

dañaba, que hubiera sido de mucho mas, à el modo que el Br. Don Joseph de Villa Señor, Presbytero, lo supone; obstandole à este declarar el Br. Don Augustin de Egua, que tenia por imposible lo que decia en quanto à la cantidad, dicho D. Joseph, quien menos podia saberlo para deponerlo con tanta individualidad, por lo muy desviado que de si lo tenia su Exc. y averlo despido, recibiendo despues à instancias de el Exmo. Señor Vi Rey, Duque de Alburquerque, que entonces lo era: como porque le dieron por ratificados dichos testigos por D. Andres, salvo en consentir llanamente el exceso fantastico, que dicho Don Joseph de Villa Señor deponia, singular, y refutado en ello, no solo por D. Andres, sino aun por el otro testigo, D. Augustin de Egua Secretario de su Exc. segù lo que en sus revelacion se contiene, y ser no menos punto practico, el q'en qualquiera causa, hasta en las Criminales, salvo si amenaza pena corporal, ó de infamia, se pueden consentir por ratificados los testigos de un juzgio sumario, por la parte opuesta à la que los produxo, por subrogarse à el defecto de citacion, ó lib. 2 de contestacion de la lid, el libre, y llano consentimiento de la parte, en cuyo perjuicio resultara el efecto de lo probado: es lo mismo que su ratificacion ó reproduccion.

PUNTO II.

AUNQUE no hubiera intervenido entrega de las colas donadas à los donatarios, que la hubo formal, y rigorosa, fueron, y son firmes, y validas las donaciones, ó disposiciones, que hizo el Señor Arçobispo en su vida.

(111) Boet. de Consol. apud Lang.
Verb. Liberalitas.

(112) Boet. de Consol. apud Lang.
Verb. Liberalitas.

(113) Antun. vb. sup. lib. 1 prlud. 1
Olea de Cessio. iur. & actio.
tit. 1. quæst. 6.

TUNC solum pretiosa est pecunia, quando usus largie. di definit possideri: entonces solo es el caudal mas estimable, dixo Boecio, [112] quando por ser dado, dexa de ser posseido: y si el Señor Arçobispo dexò de poseer lo que donò, ó de que dispuso, entregandolo, como consta, à D. Andres Patiño, para que por su mano se executasse: es sin duda que aunque à los donatarios no se hubiese hecho tradicion de las colas donadas, fueron las donaciones perfectas, irrevocables, y muy legitimas, pues si se presume por derecho, fraudulenta la enagenacion que se haze de lo que permanece en possession de el dueño enagenante: lg. sicut. §. supervacuum. ff. Quib. mod. pig. vel hypoth. ibi: si ipse debitor rem possideat: es legitima la en que no ay possession semejante. Aun el prometer todo, obliga, y produce el que no pueda revocarse lo prometido, y establece el derecho esta promission por donacion perfecta, y legitima, segun con el §. Aliæ. ver. perficiuntur. lg. Si quis argentum. §. fin. inst. §. C. de Donat. y la Cum patet. §. Mærio. ff. de legat. 2. difusamente escribe los DD. [113] y mucho mejor atendida la Ley recopilada, en que pareciendo

que alguno se quiso obligar à otro por promission &c. Sea obligado à cumplirlo, sin embargo de qualquiera defecto, que de solemnidades antiguas referidas se pretenda oponer; que es la celebre 2. tit. 16. de el lib. 5. que mira solo à el consentimiento para la obligacion, y su efecto: y con razon: quia levissimi ani. mis est, polliceris facile, quæ non disponit implere, que dixo Cassiodoro, (114) y Ciceron: (115) fides est dictorum, con. ventorum que constantia. & veritas: pues si: Nuves, & ven. tuts, & pluviae non sequentes, vir gloriosus, & promissa non complens: que comparo Salomon: (116) la vanidad de quien promete lo que no ha de cumplir, es como la nube, y viento à que no se siguen las ilusiones: no avian de ser, aun las promessas, de un Principe Eclesiastico, de las que oy se usan, y conque qualquiera puede en breve ser falso, por lo poco que daña el prometer à quien no ha de observar lo prometido, como decia el Poeta: [117]

Promittas facito, quid enim promittere ledit?
Pollicitis dives quilibet esse potest.

