FVNDAMENTOS QVE TVVO EL CABILDO DE Racioneros de la Santa Igleſia Cathedral de Cuenca, para proveer en el Racionero D. Julian Dominguez del Caſtillo, la Capellania, que fundò el Racionero Don Thomàs del Caſtillo, de que ſon Patronos, y oy ſubſiſten para aprobarſe el nombramiento, ſin embargo de la opoſicion, dicho, y alegado por parte del Doctor D. Juan Antonio de la Camara, Cura de Rivatajada, y annexos, y otros Coopoſitores, que litigan.

Y LOS QVE SE DISCURREN para juſtificar el Articulo, y pretenſion de que ſe declaren por no partes à los ſuſodichos, y aver perdido qualquiera derecho, que pudieran pretender à eſta Memoria.

FVNDAMENTOS

QVE TVVO EL CABILDO DE

Racioneros de la Santa Iglefia Cathe-
dral de Cuenca, para proveer en el Ra-
cionero D. Julian Dominguez del Ca-
ftillo, la Capellania, que fundó el Racio-
nero Don Thomás del Caftillo, de que
fon Patronos, y oy fubfiften para apro-
barle el nombramiento, fin embargo de
la oppoficion, dicho, y alegado por parte
del Doctor D. Juan Antonio de la Ca-
mara, Cura de Rivatajada, y anexos,
y otros Coopofitores, que
litigan.

Y LOS QVE SE DISCURREN
para juftificar el Articulo, y pretenfion
de que fe declaren por no partes á los
fufodichos, y aver perdido qualquiera
derecho, que pudieran pretender
á ella Memoria.

1 EN el pleyto que el Doctor Don Juan Antonio de la Camara, Cura de la Parrochial de Rivatajada, y annexos, y el Licenciado Joseph Argumosa, Presbitero de la dicha Ciudad de Cuenca, han suscitado sobre la provision, que dicho Presidente, y Cabildo de Racioneros hizo en la persona del dicho Racionero Don Julian Dominguez, Presbitero de dicha Ciudad, de Capellan de la Capellania, ò memoria de Missas, que dexò fundada en su Capilla en la Parrochial de Santa Cruz el dicho Racionero D. Thomàs del Castillo, hà parecido expressar los fundamentos, que justifican esta provision; porque aviendo llegado el caso de que la determinacion de vn juizio contencioso sea la mas segura calificacion de la justicia; quisiera el dicho Cabildo quedàra executoriada la que observò en esta provision; y que à todos conste la probabilidad intrinseca, y extrinseca, con que ha assegurado sus dictamenes, y que el que yo dì, y se tomò, no lo dictò otro respecto, ò contemplacion, que la recta intencion de arreglarse à la mente del Fundador, y à los principios legales, sin embargo de lo que la vulgaridad quiso esparcir para desautorizar la determinacion de vna Communidad, que por ser de Eclesiasticos sin otras consideraciones se merece el respeto.

2 Y yà que no ha sido poderosa la autoridad publica, y sentencia pronunciada despues de vna larga cõtroversia para sossegar el animo de los contrarios; quisieramos no se quedàra sin efecto lo que dispuso el Fundador en la clausl. 13. de su fundacion, con declarado animo de obiar semejantes pleytos, y con deseo eficaz de que se executàra la pena, que les impone à los que los mueven, afiançando en ella la seguridad del cumplimiento desta su voluntad, y recta intencion.

3 El hecho es, que el dicho D. Thomàs del Casti-

llo

lo fundò de sus bienes vna memoria, para que sacadas de sus rentas diferentes porciones para los Patronos, y otras cargas, que impone; de lo que quedasse se hiziessen dos partes, la vna para ayuda à tomar estado vna parienta, y la otra para vn pariente Capellan. Y assi en el principio de la fundacion dize: *Ha resuelto* instituir, y fundar vna obra pia, y memoria perpetua, para que vna donzella tome estado, y vn Capellan diga Missas. Y en la clausula primera dispone, que este tal pariente lleve la vna porcion, que quedare *por via de Capellania*, con la carga de celebrar tres Missas todas las semanas en dicha su Capilla, y Parrochia, y haze diferentes llamamientos, y pone particulares condiciones, que despues se individuarán en los lugares mas proprios, dexando por Patronos à los dichos Presidente, y Cabildo de Racioneros, y al posseedor del mayorazgo, que fundò, para que como vno de ellos concurra à la provision.

4 Y aviendo muerto el Capellan que era de la dicha memoria, ò Capellania, los dichos Patronos hizieron poner Edictos en conformidad de lo dispuesto por la fundacion, y arreglandose à ella. Y opuestos los dichos Doctor D. Juan Antonio de la Camara, D. Julian Dominguez, y el Licenciado Ioseph Argumoso, y dadas informaciones de sus parentescos, con su vista, y de la fundacion, se hizo la provision en bastante forma, y segun la dada por la dicha fundacion, en el dicho D. Iulian Dominguez, à quien se le diò su nombramiento.

5 De esta provision se agraviaron los Coopositores, y recurrieron por apelacion ante el señor Provisor, se citaron las partes, y se traxeron las informaciones al juizio contencioso; y en èl se formaron diferentes Articulos, alegando largamente, y probando los parentescos, con el Fundador, en que no se duda, y los medios, y rentas de cada vno de los Opositores, sobre que despues se discurrirà en los lugares donde tocare. Y vltimamen-

te

te concluso el pleyto legitimamente sobre lo principal, se discurre, que assi en lo alegado, como en lo probado, no se ha adelantado circunstancia sustancial, que no se considerara por los Patronos al tiempo de la provision.

6 Y aviendose pronunciado sentencia por dicho señor Provisor à 23. de Agosto deste presente año, declarando por justificado el nombramiento hecho por los dichos Patronos en el dicho D. Iulian Dominguez, segun lo dispuesto en la fundacion: interpusieron apelacion las partes contrarias, y dado traslado à la de dicho D. Iulian, por esta se les opuso no podia tener lugar en efecto alguno, ni devolutivo, ni suspensivo, assi por lo executoriado en quanto à lo suspensivo, como por lo dispuesto, y prohibido en dicha clauf. 13. y que se les debia declarar por no partes, y aver perdido qualquiera derecho, que pretendieran tener à esta memoria. Sobre lo qual se formò Articulo.

7 Y aviendose alegado sobre esto por ambas partes, se les denegò la apelacion en quanto à dicho efecto suspensivo solamente. Y se apelò por parte de dicho D. Julian por no averse denegado en todo, y declarado como tenia pedido, y oy pende sobre este Articulo.

8 Y para fundar la justicia dèl, y la que assegura lo principal; se reduciràn à tres puntos estos Apuntamientos. En el primero se harà expresion de los fundamentos que se consideraron en el Cabildo para la dicha provision. En el segundo los que huvo para que dicho señor Provisor la aprobàra. Y en el tercero los que ay, para executar lo dispuesto en dicha clauf. 13. y determinar el Articulo introducido en favor desta parte, en que se procurarà la mayor brevedad.

PVNTO PRIMERO.

9 Siempre se ha estado, y està en el dictamen de

que esta questi[illegible] *potius est voluntatis quam iuris.* Y en esta inteligencia parecia al Cabildo, que la atencion debia ponerse en lo que consta de las clausulas de la fundacion, y que estas debian ser las reglas, por donde se avia de discurrir; y assi se entiende averse hecho para venir à proveer esta Capellania conforme à la mente del Fundador, y notandose à la letra serviràn como supuestos precisos para fundar este papel.

Clauſ. 1. Dize pues el Fundador en la primera; *Y todo lo restante* de la dicha renta se ha de partir igualmente, y la mitad se ha de dar à vn Capellan pariente mio de los que adelante nombrare, para que por via de Capellania lo lleve en cada vn año, cumpliendo las Missas que yo le cargare, el qual sino fuere Sacerdote se ha de poder ordenar à titulo de ella.

2. La dote se ha de adjudicar à la parienta que fuere mas cercana en grado à mi, y si huviere dos en grado igual, à la que fuere mas pobre, y la que fuere huerfana de padre, y madre, ha de preceder à todas en grado igual.

3. El Capellan ha de ser obligado à dezir las Missas por su persona en la dicha Capilla, sino fuere caso de estar enfermo, ò preso, que entonces las podrà encomendar à otro Sacerdote, pero no con otra causa alguna: no ha de poder hazer ausencia el dicho Capellan de esta Ciudad mas que por vn mes, y esto ha de ser con licencia de los Patronos, y si à ellos les pareciere que la causa es vrgente, le podràn alargar la dicha licencia por quatro meses en cada vn año, y no mas. Y si se ausentare de esta Ciudad por mas tiempo, continuos, ò interpolados en cada vn año, los dichos Patronos han de vacar dicha Capellania, y proveerla en otro pariente mio. Y por quanto mis parientes se han de poder ordenar à titulo de dicha Capellania, y puede suceder que alguno de los que se ordenaren à titulo de ella, no cumpla con la obli-

ga-

gacion de residir en esta Ciudad, y por razon de estar ordenado à titulo de ella no poderse la vacar, y darsela à otro, que era mi principal intento; ordeno, y es mi voluntad, que en caso que el dicho Capellan se ausentare de esta Ciudad por mas tiempo de dos meses, los Patronos cumplan las Missas de su cargo en la forma que si estuviera vaca, acudiendo al dicho Capellan con sesenta ducados cada año para su congrua, *distribuyendo entre si la demàs renta de la dicha Capellania.*

4. Ha de aver entrado en veinte años de edad el pariente mio à quien se huviere de adjudicar esta Capellania, y no de otra manera. Y en igual grado ha de ser preferido *el pariente que fuere mas pobre.* Y sobre todo, el que mas habil, y virtuoso fuere, aunque sea mas rico, al arbitrio de los Patronos.

5. No aviendo pariente mio Sacerdote à quien poder nombrar para la dicha Capellania, se ha de poder nombrar otro pariente, aunque no estè ordenado, como sea entrado en veinte años de edad, para que se pueda ordenar à titulo de ella, y antes de nombrarle los Patronos, le han de examinar para ver si està habil en la suficiencia para poderse ordenar, sobre que les encargo la conciencia; y no siendo habil, no le han de nombrar, porque mi intento es, que el Capellan sea habil, porque algunos no lo siendo, con favor, ò negociacion para el examen, se suelen ordenar, no siendo habiles para recibir las Ordenes.

6. En el interin que el pariente à quien se adjudicare la dicha Capellania, sino fuere Sacerdote, se pueda ordenar de Missa para dezir las Missas por su persona, las han de dezir los Patronos por sus personas, y llevar toda la renta entera de la dicha Capellania, excepto que al pariente que se huviere adjudicado, sino fuere Sacerdote, le han de dar cada año cinquenta ducados para vestirse, y gastos que tendrà en ordenarse.

7. De-

7. Declaro, que la parienta, y pariente à quien se huviere de adjudicar dicha Dote, y Capellania, han de ser parientes mios legitimos, y de legitimos matrimonios, y no de otra manera: para lo qual nombrè por parientes mios à los siguientes, y los descendiètes de ellos.

