

TRATADO SEXTO, DE LAS DONACIONES, Y TESTAMENTOS, DE LA ABSTINENCIA DE CARNE EN SABADO, en Castilla, y secundum se, y de los Hechizos, y Sortilegios.

CONSULTA PRIMERA.

V hijo de Familias de edad de 16 años, estando debaxo de la patria potestad, á persuasión de un Tío suyo, hizo renuncia de la legitima que le tocaba, así paterna, como materna, en su madre, para que ella la pudiese dar á una hija suya; esto se entiende de todo lo libre que tenía en cantidad considerable, porque el Mayorazgo se quedó con él: en fee desta renuncia dispuso la madre de todo lo que tenía en la tal hija, con muerte á ambos, y la tal legitima para en poder del cuñado del tal hijo de Familias; y este hijo de Familias se halla oy con quatro hijos, no teniendo alguno al tiempo que hizo la renuncia en su madre.

Pregúntase: Si ella tal podrá in foro conicientia pedir dicha legitima?

Soy de parecer, que dicho renunciante puede licitamente pedir su renuncia por razon de los hijos, que despues de ella ha tenido: así lo tienen en terminos Molina, lib. 2. de primog. cap. 3. á numero 38. Vñ ad 4. Baz de non meliorari filiabus, cap. 10. num. 102. Cachet. conf. 77. num. 20. Sim. de Prat. conf. 150. num. 39. vol. 1. con otros que refiere, y se prueba: lo primero, porque esta es verdadera donacion, como lo tienen los dichos, y consta de lo aunque el tal no huviese adquirido dicha legitima, tenía derecho á ella, y le era debida, sed sic est, que el que tiene derecho á una cosa, se dice tener ya en su dominio la misma cosa, ex Rem in bonis ff. de adquir. rer. domini, leg. Qui actionem, ff. de reg. iur. y de otras muchas: ergo, &c.

2. Y en caso de ser verdadera donacion (como queda probado serlo la dicha renuncia) llevan, que pueda revocarla Julio Claro, lib. 3. §. Donatio, quæst. 2. numero 1. con la comun de Doctores, y consta de la Si inquam, Cod. de rebus. donat. y la razon lo dicta; porque no es verisimil quiescisse el renunciante, á donante preferir en dicha renuncia á sus hermanas, y anteponerla á sus hijos, si pensasse tenerlos, que es la razon principal, y unica de dicha Si inquam, como lo prueba Tiraqueo, verb. Donatione largitus, in nova edit. præfatione, num. 3. & 4. verb. Libertis, numero 42. 44. y 63.

3. Y en caso de duda no se presume, que el renunciante á donante cogitabat de filijs nascituris, como lo tiene la comun con Julio Claro, ubi supra, num. 2. y en caso de no estar casado el donante, ni hazer la donacion in statu de Matrim. tienen por cierto, que no pensava en los hijos: Huius, in encyclopedia iuris, part. 3. tit. 26. cap. 6. y Henricus Bocerus, tract. de donationibus, cap. 3. num. 114.

4. Y aunque præcogitasset de filijs llevan, que pue-

de hazer dicha revocacion, y que será lícita, in utroque foro, Galpar Hurtado, disp. 11. de donat. dif. 5. y 7. Moñ. Tirag. y otros; porque adde, en tal caso dicen ser nula dicha renuncia, á donacion, no solo en parte, sino en todo, y que el padre no pudo renunciar la disposicion de dicha ley en perjuizio de los hijos futuros, porque dicha ley le indoxa tan en favor de los hijos, como en favor del donante, y así aunque éste pueda renunciar su favor, no puede, empero el favor de los hijos: Nam nemi potest renunciare favori alterius in præiudicium eius: esta opinion tiene tambien por mas justa, y benigna Julio Claro con otros muchos, ubi supra, num. 4. y por indubitabile, á lo menos quando el donante no tenía 25 años al tiempo de la renuncia, pues solo dize (pretendiendo conciliar la sentencia de Baldo contraria) que se podia tener la tal opinion, en caso que el donante fuese mayor de 25 años, pero no quando fuese menor: y aunque la tal renuncia estuviere confirmada con juramento, dicen muchos con Julio Claro, ubi supra, quæst. 2. numero 1. que la podrá pedir: y que quando él no la pide, podrán pedirla sus hijos, adde, en vida del padre, si enen otros.

5. Llegase á esto la autoridad de Santo Thomás, 2. 2. quæst. 110. art. 3. ubi Coyens. quæst. 88. artic. 1. §. Quod enim promissio, Soto, lib. 7. de inst. quæst. 2. artic. 1. circa solutionem primi argumenti, Navarro, in Summ. cap. 18. num. 7. Lefio, lib. 2. cap. 18. dub. 10. num. 69. y 71. y dub. 1. 4. num. 108. Diana part. 8. tract. 6. ref. 105. y otros Theologos, los quales si enen, que si hecha la donacion se variare notablemente el estado de las cosas, y de la persona donante, que la tal donacion en tal caso es invalida; por que si aquel caso huviera sido previsto, no se huviera hecho la tal donacion, y así viene á ser como proloquio comun: Donationem esse invalidam, si casus non prævisus sequatur, ergo, &c.

Le.

6. Llegase tambien á lo dicho, que en la general obligacion solo mira vno á los casos ordinarios, pero no á los extraordinarios: Ordinaria enim, & non extraordinaria prævidentur, á lo qual haze la ley: Obligatione generalis, ff. de regul. iur. lib. 1. cap. Que res pign. oblig. possit, donde se dize, que en la general obligacion no vienen á aquellas cosas, que vno verisimilmente, y así prudenten ente no huviera obligado; á lo qual haze tambien el cap. In generali, de regul. iur. l. 6. donde se dize, que: In generali promissione non veniunt, que verisimiliter in specie quis non esset concessurus; luego proportionate servata, deberá te logizarse del mesmo modo en nuestro caso, ergo, &c.

7. Allegase asimismo á lo dicho, el que segun regla general, recibida unanimes consensu de los DD. Omnes actus, & dispositiones intelliguntur rebus sita-tibus, á lo qual se toma, ex l. Quod servus, ubi Bald. & Lass. ff. de condit. ob. cap. 1. Continuas, §. Cum quis, ff. de verb. obligat. l. Quarto, §. Inter locatorem, ff. locati, l. Cum quis, ff. de solut. l. Qui seruus, ff. de verb. significat. Jasoñ, lib. 2. conf. 60. De donde dicen muchos, que cita, y sigue Don Francisco Verde, en las Posiciones Se-

lectas, quæst. 8. Corollar. 9. 3. 4. 1. y 2. que el juramento no se entiende ántes, de quibus casibus verisimiliter nos disp. fuisset, si cogitasset; y que por la mesma causa el que jura de no revocar la donacion, puede adde revocarla (no obstante el dicho juramento) si filij supervenerint; y que de la misma rãz se origina, quod rebus non abilitat mutatis, promissio, & consilia possunt dissolvi, licet fuerint iurata, ex cap. Quem admodum de iure iurando; y otros muchos exemplares pone al intento, en el voto de calidad, en las donaciones, y en los contratos, desde el n. 454. hasta el 462. vide ibi: ergo, &c.

8. Dexo por la brevedad con que ferme pide la resolucion otras razones; con que se pudiera afirmar mas la nulidad de dicha renunciacion, como fon el averse hecho á rugos del tio, y con miedo reverencial, ser inoficiosa, averte hecho á la madre; y otras; porque para averlas de alegar todas, y en mejor estilo que el que lleva, fuera menester mas tiempo, y se pudiera hazer gran volumen, y para la probabilidad que se pretende en la revocacion, parece baxta lo dicho. Así lo siento, &c.

CONSULTA II.

Ticio tiene una hija casada fuera del Lugar de su habitacion; y aviendo venido á verle con su marido tres meses antes que enfermara de la enfermedad de que ha muerto, ha sucedido, que en el discurso de dicho tiempo en que estuvo en compania de su hija, la hizo promessa de algunas abajas para que se las llevasse quando se volviesse á su casa, y particularmente de dos escapates, con diferentes abajuelas de plata, y barros, los quales estaban en la misma forma, que se han hallado á la hora de su muerte, y repitiendola diversas vezes dicha promessa, y aceptandola la hija con accion de gracias para quando se partiessen: sucedió despues, que dicho Ticio murió sin dexar otra hija, hijo, ni muger, antes de partirse su hija, ni tener los escapates.

Dúdase, si aviendo muerto con testamento, y codicilo, y no aviendo hecho mençion de dicha donacion, ni dexado á la hija cosa alguna de gracia, ni por via de prelegado, antes vindicandole Real toda su legitima, si procede confor-me á derecho, y conciencia, que á la dicha hija se le entreguen los escapates, sin hazer de ellos inventario como se ha de hazer de los demás bienes de la herencia, conforme la disposicion del testamento, y para que se vendan, y lo procedido se agregue al vinculo?

HAZENSE ALGUNAS SYPOSICIONES.

1. Sypongo lo 1. que por la tal promessa aceptada (ó donacion verbal) adquirió dicha hija, á lo menos derecho sobre dichos escapates, y accion personal para poderlos pedir, como lo tiene N. Batso, tom. 2. verb. Donatio, & promissio, num. 24. Lefio, lib. 2. cap. 18. dub. 2. & 8. y comunmente todos los Doctores, y consta del Derecho Canonico, cap. 1. de pact. don de le de accion á aquel á quien le hizo alguna promessa contra el que la hizo; y la razon en que se funda dicho Derecho, es: porque de la simple promessa vna vez aceptada, nace obligacion natural á cumplirla (la qual obligacion passa á los herederos) y pecará en no cumplirla el que la hizo, ó sus herederos; y como el Derecho Canonico procura evitar qualquiera pecado, por esto dá accion al promissario para que pueda pedir en juicio, lo que el promisor le prometió.

2. Sypongo lo 2. que aunque dicha hija no huviesse aceptado expresamente con la accion de gracias dicha donacion, baxtaria que el padre la hiziesse en su presencia, y que ella callasse, para que despues no pudiesse dicho padre revocarla, como lo rixica Menochio,

Covarr. Sanch, y otros, que cita, y sigue N. Baeo citado, num. 13. y lo prueba; lo primero, de aquella regla del Derecho: Qui tacet consentire videtur, la qual tiene especial lugar en las cosas favorables, entre las quales se computa la donacion.

3. Y lo segundo: por que aunque en las cosas onerosas, el que calla no concede, ni niegue; pero en las gratuitas, que se hacen en su favor, siempre se presume que consiente; luego si la donacion (real, ó verbal) es expresa, y la aceptación presumida en Derecho estar perfecta dicha donacion en orden á que el donador no la pueda revocar, ergo, &c. Lo mismo tiene Julio Claro, lib. 4. §. Donatio, quæst. 24. n. 5. y dize, que es comun aunque con otros fundamentos.

4. Sypongo lo tercero: que si dicha hija no pudiesse aver dichos escapates por otro medio, los podrá tuta conciencia oculta, ó vlar de oculta compensacion como lo tiene con la mas probable opinion Lefio, lib. 2. cap. 17. dub. 6. n. 44. y se puede probar á pariformidad de las demás deudas.

5. Sypongo lo quarto: que la simple donacion (real, ó verbal) que haze el padre á la hija emancipada, no debe computar entre la legitima, como lo tienen muchos, y consta de la ley: Si quando, 35. §. In ibi: In int.

duos donatio in quartam et comparatur iuncta Gloula, verb. Computatur, Cod. de inoffic. test. l. illius, 20. in fine, y alli la Gloula, y de otras.

6 Y le puede probar por razon: porque lo que el padre dá á la hija, se lo dá como cosa especial, y para q' especialmente lo tenga sobre las otras (casi q' las aya) y demas á mas de lo que se toca de legitima, á las no fue ra donacion, si se computase entre la legitima, porque pagan la donacion, d' liberalidad, y tenerse por titulo de legitima, ó parecer dado, por causa necessitaria ergo, &c.

7 De aqui se sigue: que la donacion de nuestro caso no se debe computar entre la legitima. Prob. Esta donacion, es donacion simple, pues no se hizo por causa, ó por alguna necesidad, como se supone, y por que como dicen Paulo, Alexandro, Decio, y otros, in l. Práberis, Cod. de collat. ut ubi casus dicitur queat, necessarium causam pro se ferre debet, lo qual no palla en nuestro caso: ergo, &c. Esto supuesto.

CONCLVSION.

8 Respondo: que dichos escapates se pueden, segun derecho, y conciencia, entregar á dicha hija, sin hazer de ellos inventario, aunque segun la disposi. ion del testamento se aya de hazer de los demás bienes de la herencia. Prob. Dicho Pedro folo vinculd, y pudo vincular lo que era suyo, y lo que tocava á la legitima; sed sic est, que dichos escapates no eran ya suyos, ni estaban dentro de la legitima, como consta de lo dicho, y asentado en los supuestos, especialmente en el quarto: ergo, &c.

9 Y se confirma: si dichos escapates los huviera ya entregado, ó los huviera dado causa dotis, no los pudiera vincular despues en su testamento, no por otra causa, sino por aver los ya en tal caso sacado irrevocablemente de la legitima, y aver transferido derecho especial sobre ellos á dicha hija; sed sic est, que lo mismo sucede en nuestro caso, como queda probado: ergo, &c.

CONSULTA II.