Y Nathan: (118) exornando lo execrable que es violarse las promessas, ó fee de los pactos: quam grave sit fidem fallere, maximè proximo. Mager. de Advocat. armata. Cap. 9. num. 101. & seq. testatur, pacta etiam nuda servari debere, modo serio cum idoneis personis, dere licita sine dolo, & metu con. ventum sit, sed nunquid hodierno tempore re ipsa experimur nimis communiter practicari illud.

Nulla fides est in pactis,
Mel in ore, verba lacris,
Fel in corde, fraus in factis.

Pues las Leyes 1. in principio. ff. de const. pecu. y la 1. ff. de pact. así lo decidieron: quid enim, dice la una, tam congruum est hu. manæ fidei, quam ea, quæ inter eos placuerint, servare? y la otra: quoniam grave est fidem fallere: y así suponiendo por constante este principio, como por los D. D. muy difusamente se trata: es tambien innegable, que hubo dicha tradicion rigorosa, y formal, pues en el efecto, lo mismo es, que la tradicion sea por modo ficto, ó por verdadero, como constituyendose el donante posseer lo donado por el donatario, y de otros de los varios modos conque esto se verifica. Demás que el Señor Arçobispo entregò todo lo que donò, ó de que dispuso, à D. Andres, eligiendolo por Nuncio, ó medio para que á los donatarios, y personas que avian de recibirlo lo entregasse, como le confiaria; y esto es sin disputa, bastante, para que la tradicion formal, y rigorosa se verifique; como es por derecho asentado, y de contrario ni se impugna, ni pudiera impugnarse, pues, qui actum facit alieno nomine, nullum ministerium præstat: lg. Et licei. ff. de Confira. pecun. & non ille, sed dominus videtur facere: glos. in lg. Et qui. C. Quod cum eo: oponiendo solo en la qualificacion,

Lo primero: que de las declaraciones de Don Joseph de Villa Señor, Don Miguel de Escobar, y Don Pedro de el Castillo, se probaba, que lo que se entregò à D. Andres, fue, para que quando paslassa à los Reynos de Castilla, lo llevara consigo,

(114) Cassiod. lib. 5. var. Epist. 14.
(115) Cic. 1. Offic.

(116) Proverb. Cap. 25.

(117) Ovid. lib. 1. de art. am.

(118) Nath. vbi sup. 1. pars. vii. 6.
Cap. 1. num. 12.

(119) Et licei. ff. de Confira.

(119)
Proverb. 23, verl. 13.

