



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 O S

A S O C I A C I O N D E L A G U E R R A

Y V I R T U D E S D E L C O R P O R A L D E Q U I T A N T O S
D O N D O N T O S D E L O S C O R P O R A L D E Q U I T A N T O S
D O N D O N T O S D E L O S C O R P O R A L D E Q U I T A N T O S
D O N D O N T O S D E L O S C O R P O R A L D E Q U I T A N T O S
D O N D O N T O S D E L O S C O R P O R A L D E Q U I T A N T O S
D O N D O N T O S D E L O S C O R P O R A L D E Q U I T A N T O S

E N L A C I U D A D D E

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

A S O C I A C I O N D E L A G U E R R A
D O N D O N T O S D E L O S C O R P O R A L D E Q U I T A N T O S

Impresso en la Ciudad de Madrid en el año de 1802
en la imprenta de Don Juan de la Cruz

N. 1. **E**L HECHO DE ESTE PLEYTO ES MUY dilatado, y de que ay Memorial ajustado con las partes, con que solo se referira de el, lo que correspondiere a la proposicion juridica en el lugar que se necesitare.

2. **Y** por ser estraña la introducion de esta demanda, respecto de auer quedado pendiente el juyzio possessorio (si no se entiendo 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 a favor de la dicha doña Ynes, que parece, que aun en caso que se abriera la puerta a el litigio, anulando la transaccion, que obsta se auia de continuar aquel que quedo pendiente, sin passar a el, que oy esta formado: pretendiendo dicho Don Bernardo se ha de declarar por sucesor de el vinculo, y mayorazgo que fundo el Doctor Christoual de Viera, vezino que fue de dicha Ciudad, en el año pasado de 619. y la dicha doña Ynes pretendiendo ha de ser abuelca, y dada por libre de dicha demanda, y que se le imponga perpetuo silencio a el dicho D. Bernardo, y la sentencia de el juez inferior de dicha Ciudad de San Christoual, fue absolver, y dar por libre a dicha Doña Ynes, y la de su acompañado, condenarla a la restitucion de dichos bienes, declarando a el dicho Don Bernardo por sucesor de dicho mayorazgo, y apelado por vna, y otra parte a la Audiencia de Canaria, y remitido a vn juez particular, que lo fue el Dean de la Iglesia de dicha Ciudad de Canaria, fue la sentencia: confirmar la de el Acompañado de el Inferior de dicha Ciudad de San Christoual, condenando a dicha doña Ynes a la restitucion de los bienes de dicho vinculo, de que por la susodicha se interpuso suplicacion para esta Real Audiencia, pretendiendo se reuocase dicha sentencia, absolviendola, y dandola por libre de dicha demanda, y para proponer con distincion los fundamentos 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 hecha entre la dicha doña Ynes Ascanio y Viera, litigante, y Don Martin Jorge Ascanio, padre del dicho Don Bernardo, litigante,

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 a 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 a la sucesion de este mayorazgo, en virtud de el nombramiento que hizo doña Clara de Viera para la sucesion de el en Don Iuan Ascanio, 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, asi por ser reuocable el dicho nombramiento, como, por que aunque no lo fuesse, auiendo muerto el dicho Don Iuan de Ascanio antes de la noticia, y acetacion de el, y sobreviuuido muchos años a el susodicho la dicha doña Clara de Viera, eligente, se caducò, y no tuuo efecto la eleccion, y nombramiento hecho en el susodicho, y realumiò 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 Ascanio de la Guerra y Viera, sin necessitar de la eleccion, y nombramiento hecho en la susodicha, para la sucesion de dicho mayorazgo, por la dicha doña Clara de Viera su madre, tiene llamamiento, y derecho a la sucesion 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 esta 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 asimismo por estar prohibida por los Fundadores, *ex l. Marcellus. §. res qua, ff. ad Trebell. l. peto, §. siatre, 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
à num. 2. Miercos, part. 4. quæst. 22. & cum pluribus Valer. de
transact. tit. 4. quæst. 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 Addentès 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 transfaccion 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 transfaccion,
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-
seedores de los mayorazgos, o que tenian esperança de suceder;
y en este caso, por la contingencia, y duda es valida la transfac-
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
radicatum, & incommutabilem haberet, speraret tamen suc-
cessionem; quia unus tantum eum precederet, effecque senex,
eiusve uxor, aliudve impedimentum superesset, ex alia ve cõ-
sideratione pacisceretur inter partes, ut si casu successionis eue-
niret, tunc filius primogenitus eligat, alteriusque maioratus
successio ad secundogenitum transeat, puto enim hanc, matri-
monialem pactiõnem observandam; tum, quia contrahentes*

B

legem

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

11. ¶ Y aunque los Addentes de el señor Molina, *dict.*
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 pacificentes 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 auia
mayor à el tiempo de la transaccion, y oy existe, como se re-
conocera de lo que despues se fundara.

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

13. ¶ Y en los terminos de este pleyto parece corria co-
mas seguridad la transaccion que las partes hiziesen, pues la
causa final, y razon de la prohibicion de transigir (como se re-
conocetra 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 esse lo que aquel
dio sin su dependencia; mas respecto de ser este mayorazgo de
Succion Real, como se fundara, y dependiendo esta del posee-
dor

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. Libertis, 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 possessorum maioratus, es valida la transaccion, aunque se de cantidad de marauedis a el que no posee. *Dom. Molina, de primogen. dict. lib. 4. cap. 9. num. 22 ibi: Secunda limitatio fit, si res maioratus poenes possessorum maneat, & illas petentes non ipsas res maioratus sed aliqua pecunia quantitas praestetur tunc enim transactio, seu copromissum de rebus maioratus, valida erunt, & si auctoritas Principis non interuenit. Micres, 2. part. quest. 22. num. 95. Molin. disput. 257. tom. 2. cum pluribus alijs congestis ab Addent. in dict. numer. 22. & Dom. Valençuela, confex. 175. num. 14. verfic. Nec obstabit dicere, quod non poterat facere alienationem in praedictum maioratus, & quod in transactione inest alienatio, sancimus, C. de reb. alienand. non alienand. l. alienatum. in princip. ff. de verbor. significat. vbi Rebuff. Bald. in capit. si vassallus. Romanus, confex. 186. num. 1. Rolando a Valle, confex. 115. num. 3. libr. 1. Num. hoc cessat in praesenti casu in quo dictus Franciscus Hortiz, non erat in possessione honorum, 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*

transactionem, si ad resolvendam, C. de praejud. 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 queros. Idemque etiam videmus in Ecclesia, qua quam-
vis prohibita sit alienare, vt in toto titulo de rebus Eccles. non
alienand. cap. sine exceptione 12. quast. 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, confex. 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, contravers. inter dom. Et agn. Xuarez, allegat. 19. Tira-
quel. de retract. lignag. §. 1. glof. 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 habian, quando se transige cosa de mayorazgo, no qua-
do 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 alterar la
forma de suceder, que enagenar, o transigir sobre bienes de
mayorazgo, vt expresse notat Morl. in empor. iur. lit. 4. quast. 3.
sub num. 12. ibi: Sed in hac re quoad transactionem astinet,
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 hanc, cum vinculis, & 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 opona la
voluntad de el Fundador; pues no se trata en ella de deshazer

5
el mayorazgo, y condiciones de él, ni aun en la forma de fuceder (aunque estuuiera 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 succediese la linca 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 fuceder en él, aunque se alteren, y inmuten los llamamientos expressos de la fundacion, *ex text. in cap. examinata, de confirmat. viii. vel inutil. Dom. Molin. de primog. lib. 4. cap. 9. numer. 20. Et lib. 1. cap. 8. num. 34. Dom. Castillo, lib. 3. controu. cap. 28. à nu. 6. Dom. Paz, de tenur. cap. 57. n. 201. Micres, de maiorat. 4. part. quest. 22. à nu. 19. Noguera. alleg. 32. à n. 170. Fular. de subsist. quest. 562. num. 11. Peregrin. de fideicommiss. articul. 52. à num. 89. Addent. ad Dom. Molin. in dist. libr. 1. cap. 8. num. 34. Valer. de transact. dist. titul. 4. quest. 2. nu. 59. ibi: De his etiam transactionibus, qua super successionebus eorum inter plures fiunt pariter affirmandam 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 te procurara poner la duda, en si en ella concorrieron las circunstancias que piden los Autores, y parece necessitarle 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 a 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; de si el Principe de potestad absoluta puede sin justa causa quitar el dominio de las cosas a el dueño de ellas, assi 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, fideicomissos, y vinculos, puede commutar, 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 esta por ellas dispuesto, se haze diferencia por los Autores, de si se quita derecho ya adquirido *in re*, o derecho *in spe*, por que es cierto, que quando no esta adquirido, y solo ay esperanza, *licet*, cierta de adquirirle, lleuan muchos Autores, puede el Principe, *etiam sine causa*, alterarle, commutarle, y quitarle, vt videre est ex Bart. in l. Gallus, §. Quis sit antum, ff. de liber. et posthum. num. 14. ibi Socin. numer. 22. Petra, de potestat. Princip. cap. 30. per totum, maxime in numer. 30. versic. Kursus, §. num. 35. versic. 3. §. 55. versic. Sed pramissis. Marra, 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 Noguer. alleg. 32. n. 174. & D. Castill. lib. 3. controu. cap. 28.