8. Primeramente à los hijos de, &c. entre los quales nombrados no ha de aver prelacion, ni los primeros han de preceder à los segundos, ni estos à los terceros, y assi los demàs; sino que la precedencia se ha de tomar *del mayor parentesco, pobreza, horfandad, ò habilidad, como arriba queda dicho.*

10 Estas son las leyes à que quiso el Fundador se arreglaran sus Patronos en la provision, y disposicion de esta Capellania, pudiendo con mas libertad establecer las que le parecieran mas proporcionadas, y conformes à su intencion, y voluntad, sin la precision de arreglarse à las que militan in beneficialibus: porque en la suposicion de que este no es Beneficio Eclesiastico, por lo que expressamente consta de su fundacion, & ex traditis à Gonzal. *ad regul.* 8. *Chancel. Glos.* 5. *n.* 5. *& à num.* 20. & Lar. *de Capellan. lib.* 2. *cap.* 1. en memorias de Missas, ò Aniversarios desta calidad, pueden los Fundadores poner las clausulas, condiciones, y gravamenes, que bien vistos les fueren, como no aya derecho que las prohiba, ni à las buenas costumbres se opongan: y las referidas no tiene duda son permitidas; y aun la de que no se intrometa en la provision, institucion, y colacion, el Ordinario, ò otro qualquiera Juez. Vt tenet Zevall. *comm. contra comm. tom.* 1. *q.* 282. *ànum.* 27. Carp. *de exequtor. lib.* 1. *cap.* 22. *à num.* 64. dict. Gonzal. qui plures refert *vbi supra à num.* 35. *& à n.* 64. Lar. *dict. lib.* 2. *cap.* 1. *à n.* 13. ex Balasc. & alijs quam plurimis.

11 Y en estas circunstancias discurrian los Patronos era segun la mente del Fundador hazer la provision en el dicho Don Iulian Dominguez. Y que discurrieron bien,

bien, se probarà ex sequentibus, [illegible] der dicho que huviera proveido solo con probabilidad se debiera en justicia confirmar la eleccion que hizieron.

12 Las calidades precisas que el Fundador quiso concurrieran en el Opositor, no son otras, que la proximidad de parentesco, edad de veinte años, y habilidad para obtener el Orden Sacerdotal, como consta de las clausulas referidas, y de otros lugares de la fundacion: y como en el dicho Don Julian concurrian estas calidades; pues por lo que toca al parentesco, ninguno lo tenia mas proximo; por la edad, y habilidad nadie se la puede negar, estando como estava ordenado de Epistola: no parece tener duda se podia hazer en el susodicho la provision, que con efecto se hizo; y no solo se hizo como se pudo, sino que se hizo lo que se debiò.

13 La vltima parte desta proposicion ha de resultar probada de las razones de preferencia, que respectivè à los demàs Coopositores concurren en el dicho D. Julian, dexando para la disputa la prueba de la primera parte, por seguir con metodo claro el assumpto, componiendolo con lo conciso, que hemos ofrecido.

14 Es la primera razon de preferencia, conforme à la mente del Fundador, hallarse desde luego en proporcion para la residencia personal en esta Ciudad. Calidad notablemente apreciable en la mente del Fundador, como se reconoce de diferentes clausulas, no solo porque en ellas la pide, sino por los vinculos, y precauciones, que haze para que se cumpla, y clausulas de que vsa con negacion para que no se pueda alterar: que cõtrapuesta esta calidad, ò preferencia, con la del Sacerdocio, de que se haze gran ponderacion por el Doctor D. Juan Antonio de la Camara, que es el otro Coopositor, que tiene igual parentesco, es mas poderosa, y del aprecio del Fundador, como despues se probarà.

15 Otra razon de preferencia tam à iure, quàm ab

ipsa mente F[illegible]ia que debiò precisar à dichos Patronos para esta provision, no hallandose, como no se halla repugnancia en la fundacion, es la de hallarse dicho D. Julian en la mesma Communidad, y gremio, *ex optimo text. in l. rescriptum, §. fin. de munerib. & honor. l. in Ecclesijs, C. de Episcop. & Clerici. l. fin. C. de offic. Prætoris, l. vt graditim, C. de munerib. & honorib.* Exornat Joan. Paul. Montan. *Pragmat. 2. reg. Neapol. de administrat. vniuersit. num.* 333. Freexea *de succes. fœud. lib.* 2. *q.* 23. Caputaq. *de regimi. Reip. cap.* 4. *num.* 2. Novar. *qq. forens. p.* 1. *q.* 161. Buter. *cap. fin. de Clericis.* Peregr. *num.* 14. & 15. Y el señor Valenç. Velazq. *consil.* 73. *n.* 38. dize: *Nam iura maximè attendunt ne alius præficiatur, sed de ipso eligatur capitulo.*

16 Y todos prefieren el que es de la mesma Communidad, aunque aliàs sea menos digno que el estraño. Augustt. Barb. *de potest. Episc. allegat.* 6. *num.* 102. Vivia. *de iure Patron. p.* 2. *lib.* 6. Hugol. Gonz. Ricsi. & alij quam plurimi. Y dicho señor Valenç. Velazq. *dict. cons.* 73. *num.* 39. ibi: Rota Romana *Sacr. Palat. decis.* 413. dicens: *Quod semper, qui est de gremio alicuius congregationis, seu Ecclesiæ debet præferri, si idoneus sit, etiamsi alienus magis idoneus esset.*

17 Y atendiendo à esta obligacion, es segun la mente interpretativa del Fundador, q̃ como desta mesma Communidad, se debe presumir seria su voluntad preferir à los hermanos, y mirar por el punto, y atencion q̃ siempre explicò à esta Communidad, *ex text. in l. Lucius* 85. *ff. de Hæredib. instit.* ibi: *Nam prudens consilium testantis animadvertit in fratrem.* Y admirablemente en este assumpto Tiberi. Decian. *respon.* 37. *num.* 35. *lib.* 2. Carol. Paschal. obsevat. Salvian. Oxed. & alij. D. Valenç. Velazq. *consil.* 98. *n.* 26. ibi: *Naturalis enim amor est in fratres, consiliumque prudens appellatur eius, qui eos prætulit, nec mediocri laude dignus est, qui fratres,*

pa-

patria, benevolentia, & solicitud... honores amplectitur.

18 Y entre Eclesiasticos es este respecto mas proprio, mas preciso, y loable, ex tradit à Rodoa. *de rebus Ecclesiæ, fallent.* 1. *q.* 1. *num.* 7. Cordub. de Lar. *in l. Si quis, §. Idem, num.* 96. *de liberis agnosc.* Mainard. *dec. Tolosan.* 3. *lib.* 2. D. Valent. *dict. consil.* 98. *num.* 4. ibi: *Strictiori vinculo militat in Clericis, quia magis tenentur ad talia opera exercenda.*

19 Tambien es razon de preferencia tam à iure, quàm ab homine, el ser, como es, pobre el dicho D. Julian Dominguez, y se ponderò, y considerò por los Patronos, por lo que consta de las clausulas 3. y 9. donde expressamente el Fundador manda sean preferidos en igual grado los parientes mas pobres. Disposicion conforme à la ley natural, y à la posisitiva, vt constat *ex Extravag. execrabil. de præbend. & dignitat.* ibi: *Inter pauperes distribuantur beneficia.* Y el señor Valenç. Velazq. *tom.* 2. *consil.* 135. *num.* 118. Lambert. *de iure Patron.* 3. *p. lib.* 2. *art.* 3. *q.* 5. defienden, que aun en concurso de idoneo pobre, y mas idoneo, pero acomodado: el que es pobre debe ser preferido, ibi: *Nisi idoneus esset pauper & egenus, quia esset præferendus idoniori non pauperi in simplici tamen beneficio.* Ita Hostien. *in cap. suam, de ætat. & qualit.* & Felin. *in cap.* 2. *colum.* 3. *cum seqq. & in fin. de præscript. & Gloss. in cap. quæ in Ecclesiarum de constit.* affirmat esse subveniendum egeno. Stephan. Gratian. *discept. forens. tom.* 2. *cap.* 211. *num.* 23. Gutierr. *consil.* 2. *num.* 13.

20 Y aun considerada esta razon de preferencia respectivè à los demàs Coopositores, sin duda existe: pues por lo que mira al dicho Doctor Don Juan Antonio de la Camara, quando este pudiera hazer oposicion respecto de la igualdad en el parentesco, y que no se hallàra excluido ex alio capite, como verèmos despues, no

tie-

claro, que la p[illegible]
tiene duda, q[illegible]omo positivo, respecto de quiẽ se verifique el comparativo de mas pobre (hablando del dicho D. Julian Dominguez) se podrà considerar, pues no se puede aprehender pobre, quien con solo el Beneficio Curado que possee, y otro simple en la villa de Moya, tiene de renta mas de mil ducados, con otros bienes, y hazienda.

21 Y en quanto al Licenciado Joseph de Argumosa, lo primero es, que no ha llegado su caso de poder ser Opositor por la desigualdad en el parentesco, como tambien verèmos despues. Pero aun quando se hallàra en otro grado, aunque se pueda considerar como pobre en diferentes respetos, aun no es tan pobre como dicho D. Julian Dominguez, porque si la pobreza, ò riqueza se ha de apreciar por lo que falta, ò sobra para conservar la vida humana, ni vno, ni otro es pobre: *Si quidem diuitem efficere voles non est, quod opes augeas, sed tolle cupiditatem.* Epicur. Y el grande Valer. *de paupert. lau. cap. 4. in princip.* ibi: *Omnia nimirum habet, qui nihil concupiscit, eo quidem certius quam qui cuncta possidet.* Y de los Proverbios cap. 13. *Comedit iustus, & replet animam suam: venter autem impiorum insaturabilis.*

22 Y si se ha de atender al estado, ò esfera en la que se halla el dicho Don Julian Dominguez, es de Prebendado en vna Iglesia tan grave, y de superior gerarquia, como es notorio, y entre sugetos de tanto lustre, y religiosa grandeza, que ha menester mantener vn muy decente porte para que no le desprecien, como indigno miembro de tan condecorada Communidad, y sin medios. Que lustre, ò esplendor no se halla al peligro del desprecio? *ex text. in lib. 2. c. quando. & qui. par. quart. debet. lib. 11. §. Quid enim.* Velasc. *de priuileg. paup. p. 1. q. 6. num. 6. & 7. & in q. 14. num. 7.* Simanc. *de primogen. lib. 1. cap. 17.* Soto *de iustit. & iure lib. 4. q. 5. a. tic. 1. vers. Ad secundum.* Y los que tiene para esta de-

cen-

cencia, ſuſtentacion, y eſtin[illegible]der dicho Don Julian Dominguez, ſolo ſon ciento y cinquenta ducados de la renta, que en eſtos tiempos valdrà ſu media Racion. Y por proprio patrimonio vn Padre con moderado caudal, deforma, que aun le falta para acudir à otros quatro hijos, y obligaciones que tiene, en cuyas circunſtancias muy bien ſe deſcubre, ſin mas ponderacion, quien es mas pobre.

