratum obtineat; secundus autem in altero succedat; nam si ex primi institutoris dispositione, ad utriusque maioratus successione filius primogenitus vocatus sit, non poterunt matrimonium contrahentes, seu eorum parentes aliquid contrarium his, quæ in prima maioratus institutione præcepta, & prouisa sunt, disponere, nisi Regia facultas ad id faciendum interueniat.*

23

¶ Y assimismo hemos de dexar excluido el caso

el Y

de

de derogacion general por ley, en que se altere el derecho que tenian adquirido las partes antes de su promulgacion, que es la disposicion de la l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.

24 ¶ Y en los terminos precisos suponiendo, que los Autores de el Reyno (á lo menos los que yo he visto) que tratan de convencion de las partes, que altera, y dá nueva forma de suceder con Facultad Real en esta, los requisitos que ponen, son: conocimiento de causa, que esta sca justa, y citacion de las partes, con que se avrá de discurrir, si intervienen estos en la transaccion, y Facultad Real de este pleyto, en suposicion (como queda dicho) de que por ella se huuiera alterado la forma de suceder, dada por el Fundador de el mayorazgo; y en este caso, componiendo la variedad de opiniones que ay entre los Autores, sobre si se necesitan todos estos requisitos, quos lata manu congerit Dom. Castillo, dict. cap. 28. á num. 13. y interpretando la doctrina de el señor Luys de Molina, dict. capit. 8. á num. 28. en substancia resuelve el señor D. Iuán de el Castillo, que como el Principe, con vista de las fundaciones, instrumentos, y pretensiones de las partes, conceda la facultad, y altere por ella la forma de suceder, y mas siendo *ex plenitudine potestatis*, sin otro requisito alguno es valida, y subsiste, vt in dict. num. 13. versic. *Cæterum, ibi: Sententia ea (vltimam nostram fere existimatio) non ita stricte accipienda erit in Principe, nec manuseius, & potestas stylo prefato subiicienda aliquando; si enim subreptionis, & obreptionis, & alterius cuiuslibet defectus vitium absit omnino, nec rerum occurrentium qualitates, & circumstantia contrarium suadeant collusionisve, aut fraudis alicuius timor ad fuerit, & Princeps de omnibus, qua dici potuerunt, aut contradicendo allegari fuerit instructus, & informatus specificè, ac maxime, si visis, & cognitis institutionis primogenij, clausulis, aut conditionibus contrarijs, ita easdem immutando statuerit, ac deliberate (ex causa tamen publica utilitatis) voluerit, tunc equidem videretur necessarium dicendum, concessionem ipsius, etiam absque citatione valituram; satis enim ex prædictis causa cognitionem præcessisse, dici posse videtur, & consequenter eo casu Dom. Francisci sententia obtinere debere, nec Ludouici Molin. rationes in contrarium urgere, &c.*

25 ¶ Y la razon juridica de esto, es muy precisa; pues la citacion, y conocimiento de causa vienen à ser formalidad, y no substancia, quando por su omission, y defecto no se le quita à la parte defensa alguna, ni se dexa de tener el mismo conocimiento, que si huuiera sido citada, y judicialmente oida, y lo que mira à solemnidad, y formalidad, no es dadable puede el Principe dispensarla, y quitarla.

26 ¶ Y en el hecho de este pleyto bien cierto es, que para la Real Facultad se llevaron, y vieron el testamento de el Doctór Don Christoual de Viera, Fundador de dicho mayorazgo, los nombramientos de doña Clara de Viera, las prouanças, y alegaciones hechas por las partes en el juyzio posesitorio, sin que en este se aya añadido cosa alguna, con que parece, que en substancia bastará para la validacion, y firmeza de la transaccion, y Real Facultad, que la aprouò.

27 ¶ Pero no solo se contenta esta parte, con que en substancia tenga todas las firmezas dicha transaccion, y facultad, si no que en forma expecifica están cumplidas exactísimamente todas las circunstancias, y requisitos que en la opinion mas rigorosa se necesitan para su validacion, y firmeza, pues intervino conocimiento de causa, en virtud de cedula, que se despachò para hazer las diligencias, como se hizieron con efecto, y remitieron citacion de los interesados, y justa causa para la transaccion.

28 ¶ Qual aya de ser la causa, para que sea bastante motiuo, de que el Principe pueda quitar el dominio de la cosa à el vasallo, y que esta aya de ser de vtilidad publica, y que en otra forma no se pueda remediar, y si ha de ser *datobonocambio*, que disputan los Autores, no es de nuestro caso, ni aun fuera de el, para alterar llamamientos expressos, y el derecho adquirido *licet in spe*, à los sucesores; pero estrechandonos à estos terminos la resolucion comun es, que esta justa causa no es necesario, que primaria sea de vtilidad publica, si no que basta sea de vtilidad particular, & secundario mire à la publica vtilidad, como es la que motiuò la decission de la l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop. y así lo resuelve el señor Don Iuan del Castillo, lib. 3. *controuers.* cap. 28. num. 2. y refiriendo muchos Autores Addent. ad Dom. Molin. in *dict.* lib. 1. cap. 8. num. 28. *vsque ad 32. ver.* *At vero*

final. ibi: At vero si causa fuerit mixta, id est, si ad priuam, & publicam simul utilitatem respiciat asserit Dom. Franciscus Sarmient. non esse sufficientem, ut per eam possit forma successione mutari, lib. 1. sect. cap. 8. num. 24. Sed eo non obstante in Hispania videtur contrarium ex antiquissima consuetudine praticari, & quod etiam si causa publicam utilitatem principaliter non inspiciat, sed secundario, Regia potestas subsistit semper, & validatur, quod ex facultatibus, quae in partibus matrimonialibus quotidie a Principe conceduntur aduocationes, & substitutiones maioratus derogandas, & innovandas perpendi potest, ex Authore, infra num. 34. In quibus causa vere, & realiter priuam utilitatem principaliter respicit, & publicam secundario, & nihilominus tenens facultates praedictas, quotidieque impetrantur, & assecuntur, quia qualis, qualis causa legitima, quae siue principaliter, siue secundario ad utilitatem publicam inspiciat, publica est etiam, & ut talis sufficit, ut non solum ex ea possit Princeps concedere facultates ad aliquod onus super bona maioratus imponendum, vel ad aliquam re eiusdem maioratus alienandam ex ipso Authore infra, lib. 4. num. 3. cap. 3.

29 ¶ Y que la causa que intervino para la transaccion de este pleyto, y facultad, que la aprouó fue de utilidad comun a las partes, de la misma duda de el pleyto se reconocera, y que entonces se hallaua esta con dos sentencias a su fauor, y en possession de los bienes, y que tambien resulte utilidad publica en lo general de transaccion, por euitar litigios, y gastos a los vassallos de su Magestad, aquieta desazones, y discordias entre parientes, personas de autoridad, que debe ser cuidado de los Principes, y gouernadores, iura clamant, cap. finem liti- bus de dolo, & contum. l. quadam existimauerunt de reb. cre- ditor. l. 2. ff. de aqua plu. arcend. leg. si se, §. au Prator, ff. de re iudic. cum alijs pluribus, que exorna Valer. de transaction. in proemio, a nu. 8.

30 ¶ Y quando huuiera alguna duda, de si la causa que intervino para conceder dicha facultad, era justa, o no auiendo en virtud de ella concedido, es per consequens, tenido por bastante para el despacho por el Principe, y los señores de su Real Camara, se debe sin duda entenderlo fue. Thom. Sanch.

*in summa, lib. 4. cap. 44. num. 6. Moneta, de commut. ultim. volunt. cap. 6. nu. 111. Ciriac. Nigr. tom. 1. controu. 182. nu. 76. Noguera. plures referens, alleg. 32. an. 108.*

31 ¶ En quanto à las demas circunstancias de conocimiento de causa, y citaciõ de los interesados: ya supusimos, que la omision de esto no anulaua, quando en la realidad huviere intervenido justa causa, y noticia en el Principe de ella; pero sin embargo en esta intervino especificamente, pues asistió D. Martin Ascanio a todas las diligencias de la transaccion, y de la impetracion de la Facultad Real, y en ella asimismo se refiere, que basta para prouança auerse citado a los interesados, siendo assi, que en la successiõ del mayorazgo, sobre que se litiga, ninguno podia considerarse interesado, pues respecto de ser de eleccion Real (como se fundara) hasta que eligiese el que fuese poseedor con su nombramiento, ò por auer muerto sin hazerlo, se considerasse tacitamente electo su primogenito, no se le puede considerar interes, y es cierto en el hecho, que el dicho Don Bernardo, que oy litiga, no auia nacido à el dicho tiempo, ni aun el dicho Don Martin su padre se auia casado.

32 ¶ Y en quanto à el conocimiento de causa, es cierto se despacharon cédulas de diligencias que se hizieron, y remitieron con los instrumentos, nombramientos, y alegaciones de las partes, y con vista de todo, que fue mas de lo que se requiere para vn conocimiento de causa sumario, y para cumplir con el estilo, y practica que se tiene en la Camara, en el despacho de semejantes facultades, que es la razon por que se practica, y no por que lo necesite la potestad de el Principe, vt expresse resoluit, auiendo referido las autoridades de vna, y otra opinion, Addent. ad Dom. Molin. in dict. cap. 8. num. 33. versic. *Namque, ibi: Namque si animaduertimus differentiam potestatis, qua est inter Principem, & supradictos consiliarios, vt notat Petr. Gilcher. in §. & quid sit tantum, leg. Galus, qua reperit sub lib. 6. num. 251. fol. 725. Inuenimus, quod ubi Princeps aliquid discernit, vel derogando, vel facultates expediendo, vel denique vocationes, normam, & ordinem substitutionum innouando sola legitima, & vera, publica que utilitatis requiritur, & quod de ea Princeps certior sit absque ulla alia*

8  
alia cognitione causa nec citatione partis; at vero ubi Consilia-  
rij eius Camera ( in quo casu noster author in presenti loquitur ) aliquas huiusmodi facultates expedire intendunt , ne-  
cessaria esse videtur, non solum iusta, & legitima publica que  
utilitatis causa, verum etiam cognitio eiusdem cause; atque  
citatio partis secundum oppinionem nostri Authoris hic, &  
quemadmodum hodie videmus passim praticari, & hoc ad  
maiores, & pleniores eorum iustificationem, cuius non indi-  
get Princeps, non vero ita, ut quando deficeret citatio, vel cog-  
nitio cause actus non subsisteret, quia dum iuxta causa, & le-  
gitima, atque utilitatis publica intervenierit semper validus  
erit actus iam à Principe iam à consiliarijs eius prolatus.

33 ¶ Y que para la comprouacion, de que intervi-  
nieron todos los requisitos referidos en dicha transaccion, y  
facultad, aunque no estuiera expresamente comprouado, q̄  
bastara la enunciatiua de el Principe, de que intervinieron, es  
proposicion sentada entre todos los Autores, vt ex clementin.  
unica, de prouat. tenet Dom. Castillo, libr. 3. controu. cap. 28.  
num. 12. Menoch. de presump. lib. 2. presump. 10. numer. 2.  
& confex. 100. num. 23. libr. 3. & plures referens Addent. ad  
Dom. Molin. lib. 1. cap. 8. num. 32. præcipue, ibi: Fortiusque  
quando causa non solum asseritur, sed exprimitur à Principe.  
Valer. de transact. tit. 4. quest. 2. n. 22.

34 ¶ Es cierto, que solo el temor de que se toque este  
medio por la parte contraria, nos ha obligado à fundar estas  
proposiciones; pues à los terminos en que se hallaua este pley-  
to, quando la transaccion, y Facultad Real, que la aprouò, no  
parecen adaptables (pues como queda referido) no se quitò de-  
recho cierto à tercero, que le tuuiesse in actu, neque in spe, que  
es para lo que sientan los Autores, deben concurrir las circuns-  
tancias referidas, vt viderc est ex Dom. Molina, in dict. cap. 8.  
lib. 1. a num. 28. & ibi Addentes Dom. Castillo, in dict. cap. 28.  
& Dom. Salced. de leg. politic. lib. 2. cap. 14. num. 29. & in com-  
ment. ad leges regni. l. 4. cap. 24. 27. 28. lib. 2. n. 87. & alijs quam  
pluribus ab his congestis, & Roxas, de incompat. part. 7. cap. 1.  
num. 54.