20 ¶ Y aunque el señor Molina, in lib. 1. cap. 8. a numer. 32. y el señor Castillo, in dict. cap. 28. & Addent. citando a otros muchos, parece sieniendo contrario en lo general, en lo individual de este pleyto (meo videri) conuerdan 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, a quienes no aua llegado el caso de suceder, atamien, 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. a numer. 28. vsque ad 32. versic. Et eam auctore hic, in medio, ibi: Et ratio (ni fallor) est, quia licet respectu nondum natorum sit ius querendum, respectu ipsius mei fundatoris maioratus ex propria ipsius dispositione, ac voluntate ius est questum, ac ita agitur de tollendo iure questum respectu fundatoris, non tantum de querendo, quod in

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

21 ¶ Y segun esta razon, y doctrina, no pueden ha-
blar las autoridades contrarias en el caso de nuestro pleyto,
pues en él no puede considerarse, que aunque expressamente
en la transaccion se huiera alterado la forma de suceder, se
defraudaua la voluntad de el testador, y Fundador, y perdía el
derecho adquirido de su observancia, y cumplimiento; pues
siendo esta, de que se eligiese de sus sobrinos, y sus lineas el hi-
jo, ó hija que quisiese la poseedora, estaua exactamente cum-
plida su voluntad, cayendo la sucesion de este mayorazgo en
qualquiera de los fufodichos.

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
substituciones de los vinculos, y mayorazgos (siendo así, que
no estamos en caso de alteracion de voluntad de Fundador, ni
de llamamiento hecho por él;) pero en suposicion de que esse
fuesse el pleyto, y con inteligencia, de que muchos de los Au-
tores que disputan el punto de la potestad de el Principe, sobre
variar la forma de suceder, hablan de ella *de perse*, y no quan-
do cae sobre pacto, y conuencion de las partes; y esto no es
adaptable, y el señor Luys de Molina, en el *cap. 8.* citadó de el
lib. 1. tocando desde el *num. 28.* esta potestad de el Principe,
habla de ella, separada de conuencion de las partes, y en el *nu-
mer. 34.* que la toca, quando cae sobre conuencion de las par-
tes, sin repetir circunstancias, afirma, que es valida con facul-
tad Real, ibi: *Qua omnia summe notanda, ac mente tenenda
sunt ad pacta matrimonialia, ubi quotidie in matrimonij
contractis inter eos, qui duos maioratus vel re, vel spe ob-
tinent pacis ei solet, ut filius primogenitus unum maioratum
obteneat; secundus autem in altero succedat; nam si ex primi
institutoris dispositione, ad utriusque maioratus successionem
filius primogenitus vocatus sit, non poterunt matrimonium
contrahentes, seu eorum parentes aliquid contrarium his, que
in prima maioratus institutione precepta, & prouisa sunt,
disponere, nisi Regia facultas ad id faciendum interueniat.*

¶ Y asimismo hemos de dexar excluido el caso
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. m. 7. lib. 5. Recop.

24 ¶ Y en los terminos precisos suponiendo, que los Autores de el Reyno (alo menos los que yo he visto) que tra- tan de convencion de las partes, que altera, y da nueva forma de suceder con Facultad Real en esta, los requisitos que po- nen, son: conocimiento de causa, que esta sea 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 huiera 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. a num. 13. y interpretando la doctrina de el señor Luys de Molina, dict. ca- pit. 8. a num. 28. en substancia resuelve el señor D. Juan 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 plenitu- dine potestatis*, sin otro requisito alguno es valida, y subsiste, *vt in dict. num. 13. versic. Ceterum, ibi: Sententia ea (ut etiam nostra fere existimatio) non ita stricte accipienda erit in Prin- cipe, nec manuseius, & potestas stylo presato subiicienda ali- quando; si enim subreptionis, & obreptionis, & alterius cuiuslibet defectus vitium absit omnino, nec rerum occurrentium qualitates, & circumstantia contrarium suadeant collusionis- ve, aut fraudis alicuius timor ad fuerit, & Princeps de om- nibus, qua dici potuerunt, aut contradicendo allegari fuerit instructus, & informatus specificce, ac maxime, si visis, & cog- nitis institutionis primogenij, clausulis, aut conditionibus con- trarijs, ita easdem immutando statuerit, ac deliberate (ex causa tamen publica utilitatis) voluerit, tunc equidem videtur necessarium dicendum, concessionem ipsius, etiam absque cita- sione valituram; satis enim ex praedictis causa cognitionem praecessisse, dici posse videtur, & consequenter eo casu Dom. Fran- cisci sententia obtinere debere, nec Ludovici 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 omision, y defecto no se le quita à la parte defensa alguna, ni se dexa de tener el mismo conocimiento, que si huiera 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 lleuaron, y vieron el testamento de el Doctor 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 posesorio, 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 tolo se contenta esta parte, con que en substancia tenga todas las firmezas dicha transaccion, y facultad, si no que en forma expecifica estan cumplidas exactissimamente todas las circunstancias, y requisitos que en la opinion mas rigorosa se neccísitan 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 vassallo, y que esta aya de ser de vtilidad publica, y que en otra forma no se pueda remediar, y si ha de ser *datò bono cambio*, 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 necessario, 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 asi lo resuelve el señor Don Iuan del Castillo, *lib. 3. controuers. cap. 28. num. 2.* y refiriendo muchos Autores Addent. ad *Dom. Molin. in dicit. lib. 1. cap. 8. num. 28. vsque ad 32. verl. At vero*

final. ibi: At vero si causa fuerit mixta, id est, si ad priuatam, & publicam simul utilitatem respiciat asserti 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, qua in patris matrimonialibus quotidie a Principe conceduntur aduocationes, & substitutiones maioratus derogandas, & innovandas perpendi potest, ex Authore, infra num. 34. In quibus causa vere, & realiter priuatam utilitatem principaliter respicit, & publicam secundario, & nihilominus tenent facultates predicta, quotidieque impetrantur, & assecuntur, quia qualis, qualis causa legitima, qua 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 fuesse de utilidad comun á las partes, de la misma duda de el pleyto se reconocera, y que entonces se hallaua esta con dos sentencias á su fauor, y en posesion de los bienes, y que tambien resulte utilidad publica en lo general de transaccion, por euitar litigios, y gastos á los vassallos de su Magestad, aquietar defazones, y discordias entre parientes, personas de autoridad, que debe ser cuidado de los Principes, y gouernadores, iura clamant, *cap. finem litibus de dolo, & consum. l. quadam existimauerunt de reb. credit. l. 2. ff. de aqua plu. arcend. leg. si se, §. aut Prator, ff. de re iudic. cum alijs pluribus, que exorna Valez. de transaccion. in proemio, á nu. 8.*

30 ¶ Y quando huiera alguna duda, de si la causa que intervino para conceder dicha facultad, era justa, ò no auicndose 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. Noguer. plures referens, alleg. 32. a n. 108.

