

le vale à Andrés Alvarez para disculparse de la enagenacion, ni la causa falsa no probada de dote, ni la de alimentos, tambien supuesta, è improbada, ni la facultad de esta Real Audiencia, ni la de su Magestad mismo ( Dios le guarde) si las huviesse.

Tampoco puede proteger à Andrés Alvarez el recurso à la minoria, para pedir restitution contra el daño que le infiere el consentimiento de la enagenacion; porque en dicho Testamento expresa su Padre en la Clausula 5. que à la fecha de su otorgamiento tenia dicho Andrés veinte y seis años (36) y la fecha del Testamento es en la Puebla à veinte y dos de Julio de mil seecientos veinte y seis: conque no solo tiene Andrés el estorvo de que ya entonces era mayor; sino el otro insuperable de averse pasado los quatro años en que pudiera implorar dicho beneficio: pues segun su partida de Baptismo (37) tiene treinta y seis años al presente.

Ni puede dár por solucion, que en la misma Clausula de enagenacion, è en donde su Padre, y èl la hizieron, que es la citada septima del Testamento, se previene, que muerto Diego Alvarez, buelvan las diez Caballerias, y tres leguas de Comedero, è pastos à el Tronco de dicho Mayorazgo. Digo que no es solucion: porque mucho antes de que muera Diego, puede aver corrido tiempo bastante para que alegue prescripcion, de que tendrá buen exemplo en su mismo hermano Andrés: pues una de las principales defensas de este, es dicha exepcion, como consta de su Interrogatorio: (38) con que no puede Andrés afeár en su hermano, ni en mi Parte el argumento que tanto valentèa para sí. Fuera de que si la Institucion, el Derecho, y los Doctores le vedan con tanta enixion las hipotecas tacita, expresa, y locacion por diez años: y lo contrario, è executar alguno de dichos pactos, sería notoria transgresion, y le haria incurrir en la amision: por mas fuerte razon produce uno, y otro efecto la cesion que à la presente lleva ya al muy menos diez años: y digo al muy menos: porque en la Clausula del Testamento dize Joseph, que le hizo la cesion à Diego desde que este casò.

El Testamento de dicho Joseph perjudica mas plenamente à Andrés, no solo por ser tambien Recado en que pretende fundar su intension; sino por averlo exhibido, en cuyo caso no puede el producente aprobar, y reprobar (39) por partes el Instrumento que presenta; sino que ha de aprobarlo segun todo lo que contiene; y resultando, como resulta, en tanto grado *contra producentem*: de ay es, que le perjudica gravissimamente, y esto mismo procede en todos los Recados suyos con que le redarguyo en los tres puntos totales de no uso de apelativo, enagenacion, è impureza.

Es cierto que aun en una cosa tan grave como los preceptos Divinos, y Eclesiasticos, ay parvedad de materia, por la qual no se atienden transgredidos dichos preceptos; salvo los negativos: con que por razon infinitamente mayor ha de aver parvedad de materia en qualquiera otro precepto humano, è profano: y así toleraràn esta parvedad la Institucion, y Derechos que prohiben la enagenacion de la cosa vinculada. A este argumento respondo lo primero: que se podia disimular quando no estuviessse expressamente prohibida esta misma parvedad: porque estandolo, como lo està, en la condicion septima, se debe observar *ad unguem*. (A) Respondo lo segundo, negando el supuesto, y es que las diez Caballerias de tierra, y tres leguas de pastos sea parvedad: porque no solo respecto del estado presente del Mayorazgo; pero aun respecto del de su ereccion, es materia gravissima: puesto que diez Caballerias de tierra laborias aunque se aprecien solo

al muy bajo concepto de dos mil pesos, y tres Sitios de Ganado mayor, à el de un mil, vale la cesion veinte y tres mil pesos, y tengo por imposible que aya dictamen, jurista, è politico tan exotico, tan derisorio, y tan apostata de toda prudencia, que juzgue por parvedad de materia la gruesa cantidad de veinte y tres mil pesos, aunque sea respecto de trescientos mil. Y este computo nimiamente piadoso, procede avido respecto solamente al fundo enagenado; pero deben en todo rigor, y verdad traerse à colacion sus frutos: y por consiguiente al presente importa ya la enagenacion al muy menos cincuenta mil. Vea V. S. si esta es parvedad de materia, y si los Alvarez han arruynado el Mayorazgo.