35 ¶ Y el caso de este pleyto es muy diuerso, y es la  
hipotesi en que pudiera entenderse, y praticarse la doctrina

refe-



referida de el señor Don Christoual de Paz, de que fuera valida la transaccion, sin Facultad Real, quando ay duda, y tan graue como la tenia este pleyto, de à quien tocaua la sucesion de dicho mayorazgo; pero lo pondremos solo en terminos, que la Facultad Real sirva de abrir la puerta, y aprouar vna transacciõ sobre cosa que de su naturaleza fuesse prohibida sin autoridad, y licencia de Iuez, ò de el Principe, como sucede en los contractos de los menores, de los Monasterios, ò Iglesias, y de los Concejos, en cuyos terminos, asì para transigir, como para enagenar realmente, solo sirve la dicha Facultad de quitar aquel impedimento que por si tenia la sucinta materia; y en estos terminos, y en lo indiuidual de transacciones en materia de mayorazgos, expresse notant Addent. ad Dom. Molin. *in dict. lib. 4. cap. 9. num. 32. § 33. ibi: Attamen auctoritas Principis solum efficit ut valeat actus qui alias absque eius auctoritate non valeret.*

36 ¶ Y asì no se quita, que pudiera tener derecho la parte que dize contra la transaccion, à que *si ex alio capite*, esta contuiera nulidad, la pudiesse oponer, como si huuiesse intervenido obrepcion, y subrepcion, miedo, ò fuerza que diesse causa à ella, ò lesion enormissima (aunque es tan controuertido, si esta tenga lugar en las transacciones) *ut ex leg. cum putarem, ff. famul. heresic. leg. si donationis vel transactionis, § leg. final. C. de his qua vi. Dom. Olea, tit. 8. quast. 1. num. 5. Dom. Salgado, in labyr. credit. 3. part. cap. 1. ex num. 90. Valer. de transaction. titul. 6. quast. 3. ex num. 1. cum pluribus ab eis relatis.*

37 ¶ De que se infiere no pudiera tener esto lugar en aquellas facultades Reales, por las quales el Principe, precediendo las circunstancias, que dizen los Autores, quitara el derecho de suceder claro, y cierto, que tenia vna linea para darselo à otra, pues en este caso es cierto, que no era con consentimiento de la parte, y linea damnificada, y era notorio el perjuizio que se le ocasionaua, y lesion enormissima, que respecto de el contenia, y sin embargo, precediendo las circunstancias referidas, ninguno de los Autores citados, dize, que se admitan estos remedios, ni pudieran; pues fuera oponerle à la voluntad de el Principe, que quiso alterar los llamamientos, y pudo aun en la

potestad ordinaria, como queda fundado, interviniendo las solemnidades, y circunstancias arriba referidas.

38 ¶ Y aunque en las transacciones hechas en virtud de Real Facultad, regularmente se admiten los remedios referidos de obrepcion, y subrepcion en la impetracion de la Facultad, esto no es adaptable á la de nuestro pleyto; pues la concedió el Principe con conocimiento, y vista de los testamentos, y nombramientos, y de las demas alegaciones, y defensas de las partes, sin que se le callara, ni supusiera cosa alguna.

39 ¶ Y en quanto á el dolo, y miedo corre lo mismo; pues fue no solo con plena libertad de el dicho D. Martin Iorge, padre de el dicho D. Bernardo, litigante, si no á instancia suya, reconociendo la utilidad que á su favor resultaua.

40 ¶ Y así solo se querran valer, ó de que dicha transaccion solo pudo perjudicar á el dicho Don Martin Iorge Alcanio, que la otorgó, ó que esta por la lesion enormissima, que continuo respecto de lo que importaua el interes de la sucesiõ en dicho mayorazgo se debe anular; y en lo que mira á la obreccion de que fue personal la transaccion, es de poquissimo momento, pues en quanto á la voluntad de las partes, de que quisieron grauar, y obligar á ella á todos sus herederos, y sucesores de sus lineas, paret ex illis verbis: *Ni se pedirá por ningun hijo, ni hermano, ó sucessor que yo tenga, si no fuere en razon de la satisfacion de dicho pagamento*: y lo mismo, en quanto á la Real Facultad, que esta fue, para que las partes pudiesen transfigir, no solo por lo que así tocava, si no en quanto á sus descendientes herederos, y sucesores, ibi: *Sin perjuizio de mis Real Corona, ni de otro tercero alguno, que no sea de los llamados á el dicho vinculo, y patronazgo, ni de los comprehendidos en la dicha escritura de transaccion, y concierto arriba incorporado*: con que segun la voluntad de los contrayentes, y facultad que para ello tuuieron, no es dudable quisieron fue Real dicha transaccion, y perjudicasse á todos los sucesores, hijos, y herederos de el dicho Don Martin Iorge, y su linea, y en quanto á que esto lo pudiesen hazer con la Real Facultad, es lo que arriba dexamos fundado, con que en esto no parece puede auer question.

41 ¶ En quanto á la lesion enormissima parece de  
menos

menos fundamento; pues aun en lo regular, si esta tenga, ó no lugar en las transacciones, es controuertido entre los Autores de el Reyno, afirmando muchos no puede tener lugar, otros que si, y en la cortedad de nuestro juyzio, y suponiendo, que sea la mas practicada, y seguida el que se admita este remedio contra la transaccion, la mayor dificultad, es, como se ha de hazer el computo para ella, pues en què cantidad se puede valuar, y apreciar el *dubio euento*, y el derecho que por la transaccion se remite; pues auiendo de ser dudoso, como lo supone la sugeta materia de qualquier transaccion, tengo por casi imposible el ajuste de el valor de el derecho transigido, para el computo de la lesion, pues para hazerle era necessario ser vn derecho tan claro, y infalible, que no tuuiese duda, ni tergiversacion alguna. Dom. Valençuela, *confex. 175. nu. 14. ibi: Nam ad hoc ut possit dici, quod transactio erat facta super re non dubia, erat necessaria euidencia infallibilis. Et quod finis qui sperabatur residui litis esset certissimus.* Peregrin. *de fideicommissis. artic. 52. num. 101. ibi: Ubi nulla probabilis litigandi causa considerari possit ex parte rei, vel actoris, ut quia questio ex lege, vel statuto legeretur.* Cancr. *tom. 1. varian. cap. 13. n. 38. ibi: Non posse ad esse transactionem, ubi transactio seu commissum sit super dubio iuris, super quo est apperta decisio, ita ut probabiliter de litis euentu dubitari nequiret.*

42 ¶ Y en especial, quando la transaccion está corroborada con Real Facultad, y confirmada por el Principe, vt cōsiderat Maceratense, *lib. 2. resol. 15. n. 4.*

43 ¶ Y dexando conclusiones de esta materia, pues no son necessarias, respecto de que estos remedios, con que se impugna la transaccion, cessan, quando la Real Facultad se despacha con conocimiento de causa, y quando en ella se usa de la palabra, y clausula, *de plenitudine potestatis*, y la clausula *supplens omnes defectus*, vt cum Petra, *de potestat. Princip. cap. 3. quest. 2. num. 4.* Peregrin. *de fideicommissis. dict. artic. 52. nu. 121.* Castill. *in dict. cap. 28.* plures referens, & Addent. ad D. Molina, *lib. 4. cap. 9. nu. 32. Et 33.* y en esta es cierto se ajustan en el hecho todas las limitaciones referidas.

44 ¶ Y aun en el hecho, y valor de los bienes de que se compone este vinculo, está verificado, que no valia los ocho mil

mil ducados que se dieron por la transaccion à el tiempo de su fundacion, pues la pieza principal de que se compone, que es, la heredad de viñas de Zamora, eran tierras calmas, è inutiles, y muy grauidas con Capellanias, como consta de su testamento, y aunque para la lesion debe considerar el tiempo de el contrato, sin embargo no es verosimil huuiesse crecido tanto el precio, como se quiere dar à entender por la parte contraria, ni que estas mejoras de necesidad huuiesfen acrecido a el dicho mayorazgo, pues costeandolas de su propio caudal el dicho Capitan Martin de Aseanio, y siendo vn tercero, y no sucessor en dicho vinculo, no ay por donde se puedan entender agregadas, è incorporadas à el.

45 ¶ Pero lo principal es, para la consideracion de la lesion, y daño que se pretende se ha ocasionado por razon de la transaccion, atender a el derecho que se tenia, y tiene por el q̄ la impugna, que oy es Don Bernardo Alcanio, hijo de el dicho Don Martin Iorge, que no era nacido, ni aun casado su padre à el tiempo de la transaccion, y que siendo de eleccion Real (como se fundara) podia nombrar ( caso que tuuiesse derecho para ello) Don Martin Iorge a la dicha Doña Ynes Alcanio de la Guerra, por ser sobrina igualmente de los Fundadores, que don Iuan Alcanio, padre de el dicho Don Martin Iorge, y aun la que debe suceder por la voluntad de ellos, y assi vt in proxime succellurum, y que dependia de el transigente este hecho, es valida la transaccion, y esto aun sin Facultad Real, proximo vt argumento text. in leg. malier, §. ex asse, ff. de iure dot. text. in cap. 1. §. Et si libellum de alienat. feudor. patern. cum alijs quam pluribus tenet Valer. de transact. dict. tit. 4. quest. 2. numer. 62. ibi: Si autem per transactionem successio in eum transferatur, qui proximior, Et immediatus successor esset transactor, valet, nam in eum potest maioratus recte renuntiare, qui proxime successurus est post mortem renuntiantis, & Dom. Olea, de cession. iur. tit. 3. quest. 3. à num. 10. Et quest. 4. num. 8. Et 9. & Dom. Castill. lib. 6. controu. cap. 118. num. 12. cum pluribus ab eis congestis.

46 ¶ Y assi parece, que aun quando la transaccion no tuuiera las circunstancias que hemos fundado, y la subsistencia, y firmeza que segun ellas le dà el derecho, para no poderse

im-

impugnar, nunca lo pudiera hazer la parte de el dicho D. Bernardo; pues dependiendo el derecho que pretende de el hecho de dicho Don Martin Jorge Ascanio, transigente, respecto de no poderlo tener por otro medio, que por la voluntad expresa de el susodicho, nombrandole a la sucesion, ó por la racita, cumpliendo con la disposicion legal, y voluntad de los Fundadores de dicho mayorazgo, de que con el mismo hecho de no nombrar el poseedor de el para la sucesion, se entienda nombrado su hijo primogenito, ó a quien tocara precisamente, siendo regular, en caso que tuiera derecho para hazerlo, & per consequens, si se admitiera a impugnarla viniera a ir contra el hecho de su Autor, y de quien tiene causa, quod non admittitur, *ex leg. cum à matre, C. de rei vindicat. leg. ex qua persona, ff. de regul. iur.* Guzman, *de evictio. quast. 38. per tot.* Hermosill. *glos. 5. leg. 37. tit. 5. ex n. 41.* Anton. Gom. *in leg. 40. Taur. nu. 48.* Valer. *de transact. tit. 4. quast. 2. ex nu. 40. usque ad 46. cum alijs ab eis relatis.*

47 ¶ Y aunque en las transacciones, sobre bienes de mayorazgos disputan los Autores supra referidos, si las puede impugnar el sucesor, etiam, siendo heredero de el transigente, y sea la mas comun, y practicada que pueda impugnarlas por la diuersidad de personas que representa, y que la de sucesor de mayorazgo no depende de el poseedor que transigió, y de quien es heredero, cessa en el caso de este pleyto, pues como queda dicho, aun el derecho de sucesor dependia del mismo Autor.

48 ¶ Y assi no solo el dicho Don Bernardo, por las razones referidas, no puede ser admitido a impugnar dicha transaccion por esta causa, y por los fundamentos con que queda calificada su validacion, y subsistencia, ni se puede oponer lesion contra ella; antes si no fuera causa bastante para los ocho mil ducados que se dieron por parte de la dicha Doña Ynes, el escusar pleytos, los gastos que ocasionan, discordias entre los parientes, pudiera intentar este remedio, pues dió dicha cantidad por evitar dicho pleyto, en que le asistia derecho claro, è indubitable en la cortedad de mi juyzio, *vt ex sequentibus apparebit.*

ARTICULO SEGUNDO.

49 **E**N este se procurará fundar , que aun quando la dicha transaccion tuuiera falçcia, y se pudiera abrir la puerta à el litigio, que oy se intenta, no tiene justificaciõ la pretension de dicho D. Bernardo, por auer sido nulo el nombramiento que doña Clara de Viera, primera, y vltima poseedora, hizo en Don Iuan Ascanio de Viera, hermano de la dicha doña Ynes, y abuelo de el dicho D. Bernardo, que es el titulo por donde pretende.

50 ¶ Para entrar en este Artículo es preciso suponer la naturaleza , y calidad de el mayorazgo , sobre que se litiga, fundando es de eleccion Real, y absoluta, y que esta compete à todos los poseedores que lo fueren de dicho mayorazgo.