Pedro hizo donacion entre vivos á Juan de toda su hacienda, excepto el usufructo, y despues hizo testamento, en que dexó por heredera á su alma, y nombró dos Testamentarios, entre los quales hubo vna desazon, con que se retiró el vno, y el otro dispuso de las cosas con Juan, á quien se hizo la donacion, y que las deudas que constasen por papeles, á lexesse Juan, se pagassen, y passassen por ellas. Dexo el Testador vnas mandas á criados, las quales no se han cumplido, ó por que se Juan pagado de la donacion, ó por aver puesto las deudas que quisó.

Preguntase, pues, si el Testamentario que no quiso asistir, por la desazon que tuvo, está á obligado á resarcir estas mandas de su hacienda; por parecerle, que si huviera asistido, se mirara con mas cuidado el manifestar, si las deudas que declaró el tal Juan eran verdaderas, ó no?

CONCLVSION.

Respondo que el tal Testamentario, que se retiró por la desazon, no está obligado á cumplir, ó pagar las mandas que faltan por cumplir: vno, porque no le consta alcance la hacienda á ellas, y que las deudas que Juan declaró fuesen falsas; y mientras no le consta de ello con evidencia (no pudiendo ya averiguar) debe juzgar serian verdaderas, pues lo se debe presumir dolo, ó fraude, ex l. Quoties, §. Qui lo ff. de probat. leg. Dolus, C. Cod. de dolo. Y lo tiene la

Gloss. verb. Priori, in cap. Super litteris, 20. Extrav. de rescrip. Pedro Barbosa in leg. Eum quem temere, 79. in principio, num. 26. ff. de iudic. Menochio de presump. lib. 4. presump. 12. num. 2. Graveta cons. 321. num. 3. y otros muchos: ergo, &c.

2 Lo otro: porque el Testador no pudo hazer aquellas mandas, pues por la donacion perdió el derecho á disponer de su hacienda, por aver transferido el dominio de ella; y así no podia mandarla á otro que á Juan, á quien avia hecho la donacion: ni puede revocar

OBJECCION.

10 Ni contra lo dicho obsta el que aviendo muerto dicho padre con testamento, y codicilo, no hizo mención de dicha donacion, ni dexó á dicha hija cosa alguna de gracia, ni por via de prelegado, antes le vinculó con facultad Real toda su legitima.

RESPUESTA.

11 No obsta, digo, lo primero: porque dichos escapates no se deben computar entre la legitima, por estár ya fuera de ella por la dicha donacion, como está probado.

12 Lo segundo: porque el no aver hecho mención de dicha donacion dicho padre en su testamento, y codicilo, no se debe atribuir, ni tener por revocacion; por que para ella se requeria vna de tres causas; conviene á saber, ingratitude en la hija donataria, superveniencia de hijos en dicho padre; ó que dicha donacion fuese inoficiosa, como lo fienten comunmente los DD. de las quales ninguna ay en nuestro caso, segun ellos informado. 1mo, se requeria, que expresasse dicha revocacion, ó á lo menos, que expresasse, vinculava dichos escapates, lo qual no hizo: ergo, &c.

13 Antes bien el no aver dexado dicho padre á dicha hija cosa alguna de gracia, ni por via de prelegado, queriendola mucho (como afirma ser cierto, q' la queria) sin duda se fundó, ó pudo fundar en parecerle á dicho padre la dexava ya lo suficiente en lo que la dió causa dotis, y en los escapates, que la tenia donados; y sino hizo mención de esta donacion, sería, ó porque constava de ella, ó porque no le ocurridó con el cuidado de la enfermedad, y ansias de la muerte; y finalmente, la tal mención, á lo sumo, podria servir para más fortificacion en el fuero externo, que para el fuero de la conciencia tiene toda firmeza necesaria; pues eo ipso que vna vez hizo dicha donacion, y la aceptó á la hija, le es debida en conciencia, y se le debe dar sin inventario, y poseer la cosa donada, como bienes libres. Así lo siento, talvo, &c.

14 por el testamento, sino es que el donatario huviese sido ingrato notablemente á donador; v. g. Si le huviese pretendido matar; si huviese puesto manos violentas en el tratadado mal de palabra; ó si aviendo empujado al donador, no le huviese querido alimentar, fuera de estos casos no pudo el dicho revocar la donacion hecha, para nuevas mandas (supongo, que no concurren las otras causas, de averle nacido hijos despues de la dicha donacion, ser inoficiosa á los hijos legitimos, &c. como lo supone la Consulta) y así no ay obligacion á cumplirlas, ni en el dicho Juan donatario, ni en los Testamentarios: ergo, &c.

3 Y que no se pueda revocar sin causa la donacion entre vivos es constante en derecho, como bien Julio Claro, lib. 4. §. Donatio, y ff. de leg. 2. §. 2. y Diana part. 8. tract. 6. §. 54. donde dispensa, si podrá revocarse por equivalentes causas á la de ingratitude referida. Vide illum lib. 7. y veale en el resol. 45. Y lo mismo tiene con Rebelo, Portel, en sus respuestas, to. 1. p. 3. cap. 4. §. m. 1. pag. mibi 879. Vide illum, y á Machado to. 1. lib. 3. p. 5. tract. 9. doc. 4. m. 1. y 2.

4 Y lo otro, porque en caso de duda, de si está obligado, ó no á restituír dicho Testamentario, se ha de presumir que no: ya, porque melior est conditio possidentis, ex l. si debitor, ff. de pignor. l. 1. §. qui deslinant, ff. de rei vend. y de otras muchas, y ya, porque no le haga vna restitucion cierta, por vna deuda incierta: ergo, &c.

OBJECCION.

5 Opondrás: la donacion entré vivos quando es de todos los bienes, así presentes, como futuros, es invalida, como consta, ex l. Stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. obligat. lo tiene la comun de DD. y lo dicta la razon, pues la tal donacion es cótraria á las buenas costumbres, porque por ella se quita á él que la haze, la potestad de testar: ergo, &c.

RESPUESTAS.

6 Respondo, lo primero: que lo contrario tienen absolutamente Malcardo, Antonio Fabro, Coraño, Alciario, Hamio, Paulo Borente, Quirino Kabacho, y otros muchos, que cita Diana, part. 8. tract. 6. §. 54. 3. Los quales fundan su sentir en muchos textos del Derecho Civil, y en la razon natural, y responden eficazmente á los argumentos de la contraria, como le puede ver en dicho Diana, aunque dicho Autor lleve lo contrario.

7 Respondo, lo segundo: que aunque la donacion de todos los bienes presentes, y futuros, fuese invalida por Derecho Civil, como lo quiere la comú, sería empero valida por Derecho natural, en el fuero de la conciencia, como lo tiene nuestro Caspense, con Rebelo, á quien cita, tom. 2. tract. 19. disp. 2. §. 2. numer. 19. y lo mismo tienen Dicalhillo, lib. 2. tract. 5. disp. 1. dub. 3. numer. 61. y lo mismo con Molina, Lefeo, Villalobos, y la comun ha de tener Machado, tom. 1. lib. 3. part. 9. docum. 5. v. 6. Vide illum, y así dicha donacion, aunque no obligalle civilmente, obligaria naturalmente en conciencia.

8 Respondo, lo tercero: que aunque vno haga donacion simpliciter de todos sus bienes, en la tal donacion

cion no se comprehenden los futuros, y así será valida segun la comun sentençia, como bien dicho Diana, lib. 2. resol. 38. 1mo, aunque la donacion sea de todos los bienes presentes, y futuros, si el donador le reservó el usufructo, será valida la tal donacion, como tambien lo tiene dicho Diana, con Molina, Turriano, Bonacina, Hurtado, Vvadingo, Lefeo, Gordonio, y Dicalhillo, lib. 2. tract. 6. resol. 40. porque en tales casos, ya le queda de que poder testar, sed sic est, que este es nuestro caso: ergo, &c.

9 Pero aun mas es, lo que en el punto defiende Caramuel en su Teología Moral, lib. 2. num. 622. como se puede ver en él, ó en Diana, que lo refiere á la letra, ubi sup. ref. 45. Vide illos. Esto es lo que siento sobre dicha dificultad: Sado in omnibus, &c.

QUESTION INCIDENTE.

10 Y si preguntares aquí para complemento de dicha materia, si el Testamentario tenga obligacion de aceptar dicho oficio?

11 Respondo, lo primero: que no está obligado á aceptar, ni le pueden compeler á ello; es comun sentençia de los Doctores, que citan, y siguen Sanchez, to. 2. Consil. lib. 4. cap. 1. dub. 42. numer. 1. y Diana part. 8. tract. 5. resol. 27. y 28. Coligese ex cap. Joannes de testam. y se prueba; porque este oficio de testamentario, no es officio publico, y es officio voluntario; luego ninguno contra lo voluntario puede ser compelido á que le admita por fuerza; ni el está obligado en conciencia á admitirle, á las ya no fuera voluntario: ergo, &c.

12 Respondo, lo segundo, que vna vez aceptado, y expresado, ó tacitamente, no le puede renunciar, sino que ha de ser compelido, y está obligado á proseguir con él. Así lo tiene con Covarrubias, Panormitano, Bartolomeo, Decio, el Cardenal, Tello, Cisneros, Padilla, Espinosa, Matienço, San Antonino, Angelo, Silvestre, Armilla, y Tabiena, dicho Sanchez, n. 5. y consta, ex cap. Joannes, de testam.

13 Y así juzgo que el que se retira de dicho oficio, vna vez aceptado, peca mortalmente contra caridad, sino es que aya causa grave que le escuse: lo qual tiene aun de la primera acepcion, Lugo de inst. tom. 2. disp. 24. §. 16. numer. 329. y la razon es: porque el tal pudiera sin grave detrimento suyo, mirar por las cosas del proximo, en las quales, á las padeciera el proximo gravemente; ó á lo menos, pado ser ocasion de ello con su retiro, lo qual es contra caridad, á lo menos vna vez aceptado.

14 Lo mismo dicen los Doctores en vno, y en otro caso del Arbitrio, id est, que el elegido en Juez arbitro, no está obligado de primera instancia á aceptar, en conciencia, porque es officio voluntario: ni puede ser compelido á que le acepte, porque no es officio publico; pero vna vez aceptado, no le puede renunciar sin grave causa; y pecará mortalmente en ello, si ay esperanças de reducir las partes á concordia.

Tercio era dueño de un cargo y oficio, y al tiempo de su testamento se hallaba con dos hijos varones, el uno capaz de poder ejercer dicho cargo y oficio, que era el mayor: y el segundo en estado y pago de facultad, que era incompatible con el ejercicio y ocupacion de dicho cargo, y con imposibilidad moral de tener sucesion.

Dispuso su testamento dicho Tercio, y eligió en dicho cargo el hijo mayor, y después al hijo varón de dicho hijo mayor, si le viese.

Y si no viese el hijo mayor, y viese otra hija, por que entonces dicho hijo mayor solo tenía uno hijo, dexa el dicho oficio a la dicha hija segunda del dicho hijo mayor.

Y si no viese dicha hija mayor, ni segunda hija, dexa dicho oficio al hijo segundo varón de la dicha primera hija del dicho hijo mayor, con obligacion de tomar nombre y armas del testador, por ser ya el tal hijo varón (en caso de averle) de otra familia.

Y si no viese la dicha hija mayor, del dicho hijo mayor, nieta del testador, hijo segundo varón, quiso que sucediese la hija mayor, que tuviese dicha hija mayor del hijo mayor nieta del testador, al tiempo de su muerte; y después haze otros llamamientos.

El hecho y estado verdadero es: que el hijo primero del testador, que al presente posee dicho cargo, se halla sin hijo varón, y sin hijo segunda, y físicamente impedido de poderlo tener.

De la hija única del dicho hijo mayor, no queda segundo hijo varón, solo queda uno que no tiene llamamiento, con que no ha llegado el caso de aver varón, que tome el nombre y armas de la familia y nombre del testador.

Solo se hallan dos hijas de la hija del dicho hijo mayor, viznietas del testador, y de otra familia y apellido.

Después de dichas disposiciones, y del segundo Matrimonio que contraxo el hijo segundo del testador, ha nacido un hijo varón, hijo legítimo, y de legítimo matrimonio, del nombre, apellido y familia del testador, y en quien únicamente se puede conservar el nombre, por no aver otro varón en la Casa, y familia.

Por quanto se debe suponer por cierto y constante, que el testador amó en su manera la conservación de su familia, y nombre, pues en caso de no tener hijo varón, su primer hijo llamó al hijo segundo de su nieta, que sería visuelto, imponiéndole para tener dicho cargo y oficio, la obligacion de tomar nombre y armas.

Tambien se debe suponer por indubitado, que al Notario, a quien entregó la minuta de su disposicion, así entonces al tiempo de la entrega, como en vida, y con buena salud, y en muchas ocasiones, le avia significado, y manifestado, quando se le acordaba ver sucesion de varón de qualquiera de sus hijos, y que solo se iba de esta vida con el desconsuelo de no dexar asegurada la sucesion, y descendencia de su Casa: pues por entonces ninguno de los dos hijos tenía hijo varón, y el segundo, en su sentir, era físicamente impedido de poder tenerle.