Tampoco le queda à Andrés Alvarez el recurso de dezir, que esta enagenacion por lo que à èl toca, no es expresa; porque consta lo contrario de la Clausula 7. del Testamento de su Padre, à quien no puede dezir, que faltò à la verdad, y mas en un acto tan serio, y proximo à la muerte como el Testamento: y porque esta condicion se hà por del mismo Andrés, por la razon arriba dicha de aver presentado el Testamento: (40) y lo que mas es, porque con el mismo hecho de no aver revocado Andrés esta enagenacion, se entiende ratificada: puesto que los hechos (41) explican el animo mejor que las voces; con que tiene ratificada la enagenacion; y no puede escusarle ni aun la ignorancia: porque la prohibe la Clausula de institucion, y en hecho proprio es inalegable, segun todo Derecho. (42)

Fuera de que aunque quisiera abroquelarse Andrés con dezir, que en las materias odiosas no procede la regla de Derecho de que el que calla otorga; sino que antes se verifica la otra, de que las cosas expresas dañan; se le insta con la comun opinion de los Doctores que assienta, que los pactos tacitos dañan siempre que se versan en aquello en que se tiene estrechissima obligacion de hablar, (43) è defenderse, como la tuvo Andrés de resistir la donacion, è al muy menos revocarla, muerto su Padre. Se insta con dezir que los pactos tacitos dañan, y producen el mismo (44) efecto que los expessos, quando aquellos se versan en hecho proprio: porque como arbitro, y morador de su cosa cada uno, igualmente se daña con un pacto tacito, que con un expesso. Se insta, con que la Clausula 7 de institucion, expressamente prohibe sò la pena de amision la hypotheca tacita: luego por mayoridad de razon se entiende prohibida la tacita enagenacion, sin que esta sea extension: porque si solo la identidad de razon (45) procede muy bien, è establece una misma decision en materias penales: mejor ha de proceder, y establecer la mayoridad de ella.

Se insta, con que estos pactos tacitos dañan, quando la prohibicion de aquello que se permite tacitamente *tendit in recto* en favor de alguna universidad, como en nuestro caso, que procura esta prohibicion indemnizar la universidad de Mayorazgos: y así dicha prohibicion de Derecho mira en obliquo à los Individuos: los quales ni aun con Juramento pueden renunciar los privilegios de aquellas universidades en que se comprehenden: y por esso no pueden renunciarlos el Clerigo, el Doctor, (46) el Milite, el Hijo-dalgo, el Labrador; y otros semejantes: y la razon es, fuera de las legales, y comun sentir de los Juristas: porque si à cada Individuo se le fuesse permitiendo esta renuncia, daríamos en el monstruoso absurdo de que por suficiente enumeracion de las Partes, viniesse à estar distributivamente en el arbitrio de cada uno el iudicium, frustrar, è revocar la Ley; y esto ni al Individuo, ni à la universidad se le puede conceder;

Assen,

(36)

F. 25. vuelta quad. 5.

(37)

F. 10. quad. 5.

(38)

F. 29. vuelta, quad. 4. segun da pregunta.

(39)

Bolañ. r. p. 8. 17. n. 38. Pareja tit. 1. resoluc. 3. 6. 3. nn. 47. y 48. Et hoc procedit, vel contra Fiscum ibi: quia in proposta specie exempla educta dicuntur à Fisco in se per productionem censetur fateri vera esse quae cumque continentur in illis. Cum Innocent. Decion. Paris. Craver. Nat. Roland. Alvan. Vecc. Mascard. Gurd. Menoch. & Rota.

Molin. de Primog. lib. 2. c. 12. à n. 3. & terminanter n. 54. Mierex 2. p. q. 4. illar. 8. Castill. & Vel. L. Mexvius, & L. Qui heredi ff. de condit. & demonst. & pene per tot.

(40)

Bolañ. Parej. & alij ubi pra ximè.

(41)

L. Non tantum. ff. ratam rem hab. Castill. lib. 5. controu vers. cap. 107.

(42)

Vela dissert. 25. n. 34. & dissert. 26. n. 80. ibi: Tacitis pactis eius quod loqui expediat semper est in iure nociva. Et dissert. 12. n. 12. y 15. Salg. 2. part. de protect. cap. 13. à n. 105. Hermosill. in leg. 2. glos. 5. tit. 1. part. 5. Castill. & alij.

(43)

Barbos. axiomat. 86. 2182 pene per tot.

(44)

Barbos. ubi sup.

