

347.922 (46.851) P O R 333.31

EL CONDE DE LA GOMERA
D. JUAN BAPTISTA DE HERRERA
AYALA Y ROXAS, MENOR, CAVALLERO DEL ORDEN
de ~~Castilla~~ y dueño de la Isla del Hierro: y el Marqués
de Adeje, Cavallero del Orden de Santiago, su abue-
lo, como su tutor, y curador.

EN EL PLEITO,
CON DON FRANCISCO BAPTISTA DE LUGO
y del Castillo, Regidor de la Isla de Tenerife,
vna de las de Canaria.

(***) SOBRE (***)
LA PROPIEDAD DE LA SEPTIMA PARTE
de la jurisdiccion, señorío, y vassallaje, quintos, y derechos de
las dos Islas de la Gomera, y Hierro.

*Alcan-
tavo*



las dos Ihas de la Gomera y Hierro.
de la jurisdiccion señoria y castellanija, quinos y derechos de

LA PROPIEDAD DE LA SEPTIMA PARTE

(***) SOBRE (***)

una de las de Canaria.

y del Castillo, Regidor de la Isla de Tenerife

CON DON FRANCISCO BAPTISTA DE LUGO

EN EL PRESENTE

lo, como su tutor, y curador.

de Adelje, Cavallero del Orden de Santiago, su abue-
de ~~Castilla~~ y dueño de la Isla del Hierro; y el Marqués

AYALA Y ROXAS, MENOR, CAVALLERO DEL ORDEN

D. JUAN BAPTISTA DE HERRERA

EL CONDE DE LA GOMERA

P O R

COnfieso, he deseado aver tenido el tiempo mas libre de otras asistencias, y ocupaciones para que su empleo fuesse en esta de tanta obligacion, y à su mayor acierto, temiendo no me suceda lo que dezia Senec. *de brevitate vite, cap. 6. Nulla res bene exerceri potest ab homine occupato,* y à vista deste justo temor, debo confessar tambien, que en orden à cumplir con ella, he procurado aplicar el trabajo, y estudio q̄ à cabido en mas de lo posible, acompañadole de buena voluntad, *studium est vehemens applicatio animi cum magna voluntate ad aliquid agendum sic, Cic. 1. Rhetor. examinando repetidas vezes lo que se avrá de dezir, y fundar, para que tenga la perfeccion, y logro que se desea, expurgandū esse sermonem, & adhibendam esse rationem, quasi ad ebriusam, cum eodem Cic. Declarat. orat.* Y mas aviendo de sujetarse à la censura de tan superior juicio, *ò vtinam causam potius adimpleam, quam paginam, vt cum Sydon. loquar, lib. 4. Epist. 2.*

Para responder Rolando à Valle à la consulta que se le hizo sobre el caso que escriviò el consejo, ó responso setenta del volumen tercero, entrò con estas palabras. *Quoniam quoddammodo impossibile est aliquid terminare ante quam termini questionis intelligantur,* tomando lo de buen original, como de los Emperadores Diocleciano, y Maximiano, *in leg. vt responsum 15. C. de transact. quæ incipit, vt responsum congruum accipere possis insere pacti exemplum.* Y de Domicio Labeon escribiendo à su amigo Celso Iuris Consulto, *in leg. Domitius labeo 27. ibi: Aut non intelligo, quid sit de quo me consulueris, aut valdè stulta est consultatio tua, ff. de testament. ideò premitam (prosigue) seriem facti presentis consultationis, ex quo ius oritur, l. si explagijs, §. inclivo Capitolino, ff. ad legem Aquil.*

Siguiendo, pues, estos documentos, se harà la enaracion de el hecho que contiene esta causa, para que de su serie salgan legitimamente las questiones de derecho, que

En su progreso, se han suscitado por las partes, reduciendole à lo mas breve que ser pueda, hallandonos sin Memorial ajustado, y con el cumulo de tanto instrumento, como se ha presentado en ambas instancias, haziendo con esso casi dificultosa su comprehension, y servirà tambien de disculpa, si acaso corriere la pluma mas allá de lo que se avia pensado, proponiendo lo que principalmente conduxere, y reservando las demas circunstancias, de que se compone para donde tuvieren mejor lugar, que será en cada vno de los articulos de que ha de formarse este papel, teniendo por cierto necessitarà se le supla mucho de lo que le faltare, remedio con anticipada prevencion en los mesmos Emperadores Diocleciano, y Maximiniano, *in rubro cum lege unica, C. ut que desunt, ad vocatis partium index supleat. Ad rem ergo.*