23 Y en las miſmas, y fingiendo para interpretarle ſu voluntad. Viue el Fundador, reſide en el miſmo Choro, y ſe halla en la miſma gerarquia, como no ſe deberà preſumir, que à ſu viſta querria ver portado con decencia à eſte ſu pariente, mas que à otro, que aunque pobre ſe hallaua en otra esfera, y no tan à ſu lado, y viſta, y pudiendole ayudar con eſte Beneficio antepuſiera à otro, con quien ni tanta proximidad tenia, ni tanto cuidado de ſu decencia, ponderando lo que dixo D. Hermeneg. de Rojas *de incompatib. p. 3. cap. 5. à n. 13.* ibi: *Vnde dicimus quod diminutionem bonorum, ſeu paupertatem ſequitur diminutio exiſtimationis, & honoris familiæ.*

24 Y ſi con eſtos motivos, ò razones de preferencia concurria diſcurrirſe, como ſe diſcurriò, que los demàs pretendientes no podian hazer opoſicion, ningun eſcrupulo podia quedar, ni quedò para hazer la proviſion en el dicho D. Julian Dominguez.

25 Y el fundamento de eſte modo de diſcurrir conſiſte, reſpecto del dicho Doctor Don Juan Antonio de la Camara, por hallarſe tal Cura, Beneficio que à iure pide preciſa reſidencia, incompatible con la que ab homine pide eſta Capellania, con vinculos, y preciſiones tan eſtrechas, que no parece puede aver otras que mas preciſen, ni que mas expliquen la mente del Fundador, que lo fue de que por ningun reſpeto tenga eſta Capellania, quien deſde luego no la pueda reſidir: Y en eſtos terminos defiende latamente, y con muchos, y

graves fundadaro, que la mior Valenç. Velazq. *tom. 2, conf. 135. à num. 90.* que no se puede hazer la provision de semejantes Capellanias, ò Beneficios en el Cura pretendiente, refutando el ius obtionis, que otros quieren conceder, y assegurando obsta desde luego la incompatibilidad que resulta destas residencias: y porque fuera hazer ofensa à la solidez de sus fundamentos, y al vigor con que los expressa, no tocara mi pluma el riesgo de hazer ponderacion de ellos, contentandose con remitir à su vista al que dudare de esta verdad, donde hallarà adequadissimas razones, y apoyos para nuestro caso, aunque el que alli disputa dicho señor Valençuela no tenia tales precauciones, y vinculos para obligar à la residencia desde luego, como los que aqui puso nuestro Fundador.

26 Y D. Hermenegildo de Rojas *de incompatib. p. 7. q. 4.* queriendo fundar el ius obtionis contra dicho señor Valençuela *à num. 46.* prueba suficientemente nuestro assumpto: porque haze distincion entre mayorazgos, vinculos, Patronatos, y Capellanias, ò Beneficios, y dize, que en mayorazgos, vinculos, y Patronatos incompatibles no ay la razon, ò inconveniente que hallò la Clement. Gratiæ para la prohibicion en los Beneficios; y passando à individuar estos inconvenientes dize, que el primero es, que en el tiempo que se concede para elegir vno de los dos, careciera vna de las Iglesias deste servicio, ò no lo tendria tan cumplido como se debe: y el otro es la ambicion, ò avaricia que se descubre en vn Ecclesiastico, que pone el cuidado en esta eleccion de Beneficios, y para evitarla, y las cabilaciones de que frequentemente vsan para detenerse en la possession de vno, y otro, y percebir las rentas de ambos, vino la dicha Clementina.

27 Todo esto es à la letra de dicho Rojas, y prueba sin duda nuestro assumpto; y consiguientemente nos ha-

hallamos en los terminos de [illegible]der dicha [illegible]tina: porque no siendo otro el fin del Fundador en la institucion desta memoria, que el cumplimiento personal de las tres Missas cada semana en su Capilla, y que se socorra con su renta vn pariente pobre, en los mesmos inconvenientes se diera si lográra dicho Doctor Don Juan Antonio de la Camara entrar à gozar esta memoria juntamente con el Beneficio Curado, y el simple que posseè; y directè se procediera contra lo dispuesto por el Fundador, y causa final de dicha Clementina, si le valiera el ius obtionis.

28 Tambien se ha querido persuadir en los allegatos, que no obtuvo la parte que defendiò el dicho señor Valençuela, y vltrà de que es contra la verdad, alli el hecho se viste de otras circunstancias menos precisas de nuestro caso, y las que en este concurren asseguran mas la justicia de nuestra parte, no solo por este medio, sino por otros muchos.

29 Y aunque el ius obtionis regulariter tuviera lugar en las circunstancias de vna incompatibilidad regular nacida de pedirse en los dos Beneficios la residencia, sin mas vinculos, ni encargos, que à iure se pide; no de aqui se infiriera bien tendria tambien lugar en la disposicion ab homine, en que se expressa la voluntad contraria, y repugnante à las treguas, y dilaciones, à que dà lugar el ius obtionis. Y aunque este modo de discurrir tiene invivita la prueba en la razon que la persuade, la afiança tambien lo que disputa el Doctissimo Ziarlin. *controv. forens. lib. 1. q. 43. num. 23. & 24.* que assegura, que en question de voluntad de Testador, esta es la que se ha de atender, y no la que ex iure se puede excitar, ni decidir segun esta, si segun la otra es la decision clara.

30 Y mas en terminos à num. 55. donde considera se le añade tal vigor à la prohibicion à iure con la pro

hibi-

hibicion aclaro, que la p[illegible]ti ocurriendo ſola la primera era permitido el acto contrario en eſtas, ò aquellas circunſtancias, concurriendo vna, y otra prohibicion, aſſegura no tener lugar ſemejante permiſsion, ex Peregrin. *conſ.* 49. *num.* 9. *lib.* 3.

31 Y bolviendo al metodo de hazer la mayor pōderacion de lo que conſta expreſſo por las clauſulas de la fundacion, lo cierto es, que las palabras, y negaciones de que vsò nueſtro Fundador, explican muy baſtantemente la preciſa obligacion deſta reſidencia, y que no quiſo ſe aventuràra haziendo la proviſion en perſona que tuviera reſiſtencia para ſu cumplimiento, pues por lo que conſta de las palabras de la clauſ. 1. en que manda diga por ſi las Miſſas el Capellan en ſu Capilla de San Ildephonſo, es expreſsion que denota la preciſa reſidencia, y deſde luego, y en la clauſ. 4. repite lo miſmo, y no le releva ſino ſolo eſtando enfermo, ò preſo, y no por otro accidente, vſando de la clauſula negativa, y indiyiduando la forma que ſe ha de obſervar, ſin dar entrada para diſcurrir, que en eſtas circunſtancias de tener otro Beneficio, que pida reſidencia en otro lugar, ſe pueda por algun tiempo ſuplir eſta falta.

32 Y por vltimo concluye, que ſi por qualquiera accidente dexàre de dezir las Miſſas el Capellan en dicha ſu Capilla por ſolos quinze dias, ſin otra diligencia que certificacion del Cura de eſta falta, ſe dè forma à que otro Sacerdote diga las Miſſas, pagandole por ſu limoſna tres reales. Luego ſi el dezir por ſi las Miſſas en ſu Capllla, quiſo obligàra con eſta preciſion, y puntualidad, como ſe podrà entender querria preferir, y que ſe proveyera, y puſiera eſta obligacion en vn Cura auſente, que no podia reſidir deſde luego, ni en quinze dias, ni en vn mes, ni en tres, ni en ſeis, aunque ſe reſolviera à dexar ſu Curato, que vale mil ducados, por vna Capellania, que vale docientos.

33 Pon-

33 Ponderavale tambien [illegible]der dichos, que en la meſma clauſ. 4. hablando el Fundador de la reſidencia del Capellan, no permite mas auſencia que por vn mes, y con licencia de los Patronos, y que ſi la huvieran de dar por mas, y haſta quatro meſes (que es el mayor termino que permite) eſto debia ſer con cauſa vrgente, y que ninguna avia para deſde luego entrar dando eſta diſpenſa, y permiſo, que era viſto hazerlo con el acto de proveer en vn ſugeto, que eſte, y mas tiempo neceſſitava para deſembarazarſe, y venir à reſidir.

34 Adelantava eſte modo de diſcurrir el rezelo de vno, ò mas pleytos, el que ſe veria implicado el Cabildo con el dicho Cura ſobre la execucion deſta clauſula, y ſobre el punto de ſi en el interin que no reſidia, debia dezir otro las Miſſas en conformidad de lo diſpueſto por el Fundador: preſumpcion, que ſin temeridad la haria el juizio mas prudente, no ſolo conjeturando por el genio, de que pudiera aver algunos indicios, y de aver ſuſcitado eſte pleyto contra lo mas expreſſo de la fundacion, ſino porque ſiempre era preſumible avia de tener gran repugnancia en dexar vn Beneficio Curado de mil ducados de renta, y la habitaciõ de vnas caſas ſumptuoſas, que à toda coſta ha labrado en aquel lugar, por venir à reſidir vna Capellania, que vale docientos ducados, ex tradit. *ad text. in l. fin. §. Sin autem, c. arbitrium tutel. l. cum de indebito, ff. de probati.* y la ſentencia del Philoſofo: *Nemo ſuas fortunas eijcit ſponte*: con lo demàs que à eſte propoſito trae el ſeñor Valençuela vt ſupra.

35 Y fuera indiſcrecion, è impiedad, que es mas proprio que injuſticia, quedar el Cabildo en ocaſion tan proxima de pleytos, y embarazos, para que arguyeran la prudencia de los Patronos, que debieran prevenir eſtos inconvenientes, y mas no hallandoſe con preciſion alguna. Ex illo Terentij in Adelph: *Iſtud eſt ſape-*

re, *non quod claro, que la p[illegible] modo videre, sed etiam illa quæ futura sunt prospicere.* No olvidando aquella prevencion tan repetida in noſtro iure: *Melius eſt ante tempus occurrere, quam poſt vulneratam cauſam remedium quærere.*

36 Mayormente no ignorando los Patronos los recurſos de que podia vſar dicho Cura para reſignar ſu Curato, y eſtarſe poſſeyendolo con la Capellania, ſin reſidirla, ni poderle obligar à ello; porque en el interin que corria el tiempo neceſſario para la expedicion de las Bulas, ni los Patronos, ni el Ordinario tenian forma de obligarle, ni à la reſidencia, ni à la dimiſsion: vt tenet Flor. de Mena *variar. qq. lib. 1. q. 13. à num. 22.* Y eſtos terminos bien ſe reconoce quanto los puede alargar, ò el accidente, ò la negociacion, y de quantos pudiera valerſe, y apunta dicho Flor de Mena para dilatar ſin remedio el cumplimiento de la obligacion que impuſo el Fundador, y quiſo obligàra deſde luego.