51 ¶ Y aunque regularmente la eleccion que se concede, se entiende personal, y el derecho de arbitrar, y declarar sucesores, sin que este pueda transmitirse à los herederos de aqu el à quien se concede esta facultad , *leg. si stipulatus fuerim 76. in princip. ff. de verbor. obligat. ibi: Hac electio personalis est, leg. si quis arbitratur 43. ff. eodem, ibi: Magis probandum est à persona non esse recedendum eius, cuius arbitrium insertum est, l. liberi 8. ff. de assignand. libert. cap. 1. de eo qui finem fecit agnato, in vsib. feud. leg. cum quidam 24. de legat. 2. Bartol. in leg. final. de verbor. obligat. communiter Doctores, in leg. si mihi, & tibi, de verbor. obligat. Tiraquel. in tractat. lignag. §. 26. num. 37. glos. 1. Dom. Molina, de primog. lib. 2. cap. 4. num. 63. cum alijs pluribus congestis à Dom. Larrea, decis. 31. à num. 1. principalmente quando nominatim se concede à alguno la eleccion , que no parece en este calo puede extenderse à otro, ni extenderse la disposicion. Iason, in leg. si quis filium, §. final, num. 17. de acquir. heredit. Simon de Precis, de interpretat. vltimar. volunt. lib. 3. interpret. 1. dubit. 3. solut. s. n. 27. Gamma, decis. 18. ad finem.*

52 ¶ Y en lo especial de mayorazgos, que la eleccion concedida à el primero llamado sea personal. Dom. Molina, lib. 2. de primog. cap. 4. num. 61. & 63. Dom. Gregor. Lopez, in leg. 32. tit. 9. part. 6. glos. 4. quest. 9. vers. 2. Alvar. de conuict. ment. defunct. lib. 2. cap. 2. num. 28. Caldas Pereir. decis. 21. nu-

*mer. 3. cum seqq.* Molin. *de iust. & iur. lib. 3. disput. 592. nu. 5.*  
 D. Castill. *tom. 3. cap. 87. nu. 21.* & alios referens D. Larrea, *dict.*  
*decis. 31. n. 11.*

53 ¶ Con esta regla parece se intentará prouar por la parte de dicho Don Bernardo, que aunque por el Doctor Christoual de Viera se dexò a la voluntad de doña Clara su sobrina, nombrar sucessor para este vinculo, y mayorazgo, no pudo extenderse à otro ningun poseedor, y que hecho vna vez el nombramiento por la susodicha expirò su comission, y se hizo regular la sucession de el; pero lo contrario, y que esta facultad en la materia de mayorazgos sea Real, y palle à qualquiera poseedor, y sucessor, estando concedida à el primero, aun en lo regular, y sin clausula alguna especial, suadetur ex *dict. leg. si stipulatus fuerim 76. de verbor. obligat. leg. si sic legatum 78. §. si quis ita, de legat. 1. l. illud aut illud 19. de option. legat. l. 2. in princip. & §. 1. ff. eodem, & l. final, C. commun. de legat. in §. sed & si quis, cum alijs iuribus.*

54 ¶ Porque dada la facultad à el primer sucessor, se entiende dada en nombre de los demas sucessores por la sugeta materia de mayorazgos, donde en el primer llamamiento de hijo mayor por su perpetuidad, se entiende repetido en las demas lineas, y llamamientos, y que siendo condicion, se entiende repetida en todas las substituciones. D. Castill. *cap. 87. num. 24.* Barbosa, *in leg. quia rule 14. ff. de solut. matrim. n. 42.* Dom. Couart. *practic. cap. 38. num. 6.* Dom. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 5. num. 20. & 21. cum alijs quam pluribus iuribus, & authoribus quibus lata manu exornat D. Larrea, dict. decis. 31. à num. 14. cum seqq.*

55 ¶ Esto es en lo general de concedida eleccion, y derecho de nombrar à el primer llamado; pero en lo particular de la fundacion de el vinculo, sobre que es este pleyto, es sin disputa, por estar expresa la voluntad de el Fundador de el, que no solo cometió a la voluntad, y arbitrio de la dicha doña Clara su sobrina, primera, y vltima poseedora de el, la facultad de nombrar. *Memorial, fol. 4. nu. 10. circa finem. ibi: Con tal condicion, que este vinculo que dexò ha de ser à voluntad de la susodicha, sino que la repitiò en todos los sucessores, poseedores que fuesen de dicho vinculo, dando forma general a la sucession*

tion electiua, *ut Memorial, fol. 5. num. 11.* donde refiriendo los successores de dicho vinculo, dize la primera: *La dicha mi sobrina queda por tal patrona, y successora despues de los dias de mi vida en todos los dichos mis bienes raizes, y tributos, y los ha de gozar, y desfrutar todo el superauis de ellos, pagada la Capellania, y Missas, y para despues de sus dias ha de tener facultad, y derecho de poder nombrar a el hijo, o hija que quisiere, por que esto lo dexo en su libre arbitrio, y si no nombrare, se entienda, que ha de suceder su hijo mayor varon, y a falta de el, la hija mayor, y esta orden se ha de tener, y guardar en todos los successores, de manera, que siempre el ultimo possedor ha de poder nombrar, y no nombrando sera la succession en la forma referida.*

56 ¶ En cuyos terminos, y quando la eleccion no se concede a el primer llamado, por razon de su persona, si no como successor, y a los demas successores, y possedores, que se considere derecho Real, y anexo a la succession de el mayorazgo, como frutos de el, y que tocan a el possedor, que es el caso de nuestro pleyto, es sin controuersia entre los Autores, *ut ex Felin. Decian. Dom. Castillo, dict. cap. 87. a num. 22. Dom. Molina, Barbosa, in dict. leg. quia tale, num. 3. tenet Dom. Larrea, dict. decis. 31. num. 18.* donde auiendo disputado en lo general, quando se entienda personal, o Real la eleccion, inquit: *In quo difficultatum conflictu, et interpretum fluctuantium desidio nosari oportet, nostram questionem non procedere, quando de successori iniungitur electio id est, cum testator disposuerit, eligere debere successorem maioratus, id enim cum respicias omnem successorem, quicumque ex electione successerit, poterit eligere, et ulterius electus successorem nominare, quia tunc velut accessoria electio indicatur, et assumit naturam maioratus, qui ut transit ad posteriores, et perpetuus est, ita similiter electio.* Et postea, refiriendo la decision, *num. 19.* inquit: *Senatus in pluribus emergentibus similibus questionibus, me iudice, ita rem expediendam decreuit, ut quoties velut successori, primo vocato ius eligendi tribueretur, ad omnes transeat, si autem, et si nominatim Petro, aut Iohanni electio concessa, tamen deinceps nullas substitutiones fecisset institutor primogenij, nec alium, quam primum nominatum vocauit, idem indicatum,*



*ut electio perpetua, et ad omnes transfere videatur; at vero quando disponens substitutiones fecit, et lineas consanguineorum vocavit; tunc si primo vocato proprio nomine inuenit electionem, ea personalis existimetur, nec excedat nominatum.*

57 ¶ Y que en nuestro pleyto corra mucho mas sin duda, el que la eleccion sea Real, y concedida a todos los sucesores, se manifiesta de la clausula referida; pues en ella no se asignan llamamientos algunos, mas que los que hizieren los poseedores, y expresamente se comete a estos, como a tales la facultad de nombrar, con que en la sugeta materia de perpetuidad de mayorazgos bastara para ser Real la eleccion, no hazer llamamientos lineales, sin que pueda ser de embaraço el que se diga, que en caso de no elegirse, suceda el hijo primogenito varon, y en su defecto la hija mayor; pues esto solo es conformarse con lo que el derecho tiene dispuesto en la sucesion de los mayorazgos de eleccion, y calificarlo de tal, pues en ellos por disposicion legal, no eligiendo el poseedor que tiene esta facultad, se tiene por electo aquel a quien por derecho en lo regular tocava la sucesion, *leg. consuecuntur 8. leg. si quis cum testamento, ff. de iure codicil.* Dom. Couarr. *in cap. Reinaldas, de testament.* §. 3. num. 8. Ioann. Gutierrez, *in leg. unica, C. quando non petent. part. num. 9.* Caldas Pereira, *de nomin. emphiteas. quast. 13. n. 1.* Geron. de Leon, *tom. 1. decis. 51. a n. 6.* D. Larrea, *dict. decis. 31. n. 51.*

58 ¶ Nos hemos dilatado en fundar lo Real de la eleccion de este vinculo, por que lo suponemos assi para algunas proposiciones de el Articulo antecedente, y sera preciso ocurrir en otras; pero en suposicion de que esta eleccion sea Real, y que aun no lo necesitaua, para tenerla la dicha Doña Clara de Viera, por auerlele concedido expresamente, y ser la primera llamada, veremos con esta facultad de elegir entre quienes pudo caer la eleccion, y si precisamente debió elegir varon, y no hembra.

59 ¶ Y es cierto, que quando la facultad se dà para elegir de los hijos, ò hijas a quien quisiere denota libre, y absoluta potestad, *leg. cum quidam, ff. de legat. 2. ibi: Rogo restituas libertis meis quibus volueris, Marcellus putauit posse heredem, et indignum preferre, leg. unum ex familia, §. si de fal-*

cidia, de legat. 2. ibi: Eodem, vel dispari gradu satis erit unire-  
liquisse, nam postquam paritum est voluntati ceteri conditio-  
ne deficiunt. Mieres, part. 1. cap. 73. à num. 1. Dom. Molina,  
lib. 2. cap. 5. à num. 1. Gutierrez, practicar. quest. 67. num. 3.  
Dom. Paz, de tenur. cap. 34. num. 106. ibi: Secundo quia cum  
facultas data sit à coniuge eligendi, qua voluerit ex filijs, vel  
filiabus, prædicta dispositio liberam eligendi facultatem de-  
notat.

60 ¶ Y que esta facultad se concediese en esta for-  
ma a la dicha doña Clara de Viera, se manifiesta de las pala-  
bras de la clausula referida, ibi: Y para despues de sus dias ha de  
tener facultad, y derecho de poder nombrar à el hijo, ò hÿa que  
quisiere, porque esto lo dexò en su libre arbitrio. Y segun esta  
libre facultad, y arbitrio, que pudiesse la dicha doña Clara nõ-  
brar hija, pretermittiendo el hijo varon, parece sin controuer-  
sia, pues en lo general, que dada facultad para elegir hijo, ò  
hija, no se debe atender a orden de escritura, y se pueda elegir  
la hija, dexando a el hijo varon, etiam, que sea mayor, es regla  
cierta; pues aunque en la sucesion regular de los mayorazgos  
de España, siempre se deben preferir en la sucesion los varones  
à las hembras en vna misma linea, attamen, en los de eleccion  
no puede correr esto, si no que no siendo incapaz, ni de aque-  
llas en quien no pueda caer, segun la voluntad de el Fundador  
la eleccion, pueda preferirse por ella la hija a el hijo, vt ex tex-  
tu, in dict. leg. unum ex familia, §. si de falcidia, de legat. 2. Bar-  
tul. ibi, num. 4. Baldo, in dict. §. si de falcidia, verfic. Itaque  
primo. Peralta, & alijs tenet Dom. Molin. dict. cap. 5. numer. 4.  
ibi: Ex eisdem etiam inferitur, eum, cui libera electio à maiora-  
tus institutore relicta est, vt inter filios, & filias, qua vellet  
ad eiusdem maioratus successionem eligat, posse ad eius succes-  
sionem filiam feminam minorem natu, exclusis filijs masculis,  
etiam natu maioribus, eligere, &c. Pater Molina, de iustit. &  
iur. disput. 594. num. 2. Mieres, 1. part. quest. 72. n. 6. Cevallos,  
quest. 265. nu. 6. Gutierr. lib. 2. q. 67. nu. 3. D. Castell. tom. 6. cap.  
160. à num. 12.

61 ¶ Y auiendo puesto la vna, y otra opinion el señor  
Paz, de tenur. cap. 34. à num. 97. y los fundamentos de ellas, vt  
videre est, resuelve, num. 114. ibi: Et tamen si nostra sententia

in questione satis dubia interponenda est, putarem hanc ultimam opinionem longe veritorem esse ex superioribus considerationibus, nisi ex aliquibus coniecturis constare posset, mentem testantis fuisse filium preferendi.

62 ¶ Y en esta forma se deben entender los Autores que sienten lo contrario, y que no se pueda elegir hija, auiendo hijo varon, y en especial el señor Don Iuan de el Castillo, *lib. 2. cap. 26.* pues en él, aunque discurre á fauor de el hijo varon, es en caso particular, y donde ocurria circunstancias, y conjeturas, de que la voluntad de el testador era, de que auiendo hijo varon, no cayesse la eleccion en hembra, vt videre est apud ipsum, y para concordarlo, y que no esté contrario assimilino en el *cap. 160.* ya citado, lo entienden assi los Addentes de el señor Molina, *de primog. in dict. cap. 5. num. 4. & 5.* donde auiendo puesto la vna, y otra opinion, concludunt sic: *Et haec est communior, & receptior sententia, quae ex libera eligendi facultate, tam apud authorem nostrum, quam apud praefatos doctorem fundamentum capit, nec ab ea dissentire videtur.* Dom. Castillo, *cap. 26.* *Quia in illo casu occurrenti aderant circumstantia, & coniectura non nulla, quae pro masculino non mediocriter adstringebant, vt notum erit intuenti recte, & declarat ipsemet author nouissime, in dict. cap. 160. n. 12.*

63 ¶ Y si esto corre con tanta certeza en qualquier mayorazgo de eleccion, en lo especial de el nuestro, es mucho mas sin controuersia; pues si en lo general es inconveniente, que infringe la facultad libre de elegir el auerse de obligar á el elector, á que precissamente elija entre los hijos varones, auiendolos, ò a el mas proximo, y que no la pueda hazer en el mas remoto, considerandolos Autores, que por este medio queda inutil el derecho de elegir, vt ex *leg. 2. ff. de option. legat. leg. 1. & toto titula, ff. de assignand. libert. cap. 1. §. quia vidimus, de his qui feud. dar. possunt,* Dom. Gregor. Lopez, *in leg. 2. tit. 15. partid. 2. glos. in verbo,* y esto vsaron siempre, notat Dom. Molin. *de primog. dict. cap. 5. num. 3. in medio, ibi: Ex eo etiam appertissimum redditur quod si is, cui ex dispositione maioratus institutoris eligendi facultas concessa est necessario adstrictus esset, semper filium maiorem natu eligere, facultas eligendi inutilis redderetur, quod dicendum non est.*

Con

64 ¶ Con muchas mas razones corria esto en el caso de nuestro pleyto, por que es cierto en el hecho, que à el tiempo de elegir la dicha doña Clara de Viera no tenia mas hijo varon (caso estuiera viuo) que a Don Iuan Ascanio à lo menos capaz de poder ser electo, pues aunque huuiesse Religioso, estos estan excluidos por la fundacion de dicho vinculo, con que viniere à no ser mayorazgo de eleccion, si no regular, si se huuiera de precissar à la dicha doña Clara à elegir varon.