y executasse lo que el Señor Don Joan le tenía comunicado, y que por esto era visto aver sido el animo de su Exc. segun lo que se dió à entender, que Don Andres fuese, y no otro, el executor de sus disposiciones: arguyendose, que si remitió Don Andres lo de que se dispuso, excedió los fines, y terminos de el mandato, y hubo nulidad, no solo en el exceso, sino en lo principal de él. Y permitiendo lo que assí de contrario se supone, que es bien impertinante, y de lo declarado por dichos testigos familiares, no se infiere: pues no expusieron, ni pudieran hazerlo, que fuese voluntad de el Señor Arçobispo la taxativa, de que D. Andres, y no otro, fuese el tal executor; y mientras no ay esta exclusion, es sabido, q̄ puede qualquier acto subrogarse: facere per se videatur, qui per alium facit, es axioma juridico: cum hoc non ipsi, dice el Cap. Vt famæ. ad fin. de senten. excomuni: sed illi quorum autoritate id faciunt, facere videantur: mayormente dependiendo todo de la confiança, y comunicaciones del Señor Arçobispo, à D. Andres, en q̄ le prevendria los modos, y medios que le parecieran, y á su disposicion reservaria las executions, segun Don Augustin de Eguia testifica, diciendo, que quedó de cuenta de Don Andres el remitir la plata que se encajonó, b executar lo que le tenía comunicado su Exc. por reducirle á esto la confiança, y gran satisfaccion, que de Don Andres tuvo, segun lo convencen estos mismos hechos de contrario probados, y aceptados, fuera de la herencia, el Parentesco, y la notoria estimacion, y afecto conque siempre lo amó, y mantuvo en su compagnia: de quien presumidía con razon, lo que Salomon dice de el fiel Legado, comparandolo á la nieve de el Verano, que refrigerá, que avia de serlo de quietud, y consuelo: scut frigus nivis in die messis, sic Legatus fidelis ei qui missit illum, animam ipsius requiescere facit: (119) aun con dicha permission, el fundamento que de contrario ay, es el Cap. fin. §. penult. de Offic. § potest. Iudic. Deleg. en que (como se arguye) quando se elige la industria, y feé de la persona, que se nombra, y a quien se comete personalmente de el negocio la ejecucion, esta no puede subdelegarse: ibi: Is autem, cui iniungitur, ut personaliter negotium equatur, potest, dummodo partes consentiant, hoc alijs delegare; præter quam si in his omnibus cassibus industria, & fidem personæ, cui talia committimus, eligere videamus: deduciendose dæ aqui, el que por ser de tal naturaleza este negocio, aunque los donatarios huvieran consentido expressamente en la remission, y entrega por mano de otro tercero, no podia, ni pudo Don Andres faltar á el orden por suponerse, que aviendo sido la intencion de el Señor Arçobispo, que D. Andres llevara la plata quando se fuera, como assí lo depusieron los dichos Villa Señor, y Escobar, no obstante de que Don Augustin de Eguia, declarasse, lo que va dicho, y antes en otra declaracion: que la dicha plata encajonada se le entregó à D. Andres, porque por su mano se avia de remitir, no pudo este subrogar a otra persona; con la doctrina de Cyriaco, y las de otros Authors que se refieren. Todo lo qual nada prueba á el intento: pues el §. Is autem, lo que solo prueba es lo contrario, y lo que

Don

77
Don Andres pudiera aver hecho, en lo que fuere posible que el texto se adapte á esta materia; porque siendo su decision; el que quando se delega, y comete, por el Sumo Pontifice algun negocio para que el Delegado personalmente lo execute, puede, confiando las partes, subdelegarlo, fuera de los tres casos que se exceptuan, en que aunque ayga el tal consentimiento, por elq̄ se gire la industria, y feé de la persona, à quien se delega, no pueda esta cometerlo á otro; y assí el texto dice integro: Is autem cui iniungitur, ut personaliter negotium equatur, potest (dummodo partes consentiant) hoc alijs delegare, præter quam si inquisitionem fieri, vel Ecclesijs de Prælatis, vel alijs ministris provideri mandaremus, cum in his omnibus cassibus industria, & fidem personæ, cui talia committimus, eligere videamus. Es bien claro, el que fuera de las tres limitaciones, el consentimiento de las partes motiva, que aunque se mande la ejecucion personal à el Delegado, puede subdelegar; y no siendo adaptables en modo alguno los tres casos de el texto, ya que lo pueda ser lo principal, por aver consentido el Señor Arçobispo en que Don Andres executasse sus disposiciones, segun su comunicacion, ó arbitrio, como de lo presupuesto, que assí lo evidencia, se reconoce; lo que el citado §. prueba, es, que aunque este negocio se huviera cometido á la ejecucion personal de D. Andres, pudo este legítimamente subrogar personas, que llevasen, lo que por su Exc. se donó, á los Reynos de España. Sin que la doctrina de Cyriaco, que dice: industria personæ non dicitur electa, nisi natura facti, vel verba disponentis id suadeant. Lg. unica. §. Ne autem. versic. Sin autem in faciendo, & versic. sin verò talis. C. de Caduc. tollendis. Paulus Orian. in repet. L. I. num. 4. Ibid. Riminaldus, iuncto num. 77. ff. de officio eius. Beroius. Consil. 5. num. 14. volum. 3. Hic autem cessant verba. & naturæ negotia, quia natura facti id tantum suadere dicitur, si dispositio respiciat ingenium, cōfidentiam, vel pertinaciam hominis, arduum negotium, vel incertum, sea de corroboracion alguna á lo opuesto, porque tambien ella misma favorece á la parte de Don Andres; puesto que ni la naturaleza de el hecho, ni las palabras de el que dispuso, persuaden, que solo D. Andres fuese el electo para la ejecucion, ni ella necessitaba de pericia, ó ingenio, ni era de aquellas cosas, que solo por uno pudiera conseguirse, y no fuera posible que por otro tuviera efecto; porque la conduccion segura, y entrega material á los donatarios, por otra persona se pudiera, como es patente, aver executado, y en estos terminos la propia doctrina de Cyriaco á renglon seguido lo convence: & in summa, prosigue. si sit tale factum, quod industram unius tantum postulare videatur, nec sit regulariter æque bene per alium explicabile, & prædictis cessantibus, actus dicitur, per alium explicabilis. (120)