37 Eſto es lo que ſe diſcurria para aſſegurar ſe debia no elegir al dicho Doctor Don Juan Antonio de la Camara. Y por lo que toca al dicho Licenciado Joſeph Argumoſa, que era otro que pretendia la dicha Capellania, menos duda tiene no podia hazer opoſicion, porque ſe halla en grado mas remoto de parenteſco que los demàs Coopoſitores, y conſta de diferentes clauſulas de la fundacion, como el Fundador llama al pariente mas cercano, prefiriendolo à todos, y eſta expreſsion le pudiera hazer fuerça, yà que no tiene obligacion à ſaber, que aun quando no ſea expreſſo el llamamiento de los parientes mas cercanos, ſiempre ſon eſtos los preferidos ex mente interpretativa, y que en ſemejantes Capellanias tales dudas ſe difinen, ò regulan, y en ellas ſe ſucede adinſtar maioratus ex Ant. Gom. *in l. 40. Taur. num. 65. in fin.* D. Molin. *de Primogen. lib. 1. cap. 7. num.* 10. Gutierr. Avendañ. Mier. & alij quam plurimi rela-

ti

ti à Gonzal. *ad dict. reg.* 8. *Chanc.* der dicho *n.* 34.

38 Mas lo cierto es, que su pretension ha sido, y es solo como pariente Sacerdote, y que huviera tenido la misma, aunque el grado fuera mas remoto, creyendo como el dicho Doctor Don Juan Antonio de la Camara, que esta calidad de Sacerdote puede dar preferencia aun en oposicion de vn hermano de el Fundador sino lo fuera: por los fundamentos que constaràn ex sequentibus, y procurarèmos satisfacer, como que han sido los que les han persuadido para empeñarse en su pretensiõ.

39 Esfuerçan persuadidos de el deseo, y aprehension que les impele, que esta Capellania es Sacerdotal; lo primero, por lo que consta de la clausula tres, donde el Fundador manda, que el Capellan diga por si las Missas; luego es preciso sea Sacerdote; luego pide actual Sacerdote. Y aqui podràn ponderar todos los fundamentos que los AA. aducen para probarse arguye Capellania Sacerdotal, quando el Fundador dispone diga las Missas por si su Capellan, vt refertur à D. Castill. *lib. 5. controuers. cap. 90. ex num. 38.* Mostaz. *de Cauſ. pijs, lib. 3. cap. 5.* Gutierr. *consil. 1.* Lar. *de Capellanijs, lib. 2. cap. 5.* Lother. *de re benefic. lib. 3. quæſt. 27. num. 13.* Gonz. *ad regul. 8. Chanc. gloſſ. 5. à num. 73.*

40 Lo segundo, por lo que consta de la clausula 14. de que aun hazen mas ponderacion por aquellas palabras: *No auiendo pariente Sacerdote à quien poder nombrar, se ha de poder nombrar otro pariente, aunque no estè ordenado, &c.* Luego alomenos siempre que ay Sacerdote à quien poder nombrar, esta Capellania es Sacerdotal.

41 Estos son quantos fundamentos tienen los contrarios, y quanto el Fundador expressò, para arguir que es Sacerdotal esta Capellania, sin que en toda la fundacion aya otra palabra, de que se pueda hazer semejante argumento. A que se satisface. AD PRIMVM. y que

conſta de la clara, que la dicha diſpoſicion de que el Capellan diga por ſi las Miſſas, que de aqui no ſe puede probar, ni arguir, que eſta Capellania *ſit actu, vel habitu Sacerdotalis*, ſino que lo que el Fundador quiſo diſponer, y diſpuſo por eſta clauſula, que el Capellan que fuere Sacerdote, no pienſe cumplir las Miſſas por otro, ſino que èl las ha de dezir por ſi: y eſto ſe vè con evidencia de la miſma clauſula: porque ſin embargo de permitir en ella, y otras, expreſſamente pueda ſer Capellan el no Sacerdote, ſiempre dize es obligacion del Capellan dezir por ſi las Miſſas, y que aviendo permitido ſea tal Capellan el no ordenado, ſe entienda eſta obligacion tempore habili, y no pueſta para conſtituir Capellania Sacerdotal, ſino para prohibir la licencia, que regulariter tienen los Capellanes de dezir las Miſſas por otros. Y luego paſſa à expreſſar en dicha clauſula, ò clauſulas los accidentes que ſolo le han de relevar de dicha obligacion.

142 Y la queſtion que mueven los AA. de ſi las palabras: *Diga por ſi las Miſſas el Capellan*, induzga Capellania Sacerdotal, no es deſte caſo, ni los fundamentos de la parte afirmativa pueden probar en èl; porque vno, y otro ſe entiende, y puede queſtionarſe en los terminos de no aver el Fundador expreſſado ſu voluntad, ni aver otras palabras por donde congeturar, ò aſſentir, à ſi quiſo, ò no el Fundador hazer Sacerdotal la Capellania. Mas quando, como en nueſtro caſo, dize expreſſè, que la pueda obtener el no Sacerdote, y que el Capellan diga por ſi las Miſſas, yà ſe vè que eſtas palabras vàn à explicar ſolo el que el Capellan que fuere Sacerdote no pueda cumplir las Miſſas por otro, ſino que las aya de dezir por ſi meſmo, y que eſte es ſu cierto, proprio, y natural ſentido. Ex traditis à Ziarl. vbi ſup. n. 24. ibi: *Quia Teſtator clarè locutus eſt, propterea cum hæc ſit quæſtio voluntatis defuncti, ceſſat omnis controverſia.*

43 Y

43 Y si se huviera de entender dicha clausula, como quieren los contrarios, y concedieramos era deste caso la referida questiõ, y assintieramos à los fundamentos de la parte afirmativa (que todas estas suposiciones son necessarias) como se pudiera componer este sentido, y que la Capellania pida actual Sacerdote, con la disposicion expressa, y repetida de que el Capellan se pueda ordenar con este titulo, y que se pueda nombrar al que no està ordenado, como aya entrado en los veinte años? Porque dixeramos avia revocado estas clausulas, pues esta disposicion no podia tener efecto, si la de *diga por si las Missas* corriera en el sentido que quieren los contrarios. Y assi aun quando no fuera tan natural, y proprio el que damos, y se debe dar à dicha clausula, era menos inconveniente impropiarlo, ò interpretarlo, que dexar, ò revocada, ò sin efecto dicha disposicion. Ex tradit. à Carp. *de exequtor. lib. 2. cap. 2. n. 16. & 17.* Lar. *de Capell. lib. 2. cap. 2. n. 21.* & alij quã plurimi.

44 AD SECVNDVM. El fundamento en que parece estriva mas la ponderacion de los contrarios, consiste en la disposicion de la dicha clausula 14. Y antes de satisfacer, ò expressar el sentido de sus palabras, hemos de suponer, que en las fundaciones, ò testamentos son mas poderosas las clausulas primeras para interpretar las subsequentes, que las subsequentes para las precedentes. Sic tenet Bartol. *in l. quisquis 99. de leg. 3.* Gutierr. *consil. 30. num. 4.*

45 Y en esta suposicion, por lo dispuesto en esta clausula, y considerado lo dispuesto en las antecedentes, nunca se puede entender quiso el Fundador hazer esta Capellania Sacerdotal, sino lo mas, y entendiendola como à los contrarios les ha sonado; lo que de aqui se pudiera probar, era que daba preferencia al Sacerdote ceteris paribus, haziendo la mesma põderacion respecto desta clauſ. 14. que hizimos de la 3. y consta en el numer. 43.

46 Y en este caso; por que esta razon de preferencia (que es quanto mas pueden aprehender los cõtrarios por tal) ha de ser mas poderosa que la de pariente mas cercano (para con el Licenciado Joseph de Argumosa) la de mas pobre, y apto para residir para con el dicho Cura? y ser de la mesma Communidad? que sin dificultad, ni violencia estimò mas el Fundador, como và ponderado, y se pudiera hazer mas larga ponderacion, que se omite por la brevedad que se desea, y porque es cierto no es esta la verdadera inteligencia de la dicha clausula, vt ex sequentibus apparebit.

47 Es sin duda, que lo puesto en las clausulas, como en condicion, no se entiende entra, ni se incluye en la disposicion: vt tenet Menoch. *de succes. tom. 1. lib. 3. §. 26. n. 87. & 88.* Tondut. *resol. ciuil. tom. 2. p. 2. cap. 121. n. 2. & tom. 1. lib. 2. q. 98. per tot.* vbi plures allegat. que es proposicion apud omnes sin duda, y por esto lo es, que la introducion de dicha clausul. 14. no es disposicion; porque solo es la intencion del Fundador proveer la forma que se debe tener para satisfacerse de la habilidad del sugeto, en quien se trata proveer; y como esta habilidad debe ser la suficiente para obtener el orden del Sacerdocio, dize: *No auiendo Sacerdote à quien poder nombrar.* Esto es, no siendo Sacerdote el que se trata de elegir, por la permission que quedava concedida en las clausulas antecedentes, examinese el pretendiente para que no se introduzca en la Capellania el que no fuere habil para el Sacerdocio.

48 De forma, que à lo que se dirige vnicamente la intencion del Fundador en esta clausul. 14. es à disponer el modo de probar la habilidad del no ordenado, como de todas sus palabras expressamente se convence, sin alterar las clausulas antecedentes, ni subsequentes, en que dize *se pueda ordenar à titulo della el pariente mas cercano, se dè à qualquiera, como tenga veinte años,*

y ha-

y habilidad para ordenarse, y las demàs que hablan en este sentido, sin que en ninguna se insinue la calidad del Sacerdocio por razon de preferencia.

49 Vltrà de lo que consta expresso en dicha clausula, se assegura este modo de discurrir, ò interpretar de el modo que ay de interpretar la ley: pues aunque sea cierto, quod lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, *ex l. de precium, ff. de public.* podemos distinguirla, suplirla, ò interpretarla, quando virtualiter continetur in ipsa legè, vel quando in alia reperitur expressum, *vt ad dict. l. tenent. communiter DD. & ad l. Sed & posteriores leges, ff. de legibus.* Deforma, que si se negàra, que la inteligencia de dicha clausula proximè notata non continetur in ea expresè, nec virtualiter, todavia para la dicha inteligencia, ò interpretacion ay seguro recurso à la clauſ. 20. donde señalando las calidades de preferencia entre los Opositores, solo pone las de *mayor parentesco, pobreza, horfandad, y habilidad, sin hazer mencion del Sacerdocio*, como que su intencion, y voluntad no fue dar prelacion al Sacerdote Coopositor.

50 Antes si quiso preferir al no ordenado, para que à este titulo se ordenàra, como se colige de dos circunstancias dignas de ponderacion. La primera, que en la primera clausula, y luego que empezò à hablar de la disposicion de Capellania, expressa la inclinacion de que pueda ordenarse à titulo de ella vn pariente, y despues sin embargo de precisar con quantos vinculos le parecieron necessarios à la residencia, y adelantar no queria se dispensara en esta, encuentra con la dificultad de no poderla vacar al Capellan no residente, y ordenado cõ este titulo, y salva la dificultad, no embarazando la inclinacion que tuvo de que se ordenàran con este titulo el inconveniente de no poderla vacar estando ordenado con ella.

51 Y en la clauſ. 5. hablando del pariente à quien

se

se avia de conferir, dize tenga veinte años de edad, y que en igual grado ha de ser preferido el pariente mas pobre, ò mas habil, à arbitrio de los Patronos, sin hazer mas consideracion mas que de esta calidad, como aptitud ad Sacerdotium, y no del Sacerdocio, ni para qualidad, ni para preferencia.