Y aviendo sucedido, como al presente aya dicho varón del hijo segundo del testador (contra la esperanza de este en quien se ve visuelto) las calidades de hijo, nieto del testador, de la familia, y apellido, y en quien se ha de conservar, y profesar el nombre, y no aver al presente otro, ni ser posible el averle, segun el estado que ya tienen las cosas: ser, no solo verisímil, sino cierto, que si el testador huviera llegado a ver este nieto varón, hijo del hijo segundo (a quien amó a entrar en el mundo) del nombre en quien se ha de conservar la virtuosa agnacion, y el apellido de su casa, y familia, es indubitado huviera preferido este nieto a las viznietas: y esta seguridad, y certeza no solo moral, sino física (no la tiene el Notario, a quien le entregó su disposicion por relacion de tercera persona, ni por asegurarse lo otro; su por si proprio, que lo asegura, y refiere averle dicho varias vezes, comunicándole el desconsuelo de ver a sus hijos sin sucesion de varón, ni esperanzas del en el segundo, y el goze con que moriria, de dexar asegurada la sucesion de su Casa en qualquiera de los dos hijos. Y añade, que aun no teniendo esperanzas algunas de que el segundo pudiese tener sucesion, le dixo al testador lo mismo, y le llamó en la disposicion, y que este, por desconfianza de lo mas cierto por las mismas esperanzas que de esto avia, se le olvidó de ponerlo.

Preguntase, pues, si supuesto el hecho, como ha referido, aver nacido este nieto después de la muerte del testador, y constando le al Notario por lo que fue la mente, e intencion del testador preferirle a las viznietas remotas en grado, y de otra familia, y si fue desconfianza total al falta de esperarlas, el no ponerle como el testador queria que se pudiese, aunque sin alguna esperanza. Podrá esta conciencia anteponer la vocacion del dicho nieto varón, hijo del hijo segundo, hijo varón del testador, a las viznietas, dexando en lo demás la disposicion en su fuerza, y valor; y valor; mas siendo de este mismo dictamen (por constar de la mente del testador su padre) el visabuelo de dichas viznietas, hijo mayor de dicho Tercio testador.

SUPOSICION.

Supongo antes de responder a la Consulta, que aqui ay dos dificultades diversas: vna, si el dicho nieto podrá en conciencia tomarse ocultamente dicho oficio, y retenerle, siéndole factible por algun medio la execucion, al modo q se suele practicar si es licita la recompensa oculta; y la otra es, si le será licito al dicho Notario, o a otro, que tenga habilidad para ello, mudar la clausula del testamento, anteponiendo la

vocacion de dicho nieto varón, a dichas viznietas, dexando en lo demás la disposicion en su fuerza, y valor. Esto supuesto.

CONCLUSION I.

Digo lo primero: que asentado, como se supone por cierto, que el testador murió con esta voluntad expresa de que huviera nieto varón de el hijo segundo, o que si tuviera entonces esperanzas de tenerle, le

huviera preferido a las viznietas remotas en grado, y de otra familia, que podrá licitamente en el fuero de la conciencia dicho nieto varón, hijo del hijo segundo, tomarse, y retener dicho oficio.

Lo vno, porque es natural equidad el poder los hombres transferir el dominio por la voluntad, y es conveniente que se elee a ella, como consta de la Instituta, de ver. divis. §. Per traditionem, num. 40, ibi: Nihil enim tam convenientis est naturali equitati, quam voluntatem Domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi, y lo tienen con otros muchos el Doctor Don Francisco Verde en sus Posiciones Selectas, que §. 8. §. 3. num. 344. y Villalobos tom. 2. tract. 30. dif. 8. num. 3. y 4. y es patente de luyo; sed sic est, que dicho Derecho natural, o lo que la razón natural dicta en orden al poder hazer dicha traslacion de dominio, no puede quitarlo la ley humana, como fe infiere de la mesma Instituta, de iure natur. gent. & civil. §. Sed naturalia, num. 11. de la ley lura sanguinis §. ff. de regul. iuris, y alli Decio con otros muchos, num. 1. 2. 3. & precipue 4. de la ley Abdicatio 6. Cod. de patr. potest. quia naturalis immutabilis sunt, de la ley 2. ff. de usufructu, que usa consu. donde se dice; quod fatio naturalis auctoritate iurifconsulti mutari non potest: de la ley Ins agnitionis, 34. ff. de pat. diti. y de otras, y lo tienen con otros muchos Pichard. in tract. de nobilitate inter vir. & vxor. communicat. num. 4. Juan Antonio Miguel de impug. quest. 43. num. 22. y quest. 50. num. 22. y Villalobos ubi supra; y consta, de que el Derecho natural, es sobre todo Derecho humano positivo; ut ego, &c.

Lo otro, porque mas se debe atender a la mente de el Testador, que a las palabras puestas en la Escritura, o el testamento, ex cap. Intelligentia, & cap. Proprietas, de verbi significat. de la ley, Nominis, & rei, §. Verbum, ff. cod. inst. de la ley Labeo in fine ff. de suppli. legat. y de otras, de la comun de Doctores, Teologos, y Juristas; y la razón es, porque las palabras se han como el cuerpo, y la interpretacion; y la mente, como el alma, y espíritu del Testador, segun González, ad regul. 8. Canebar gloss. 48. numer. 36. y porque las palabras penden de la mente, y no al contrario, segun Menochio, cons. 97. num. 44. y así deben las palabras servir a la intencion, y no ella a las palabras, ex dist. cap. Intelligentia, y del cap. Sedulo, 38. dist. cap. Secundo requirir; de appellat. leg. Non aliter, ff. de legat. 3. y por esta causa, es comun sentir que no se han de entender las palabras como lucen al principio segun la intencion, y mente del proferente, ex l. Non omnia in princip. ff. si certum petatur, l. Scire oportet, §. Alia, ff. de execut. tutor. y de otras. Luego, ex suppositione, que la mente del Testador aya sido la que queda dicha en el num. 2. podrá tura conciencia el tal nieto varón, hijo del hijo segundo, tomarse, y retener dicho Oficio.

Lo otro: porque la voluntad del Testador se debe atender ante todas cosas, ex l. Non aliter, ff. de legat. 3. cum similibus, y es regla comun segun París. lib. 2. cons. 41. num. 15. cons. 52. num. 6. y lib. 3. cons. 2. y numer. 3. cons. 53. numer. 10. y en otros; y Socino in tutor. cons. 90. num. 10. lib. 3. y no solo se debe atender la voluntad expresa del Testador, que esto es ageno de du-

da, pues dicha voluntad se tiene por ley, ex Antient. de nupti. §. Disponat; y alli comunmente todos: sino tambien aquella que se collige, e infiere de congetturas, ex l. Cum proponatur, in fine ff. de legat. 2. cum similibus, y es regla comun, segun Dec. in l. i. post u. 4. C. de collatio; sed sic est, que la voluntad del Testador en nuestro caso (como se lo expreso varias vezes al Notario, y se supone pot leguro, y moralmente cierto, además de aver otras muchas congetturas de que se infiere, de quibus infra) fue, que si tuviese nieto varón el hijo segundo, preferirle a las viznietas remotas en grado, y de otra familia. Luego aunque esto no se aya expreso en la Escritura, o Testamento, podrá dicho nieto en el fuero de la conciencia, y en conformidad de la dicha voluntad, tomarse ocultamente, y retener dicho Oficio.

Lo otro, y es prueba de la consecuencia antecedente: porque es lo mismo que la voluntad de el Testador aya sido la dicha, el dicho nieto varón, hijo del hijo segundo, adquiere Derecho natural al tal Oficio, y le debe de justicia natural, de tal fuerte; que si a las viznietas les constase de la tal voluntad del Testador, estarían obligadas en conciencia a restituirlas dicho Oficio al dicho nieto, como lo han de tener ex consecuencia doctrina, Panormitano, Adriano, Silvestro, Medina, Lefio, Soto, Bañez, Sierra, y otros que citan, y sigue Don Francisco Verde, que §. 8. §. 3. numer. 344. Villalobos tom. 2. tract. 30. dist. 8. numer. 3. y 4. y los quales dicen, que aunque el testamento sea nulo, no obstante esto se transfere el dominio de la herencia, o legado, por sola la voluntad del testador, de tal fuerte, que en el fuero de la conciencia liciendo en la herencia, y a legados aquellos sujetos (siendo alii habiles) que el Testador quiere que sucedan en lo dicho, y de tal fuerte, que el heredero abintestato tendrá obligacion en conciencia en dicho caso, constándole de la verdad, a restituirlas a los tales dicha herencia, o legados; lo mismo han de tener Imola, y Baldo, los quales dicen, que quando el Testador delante de suficiente numero de testigos dice, que revoca el testamento que avia hecho, es lo mismo, queda anulado por Derecho comun, aunque lo dicho no conste por escritos; y Villalobos, ubi supra dist. 21. num. 10. en el fuero de la conciencia tiene por mas segura dicha sentencia, que la contraria.

Y la razon de todo lo dicho es lo vno, porque es justísimo que la última voluntad de el Testador se observe (de qualquiera manera que conste de ella, id est, aunque no sea por escrito) y muy iniquo, que contra la voluntad expresa de el Testador se suceda nadie en la herencia, o legados; y lo otro, porque las solemnidades de el testamento solo fe requieren para evitar las fraudes, que alii podria aver, y la Escritura sola es requisita para pedir en los Tribunales en virtud della; y esto lo hazen, o pi. ten las leyes para no hazer eternos los pleytos, y por prefucion de fraude; y así constando de la mente del Testador, se deberá el legado en conciencia en justicia natural, aunque no aya Escritura por donde pedir lo dicho; y porque como dicho es, la Escritura no añade fuerza a lo natural de la deuda; sino a lo jurídico, que por el fuero externo: ni las leyes que requieren la Escritura, pretenden por añadirse el

ta de otro la deuda, y obligación natural; y así esta siempre se queda en pie para el fuero interno de la conciencia.

Y a lo menos en caso de dolo se debe presumir; que las leyes no quitan la justicia natural; y quedando cita en pie, quedará con obligación de conciencia sobre la hacienda, y bienes del Testador el que los posee, y sin voluntad del dicho, ó contra su voluntad, constando de esta *alinde*, aunque no aya Escritura (ó en caso que ésta faltase, y cayese por defecto de solemnidad) y se le llevara el diablo al que en caso de constar de dicha voluntad, no rehusáse, y por consiguiente podría *potior iure* en el fuero de la conciencia el lugar a que asistiese la voluntad del Testador, constándole bastantemente de ella, por otra qualquiera vía, aunque no sea por Escritura, compensarle ocultamente de aquello que el Testador quisiese transferir el dominio en él.

8 Prohigo; *sed sic est*, que en nuestro caso (asentado lo que se supone en la especie del) le consta bastantemente a dicho nieto varón, hijo del hijo segundo, aver sido la voluntad del Testador el preferirle a dichas viznietas, ergo, &c.

9 Pruebase esta menor lo primero; porque así lo deponen el Notario a quien se le entregó la minuta de la disposición de el testamento, el qual Notario tiene fuerza de dos testigos, como se infiere, ex cap. *Quoniam*, l. 1. de prohib. *Publiscum personam*, si potest habere, aut duos viros idoneos, qui fideliter viderunt iudicij acta conscribant; y lo tienen Sylvan. conf. 54. num. 3. Rolando lib. 2. conf. 63. numer. 41. Barbo. in diti. cap. *Quoniam*, n. 20. Carena, con Thelanto, Girba, Guazzin, de se, Navarra, y Rolando, part. 2. tit. 5. numer. 71. Portel dub. *Regul. verb. Notarius in addit.* numer. 11. Bordon in practica crimin. cap. 16. numer. 33. cap. 52. numer. 45. y cap. 82. numer. 53. lo qual procede quando lo que se dificulta, ó litiga es sobre algun instrumento, ó acto escrito por dicho Notario, en el qual caso se le debe mas cre. ito q̄ a los testigos instrumentarios, y escritos, ó que dependen acerca de lo que él escribió: *Imo*, procede también lo dicho, aunque el Notario ése por parte del actor, y no por el reo, segun Grocio, de testib. part. 9. num. 369. Gratiano decis. 73. numer. 33. y dicho Bordon, de cap. 32. numer. 25. *sed sic est*, que el numero de dos testigos es bastante para lo dicho, como se dice en la Sagrada Escritura: *In ore duorum, vel trium sit omne verbum*; y lo tiene Villalobos, vbi *supr. dist. 8. num. 3*, y es comun de los DD. ergo, &c.

10 Lo segundo por que el amor grande con que el Testador amó la conservación de su familia, y nombre (lo qual se supone por cierto, y constante) y el desconsuelo grande con que murió por ver á sus hijos sin sucesion de varón, y el gozo con que dixo morir: si dexara asegurada la sucesion de su Casa, como se propone, haze muy verisimil lo dicho, *sed sic est*, que lo verisimil le tiene por verdadero, segun Tufcho, sit. P. consil. 162. Zephalo conf. 27. num. 22. lib. 2. y otros: *Imo*, se tiene por ley, segun dicho Zephalo, conf. 287. numer. 23. Graveta conf. 64. num. 9. Menochio consilio 113. n. 23. y otros muchos: ergo, &c.

11 Lo tercero: porque el argumento que se toma

de lo que verisimilmente dispusiera el Legisador, ó Testador, preguntado sobre ello, es válido en ambos Derechos, como se infiere, ex cap. *Requisisti*, de testamur. cap. *Quia verisimile de praesumpt. Non est verisimile*, ff. de eo quod inter, caus. l. Cum duas ff. de condi. & demonst. ff. l. Ex fallo, §. Si quis antem, ff. ad Trebellian. l. Cum accensum, §. de fideiussorij, y de otras muchas, y lo tiene la comuna de DD. *sed sic est*, que en la especie del caso se supone, y se dice ser no solo verisimil, sino cierto, y indubitado, que si el Testador huviera llegado á ver este nieto de varón, hijo del hijo segundo, así Nombre, y en qué se ha de conservar la rigurosa disciplina, y el Apellido de su Casa, y Familia, que le huviera preferido á las viznietas; y se infiere bien de que en caso que dicho Oficio le aya de tener hijo varón viznieto, hijo de nieto, le impone carga, y obligacion de tomar Nombre, y Armas del Testador, por ser ya el tal hijo varón (en caso de averlo) de otra Familia: ergo, &c.