(45)

Carlev. tit. 3. disp. 5. n. 174 y 21. terminantius Hermosill. L. 8. glos. 1. à n. 2. tit. 3. part. 5.

(46)

Cap. Si diligenti. de fora compet. LL. 25. y 28. tit. 21. lib. 4. Recopil. Cast. Villar. lib. 2. cap. 4. n. 1. & pene per tot. Parlador, & alij.

Asentado, pues, todo lo dicho, cierro este Punto con fundar la amision, y su justicia en caso de enagenacion. El P. Molina de *Justitia, tratad. 2. disput. 655.* cuestiona, si el Possedor del Mayorazgo debe ser privado de él por la dilapidacion, y el exordio de la disputa, al n. r. dize asi: „Quando in Majoratus institutione apposta est clausula quod eo ipso quod „successor illius aliquod ex bonis quibus constat alienet, privetur eo Majoratu, aut sit eo ipso illo privatus, & Majoratus dominiumq̄ rerum omnium „illius transeat in ulterius vocatum: *tunc superflua est hac disputatio*, quoniam si alienet, aut alienare attentet (quando hoc etiam secundum sub ea „pena, & modo est prohibitum) constat posse eo ipso illo privari. De suerte, que este insigne Jesuita tiene por tan dogmatico, tan firme, & inviolable el principio que establece, que pierda el Mayorazgo el que lo dilapida, que afirma por ociosa semejante question. Y no admito tanto esto, como que dicho Padre asiente (y muy bien, y con inflexible solidéz) que esta pena de amision no procede solo quando se verifica realmente la enagenacion, & dilapidacion; sino aun quando unicamente se intenta, si lo previno el Testador: que es pecado de pensamiento; pero hasta allá llegan las recomendaciones, los privilegios, lo venerable, è inalterable de las ultimas voluntades.

Y pareciendole à este grande Author que avia dicho poco, apura la dificultad en la question 81 r. del mismo tratad. 2. num. . *Y finali in dec.* „ Illud est observandum quod modi, seu gravamina imponuntur vocatis ad Majoratum cum clausula formali, aut virtute adhibita, ut si transgrediantur aliquem talium modorum, aut gravaminum, censeantur nunquam vocati ad Majoratum: *cum autem ea pena nihil in justitia aut sedicitatis contineat*, sed instituat ad conservationem Majoratus, & observatio nem onerum, quæ non iniquè injunguntur, utiquè vim habet. *Statimque ea pena mandari debet executioni in foro exteriori*, juxta leg. 2. ff. de his, quæ nomine poenæ. L. unic. C. eod. tit. & alia jura. Utrum autem in foro conscientia transgressor modi, teneatur in eo exvctu deferere Majoratum, & traddere illum successori, cum fructibus ex illo perceptis nulla expectata sententia? Certè si ea fuit mens, ac voluntas institutoris ad id tenetur, juxta ea que disput. 97. dicta sunt; quoniam potuit ad sua bona non aliter velle vocare successores, quam cum tanto onere, cui voluntati in foro conscientia standum est. (47)

Una dificultad resta para adaptar del todo tan viva, y terminante doctrina, y es, fundar, que esta fue la mente de los Instituentes, y aunque en otro evento pudiera ser assumpto embarazoso; pero en nuestro caso me parece facilimo, sino constante. Toda la institucion de este Vinculo està brotando una enixa vehemente voluntad de dichos Instituentes àzia el lustre, y permanencia del Mayorazgo, especialmente la Condicion 7. porque sabiendo que los bienes muebles, y emovientes son de mas facil amision, y estàn mas sujetos à falencia, aun estos vincula, y hasta la enagenacion de ellos prohibe, sò la pena de amision, y juzgando los pobres Instituentes que su Mayorazgo no darìa en manos de los Alvarez, que le han llevado à sangre, y fuego, previenen, que lo que se actescentare sea tambien vinculado.

Para prohibir la enagenacion en dicha Condicion septima, parece que se les agotaban à los Instituentes las voces, los tiempos, las causas, y todo lo que es medio eficaz para estorvar dicha enagenacion; pues llegaron hasta la cumbre, prohibiendola aunque huviesse facultad del mismo Rey; y à buen seguro que de una voluntad, que usa de tantos medios tan fuertes, se presume con insuperable vehemencia, que tambien quiso inhibir esta enagenacion.