52 Y sin salirnos de la propria, y yà expressada inteligencia de dicha clausula, para mayor prueba se discurre assi. Si el Fundador, como puso calidad de Sacerdote para escusar la diligencia de examinar al Opositor, huviera puesto la de Doctor, no por esto se podia entender, ni que queria esta qualidad de grado, ni que era razon de preferencia. V. g. *No auiendo pariente mio Doctor à quien poder nombrar, &c.* Porque era visto que como iba à disponer quãdo se avia de examinar el Opositor, para que no se introduxesse el inhabil, prevenia que con este grado, como con el estado de Sacerdocio, se debia omitir esta diligencia. Y por esto se deberà notar la palabra: à quien *poder* nombrar, id est, segun los requisitos, que dexava encargados, siendo el principal el de la proximidad del parentesco; con el qual si huvieramos de entender dicha condicion como suena, y que à contrario sensu disponia: valia bien esta consequencia: *Luego siempre que huuiesse Sacerdote, aunque en grado remoto, se ha de preferir al pariente mas proximo que no lo fuere*; que es absurdo claro, y para evitarlo añadiò la dicha palabra à quien *poder* nombrar. Esto es segun las calidades, y requisitos antecedentes.

53 Y passando à discurrir sobre la inteligencia de dicha clausula, segun los fundamentos legales, y autoridades que aprueban la que hemos dado à la mente del Testador, es principio seguro, que ni à los hijos puestos in conditione se entienden llamados, sino ay otras congeturas de que se pueda persuadir. Sic Tondut. *dicta r. sol. ciuil. tom. 1. cap. 98. num. 1.* con otros muchos deste sen-

fentir. Y en nueſtro caſo tan lexos eſtamos de congeturas, que perſuadan llamado preciſamente al Sacerdote pueſto en condicion en dicha clauſula; que por lo que de otras conſta, es evidente no buſcò el Fundador eſta qualidad, ni como tal, ni como preferencia: pues en la que dà forma para la eleccion de ſugeto, dize *pueda ordenarſe à titulo de eſta Capellania*, y que le baſte la habilidad para el Sacerdocio, y la edad de veinte años; y en la que puſo las calidades prelativas tampoco puſo la del Sacerdocio, como dexamos notado: y aſsi no ſolo no ſe enquentran congeturas à favor de la condicion del Sacerdocio in actu, ſino expreſsiones repetidas, que convencen lo contrario.

54 No tiene duda que ſe notarian diferentes abſurdos en la fundacion, ſi el Sacerdote ſe entendiera llamado preciſamente por lo que ſuena la dicha clauſ. 14. Porque auiamos de entender revocadas las que puſo para regular la preferencia, y ſin efecto las que diſponen *ſe ordene con eſte titulo, tenga la edad de veinte años, y en igual grado ha de ſer preferido el pariente que fuere mas pobre, y ſobre todo el que mas habil, y virtuoſo fuere, aunque ſea mas rico, à arbitrio de los Patronos.* Que expreſsò en la clauſ. 5. con lo demàs ſemejante que cõſta de otras. Y aſsi quando no huviera otra razon debieramos, por evitar eſtos, y demàs abſurdos, congeturar no podia ſer diſpoſicion la condicion pueſta en dicha clauſ. 14. Sic Tondut. *tom. 2. reſol. ciuil. p. 2. cap. 121. num. 12.*

55 Y ſylogizando, como el miſmo Tondut. en los terminos de dicha clauſula pueſta por antecedente la propoſicion de *No auiendo Sacerdote à quien poder nõbrar*, no ſe infiere bien eſta conſequencia: *luego debe nõbrarſe Sacerdote, auiendolo, preciſamente*, ſino eſta: No auiendo Sacerdote en quien concurren las calidades que dexa referidas, el pariente de veinte años en quien

concurran, ha de ser examinado para que pueda ascender al Sacerdocio. De forma, que aqui la disposicion es la forma de probar la habilidad poniendo por condicion para este caso la qualidad de Sacerdote: sic subtiliter dict. Tondut. *dict. tom. 1. dict. cap. 98. num. 12.* Y en el num. 14. haze ponderacion de que en las clausulas, y demàs actos, en que ay diferentes condiciones, y circũstancias, solo debe atenderse à qual sea la principal intencion de la tal clausula, ò acto, ibi: *Principalis intentio sit attendenda.* Y bien claro està qual aya sido la de nuestro Fundador en la referida clausl. 14.

56 Tambien se discurre, que aun entendiendo dicha clausl. 14. en su principio como suena, no avia fundamento para excluir al dicho Don Julian Dominguez: porque aun en sentir de los contrarios, el no ordenado se ha de excluir solo en aviendo Sacerdote, à quien poder nombrar: sed sic est, que se ha debido entender, que en dicha provision no huvo Sacerdote à quien poder nombrar, pues por lo que toca al dicho Cura, por la imposibilidad de residir tempore oppositionis, & provisionis, no se podia nombrar, vt remanet probatum, ni al Licenciado Joseph de Argumosa, por el grado remoto de parentesco en que se halla: luego se pudo, y debiò aun en dicho sentido nombrar à dicho Don Julian Dominguez; y no pudo hazerse en ninguno de los otros dos Coopositores, *quia habens tantum vnam qualitatem ex duabus à Testatore requisitis, non admittitur. Sic Gutier. ex Paris. consil. 2. num. 5.*

57 Ponderavase tambien, que de qualquier forma que se entendiera dicha clausula, solo se podia entender se pedia simpliciter el Sacerdocio, y que en estos terminos la aptitud en el Opositor es suficiente para obtener. Ex tradit. à Les. *de Iust. & iur. lib. 2. cap. 34. dub. 19. num. 96.* Gonzal. *ad reg. 8. à num. 104.* & alij quos refert D. Cast. *controuer. l. 5. cap. 90. à num. 39.* Lar. *de*

Ca-

Capellan. lib. 2. cap. 5. num. 16. que [illegible] como esta aptitud considera el Derecho tenerla el que dentro de vn año puede ordenarse; la mesma tiene por lo dispuesto en nuestra fundacion, el que tiene la edad de veinte años, y habilidad, que quiso el Fundador como aptitud al Sacerdocio. Y mas en el dicho Don Julian Dominguez, que se hallava yà ordenado de Epistola tempore provisionis, y se ordenò de Sacerdote poco despues de vn año de como se le hizo el nombramiento.

58 Y aunque asseguradòs los Patronos con la probabilidad intrinseca, y recto juizio que resulta de los fundamentos, y consideraciones referidas, para assegurarse mas, solicitaron el acierto para la mas acordada provision en la probabilidad extrinseca, con los dictamenes, y pareceres de los primeros Letrados desta Ciudad, que fueron el Doctor Don Joseph Fernandez de Jubera, Canonigo Doctoral desta Santa Iglesia, el Doctor D. Fernando de la Enzina, asimesmo Canonigo, y Abad de Santiago de dicha Santa Iglesia, el Licenciado D. Juan Baptista Muñoz, Abogado de los Reales Consejos. Y de la Corte, el Licenciado D. Francisco Bravo Bobadilla, Licenciado D. Joseph Gurupey, y Licenciado D. Juan de Alcantud, sugetos todos de la primera autoridad, y de quienes nadie ignora, que cada vno solo puede hazer opinion, y todos fueron de la misma en que estavan, y estàn los Patronos, como consta de los pareceres que estàn en los Autos, y precedieron à la dicha provision, con que quedaron ciertos de que obravan lo mejor, lo mas prudente, y acordado.

59 Hasta aqui las consideraciones hechas por los Patronos, y si oy se puede hazer alguna mas, por lo que resulta de lo actuado, y estado à que ha llegado el litigio; entiendo es superabundante, y que nos sobran los fundamentos que se pueden ponderar, especialmente del hecho de hallarse yà ordenado de Presbytero el dicho

cho D. Julian ensula 3. v. 2, pues aun en la suposicion de que esta fuera Capellania Sacerdotal, no ha sobrevenido la qualidad en tiempo que se pueda considerar ay tercero con derecho adquirido, que es el fundamento de los que defienden no aprovecha semejante qualidad superveniente, vt arguit à D. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 37. cum multis quos referunt Add. & Zevall. *commun. contra c. q.* 606. & 693. Didac. Per. & alij ex Lar. *de Capell. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 59. Porque no aviendo en los Coopositores, ni nombramiento, ni institucion, ni proporcion para vno, ò otro, no puede aver, ni considerarse tal derecho. Y siendo como es, y en todos tiempos ha sido mas practicada la doctrina de los que defienden que es suficiente la qualidad semejante, si se halla al tiempo de la institucion, confirmacion, ò collacion, aunque se haga de vn Obispado, no queda ni leve escrupulo en esta materia.

60 Dos circunstancias se ponderan tambien por parte del Doctor D. Juan Antonio de la Camara, tan futiles, que se està en la inteligencia de que no merecen cansar con su satisfacion à los señores Juezes. La primera es, que por las reglas del Choro de la Santa Iglesia de esta Ciudad, se dispone hagan semanas de Missas por su turno los Racioneros medios, como los demàs Prebendados; de donde quieren inferir incompatibilidad para esta Capellania: porque la semana que le tocare à dicho D. Julian Dominguez, no podrà cumplir en la Capilla de Santa Cruz con las tres Missas desta memoria. Y es cierto, y constante, que por dicho turno solo toca à cada vno de los Prebẽdados vna semana de Missas al año, y desta los dias de fiesta se halla libre dicho Don Julian para dezir las Missas en la dicha Capilla. De forma, que por esta causa quando mas serán dos dias en vn año los que se hallarà con este embarazo; y en este se quiere fundar la incompatibilidad: no pudiendo dudarse, que

para

para falta mas consider.ble se dà permiso p.r el Fundador, y con menos causa, ò con ninguna.

61 La segunda circunstancia de que tambien se haze ponderacion por la parte contraria, es la mayor habilidad por el grado de Doctor en Theologia con que se halla condecorado. Y aunque pudiera quedarse sin satisfacion la ponderacion que se haze desta circunstancia, sin embargo menos papel ocupàra aqui la respuesta, que ha ocupado en los autos el alegarla, y probarla: quãdo es sin duda, que la habilidad que apreciò por tal el Fundador, debe considerarse respectivè à la que se necesita para el Sacerdocio, y no habilidad in tota sua latitudine, por no ser como no es este Beneficio de calidad, pues no tiene annexa Cura de almas, obligacion de leer, ni regentar alguna Cathedra, ni tiene mas carga, ni obligacion esta Capellania, que dezir cada semana en la dicha Capilla tres Missas rezadas, de que se convence que para su obtencion no se necesita mas habilidad que la suficiente para el Sacerdocio, con satisfacion, y decẽcia, que fue la intencion del Fundador, explicada con expresiones, que no exceden desta inteligencia, y sentido, que se debe dar à la preferencia de mas habil.