31 ¶ En quanto á las demas circunstancias de conocimiento de causa, y citación de los interesados: ya lupusimos, que la omisión de esto no anulaba, quando en la realidad huviesse intervenido justa causa, y noticia en el Principe de ella; pero sin embargo en esta intervino específicamente, pues asistió D. Martin Ascario á todas las diligencias de la transacción, y de la impetración de la Facultad Real, y en ella asimismo se refiere, que basta para prouanza auerse citado á los interesados, siendo así, que en la sucesión del mayorazgo, sobre que se litiga, ninguno podia considerarse interesado, pues respecto de ser de elección Real (como se fundara) hasta que eligiese el que fuesse poseedor con su nombramiento, ó por auer muerto sin hazerlo, se considerase 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 á el dicho tiempo, ni aun el dicho Don Martin su padre se auia casado.

32 ¶ Y en quanto á 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 §. Et quid sitantum, leg. Gallus, qua reperit sub lib. 6. num. 251. fol. 725. Inuenimus, quod ubi Princeps aliquid discernit, vel derogando, vel facultates expediendo, vel denique vocaciones, normam, & ordinem substitutionum innovando sola legitima, & vera, publica que vtilitatis requiritur, & quod de ea Princeps certiar sit absque ulla alia*

alia cognitione causa nec citatione partis; at vero ubi Consultarij eius Camera (in quo casu noster author in presenti loquitur) aliquas huiusmodi facultates expedire intendunt, necessaria esse videtur, non solum iusta, & legitima publicaque utilitatis causa, veram etiam cognitio eiusdem cause; atque citatio partis secundum opinionem nostri Authoris hic, & quemadmodum hodie videmus passim praticari, & hoc ad maiorem, & pleniorum eorum iustificationem, cuius non indiget Princeps, non vero ita, ut quando deficeret citatio, vel cognitio causa actus non subsisteret, quia dum iuxta causa, & legitima, atque utilitatis publica interuenit semper validus erit actus tam a Principe iam a consultarijs eius prolatus.

33 ¶ Y que para la comprouacion, de que intervieron todos los requisitos referidos en dicha transaccion, y facultad, aunque no estuuiera expresamente comprouado, q̄ bastara la enunciativa de el Principe, de que interviniéron, es proposicion sentada entre todos los Autores, vt ex clementin. unica, de prouar. tenet Dom. Castillo, lib. 3. controu. cap. 28. num. 12. Menoch. de presumpt. lib. 2. presumpt. 10. numer. 2. & confex. 100. num. 23. lib. 3. & plures referens Addent. ad Dom. Molin. lib. 1. cap. 8. num. 32. præcipue ibi: Fortis que quando causa non solum asseritur, sed exprimitur a Principe. Valer. de transact. tit. 4. quæst. 2. n. 22.

34 ¶ Es cierto, que solo el temor de que se toque este medio por la parte contraria, nos ha obligado a fundar estas proposiciones; pues a los terminos en que se hallaua este pleyto, quando la transaccion, y Facultad Real, que la aprouo, no parecen adaptables (pues como queda referido) no se quitò derecho cierto a tercero, que le tuuiesse in actu, neque in spe, que es para lo que sientan los Autores, deben concurrir las circunstancias referidas, vt videre est ex Dom. Molina, in dict. cap. 11. 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 comment. 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 hipotesis en que pudiera entenderse, y praticarse la doctrina refe-

referida de el señor Don Christoval 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 sirua 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, assi para transigir, como para enagenar realmente, solo sirue 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. 3. 2. § 33. ibi: *Attamen autoritas Principis solum efficit ut valeat actus qui alias absque eius autoritate non valeret.*

36 ¶ Y assi no se quita, que pudiera tener derecho la parte que dize contra la transaccion, a que si ex alio capite, esta contuuiera nulidad, la pudiesse oponer, como si huuiesse intervenido obrepcion, y subrepcion, miedo, ò fuerza que diessse causa à ella, ò lesion enormissima (aunque es tan controuertido, si esta tenga lugar en las transacciones) ve ex leg. cum putarem, ff. famul. herisc. leg. si donationis vel transactionis, C. 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 darlo a 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 oponerse 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 a la de nuestro pleyto; pues la concedio 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 subuiera cosa alguna.

39. ¶ Y en quanto a 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 a instancia suya, reconociendo la utilidad que a su fauor resultaua.

40. ¶ Y assi solo se querran valer, o de que dicha transaccion solo pudo perjudicar a el dicho Don Martin Iorge Afcanio, que la otorgo, o que esta por la lesion enormissima, que continuo respecto de lo que importaua el interes de la sucesion en dicho mayorazgo se debe anular; y en lo que mira a la obreccion de que fuesse personal la transaccion, es de poquissimo momento, pues en quanto a la voluntad de las partes, de que quisieron gravar, y obligar a ella a todos sus herederos, y sucesores de sus lineas, paret ex illis verbis: *Ni se pedir a por ningun hijo, ni hermano, o successor que yo tenga, si no fuere en razõ de la satisfacion de dicho pagamento*; y lo mismo, en quanto a la Real Facultad, que esta fuesse, para que las partes pudiesen transfigir, no solo por lo que assi tocava, si no en quanto a sus descendientes herederos, y sucesores, ibi: *sin perjuizo de mi Real Corona, ni de otro tercero alguno, que no sea de los llamados a 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 fuesse Real dicha transaccion, y perjudicasse a todos los sucesores, hijos, y herederos de el dicho Don Martin Iorge, y su linea, y en quanto a 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 a 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, cómo se ha de hazer el computo para ella, pues en qué 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 necesario 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 latis esset certissimus.* Peregrin. *de fideicommiss. 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. variar. cap. 13. n. 38. ibi: Non posse ad esse transactionem, ubi transactio seu compromissum sit super dubio iuris, super quo est apperta decisio, ita ut probabiliter de litis euentu dubitari nequiret.*

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

43 ¶ Y dexando conclusiones de esta materia, pues no son necesarias, 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 vta de la palabra, y clausula, *de plenitudine potestatis*, y la clausula *supplens omnes defectus*, vt cum Petra, *de potest. et. Princip. cap. 3. quest. 2. num. 4.* Peregrin. *de fideicommiss. dict. artic. 52. nu. 121.* Castill. *in dict. cap. 28.* plures referens, & Ad. *lent. 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, esta verificado, que no valia los ocho mil

mil ducades que se dieron por la transaccion a el tiempo de su fundacion, pues la pieza principal de que se compone, que es, la heredad de viñas de Zamora, eran tierras calvas, e inutilis, 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 huiese crecido tanto el precio, como se quiere dar a entender por la parte contraria, ni que estas mejoras de necesidad huiesen acrecido a el dicho mayorazgo, pues costeandolas de su propio caudal el dicho Capitan Martin de Ascanio, y siendo vn tercero, y no successor en dicho vinculo, no ay por donde se puedan entender agregadas, e incorporadas a 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 q. la impugna, que oy es Don Bernardo Ascanio, hijo de el dicho Don Martin Jorge, que no era nacido, ni aun casado su padre a el tiempo de la transaccion, y que siendo de eleccion Real (como se fundara) podia nombrar (caso que tuuiese derecho para ello) Don Martin Jorge a la dicha Doña Ynes Ascanio de la Guerra, por ser sobrina igualmente de los Fundadores, que don Iuan Ascanio, padre de el dicho Don Martin Jorge, y a ella que debe suceder por la voluntad de ellos, y asi vt in proximé successurum, 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 affe*, ff. *de iure dot. reuoc.* in cap. 1. §. *Et si libellam de alienat. feudor. patern.* cum alijs quam pluribus tenet Valdr. *de transact. dist. 11. q. 1. 2. numero. 62.* ibi: *Si autem per transacionem successio in eum transferatur, qui proximior, et immediatus successor esset transactio valet, nam in eum potest maioratus recte renuntiari, qui proxime successor est post mortem renuntiantis, & Dom. Olca; de cession. iur. tit. 3. quest. 3. a numero. 10. Et quest. 4. numero. 8. Et 9. & Dom. Castill. lib. 6. controu. cap. 118. numero. 12. cum pluribus ab eis congestis.*

46 ¶ Y asi parece, que aun quando la transaccion obuiera las circunstancias que hemos fundado, y la subsistencia, y firmeza que segun ellas le da 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 Ascario, transigente, respecto de no poderlo tener por otro medio, que por la voluntad expresa de el susodicho, nombrandole a la sucesion, ó por la tacita, 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 res vindicat. leg. ex qua persona, ff. de regul. iur. Guzman, de evictio. quest. 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. quest. 2. ex nu. 20. 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 así 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.