65 ¶ Y si segun las doctrinas referidas, para que pueda ser admitida en algun caso la opinion de el señor Don Iuan de el Castillo, *in dict. cap. 26. De que no se pueda dexar los hijos varones, y elegir hembra*, se necessita de que aya circunstancias, y conjeturas, que demuestran que la voluntad de el Fundador fue de que se prefiriesse los varones, que sera en el caso de nuestro pleyto? donde no solo ay conjeturas contrarias, si no prouança Real, y concluyente, de que los Fundadores de el vinculo quisieron fuesse la electa dicha Doña Ynes Ascanio y Viera, (como se fundará despues) con que parece esto queda sin controuersia, y que se intentara de contrario, que aunque pudiesse elegir hijo, ò hija, con efecto eligió a el dicho Don Iuan Ascanio, y que dicha eleccion, ò nombramiento debe subsistir.

66 ¶ El nombramiento de el dicho Don Iuan Ascanio consta se hizo en 6. de Junio de el año passado 1638. *Memorial, fol. 6. num. 12.* por la dicha doña Clara de Viera, y este nombramiento pretendemos fue nulo, y que por el no se pudo adquirir derecho alguno à el dicho D. Iuan, y mucho menos radicarse a sus hijos, y descendientes, por cuyo derecho pretende dicho D. Bernardo, litigante.

67 ¶ Es cierto, que la eleccion, para la sucession de los mayorazgos, que son de esta calidad, como este derecho, y facultad de elegir dependa de los Fundadores, y en los electores, aunque se permite afeccion para preferir à el que les pareciesse entre los que sean capaces de ser electos, segun la fundacion, esta debe ser gratuita, y no solo la irrita, y anula el que se haga por interresse, ò precio cierto, y realmente entregado, si no que la promessa de el obra lo mismo, aunque se aya elegido en esta conformidad, no solo à el digno, si no à el mas digno, por

ser nulo el acto, y invalido, que deuiendose hazer gratuito, se  
 executa por precio, o esperança de el, *leg. iuris gentium, §. si ob  
 maleficium, ff. de pactis, vbi Bartol. Baldo, & communiter scri-  
 bentes, leg. 2. 3. & 4. ff. de condit. ob turpem caus. leg. 1. ff. ad  
 leg. Juliam, de amb. cap. si alicuius, de election. cap. nobis, de  
 simon. cap. quicumque 1. quast. 1. leg. 7. & 8. tit. 2. libr. 2. Re-  
 copil. Dom. Molin. de primog. dict. lib. 2. cap. 5. à num. 37. ibi:  
 Item electio etiam spe prami, seu pretio interueniente fieri non  
 potest, & clarius postea, num. 39. & 40. ibi: Quia adeo vera  
 sunt ut non solum in electione facta de eo, que indignitate fac-  
 ti indignus est procedant, imo etiam in electione de persona  
 digni, vel etiam dignioris pretio facta locum habeant, quando  
 enim pro eo, quod alias gratis expediendum erat pretium vel  
 datur, vel promittitur, actus nullus atque inualidus efficitur,  
 quamuis ipse actus aliàs pretio, vel eius promissione non inter-  
 ueniente iustissimus esset.*

68 **¶** La razon es, porque el elector necesariamente  
 ha de elegir en virtud de la voluntad del Fundador, y en este ac-  
 to, por si no dá nada mas que cumplir la disposicion, y así aun-  
 que el acto de elegir en el mas digno, sea honesto, y justificado  
 el recibir precio, o ejecutarlo con esperança de el, es torpe, y  
 inhonesto, y así se vicia, y anula, vt ex doctrina Bartol. in *leg.  
 Titio centum, §. 1. num. 1. de condit. & demonstr. vbi commu-  
 niter scribentes, & in leg. illa autem, ff. de heredib. instit. notat  
 Dom. Molin. de primog. in dict. num. 49. ibi: Cuius ratio est,  
 quia quamuis actus ipse de per se sumptus honestos sit, recipere  
 tamen aliquit ob illius expeditionem, turpe atque inhonestum  
 est, ideoque actus ipse vitiatur.*

69 **¶** Y como consta de el Memorial, y prouança q̄  
 se haze á la pregunta 5. de el interrogatorio de dicha D. Ynes,  
 num. 40. fol. para el nombramiento referido se valió el di-  
 cho Don Iuan Ascanio de persuadir á el Capitan Martin Asca-  
 nio, su padre, de diferentes promessas, para dotar á la dicha do-  
 ña Ynes, y doña Catalina sus hermanas, y en las escrituras ma-  
 trimoniales de las susodichas, se refieren las caridades que auia  
 prometido de embiar. *Memorial, fol. 7. & 8. & 9. num. 12.*  
 y aunque esta promessa no tuuiesse efecto, ni la cumpliesse, an-  
 tes califica quando no huuiera prouança, el que fue por la cau-

sa referida, y respecto de no aver tenido efecto el nombramiento, ni por parte de dicho don Iuan Alcanio se cumplió, ni por la dicha doña Ynes se executò a el cumplimiento.

70 ¶ No solo se valiò el dicho Don Iuan de estos medios para obligar à la dicha doña Clara, su madre, le nombrasse para la sucesion de este mayorazgo, si no que a instancias suyas el Capitan Martin de Alcanio, su padre, y marido de la dicha doña Clara, no pudiendo persuadir à la susodicha con estas promessas, con amenazas, y violencias, dolo, y engaño le obligò a hazer el nombramiento referido.

71 ¶ Y es cierto, que todos los actos executados por miedo, y fuerça son nulos, ò a lo menos se rescinden, que para nuestro proposito es todo vno, sin entrar en la disputa *an ipso iure*, sean nulos, ò necessiten de rescission, vt videre est, *ex leg. 1. § leg. continet 3. §. sed vim, leg. nec timorem, §. proinde, §. per tot. tit. ff. §. quod metus causa, §. C. eodem, §. ex cap. Abbas 2. §. in cap. ad Audientiam dict. tit. tenet Hermosill in leg. 56. §. 1. tit. 5. part. 5. num. 1. usque ad num. 4. Thom. Sanchez, de matrim. lib. 4. disput. 8. n. 4. Gutierr. de iuram. confirm. part. 1. cap. 57. n. 21.*

72 ¶ Que en dicho acto interviniere miedo, y tal, q̄ haga el acto nulo, ò lo rescinda, parece se demuestra de las prouanças, y hecho de este pleyto; pues suponiendo, que esta como acto interno se prueua por indicios, y conjeturas, vt tenent, *ex leg. non omnis 10. §. à barbaris, ff. de re militari, leg. filium, ubique glos. verb. Marito, ff. de ijs, qui sunt sui iur. vel alien. glos. verb. metum mortis, in cap. cum dilect. de ijs, qui vi met. Gutierr. conf. 16. num. 4. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 116. num. 17. Mascard. de probat. conclus. 1056. num. 2. §. 3. Fontancl. de pact. nuptial. clausul. 7. glos. 2. part. 5. n. 39. Castill. lib. 3. cap. 1. n. 68.*

73 ¶ En el caso de este pleyto no solo los ay grauissimos, si no aun prouança regular, clara, y concluyente, atendiendo tambien, à que para la prouança de miedo se debe tener respecto a la persona que lo impone, y aquella à quien se impone, para que con mas facilidad, con estas circunstancias se persuada el animo à que intervino en el contrato, de cuya nulidad, ò rescission se trata, vt tenet Dom. Castillo, lib. 3. cap. 1. n. 159.

Hermosill. *in dict. glos. 1. n. 79.* Menoch. *consil. 29. n. 18. libr. 1. Et consil. 1. n. 492. seqq.* Fontanel. *claus. 7. glos. 2. p. 5. num. 48. cum pluribus ab ipso latis.*

74 ¶ Y siendo respecto de marido à muger, en quien concurre el general, y reuerencial, por la subordinacion, y debilidad de el sexo, con menos prouança se tiene por verificado, y aun èl solo han querido algunos Autores anule el acto, vt ex *leg. velle non creditur, ff. de regul. iur. Et ex l. 1. §. que oneranda, ff. quar. rer. actio non datur, Et ex leg. si quis maior. 41. C. de transact. tenent Afflict. decis. 69. num. 4. Hondedeo, cons. 29. volum. 1. num. 16. Et 17. Menoch. cons. 181. num. 7. Sarmient. lib. 2. select. interpret. cap. 11. Mascard. de probat. titul. 2. cons. 1054. ex num. 16. vsque ad num. 29. cum pluribus ab eis relatis.*

75 ¶ Y alsimismo el que sea bastante en persona que tiene imperio, como el marido, respecto de la muger, los ruegos, y nimias, persuasiones, es conclusion de muchísimos Autores, respecto de entenderse violencia, y mandato, de quien con facilidad puede mandar, y obligar, y no poderse tener por libre, y espontanea voluntad la de quien en fuerça de esto executada, vt ex *cap. petitio de iure iurando, Et cap. ad nostram 21. eodem tit. Et ex l. fide iusor. 26. §. Paten Seij, ff. de pignoribus, tenent Mascard. cons. 193. num. 9. Gutierrez, canon. quast. 37. num. 17. cum seqq. lib. 1. Couarr. de sponsal. 2. part. cap. 3. §. 6. in fin. & plures referens Dom. Castillo, lib. 3. cap. 1. nu. 7. Et 8. Et 9. Et 34. & Hermos. glos. 2. leg. 56. tit. 5. p. 5. n. 24.*

76 ¶ Y concurriendo con el miedo reuerencial, amenazas, etiam, que estas no ayan llegado en lo general, ni en el acto especial a execuciones bastan para anular el acto, vt ex Castillo, Grassis, Thesaur. & alijs docet Barbosa, *dict. voto 17. num. 124. ibi: Sic etiam in metu reuerentiali probatis minis illius, cui reuerentia debetur, non est necesse aliàs probare, quod minans sit solitus, minas exequi.*

77 ¶ No es dudable son acciones que manifiestan el miedo, las que dicen los testigos executó la dicha doña Clara de Viera à el tiempo que se le obligó a hazer dicho nombramiento, como fueron, muchos suspiros, y lagrimas, y otras circunstancias que conducen a este intento, y deponen los testigos,

gos, ex Menoch. lib. 3. *presumpt.* 4. à num. 10. Malcard. *de probat. conclus.* 153. à num. 47. Noguier. *allegat.* 29. num. 67. ibi: *Quapropter, cum Domina Francisca lachrymata fuisset, et afflictione animi, angustijs, oppressa, suspiria emisisset, cum venditio dicti redditus celebrata fuisset, et specialiter quando hypotheca eius renuntiavit, evidens metus coniectura est.*

78 ¶ Y es cierto, que estas acciones manifiestan mas bien las pasiones de el animo, y por ellas se comprueua el miedo, y violencia que por las voces, y palabras, vt cum multis Barboza, *dict.* vol. 17. à num. 130. et 131. *in fine*, et voto 77. à num. 92. Cyriac. *controu.* 410. à num. 29. Acosta, *de privileg. credit. regul.* 2. *amplias.* 6. num. 234. ex §. *secundo animaduertendum.*

79 ¶ Asimismo califica, y manifiesta la violencia con que se obligó a la dicha doña Clara, para el nombramiento referido, y el justo miedo, que dió motiuo a hazerlo contra su voluntad, de la ocasion, y tiempo en que le otorgó, que fue en el mismo que se celebraron las bodas de la dicha doña Ynes, y doña Catalina sus hijas, y asistia à ellas lo mas lustroso de aquella Ciudad de parientes, y amigos, y aunque en dicha ocasion, como en otras muchas, se resistió la dicha doña Clara, dando à entender no podia en conciencia hazer dicho nombramiento, por tener obligacion à executar la voluntad de el dicho Doctor Christoual de Viera su tio, Fundador que era de dicho mayorazgo, de que sucediese en él la dicha doña Ynes, casandose à gusto de sus padres, sin embargo reconociendo, q̄ el dicho Capitan Martin de Ascanio enojado, y colerico auia dicho, que no se auian de efectuar los matrimonios de las dichas sus hijas, si no firmaua aquel nombramiento, que ya lo lleuaua hecho de disposicion de el Licenciado Francisco Garcia Sanchez, Abogado, y de los de credito en dicho tiempo en aquella Ciudad, que le aconsejó, y persuadió a la dicha doña Clara lo podia hazer sin riesgo, ni escrupulo, respecto de que le podria reuocar quando quisiese.

