

vando, que lo adquirido en ella, fue lo que dexó en la de Oaxaca, no le vence su possession ut in simili Noguerol. dict. allegat. 26. num. 18.

La prueba, que sola tiene en su favor la Iglesia de Durango, es la confession, que en su testamento hizo el dicho Señor Obispo de lo que en ella avia adquirido, y esta no es de substancia por ser en testamento, y medio, con que se podia defraudar la prohibicion de el, pero mas aprieta el defecto de que dicha declaracion fue despues de trasladado á la Iglesia de Oaxaca, con que como confession de Prelado suyo no le prejudica. tex. expressus in cap. presentium de testib. Rota per Farin. decis. 359. num. 2. tomo 1. in posthum. Mansino de confel. art. 1. num. 1. porque para que la confession del Prelado prejudique á la Iglesia, *necessum est constare de Veritate aliumdè, quam ex ipsa confessione* como con Afflictis, y Vrsilo lo resuelve el mismo Noguerol. en la alegacion siguiente á la citada, que es la 27. num. 33. la qual es toda casi expressa, y digna de reconocer para este intento, con que queda destruida la pretension de dicha Santa Iglesia de Durango, de que se le den los Pontificales, colgaduras, y plata labrada, por que no la funda en mas, que aver declarado dicho Señor Obispo, que todo lo adquirió en ella.

Y si diezlemos, que dicha confession por lo que toca á los veinte mil pesos, prejudicará á la Iglesia de Oaxaca para provar, que se adquirió en la de Durango, nobastava, porque auiendo los podido gastar libremente el dicho Señor Obispo mientras vivió no se considera como deudor de ellos, para que se saque de los bienes que dexó, y asi lo que mas se pudiera conseguir con la division de espolios, fueran solo los conocidos, ó preceas, que auiendose adquirido en la Iglesia primera, constase aver quedado por muerte del Obispo trasladado á otra, y quando esta division fuera juridica, es desvirtuada, tanto, que testifica el mismo Señor Solorzano lib. 3. de Indiar. guvernac. cap. 11. num. 80. & itidem in Politic. no aver visto pleyto temejante á este, en que se intenta juicio divisorio de espolios, y aun los Doctores, que defienden la contraria, confiesan, que su opinion no se ha acostumbrado, y lo mucho, que puede en esta materia la costumbre, *quid quid ipsi dicant. tradit. Noguerol dicta alegat. 26. num. 29. y 30. y yo lo omito por no empenarme en la question, de quando, y como pude la costumbre derogar la ley positiva, y solo digo, que aqui no la ay expresa, ni mas, que la interpretacion, que de ella y sus textos quieren hazer los Doctores, y que para hazerla tiene mas autoridad la costumbre.*

## ARTICULO TERCERO 8

### QUE SE DECLARE POR NVL A LA DO- NACION DE LOS QVARENTA MIL PESOS, QUE DICO SENOR OBISPO Q.VISO HAZER Á DICHA OBRA PIA.

E sta obra pia con efecto no se impuso, ni hizo mas el Señor Obispo, que señalar para su imposicion los quarenta mil pesos en reales, que dixo tenia en poder de los dichos Capitanes Alonso de Valdes, y Andres Fernandez de Talavera, y decir, que se avian de imponer para dicha obra pia, y como si con esto huviere materia capaz de censo, passò en la misma escritura á la forma, y disposicion de dicha obra pia, en la que en ella consta, y reconociendo este defecto añadió al fin, que á mayor abundamiento hazia gracia, y donacion á dicha obra pia, sus Patronos, y Capellanes de los dichos quarenta mil pesos, y lo mismo reconocio, quando remitió el poder á dicho Capitan Alonso de Valdes, para que impusiese á censo los veinte mil pesos, que hasta oy no se han impuesto, con que asentado, que la imposicion no se hizo por defecto de materia capaz, que no lo son los reales, ut est in competto, no ay mas punto, que examinar, que el valor de la donacion de ellos, la qual ptocurare impugnar con dos medios, el uno, de que fue en fraude de la prohibicion de testar, que tuvo el dicho Señor Obispo, y el otro, de que aun quando no lo fuera, no es perfecta ni efficaz, y no deue conforme á derecho juzgarse por ella.