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 entienda 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. libr. 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. Iasson, in leg. si quis filiam, §. final, num. 17. de acquir. heredit. Simon de Practis, de interpretat. vltimar. volunt. lib. 3. interpret. 1. dubit. 3. solus. §. 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 consuet. vlt. defunct. lib. 2. cap. 2. num. 28. Caldas Percir. decis. 21. numer. 3.

mer. 3. cum seqq. Molin. de iust. & iur. lib. 3. disput. § 92. 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 probar por la parte de dicho Don Bernardo, que aunque por el Doctor Christoual de Viera se dexó a la voluntad de doña Clara su sobrina, nombrar sucesor para este vinculo, y mayorazgo, no pudo extenderse á otro ningun poseedor, y que hecho vna vez el nombramiento por la susodicha expirò su comission, y se hizo regular la sucesion de él; pero lo contrario, y que esta facultad en la materia de mayorazgos sea Real, y pafte á qualquiera poseedor, y sucesor, estando concedida à el primero, aun en lo regular, y sin clausula alguna especial, suaderur ex dict. leg. si stipulatus fuerim 76. de verbor. obligat. leg. si sic legatum 78. §. si quis ita, de legat. v. 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 á el primer sucesor, se entiendo dada en nombre de los demas sucesores por la sugeta materia de mayorazgos, donde en el primer llamamiento de hijo mayor por su perpetuidad, se entiendo repetido en las demas lineas, y llamamientos, y que siendo condicion, se entiendo repetida en todas las substitutiones. D. Castill. cap. 87. num. 24. Barboza, in leg. quia rule 14. ff. de solut. matrim. n. 42. Dom. Couare. practico. cap. 38. num. 6. Dom. Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. num. 20. & 21. cum alijs quam pluribus iuribus, & autoribus 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 á 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 él, que no solo cometiò a la voluntad, y arbitrio de la dicha doña Clara su sobrina, primera, y vltima poseedora de él, 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 sucesores, poseedores que fuesfen de dicho vinculo, dando forma general a la sucesion

sion electiua, vt Memorial, fol. 5. num. 11. donde refriendo
 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 superauit de ellos, pagada la
 Capellania, y Missas, y para despues de sus dias ha de tener fa-
 cultad, y derecho de poder nombrar à el hijo, ò hija que quisiere,
 por que esto lo dexo en su libre arbitrio, y si no nombrare, se en-
 tienda, que ha de suceder su hijo mayor varon, y à 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 po-
 der nombrar, y no nombrando sera la successon en la forma re-
 ferida.*

56 ¶ En cuyos terminos, y quando la eleccion no se
 concede à el primer llamado, por razon de su persona, si no co-
 mo successor, y à los demas successores, y possedores, que se con-
 sidere derecho Real, y anexo à la succession de el mayorazgo,
 como frutos de el, y que tocan à el possedor, que es el caso de
 nuestro pleyto, es sin controuersia entre los Autores, vt ex Fel-
 lin. Decian. Dom. Cañillo, dict. cap. 87. à num. 22. Dom. Mo-
 lina, Barboza, 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, ò Real la eleccion, inquit: *In quo
 difficultatum consistit, et interpretum fluctuantiam desidio
 notari oportet, nostram questionem non procedere, quando vt
 successor in iungitur electio id est, cum testator disposuerit, eli-
 gere debere successorem maioratus, id enim cum respicias omnem
 successorem, quicumque ex electione successerit, poterit eligere,
 et ulterius electus successorem nominare, quia tunc velut ac-
 cessoria electio indicatur, et assumit naturam maioratus, qui
 vt transit ad posteriores, et perpetuus est, ita similiter electio.
 Et postea, refriendo la decision, num. 19. inquit: *Senatus in
 pluribus emergentibus similibus questionibus, me iudice, ita
 rem expendendam decreuit, vt quoties velut successor, primo
 vocato ius eligendi tribueretur, ad omnes transeat, sin autem,
 et si nominatim Petro, aut Ioanni electio concessa, tamen de-
 inceps nullas substitutiones fecisset institutor primogenij, nec
 alium, quom primogenium nominatum vocauit, idem indicatum,**

ut electio perpetua, & ad omnes transire videatur; at vero quando disponens substitutiones facit, & lineas consanguineorum vocavit; tunc si primo vocato proprio nomine intulit electionem, ea personalis existimetur, nec excedat nominatum.

57 ¶ Y que en nuestro pleyto corra mucho mas sin duda, ei que la eleccion sea Real, y concedida a todos los sucesores, se manifiesta de la clausula referida; pues en ella no se assignan llamamientos algunos, mas que los que hizieren los poseedores, y expressamente 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. Reinaldus, de testament. §. 3. num. 8. Ioann. Gutierrez, in leg. unica, C. quando non petens. part. num. 9. Caldas Pereira, de nomin. emphiteaf. quast. 13. n. 1. Geron. de Leon, tom. 1. decis. 51. an. 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 ocurra en otras; pero en suposicion de que esta eleccion sea Real, y que aun no lo necesitava, para tenerla la dicha Doña Clara de Viera, por auerlele concedido expressamente, 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 ¶ 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, & indignum preferre, leg. vnus 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 deficient. Mieres, part. 1. cap. 73. a num. 1. Dom. Molina,
lib. 2. cap. 5. a num. 1. Gutierrez, practica. quest. 67. num. 3.
Dom. Paz, de tenur. cap. 34. num. 106. ibi: Secundo quia cum
facultas data sit a coniuge eligendi, qua voluerit ex filijs, vel
filiabus, predicta 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 a el hijo, o hija que
quisiere, porque esto lo dexo en su libre arbitrio.* Y segun esta
libre facultad, y arbitrio, que pudiese la dicha doña Clara no-
brar hija, pretermittiendo el hijo varon, parece sin controuer-
sia, pues en lo general, que dada facultad para elegir hijo, o
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
a las hembras en la 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 Fideicomiso
la eleccion, pueda preferirse por ella la hija a el hijo, vt ex tex-
tu, in dict. leg. vnum ex familia, §. si de falcidia, de legat. 2. Bar-
tul. ibi, num. 4. Baldo, in dict. §. si de falcidia, verfic. Itaque
primo. Peralta, & alij tenet Dom. Molin. dict. cap. 5. numer. 4.
ibi: *Ex eisdem etiam inferitur, cum, cui libera electio a maiora-
tus institutore relicta est, vt inter filios, & filias, qua vellet
ad eisdem maioratus successionem eligat, posse ad eius succes-
sionem filiam feminam minorem natu, exclusis filijs masculis,
etiam natu maioribus, eligere, &c. Patet Molina, de iustit. &
iur. dispus. 594. num. 2. Mieres, 1. part. quest. 72. n. 6. Cevallos,
quest. 265. nu. 6. Gutier. lib. 2. q. 67. nu. 3. D. Castill. tom. 6. cap.
160. a num. 12.*

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

in quaestione satis dubia interponenda est, putarem hanc ultimam opinionem longe vertiorem esse ex superioribus considerationibus, nisi ex aliquibus coniecturis constare posset, orientem 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 Juan de el Castillo, *lib. 2. cap. 26.* pues en él, aunque discurre á favor de el hijo varon, es en caso particular, y donde ocurria circunstancias, y coniecturas, 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 asimismo en el *cap. 160.* ya citado, lo entienden así 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 presatos doctores fundamentum capit, nec ab ea dissentire videtur.* Dom. Castillo, *cap. 26. Quia in illo casu, occurrenti adstanti circumstantiae, & coniecturae nonnullae, pro masculo non mediocriter adstringebant, ut notum erit iudicanti recte, & declarat ipsemet author nonisime, 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 inconueniente, que infringe la facultad libre de elegir el auer de obligar á el elector, á que precisamente elija entre los hijos varones, auendolos, ó á el mas proximo, y que no la pueda hazer en el mas remoto, considerando los Autores, que por este medio queda inutil el derecho de elegir, vt ex *leg. 2. ff. de option. legat. leg. 1. & toto titulo, ff. de assignand. libert. cap. 1. §. quia vidimus, de his qui sed. dar. possunt,* Dom. Gregor. Lopez, *in leg. 2. tit. 15. part. 2. glos. in verbo,* y esto y varon siempre, *notat Dom. Mohin. 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 (casi 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 electa dicha Doña Ynes Ascanio y Viera, (como se fundara despues) con que parece esto queda sin controuersia, y que se intentara de contrario, que aunque pudiesse elegir hijo, ò hija, con efecto eligiò 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 sucesion 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 interese, 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