12 Lo quarto, y es confirmacion del antecedente, porque segun regla general, recibida vnanimí consensu de los Doctores: *Omnes actus, & dispositiones intelliguntur rebus sic stantibus*, la qual se toma, ex l. *Quod servitus*, vbi Bald. & Jal. ff. de condi. ob. caus. l. Continuas, §. Cum quis, ff. de verb. obligat. l. Quero, §. Inter lo catenam, ff. locat. l. Cava quis, ff. de solat. l. Qui servum, ff. de verb. significat. Jal. lib. 2. conf. 60. de donde dicen muchos que cita, y sigue el Verde, quest. 8. carol. 93. num. 41. y 42. que el juramento no se entiende ad illa, de quibus iurans verisimiliter non disposuisset, si cogitasset: que por la mesma causa, el que jura de no revocar la donacion, puede aducir revocarla (no obstante el dicho juramento) si *si super nascatur*, y que de la misma razi se origina, *quod rebus non abalter mutatis, promissio, & sponsalia possunt dissolvi, licet fuerint iurata*, ex cap. *Quomododum, de iure iuran.* do, y otros muchos exemplares pone al intento en el voto simple de castidad, y aun en el solemn en las donaciones, y en los contratos, desde el num. 454. hasta el 462. vide ibi.

Luego a: ándo notable mutacion de cosas, la disposición del Testador, no se ha de extender á aquellas de que verisimilmente no huviera dispuesto en el caso de la dicha mutacion; *sed sic est*, que en nuestro caso están las cosas notablemente mudadas; y en tal estado, q̄ si el Testador le huviera previsto; esto es, si huviera llegado á ver este nieto varón, hijo del hijo segundo, no huviera hecho la disposición en dichas viznietas, sino que huviera preferido á ellas el dicho nieto, como se supone por cierto, é indubitado: luego ex *suppositione*; que lo dicho es moralmente cierto, é indubitado, como se supone, podrá el tal nieto en el fuero de la conciencia tomarse licitamente, y retener dicho Oficio, ó compensarse ocultamente del pues *facta dicta suppositione*, tiene derecho á él, y le es debido por equidad natural, como queda abundantemente probado: ergo, &c.

CONCLUSION II.

13 Digo lo segundo: que asentado, como se supone por cierto, que el Testador murió con la dicha voluntad de preferir el nieto varón del hijo segundo, en caso que le huviese, á las viznietas remotas en gra-

do,

do, y de otra familia, el Notario á quien le consta lo dicho (ó otro qualquiera que tenga habilidad para ello, con tal que le conste moralmente ser verdad lo que supone por talpoderá mudar la clausula del testamento, anteponiendo la vocacion del dicho nieto varón á dichas viznietas, dexando lo demás en su fuerza, y valor, sin cometer en ello vicio de falsedad, ni pecado, á lo menos mortal.

14 La primera parte; esto es, que en dicha suposicion no aya en la tal mutacion vicio de falsedad, es cierta en Derecho, como lo tienen Julio Claro, lib. 5. §. *Estum*, num. 34. y lo mismo Gramatico, Graveta, Corneo, Alcario, Menochio, Gypcio, Bellochio Capravilla, Carlos Baucio, y otros, apud Dian. part. 5. tract. 14. resol. 40. part. 9. tract. 8. resol. 61. y part. 3. tract. 6. resol. 56. y otros muchos, que le pudieran citar: y comita de la ley *Cum filius*, §. *Haeres meus*, ff. de legat. 2. donde se dice: *Illud non potest dici falsum, quod iuravit primarid veritatis*. Donde se debe notar, que para librar del vicio de falsedad, aun no pide dicha ley, ni dicha comun sentencia, que sea verdad, sino que se funde en verdad, y en verdadero derecho del pretendiente; *sed sic est*, que en nuestro caso es verdadera la voluntad del Testador, que le ha de poner en la clausula del testamento, y verdadero el derecho de dicho nieto varón al dicho Oficio, como queda probado en la conclusion primera: ergo, &c.

15 Confirmasse lo dicho: para que tenga lugar el crimen de falsedad, es menester que concurren tres requisitos, conviene a saber, *mutatio veritatis, dolus, & apertus nocendi*, segun la ley 20. *C. ad l. Cornel. de fals.* y lo tienen Bartolo, Bayardo, Don Lorenzo Matheu, Julio Claro, y otros muchos, cuyas citas por la brevedad omito; *sed sic est*, que en nuestro caso no se muda la verdad, antes es esta la que se pone, pues se pone en dicho testamento la voluntad real, y verdad de el Testador: ergo, &c.

16 *Imo*, en lo dicho no ay dolo, ni daño alguno: pues no es dolo, ni se haze agravio á nadie, en darle á dicho nieto lo que el Testador quiso que se le diese, y que por el mesmo caso es suyo, y se le deve segun natural equidad, ni en quitar á las dichas viznietas, lo que atenta la voluntad del Testador no les pertenece, ni es suyo, antes bien al contrario, fuera muy iniquo; que contra la voluntad del Testador le fosediesen las dichas en dicho Oficio, aviendo nieto varón del segundo hijo, como se dixo arriba, num. 6. ergo, &c.

17 Y la segunda parte; esto es, que no aya pecado á lo menos mortal, en lo dicho, lo tiene con el Cardenal Cayetano, Verá, Ximeno, y otros, Lumbier, tom. 1. *fragment. de iust. & iur. quest. 5.* desde el num. 487. pag. 419. y lo mismo tienen Sá, Carlos de Baucio, y Navarro, apud d. *Amadeum Guimienum tract. de iust. & iur. Proposit. 10. Imo*, Cayetano, Sá, Navarro, Baucio, y

otros de los citados devè llevar, que ni pecado venial ay en nuestro caso, y así lo siento, y lleva expresadamente en semejante, el Verde, quest. 8. carol. 20. num. 367. pag. milí 96.

18 Y le puede probar así: lo primero, porque por vna parte en lo dicho no se haze injuriá á nadie, como se dixo en el numer. 16. y por otra no ay en la tal mutacion mentira, (que son los fundamentos en que se fundavan para darlo por venial; alguno de los dichos Autores) uno antes bien destruccion de mentira; pues se explica por dicha mutacion la voluntad del Testador, como ella es en la realidad; segun lo que se supone: ergo, &c.

19 Confirmasse esto: el que quita vna clausula de sus escritos, ó de otros, que estava en la realidad errada, no por esto comete mentira, ni avrá quien diga que lo es, sino antes bien, que enmienda, y corrige la tal mentira, *sed sic est*, que atenta lo que se supone en la especie de la Consulta, la clausula, que de facto está en el testamento es mentira, ó error, *hic, & nunc*, y como ella suena; ó porque en la realidad se erró entonces el que la puso (como me lo han significado) ó porque el Testador expresando su voluntad contraria al Notario *eo ipso* la revocó, caso que estuviere ya puesta; luego en quitar la dicha clausula dicho Notario, y poner la que le consta ser voluntad del Testador, no cometerá mentira, sino que deshará la mentira, ó error que en lo dicho avia: ergo, &c.

20 Y lo segundo: porque en lo dicho solo se cooperará á que dicho nieto varón, hijo del hijo segundo, sea antepuesto á dichas viznietas, y cargue con dicho Oficio á que tiene derecho, y le es debido por equidad natural, como queda abundantemente probado en la conclusion primera; por consiguiente solo será cooperar á vna accion licita, y que licitamente la pueda hazer dicho nieto; *sed sic est*, que cooperar á vna cosa licita, no puede ser illicito: ergo, &c.

21 Á las objeciones que se pueden hazer contra esto, respondo disulfamente *in simili casu*, en mi tomo de las Propositiones condenadas, tract. 5. conf. 17. donde las podrá ver el que gustare, que por la brevedad se omiten, como asimismo se omiten por la mesma razi otras muchas doctrinas, q̄ pudieran confirmar dichas conclusiones; Y así concluyo, que *ex suppositione* de ser la voluntad del Testador el que dicho nieto (cuyo caso que le huviese) prefeririese á las viznietas en dicho Oficio, es licito lo que la pregunta contiene. Así lo siento, *salvo in omnibus, &c.*

22 Advierto, que lo dicho solo sirve, y puede tener lugar en el fuero interno, y esto siendo cierto lo que se supone por tal, pero en el fuero externo siempre calligarán á dicho Notario, y con razon, como á falsario, si se le probare la tal mutacion.

CONSULTA V.

SUBCONSULTA I.

Cayo no tiene heredero forzoso pero entre los herederos abintestato, tiene un sobrino carnal suyo, à quien quería mucho, y tuvo siempre voluntad de dexarle por sucesor de su casa, de que me consta, y es voz comun del Pueblo. Dile el mal de la muerte en la urgencia de un accidente de que murió dentro de tres horas sin hazer testamento con una Ama, à quien estimaba mucho, por lo bien que le avia servido muchos años (sin otro respecto alguno de amistad ilícita, como es cierto, y constante) dándole un bolsillo supungamos, de doscientos doblones de à ocho, la dixo estas palabras: Esto para tu hija, y para Sempronio, y à este, que mi intencion es, que sea suya toda mi hacienda (que era el dicho su sobrino, que estava ausente.) Preguntase, pues, sino aviendo, respecto de dicha Ama, ni respecto de la niña, otro motivo mas que el referido, utrum, si dicha cantidad se deba à dividir igualmente entre los dos numerados? ó que parte se le asignará à la niña?

SUBCONSULTA II.

Como dicho Cayo murió abintestato, ciertas personas ocultaron unas alhajas en cantidad; y de mil reales para dicho Sempronio, sobrino de dicho Cayo. Preguntase si asistiendo à Sempronio las razones de cariño de su tío, y la voluntad de este, de que dicho Sempronio fuese sucesor de toda su hacienda, y es, por concurrir con otros abintestato, estar obligado à manifestar las dichas alhajas? ó sino lo haciendo, incurrirá en la descomunion (el y los demás que las ocultaron) sacada por parte de los demás herederos de Cayo, ó qué podrá hazer en este caso?

A Lo primero respondo: que si se atiende à lo material, y corteza de las palabras de Cayo, con que entregó dicho bolsillo à la dicha Ama, debe dividirse dicha cantidad igualmente entre dicha niña, y dicho Sempronio; porque las dichas palabras en lo material, y corteza de ellas, los iguala; pero si se atiende, como deve hazerse, à la voluntad de dicho Cayo, y à lo que de ella puede, y deve conjetrase, no deven ser iguales en la partija de dichos doblones: porque no es verisímil que dicho Cayo quisiese igualar una hija de dicha criada (en quien suponemos no avia mas respecto que éste à su sobrino carnal, à quien él tenia tanto cariño, que era, y fue siempre su voluntad, que sucediese en su hacienda, y casa, como le supone; sed sic est, que lo que no es verisímil, se presume falso en derecho, y no deve ser atendido, ex cap. Quia verisímil, Extrav. de presumpcionibus, l. sua. in prinsep. ff. quol. met. caus. y la comun de DDs que por la brevedad omito: ergo, &c.

2 A que se añade, que à dicha Ama en lo que depone à favor de Sempronio, se le dice entero creditos; pero en lo que depone à favor suyo, ò de su hija, no se le dice credito en derecho; porque ninguno en causa propia puede ser buen testigo; y así me parece, que si à dicha Ama se la dan doscientos doblones sencillos (que es una quarta parte, y cerca de mil ducados) se la dará annuas de lo que razonablemente se pudiera presumir la mandara en testamento (si le hubiera hecho) dicho Cayo; pues por el respecto solo de buena criada, nadie podrá negar tercia una manda exorbitante el mandarla, ò dexarla ochocientas piezas de à ocho, además de pagarla, como supongo, enteramente lo que le la deviere de sus servicios: ergo, &c.

3 A lo segundo digo: que asentado, como se supone por cierto, que la voluntad expresa de dicho

Cayo fue de que le sucediese en su hacienda, y casa dicho Sempronio sobrino suyo; podrá este tuta conciencia (y qualquiera que lo sepa ayudar à ello) tomar ocultamente lo que pudiera de dicha hacienda, y por consiguiente, que podrá tomar, y retener las dichas alhajas.

4 Lo vno, porque es natural equidad el poder los hombres transferir el dominio por su voluntad, y es conveniente que se esté à ella, como consta de la Instituta, de rer. divis. ff. de tradit. num. 40. Luego las leyes que disponen de las cosas abintestato, constando, aliás de la voluntad de Cayo, que era dexar dicha hacienda à Sempronio su sobrino, no pueden dañarle à este para el fuero de la conciencia: ergo, &c.