Las donaciones, que los Obispos hacen aun vivos, y adpias causas recelaron los Summos Pontifices Pio 4. y Pio 5. que fueron en fraude de la prohibicion de testar, y precautelando lo dispusieron para su valor la supervivencia á ellas, por lo que toca, á que no las hagan enfermos, y tambien la efectiva ejecucion, y tradicion en vida de las cosas donadas, para que con pretexto de que se hacen en vida las donaciones, no se retarde, y confiera el efecto de ellas al tiempo de la muerte, y se fraude la dicha prohibicion : las palabras del motu proprio de Pio 4. lo denotan assi: *Nisi post donationes ipsas illi, qui eas fecerint per quadragintas dies super vixerunt, ac realem. Et actualiter traditionem ipsorum bonorum fecerint: Lo mismo disponen las de Pio 5. Vel si sanci extiterint, nisi realis rerum donatarum illarum donatarij subsequatur traditio, Et illarum perpetua dimissio nullas irritas, Et inane fore, Et esse, nullum que per eas ipsis donatarij in rebus donatis huiusmodi, etiam si in pecunia consistant, seu ad illas acquiri, aut acquisisse censeri;*

seri; y que el dicho proprio motu de Pio 4. esté recevido, y mandado  
guardar ajusta el Señor Solorzano ybi supra num. 116, por que en su  
conformidad se despachó la Real Cedula de tres de Junio del año pa-  
sado de 1620. á la Real Audiencia de Santa Fee del nuevo Reyno de  
Granada, en que tambien conviene Nogueriol, ybi supra á num. 283.  
que resuelve, que dicho motu proprio se ha de practicar en las In-  
dias, el qual desde el num. 277. responde á la replica, que se puede  
hacer, de que la constitucion no mira mas de evitar las fraudes como  
se prueba de sus palabras ibi. *in debitibus fraudibus, & post: talibus frau-  
dibus per nostra sollicitudinis curam, quantum cum Deo possumus obviare,*  
y que en no aviendofraudes cessa la disposicion, que aunque el moti-  
vo fuera oviertas, no por que en un caso cesse, se hade omitir dicha  
disposicion; *quia consideratur quod poterit coningere, & ideo licet illud*  
*non contingat legis dispositio locum habet:* refiere al Señor Covarrubias  
á Mantica, y al Padre Thomas Sanchez, que lo exemplifican, y aun  
cuando la replica referida tuviera lugar, los Auctores de ella piden,  
que para que estas donaciones valgan, aunque se ayan hecho sin fraude,  
se hagan irrevocablemente, testante eodem met Domin. Solor-  
zan, el qual ajusta, que todas las clausulas, que se ponen en ellas, ó  
ya de constituto, ó ya de no revocar, no les dan mas substancia, que  
la que ellas tienen por su naturaleza: y yo dexando este punto para el  
segundo medio solo trataré en este de ajustar con el hecho, que en di-  
cha donacion vno fraude de la dicha prohibicion de testar.

Claro está, que este asumpto consiste, en explorar el animo del  
dicho Señor Obispo, cuyo intuitivo conocimiento solo á Dios se re-  
serva, sin que los hombres podamos directamente penetrar los inter-  
iores, ni mas, que juzgarlos por los indicios: es expresso, y elegan-  
te lugar del Cardinal Mantica de tacit. & ambig. convent. tom. 2.  
lib. 13. cc. 38. num. 21. dice así. *Cum homo mulier repletus calamitatibus oculum diuinum non habeat; sed humanum, & densa caligine circumfusum, non potest aliorum mentes intueri, & ideo ex indicijs, argumentis, & conjecturis debet eas persecutari, & veritatis vestigia sequi cap. 2. de re-  
nuntiat. lib. 6. l. omnes §. A barbaris ff. de re milit. Barth. in l. post  
contractum num. 2. cum sequent. ff. de Donat. Bald. consilio 70.  
Purp. consilio 152 num. 10. Indicio es de fraude en la donacion rete-  
ner el que la ha hecho la cosa donada, y mas quando la facultad de  
poder donar consiste en la efectiva, y actual ejecucion de la dona-  
cion, y indicio que llaman los Doctores Vigente l. sicut §. superva-  
euum ybi Bart. Bald. & Ang. ff. quib. mod. pig. vel hypot solvi idem  
Bart. in l. post contractum num. 4. ff. de donat. & Baldus in l. r. num.*