15
fer nulo el acto, y invalido, que deuiendole 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. obitupem caus. leg. 1. ff. ad
leg. Iuliam, de amb. cap. si alicuius, de election. cap. nobis, de
simon. cap. quicumque 1. quasi. 1. leg. 7. & 8. tit. 2. libr. 2. Re-
copil. Dom. Molin. de primog. dist. lib. 2. cap. 5. a nam. 37. ibi:
Item electio etiam spe prami, seu pretio interueniente fieri non
potest, & clarum. postea, num. 39. & 40. ibi: *Qua aaro vera
sunt ut non solum in electione facta deco, qua 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 pratum vel
datur, vel promittitur, actus nullus atque inualidus efficitur,
quamuis ipse actus alias pretio, vel eius promissione non inter-
ueniente iustissimus esset.**

68 ¶ La razon es, porque el elector necessariamente
ha de elegir en virtud de la voluntad del Fundador, y en este ac-
to, por si no dà nada mas que cumplir la disposicion, y assi auri
que el acto de elegir en el mas digno, sea honesto, y justificado
el recibir precio, o executar lo con esperança de el, es torpe, y
inhonesto, y assi 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 dist. num. 49. ibi: Cuius ratio est,
quia quamuis actus ipse de per se sumptus honestos sit, recipere
tamen aliquis ob illius expeditionem, turpe atque inhonestum
est, ideoque actus ipse vitatur.*

69 ¶ Y como consta de el Memorial, y prouança q̄
se haze à la pregunta 5. de el interrogatorio de dicha D. Ynes,
num. 40. fol. para el nombramiento referido se valio el di-
cho Don Iuan Ascanio de persuadir à el Capitan Martin Asca-
nio, su padre, de diferentes promessas, para dotar à 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 huiera prouança, el que fue por la cau-

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

70 ¶ No folote yalio el dicho Don Juan de estos medios para obligar a la dicha doña Clara, su madre, le nombrasse para la sucesion de este mayorazgo, si no que a infancias fuyas el Capitan Martin de Alcanio, su padre y marido de la dicha doña Clara, no pudiendo persuadir a la susodicha con estas promessas, con amenazas, y violencias, dolo, y engaño le obligó a hazer el nombramiento referido.

71 ¶ Y escierto, que todos los actos executados por miedo, y fuerça son nulos, o a lo menos se rescinden, que para nuestro proposito es todo vno, sin entrar en la disputa *an ipso iure*, sean nulos, o necessiten de rescision, 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. Abhas 2. & in cap. ad Audiendam dist. tit. tenet Hermosill. in leg. 56. §. 1. tit. 5. part. 5. num. 1. vsque ad num. 4. Thom. Sanchez, de matrim. lib. 4. disput. 8. n. 4. Gutier. de iuram. confirm. part. 1. cap. 57. n. 21.*

72 ¶ Que en dicho acto interviniere miedo, y tal, q̄ haga el acto nulo, o 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. §. a barbaris, ff. de re militari, leg. situm, 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. Gutier. conf. 16. num. 4. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 116. num. 17. Ma. card. 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 concludyente, atendiendo tambien, a que para la prouança de misdo se debe tener respecto a la persona que lo impone, y aquella a quien se impone, para que con mas facilidad, con estas circunstancias se persuada el animo a que intervino en el contrato, de cuya nulidad, o rescision se trata, vt tenet Dom. Castillo, lib. 3. cap. 1. n. 159.

He.

Hermosill. *in dict. glos. l. 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 el solo han querido algunos Autores anule el acto, vt ex *leg. velle non creditur. ff. de regul. iur. et ex l. 1. §. qua oneranda. ff. quar. rer. actio non datur. et ex leg. si quis maior. 41. C. de transact. tenent Afflict. decis. 69. num. 4. Hondedeo. conf. 29. volum. 17 num. 16. et 17. Menoch. conf. 181. num. 7. Sarmient. lib. 2. select. interpret. cap. 11. Mascard. de probat. titul. 2. conf. 1054. ex num. 16. usque ad num. 29. cum pluribus ab eis relatis.*

75 ¶ Y asimismo 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 fuerza de esto executa, vt ex *cap. petitio de iure iurando. et cap. ad nostram 21. eodem tit. et ex l. fide iusor. 26. §. Pater Sej. ff. de pignoribus. tenent Mascard. conf. 193. num. 9. Gutierrez. canon. quasit. 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. no. 17. num. 124. ibi. Sic etiam in metu reuerentiali probatis minis: illius, cui reuerentia debetur, non est necesse alias probare, quod minans sit solitus, minas exequi.*

77 ¶ No es dudable son acciones que manifiestan el miedo, las que dizen los testigos executó la dicha doña Clara de Viera à el tiempo que se le obligó a hazer dicho notairamiento, 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, angustis, oppressa, sospirata emisisset, cum venditio dicti redditus celebrata fuisset, et specialiter quando hypoteca eius renuntiavit, evidens mea 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. vot.* 17. à num. 130. *es* 131. *in fine*, *es* *voto* 77. à num. 92. Cyriac. *contrau.* 410. à num. 29. Acofta, *de privileg. credit. regul.* 2. *ampliat.* 6. num. 234. *ex S. 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 a 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 sucediesse en el la dicha doña Ynes, casandose à gusto de sus padres, sin embargo reconociendo, q el dicho Capitan Martin de Alcanio 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 quisiesse.

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. filiar. rat. dot. cap.* 11. à n. 11. *es* 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 atrauetaua el desaire publico, y nota, que resultaua de no efectuarfe dichos matrimonios, quando ya à 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. nom. 11. § a num. 13. § seqq. Mieres, part. 1. quest. 51. a num. 8.* esto fuera de el desaire referido, de ser à 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 ¶ Ya un 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 à 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, § suspensio- ne, ad faciendum actum iustificatur metus.*

84 ¶ Ni es de embarazo, el que por auer sido este acto à 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. Menoch. de presumpt. lib. 3. presumpt. 128. § conf. 1. n. 290.*

85 ¶ Esto se limita, quando aun la misma intervencion de los deudos, y parientes, es la causa mas virgente del miedo, como queda dicho, y passò en este lance, y quando ellos mismos con sus persuasiones obligan à la execucion de el acto, y està 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 preualecen dos testigos, que depongan de èl à muchos, de que depongan lo contrario, y de el pontanca 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 de mas que intervinieron a el acto por donde se prouea el miedo, non in genere, como dicen 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 affection, 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 suficientes para la nulidad, ò rescision de el acto, obrara lo mismo el dolo, y malicia de el Capitan Martin Alcanio, con que engaño 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 así 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. *conclaf.* 185. *Gonçal. in regul.* 8. *C. cancellar. glos.* 48. à *n.* 32. *Gratian. discipr.* 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 así que la diferencia de este à el formal, ni se hallara en semejantes instrumentos, ni los Eseruianos que los otorgan las saben, y mucho menos las partes, vt videre est, *ex Marsil. in rubric. de fideius.* a *nu.* 39. *Siguenc. de clausul. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 12. *in fin.* *Noguer. allegat.* 23. *n.* 35.