80 ¶ Y siendo regularmente el mas viuo desseo de las madres, el ver a sus hijas casadas, y darles estado, ex traditis per Baeza, *de non melior. fil. ab. rat. dot. cap.* 11. à n. 11. et 12.

81 ¶ No es dudable fue justa causa de miedo, para que



que contra su voluntad firmasse dicho nombramiento la dicha doña Clara, el que no se arriesgasse, ò dexasse de tener efecto el matrimonio de las dichas sus hijas, ex traditis per Sanchez, de matrim. lib. 4. disput. 5. n. 10. § 27.

82 ¶ Y mas quando fuera de el riesgo de que no se lograsen dichos matrimonios, se atrauesaua el desaire publico, y nota, que resultaua de no efectuarse dichos matrimonios, quando ya a vista de todo el lugar auian asistido, y entrado los nouios en las casas de la dicha doña Clara, y no es dudable, que este riesgo de descredito, es justo miedo, ex leg. 7. tit. 33. partit. 7. ibi: *O de recibir deshonra, porque quedaria infamado.* Sanchez, de matrim. dict. disput. 5. num. 11. § a num. 13. § seqq. Mieres, part. 1. quest. 51. a num. 8. esto fuera de el desaire referido, de ser a vista de tanto concurso, que es muy sensible en personas de tanta calidad, ex traditis per D. Valençuel. confex. 142. a n. 47. § 131.

83 ¶ Y aun con todas estas circunstancias se resistia la dicha Doña Clara, y con efecto no le firmara si no le obligaran las importunaciones, y persuasiones de el dicho Licenciado Francisco Garcia Sanchez, con los motiuos referidos, y de otros muchos deudos, que auian concurrido a dichas bodas, q euidencia el miedo, coaccion, y violencia con que obrò, ex traditis per Barbosa, dict. voto 17. a n. 131. § 135 § 142. Cyriac. Nigr. controu. 410. a n. 29. ibi: *Quod ex renitentia, § suspensione, ad faciendum actum iustificatur metus.*

84 ¶ Ni es de embarazo, el que por auer sido este acto a vista, y en presencia de tantos parientes, parece se excluia la presumpcion de miedo, pues aunque regularmente se presume assi, ex leg. transacione 35. C. de transact. vbi Barbof. Menochi de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 128. § consi. 1. n. 290.

85 ¶ Esto se limita, quando aun la misma intervencion de los deudos, y parientes, es la causa mas vrgente del miedo, como queda dicho, y passò en este lance, y quando ellos mismos con sus persuasiones obligan a la execucion de el acto, y esta verificado, vt ex multis Barbosa, dict. voto 17. a numer. 154. § 162.

86 ¶ Es cierto, que para la prouança referida de el miedo, se admiten, y juntan las conjeturas, aunque muchas

de ellas sean debiles, testigos inhabiles, y los domesticos son mas aptos, porque estas acciones no se executan, ni manifiestan de ordinario, en las calles, ni con personas estrañas, si solo dentro de las casas, y con personas familiares, ex Hermosilla, *dict. glos. 1. à numer. 74. vsque ad 81.* Barbosa, *dict. voto 17. num. 110.*

87 ¶ Y aunque es arbitraria, mas que en lo regular la prouança de el miedo, *ex leg. metus autem 3. ff. ex quib. caus. maior.* Hermosilla, *dict. glos. 2. à nu. 2.* Noguera, *dict. alleg. 29. à n. 72.* Acosta, *ampliat. 6. n. 235.*

88 ¶ Sin embargo en la prouança de miedo preuallen dos testigos, que depongan de él à muchos, de que depongan lo contrario, y de espontanea voluntad, ex Barbosa, *dict. voto 17. n. 118.* Noguera, *vbi supr. à num. 62.* Acosta, *vbi supr. à num. 243.*

89 ¶ Y ademas de la prouança tan concluyente que ay de dicho miedo de testigos domesticos, y familiares, y demas que intervinieron à el acto por donde se prueua el miedo, non in genere, como dizen muchos Autores, bastaua, *sed in specie*, de el acto particular, vt *ex traditis per Hermosilla, in dict. glos. 1. à num. 91.* Noguera, *allegat. 29. num. 88.* se llega la declaracion de la dicha doña Clara, à que por muchos motiuos se debe estar, ex Bartul. *in leg. fin. num. 14. ff. si quis aliq. testari prohibuerit, ex Surdo, conf. 373. num. 43.* Hermosilla, *in glos. 1. leg. 56. tit. 5. part. 5. num. 94.* Castellus, *libr. 3. cap. 1. num. 101.* Menoch. *de arbitrarijs, casu 395. num. 40.* Y mas en acto, que no miraua à particular utilidad suya, si solo à declarar la verdad de lo que passò en su animo, no teniendo especial interes, ni afeccion, pues todos eran hijos, y descendientes de la dicha doña Clara de Viera.

90 ¶ Ademas de los motiuos, y causas de miedo referidos, que eran sufficientissimos para la nulidad, ò rescision de el acto, obrara lo mismo el dolo, y malicia de el Capitan Martin Ascanio, con que engañò à la dicha Doña Clara su muger, obligandola à el nombramiento referido; pues sin dar quenta à la dicha doña Clara, denota, y disposicion de el dicho Licenciado Francisco Garcia Sanchez se hizo el dicho nombramiento, y se le lleuò hecho, para que lo firmasse, que es demonstracion

cion de dolo, y fraude, ex traditis per Cyriaco, *controuerf.* 549. *num.* 77.

91 ¶ Y assi mismo no darle tiempo para deliberar, si no cogiendola de repente hazerla firmar dicho nombramiento, motiuo bastante para no deber subsistir, por no presumirse el acto voluntario, y libre, *ex leg.* 29. *tit.* 18. *part.* 3. *Tusch. litter.* R. *concluf.* 185. *Gonçal. in regul.* 8. *Chancellor. glos.* 48. *à n.* 32. *Gratian. discept.* 37. *in addit.* *à n.* 5.

92 ¶ Tambien es argumento de el dicho dolo, y malicia con que se procedió algunas clausulas de dicho nombramiento, que califican lo referido, y que todo fue disposicion de el dicho Licenciado Francisco Garcia Sanchez, de orden de el dicho Capitan Martin Ascanio; pues en la clausula de reserva de usufructo, se advierte, se reserva el usufructo causal, siendo assi que la diferencia de este à el formal, ni se hallara en semejantes instrumentos, ni los Escriuanos que los otorgan las saben, y mucho menos las partes, vt videre est, *ex Marsil. in rubric. de fideiusf.* *à n.* 39. *Siguencz. de clausul. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 12. *in fin.* *Noguer. allegat.* 23. *n.* 35.

93 ¶ Y lo principal para manifestarle dicho dolo, la preuencion de dicho Capitan Martin de Ascanio, en llevar cõfigo à dicho Licenciado Francisco Garcia Sanchez, para que facilitasse à la dicha doña Clara el nombramiento, dandole à entender no arriesgava nada en darle el gusto de hazerlo, assi à su marido, quando pudiera en qualquier tiempo reuocarlo, que siendo vn Letrado de tanta opinion, y respecto de vna muger ignorante de negocios, con facilidad se pudo lograr por este medio, y mas en conflicto que se hallaua de las bodas de sus hijos, y parecerle podia deshazerlo, y reuocarlo en qualquier tiempo, poniendo en el dicho nombramiento clausulas contrarias à aquello que le asegurauan; pues todas eran de irreuocabilidad, que esto euidencia el dolo con que se procedió, & per consequens, el defecto de voluntad de la dicha doña Clara, vt *ex leg.* 2. *ff. de dolo*, *Mench. presumpt.* 3. *lib.* 5. *n.* 53. *¶ 58.* *¶ à n.* 73. *Gutierr. de tutel. part.* 2. *cap.* 14. *n.* 5. *Roland. Castell.* *tom.* 5. *cap.* 72. *§. septimo dolo.*

94 ¶ Y que se dexasse llevar persuadida, de que era reuocable dicho nombramiento, asegurandose vn Abogado de

de tanto credito, no fue mucho, antes si, muy natural, *ex leg. 2. in fine, ff. quis ord. in bonor. possess. seru. leg. 9. §. sed iuris, ff. de iur. & fact. ignorant. leg. in bonorum 10. ff. de bonor. possess. Pinel. in leg. 2. C. de rescind. vendit. 2. part. cap. 4. n. 41. Mexia, in taxapann. conclus. 3. a n. 3.*

95 ¶ Y en quanto à las prouanças que conduzen à todo el hecho de este pleyto, y en especial à el miedo, y fuerça, dolo, y fraude, con que se obligò a dicha doña Clara à el nombramiento referido, parece ocioso discurrir en ellas quando ademas de el mucho numero de testigos, y las declaraciones de la dicha doña Clara, que padeciò el miedo, y engaño, y de el Capitan Martin Ascanio, que le impulso, que por de hecho proprio vno, y otro merecen por si entera fee, y credito, y en materia, q̄ no tenian ninguna mas dependiencia à vna que otra parte, ni interes particular; concurre la declaracion, que en virtud de orden de Don Martin Iorge Ascanio, litigante, que fue en el juyzio possessorio, y quien le substanciò, que estando en el articulo de la muerte, en su testamento dize: *Pido, que en lo tocante à este pleyto declare el Maestro Fray Diego de la Cruz, lo que en razon de el le tiene comunicado, y en esta conformidad hazela declaracion, que esta en el Memorial, num. fol.*

96 ¶ A cuya declaracion se debe estar, y haze entera fee, y credito; pues no es dudable, que el testador lo pudo mandar assi, aunque fuesse por via de confesion, dandole licencia de reuelarlo, *cap. significasti de adulter. & strup. vbi Abbas, Panorm. num. 4. & 5. Butr. Felin. & Ostiens. Dom. Couarr. in epitome de sponsalib. part. 2. cap. §. vltim. n. 11. & plures referens D. Valenç. Velazq. cons. 102. n. 71.*

97 ¶ Y que a semejantes declaraciones se deba dar entera fee, y credito, por deponer de hecho, que toca a su ministerio, y cargo, y por las reucrendas que consigo trae vn Sacerdote, y mas de las prendas que lo es el dicho Padre Maestro, es conclusion de todos, *ex leg. 1. verfic. Quis, ff. de officio praefect. urb. cap. ad Audientiam, de praescript. ibi: Nec credentes ipsum scripsisse, quam à testibus diceretur, leg. 2. C. de officio civ. iudic. Bald. in leg. errore, num. 2. C. de testament. Tiraquelo, de retract. lignag. §. 8. glos. 9. num. 10. & seqq. Menoch. lib. 2. de arbi-*

*arbitrar. casu 91. § 112. leg. 1. tit. 7. partid. 3. vbi Gregor. Lopez, glos. 4. & alios congerens Dom. Valençuel. dict. conf. 102. à numer. 79. ibi: Unde cum à dicto D. Michael electus fueris dictus pater Fr. Franciscus de Cespedes ad audiendum eius ultimam confessionem ad moriendum, eius depositionis iurata super rebus sibi confessis, & mediante dicta licentia reuelatis, est fides adhibenda, cum de rebus sui muneris deponat, & testis de suo munere deponens fidem integram facit.*

98 *§* Y en especial, estando dicha declaracion jurada, que segun la opinion de Alexand. *conf. 54. per tot. volum. 2.* afirma, no se necessita este requisito, por ser lo que alli se declara hecho de el testador, no de el declarante, y por esta misma razon no se necessita de citar à la parte para ella; pues no depone como testigo, y es appendix, y parte de el testamento, en que se le diò esta comision para declarar, y como para aquel no se necesitaua de citacion de parte alguna, ni para esta dependencia.