30

3. C. de donat. ante nupt. & in l. Si quis ad finem de acquirit, hered.  
Paulus de Castro cons. 74. num. 2. vers. secunda conjectura, y que  
con alguna sospecha es insuficiente para convencer la fraude. Idem  
Castr. cons. 31. lib. 2. Decio cons. 587. & cons. 692. Cum. cons.  
155. Y mas quando la donacion se haze, d confiere á tiempo en que  
el donante tiene prohibicion de hacerla videm Barth. in d. l. Post  
contractum por mas que se haga en vida quando no ay prohibicion  
por que la ley, que prohíbe solos los efectos no chyda sino de ellos  
cap. Comissa de elect. in 6. l. 2. comm. deleg. ley vlt. C. de usit. gl  
Este indicio tiene la donacion, de que se trata, por que por mas  
que el Señor Obispo dixo en la escritura, que se de la poderava de los  
dichos quarenta mil pesos, nunca lo hizo, ni esta desistencia del do-  
micio de ellos fue efectiva, sino solo verbal, porque desde el dia que  
otorgó dicha donacion, que fue 4. de Mayo de 1654. años hasta el  
en que murió, q fue 6. de Diciembre de 1656. no impuso con efecto  
los dichos quarenta mil pesos, ni trató de hacerlo para él de la obra  
pia, por que del poder, que remitió al dicho Alonso de Valdes se a-  
justaron tres cosas: la primera, que fue casados años despues de aver  
otorgado dicha donacion, la otra, que no embió dicho poder, para  
que se impusiese el censo en nombre de dicha obispia, sino en nom-  
bre del dicho Señor Obispo, poniendo clausula especial en el para  
que fuese en su nombre la imposición, y tambien para que si se redi-  
miese el censo, admitiese su redención el dicho Alonso de Valdes,  
y remitiese los reditos á la ciudad de Guadiana, y á las demás partes  
donde el dicho Señor Obispo los consignase por particular escritura  
de donacion, y obra pia, y aqui añade, que esto sea mientras otra cosa  
no se le ordenare por dicho Señor Obispo: de forma que no abdicó de si  
la disposicion de dichos reditos en caso, que se impusiese el censo, an-  
tes expressamente la reservó.

La ultima, q no solo no abdicó de si los dichos quarenta mil pesos,  
sino que con evidencia los trató, tan como suyos, que gastó de ellos  
despues de hecha dicha donacion los veinte mil, por que como consta  
de la escritura de ella, cuando la quiso imponer dixo, que situava  
quarenta mil pesos, y del poder, y testamento del dicho Señor Obis-  
po, y de las diligencias fechas en la Real caja consta, que no se halla-  
ron mas de veinte mil, y que de ellos solos, mandó hacer dicha im-  
posición, y aun en la clausula de dicho testamento rezelando q no los  
avia añadió, que si fuese menester, se vendiesen esclavos para cum-  
plimiento de dicha cantidad, y en la misma imposición de la obra pia

E

ay

ay muestras de que se conferia para despues de la muerte del dicho Señor Obispo, por que en ella dixo, que dichos quarenta mil pesos se avian de imponer à su tiempo; clausula, que expresamente declarò, que el en que se otorgò la dicha escritura no lo era de la imposicion, à que seguido el hecho de no averla executado hasta morir denota, que esto no fue accidente sino premeditacion de no desapoderarse de dichos reales en vida.

Aunque se podia tambien formar indicio de lo que depone Don Ignacio de Porras Farfan le dixo el Bachiller Manuel Delgado, que fue que le avia dicho el Señor Obispo, que ayudara á Don Toribio á sacar lo que el expresa, y que le avia dicho á Don Toribio, que lo tomara, y todo lo demas que huviere para si, que era suyo: no es necesario hazerlo, pues para la fraude no es preciso constituir en quanto á esto en consejo al dicho Señor Obispo si bien de esto, y de todo su testamento (que se puso por extenso en el hecho para que se reconocie este punto) se reconoce, que no trato mas que de disponer de quanto tuvo; y asi remito á la estimacion de Vm d. el aprecio que de esto, y los demas indicios deva hacerse con el Señor Solorzano.