93 ¶ Y lo principal para manifestarse dicho dolo, la preuencion de dicho Capitan Martin de Ascanio, en llevar consigo à dicho Licenciado Francisco Garcia Sanchez, para que facilitase à la dicha doña Clara el nombramiento, dandole à entender no arriesgava nada en darle el gusto de hazerlo, así 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*, *Menoch. presumpt.* 3. *lib.* 5. *n.* 53. *¶ 58.* *¶ à n.* 73. *Gurierr. de tutel. part.* 2. *cap.* 14. *n.* 5. *Roland. Castill.* *tom.* 5. *cap.* 72. *§. se primo dolo.*

94 ¶ Y que le 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 tor. & fact. ignorant. leg. in bonoram 10. ff. de bonor. possess. Pintel. in leg. 2. C. de rescind. vendit. 2. part. cap. 4. n. 41. Mexia, in taxa panu. conclus. 3. a n. 3.*

95 ¶ Y en quanto á las prouanças que conduzen á todo el hecho de este pleyto, y en especial á el miedo, y fuerça, dolo, y fraude, con que se obligó a dicha doña Clara á 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 padeció el miedo, y engaño, y de el Capitan Martin Ascanio, que le impulo, que por de hecho proprio, y otro merecen por si entera fee, y credito, y en materia, q̄ no tenian ninguna mas dependiencia á vna que otra parte, ni intercs particular; concurre la declaracion, que en virtud de orden de Don Martin Jorge Ascanio, litigante, que fue en el juyzio possessorio, y quien le substanciô, que estando en el articulo de la muerte, en su testamento dize: *Pide, que en lo tocante á 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 está 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 así, aunque fuesse por via de confesion, dandole licencia de reuclarlo, *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. Valenc. Velazq. conf. 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, cum iuratus sit officium suum fideliter exequi) aliud scripsisse, quam à testibus diceretur, leg. 2. C. de officio cen. 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. Michaele electus fueris dictus pater Fr. Franciscus de Cespedes ad audiendum eius vltimam confessionem ad moriendum, eius depositioni 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 raxas de sus testigos tienen contrariedades en sus mismas deposiciones, que califican la suposicion, y falsedad, ni embarazará a la nulidad, y rescision que se pretende de dicho nombramiento, por razon de el miedo, fuerza, y dolo, el dezir, que intervino juramento, pues esta circunstancia no puede hazer valido, y firme el acto, que por si es nulo, y meticoloso, *ex leg. 1. § toto tit. 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 §. Praterca.*

100 ¶ Ni tampoco el que se pretenda de contrario ratificacion, y aprouacion de dicho nombramiento en fuerza 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 d. l. 56. glos. 1. an. 20. § 21. tit. 5. partid. 5.*

101 ¶ Y es cierto, que aunque la comission, y facultad de elegir sea amplissima, y concedida à 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 assi 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 Articulo.

ARTICULO TERCERO.

103 **E**N este se discurrirá, que aun en caso de que el dicho nombramiento no tuuiera los defectos referidos à 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 sucesion de este vinculo.

104 ¶ Para este Articulo 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 sucesion de este vinculo à 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 vicinamente por el testamento, baxo de cuya disposicion

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

105 ¶ Conque aun en caso, que el nombramiento hecho en el dicho Don Juan Alcanio no tuuiera las nulidades, y defectos que estan opuestos, entráuamos en la question de si despues de hecho el dicho primer nombramiento, y eleccion, por el se adquirió derecho tan invariable à el dicho Don Juan, 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 aufiduum. ff. de opion. legat. leg. statum liberum, §. Stichum, ff. de legat. 2. & ibi gloss. verb. Non poterit, leg. huiusmodi, §. Stichum in fin. ff. de legat. 1. glos. vltim. in leg. vnum 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, *cons. 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. §. cons. 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 Percira, *de nomen. 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. *cons. 264. num. 10.* Hermol. *in leg. 7. tit. 4. partid. 5. glos. 5. §. 6. à num. 21.*

107 ¶ Y asi, 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 demás 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. Juan

Alca-

Afcanio, y que por estas circunstancias le asiste 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 Afcanio no aceto el nombramiento referido, y siendo necesaria esta circunstancia para su irrevocabilidad (como fundaremos) necesitava 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 in cap. venerabilibus, §. final. de sentent. excommuni. in sexto, & in terminis acceptationis Felin. cap. quod ad consultationem num. 25. de re iudic. D. Valenc. Velazq. alios referens, conf. 63. a 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 masorat. 1. part. quæst. 68. num. 26. Et 27. ampliandolo en eleccion de officios, quæst. 48. num. 275. Surd. conf. 365. nu. 52. Hermosill. in leg 7. tit. 4. partid. glos. 5. Et 6. num. 25. ibi: Sub limita, nisi ante acceptationem electionem reuocauerit, nam electio interim dum acceptatur 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. lutiæ, §. final. Et leg. lutiæ 2. §. final. ff. de legat. 2. leg. pater ex provincia, ff. de manumiss. vindict. leg. item eorum, §. si decurionis, ff. quod quisque vniuers.*

nom.

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

112 ¶ Y es cierto, que la donacion, antes de estar aceptada, no tiene fuerza, ni se ha adquirido derecho alguno a el donatario, antes permanece penes donantem, y asi puede muy bien reuocarla, leg. absentis, ff. de donation. vbi notant Doctores, Plotus, in leg. si quando, §. 1. num. 8. G. unde vir, plures referens Dom. Valençuela, dict. conf. 63. a num. 2. Dom. Molin. de primog. lib. 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 fin embargo de la ley del Reyno 22 tit. 16. lib. 5. Recop. vt ex Dom. Covarr. lib. 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. Gu tierrez, in dict. cap. quamuis pactum in princip. num. 53. vers. Sed his non obstantibus, de pact. lib. 6. Gregor. Lopez, in leg. tit. 4. partid. 5. verb. Nolo puede hazer. Micres, de maioratib. part. 1. quest. 36. num. 2. Auendañ. lib. 2. de exequend. mandata. cap. 29. num. 11. Olan. in concordi. iur. comm. et reg. verb. Donatio, num. 46. et seqq. Burgos de Paz, Senior, conf. 14. nu. 20. conf. 33. num. 12. & Burgos de Paz, Junior, quest. casu 10. numer. 46. Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. n. 60. et seqq. Dom. Valençuel. eos referens, dict. conf. 63. num. 30. ibi. Et ita quod etiam stante iure Regio, requiratur acceptatio ad irrevocabilitatem.

114 ¶ Y esto corre fin disputa, y ser necesaria 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 suplicar 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. quae etiam, ff. eam ratam habent, Pa. norm. 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. conf. 119. a num. 44. ibi. Quia omnia et

ca: maxime procedant in nostro caso: in quo agitur de maiora-
ta matam. Et si lex presumat acceptationem, quando res est omnino
no utilis, Et favorabilis donatario, secus autem in eo quod est,
vel potest esse onerosum.

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

116. **¶** Y assi el señor Don Juan 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 contengan algun modo, o gravam-
en; vt. videre est, in dict. cap. 80. num. 10. in fin. ibi: *Et quam-
uis instricta iuris disputatione veriore ego existimarem con-
trariam opinionem; quod scilicet necessaria non sit hodie ac-
ceptio assensu dicta lege ordinamenti, nec ideo renocari posse;
in presentiam 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 lucris in absolutum, sed onerosum quoque
quia onera et gravamina contineret.*

117. **¶** Aun quando la dicha eleccion no padece tra
el defecto dicho de aceptacion, por donde precisamente que-
do renocable, todavia lo fuera aun estando acertada, y sin em-
bargo de la regla propuesta en el principio de este Artículo, res-
pecto de que siempre, que la eleccion se comete al tiempo de
la muerte, o para despues de los dias de la viuiente, todas las
elecciones, y nombramientos hechos en su vida, quedan re-
nocables hasta el tiempo de su muerte, leg. cum pater 79. §. 2.
ff. de legatis 2. leg. nonum in familia 69. in principio ubi
gl. in verbo minorum. ff. de legatis 2. vbi notant Bar. de com-
municor. DD. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 2. §. 8. Menchau.
de success. pro pres. lib. 3. §. 26. num. 14. Matienzo in leg. 1. §. 1. q. 4.
gl. §. 1. num. 37. lib. 5. Recop. Genierrez, pract. lib. 3. quod 17.
num. 3. Comallos, commun. quod 1. 586. Mancica, de contractar.
ultima. volantes. lib. 8. tit. 5. num. 20. Gotti. in leg. 17. Taur.
num. 6. vbi rationem, & fundamenta refert, et in leg. 40. nu-
mer. 50.