99 *§* Y mas quando de el mismo hecho, y prouanças de el juyzio possessorio se reconocera lo verosimil de la declaracion de el dicho Don Martin Iorge; pues ademas de las tachas de sus testigos tienen contrariedades en sus mismas deposiciones, que califican la suposicion, y falsedad, ni embarazará a la nulidad, y rescission que se pretende de dicho nombramiento, por razon de el miedo, fuerça, y dolo, el dezir, que intervino juramento, pues esta circunstancia no puede hazer valido, y firme el acto, que por si es nulo, y meticuloso, *ex leg. 1. § 100 tit. 1. ff. de dolo, cap. cum contingat, de iure iurand.* Hermosilla, *in leg. 57. glos. 1. à n. 1. tit. 5. partid. 5. & D. Castillo plures referens, tom. 5. cap. 72. ex §. Prater ea.*

100 *§* Ni tampoco el que se pretenda de contratio ratificacion, y aprouacion de dicho nombramiento en fuerça de la escritura de dacion à censo, y emphiteusis; pues ademas de ser este aun acto de poquissimo momento, aun quando fuera vna expressa ratificacion, y aprobacion de el, durando las mismas causas, y motiuos de el miedo, y dolo que obligaron à el primer acto, en nada le podian sanar por este segundo, *vt ex Noguez. dict. allegat. 29. à numer. 35. vsque ad 38. Barbosa, dict. voto 17. n. 145. § 142. Hermosilla in d. l. 56. glos. 1. à n. 20. § 21. tit. 5. partid. 5.*

101 ¶ Y es cierto, que aunque la comission, y facultad de elegir sea amplissima, y cometida á la libre voluntad, y arbitrio absoluto, no se extiende a hazer valida la eleccion dolosa, violenta, y executada, no por voluntad libre, si no corrupta, por interes, ò esperança de él, ò engañada por dolo, y obligada con amenazas, no solo quando estos medios se intentan por otro tercero, mas ni aun quando se intentan por el mismo elector, vt ex glos. in cap. humanum genus, verb. vult. distinct. 1. ex Abbat. & Felin. tenet Peralt. in leg. 1. num. 73. ff. de legat. 2. Dom. Molin. de primog. dict. cap. 5. a numer. 16 ibi: *Quamuis enim actus in liberam voluntatem alterius relictus sit voluntas, hac non debet ad actum prohibitum seu dolosum extendi, & postea ex doctrina Felin. ibi: Verbum volo ad actum licitum, & permisum, non autem ad actum ex voluntate corrupta regulatum, referendum esse, & ibi Addent.*

102 ¶ Y así parece, que por los fundamentos referidos, era notoriamente nulo el nombramiento hecho en el dicho Don Iuan Ascanio, y que no necesitaua de otros esta parte para obtener, mas por discurrir en todos los de este pleyto passaremos a el tercero Artículo.

### ARTICULO TERCERO.

103 **E**N este se discurrirá, que aun en caso de que el dicho nombramiento no tuuiera los defectos referidos á el mismo tiempo de la eleccion, todauia por él no podia pretender derecho alguno el dicho Don Iuan Ascanio, y mucho menos sus hijos, y descendientes para la sucession de este vinculo.

104 ¶ Para este Artículo es preciso suponer en el hecho, que despues de el nombramiento, que queda referido, hecho en el dicho Don Iuan Ascanio, por el año pasado de 638. la dicha doña Clara de Viera hizo otro en el año de 652. en que nombrò para la sucession de este vinculo á la dicha doña Ynes Ascanio y Viera, litigante, y continuando su enixa voluntad, y el cumplimiento de su obligacion, y discargo de su conciencia, le ratificò, y hizo otro en el año proximo siguiente de 653. y vltimamente por el testamento, baxo de cuya disposicion

muriò, otorgado dicho año de 653. repite, y ratifica lo mismo.

105 ¶ Conque aun en caso, que el nombramiento hecho en el dicho Don Iuan Alcanio no tuuiera las nulidades, y defectos que están opuestos, entrauamos en la question de si despues de hecho el dicho primer nombramiento, y eleccion, por él se adquirió derecho tan invariable à el dicho Don Iuan, que no pudo la dicha Doña Clara alterarle, ni variar la eleccion.

106 ¶ Y en esta question, aunque entremos confesando por mas corriente, y seguida la opinion de los que afirman, que quando la eleccion, y derecho de nombrar compete por vltima voluntad, simpliciter, & absolute, y la eleccion se haze por contrato entre viuos, no es permitida la variacion, *leg. apud aufidium, ff. de option. legat. leg. statu liberum, §. Stichum, ff. de legat. 2. & ibi gloss. verb. Non poterit, leg. huiusmodi, §. Stichum in fin. ff. de legat. 1. glos. vltim. in leg. unum ex familia, ff. de legat. 2.* Antonio Gomez, *in leg. 40. Taur. numer. 50.* Dom. Molin. *de Hispanor. primog. lib. 2. cap. 4. n. 37.* vbi Addent. Burgos de Paz, *conf. 2. num. 14. cum seqq.* Mieres, *de maiorat. 1. part. quest. 18. §. 48. ex num. 45.* Alvarado, *de coniectur. ment. defunct. libr. 2. capit. 2. num. 28.* Matienço, *in leg. 14. tit. 4. glos. 1. num. 13. lib. 5. Recop.* Menoch. *de arbitrar. casu 38. §. conf. 1107. ex numer. 12.* Gratian. *disceptat. forens. 1. tom. cap. 18.* Gutierrez, *pract. lib. 3. quest. 48.* Fontanel. *de pact. nuptial. in Addit. ad fin. 2. part. num. 7. versic. Est secundo notandum.* Caldas Pereira, *de nom. n. emphiteus. lib. 2. quest. 10. num. 83. §. quest. 3. cap. 2. num. 7.* Valate. *consultat. 102. num. 12. §. 23.* Dom. Paz, *de tenut. cap. 34. numer. 50. §. 51. §. 56.* Thesaur. *forens. quest. lib. 1. quest. 65. numer. 7.* Surd. *conf. 264. num. 10.* Hermos. *in leg. 7. tit. 4. part. 5. glos. 5. §. 6. à num. 21.*

107 ¶ Y así, aunque en el caso de nuestro pleyto confessamos ocurran las circunstancias, de que el derecho, y facultad de nombrar competia à la dicha doña Clara, y demas poseedores, por el testamento de el Doctor Christoual de Viera, que fue quien la dió, y que la dicha doña Clara en virtud de esta facultad, que por dicho testamento se le concedió, hizo el nombramiento, y eleccion, como se pretende en el dicho D. Iuan

Alca-

Ascanio, y que por estas circunstancias le assiste la regla de ser invariable, sin embargo nos hallamos en las limitaciones que esta regla padece, y en que es variable la eleccion; pues es cierto en el hecho, que el dicho Don Juan Ascanio no acetò el nombramiento referido, y siendo necessaria esta circunstancia para su irreuocabilidad (como fundaremos) necesitaua de tenerla verificada, como fundamento de su intencion, y no consta lo estè, ni aunque fuesse viuo à el tiempo de dicha eleccion, *leg. matrem, C. de probat. glos. inclement. final. verb. Creatum, de rescript. Et incap. venerabilibus, §. final, de sentent. excomm. in sexto, & in terminis acceptationis Felin. cap. quod ad consulationem num. 25. dere iudic. D. Valenc. Velazq. alios referens, conf. 63. à n. 22.*

108 ¶ Y la razon es, por que esta qualidad de aceptacion no se presume, ni se puede suplir por el derecho. *Bald. conf. 273. lib. 1. Decian. conf. 442. num. 15. Franch. decis. 60. num. 3. Et 22. & cum alijs dictus Dom. Valencuel. dict. conf. 63. n. 24. ibi: Quia acceptatio non presumitur, nec supletur à iure.*

109 ¶ Y solo por fauor especial de la infancia el que se supla este defecto, *leg. iubemus, C. de emancip. liberor. D. Molina, de primog. lib. 4. cap. 2. n. 75. Gutierr. conf. 20. n. 7. D. Valencuel. d. conf. 63. n. 25.*

110 ¶ Y no estando acetado este nombramiento por el electo, ò nominado, es conclusion corriente, que aunq̃ aliàs, el acto fuera invariable por este defecto, se haze reuocable, y licita la variacion, aunque sea repetida; pues no se considera derecho adquirido à el electo. *Mieres, de maiorat. 1. part. quest. 68. num. 26. Et 27. ampliandolo en eleccion de officios, quest. 48. num. 275. Surd. conf. 365. nu. 52. Hermosill. in leg 7. tit. 4. partid. glos. 5. Et 6. num. 25. ibi: Sublimita, nisi ante acceptationem electionem reuocauerit, nam electio interim dum acceptator est reuocabilis.*

111 ¶ La razon de esto es, porque como el elegir, aunque in genere, sea preciso, es voluntario el ser este, ò aquel, contiene en si gracia, y donacion, *leg. unum ex familia, in princip. Et §. si falcidia, leg. Iulius, §. final, Et leg. Iulius 2. §. final, ff. de legat. 2. leg. pater ex provincia, ff. de manumis. vindict. leg. item eorum, §. si decurionis, ff. quod quisque vnuers.*

nom.



nom. leg. municipibus, ff. de condit. et demonstr. Dom. Molin. de primog. libr. 2. cap. 4. num. 5. Don. Valençuel. dict. cons. 63. a num. 1.

112 ¶ Y es cierto, que la donacion, antes de estar aceptada, no tiene fuerça, ni se ha adquirido derecho alguno a el donatario, antes permanece penes donantem, y así puede muy bien reuocarla, leg. absentis, ff. de donation. vbi notant Doctores, Plotus, in leg. si quando, §. 1. num. 8. C. unde vi, plures referens Dom. Valençuela, dict. cons. 63. a num. 2. Dom. Molin. de primog. libr. 4. cap. 2. num. 60. Hermosilla, glos. 1. leg. 4. tit. 4. partid. 5. ex nu. 24. vsque ad 27. cum pluribus ab eis relatis.

113 ¶ Y esto corre sin embargo de la ley del Reyno 2. tit. 16. lib. 5. Recop. vt ex Dom. Covarr. libr. 3. variar. cap. 16. num. 1. versic. Nam et si is, et in rubric. de testament. part. 3. num. 23. et in cap. quamuis pactum, part. 2. §. 4. num. 15. Gutierrez, in dict. cap. quamuis pactum in princip. num. 53. versic. Sed his non obstantibus, de pact. lib. 6. Gregor. Lopez, in leg. 4. tit. 4. partid. 5. verb. Nolo puede hazer. Mieres, de maioratib. part. 1. quest. 36. num. 2. Auendañ. lib. 2. de exequend. mandat. cap. 29. num. 11. Olan. in concordi. iur. comm. et reg. verb. Donatio, num. 46. et seqq. Burgos de Paz, Senior, cons. 14. nu. 20. cons. 33. num. 12. & Burgos de Paz, Junior, quest. ciuili 10. numer. 46. Don. Molin. libr. 4. cap. 2. n. 60. et seqq. Dom. Valençuel. eos referens, dict. cons. 63. num. 30. ibi: Et ita quod etiam stante iure Regio requiratur acceptatio ad irrenocabilitatem.

114 ¶ Y esto corre sin disputa, y ser necessaria la aceptación, etiam iure Regio, quando la donacion no es pura, si no modal, y que contiene en si algunas cargas, y grauamenes, pues en este caso, nunca se puede suplir la aceptación, pues fuera quedar el donatario obligado a el cumplimiento de las cargas, y grauamenes, sin su consentimiento, y que en la materia de eleccion de mayorazgos, o llamamientos de ellos, no sea pura donacion, por contener generalmente los grauamenes de Apellido, y Armas, y otros que regularmente se imponen, vt ex doctrina Bartol. in leg. quatenus, ff. rem ratam haberi, Pagnorm. in cap. non ne, Dom. Molin. in dict. cap. 2. nu. 66. et 69. Angul. in leg. 1. tit. 6. libr. 5. Recop. glos. 5. num. 27. tenet cum alijs Dom. Valençuel. cons. 119. a num. 44. ibi: Quia omnia ex

ea maxime procedant in nostro casu in quo agitur de maiora-  
to, nam *Et si lex presumat acceptationem, quando res est omni-  
no utilis, Et favorabilis donatario, secus autem in eo quod est,  
vel potest esse onerosam.*

115 *¶* Y que en el de este pleyto los aya, pater de la dis-  
posicion referida de el Doctor Christoval de Viera, pues impo-  
ne obligacion a los poseedores, o sucesores, de que se ayan de  
catar con expresa licencia, y consentimiento de sus padres, ade-  
mas de otras cargas, y gravamenes.

116 *¶* Y assi el señor Don Iuan de el Castillo, cap. 80.  
aunque defendió la opinion de que por derecho del Reyno no  
se necesitava de aceptacion en las donaciones gratuitas, re-  
solvió lo contrario quando contenian algun modo, o grava-  
men, vt videre est, in dict. cap. 80. num. 16. in fin. ibi: *Et quam-  
uis in stricta iuris disputatione veriore ego existimarem con-  
trariam opinionem; quod scilicet necessaria, non sit hodie ac-  
ceptatio attenda dicta lege ordinamenti, nec ideo renocari posse,  
in presenti tamen acceptationem necessariam fuisse, Et nomi-  
nationem primam non acceptatam ideo renocari potuisse, Et se-  
cundam valide, Et cum effectu fieri, quod nominatio ipsa, non  
contineret titulum lucratiuum absolute, sed onerosum quoque,  
quia onera Et gravamina contineret.*

117 *¶* Aun quando la dicha eleccion no padeciera  
el defecto dicho de aceptacion, por donde precisamente que-  
do reuocable, todavia lo fuera aun estando acetada, y sin em-  
bargo de la regla propuesta en el principio de este Articulo, res-  
pecto de que siempre, que la eleccion se comete al tiempo de  
la muerte, o para despues de los dias de la eligente, todas las  
elecciones, y nombramientos hechos en su vida, que dan re-  
nocables hasta el tiempo de su muerte, leg. cum pater 79. §. si  
filia, ff. de legatis 2. leg. vnum ex familia 69. in princip. vbi  
glos. in verb. mater, ff. de legatis 2. vbi notant Bart. & com-  
munitor DD. Menoch. de arbitrar. lib. 1. quaest. 38. Menchac.  
de success. progres. lib. 3. §. 26. num. 14. Matienç. in leg. 14. tit. 4.  
-glos. 1. a num. 37. lib. 5. Recop. Gutierrez, pract. lib. 3. quaest. 7.  
num. 3. Cevallos, commun. quaest. 686. Mantica, de connectur.  
ultimar. voluntat. lib. 8. tit. 5. num. 20. Gom. in leg. 17. Taur.  
num. 6. vbi rationem, & fundamenta refert, Et in leg. 40. nu-  
mer. 50.

mer. 50. Percir. de nomin. emphit. libr. 2. quæst. 10. num. 83. Et  
 lib. 3. cap. 2. num. 5. 9. Et 39. Valasc. consult. 102. num. 26. Mier-  
 res, de maiorat. 4. part. quæst. 2. n. 79. Et part. 1. quæst. 18. n. 27.  
 Dom. Paz, de tenut. cap. 34. num. 53. Dom. Valençuel. conf. 63.  
 nu. 39. Dom. Castillo, quotidianarum, controuers. lib. 5. cap. 80.  
 num. 18. Dom. Molin. de Hispan. primog. lib. 2. cap. 4. a nu. 23.  
 Et 24. & alios quam plures referens Hermosill. in d. leg. 7. tit. 4.  
 part. 5. glos. 5. Et 6. a n. 28.