Para responder Rolando à Valle à la consulta que se le hizo sobre el caso que escrivió el conseyo, è respondio tercera del volumen tercero, entio con estas palabras. *Quoniam*

termini per astionem intelliguntur, tornando lo de buen original, como de los Emperadores Diocleciano y Maximiniano, *in leg. ut respondam r. C. de transact. per incipit, ut respon-*

sum congruam accipere possit inferre pacta exemplum Y delo- inicio labeon elcriviendo à su amigo Cello Luis Consul- to, *in leg. Dominus labeo r. l. i. Qui non intelligo, quid sit de quo me consulueris, cui vultis scire est consultatio tua, ff. de testam. l. deo primum (prologus) scire facti presertim consultatio, ex quo in omni, si exply, r. incho. Ca- pultine, ad legem April.*

Significando, pues, estos documentos, se hará la crea- racion de el hecho que contiene esta carta, para que de su serie salgan legitimamente las cuestiones de derecho, que

N. 1.



Agueda de Monte-Verde, vezina de la Isla de la Palma, en Canaria, muger que fue del Regidor Diego de Monte-Verde, tratò de casar à Doña Ana de Monte-Verde su hija legitima, y del dicho su marido, con Don Diego de Ayala, hijo legitimo de Don Guillen Peraza de Ayala, y de Doña Maria de Castilla, Conde, y Condesa de la Isla de la Gomera, y dueños de la del Hierro, y por capitulacion matrimonial la prometió en dote 137. doblas, por cuenta de lo que la dicha Doña Ana avia de aver por la legitima del dicho Diego de Monte-Verde su padre, y lo que sobrasse por lo que pudiera pertenecerle despues de los dias de la dicha Agueda de Monte-Verde, por su legitima materna.

2 Entre las condiciones deste tratado, fue vna, que viniendo en el casamiento los dichos Condes, se les avia de dar 27. doblas porque renunciaran en el dicho Don Diego su hijo, el derecho que tenía á la Isla del Hierro; y tambien por la misma causa se le pagaria à Don Alvaro de fuentes la cantidad del remate de la dicha Isla del Hierro; con tanto, que en la paga, y en lo demás que se diese, no se excediera de 67500. doblas, y no consiguiendosse, se pagarian las 137. en la forma de la capitulacion.

3 Deste prometimiento por Agueda de Monte-Verde, y de la aceptacion de Don Diego de Ayala, y del entrega de la dote, no solo en las 137. doblas que contuvo, sino con mayor aumento, hasta 167. en que se comprehendió el legado hecho á la dicha Doña Ana de Monte-Verde, por Angela de Socaras, su abuela materna, y de los bienes, y partidas en que se dió satisfacion, consta de la escriptura que pasó ante Sancho de Vtarte, Escrivano publico, de la Isla de la Palma, en treze de Febrero del año de 1557. presentada en el pleyto, fol. 362. Ram. 2.

4 Doña Ana de Monte-Verde, estando viuda de Don

Diego de Ayala, Conde de la Gomera su marido, y con siete hijos, varones, y hembras que le avian quedado del matrimonio, tratò de casar à Doña Polonia de Castilla, vna de ellas, con Nicoloso de Ponte y de las Cuevas, vezino de la Isla de Tenerife, para cuyo tratado, y lo que se le avia de dar en dote, otorgò su poder la dicha Doña Ana de Monte-Verde al Licenciado Pedro de Liaño, Juez de Indias de la dicha Isla, por ante Diego Fernandez Ibarra, Escrivano Publico de la de la Palma, su fecha en 24. de Março de el año de 1592. està presentado, fol. 260. Ram. 1.

5 En virtud del qual, la pudiesse obligar à que daria, y entregaria toda la legitima q̄ le perteneciesse à la dicha D. Polonia, assi de parte de su padre, como de la suya, las clausulas deste poder, que parece conducen son.