mer. 50. *Pecir. de nomin. emphit. libr. 2. quasi. 10. num. 83.* *Et*
lib. 3. cap. 2. num. 5. §. 39. Valat. consult. 103. num. 26. Mic-
res, de maiorat. 4. part. quasi. 2. n. 79. Et part. 1. quasi. 18. n. 27.
Dom. Paz, de tenut. cap. 34. num. 53. Dom. Valencuel. 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 parece que aquila
 eleccion no se comerió precissamente para el tiempo de la muerte,
 si solo el efecto de ella, y sucesion se suspendió hasta dicho
 tiempo, como dan à entender las palabras de la clausula, *ibi: T*
para despues de sus dias ha de iouer, Et 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 muerte,
 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 ayã
 dado para que se eliga à el tiempo de la muerte, si solo, à que la
 restitucion, y execució de ella sea para dicho tiempo, *vt ex dicti*
leg. c. n. pater, §. à filia, se manifiesta, *ibi: A filia pater penerat,*
vt cas. vellet ex liberis suis, prædã, cum moreretur, restitueret
vni ex liberis, prædã fideicommissi, vni donauit, non esse
electionem propriam in certum diem fideicommissi certam donati-
onis videbatur, nam in eam destinatio dirigi potest, quæsi-
fideicommissum inter cæteros habituras est, remota matris elec-
tione.

119 ¶ Y así individualmente 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 renocable, y variable la eleccion antes hecha. Flores
 de Mena, *quasi. 22. num. 16. lib. 3. ibi: Hoc tamen fallit, quan-*
do electio non statim suum operatur effectum, seu post mortem
eligentis, quæ post mortem in quem elegerit, aut non in quem se
ex certis restituere tenetur, tunc enim si ante mortem elegerit, eli-
git ante tempus, Et sic electio non est perfecta, et potest variari,
imo tunc non tãdã proprie dicitur, seu nominatio, quã se habet.

aut contrahens, iussit 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 sibi 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 forsitam iam nominatus, Et vana etiam erit electio, cum ex necessitate illi teneatur dare, vel possunt forsitam 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 consumptam iam 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 cordedad de nuestro juyzio no parece puede tener falencia, y es, que aun quando la eleccion hecha en el dicho Don Iuan Alcanio, no padeziera 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 bolvió 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 estalo es, se entiendo, 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 in ea iuris terminum eligendo) habebant ad dissentia renuntiatione, morte, vel irritatione predictis; ac si vacata noua esset, tempus integrum ad electionem celebrandam, dummodo nihil fraudulentè egerint in premisis, leg. non omnis 10. ff. si certum petat. vbi Ias. num. 4. in fin. Peralta, in leg. cum pater, §. à filia, ff. de legat. 2. nu. 62. verlic. Poteo etiam, Còd. lib. 3. cap. 2. num. 21. Anton. Gom. in dict. leg. 17. Taur. nu. 6. verlic. Ex quibus inferitur. Flores de Mena, dist. quest. 22. dist.*

num. 16. *¶* num. 28. D^om. 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, profigue, 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 declarat a fuit: ite. um
 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 Hermonill. 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, *¶* fit caduca, *¶* po-
 terit noua electio fieri.

122

¶ Y la razon de esto es, porque aquella eleccion,
 que no llegò à 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 huiera hecho, vt ex Mohedan. Ca-
 lador. tenet Gonçalez, in regul. 8. Chancellar. glos. 45. §. 3. nu-
 mer. 6. Gratian. disceptation. forens. tom. 1. capit. 58. numer. 5.
¶ *¶* seqq. & cum alijs quam pluribus Dom. Latrea, decis. 45. nu-
 mer. 3. *¶* 8. ibi: Tertio in electionis casu quando electus deces-
 sit electio quasi frui non potuit. Ex 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 censetur,
 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, vlate, ex leg. si stipulatus,
 ff. de verbor. obligat. cum pluribus tenet Dom. Olea, tit. 3. g. 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 alias *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 Cancér. *lib. 3. variar. cap. 2. a num. 313.*

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

125 ¶ Pero oy no nos hallamos en transmision 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 faere con efecto de los bienes de dicho vinculo, como fruto de èl, 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.* Cancér. *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 Artículo 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 está fundado en este, en cuyos terminos pareciera fuera de proposito disputar la transmision, si como queda fundado, no hauo derecho radicado, y invariable en el dicho D. Iuan Ascanio, y así cessa la question de q^{ua}, Fontanel. *de pact. nupt. claus. 4. glos. 9. part. 5. num. 26. § 86.* Surdo, *conf. 264. num. 15. subig. vero,* y disputando latamente Dom. Castillo, en terminos de legados, y fideicomissos, quando en ellos aya derecho de transmision, refiere varias decisiones de este Senado, proponiendo sus fundamentos, *lib. 4. controuers. cap. 56. a num. 33.*

127 ¶ Y asimismo se euidencia lo referido, atendien-
do, à que esta eleccion auia de caer entre los hijos, ò hijas que
tuuiesse la eligente; à el tiempo de auer de dexar su cessor para
despues de sus dias, como se manifiesta por el testamento de el
dicho Doçtor Christoual de Viera, y en estos terminos corre
con llaneza, que aunque alias 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
Fuffario, Cancerio, Menochio, & alijs docet idem Fontanela,
decis. 171. à num. 9. Et decis. 36. num. 6. vbi ponderat textum,
in leg. uxorem 41. §. seio. ff. de leg. 2. 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 pa-
ra auer 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 poseer pudiera nombrar à
otro, y este à otro, pues quando llegará à posscer el primer nom-
brado hallara muchos electos, & per consequens, esterilizado,
y inutilizado el derecho, y facultad, que como poseedor le cõ-
petia 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 Ascario, 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 elec-
cion posterior que hizo la susodicha en dicha doña Ynes, pues
se caducò, y irritò (como queda fundado) la primera sin dere-
cho radicado, que pudiera transmitirse a los hijos, y descendien-
tes del dicho D. Iuan.

ARTICULO QUARTO, Y VLTIMO.

130 **E**N este Article se intenta comprouar, que la dicha do-
ña Ynes para la succion de el vinculo, que se litiga,
no solo se vale de las repetidas elecciones, y nom-
bramientos que en la susodicha hizo la dicha Doña Clara de
Viera, su madre, sino de el motiuo, y causa que la susodicha re-
ficre

fiere auer tenido así 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 así el derecho que tiene a la sucession de el dicha Doña Ynes, no depende de la dicha doña Clara su madre, pues la declaracion no da de nueuo, si solo explica, y manifiesta el derecho que renia aquel a cuyo fauor se haze, vt ex leg. *heredes palam*, §. *si quod post*, ff. *de testament. leg. adeo* 7. §. *cum quis ex aliena*, ff. *de acq. rer. domin.* Dom. Vela, *dissert. 2. num. final*, & D. Valencuel. *cons. 120. n. 19* & D. Castill. *lib. 4. controu. cap. 19. num. 30. cum pluribus ab eis relatis.*

131 ¶ Y así 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 acquir. h. re. titat. num. 17*. Baldo, *in leg. in quibus*. C. *de secund. nupt. nu. 2*. Palac. Rub. *in leg. 45. Taur. num. 17*. & alijs quam pluribus nec Dom. Molin. *lib. 1. cap. 8. num. 38*. ibi: *Sed quamuis ultimus maioratus possessor non possit quidpiam ex his, que eius institutor disposuit, alterare; poterit tamen dubiam illius dispositionem interpretari, designando in suo testamento, illum quem arbitratur, maioratus institutorem in eiusdem successione præferre voluisse, ea que interpretatio, si verisimilis sit à iudicibus sequenda, vel saltem sui iure considerata atque æstimanda 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
 sentu, ponderando la razon, por la qual no se deba estar a la de-
 claracion de el poseedor, ibi : *Et facit, quod dictus Didacus*
Santoyo non cognouit testatorem; Et ideo dicere non poterat
fratrem suum habuisse ius praecipuum, sicut in simili videmus,
quod declaratio successoris maioratus facta ab ultimo eiusdem
possessore non debet attendi, quando ultimus maioratus posses-
or 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 declara-
 cion 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 Mo-
 lina, refuelve Barbosa, *voto 7. num. 26. ibi: Quarto quia Ioan-*
nes Philippum in successorem suum signauit, licet enim maio-
ratu possessor non possit quidpiam ex his, quae eius institutor
disposuit, alterare, poterit tamen dubiam illius dispositionem
interpretari, designando in suo testamento, illum, quem arbi-
trabitur, maioratus institutorem in eiusdem successione prefer-
re uoluisse, Et quod ea interpretatio, si uersimilis sit, à iudi-
cibus sequenda, uel saltem summe considerata, atque estiman-
da erit.