62 Y no es tan voluntaria esta satisfacion, que en los mismos terminos no se halle apadrinada con la autoridad de Juan Gutier. *dict. consil. 2. n. 25.* ibi: *Non obstat altera allegatio dicti Antonij asserentis se esse prima laurea donatum in Sacra Theologia, ac proinde præferendum: quia respondeo quod qualitas hæc scientiæ Theologiæ, neque gradus vaca laureatus non sunt necessaria ad hanc Capellaniam, in qua solùm sunt dicendæ, vel canendæ Missæ, &c.*

63 Y aunque respecto desta Capellania fuera calidad prelativa la del grado de Doctor, no podia ser de mas, ni de tanto aprecio, como la circunstancia de hallarse dentro de la misma Communidad el dicho D. Iu-

lian Dominguez. Es del mismo Iuan Gutier. vbi suprà: y de nuestro sentir ex dictis, de que se concluye, que por qualquiera medio que se considere se debiò hazer como se hizo, el nombramiento en dicho D. Iulian.

PVNTO SEGVNDO.

64 Considerado lo referido, y quando los fundamentos ponderados no asseguraran vn juizio cierto, como asseguran lo fue el que hizieron los Patronos en esta provision: nadie podra dudar, que à lo menos procedieron prudentialiter, y con probabilidad; y en esta suposicion tambien se cree, que en justicia se debe declarar proveyeron bien, que es el segundo punto que ofrecimos probar al num. 8. & ex seqq. apparebit.

65 En la claus. 13. dispone el Fundador, que assi en la adjudicacion que se huviere de hazer de la dote (es à la letra) como en la provision de la Capellania, se estè, y passe en todo, y por todo por lo que los Patronos desta memoria determinaren, y acordaren: porque fio mucho que como personas Eclesiasticas procederàn en todo con rectitud, y buena conciencia. Y si alguna persona pariente mio, ò que no lo sea, apelere para ante Juez de algun decreto, ò adjudicacion que huvieren hecho, diziendo le hazen agravio. A la tal persona que apelare, desde luego la excluyo, y aparto del derecho que pudiere tener à esta memoria, y no quiero que de ella aya, ni lleve cosa alguna.

66 Supuesta dicha disposicion, y supuesto tambien, que el Fundador pudo hazerla, ex notat. à n. 10. & ex tradit. à Gutier. *consil. 2. n. 1.* y que debe ser eficaz, y producir efecto; porque no solo ay texto, ni autoridad que se oponga, sino que es disposicion piadosa, honesta, y justa, *vt ex l. 1. §. 1. ff. à quibus appellare non licet, & alijs iurib.* tenet Mench. *de Testator. potent. lib. 1. §. 30. n. 1.*

*n.*1.& *seqq.*ibi: *Id autem expressim vetitum non reperitur, sed in se pium, honestum, humanum sanctumque præceptum est.*

67 Y se deduce de diferentes ponderaciones que se pueden hazer, assi de la libertad que ay en los contrayentes para prohibir entre si la apelacion, y que la mesma ay en los que quasi contrahen: vt tenet ex Paul. Castren. Gutier. *ad l. Nemo potest de leg.* 1. *n.* 346. & *num. fin.* y el mismo Mench. vbi supra, & probatur, *ex l.* 35. *tit.* 4. *p.* 3. vbi Gregor. Lop. verb. *Peche la pena*, & *ex gloss. fin. in cap. dilecti. de Arbitrijs, cap. quæcumque* 25. *q.* 2. *l. penult. ff. de transaction.* & *l. cum proponas, C. de transactionib.* & *ex alijs iuribus in dictis gloss. citat.* & ex tradit. à Menoch. *de Arbitrijs lib.* 1. *q.* 13. & *q.* 70. como de la libertad que en los Testadores, ò Fundadores ay para diferir al Arbitrio absoluto de otro la provision que importa lo mismo que remitir la disposicion negando el recurso por apelacion, vt tenet dict. Menoch. *dict. q.* 70. *à n.* 13. D. Covarru. *lib.* 2. *variar. cap.* 2. *n.* 5. Anton. Gom. *lib.* 3. *variar. cap.* 1. *n.* 63. & D. Salg. qui plures refert *de Regi. protect. p.* 3. *cap.* 13. *n.* 33. ibi: *At à sententia lata per Iudicem habentem à lege homine, vel statuto liberum, seu absolutum arbitrium appellationi interpositæ non differens vim, nec faciet, & in hoc casu multò minus dandam esse appellationem dixere.*

68 Y supuesto ex dictis, & alijs el valor desta disposicion, se discurre, que para componer vn Arbitrio regulado en inteligencia, y supuesto que lo sea el que se dexò à la conciencia de los Patronos, ex dict. D. Salg. *à num.* 40. con la prohibicion del recurso al superior por la apelacion, no puede dexar de dezirse, que en algun tiempo se ha de considerar como Arbitrio regulado, y en otro como Arbitrio absoluto, y assi dirèmos, que es Arbitrio regulado respecto de los Patronos, y para el punto, y en el in fieri de las provisiones, mas en el facto esse,

esse, y respecto de los Opositores, como absoluto se debe tener por averseles negado, como se les negò por la dicha clausula el recurso de la apellacion, que no se concede quando el Arbitrio es absoluto, vt supponimus in antecedentibus, y de aqui arguìa yo, que al superior que le quedò no obstante la prohibicion deste recurso el conocimiento por el remedio de la apelacion, deberà ser solo para reconocer si procedieron, ò no los Patronos iuxta conscientiam, regulando, como quiso el Fundador la regulàran.

69 Y del argumento, que generalmente se haze contra los que niegan este recurso de apelacion en semejantes arbitrios, se saca este modo de discurrir, & est ita.

70 Quando se niega este recurso al Superior, es abrir la puerta, y dar ocasion à delinquir, dexando libertad para proveer iniquamente, sin el rezelo, ò respeto de que el superior lo aya de reformar, sic tenet Menoch. *de Arbitrar. lib.* 1. *q.* 70. *n.* 3. y dexando este modo de arguir sin responder, como responden los que defiéden la sentencia contraria, se saca esta consequencia; luego quando se provee, ò determina con probabilidad, porque no se incide en este inconveniente, ò iniquidad, se debe dexar correr, y que se subsstenga esta providencia, pues contra ella yà no se halla esta razon de prohibicion, que lo fue para el recurso. Y desta consequencia, y de la antecedente se saca otra: luego este recurso por la apelacion es solo para reconocer si se proveyò con tal probabilidad, que no huvo la tal iniquidad, ni temeridad, ni injusticia, à que no se quiso abrir puerta, dexando la libertad de proveer sin recurso alguno.

71 Y mas en terminos se prueba nuestro modo de discurrir, *ex gloss. tex. in cap. Statutum, de rescript. §. Assessorem, verb. Relinquatur.* Pues aun en caso de vn Arbitrio regulado, aviendo de ser en arreglarse segun la obli-

obligacion del fuero de la conciencia, que fue en el que quiso obligar sólo el Fundador, la probabilidad sola asegura la justificacion de la providencia, ò resolucion, y consiguientemente la confirmacion, ò aprobacion de ella, ibi: *Caveat autem sibi, ne conscientia eius improbabilis sit.*

72 Tambien se prueba de que entonces es permitida la apelacion de la sentencia de el que como arbitro proveyò (sea absoluto, ò regulado el arbitrio, que aora no defendemos vna, ni òtra opinion) quando la providencia es claramente iniqua, ò sin duda injusta, y temeraria, mas no quando es probable, & ideò respectu sui, justamente proveyò, vt tenet Abb. Panorm. *in cap. cum dilectus, de Arbitrijs, n.* 17. Bart. *in l.* 1. *de leg.* 2. & Anton. Gom. *lib.* 3. *variar. cap.* 1. *n.* 63. ibi: (hablando de arbitrio regulado) *Quia in his quæ iudicis arbitrio committuntur, si iudex iniquæ arbitretur, & inferat grauamen potest ab eo appellari, nisi commissum sit libero, & absoluto arbitrio.*

73 Y Maschard. *concl.* 696. *à num.* 9. confirma lo referido: porque solo supone exceso, è injusticia revocable en el recurso de apelacion de lo proveido por el Juez Arbitro, quando el exceso se prueba tan claramente, que el condemnado prueba era ninguna su obligacion, ibi: *Probatur excessus si condemnatus clarè ostendit se in nihilo teneri ex sententia Bald. & alior.* Y aunque no se hiziera tan evidente demonstracion de la certeza, ò probabilidad con que proveyeron los Patronos la presumpcion siempre està por ellos, como por qualquiera otros Arbitros à quienes se comete la providencia, y de quienes el Derecho fia mucho, vt tenet Paul. Castrens. *consil.* 296. y el Fundador en repetidas clausulas hizo expresion de la que tenia de los Patronos.

74 Tambien se debe ponderar para comprobacion deste assumpto, que si comunmente se tiene por justa la

condicion puesta por el Testador, de que no muevan pleytos entre si los coherederos, ò legatarios, y que esta debe observarse, y la pena sub qua imponitur, vt tenet D. Castill. *lib. 5. controuers. cap. 94.* Tambien ay quien la limite en los terminos de moverse pleyto, y recurso al superior, quando con èl se procura remediar notorio gravamen, ò reprimir vna opresion notoriamente injusta. Ex tradit. à D. Covar. *in cap. Raynaldus §. 1. n. 8.* Bald. *in l. 1. C. de his quæ penè nomine, colum. 5.* Immol. *in l. Pater familias testam. ff. de hæredib. instit.* De donde inferia yo luego: el recurso en estos casos al juyzio contencioso, es para reprimir, ò revocar vna notoria injusticia, ò prevenir no tenga lugar vn agravio descubierto, mas no para reformar vna providencia, probabiliter, & prudentialiter sumpta.

75 Sin que à este modo de discurrir haga oposicion la doctrina del señor Salgado vbi sup. à num. 40. ex Lanzelot. que afirma tiene lugar la apelacion de lo proveido por aquellos à cuya conciencia se difiriò, si se añadieron algunas palabras, que miran à la justicia: porque se satisface, que nos hallamos en distinto caso; pues el señor Salg. disputa si tenga lugar la apelacion de lo proveido en arbitrio regulado, y assintiendo à la sentencia afirmativa passa despues à discurrir qual sea arbitrio regulado, y en que tenga lugar la apelacion, y defendiendolo es, quando el encargo de la conciencia se vè mezclado cõ la obligacion de arreglarse à los terminos de justicia, afirma tener lugar en estas circunstancias la apelacion; pero en las de hallarse diferida vna disposicion à la conciencia de otros, y prohibida expresse la apelacion, es otro caso, aunque se mezclen palabras que miren à justicia, que no resolviò en este lugar el señor Salg. ni aora disputamos si tenga, ò no lugar la apelacion, porque lo suponemos, y solo afirmamos, que arreglado el tal arbitrio, que se dexò à la conciencia, à lo cierto, ò à lo pro-

ba-

bable, segun la obligacion deste fuero, teniendo lugar la apelacion, ha de ser para aprobar lo que como cierto, ò como probable se acordò. Contra lo qual no pugna la comun sentencia, que afirma, que de arbitrio regulado est locus appellationi.