E que la parte que le perteneciere à la dicha Doña Polonia mi hija, por heredera del dicho Cõde su padre, se le aya de dar, y entregar luego que se aya hecho particion entre mi, è los demàs mis hijos, è que esta partticion se hará cada, y quando que se pida por qualquiera de las partes; y que entretanto ayan de ser señores, è poseedores de la dicha legitima que està proindiviso, è por partir, los dichos Doña Polonia mi hija, y el dicho señor Nicoloso de Ponte, su esposo.

E que la parte q̄ huviere de aver por mis bienes, y herencia, la aya de tener yo, y gozar della todo el tiẽpo de mi vida, y hasta que en mis dias sea mi voluntad de se la dar, y entregar, sin que se me pueda pedir, ni pida por razon desto cosa alguna; è que yo me obligue que no defraudarè à la dicha Doña Polonia mi hija en su legitima, en poca, ò en mucha parte, por ninguna via, ni manera que sea. E que no mexorarè à ninguno de mis hijos, ni à otra persona alguna, si no fuere en cantidad de 30. ducados, que en esta cantidad de los dichos 30. ducados he de tener libre voluntad para mexorar, è donar, è disponer, como bien me pareciere, y en favor de quien quisiere, en testamento, ò en otra qualquier manera.

6 Usando de este poder el dicho Licenciado Pedro de Liaño, en 31. de Mayo del mismo año de 1592. otorgò es-

2

criptura de promessa dotal, por ante Alvaro de Quiñones, Escrivano Publico, de las partes de Daute, en que obligó à la dicha Condesa Doña Ana de Monte-Verde, y à sus bienes, à todo lo referido, y à que *por fin, y fallecimiento* de la su- so dicha, abrian los dichos Nicoloso de Ponte, y Doña Polonia de Castilla, y sus herederos, la legitima que le podia pertenecer de la dicha Condesa su madre, cuya promessa aceptó el dicho Nicoloso de Ponte, y Doña Maria de las Cuebas su abuela, y tutora, consta fol. 192. Ram. 1.

7 Este matrimonio tuvo efecto, y dél nació vna hija, à quien pusieron por nombre Polonia, de cuyo parto murió, la dicha Doña Polonia de Castilla su madre; y como dos años despues de su muerte, falleció tambien la dicha Polonia hija, sobreviviendo la dicha Doña Ana de Monte-Verde su abuela; y estando vivo asimismo el dicho Nicoloso de Ponte su padre.

8 El qual casó segunda vez, de cuyo matrimonio tuvo por su hija à Doña Francisca de Ponte, y en el testamento que el dicho Nicoloso de Ponte su padre otorgò en 27. de Agosto del año de 603. por ante el dicho Alvaro de Quiñones, Escrivano Publico: suponiendo le pertenecian en las Islas de la Gomera, y el Hierro, las dos legitimas de Doña Polonia su hija, en los bienes de Don Diego de Ayala, y de Doña Ana de Monte-Verde, Conde, y Condesa de la Gomera, hizo mejora à favor de la dicha Doña Francisca su hija, de toda la herencia; derecho, y accion que podia pertenecerle en las dichas Islas de la Gomera, y el Hierro, para que lo huviesse, y llevasse para si, por via de mejora, y le nombrò por su tutor à Lucas Martin de Alçola, Ram. 1. fol. 378.

9 Para en pago desta mejora, en la particion de los bienes que se hizo por muerte del dicho Nicoloso de Ponte, se le adjudicaron à la dicha Doña Francisca de Ponte su hija, 2. q̄s. 400y. maravedis, de las partes que se dixo tenia su padre en las Islas de la Gomera, y el Hierro, segun parece de el testimonio presentado por la parte de Don Francisco Baptista de Lugo, fol. 305. Ram. 1.