134

¶ Y para lo ve osimil. que es el requisito, que co-
 mo 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 motivo,
 para que el Doctor Christoual de Viera expressamente no de-
 xasse nombrada à la dicha doña Ynes, que fue el que por hallar-
 seniña, y que si estava nombrada en la sucesion de dicho ma-
 yorazgo expressamente, seria apetecida, y solicitada, y se podria
 arriesgar el acierto de su casamiento, conuiniedo este moti-
 uo con la condicion, y grauamen que puso el dicho Doctor
 Christoual de Viera de auerse de casar los sucesores que fueren
 en el, con licencia expresa de sus padres, *vt Memorial, fol. 5.*
num. 11. Et fol. 10. à num. 13. vsque ad 15. y mucho mas ca-
lifica esta uersimilitud el auer criado à la dicha doña Ynes, li-
tigante, la dicha doña Ynes Fernandez de Viera su tía, y madri-
na, cuyos motivos de cariño hazen muy uersimil, y natural

N

enco.

fiere auer tenido así para resistir el nombramiento, que se le obligó a hazer por induccion, y amenazas de el dicho Capitan Martin Alcanio 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 así el derecho que tiene a la sucesion 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 testam. leg. adeo* 7. §. *cum quis ex altera*, ff. *de acquir. rer. domin. Dom. Vela, dissert. 2. num. final*, & D. Valencuel. *conf. 120. v. 19* & D. Castill. *lib. 4. controu. cap. 19. num. 30. cum pluribus ab eis relatis*.

131 ¶ Y así aunque es cierto, que el poseedor de el mayorazgo no puede por sí 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 sucesion, con todo esto puede muy bien declarar la mente, y animo de el Fundador, y siendo el primer poseedor, y quien conoció a el Fundador, y pudo comunicarle, y noticiarle de su voluntad, puede declararla, y mas quando esta declaracion fuese verosimil, y no repugnasse directamente a las palabras, y forma dada por dicho Fundador, vt ex doctrina Bartol. *in leg. gerat*, 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; potest tamen dubiam illius dispositionem interpretari, designando in suo testamento, illum quem arbitratur, maioratus institutorem in eiusdem successione preferre voluisse, eaque interpretatio, si verisimilis sit a iudicibus sequenda, vel saltem summe consideranda atque aestimanda erit, & postea, dando la razon que queda referida de quando el poseedor, que explica, conoció 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. 32 & 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 : *Es facti, quod dictus Didacus Santoyo non cognouit testatorem; Et ideo dicere non poterat fratrem suum habuisse ius præcipuum, 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, *oro 7. num. 20. ibi: Quarto quia Ioannes Philippum in successorem suum signauit, licet enim maioratus possessor non possit quidpiam ex his, quæ eius institutor disposuit, alterare, poterit tamen dubiam illius dispositionem interpretari, designando in suo testamento, illum, quem arbitratur, maioratus institutorem in eiusdem successione preferre uoluisse, Et quod ea interpretatio, si verisimilis sit, à iudicibus sequenda, vel saltem summo considerata, 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 à la causa que expresa la dicha Doña Clara de Viera, por motivo, para que el Doctor Christoual de Viera expresamente no dexasse nombrada à la dicha doña Ynes, que fue el que por hallarse niña, y que si estava nombrada en la succion de dicho mayorazgo expresamente, seria apetecida, y solicitada, y se podría arriesgar el acierto de su catamiento, conuiniedo este motivo con la condicion, y grauamen que puso el dicho Doctor Christoual de Viera de auerte 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 más califica esta verosimilitud el auer criado à la dicha doña Ynes, litigante, la dicha doña Ynes Fernandez de Viera iurata, y madrina, cuyos motivos de cariño hazen muy verosimil, y natural

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

135 ¶ Y esto corre con mucha mas llaneza en los mayores de eleccion, que en otros regulares, de quienes van hablando las autoridades referidas, porque como en los regulares se hagan llamamientos lineales por los Fundadores, tiene mas dificultad el que ay ayuda que interpretar, ni voluntad que 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 e omision 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. aut. me.*, el declarar la persona à quien quiso el testador fuesse heredero, è se le restituyesse el fideicomiso, es permitido, vt ex doctrina *Castell. in leg. si ita scripsero in princip. ff. de condit. & demonst. tra.* 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 expressa de el Fundador se le designo, 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 él, si solo executa lo que el testador le comunicó, vt ex doctrina *Ruin. conf. 28. num. 9. lib. 2. tenet Dom. Castell. lib. 2. cap. 26. num. 85. ibi: Ex hoc concludit, quod eligens ex concessione, aut commissione testatoris, tenetur sequi in eligendo voluntatem tacitam, vel presumptam 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 vnius 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 tertia nisi electio, seu nominatio facta esset secundum tacitam vel presumptam voluntatem testatoris declarando eius voluntatem, nam tunc eligens non potest variare, nec declarationem reuocare, dandola razon, ex doctrina Decio, in cons. 28. num. 8. lib. 2. ubi 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 a la dicha Doña Ynes Ascario la dicha doña Clara, a quien se comerió, y esta se desvanee, atendiendo a que para comprouacion de que fue esta la voluntad de los sus dichos, 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, vt dixi, quando constat quod secundum voluntatem testatoris electio facta fuerit, id que ex verbis, aut declaratione ipsius met eligentis notum est.* Hermosill. in dict. gl. 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 sola basta sin juramento, cadaos resuelven, q con juramento plenamente prouea, y que en este caso de estar jurada la tal declaracion no se necessita de otras algunas conjeturas, ni prouaça, vt ex Socin. in d. leg. si ita scripsero. Cast. off. & alij tenet D. Couarr. in cap. cum tibi, in fin. de testam. Y refiric-dole 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 attestacione illius concurrunt probabiles coniecturas; tamen id verum est quando talis declaratio sit sine iuramento; sed si sit iurata, substatinetur, 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.

G Mas en el caso de este pleyo, y Artículo que va-
mos fundando concurre todo, püss adomas de la declaracion
jurada, y repetida de la dicha D. Clara de Viera, y conjeturas que
nazen de la afeccion de la eriança de D. Ynes Fernandez de Viera,
ay testigos, vt *Memorial a fol. 21. vsque ad 24.* q dizen de oidas
à la dicha D. Ynes Fernandez de Viera, y a la doña Clara, y que se
dezia en las casaf, y entre la familia de la susodicha, y de dicho
Doctor Christoual de Viera, que no parece a no ser cierto lo to-
lerara la dicha doña Clara, que tenia la dicha facultad de elegir,
vt considerat Foatan. *in dist. addit. n. 7. versic. Est 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 ut talem cum ma-
tre usufructuaria actum facere permisisset.*

G Y assi parece, que aun quando a la dicha D. Ynes
Alcanio de Viera no le asistiera derecho tan claro, por los me-
dios que queda fundado, de la nulidad del nòbramiento hecho
en D. Iuan Alcanio, 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 a D. Martin Iorge Al-
canio su hijo, y padre de D. Bernardo, litigante, tomar los ocho
mil ducados que percibió por la transaccion aprouada, y cono-
cida la justa causa de ella por señores de la Camara de Castilla, to-
lo el medio de no auer dependido esta elección, y nombramien-
to de la dicha D. Clara de Viera, que solo truo comision para
declarar, no para elegir era bastante, para que reuocandose la
sentencia de la Audiencia de Canaria, que en remision salio en
contra de la susodicha, se le de a fauor, como esperamos. **Salua
in omnibus, T. S. D. C.**

[Faint, mostly illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]