76 Y vltimamente à este modo de discurrir obligan los principios ciertos, que parecen paradoxa, scilicet: se difiriò à la conciencia de los Patronos en la provision, quiso el Fundador, que procedieran con respecto à la justicia, prohibiò la apelacion, como consta de la clausl. 13. y tiene lugar esta prohibicion, como se asseguran en las doctrinas referidas, & nihilominus tiene lugar la apelacion à lo menos ante el Ordinario, y solo en el efecto devolutivo, como està executoriado: luego para que todo tenga lugar sin oposicion, el recurso de apelacion prohibido deberà ser solo para reconocer el Ordinario, si en los terminos que obliga el arreglarse en el fuero de la conciencia à los de justicia, se cumpliò con el encargo del Fundador; y como en estos terminos se cumple, si probabiliter se proveè, se discurre deberse aprobar lo que quando menos con probabilidad se proveyò.

PVNTO TERCERO.

77 Parecia aver llegado el caso de practicarse lo dispuesto por el Fundador en dicha clausl. 13. y que se avian sugetado à la pena impuesta los que directamente se han opuesto à su expressa, y deliberada voluntad, y ajustada disposicion: y si antes de aora, y para el recurso por apelacion al Ordinario pudo ser pretexto, y epicheya para no contravenir à dicha disposicion, y evadirse de la pena, la notoria injusticia, que se queria persuadir les hizieron los Patronos: yà ha descubierto la autoridad publica la justificacion con que se procediò; y estando à iure la presumpcion en favor de la justicia del pro-

promovido en dicha Capellania, parece no queda otra ocasion para dar efecto à dicha disposicion, ni otras circunstancias mas precisas de executar su pena: y consiguientemente el Articulo sobre esto introducido, si en alguna ocasion puede tener lugar, es en esta, y si en ella no se le dà, serà lo mismo que declarar no lo tiene, ni puede tener en ninguna la disposicion de dicha clausula, como verèmos en las pruebas siguientes.

78 Es la primera. Los herederos llamados, ò beneficiados por los Testadores, ò Fundadores en sus testamentos, ò otras disposiciones, deben cumplir las condiciones, clausulas, gravamenes, ò prohibiciones, que se les pusieren, como no sean de las roprobadas por Derecho, y yà dexamos fundado en el punto antecedente, que esta no lo es, sino justa, santa, y piadosa, ex traditis à Mench. cum alijs, aliàs inciden en la pena, ò penas, que el Testador, ò Fundador les impusiere, aunque sea de privacion de la herencia, ò beneficio, que del tal testamento, ò disposicion pudieran tener, quedando ipso iure en caso de contravencion, sin poderse ayudar del tal testamento, ò disposicion; y se dexa en comodidad, ò beneficio de los demas coherederos, ò llamados, que observaron las tales condiciones, disposiciones, ò prohibiciones, vt probat. expresse, *ex l. vnica, C. de his quæ pœnæ nomine relinquuntur, text. in cap. Raynaldus de Testament.* vbi D. Covar. *in relicti. ad hunc text.* §. 1. *ex n.* 6. Gutier. *consil.* 18. *n.* 4. latè D. Castill. *lib.* 5. *controu. c.* 94. *per tot.* & præcipuè *à n.* 11. D. Molina *de Hispan. primogen. lib.* 2. *cap.* 14. Mier. de Maior. *p.* 2. *q.* 4. *illat.* 8. Pater Molin. *tom.* 3. *disp.* 615. & ex alijs multis.

79 Luego es sin duda, que la exclusion que hizo nuestro Fundador de los que reclamaran contra la provision hecha por los Patronos apelando al superior, debe tener efecto, yà llegado el caso de padecerla, sino desde que reclamaron los dichos Don Juan Antonio de

la

la Camara, Joseph de Argumosa, y Manuel de Hernan Lopez al juizio contencioso ante el Ordinario; despues, y quando no satisfechos de vno, ni otro apelan sin el afectado pretesto de agravio conocido, y injusticia notoria; y aora se deberà declarar expresse han perdido el derecho que pudieran tener por la dicha fundacion, y llamamientos, ò virtualiter declarandolos no partes, como quienes no pueden valerse de la dicha fundacion, ò ayudarse de sus llamamientos, pues retrotrayendose del tiempo de la contravencion à el de los llamamientos, se aprecia que no los han tenido, segun la mente expressa del Fundador, por las palabras, *desde luego la excluyo, y aparto del derecho, &c.* vt suprà num. 3.

80 Probatur 2. Esto mismo mas à nuestro proposito prueba la doctrina del señor Covarrubias en el dicho *cap. Raynaldus* §. 1. *n.* 8. donde suponiendo que el Testador, ò Fundador con justificacion, y sin oposicion alguna puede poner pena à los herederos legatarios, ò beneficiados, que ad invicem se inquietarè, afirma, que contraviniendo à esta disposicion padecerà la pena el que la contradixere, inquietando, ò molestando à el coheredero, ò persona à quien el Testador, ò Fundador no quiso se le inquietàra, ò molestàra, con que parece no ay duda deben padecer dichas partes la que el Testador impuso contra los que con pleyto, ò recurso al superior molestàran à los Patronos, y à los provistos.

81 Probatur 3. El señor D. Juan del Castillo *dict. lib. 5. cap. 94. à n.* 24. mueve la question, que pregunta, si el Padre lega à la muger en perjuizio de los hijos el vsufructo de todos sus bienes, y pone la pena de que si contravinieren à esta disposicion sea visto por este mismo hecho legarle à la tal muger todo lo que podia de propriedad, y vsufructo en la quinta parte de sus bienes, an sustineatur legatum, vel pœna, contradiziendo los hijos esta disposicion? Y despues de aducir diferentes

fundamentos por vna, y otra parte, reſuelve debe executarſe la pena dandole lugar à el legado del quinto.

82 De donde ſe arguye con gran propriedad en favor de nueſtra propoſicion, ò diſpoſicion, que es tan poderoſa la ley de la voluntad de los Teſtadores, ò Fundadores, que aunque vn extremo tenga tanta repugnancia, como la tiene la diſpoſicion de gravar à los hijos en las legitimas, el otro aunque penal, quia adimpleri poteſt, eſt adimplendum, & pœna exequenda, ſin diminuir ſu eficacia la contrapoſicion de vna diſpoſicion, que tanto reſiſte la ley, que no aviendola, como no la ay, para lo que nueſtro Fundador quiſo obſervàran los beneficiados en ſu fundacion; y no ſolo no la ay, ſino que es vn acto juſto, humano, &c. juſtamente deben padecer la pena à que voluntariè ſe entregaron los contraventores, y à que han dado cauſa cõ vn acto injuſto.

83 Y aqui quiſiera yo preguntar (ſi me fuera licito) à los ſeñores Iuezes, ſi las partes contrarias, como ſe defienden, ſuponiendo no puede tener lugar la dicha pena, pidieran ſe declaràra por nula, y de ningun valor, ni efecto la dicha clauſula, con que fundamento pudieran aſſentir à ſemejante pretenſion, que debiendoſe tener por temeraria, ſe deſcubre no debe quedar ſin efecto, quando ex alio capite no ay excepcion, que impida el que quiſo el Fundador tuviera, y influye ſegun ſu naturaleza.

84 Otra pregunta preciſa en eſtos terminos es: El Fundador haria agravio à dicho Doct. D. Juan Antonio de la Camara, y demàs apelantes, ſi expreſſamente los excluyera en los llamamientos à eſta Memoria, como à otros ſus parientes no llamò, y quedaron excluìdos? No avrà quien tal diga: pues porque no avrà podido excluìrlos pueſta la condicion de ſi apelaſſen? Y eſta pena, aunque no fuera grave delito contra la ley de la fundacion la apelacion, que fundamento puede aver

pa-

538

para que no la padezcan? *Et hoc sanè mirum videri non debet, quia hoc in obseruantiam præcepti Testatoris etiam modici momenti, potest amitti magna hæreditas.* Teste Cantren. *consil.* 292. *n.* 6. *lib.* 2. vbi inquit: *Non parentem mandato Testatoris propter modicum defectum, posse perdere magnam hæreditatem; quia pœna in hoc non debet commensurari culpæ, sed voluntati Testatoris, cui resistere hæres non potest.* Sic Ciarlin. *controu. foren. lib.* 1. *c.* 43. vbi de simili pœna, & eius loco disputat *n.* 22. & 23.

85 Y contra esto no se puede arguir con las doctrinas que defienden, que la clausula appellatione remota regulariter puesta en rescripto, ò otras disposiciones solo impide la apelacion en quanto al efecto suspensivo: porque el fin de la prohibicion del recurso por apelacion, que tuvo nuestro fundador para poner esta clausula, no fue solo, porque desde luego tuviera efecto el nombramiento, sino porque no huviera pleytos, gastos, y demàs inquietudes, que traen consigo semejantes litigios, y mas siendo este entre parientes tan ruidoso, y aun escandaloso por muchas razones, y circunstancias, y no se hallarà otro fin principal leìda la dicha clauſ. 13. Y vistas las doctrinas que hablan del efecto de la de *appellatione remota*, se verà es siempre el de no retardar la execucion de lo proveìdo en virtud del tal rescripto, y disposicion; y en la nuestra es absoluta la prohibicion, no solo de la apelacion, sino de todo recurso. Et principalis intentio sit attendenda, vt notamus ex Tondu. supra n. 55.

86 Y ya dexamos fundado quanto importe mas la prohibicion ab homine jũta con la de à iure, que esta sola; y lo mismo se puede, y debe discurrir en esta prohibicion, que en aquella supra n. 30.

87 Vltimo probatur. Gonçal. disputando quando se deba revocar por atentado lo proveìdo, ò executado in beneficialibus post appellationem, junta, y refiere diferentes casos, que despues limita en varias circunstan-

cias,

cias, que vna es quando se prohibiò por el Fundador in limine fundationis la apelacion, de forma, que suponiendo puede prohibirse esta por los Fundadores, aun siendo los Beneficios Eclesiasticos, donde no ay tanta libertad para poner todas las clausulas, y condiciones, segun el arbitrio afirma, sin duda se debe executar lo proveìdo, sin embargo de qualquiera apelacion, ni rezelo de atentado, porque es execucion de voluntad expressa del Fundador, sic tenet *ad reg.* 8. *Gloss.* 9. §. 1. *n.* 219. ex Lancelot *de Attent. p.* 2. *cap.* 12. *limitat.* 8. *n.* 7. Pues que dirèmos en nuestro caso, que se prohibe la apelacion, y que sin duda quiso el testador fuera eficaz esta prohibicion, poniendo la mayor pena que pudo, y disponiendo sobre la provision de vna Capellania, que no es Beneficio Eclesiastico.

88 Sin embargo de tener por ciertos los fundamentos referidos todavia para descubrir mas su solidez, hemos de aducir las objecciones, que parece se pueden hazer.