(46)  
(47)  
(48)  
(49)  
(50)  
Idem Rox. de incompatib. 3. p. cap. 1. à n. 23. Paz in L. 200. Still. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 12. n. 31. y lib. 1. cap. 16. n. fin. Gom. L. 40. Taur. n. 88.

genacion con el fuerte medio de que en caso de transgresion estuviesse obligado el ingrato Successor, en el fuero interior de la conciencia, à restituir Vinculo, y Frutos, en pena de que frustra una voluntad tan enixa, tan justa, y por tantos medios explicada.

Fuera de que una de dos: ò dicho medio de obligacion en el fuero interior es menos eficaz que los expresos en la Condicion 7. y resto de la institucion; ò es mas eficaz? Si lo primero, por esso mismo se entiende expreso: porque lo mayor contiene lo menor, y porque es imposible que el que usa de medio eficaz como quatro, omita el que lo es como dos: y porque asi como es infalible, que el todo contiene la parte; lo es, que lo mas (48) contiene lo menos, y que à lo principal sigue lo accessorio. Si lo segundo, por esso tambien se entiende expreso el mismo medio de obligacion en el fuero interior: porque aquel que enixamente pretende un fin, pretende con la misma enixion el medio mas eficaz para conseguirlo, y estando tan expresa la vehemente voluntad, la violentissima tendencia de los Instituentes à la conservacion; es innegable que està igualmente expresa, y enixa esta voluntad, con toda la violencia de aquella primera tendencia, à el medio mas eficaz: porque lo contrario seria una voluntad muy implicatoria, y una voluntad muy irracional; es asi, que en el segundo caso de nuestro Dilemma se supone por mas eficaz el medio de que el Alienante està obligado à la restitucion de Vinculo, y Frutos en el fuero interior de la conciencia: luego esse medio se ha por expreso.

Porque la voluntad verosimilmente conjeturada, se hà por expresa; y es la firme regla à que los Derechos, y Doctores (49) remiten todas las dudas, cediendo aquellos, y estos el Tribunal, Judicatura, y decisioñ à la tacita voluntad en lo que no està expresa, y donde esto hazen la Sagrada Tiara, y la Corona; no pudieramos nosotros hazer otra cosa; es asi, que la voluntad de los Instituentes cerca de la duda referida; està no ya tacita, no ya verosimilmente conjeturada; sino que por las muchas ventajas, ò grados de verosimilitud, è identidad; y aun mayoridad de razon, passa mas allá de expresa, pues linda con los terminos de nimia eficacia, si no los deja atrás: luego esta voluntad es la inflexible pauta de la decisioñ afirmativa: luego Andrés Alvarez està obligado en el estrechissimo fuero interior de la conciencia à restituir à mi Pate Vinculo, y Frutos percebidos, y debidos percibir.

PUNTO III.

Legamos yà à el escandalo, ò piedra de toque, à el Punto que temo me dilate mas, y me acobarda; porque entiendo que esta ruda Oacion, no me ha fatigado (\*) tanto el hazerla, quanto en acortarla; pero prefiere el miedo de no omitir defensa solida: y mas en esta tercera razon donde la mia (si alguna tengo) no penetra, ni alcanza solucioñ. La Condicion 10. de este Vinculo dize asi: (50) „ Otro si, por que se ha visto que de Generaciones, y Castas no limpias, ni Catholicas à la Fè han sucedido errores contra ella, es nuestra voluntad que los dichos „ D. Manuel, y D. Estevan, y sus Mugerres, y los que les sucedieren, y son „ llamados à este dicho Vinculo, no puedan casarse con Persona que no sea „ Hijo da go, ni de gente que sus Padres, y Abuelos ayan sido penitencia- „ dos por el Santo Oficio de la Inquisicion; y si asi no lo hizieren, y cum- „ plie-

(48)  
Plus semper in se continet, quàm est minus. Accessorium natum est principi. C. cap. Plus, & cap. Accessorii de Reg. jur. in 6.

(49)  
Gomez lib. 1. var. cap. 52 n. 23. & 24. & cap. 7. n. 4. Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. n. 4. v. Similiter. Castill. lib. 4. controv. c. 17. & seq. Escob. p. 1. de puritat. q. 4. d. 7. à n. 149. Vela disert. 42. n. 35. Menoch. de pres. lib. 4. Presumpt. 13. & seq. l. 5. tit. 33. part. 7.

(\*)  
Quoniam: sum ego: minor ad intellectum dicitur, & legum. Sapient. cap. 9. v. 5. (50)  
Fox. 68. vult. quad. vicio de vadana colorada.