5 Lo otro: porque la voluntad de dicho Cayo difunto se deve atender ante todas cosas, ex l. Non aliter, ff. de legatis. 3. cum similibus; y es regla comun segun Paril. lib. 2. conf. 41. numero 15. conf. 52. numero 6. y lib. 3. conf. 2. y numero 3. l. conf. 53. num. 10. y en otros, y Socino luter. conf. 9. numero 10. lib. 2. y no solo se deve atender la voluntad expresa de dicho Cayo difunto, que esto es ageno de duda, pues dicha voluntad se tiene por ley, ex Authen. de iurprij. ff. Disposit. y allí comunmente todos; sino tambien aquella que se collige, ò infiere de conjeturas, ex leg. Cum proponeretur, in fine, ff. de legat. 2. cum similibus; y es regla comun, segun Decio in l. 1. post numer. 4. Cod. de collat. sed sic est, que la voluntad de Cayo en nuestro caso (como se lo comunicó al consultante, y se supone ser voz comun en el Pueblo) fue de que Sempronio le sucediese en su hacienda, y fuese dueño de toda. Luego en el fuero de la conciencia podrá tomarla ocultamente, ò la parte que podiere de ella, y qualquiera podrá ayudarle à ello: ergo, &c.

6 Lo otro, y es prueba de la consecuencia aprehendente; porque lo ipso, y la voluntad de Cayo ayá sido la di.

dicha, el dicho Sempronio su sobrino adquiere derecho natural à la tal hacienda, y se le deve de justicia natural, de tal fuere, que si à los otros herederos abintestato les constase de la tal voluntad de Cayo, estarían obligados en conciencia à restituirla la parte que se llevaren al dicho Sempronio, como lo han de tener ex consequentia doctrina, los citados en la Consulta antecedente num. 6.

7 Y por consiguiente, Sempronio en nuestro caso à quien asiste la voluntad de dicho Cayo su tío, constándole bastantemente de ella por otra qualquiera via, aunque no sea por Elicitura, ò testamento, podrá con seguridad de conciencia compenstarle ocultamente de aquello que dicho Cayo quisiese transferir el dominio en él, y qualquiera podría licitamente ayudarle à la dicha recompensa: ergo, &c.

8 Concluyo finalmente con decir, que no dicho Sempronio, ni los que huvieren cooperado à la dicha ocultacion, quedarán ligados con el monitorio, que se pena de excomunion manda manifestar las dichas alhajas: porque el Juez Eclesiastico con dicha deexcomunion solo pretende obligar à manifestar aquello, que no le puede retener sin pecado, como con otros lo tiene Diana, part. 5. tract. 1. 3. resol. 79. ergo, &c. Esto es lo que tiene sobre dichas dificultades: Salvo in omnibus, &c.

CONSULTA VI.

V Título de Castilla fundó en un Lugar suyo una Capilla, con cierto número de Capellanes, gravando sus Capellanías con mucho numero de Missas, Auderarios, y otras asistencias.

- 1 En una de las Constituciones de la Fundacion dize, que al Capellan Mayor de dicha Capilla se le den dos mil y quinientos reales; y à cada uno de los demas Capellanes mil y quinientos.
- 2 En otra dize, que el Patron que fuere de dicha Capilla, nombre por Tesorero de ella à uno de los dichos Capellanes, y le impone muchas cargas, pero tambien le dá muchos honores, y le señala por su oficio diez mil maravedis de salario.
- 3 En otra dize, que para pagar las Capellanías, y mantener la Fabrica de dicha Capilla, consiga à tierra cantidad de maravedis, hecha massa comun, sin pover sinca determinada para las Capellanías, ni para la Fabrica, sino todo por indiviso.
- 4 En otra dize, que aviendo sacado de esta massa comun la parte, y porcion que toca al Capellan Mayor, y Capellanes, et restauje ba de quedar para la Fabrica de donde se ban de pagar los salarios de Tesorero, y otros cada año.
- 5 En otra dize, que los gastos de ornamentos, cera, y otras cosas necesarias para el culto divino se ban de hazer à costa de la Fabrica.
- 6 En otra dize, que los gastos de Subsilio, y condaciones del dinero de los Jurors, sean à ser à costa de los Capellanes, y de la Fabrica por mitad.
- 7 En otra dize, que la Fabrica aya de satisfacer al Tesorero su salario.
- 8 En otra dize, que si lo que Dios no quiera los propios de esta Fundacion viniere en notable disminucion, que no quedase à la Fabrica para los pesos, y gastos de ella, se descuenten al que fuere Juez competente, para que oídos, el Patron, y Capellanes, determine lo que fuere justicia en razon de ella.
- 9 En varias partes de las Constituciones, manifiesta el Fundador gran zelo de el aumento de el culto divino.
- 10 En ninguna Constitucion se halla, que de la porcion de las Capellanías se saque para la Fabrica, antes de otros arbitrios para que se refuerce, en caso que este falte, y el Patron que tiene facultad para ocurrir à mucha parte de este inconveniente, no quiere valerse de ella, aunque sabe su falta.
- 11 Despues de dichas Constituciones se agregó à esta Capilla cierta cantidad de maravedis, tambien hecha massa comun, y concienada su Santidad, y su Eminencia, y los Capellanes se hizo una Escritura, en que à los Capellanes se les aplicó la renta, y à los Oficiales se les añadió, y quedaron con obligacion los Capellanes de mantener la Fabrica; y en la suplica que se hizo à su Santidad, se articuló, que por pagar Subsilio, y Oficiales estaban minoradas las Capellanías. Esta suplica fue, porque esta renta nuevamente agregada era para aumento de Capellanías, y no para aumento de las ya fundadas; y siempre al Tesorero se le ha dado anualmente alguna porcion, aunque no siempre, ni por tiempo, que pueda allegar costumbre, se le ha dado entera, por causa de la falta de caudal.
- 12 El Tesorero pretende, que los Capellanes le paguen su salario por entero cada año. La mala cobranza de las rentas, ocasionada de la penuria de los tiempos, ha causado el que los Capellanes cobren con dificultad la tercera parte de sus rentas; y no obstante sustentan la Fabrica de las cosas necesarias al culto divino, pagan Subsilio, y condaciones por entero.

Preguntase, si los Capellanes estarán obligados cada año à pagar por entero al Tesorero, ò si cumpliran dándole el ratico conforme à lo que se cobra de las Capellanías: ò si podrá no darle blanca hasta que se cobren enteramente las Capellanías: Pideje à V. P. que al pie de esta Consulta diga brevemente su parecer.

CONCLVSION Vnica.

1 Soy de sentir: que dichos Capellanes no tienen obligación en conciencia de pagar cada año por entero a dicho Tesorero; y que à lo sumo pueden estar obligados à pagarle el rateo, conforme à lo que se cobra de Capellanas. Fundame,

2 Lo segundo: porque si dichos Capellanes no cobraran cantidad alguna de sus Capellanas, sin culpa de ellos, no tendrían obligación à dar cosa alguna al Tesorero, pues destruido el fundamento de la obligación, es ipso, cessa dicha obligación, ex cap. Cum Paulus 1. quest. 11. leg. Nam origo, ff. quod vi. aut clam, leg. Egi tecum, ff. de except. rei iudicat. González ad regul. 8. Cancellar. glo. 3. 1. ad num. 31. ad 30. y comunmente los Doctores. Luego no cobrando dichos Capellanes mas que una tercera parte de sus Capellanas, (solo, y à lo sumo) tendrán obligación de darle à dicho Tesorero la tercera parte de su salario, d. el rateo conforme à lo que se cobra de dichas Capellanas: esta consecuencia es legitima en derecho, pues en el argumento del todo à la parte es validísimo, ex leg. Que de tota 3. ff. de rei vendicat. Tulch. lib. A. conclusi. 499. Evertario in topic. legal. loco 80. Sardo conf. 43. num. 21. Flaminio de confident. quest. 28. numer. 106. y otros innumerables: ergo, &c.

3 Lo segundo: porque en el pacto, y Escritura, que hizieron dichos Capellanes con su Santidad, y con su Eminencia de pagar al Tesorero tanto salario (que ellos corria por cuenta de la Fabrica) aplicandoles tanta renta, está embellido el pacto, de que si las rentas sin culpa de dichos Capellanes fuesen menos, sería menos dicho salario, como bien con Lefio, y Tamburino, lo tiene el docto Lumbier in simili, tom. 2. fragment. 9. de iust. & iure, numero 1643. y 1646. pagina 1031. y 1032. sed sic est, que aqui sin culpa de los Capellanes, con dificultad llegan las tales rentas à la tercera parte en el efecto de la cobrança. Luego por el mismo caso, y del mismo modo proportionis servata, deberá disminuirse el salario de dicho Tesorero en el efecto de la paga, à rata por cantidad: ergo, &c.

4 Lo tercero: porque la estiposición se varia quando se muda la condicion, y el estado de las cosas sobre que cae, como conita, ex cap. Quemadmodum, extrar. de iure iurando, leg. Si quis, ff. de solutione, leg. Si cum Cornelius, ff. cod. titul. y de otras. Y la razon es, porque toda disposicion se ha de entender, y entenderse, ubi se stantibus, & in eodem statu permanentibus, cap. in Parrocchia, 16. quest. 1. leg. Quod servatis, ff. de cond. lit. ob caus. y de otras; sed sic est, que aqui se ha mudado el estado de dichas cantidades; pues por la peyoría de los tiempos, apenas, y con dificultad cobran dichos Capellanes la tercera parte de sus rentas, como se dà por asentado en la especie de el caso: ergo, &c.

5 Lo quarto, y es confirmacion de el antecedente: porque si los Capellanes no cobrando mas que la tercera parte de sus rentas, huvieran de pagar al Tesorero su salario por entero, fuera nulo el dicho

pacto, y contrato del nom. 11. lo qual no deve presumirse, segun derecho, leg. 1. in fin. ff. ad muni. cap. leg. vari. Cod. de Testam. lib. 10. leg. Si stipulatus, ff. de leg. et, scilicet in ius, nom. cave. y de otras: ergo, &c.

6 Pruebe la mayór en que puede estar la dificultad: el pacto que se celebra contra la naturaleza, y substancia de el acto, no vale, ni tiene fuerza alguna, como con Zacio, Alciato, Corrao, y Francisco Comano, Cuyacio, Forcastio, Nicolas del Valle, Sebastian de Medicis, Bologuet, Baldo, Neviano, Orenco el Antiguo, Lofredo, Pedro Sardo, Pedro Pechio, y Don Juan del Castillo, lo tiene Salgado, de supplicat. ad Sanctis, part. 2. cap. 7. num. 9. pag. mibi 174. y la razon que dà es, porque aunque el pacto de los contrayentes pueda quitar lo accidental, y las qualidades, y admiñculos del contrato; pero no lo substancial, y lo que es de naturaleza intrinseca de el contrato; sed sic est, que es de lo substancial, y de la naturaleza intrinseca de el contrato, el que no claudique, y sea igual entre los contrayentes, ex leg. Lulianus, §. Si quis, ff. de action. empt. leg. Si cum dies, §. pen. ff. de recept. arbitr. leg. Labeo, ff. de verb. significat. y de otras; y la comun de Juristas, Canonistas y Theologos. Y por otra parte, si los Capellanes no cobrando mas que la tercera parte de sus rentas huviessea de pagar al Tesorero su salario por entero, claudicaria dicho contrato, y sería muy desigual, ut ex se videtur certum, y à paridad, de en caso, que no cobrasen dichos Capellanes cantidad alguna de sus rentas, y quisiesen preclarar à lo que pagasen al Tesorero el salario, cuya obligación nace solo de las dichas rentas, y su percepcion, de que tiene su origen el tal contrato: ergo, &c.

7 Lo quinto: porque segun la disposicion de el Fundador de dichas Capellanas, primero, y mejor lugar deven tener en orden à la cobrança los Capellanes, que el Tesorero. Lo vno, porque los nombra primero, y así lo juzgan mas amados, y preferidos, ex cap. Si quis, de elect. in 6. leg. Quoties, ff. de usufruct. y de otras muchas. Y lo otro, porque así consta expresamente de la disposicion de el numer. 4. Imò, y de todas ellas, sed sic est, que no es verisimil, que dichos Capellanes en el contrato del numer. 1. quisiesen privarse de dicho primero, y mejor lugar: imò, ni es verisimil, q su Santidad, ni su Eminencia quisiesen que dichos Capellanes estuviesen en peor lugar, que el Tesorero en orden à la cobrança; contra la mente del Fundador, y por otra parte el contrato nada obra, ni deve obrar, ubi intentionem agentium, ex leg. Non omnia, ff. si certum petat. y de otras. Luego los Capellanes deven ser preferidos al Tesorero en la cobrança de sus rentas, y salarios, y tener mejor lugar que ellos, sub sumo, sed sic est, que si al Tesorero se le huviesse de dar su salario por entero, quando los Capellanes apenas, y con dificultad cobran la tercera parte de sus rentas, el Tesorero fuera preferido à los Capellanes en orden à la cobrança, y tuviera mejor lugar, q ellos, ut ex se patet: ergo, &c.

8 Lo sexto: porque si quando los Capellanes no cobran toda la renta, no estan obligados à decir todas las Missas que reza la Fundacion, sino q solo estàn obligados à celebrar por la rata de lo que cobran, quan-

quando la disminucion de la renta ha sido sin culpa suya, porque ella parece que es la fuerza, è intencion del contrato, segun la doctrina de Lefio, Tamburino, y Lumbier, que les cita, y igne ubi supra; que segun lo q fige sobre, le celebre, y no mas lo qual dize dicho Lumbier, que lo vè practicado comunmente en Parroquias, y en Conventos. Luego mucho menos estaran los Capellanes de nuestro caso obligados à pagar al Tesorero el salario por entero, sino que solo, y à lo sumo estaran obligados à pagarle por la rata de lo que cobran, pues la disminucion de la renta ha sido sin culpa tuya; pues deven ser preferidas las Missas, que el Fundador mandò decir por su Alma, al salario del Tesorero, como ninguno negará, pues no puede, ni deve dudar, que el Fundador preferia aquellas à èlto, à cuya mente se deve estar, ex cap. Intellegentia 6. & cap. Propter 8. de verb. significat. leg. Scire leges, ff. de legib. leg. Non aliter, ff. de legat. 3. leg. Labeo, in fin. ff. de supplicat. leg. et de otras: ergo, &c.