118

¶ No es de embarazo el que parezca que aqui la  
 eleccion no se cometió precisamente para el tiempo de la muer-  
 te, si solo el efecto de ella, y succion se suspendió hasta dicho  
 tiempo, como dan à entender las palabras de la clausula, ibi: *Y  
 para despues de sus dias ha de tener, &c.* pues aunque algunos  
 de los Autores referidos parece pueden constituir en esto dife-  
 rencia la razon juridica, que es el que la eleccion se ha de hazer  
 entre aquellos que se hallarẽ aptos en dicho tiempo de la muer-  
 te, mira solo à el efecto, y execucion de la eleccion, no a el mis-  
 mo acto de elegir, y lo que mas es, que los textos originales de  
 donde se saca esta doctrina no miran à que la comision se aya  
 dado para que se eliga à el tiempo de la muerte, si solo, à que la  
 restitucion, y execuciõ de ella sea para dicho tiempo, vt ex dict.  
*leg. cum pater, & a filia, se manifesta, ibi: A filia pater perierat,  
 ut casu uellet ex liberis suis, prædia, cum moreretur, restitueret  
 uni ex liberis, prædia fideicommissi, uina donauit, non esse  
 electionem propter incertum diem fideicommissi certam dona-  
 tionis uidebatur, nam in eum destinatio dirigi potest, qui fi-  
 deicommissum inter cæteros habiturus est, remota matris elec-  
 tione.*

119

¶ Y assi indiuidualmente en estos terminos, y  
 quando el efecto solo de la eleccion, aunque no el mismo acto  
 de elegir se comete para despues de los dias de el eligente, tie-  
 nen por reuocable, y variable la eleccion antes hecha. Flores  
 de Mena, quæst. 22. num. 16. lib. 3. ibi: *Hoc tamen fallit, quan-  
 do electio non statim suum operatur effectum, sed post mortem  
 eligentis, qui post mortem illi quem elegerit, aut nominauerit  
 ex certis restituere tenetur, tunc enim si ante mortem elingat, eli-  
 git ante tempus, Et sic electio non est perfecta, Et potest variari,  
 tunc non cadit proprie electio, seu nominatio, nam testator,*

aut

aut contrahens, in sit rem relinquere post mortem suam, aut tempore mortis vni ex filijs, intelligit ergo de filijs quos tunc haberet, qualitas ergo iuncta verbo, intelligitur secundum tempus verbi, ex leg. in delictis, §. si de tracta, ff. de noxal. action. Et in leg. ex facto, ff. de vulgar. Et pupil. Igitur inter illos solos cadit electio, Et si inuita eligit aut nominat de his, quos tunc habet, eligit ultra commissionem sibi datam alios, quam inter quos possit eligere: possunt enim isti, vel mori in vita testantis, Et erit caduca electio, vel vnus solus remanere forsitan iam nominatus, Et vana etiam erit electio, cum ex necessitate illi teneatur dare, vel possunt forsitan alios filios habere inter quos poterit eligere, Et quibus ex prima electione ante tempus facta praiudicatur, Et sic non fuit vera, nec propria electio, nec consumptum ius eligendi, Et per consequens poterit de nouo eligere.

120 *De la doctrina referida resulta el vltimo medio de este Articulo, y el que en la cortedad de nuestro juyzio no parece puede tener falencia, y es, que aun quando la eleccion hecha en el dicho Don Iuan Alcanio, no padeciera los defectos referidos, assi para su nulidad, como para quedar variable, y reuocable, auiendo el susodicho premuerto, como es constante en el hecho a la dicha doña Clara de Viera, electora, no parece puede tener duda el que dicha eleccion se caducò, y bolviò la dicha doña Clara a reasumir aquel derecho, y facultad de elegir, aunque le huiera consumido en la eleccion hecha en el dicho Don Iuan, y fuera irreuocable, pues en los terminos, que esta lo es, se entiende, quando *fortitur effectum, cap. si electio 26. de election. in sext. ibi: Si electio ex eo non fortitur effectum, quia electus consentire recusat, vel post consensum renuntiat iuri suo, aut forte diem claudit extremum, seu propter occultum eius vitium irritatur; electores (qui iam fecerant, quoad spectabat ad ipsos intra iuris terminum eligendo) habebunt ad sensu renuntiatione, morte vel irritatione predictis; ac si vacatio noua esset, tempus integrum ad electionem celebrandam, dummodo nihil fraudulentè egerit in premisis, leg. non omni 19. ff. si certum petat. vbi Iass. num. 4. in fin. Peralta, in leg. cum pater, §. à filia, ff. de legat. 2. nu. 62. versic. Postea etiam. Caid. lib. 3. cap. 2. num. 21. Anton. Gom. in dict. leg. 17. Taur. nu. 6. versic. Ex quibus inferitur. Flores de Mena, dict. quest. 22. dict.**

num. 16. *¶* num. 28. Dom. Molina, de primog. dict. lib. 2. cap. 4  
 num. 38. donde auiendo en los precedentes disputado los me-  
 dios, por donde se haze irreuocable la nominacion, y eleccion,  
 in dict. num. 38. inquit: *Hoc tamen intelligendum erit, quando  
 prima electio effectum sortita est, si enim effectum non habuit  
 elector poterit etiam in hac specie iterum eligere, atque etiam,  
 pluries, donec electio effectum sortiatur, variare.* Y citando, dict.  
 cap. si electio, profligie, ibi: *Ubi disponitur, quod si electio facta  
 non sortita fuit effectum, ex eo, quod electus ei, consentire noluit,  
 aut post consensum iuri suo renuntiavit, aut mortuus est, aut  
 electio ipsa propter electi vitium irrita declarata fuit: iterum  
 electio ipsa fieri poterit, ad quam faciendam datur electoribus  
 tempus integrum à die dissensus, renuntiationis, mortis, seu ir-  
 ritationis electionis, ac si noua vacatio contingisset.*

121 *¶* Y lo mismo con los Autores ya referidos en  
 materia de eleccion de mayorazgos, tenet Hermosill. in dict.  
 leg. 7. tit. 4. partid. 5. glos. 5. *¶* 6. num. 37. ibi: *Sublimita hanc  
 limitationem nisi nominatus decedat antequam nominans mo-  
 riatur, quia tunc extinguitur nominatio, et fit caduca, et po-  
 terit noua electio fieri.*

122 *¶* Y la razon de esto es, porque aquella eleccion,  
 que no llegò a tener efecto, por que auiendo de ser para despues  
 de los dias de el eligente, premuriò el electo à el eligente, viene  
 à ser lo mismo que si no se huuiera hecho, vt ex Mohedan. Ca-  
 tador. tenet Gonçalez, in regul. 8. *(Chancellor. glos. 45. §. 3. nu-  
 mer. 6. Gratian. disceptation. forens. tom. 1. capit. 58. numer. 5.  
 ¶* seqq. & cum alijs quam pluribus Dom. Larrea, decis. 45. nu-  
 mer. 3. *¶* 8. ibi: *Tertio in electionis casu quando electus dece-  
 sit electio quasi frui non potuit.* Et postea ibi: *Admittant inter-  
 pretes, quoties inter plures presentatio, aut electio vicissim, vel  
 vt sic loquamur per turnum diuisa est, si ab vno electus moria-  
 tur antequam electio sortiatur effectum, pro nõ facta censebitur,  
 ita vt possit iterum eligere.*

123 *¶* Y no puede ser de embaraço à la certeza de lo  
 referido, si se opusiera el que se transmitiò en los hijos, y des-  
 cendientes de dicho Don Iuan Ascanio el derecho de elegir;  
 pues aunque este sea transmisible, vt late, ex leg. si stipulatus,  
 ff. de verbor. obligat. cum pluribus tenet Dom. Olea, tit. 3. q. 1.  
*¶* quest. 8. num. 5. Por que esto es quando aquel que le ha de

transmitir le tiene en si radicado, ò quando no repugna la voluntad de el testador, porque es cierto que este puede hazer transmisible lo que aliàs *de iure* no lo fuera *vel contra*, vt ex Anton. Gom. *in leg. 40. Taur. nu. 21. & 29.* D. Castillo, & Dom. Molin. *lib. 3. cap. 8. num. 5. tenet Cancer. lib. 3. variar. cap. 21. a num. 313.*

124 ¶ Y es cierto, que en el caso de este pleyto, aun en los terminos que pudiera tener lugar la transmission, està quitada por el testador, pues en caso de no hazer la eleccion el poseedor, à quien quiso compitiese este derecho, tiene dada prouidencia, y regla de el que ha de suceder, como se manifiesta de las clausulas referidas.

125 ¶ Pero oy no nos hallamos en transmission de derecho de elegir, respecto no auerle tenido nunca el dicho D. Iuan Ascanio, pues este por la voluntad de el Fundador se concede solo à el poseedor que lo fuere con efecto de los bienes de dicho vinculo, como fruto de el, y que nombre para despues de sus dias, y no auiendo llegado à ser poseedor, nunca pudo tener en si este derecho, y mucho menos transmitirle, ex vulgari regula, *nemo dat, quod non habet, & ex leg. nemo plus, ff. de regul. iur. & leg. tradito, ff. de acquir. rer. domin. Cancer. part. 1. cap. 1. num. 208. Robles, de representation. lib. 2. cap. 16. num. 72. Barbosa, axiomat. 160. num. 1. & 2. cum pluribus ab eis congestis.*

126 ¶ Y mucho mas sin duda corre lo referido, quando, como queda fundado, su nombramiento fue nulo, por las razones, y causas, que referimos supra Articulo Segundo, ò aun quando faltaran ellas, se pudo reuocar, y con efecto reuocò, ò se caducò, y irritò dicha eleccion, con auer premuerto à la electora, como està fundado en este, en cuyos terminos pareciera fuera de proposito disputar la transmission, si como queda fundado, no hauo derecho radicado, y invariable en el dicho D. Iuan Ascanio, y asi cessa la question *de qua*, Fontanel. *de pact. nupt. claus. 4. glos. 9. part. 5. num. 26. & 66.* Surdo, *conf. 264. num. 15. sub §. vero*, y disputando latamente Dom. Castillo, en terminos de legados, y fideicomissos, quando en ellos aya derecho de transmission, refiere varias decisiones de este Senado, proponiendo sus fundamentos, *lib. 4. controuers. cap. 56. a num. 33.*

127 ¶ Y assimismo se evidencia lo referido, atendiendo, à que esta eleccion auia de caer entre los hijos, ò hijas que tuuiesse la eligente, à el tiempo de auer de dexar sucesor para despues de sus dias, como se manifiesta por el testamento de el dicho Doctor Christoual de Viera, y en estos terminos corre con llaneza, que aunque aliàs fuesse derecho transmisible, no tenga lugar la transmision, por el perjuyzio que se ocasionaua à los hijos, y hijas entre quienes debia caer la eleccion, vt cum Fussario, Cancerio, Menochio, & alijs docet idem Fontancla, *decis. 171. à num. 9. Et decis. 36. num. 6. vbi ponderat textum, in leg. uxorem 41. §. scio, ff. de legat. 3. Et decis. 40. n. 3. Et 6.*

128 ¶ Y en los mayorazgos de España, que son de eleccion real (como queda fundado lo es este) y que todos los poseedores tienen esta facultad, y derecho, es preciso, que para auerle de radicar en cada poseedor, no se pueda considerar este derecho de elegir en el electo, hasta que con efecto entre en la possession; pues en otra forma se frustrará, si el nombrado solo con ser nombrado, antes de posseder pudiera nombrar à otro, y este à otro, pues quando llegara à posseder el primer nombrado hallara muchos electos, & per consequens, esterilizado, y inutilizado el derecho, y facultad, que como poseedor le cõpetia de nombrar, y contra la voluntad del testador, *ibi: Y para despues de sus dias tenga derecho, y facultad de poder elegir.*

129 ¶ Con que parece, que aun quando la eleccion hecha en el dicho D. Iuan Alcanio, no padeciera las nulidades, y defectos referidos, auiendo premuerto el susodicho à la dicha doña Clara su madre, fue permitido, y licita la variacion, y eleccion posterior que hizo la susodicha en dicha doña Ynes, pues se caducò, y irritò (como queda fundado) la primera sin derecho radicado, que pudiera transmitirse à los hijos, y descendientes del dicho D. Iuan.