Por la nulidad de las disposiciones, por esto que se discurrió exceso en Don Andres, se contrae el lugar de el Señor Solorzano (121) en que dice, ser nulo no solo en lo excedido, sino aun en lo demás que de otra suerte pudiera ser valido, todo lo que se fiziere, ó proveyere en contra, ó fuera, de los poderes

I 2

(cer.)
(121)
Cyriac. Controv. 115. n. 7
C. de Caduc. tollendis.
(121)
Solorz. in Polit. lib. 3. Cap. 3
§. Pero.

(cerca de las personas, que pueden proveer encomiendas, de que allí trata) ó excediendo los fines, y términos de ellos; y esto ya se ve, que es muy distante de la question presente, pues supone poderes, y excesos; y aquí, ni estos se verifican, ni será fácil, por lo que ya vâ fundado, de que no los hubo, aun en lo circunstanciado de el hecho, que se ha permitido; ni aquellos hubo, sino solo comunicaciones secretas, y entregos patentes, para que por ellas en lo que su Exc. confiò de su Sobrino, de á quienes, quando, y como, a vía de hacerlos, este lo executasse; y mientras no se han verificado [que nunca le pudiera, por no averlos avido] mandatos para la ejecución, y formal exceso de ellos; de nada sirve la citada doctrina, ni quantas le concuerdan con las Leyes Diligenter. ff. mandati, y Cap. Cum dilecta, de Rescriptis; que se citan, y en que con otros textos funda el Señor Solozano aquella nulidad, que aquí no hubo, por defecto de el exceso de lo comunicado, que era el indispensable supuesto, que se avia de aver convencido, y entonces fuera cuando Don Andres hubiera hecho otra cosa de lo que su Exc. hubiera querido, que es lo que la citada Diligenter, enseña, nam qui excessit, dice, aliud quid facere videtur.

Lo segundo, que se opone, es la otra parte de el dilema, de que si Don Andres no remitió, sino que reservó para llevárolo quando se fuera á España, lo de que por su Exc. se dispuso; por aver precedido la muerte de el Señor Arçobispo á la conducción, y partida de Don Andres, no ay subsistencia en las dichas disposiciones; y suponiéndose, obligado á confessar, que assi acaeció, por lo que aquella replica de la primera objecion virgia [estando tan desvanecida, como es patente] se entra suponiendo tambien: que el mandato dependió de la condicion de su viaje, que no se purificó: supuesto tan siniestro, como el hecho de este pleyto evidencia; porque el Señor Arçobispo, no le otorgó poder á Don Andres para que fiziera las donaciones, quedándose con los bienes de que disponía, sino que puramente las otorgó encomendandole, y comunicandole, por lo que le confiò secreto, sus ejecuciones, y para ellas los tiempos, modos, y calidades, que le parecerían convenientes. Lo qual es innegable por las mismas deposiciones de las Censuras, de que de contrario se quiso la ratificación, que le está contentida; y assi quanto en ello se pretendió adaptar de derecho, y D. D. no es apreciable, como de supuesto que no ay; y cesante supuesto, cessa fat dispostum, como con muchos el Señor Valenzuela escribe con las L. L. Nam & si: ibi: quia nullus est. ff. de iniust. rup. & ir. testam. y la 4. §. toties. ff. de Damno infeſt. (122) y en que solo concurre lo que en la doctrina que se cita de el Señor Covarruvias, se expresa: (123) de que el mandato de donar expira con la muerte de el mandante, aunque no acontezca assi en la donacion pura, donde no hubo condicion, que se pactara: Son sus palabras: similiter in l. 2. §. Sed & si quis, tractatur de mandato ad donandum, quod morte mandantis expirat. Hic vero disputamus de donatione pura, cui nulla conditio apposita fuerit. Aqui tratamos, concluye el citado, de vna donacion pu-