9 Y lo septimo; porque no ay fundamento, que convença: Imò, ni que persuada lo contrario; y li-

no, muestrese qual: ergo, &c.
10 Dize: los Capellanes pagan à la Fabrica por entero, como se dize en el n. 12. sed sic est, que segun la disposicion del Fundador, la Fabrica ha de pagar los salarios del Tesorero, como consta del numer. 4. lo qual no se inmuta en èl, num. 11. pues lo que se altera allí, solamente fue, el que los Capellanes quedasen con obligación de mantener la Fabrica: ergo, &c.

11 Respondo: que el sustentar la Fabrica, y las cosas del culto divino por entero, es voluntario en los dichos Capellanes; pues pudieran ratearlo conforme à lo que le cobra de las Capellanas, como consta de lo alegado; sed sic est, que lo que graciosamente se concede à vno, no deve traerle por exemplo para otros, ex cap. Quod alibi 7. 4. de regul. iur. in 6. leg. Quoniam, C. de Episcop. & Cleric. Thomas de Tomacet. regul. 2. 36. Dyno sobre la dicha regla, y otros muchos; y lo mismo le inhiere, ex cap. Que à iure communi 28. de regul. iur. cod. lib. 6. y alli Dyno, con otros muchos: ergo, &c. Èlto es lo que siento sobre dicha dificultad: Salvo in omnibus, &c. *

CONSULTA VII.

Para la quietud, y sosiego de mi conciencia necesito consultar con V. P. en caso que se me ofrece sobre la justificacion de posesion de un Patronato de Legos, y memoria de Missas, con la admixta calidad de Sacerdote, que se halla expresada en el testamento que otorgò su Fundador, en que dà poder, y facultad al Cura de R. y dos Religiosos de la Religión X. para que dispongan, y ordenen esta memoria; y es en esta forma:

1 De manera, que el Capellan que las huviere de decir en cada año, para siempre jamás tenga que comer, sin pasar necesidad: el qual dicho Capellan ha de decir las dichas Missas, ò Fiestas de lo que reza la Iglesia.

2 Item, para que sirva la dicha Capellania, nombra por primero Capellan à Fulano, hijo del primer Matrimonio de su madre, si fuere Sacerdote, y cantare Missa, ni fuere Sacerdote, en tal caso nombro en su lugar à Fulano, y en caso que ninguno de los susodichos no huvieren cantado Missa, mientras que no las cantaren, aya el Patron de nombrar persona de buena fama, y costumbres, que las diga, y le den competente linage del Fundador, las que señalare el Patron.

3 Despues passa à nombrar Patron, que nombre Capellan sucesivamente, sin repetir nada, ni hablar palabra de la calidad de Sacerdote, y juntamente Patronos, à quien señalare tres mil maravedis, y cada uno que viva, siendo así mismo de el Linage del Fundador.

4 Y en execucion de lo referido, el señor Cura, y dichos Religiosos Testamentarios dispusieron, que el Capellan, à Capellanes gozassen enteramente toda la renta, que se le señalava, con cantidad de que cada un dia de los quatro de la semana huviesse de decir una Missa por su propia persona, y los otros tres por substituto, en la Iglesia de X. que es donde se han de decir, à mandado de diez dichas Missas.

5 Item, mandò mas, que además de las referidas, ayan dichos Capellanes de mandar decir cinco Missas cantadas todos los años, por las Fiestas de nuestra Señora.

6 Declararon despues esta disposicion por Patronato de Legos, sin intromision de Juez Eclesiastico, y que con solo el nombramiento del Patron, à Patronos, que fueren, pueda su obra diligencia alguna, qualquier Capellan obtener dicho Patronato.

7 Premissa la gravedad de las razones referidas, que poderosamente induzen la calidad de Sacerdote en el Capellan, la dificultad de està, en si puede justamente, no perjudicando à ningun llamado, y siendo descendiente del Fundador, obtener este Patronato, siendo Seglar, y mandado decir las Missas en la Parroquia que se dispone.

8 Y aunque es verdad que la resolucio de esta duda mas toca à mi facultad, que à la de V. P. y devia yo desatlarla con el estudio, esso fuera bueno en el fuero exterior, en que yo puedo ser Juez de mi propia causa: mas en el de la conciencia no reconoce el Obisitano otro, que el Confesor, y este es el que ha de sentenciar en materias de espiritu como esta. Así me pareció preciso tomar parecer de Juegos de toda erudicion, è integridad, que me assegurassen, y sacassen del riesgo en que vacila la conciencia. Los fundamentos juridicos que por mi parte hazen sobre esta quesion, son los siguientes.

9 El primero, ser descendiente del Fundador, y el que huviere de suceder en este Patronato por mi nombramiento, aunque parente suyo, muy remoto, y no es presumible, que el Fundador quisiesse preferir un remoto, à un descendiente suyo por la calidad, siendo así, que el sufragio puede gozarse su Alma por otro Ministro, l. cum Avus, ff. de condit. & demonstrat. leg. cum tale, §. fin. ff. de pactis cum vulgaris.

10 En suplico esta razon, no teniendo el paciente, que debiera ser elegido de mi, como Patron, edad para ordenarse...

11 Este fundamento es ligero, vamos al segundo, que haze toda la fuerza a mi favor, y buelve la materia dificilissima de resolver...

12 Obone se a esta opinion otras, no asiñada de autoridad, Bartul. in l. fin. aum. 2. ff. ad Trebell. Raph. cum Paulo de Caltra...

13 Mas esta opinion se desbance con diez, que en calidad amada del Testador, que fue principal objeto de su voluntad...

14 Y caso que la admittiramos, no fuera en el caso presente, en que por la calidad se corrige, y se adone al derecho comun...

15 Todo lo referido, se halla fundado con mas exencion, y mejores voces en Molina de Hispan primog. lib. 3. cap. 5...

16 Pongo en la consideracion de V. P. que mi padre fue Don Mexico, uno de los mayores Abogados de su tiempo, y hombre de buena vida...

CONCLUSION.

1 Respondo, que la parte afirmativa me parece probable, y lo pruebo con el ylogismo siguiente. Las Capellanias no colativas, o legas, se pueden dar a qualquiera, y en qualquiera edad...

2 La consecuencia es legitima; la mayor la tiene con Gonzalez, regu. 8. Cancellar. glos. 5. num. 27. Caltra Palao, que se cita, y digo. part. 2. trat. 1. 5. disp. 1. punct. 6. n. 4. y lo mismo tiene Sanchez, tom. 2. consil. lib. 2. cap. 12. dub. 3. 1. in fine. pag. mibi 218. y la razon que dan es...

Confirrase la dicha mayor: porque aunque es asi, que ante todo Beneficio Ecclesiastico se requiere previo Clericato, o la primera tonsura, porq el Beneficio Ecclesiastico se ha de dar a Clerigo, y no a Seglar...

3 Probada la mayor, solo resta probar la menor: pero por quanto esta tiene dos partes, para no confundirlas, y proceder con mas claridad, las probaremos divivamente, como se sigue.

4 La primera parte de la menor; esto es, que la Capellania de nuestro caso, sea Capellania, no colativa, o legas, se prueba; lo uno, porque Capellanias no colativas, o legas, que en derecho no son otra cosa, que ynos ciertos legados, dexados con obligacion de decir...

tantas Missas, o tantas Preces) son aquellas que fueron instituidas por sola la voluntad de el instituyente, sin autoridad del Obispo; y de otro qualquiera, Superior Ecclesiastico, como con Gonzalez, Salcedo, Navarro, Garcia, y la comin de Doctores lo tienen Castro Palao citado, numer. 1. Machado, docum. 3. num. 2. Lumbar, tom. 1. en la Suma de Arana, verb. Beneficio, pagin. 120. de la primera impresion, y pag. 127. de la impresion segunda en Zaragoza, año de 1677. tom. 2. num. 754. pagin. 640. Villalobos, tom. 2. tract. 9. dis. 1. num. 1. y 2. y Lesho, de iust. lib. 2. cap. 34. dub. 1. numer. 4. S. Notandum tertio; y la razon es, porque en ello se diferencia de las colativas, que como estas sean Beneficio, y no aquellas, las colativas conferri debent ab Ordinario (vel saltem confirmari); y asi las que no estan instituidas con autoridad del Ordinario, ni son colativas, ni Beneficios, sino vna de suya celebracion de Missas, sed sic est, que la Capellania de nuestro caso no esta erigida con autoridad del Ordinario, sino solo con la autoridad del fundador, como se infiere, y supone en la especie del caso: luego la tal Capellania, es Capellania no colativa, o legas.

Y lo otro, y es confirmacion del antecedente: porque para conocer, y juzgar, quando las Capellanias se han erigido con la autoridad del Obispo, o quando han sido fundadas por la voluntad sola del fundador (y por consiguiente quando han de ser tenidas por Ecclesiasticas, y quando por legas) se debe mirar al vltimo estado: porque si de este consta, que el Ordinario esta en quassa posesion de conferir dicha Capellania, en tal caso se debera reputar por Beneficio Ecclesiastico, vel quod idem est, por colativa. Pero si en dicho vltimo estado, el Patron designa Capellan, sin autoridad del Ordinario, en tal caso (cum de proprietate non constat) ha de ser reputada, y tenida por fundada por sola autoridad del instituyente, y por consiguiente por no colativa: por que el vltimo estado de la Capellania da quassa posesion, como bien Garcia, de Benefic. 1. part. cap. 2. n. 114. Gonzalez, super reg. 8. Cancellar. Glos. 5. an. 51. y Palao, que se cita, y sigue, ubi sup. n. 2.

6 Prologo: sed sic est, que el vltimo estado en que se halla la Capellania de nuestro caso, es, que el Patron designa Capellan sin autoridad del Ordinario, como consta de lo que se asienta en el numer. 6. ibi: Declararon despues esta disposicion por Patronato de legos, sin entromission de Juez Ecclesiastico, y que con solo el nombramiento del Patron, o Patrones que fueren, pueda, sin otra diligencia alguna, qualquier Capellan obtener dicho Patronato: luego acento este vltimo estado de dicha Capellania, debe ser tenida, y reputada por no colativa, o legas.

7 La segunda parte de la menor: esto es, que la voluntad del fundador no contradiga el que dicha Capellania se de a Seglar (exceptuando los dos primeros llamados) que es solo lo que nos resta por probar, se prueba: porque la calidad del Sacerdocio, que pide el fundador, en el num. 2. es solo para los dos primeros llamados, la qual calidad no se entiende, ni debe entender respecto de los demas, sino restricta, y limitada a solos los dos: luego asentado, y probado esto, y si en...

do (como queda probado serlo) dicha Capellania no colativa, o legas, y por consiguiente quid tempore, no ay por donde debamos inferir que la voluntad del fundador contradiga, que exceptuando los primeros llamamientos, pueda la dicha darse a Seglar: ergo, &c.

8 Y que la dicha calidad Sacerdotal no le entienda, ni deba entender a los demas llamados (fuera de los primeros) en que solo esta la dificultad: se prueba.

9 Lo primero: porque quando el nombramiento se ha hecho en alguno (o algunos) debaxo de alguna calidad, expresando el nombre proprio del tal, o de los tales sujetos, en tal caso no se induze repeticion de la calidad para los sucesores, ex leg. Si paret, ff. de leg. 3. leg. 1. S. Id. quod ex substitutione, ff. ad legem Falcidianam, como lo tienen los que escriven, in leg. Si duobus, §. 1. et in leg. C. in testibus, §. Lucius Titius, ff. de legat. 1. Bartolomeo Guzman, Paulo, y Molina, y Socino, in leg. Que conditio, ff. de condit. et demonstrat. Signorolo, consil. 172. num. 11. Parisio, consil. 2. num. 37. lib. 3. Ludovico de Molina, de Hispanorum primogenitorum origine, lib. 3. cap. 5. num. 68. que los cita, y sigue, y con razon: porque la calidad en dicho caso, mas parece q se pone gratis demonstratiois, porque se quiere la calidad en dicho sujeto, cuyo nombre proprio se expresa, que porque se pretenda repeticion de la dicha, en los que no se expresan, Menochio, presump. 84. numer. 20. lib. 4. Vincent. Fular. de substit. quest. 403. num. 3. y otros; sed sic est, que el primer nombramiento en nuestro caso, aunque se hizo debaxo de la calidad Sacerdotal, se hizo en determinado sujeto, o sujetos, expresando el nombre proprio de los tales, como se supone en el num. 2. Luego la tal calidad se ha de tener por puesta en dichos sujetos, y gratia demonstratiois, porque deseava, y queria el fundador, que dichos sujetos, cuyos nombres propios expresa, fuesen Sacerdotes; y no porque pretenda repeticion de la dicha en los sucesores, cuyos nombres no se expresan: luego por dicha primer nombramiento hecho en dichos dos sujetos expresados por sus nombres propios, debaxo de la calidad Sacerdotal, no se induze repeticion de esta para los sucesores: ergo, &c.