10 Lucas Marrin de Alçola, como tutor, y curador de la dicha Doña Francisca de Ponte, con informacion de utilidad, y licencia judicial, en 25. de Octubre del año de 607. vendiô à tributo à Diego, y Antonio de Espinosa, hermanos la septima parte de las dichas Islas de la Gomera, y el Hierro, y de los demás bienes contenidos en la carta de dote de Doña Polonia de Castilla, segun avia pertenecido à la susodicha, y pertenecia à la dicha Doña Francisca de Ponte, por precio de 500. reales de principal, de que avian de pagarse renditos en cada vn año à raçon de cinco por ciento; para cuya seguridad se obligaron con sus personas, y bienes los dichos Diego, y Antonio de Espinosa, y con hipoteca de los q̄ compravan à tributo, y de otros que señalaron, prohibiendo la enagenacion de todos ellos, sin la carga dél, como cõsta de la escriptura desta venta à fol. 159. y 434. Ram. 1.

11 Con este titulo, en 8. de Noviembre de el año de 607. los dichos Diego, y Antonio de Espinosa, pidieron en la Audiencia de Canaria possession proindiviso de estos derechos, y se les mandò dar debaxo de fiança, de q̄ si no lo huviesse de aver lo restituirian, y este auto se despachò. *Aviedo contradicho Doña Ana de Monte-Verde, que aun vivia estonces.*

12 Despues de esto, en 23. de Diziembre de el año de 608. en la mesma Audiencia de Canaria presentò petition la dicha Doña Ana de Monte-Verde, representando algunos inconvenientes, de que los Espinosas vsassen de la possession en quanto à la jurisdiccio ordinaria de la Isla del Hierro, y se despachò provision como lo pedia, atento à los inconvenientes que representava, para que no vsassen de la dicha jurisdiccio ordinaria: y se mandò notificar à los que pretendian señorío en la Isla de el Hierro, que dentro de vn mes se ajustassen en el modo de exercer la jurisdiccio.

13 El dia siguiente a este despacho la dicha Doña Ana de Monte-Verde, haziendo relacion, de que todos los bienes que avian quedado de Don Diego de Ayala su marido, eran dotales suyos, haze particion dellos entre Don Galpar de
Caf-

Castilla, Don Diego de Ayala, y Doña Agueda de Castilla; y divide las Islas de la Gomera, y el Hierro, dando la Gomera à Doña Agueda, y à Don Gaspar, y la Isla del Hierro à Don Diego de Ayala; y parece que por no averse concordado en nombrar, como estava mandado, por el auto de 23. de Diciembre, se diò auto en el año de 614. para que Don Diego de Ayala y Roxas nombrasse treze meses Alcaldes, y vn mes los dichos Espinosas, segun consta à fol. 227. y 288. B. Ram. 1.

14 Y en quanto à aver nombrado los Espinosas en la Isla del Hierro, estàn presentados en el pleyto algunos testimonios; pero en quanto à que estos se obedeciessen, ni que los Espinosas percivieran derechos de quintos, no consta de possession alguna; antes bien algunos testigos deponen, que siempre avian conócido los Quintadores nombrados por el Conde de la Gomera, y que percebian los derechos en la Isla; y otros dicen no saben que los Espinosas se intitulassen señores de la Isla, y otros, que aunque se intitulavan assi, no saben fuesse con noticia de los Condes de la Gomera.

15 En el mesmo año de 614. Doña Francisca de Ponte, cuyo tutor avia vèdido à los Espinosas este derecho, otorgó su poder para testar à Francisco Xuarez de Lugo, y en él instituyó, y nombró por heredero à Francisco Baptista Pereyra de Lugo su marido, padre de Don Francisco Baptista de Lugo y del Castillo, que oy litiga, y sobre la validacion de este testamento huvo diferentes autos, y por testimonio que dió Don Geronimo Baza, Escrivano de la Isla de Tenerife, consta aver avido auto, en que sin embargo de la contradiciõ hecha por los hermanos, herederos legitimos abintestato, de la dicha Doña Francisca de Ponte, se le mandó dar la possession de los bienes de la susodicha, al heredero instituido por ella; de cuyo auto se apeló, y por entonces se quedó en este estado, como mas por extenso se dirà en el lugar adonde tocare.