89 Arguitur 1. De lo proveìdo, ex arbitrio, aun en la sentencia que defiende, que no tiene lugar la apelacion, se limita, y afirma, que esto se debe entender en aquellos casos, ò negocios, que el perjuyzio que instava à la apelacion era de corta consideracion mas que quando el perjuyzio es grave est locus appellatio, sin que obste la prohibicion regular de la apelacion ab Arbitrijs. Luego en nuestro caso, aunque estè prohibida la apelacion, no debe obstar por ser negocio de consideracion, y ser grave el perjuyzio que las partes apelantes consideran se les ha hecho. Esta doctrina refiere el señor Salg. *ex alijs dict. p.* 3. *cap.* 13. *n.* 31. ibi: *Dummodo intelligatur vt procedat in his quæ sunt parvi præiudicis, &c.*

90 Respondetur. La doctrina referida, aun quando la concedamos cierta, habla en terminos muy distin-

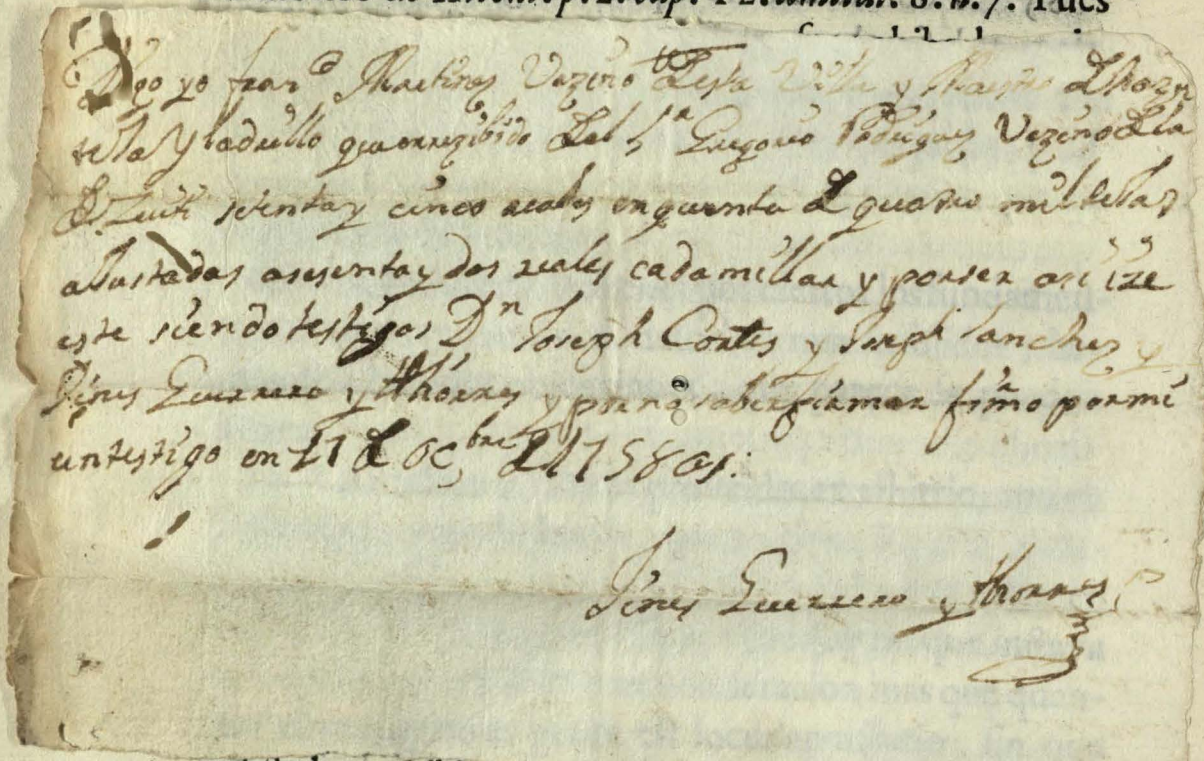
tos

tos que los de nuestro caso, pues este, aunque lo supongamos arbitrio regulado, tiene la calidad de prohibirse expressè la apelacion, y esta se prohibe no de forma que se pueda dezir tendrà lugar solo quando es de corta cõsideracion el perjuyzio que interviene, sino que la prohibicion expressè, y directè mira al punto de la provision, que es el essencial, y substancial, de que no quiere se apele, aunque se supongan agraviados los que por no provistos aliàs pudieran apelar, ibi: dict. clauſ. 13. *O adjudicacion, ò provision que los dichos Patronos ayan hecho, diziendo le hazen agravio à tal persona que apelare, desde luego la excluyo, &c.*

91 Y la doctrina referida habla en terminos de arbitrio regulado, ibi: dict. D. Salg. *n.* 32. *Hactenus de arbitrio regulato*; de forma, que en la questiõ que pregunta vtrùm detur appellatio ab arbitrijs, que deben proveer iuxta regulas, &c. ay comun contra comun, afirmando muchos ex Menoch. vbi supra *dict. lib.* 1. *q.* 70. que aun en este caso, non est locus appellatio, y otros, que absolutè tienen lo contrario. Vt tradit dict. D. Salg. vbi supra, y alguno, ò algunos que quieren introducir media via, no negando absolutè la apelacion, ni concediendola, afirman tendrà quando interviniere grave perjuyzio; y assi la questiõ principal, como la doctrina que media, es en distinto punto que el nuestro, pues consiste solo en que provision regulada, ò no regulada no se dè por sugeta al juyzio contencioso, por la expressa prohibicion del recurso, ò apelacion al superior, y contra esto nada prueba la doctrina, que es medio en la questiõn, an sit locus appellatio ab arbitrio regulato, & consequenter nil contra nos, aunque se afirmara absolutè, tenia lugar la apelacion de qualquiera perjuyzio que interviniera.

92 Arguitur 2. Parece que aun quando tuviera lugar esta prohibicion de la apelacion, y pena que se im-

do, sin embargo de qualquiera apelacion, ni rezelo de atentado, porque es execucion de voluntad expressa del Fundador, sic tenet *ad reg.* 8. *Gloss.* 9. §. 1. *n.* 219. ex Lancelot *de Attent. p.* 2. *cap.* 12. *limitat.* 8. *n.* 7. Pues



Digo yo Juan Martinez Vazino Vezino desta Villa y Alcayde del Castillo que recibio del Sr Lugar Teniente Diego Vazino de la Cueba sesenta y cinco reales y cuarenta y quatro maravedis de costas de sentar dos reales cada millar y poner en cobranza este siendo testigos Dn Joseph Cortes y Joseph Sanchez Pinto Guerrero y Flores y porque sabe firmo por mi un testigo en Villa de Cozar 1758 años.

Pinto Guerrero y Flores

obste la prohibicion regu[illegible] de la apelacion ad Arbitrijs. Luego en nuestro caso, aunque estè prohibida la apelacion, no debe obstar por ser negocio de consideracion,

pone à los contraventores, debiera ser, y executarse en caso que fuera injusta la tal apelacion, y que calumniosè se introduxera el recurso al superior. Mas quando se solicitàra por este medio revocar vna injusta provision, y reformar vn agravio, que ocasionò la pasion, ò el inconsiderado modo de proceder, no debiera prohibirse, y penarse vn medio justo, ni parece que en estas circunstancias se podrà presumir que el Fundador querria dexar à los interessados padecer esta injusticia, sin recurso para el remedio, ex tradit. à D. Covar. *in dicto capite Raynaldus*, §. 1. *n.* 8. Bald. *in l.* 1. *cap. de his quæ pœnæ nomine, colum.* 5. Immol. *in l. Pater Familias testam. ff. de hæred. instituen.* donde afirma, que la condicion, ò pena puesta contra los que molestaren al heredero, legatario, ò otra persona, se ha de entender, si iniustè molestiam intulerint; mas no de aquella molestia de iure, à que diò ocasion la injusticia del tal heredero, legatario, ò persona que se considera apadrinado desta clausula: luego en nuestro caso no deberà tener lugar la dicha prohibicion de apelacion, y execucion de pena, si con justificacion se ha apelado, y movido este pleyto; que à lo menos para conocer desta justificacion, ò violencia, se debe conceder recurso al superior, sin que por este se aya incidido en la pena, ni tenga lugar sin este conocimiento de la justicia, ò injusticia declarar por no partes à las contrarias.

93 Respondetur. Es verdad, que quando el testador pone pena al heredero, ò legatario, que molestare al coheredero, &c. se puede entender quiso evitar solo la molestia de facto injusta, y no la de iure justa.

94 Y de aqui nace, que raras vezes se vèn executadas semejantes clausulas, y el desprecio que se suele hazer de ellas; porque aunque no lo aya siempre, se afecta pretexto justo para litigar; y si se distinguiera de clausulas à clausulas, y de prohibiciones à prohibiciones, y

jus-

justicia afectada à verdadera justicia, mas observancia tuvieran las vltimas voluntades, y disposiciones, y menos pleytos se suscitaran. Lo cierto es, que quando no se descubre, ò presume animo en el Fundador de prohibir, y penar vnas, y otras molestias, se puede entender fue su animo obiar solo las molestias de facto injustas; pero quando vnas, y otras quiso embaraçar, es sin disputa se debe estàr à la prohibicion, sin que con pretexto alguno le pueda recurrir, ni inquietar al que procurò beneficiar. Vt tradit D. Covar. vbi supra, ibi: *Quandoque tamen ex qualitate actus, & ex subiecta materia, vel præsumpta contrahentium voluntate prohibitio inferenda molestia, aut movenda quæstionis, etiam de iusta molestia, aut licita quæstione intelligatur. Ex Gloss. in l. Lucius, §. 12. hæredes, ff. à Trebellianum, & ex alijs iuribus ab ipso traditis.*

95 Y en nuestro caso, sin recurrir à presumpciones, ò cõjeturas, nos hallamos en los terminos de aver prohibido el Fundador los pleytos, no de forma que se pueda discurrir quiso prohibir, y penar solo à los que movieran litigios injustos, sino que prohibiò todo recurso, y apelacion con qualquiera pretexto introducido, siendo su fin escusar todo pleyto justo, ò injusto, y no sugetar el arbitrio de los Patronos, ò provision al superior, ibi: dict. clausul. 13. *Diziendole hazen agravio, &c.* De que resulta no prueba contra nuestra conclusion el argumento referido.

96 Y esta respuesta se confirma mas, y nuestra conclusion se prueba de Afflict. & ex alijs quos refert *decis.* 328. *n.* 5. donde afirman, que aun interviniendo justa causa de litigar, no se escusarà de la pena puesta contra el que litigare, el actor; porque voluntariè, aunque con justa causa entrò en el litigio, que es lo que no sucede al reo, que forçado se defiende, y no es el introducir, ò mover litigio, defenderse. Lo mismo tiene Gramat.

decis.

decis. 83. *n.* 2. De donde se prueba, que quando se pone pena à los que litigaren, se debe executar contra el actor, sin que le escuse la excepcion de que con justicia suscitò el pleyto; porque justo, ò injusto es pleyto voluntario, y el que prohibiò litigar, vno, y otro prohibiò. Y nuestro Fundador quando prohibiò apelar, toda apelacion prohibiò, y fuera sin duda alguna agraviarlo, despreciando esta prohibicion, y dexar sin la pena à los que se han empeñado en despreciarla: *Non leviter offenditur, quando contra eius dispositionem providetur*, que dixo Ciarlin. *controvers. lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 92. Y desta ofensa justamente se solicita la satisfaccion, y que se quede con advertencia del aprecio que merece dicha disposicion, poniendo fin à este pleyto, y à los demàs que el Fundador quiso evitar. Salvo, &c. Cuenca, y Octubre 3. de 1692.

Doct. Don Francisco Arcadio Sanchez Lebron,