10 Lo segundo: porque no se presume que el fundador de dicha Capellania, quiso aquello que no expresado, ex cap. Ad Audientiam 12. in fin. extr. de decim. cap. Inter corporalia, post med. vers. Vnde si circa, de translat. Episcopo. leg. vnic. §. Sin autem, ad deficientis, Cod. de caduc. tollend. leg. Si servus, §. Praetor ait, vers. Non dicit, ff. de acquir. hered. y la comin de Doctores: sed sic est, que el fundador en nuestro caso no expresado dicha calidad del Sacerdocio para los Capellanes sucesores (despues de los dos primeros llamados, y expresados por sus propios nombres) ni especial, ni generalmente, pudiendo averlo hecho con facilidad: y pues quando puse a nombrar Patron, que nombra la Capellan sucesivamente, asi como puse la palabra Capellan, pudo poner tambien la palabra Sacerdote, o cosa que equivaliese a ella: luego en el aver expresado dicha calidad Sacerdotal en los dos primeros llamados (expresados por sus propios nombres) y averla callado en los demas sin repetirla, ni hablar palabra de ella...

se ha de presumir que la omisión de intento, como con Pedro de Ancharano, Juan de Anania, Alexandro Cautio, Corneo, Jason, Decio, Carlos Ruino, Antonio, Rubio, Grato, Parisio, Alciato, Celso, Gerónimo Gabriel, Tiber. Deciano, Riminaldo, Cardinal Mantica, Achiles de Pedroche, Juan Garcia, Velazquez de Avendaño, Miera, Don Juan del Castillo, Francisco Molina, Vincencio Fufar, Don Francisco de Leon, Joseph Ramon, y otros, lo tienen Luis de Molina de *primogeniis*, *dist. lib. 3. cap. 5. num. 56. y 57. Vers. Sed quomodo*, y los Adicionadores allí, que dicen, *ex Ludovico, y Anania*, averlo decidido así algunas Decisiones Rotaes, y que la Rota ha sido siempre de este sentir, y que solo se aparta desta opinion, en caso que tacita, ó expresamente se pueda colegir lo contrario, lo qual no ay en nuestro caso: ergo, &c.

11 Lo tercero: porque donde se requiere lo expreso, no basta lo tacito, ni lo presumto, *ex cap. 2. de prebend. & cap. fin. de procurat. in 6. como bien Cabelo Lutirano, decis. 12. num. 7. part. 2. Tufcho, tom. 3. liter. E. conclus. 654. y otros; sed sic est*, que para induzir dicha calidad Sacerdotal, ó su repetición (maximé en las Capellanias no colativas, ó legas) se requiere expresión, como consta de lo dicho; y esta no la ay, respecto de los sucesores á los dos primeros nombrados, como tambien queda probado: luego aun no bastaria lo tacito, ni lo presumto: ergo, &c.

12 Además: que dicha calidad Sacerdotal no se debe presumir: porque los accidentes no se presumen, *ex leg. Si veri, §. Qui pro rei qualitate* (y allí la Glosa comunmente recibida) *ff. qui satisf. cog. Covarrubias, varia lib. 2. cap. 6. num. 2. Gutierrez de inam. confirm. p. 1. cap. 1. num. 22. y pract. lib. 5. quest. 40. num. 5. Menochio, conf. 1. num. 21. y conf. 30. num. 10. y de presump. lib. 1. quest. 24. num. 5. lib. 2. quest. 49. y lib. 3. presump. 40. num. 11. y otros muchos, sed sic est*, que dicha calidad Sacerdotal es accidente, respecto de las Capellanias (maximé no colativas, ó legas) pues *potest adesse, & abesse absque illarum corruptione*, como consta de lo dicho: ergo, &c.

13 Lo quarto: por los fundamentos que tan copiosa, y eruditamente, y con tanta claridad alega V. in. desde el *num. 9.* y para mi es de gravísima ponderación, y me haze mucha fuerza ver, que el señor Don Mevio, siendo tan gran Abogado, y de tan buena vida, y temerosa conciencia, gozasse casado dicho Patronato, y que no mandalle en lo testamentario, ó fuera del, á la hora de la muerte (como lo supongo, y parece fe supo en el *num. 16.*) restituir las cantidades percibidas en el tiempo que le gozó á las huerfanas que huvieße entonces, ó en adelante, á quienes se debian para sus casamientos, segun la clausula final del *num. 2.* ó en otra forma, á juicio de varon docto, y desinteresado, en el aclarar de su conciencia, y cumplimiento de la mente del testador, en la mejor forma, y via que fuese posible.

14 Y lo quinto, y vltimo: porque no se descubre en dicha disposición fundamento que precise á lo contrario, como le verá respondiendo á ellos, como ya lo ha go: ergo, &c.

OBJECION I.

15 Porque si opusieren lo primero: que quando el que funda vna Capellania de sus propios bienes, manda que el Capellan esté obligado á dezir tantas Misas, en tal caso dicha Capellania requiere Orden Sacerdotal en acto, ó que adualmente sea Sacerdote: el que la huviere de obtener, como lo tienen Lambertino, Juan Gutierrez, Diego Perez, y Quintanañenas, Minuel Rodriguez, Ripa, Roque, Panormitano, Decio, Barbosa, Juan Andreas, y otros: ó á lo menos se requiere, que el tal Capellan sea Sacerdote, ya que no *in actu*, y á lo menos *apertudine proxima, sed est*, que ya de recibir en breve el Orden Sacerdotal, como lo tienen Zevallos, Espino, Parador, y otros; *sed sic est*, que el Fundador de la Capellania de nuestro caso manda generalmente, que el Capellan que por tiempo fuere, tenga obligación de dezir las Misas (que en dicha Fundacion se prescriben) en cada un año para siempre jamás: ó á lo menos se supone lo dicho en la disposición del *num. 1. ut ex ipso constat*: ergo, &c.

16 Respondo: que aunque el testador, y Fundador de vna Capellania, diga: *Instituitur Capellanus, qui Missas celebret*, ó aunque diga: *Teneatur Capellanus dicere tot. Missas in hebdomada, annis, &c.* no le sigue de las dichas palabras, que tal Capellania sea Sacerdotal, antes bien la mas probable sentença tiene, y como lo es, y que se puede dar al no Sacerdote: y se prueba.

17 Lo vno: porque siempre que para algun acto no se elige la industria de la persona, y satisface tal persona, cumpliendo por otro la carga, que se le impone, como le infiere, *ex leg. Inter Artesices, ff. de solut. y lo notan comunmente los que escriben sobre la dicha ley, y Paulo de Castro, y Bartolo, lib. 5. y el mismo Bartolo, in leg. Nemo, ff. de duabus reis, num. 6. sed sic est*, que en dicho caso no se elige la industria de la persona: pues no le importa mas al testador que sea este, ó aquel el que celebre las dichas Misas: luego por la carga adjunta de Misas no se juzga, ni debe juzgar que se le precise á Capellan á que celebre por si, ó á que sea Sacerdote: *actu, vel apertudine: Imo, ni se infiere*, que sea Sacerdotal dicha Capellania, como despues diré.

18 Lo otro: porque semejantes Capellanias, segun la costumbre vniuersal, suelen servir por substituto, lo qual se debe observar *omnino*, aunque segun la disposición del testador se aya de dar dicha Capellania á vno que celebre cada día, como con Lapo lo tiene Felino, *cap. Cum omnes, de consuet. num. 32. in fine*, y lo mismo Calder, *cap. Super in ordinata, de prebend. ergo, &c.*

19 Y lo tercero: por otros muchos fundamentos que alegan, y se pueden ver en Castro Palao, *tom. 2. tractat. 13. disp. 1. punct. 6. numer. 18.* y Sanchez, *tom. 2. consil. lib. 7. cap. 1. dub. 48. numer. 14.* y en el *num. 16.* respondiendo al fundamento contrario, *pag. 338.* y siguientes: Vease tambien Diana, *part. 1. tract. 14. resol. 18.* y *part. 4. tract. 4. resol. 277. §. de et. indum.*

INSTANCIA.

Ditase: que dichos Autores piden por requisito esencial, que el Capellan que huviere de ser presentado,

y obtener dicha Capellania, aya de ser Clerigó, capaz de Beneficio simple: ergo, &c.

20 Respondo: que dichos Autores hablan, y se deben entender, para ir consiguientes de las Capellanias erigidas con autoridad del Obispo, las quales son Beneficios Eclesiasticos: pero no de las erigidas sin autoridad del Ordinario, las quales Capellanias no colativas, ó legas, no son Beneficios, y por consiguiente, no piden previo Clericato, pues por *ser quid temporale*, se pueden dar al mero Seglar, como lo tienen dichos Sanchez, y Palao, *ubi sup. num. 2. sed sic est*, que la Capellania de nuestro caso, por vna parte es Capellania lega, ó no colativa: y por otra, aquellas palabras del *num. 1. De manera que el Capellan que las huviere de dezir en cada un año para siempre jamás, &c.* No arguyen Capellania Sacerdotal, sino que se pueden dar al no Sacerdote, como bien dicho Sanchez: ergo, &c.

OBJECION II.

21 Y si opusieren lo segundo: que los Testamentarios en execucion de dicho Testamento dispusieron, que el Capellan, ó Capellanes gozen toda la renta, con calidad de que cada semana ayan de dezir vna Misas por su propia persona, y otras tres por substituto, &c. como consta del *num. 4. sed sic est*, que esto de dezir Misas por su propia persona, arguye calidad Sacerdotal, como es patente de suyo: ergo, &c.

Se responde: que como la dicha Capellania tenga calidad admixta de Sacerdocio: pues lo deben ser los dos primeros llamados, y expresados por sus propios nombres, aunque no los demás Capellanes suce-

lores, como se ha dicho: de ai es, que la dicha disposición, en quanto á aquello de *por su propia persona*, se puede entender de los dos primeros llamados, que segun la disposición del Fundador deben ser Sacerdotes, y ceñirgirse á solos ellos: quedada la obligación de dezir dichas quatro Misas (por si, ó por otros) para los demás sucesores, segun lo dispuesto por el testador, á cuya mente debe atenderse mas que á las palabras de dichos Testamentarios, en execucion de la dicha disposición *ex cap. Intelligentia 6. & cap. Propterea 8. de verb. significat. leg. Labor, in fine, ff. de supplect. legat. leg. Nominis, & rei, §. Verbum, ff. de verb. significat.*

OBJECION III.

22 Y si opusieren lo tercero, que lo dicho á lo suyo puede tener alguna probabilidad en el fuero exterior, donde se juzga por presumpciones; pero no en el de la conciencia, donde solo se atiende á la realidad: ergo, &c.

23 Respondo: que el fuero interno, y el externo no son diversos, quando el fuero externo no se funda en falsa presumpcion (ni procede á la pena de alguna ley penal) como lo tienen Vazquez, Suarez, y Nicolás Garcia, citado en mi Tomo de la jurisdicción de los Obispos *pag. 467. num. 60. y 61. y pag. 468. num. 67.* y lo mismo tiene con Cayetano, Soto, Covarrub. y Ledesma, Sanchez de *Matrim. lib. 2. disp. 5. num. 20. Vers. Tandem probatur*. Esto es lo que siento probable en el caso (aunque tengo por mucho mas probable lo contrario, aientas todas sus circunstancias) *salvo in omnibus meliori iudicio*.

CONSULTA VII.

Maria avienda tenido copula con Pedro su consanguineo, y obtenido dispensacion, probada la narrada, con confirmacion del Ordinario, y hecha en la Iglesia la publica penitencia, murió Pedro antes de contraer el Matrimonio. Y la dicha Maria para casarse con otro hizo informacion de parenta sobre del Fundador, de cierta obra pia que los Patronos, los quales y testigos, no advirtieron el que era publico estar corrupta, con que se le despa: bñ libracion: y se casó.

El Administrador se ha resfuido á la paga, diciendole, que no es doncella, y que tiene informe, en que le dicen no puede la tal Maria gozar de la obra pia por esta razon: preguntase, pues, á V. paternidad, que es lo que siente en dicha materia? & conf. 8. num. 7. volum. 4. y otros muchos.

CONCLUSION Vnica.

1 **S**OY de sentir: que el señor Administrador de la tal obra pia, puede con seguridad de conciencia, y sin escrupulo alguno pagar á dicha Maria la dicha obra pia: Así lo tienen tres varones bien doctos de mi Religión, con quienes he consultado el caso, y se prueba.

2 Lo primero: porque si dicha Maria se casara con Pedro su consanguineo, *aduc* supuesta dicha flaqueza, y pérdida de la doncellaz, gozaria de dicha obra pia, como bien con otros lo tiene Diana, *part. 8. tractat. 6. resol. 126. §. Confirmatur, pag. mibi 448. sed sic est*, que necesitando (como necessita) mas de este socorro para casarse con otro, no parece verisimil que la benignidad del Fundador, en las circunstancias que concurren en nuestro caso, la excluyera: luego en dichas circunstancias no se debe tener por exclusiva, *ex cap. Quia verisimile, extra, de presump. leg. fin. in principio, ff. quod regat. caus. Parlicen. conf. 13. num. 9. volum. 3.*

3 Lo segundo: porque como V. m. bien pondera la tal flaqueza (caso que la aya avido) fue en orden al Matrimonio, y su publicidad nació de ello: luego pertenece á la reverencia de dicho Santo Sacramento, el que no la dañe á dicha Maria la publicidad que hizo de su flaqueza, por su respecto, y veneracion (y mas quando en sentença probabilísima pudiera *alias* elucidar, como yo defendí latamente en mi Tomo de la jurisdicción de los Obispos, *tract. 1. quest. 4. sect. 3. disp. 3.* por toda ella, á *pag. 123.*) pues el respecto, y veneracion al Sacramento del Matrimonio, es punto de Religión, que no la debe dañar, sino enter favorecer, *ex leg. Sane persone 43. in fine, ff. de Relig. & sumpt. funer. Menochio de presump. lib. 6. presump. 84. num. 1.* y otros muchos: ergo, &c.