(122)
Valenz Conf. 18. num. 127.

(123)
Covar. in Rubr. de testam.
3. part.

ra, en que ninguna condicion hubo, y esto es lo mismo, que en esta lid sucede: conque quanto se ingiere de derecho comun en revocarse tacitamente las donaciones hechas en virtud de poder, antes que los donatarios recibieran, ó aceptaran, las cosas donadas, ó donaciones, por muerte de el donante, es totalmente extraño, y con esto se satisface. Mas por lo que se quiso contraer el lugar de Antonio Gomez [124] con la Ley 2. §. Sed & si quis, ff. de donatio, diciendole: que de su decision trataba especialmente el citado Author, y que recomendandolo por notable, decia: que lo que en ella se contiene, es, que quando alguno entregare la cosa á algún Nuncio [este es el termino de que el Abogado de Don Andres usó en los Estrados, diciendo que lo era de el Señor Don Joan] para que la diera á otro, y antes que llegara á las manos de este, muriera el que la remitía, ipso iure la donacion se revoca; ibi: textus notabilis, & melior de iure in lg. 2. §. Sed si quis donatus, ff. de donat. ubi habetur, quod si quis tradiderit rem alicui Nuncio, ut alteri perferret, & antequam ad eum perveniat, dominus mortuus est; ipso iure revocatur donatio. La letra de la Ley es la siguiente: Se & si quis donatus mihi, pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, & ante mortuus erit, quam ad me perferrat, non fieri pecuniam dominij mei constat. No puede omitirse su satisfaccion concluyente; y es, el que aunque Antonio Gomez estimase por Nuncio el medianero, que la citada Ley llama alguno, lo estimó, y denominó, bien; y no por esto la Ley, ni su doctrina comprehendan el caso de este pleyto, en que el Abogado de D. Andres, lo llamó tambien Nuncio en los Estrados, porque lo fué realmente: no como apoderado, ó mandatario para que fiziera las donaciones á los ausentes, como la referida Ley debe entenderse, exp̄essando en el donatus la futura donacion, y no la presente, sino como desnudo ministro, y executor, de las que pura, y perfectamente hizo el Señor Don Joan para el entrego, segun, y con las circunstancias que a su confidencia privino; y por esto es la replica sin substancia. Solucion tan irrefragable, que quando la misma Ley con la Absenti 10. y la Qui mihi 13. de el mismo titulo de donatio, no la manifestaran: Absenti, dice la vna, sive mittas, quam ferat, sive quod ipse apud se habeat, sive habere cum imbeas, donari recte potest. Sed si ne sciat rem, quæ apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donat æ rei dominus non fit, et iam si per servum eius cui donabat, missa fuerit; nisi ea mente seruo eius data fuerit, ut statim eius fiat: y la otra: qui mihi donatum volebat, seruo communis meo, & filij, rem tradidit [y aqui la glosa: ut statim res mea fieret, ut supra eod. Absenti. in fin.] servus vero, vel sic accepit quasi socio id acquisitus, vel sic, quasi mihi, & socio: quærebatur, quid ageretur? Et plaeat, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo, vel mibi, & socio meo acquirat, mibi tantum acquiri. Nam & si procuratoris meo (aqui al intento) hoc animo rem tradiderit, ut mibi acquirat, ille quasi sibi acquisitus acceperit, nihil agitur in sua persona, sed mihi acquiritur: segun bien claro se reconoce,

K

y la

(124)
Gom. 2. variar. Cap. 4. 44
Donat