El otio medio es, que esta donacion no tuvio efecto, porque no fue aceptada por parte de la obra pia: esto depende de provar la necesidad, que tienen las donaciones de aceptacion, lo qual haze la l. Absenti 9. ff. de donat. ibi: *Absentis siue mutatis qui ferat, siue quod ipse apud se habeat, siue habere eum iubeas donari recte potest, sed si pescias rem, que apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donarei Dominus non fit: Esta ley toca Cuiat. lib. obseruat 12. cap. 28.* y dice, *Neque enim est donatio sine acceptione: datio enim acceptione confirmatur nec potest videri datum, id quo non sit accepitum,* Trae este lugar de Terencio. *Dos Pamphila est decem talenta, Accipio. Ubi Donatus, nisi dixisset accipio dos non esset: datio enim ab acceptu confirmatur.* Trae tambien la ley si vero §. si servos ff. de bon. libeit, ibi: *Si ei donaverit, & ille acceperit,* el motivo es, que la donacion es contrato tex in l. Sancimus, & l. si quis argentum C. de donat. & in l. contractus C. de fid. instrum. y como tal pende de voluntad de ambos contrayentes, l. i. §. i. ff. de pact. nullum esse contractum, nullam obligationem, que non habeat in se conventionem: explica la convencion assi: *sicut convenire dicuntur, qui es diversis locis in unum colliguntur, & veniunt; ita qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt.* glos. in l. hereditas y bo interpositum C. de pact. convend. l. sicut C. de act. & obligat. Lo mismo siente Alciato libi 1. paresg. iiiiis cap. 13. Con este lugar de Ci-

cer. in topic. Mansini Causa defendi potest postlimio rediuse; deditum non esse receptus, nam neque deditio neque donatio sine acceptatione intelligi potest. Ni á esto se opone la l. Velles nec ne 6. C. de renoc. donat. l. Nec ambigi 4. C. de donat. l. 4 et. 4. apartit. 5. por que no disponen que sin acceptacion, y consentimiento sea efficaz la donacion.

De lo dicho se sigue, que el donante antes de la acceptacion del Donatario queda con el dominio de la cosa donada, y la puede obligar tex. in l. Ad etim 36. §. Lucius ff. de donat. que prueba que no solo antes de la acceptacion, sino aun antes de la tradicion queda dueño el donante: *fundum Mania donavit* (dice) & ante traditionem eundem fundum scio pignori obligavit, & paulo post. *Creditorem firmam pignoris obligationem habere.* Nace tambien de lo referido, que antes de acceptada la donacion se puede revocar. Rebus. in l. alienatum §. Donationis ff. de verb. signif. Alciat. in cap. cum contingat de iure iurando Cagnol. in l. quo tutela §. fin. ff. de reg. iur. Menoch. consil. 443. volum. 5. por que antes de la acceptacion no adquiere derecho alguno el donatario, y quedando el dominio de la cosa donada penes donantem puede libremente disponer de ella, que procede aun en caso que en la donacion se ponga la clausula de constituto, *quia non operatur in absentia, & possessio sine animo, & corpore non potest acquiri,* y ambas cosas faltan en el ausente. Ti. aq. de iure constit. 3. parte limitat. 30. Tello Fernand. in l. 17. Tauri num. 30. por mas que se prometa no revocarla, que es lo que se hizo en esta donacion, porque esta clausula, y las demas son sequelas, accessorias, y no pueden tener mas substancia, y valor, que el contrato principal, ni darle el que no tiene glos. in l. alienam §. Marcellus verbo accepit ff. de donat. caus. mort. Bald. in l. cum quis ff. de condic. ob caus. el Señor Molina de primog. lib. 4. cap. 2. Doctrina corriente en todos los negocios, y disposiciones, y assi veemos, que las clausulas, que ponen en la donacion mortis causa son revocables, por que ella lo es l. sub condic. ff. de bon. poss. contra tabul. l. in servitatem §. & si quis ff. de bon. libert, y lo mismo passa en la estipulacion, quando se interpone en contrato revocable. l. stipulatio hoc modo concepta ff. de verb. obligat. l. cum mota, & ibi Iason Cod. de transac. esta es la razon, por que el testamento no haze irrevocable la donacion antes de su acceptacion Gutiér. lib. 3. ptaet. quest. 96. Mieres de maiorat. 1. parte quest 36. Alvarad. lib. 3. de coniecturalmente defuncti cap. 2. Angulo de meliorat. lib. 1. glosa 8.

No se satisface con dezir, que se presume la acceptacion, pues no