#### ARTICVLO QVARTO, Y VLTIMO.

130 **E**N este Articulo se intenta comprouar, que la dicha doña Ynes para la sucession de el vinculo, que se litiga, no solo se vale de las repetidas elecciones, y nombramientos que en la susodicha hizo la dicha Doña Clara de Viera, su madre, sino de el motiue, y causa que la susodicha refiere

fiere auer tenido assi para resistir el nombramiento, que se le obligò a hazer por induccion, y amenazas de el dicho Capitan Martin Ascanio su marido, como para los que voluntariamente hizo en discargo de su conciencia, declarando la voluntad de el dicho Doctor Christoual de Viera, y doña Ynes de Viera su hermana, de cuyos bienes se compuso dicho vinculo, y assi el derecho que tiene à la sucession de el dicha Doña Ynes, no depende de la dicha doña Clara su madre, pues la declaracion no da de nuevo, si solo explica, y manifiesta el derecho que tenia aquel a cuyo fauor se haze, vt ex leg. *heredes palam*, §. *si quod post*, ff. *de testament. leg. adeo* 7. §. *cum quis ex altera*, ff. *de acquir. rer. domin.* Dom. Vela, *dissert. 2. num. final*, & D. Valencuel, *cons. 120. n. 19* & D. Castill. *lib. 4. contron. cap. 19. num. 30.* cum pluribus ab eis relatis.

131 ¶ Y assi aunque es cierto, que el poseedor de el mayorazgo no puede por si alterar la forma de suceder, ni quitarle el derecho que tiene el llamado por el Fundador, por no depender de el poseedor, respecto de no dar nada, ni ser bienes suyos la sucession, con todo esto puede muy bien declarar la mente, y animo de el Fundador, y siendo el primer poseedor, y quien conociò a el Fundador, y pudo comunicarle, y noticiarle de su voluntad, puede declararla, y mas quando esta declaracion fuesse verosimil, y no repugnasse directamente a las palabras, y forma dada por dicho Fundador, vt ex doctrina Bartol. *in leg. gerit*, ff. *de acquirend. hereditat. num. 17.* Baldo, *in leg. in quibus*, C. *de secund. nupt. nu. 2.* Palac. Rub. *in leg. 45. Taur. num. 17.* & alijs quam pluribus tenet Dom. Molin. *lib. 1. cap. 8. num. 38.* ibi: *Sed quamuis ultimus maioratus possessor non possit quidpiam ex his, quae eius institutor disposuit, alterare; poterit tamen dubiam illius dispositionem interpretari, designando in suo testamento, illum quem arbitratur, maioratus institutorem in eiusdem successione praefere voluisse, eaque interpretatio, si verisimilis sit à iudicibus sequenda, vel saltem summe consideranda atque aestimanda erit, & postea, dando la razon que queda referida de quando el poseedor, que explica, conociò a el Fundador, lo pone mas sin duda, ibi: Quod quando ultimus maioratus possessor id ab institutore intelligere potuit, admittendum erit.*

132 ¶ Y lo mismo resuelve Capic. Latr. *consult. 85. num.*



num. 33. & Dom. Valençuel. *conf.* 135. à num. 140. à contrario sensu, ponderando la razon, por la qual no se deba estar à la declaracion de el poseedor, ibi: *Et facit, quod dictus Didacus Santoyo non cognouit testatorem; Et ideo dicere non poterat fratrem suum habuisse ius praeipuum, sicut in simili videmus, quod declaratio successoris maioratus facta ab ultimo eiusdem possessore non debet attendi, quando ultimus maioratus possessor id, quod declarauit non potuit à testatore intelligere, quia in hoc casu deficit verisimilitudo ab eo, Et alia requisita.*

133 ¶ Con que en los terminos que vamos hablando de auer conocido, y tratado el poseedor que haze la declaracion à el Fundador, y à la dicha doña Ynes de Viera, de cuyos bienes se compulo este vinculo, queda sin duda con la opinion referida, y lo mismo trasladando las palabras de el señor Molina, resuelve Barbosa, *voto 7. num. 26. ibi: Quarto quia Ioannes Philippum in successorem suum signauit, licet enim maioratus possessor non possit quidpiam ex his, quae eius institutor disposuit, alterare, poterit tamen dubiam illius dispositionem interpretari, designando in suo testamento, illum, quem arbitratum, maioratus institutorem in eiusdem successione preferre voluisse, Et quod ea interpretatio, si verisimilis sit, à iudicibus sequenda, vel saltem summe consideranda, atque estimanda erit.*

134 ¶ Y para lo verosimil, que es el requisito, que como queda referido, suponen los Autores se necessita para estar se à la declaracion de el poseedor, se debe atender mucho a la causa que expresa la dicha Doña Clara de Viera, por motiuo, para que el Doctor Christoual de Viera expressamente no dexasse nombrada à la dicha doña Ynes, que fue el que por hallarse niña, y que si estaua nombrada en la sucesion de dicho mayorazgo expressamente, seria apetecida, y solicitada, y se podria arriesgar el acierto de su casamiento, conuiniedo este motiuo con la condicion, y grauamen que puso el dicho Doctor Christoual de Viera de auerse de casar los sucesores que fueren en él, con licencia expresa de sus padres, *vt Memorial, fol. 5. num. 11. Et fol. 10. à num. 13. vsque ad 15.* y mucho mas califica esta verosimilitud el auer criado à la dicha doña Ynes, litigante, la dicha doña Ynes Fernandez de Viera su tia, y madrina, cuyos motiuos de cariño hazen muy verosimil, y natural

encomendasse à el dicho Doctor Christoual de Viera tu hermano, por auerle dexado sus bienes para la fundacion de este vinculo, que la prefiriese en la sucession de el.

135 ¶ Y esto corre con mucha mas llaneza en los mayores azgos de eleccion, que en otros regulares, de quienes van hablando las autoridades referidas, por que como en los regulares se hagan llamamientos lineales por los Fundadores, tiene mas dificultad el que ay a duda que interpretar, ni voluntad q̄ declarar, que en los de eleccion, en los quales se comete à el poseedor nombrar sucessor, que puede muchas vezes ser, y es con efecto commissio para declarar la voluntad, y animo de el testador, pues aunque las disposiciones captatorias esten regularmente prohibidas, vt in *leg. qui heredi.* ff. de reb. dub. actamē, el declarar la persona à quien quiso el testador fuesse heredero, ò se le restituyesse el fideicomisso, es permitido, vt ex doctrina Castrenf. in *leg. si ita scripsero in princip.* ff. de condit. & demonstrat. notant communiter DD.

136 ¶ Y que el poseedor à quien se comete la eleccion de nombrar sucessor tenga obligacion à nombrar à aquel, que segun la voluntad tacita, ò expresa de el Fundador se le designò, y que en este caso no tengan lugar todas las reglas que en la eleccion absoluta quedan fundadas, ni pueda variar de aquella voluntad de el Fundador, ni alterarla en manera alguna, es principio indubitado de derecho, pues alli la eleccion, ò declaracion no depende de el, si solo executa lo que el testador le comunicò, vt ex doctrina Ruin. *conf. 28. num. 9. lib. 2.* tenet Dom. Castill. *lib. 2. cap. 26. num. 85. ibi: Ex hoc concludit, quod eligens ex concessione, aut commissione testatoris, tenetur sequi in eligendo voluntatem tacitam, vel prescriptam testatoris ipsius.*

137 ¶ Y citando este lugar Fontan. *de pact. nuptial. tom. 2. in Addit. ad finem, num. 7.* dize lo mismo ibi: *Quod eligendi facultatem habens ab alio concessam, quibuscumque verbis quantumuis generalibus debet se conformare voluntati declarate in fauorem unius potius, quam alterius ex eligendis per concedentem, siue expresse, siue tacite.*

138 ¶ Y tratando la materia de eleccion, y el punto, quando en ella pueda variar el elector, reconociendo los principios referidos, y citando muchos Autores, quos consulto

omitto, dize lo mismo Hermosilla, in dict. leg. 7. tit. 4. partid. 5. num. 26. ibi: *Limita tertio nisi electio, seu nominatio facta esset secundum tacitam vel presumptam voluntatem testatoris declarando eius voluntatem; nam tunc eligens non potest variare, nec declarationem reuocare, dando la razon, ex doctrina Decio, in cons. 28. num. 8. lib. 2. vbi num. 9. concludit: Quod eligens ex concessione aut commissione testatoris tenetur sequi in eligendo voluntatem tacitam vel presumptam ipsius.*

139 ¶ Con que solo parece pudiera auer duda, de si fue la voluntad de el dicho Doctor Christoual de Viera, y doña Ynes Fernandez de Viera su hermana, el que nombrasse, y eligiesse para la sucesion de este vinculo à la dicha Doña Ynes Ascario la dicha doña Clara, a quien se cometio, y esta se desvanee, atendiendo à que para comprouacion de que fue esta la voluntad de los susodichos, basta la declaracion de la dicha doña Clara. *Memorial, fol. 10. num. 13.* pues esta declaracion la tienen por bastante prouança los Autores, vt Dom. Castillo, in dict. lib. 2. cap. 26. nu. 85. in fin. ibi: *Maxime, ut dixi, quando constat quod secundum voluntatem testatoris electio facta fuerit, id que ex verbis, aut declaratione ipsius met eligentis notum est.* Hermosill. in dict. glos. 5. § 6. num. 26. in fin. ibi: *Quod tunc dicitur constare quod electio secundum voluntatem testatoris facta fuit, quando id ex verbis aut declaratione ipsius met eligentis apparet.* Fontan. in Addit. dict. n. 7.

140 ¶ Y aunque algunos Autores disputan, si esta declaracion por si sea bastante sin juramento, todos resuelven, q̄ con juramento plenamente prouea, y que en este caso de estar jurada la tal declaracion no se necesite de otras algunas conjeturas, ni prouaça, vt ex Socin. in d. leg. si ita scripsero Castrensi & alijs tenet D. Couarr. in cap. cum tibi, in fin. de testam. Y refiriendole Petr. Surd. cons. 264. num. 18. ibi: *Quod non est verosimile, quod cum iuramento is mentiat, cui testator commissit declarationem, & quamuis multi dicant, quod procedit hoc quando cum attestatione illius concurrunt probabiles coniectura; tamen id verum est quando talis declaratio sit sine iuramento; sed si sit iurata, sustinetur, licet aliud non extet preter solam illius declarationem ab eo factam cui testator commissit.* Y naze esto de el brocalico, y principio, que basta vn testigo etiam vnico, deponiendo de hecho proprio, y mas en materias de secreto, y exoneracion de conciencia.

141 ¶ Mas en el caso de este pleyto, y Articulo que vamos fundando concurre todo, pues ademas de la declaracion jurada, y repetida de la dicha D. Clara de Viera, y conjeturas que nazen de la afeccion de la criança de D. Ynes Fernãdez de Viera, ay testigos, vt *Memorial à fol. 21. vsque ad 24. q̄ dizen de oidas à la dicha D. Ynes Fernandez de Viera, y a la doña Clara, y que se dezia en las casas, y entre la familia de la susodicha, y de dicho Doctor Christoual de Viera, que no parece a no ser cierto lo tollerara la dicha doña Clara, que tenia la dicha facultad de elegir, vt considerat Fontan. in dict. addit. n. 7. versic. E si secundo, in fin. ibi: Sufficere pro nominatione quod mater, qua facultatem ad id habebat dixisset in aliquibus instrumentis, seu consensisset dici Franciscum esse heredem patris, Et vt talem cum matre usufructuaria actum facere permisisset.*

142 ¶ Y assi parece, que aun quando a la dicha D. Ynes Ascanio de Viera no le asistiẽra derecho tan claro, por los medios que queda fundado, de la nulidad del nõbramiento hecho en D. Iuan Ascanio, y aun quando no la tuuiera, auerse irritado, y caducado, por auer premuerto a doña Clara su madre, y que en conocimiento de esto, y de lo vtil que era à D. Martin Iorge Ascanio su hijo, y padre de D. Bernardo, litigante, tomar los ocho mil ducados que percibiò por la transaccion aprouada, y conocida la justa causa de ella por señores de la Camara de Castilla, solo el medio de no auer dependido esta eleccion, y nombramiento de la dicha D. Clara de Viera, que solo tuuo comission para declarar, no para elegir era bastante, para que reuocandose la sentencia de la Audiencia de Canaria, que en remission saliò en contra de la susodicha, se le dẽ a fauor, como esperamos. Salua in omnibus. T. S. D. C.



Faint, illegible text at the top of the page, possibly bleed-through from the reverse side.

Second block of faint, illegible text in the middle of the page.

Third block of faint, illegible text at the bottom of the page.