4 Lo tercero: es confirmacion del antecedente: porque en sentença probabilísima de Lara, Gironda, y otros, que cita, y sigue Diana, *part. 2. tractat. 16. y 2. Miscellan. resol. 5. y 2. part. 8. tract. 6. resol. 126. §. Adde,*

el legado dexado para casar vírgenes, puede gozarle, y retenerle en ambos fueros de justicia, y conciencia, y la que en la opinión de vírgen, aunque en la realidad no lo sea, sino corrupta: *Imo*, porque el legado que se ha dexado a alguna persona *sub conditione*, de que viva casta, y honestamente, no se pierde por vna, ni otra fornicación: segun algunos Varones doctos, que citan Sanchez de Matrion. lib. 7. disp. 9.1. num. 3. y Baeo, tom. 2. verb. *Legatum*, num. 8. que lo prueba de muchos textos del Derecho, que se pueden ver en los dichos.

5. Que mucho, pues, que digamos, que la tal Maria, que estava en reputacion de doncella, y de vivir casta, y honestamente, y que solo se sabe su flaqueza (caso que la aya avido) en orden al Sacramento de el Matrimonio, y solo se sabe que sea vírgen, y en orden al mismo Matrimonio: que mucho, pues, que piadosamente se crea del Fundador no aver sido su mente el excluir a la dicha dexado de estas circunstancias, y otras que le ponderarían despues? y mas quando aviendo sido publico dicho caso en dicha forma, ha hecho tan poca impresion en los Patronos, y testigos, que no advirtieron en dicha publicidad, y quizás sería la razon de la dicha inadvertencia, por vna parte la buena opinion, *alias* de la moza, oculta su confesion, y por otra el motivo de ella, y de dicha flaqueza, que fue en orden al Matrimonio, juzgando piadosa, y prudentemente, que no debía perjudicarla para dicha obra piadosa, &c.

6. Lo quarto: y es segunda confirmacion, por que el legado que se ha dexado para Religiosas, se les puede dar a las Beatas, ó Terceras, aunque vivan en sus propias casas, que hazen voto de castidad, como con Novario, Ricio, y otros lo tiene Diana, in *additionib. ad 3. part. resol. 28. 3. part. 1. tract. 2. resol. 84.* Luego si benignamente se interpreta la voluntad del testador, y el legado que se ha dexado *pro Monachatu*, se alarga, y estende a las Bitchas; por que en nuestro caso no interpretaremos benignamente la voluntad del Fundador, y presumiremos del, y de su benignidad, que no excluyera a dicha Maria de dicha obra pia en las circunstancias tan apretadas que concurren en el caso: pues además de aver sido su flaqueza (caso que en la realidad la aya avido) en orden al Matrimonio, y que su publicidad nació de otro, necesita mas de esse socorro para casar con otro, que con el de su flaqueza, con el qual si se casara, gozaria de dicha obra pia, y se le podría aplicar sin el menor escrupulo.

7. Y mas avindose la ya aplicado de hecho, y casadose en virtud de ella, como se podrá ver en la prueba 5. en las quales circunstancias no le debe, ni puede presumir de la benignidad del Fundador, aya sido su intencion excluirle, antes bien puede presumirle, que si se le preguntasse, la incluyera positivamente en el concurso de estas circunstancias, y la preferiera a otras, cuya flaqueza no le supliesse; *sed sic est*, que el argumento que se toma de lo que el testador verisimilmente dispusiera, preguntado, es validísimo en ambos Derechos, *cap. Quia versimile, de presumpt. cap. Requisiti, de Testam. leg. Non est versimile, ff. de eo, quod met. caus. leg. fin. Cod. de postum. heredit. insti.* y de otras

muchas, y la comun de Juristas: *ergo, &c.*

8. Lo quinto: por que segun la mas comun, y mas verdadera sentençia, la promessa aceptada obliga en conciencia a pecado mortal: lo vno, por que la tal es verdadero pacto, como consta de la definicion del pacto, *in leg. 1. ff. de pact. leg. 3. ff. de pollicita*, y siendo los efectos que obligue a pecado mortal; y así vemos, que por Derecho Canonico puede ser descomulgado el que no guardare el pacto hecho a otro, y lo otro: por que el que no está a lo prometido, contraviene a la justicia legal que mira a la familiaridad, y sociedad humana *in promissis servandis*: luego peca mortalmente el que no cumple la promessa aceptada: Así lo tienen con innumerables Theologos, y Juristas, que citan, y siguen Baeo, tom. 1. verb. *Promissio*, num. 9. Machado, tom. 1. lib. 3. part. 5. tract. 9. docum. 1. in fin. y Sanchez de Matrion. lib. 1. disp. 5. nu. 20. donde se pueden ver otros muchos fundamentos.

9. Peologo, *sed sic est*, que los Patronos de dicha obra pia, despues de hecha la informacion, que juzgaron necesaria, le aplicaron dicha obra pia a dicha Maria, para que se casase, y le despatcharon libramiento de ella, en virtud de lo qual topó marido que quisiese casar con ella, y de hecho se casó: lo qual equivale a promessa aceptada, y que no solo fue aceptada por dicha Maria, sino tambien por el que se casó con ella, en fee de que con dicha muger se le deba dicha limosna dotal; pues dicha obra pia concedida a la dicha para casarse, y de que tenia su libramiento despachado por los Patronos, tiene razon de dote, que se le promeçia al marido, por razon del Matrimonio con la dicha, para alivio de las cargas de el: luego concedido vna vez dicho libramiento, y aviendo se casado en virtud del, y de la dicha dote con ella Antonio: *ergo, sic est*, se le debe en conciencia la dicha dote, ó limosna dotal, pues se le ofreció a quien se casase con dicha muger, y el lo ha hecho en virtud de dicha promessa, y libramiento: *ergo, &c.*

10. Y lo sexto: por que de no pagarla a dicha Maria dicha obra pia, ó de no daria dicha limosna dotal, de que tiene su libramiento, y por virtud del qual se caso con ella Antonio, podrá este negarla los dimitidos, en sentençia de todos los Doctores, como lo tiene Sanchez de Matrion. lib. 9. disp. 5. numer. 2. ad 6. donde lo prueba ditiamente, y veale tambien Machado, tom. 2. lib. 6. tract. 2. docum. 12. num. 2. *Imo*, en sentençia probabilísima, y bien comun, podrá dicho marido expeler a dicha muger de casa, sino le paga la dicha dote que le prometieron con ella, como se puede ver en dicho Sanchez, *num. 11. ad 14.*

11. *Sed sic est*, que dichos inconvenientes hazen totalmente inverisimil, que el Fundador de dicha obra pia quisiese excluir de ella a dicha Maria en la suposicion de estas circunstancias, tantas, y tan graves como concurren en el presente caso: luego debemos creer piadosamente de su benignidad, no solo que no la quiso excluir, sino que en estas circunstancias la preferia a otra qualquiera parienta, aunque no se supiesse de ella flaqueza alguna: luego no ay razon por que se le deba negar la paga, muchas si que perduden el que se le ha de

be cumplir, y pagar dicho libramiento, que son todas las alegadas, y el evitar los disturbios grandes que por no pagarse se pueden originar entre dichos caudales: Así lo siento, *salvo in omnibus, &c.*

12. Dixe muchas vezes: *Caso que en la realidad ay avido dicha copula*; por que el averla alegado Pedro, y Maria, para obtener la dispensacion (en virtud de la qual alegacion, ó narrativa, se les impulo la penitencia que hizieron publicamente en la Iglesia) no es argumento de que en la realidad la huviese avido: pues la vemos se ha pagado muchas vezes copula que no ha avido, por facilitar la dispensacion, y por minorar el gasto de la componenda: vease en nuestro Tomo de las Proposiciones condenadas, *tractat. 1. Consulta 7.* y por toda ella vna suposicion de copula por dichos fines: veale otra suposicion de copula en Diana, *part. 8. tract. 3. resol. 65.* y otras muchas semejantes suposiciones ha avido, como bien saben los Confesores, por aver consultado con ellos muchas vezes semejantes escrupulos: luego dicha alegacion de copula de Pedro, y Maria, no arguye que la huviese en la realidad, *cum probetur hoc esse, quod ab hoc contingit ab esse*, como consta de ambos Derechos, y yo probé latamente en mi Ventilabro formal, *pag. 104. nu. 25. vide ibi.* Luego ji dicha

allegacion no es argumento que convence, *Imo*, ni que prueba la dicha copula, piadosamente podemos nosotros presumir que no la hubo, y será vna preiudicial muy segun la ley de la caridad, y mas para el presente intento.

13. Y si la dicha Maria dixiese, que la dicha alegacion fue por vno de dichos fines (y que en la realidad no hubo la dicha copula) y lo afirmasse con juramento, juzgo que le debería creer para el intento, y así se infiere de la doctrina de Bertazol, Felhuo, Fuller, Jalon, Ripa, y otros quinze Doctores que refiere, ex Farinacio, nuestro Philipo de Bictis, en su Epitome Consil. *quæst. 24. num. 17.* los quales dicen, que la confesion extrajudicial (qual fue la de nuestro caso) revocada, no solo no es suficiente para condenar al Reo que hizo dicha confesion; pero que en su hazido indico: luego hecha dicha revocacion, y estando en dicha probabilísima, y comunísima sentençia, no se le podrá condenar a la dicha en peroida, privacion, ó exclusion de dicha obra pia: pero o quando sea cierto, y agendado de el: ó el error corrupto la dicha, no por ello la obstará para gozar de dicha obra pia, por lo dicho supra, y así: buelvo a decir lo siento, *salvo in omnibus, &c. **

CONSULTA IX.

Antonio dexó en su testamento, despues de otras mandas, &c. Que el remanente de su hacienda le distribuyan los Testamentarios en Millas, y Sufragios: preguntan los Testamentarios, si podrán dar de limosna a pobres la mitad de dicho remanente?

1. Respondo: que podrán con seguridad de conciencia dar de limosna a pobres la mitad de dicho remanente, y mas si quisieren, y les pareciere distribuirlo así: por que por vna parte por nombre de sufragio se entienda tambien la limosna, como del Concilio Tridentino, Derecho Canonico, y la comun de Theologos, lo asientan por cierto el docto, y muy Religioso Padre Maestro Fray Joseph Mendez de San Juan, *in tractat. de Bulla Definitivum, interrogat. 11. num. 6. i. pag. milvi 180.* y por otra parte lo que el testador dispone, es lo que los Testamentarios distribuyan en dicho remanente en Millas, y Sufragios, dexando al arbitrio de dichos Testamentarios la dicha distribucion en dichas cosas: luego con distribuir dicha cantidad, la mitad en Millas (ó menos si quisieren)

y la otra mitad, ó mas, en limosnas, cumplen seguramente con tu conciencia: *ergo, &c.*

2. A que se añade, que si dicha limosna se diese a alguna Comunidad Religiosa; eua, ganados el que encomiendan a Dios el alma de dicho testador: logrará *final* la dicha anima el sufragio de la limosna, y el sufragio de la Oracion de tantos Siervos de Dios, como se supone ayra en vna Comunidad tanta de Religiosos, y otras buenas obras penales, que suelto ofrecer por quien les haze semejantes limosnas, los quales sufragios serán muy agradables a Dios, y de gran utilidad a dicho difunto; y *alias* según lo dicho en el arbitrio de los Testamentarios, está la disposicion de la dicha cláusula del Testamento, *ut ex ipsa patet: ergo, &c.* Así lo siento, *salvo in omnibus melius siuaco. **

CONSULTA X.

Berta, para seguridad de su conciencia preguntó: si despues de aver hecho Testamento cerrado (en que hizo fundacion de vna Capellanía colativa para sus descendientes) podrá romper, ó quimar, ó acortar, que quando le hizo, fue su intencion que fundava de se luego la dicha Capellanía; para que tuviese su cumplimiento despues de su muerte: *señal* fue su intencion al hazerle: y caso que quiera hazer otro Testamento, preguntó: si puede dexar de fundar la tal Capellanía, aunque ayra tenido intencion de fundarla para despues de su muerte?

SUPOSICION.

1. Spongo antes de responder: que ningun Testamento, tiene fuerza *omniá* firme hasta la muerte del testador: y que el testador por su arbitrio puede, no solamente modularle, añadiendo, disminuyendo, ó corrigiendo algunas cosas del: sino que tambien puede revocarle enteramente, como consta, *ex cap. vltim.*

voluntas 15. *quæst. 2. cap. Cum Martio*, de celebrat. Miss. y la razon es: por que la voluntad del difunto es de ambulatoria, hasta el vltimo termino de la vida, segun Vlpiano, in l. *Cum hic status*, §. *Penit. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. 4. ff. de adm. legat. §. Postriore instit. quibus mod. Testam. infr.* y de otros muchos derechos: y esto sin que favor, proteccion, ni razon alguna