16 Despues de lo qual parece, q̄ el dicho Francisco Baptista Pereyra de Lugo, executó á los Espinosas por el tribu-

to de 500 reales; en el año de 19. y en el de 22. se remataron algunos bienes de los Espinosas, y la parte de la jurisdicción; y no consta que el dicho Francisco Baptista de Lugo la exerciese en las Islas de la Gomera, y el Hierro. Y en el año de 1640. Lorenço Pereyra de Lugo, como tutor del dicho Don Francisco Baptista de Lugo, otorgò escritura de transacción, cō los herederos de los Espinosas, y estos le retrocedē, renuncian, y traspasan al dicho Don Francisco Baptista de Lugo, el derecho que tenían à esta jurisdicción; y el dicho tutor les dà por libres del tributo de los 500 reales, y que se le buelvan sus bienes à los Espinosas; y con efecto se executò la transacción, en cuya virtud 24. años despues que fue en el de 64. puso su demanda el dicho Don Francisco Baptista de Lugo, por los fundamentos que adelante en ella se referirán.

17 Halláse hechas dos fundaciones de Mayorazgo, ambas con facultad Real; la vna por D. Gaspar de Castilla, hijo de los dichos Don Diego de Ayala, y Doña Ana de Monte-Verde, Conde, y Condesa de la Gomera, en el año de 618. en que incorporò la quarta parte de la jurisdicción, alto, baxo, mero, y mixto imperio de la Isla de la Gomera, con lo anexo, y perteneciente, y la mitad de los almozarifazgos, quintos, y derechos que le pagavan, è incorporò otros muchos bienes, y tributos de la dicha Isla de la Gomera; nombró por primero sucessor en este Mayorazgo à Don Diego de Guzman su hijo, y à su descendencia, è hizo otros llamamientos consta desta fundacion, à fol. 205. Ram. 2. B.

18 La otra fue de Don Diego de Roxas y Sandoval, hijo tambien de los dichos, Conde, y Condesa, hermano del dicho Don Gaspar de Castilla, en el año de 622. aviendo ganado la facultad para ello, desde el año de 615. en cuya fundacion por primera pieza vinculò la Isla del Hierro con su jurisdicción, vassallage, y todo lo q̄ le pertenecia; y la octava parte de jurisdicción, quintos, montes, y derechos de la Isla de la Gomera; y por no aver tenido hijos en su matrimonio, nombró por primero sucessor en este Mayorazgo

4
go à Don Diego de Guzmán su sobrino, hijo del dicho Don Gaspar de Castilla su hermano, consta à fol 271. Ram. 1.

19 Demàs destas fundaciones de Mayorazgo, se halla tambien otra muy antigua; porq̄ es constante q̄ Diego Garcia de Herrera, Veintiquatro que fue de Sevilla, y Doña Ynes de Peraza su muger, en 25. de Noviembre del año de 1476. ganaron facultad de los señores Reyes Catolicos para poder hazer vn Mayorazgo, dos, ò tres, de todos sus bienes, Islas de Canaria, y heredamientos que hasta estonces tenian, y adelante tuviesse, en sus hijos, y descendientes, ò en qualquiera dellos, para que los huviesse por titulo de Mayorazgo, segun que por ambos fuesse hecho, por titulo de donacion, ò de contrato, testamento, ò otra postrimera voluntad, y para poderlo revocar, é tornar à facer de nuevo, è añadir, è menguar quãtas vezes ambos quisiesse; assi en los bienes, como en los llamamientos, y demàs clausulas, y condiciones que bien visto les fuesse.

20 En 14. de Setiembre del año de 1484. por ante Marcos Luzardo, Escrivano Publico de la Isla de Lançarote, el dicho Diego Garcia de Herrera intitulado señor de las Islas de Canaria, diò, y otorgò su poder à la dicha Doña Ynes de Peraza su muger, para que pudiesse hazer Mayorazgo de la parte de los bienes de ambos que tenian, y posseian, y de alli adelante tuviesse, en Fernãdo de Peraza su hijo segundo, y en la forma que lo dispusiera, quiso le obligasse, y quedar obligado à su cumplimiento; este poder està à fol. 75. Ram. 2.

21 La dicha Doña Ynes de Peraza, aviendo fallecido el dicho Diego Garcia de Herrera, por escriptura publica en 25. de Febrero del año de 1488. usando de la facultad Real que avian ganado, y con el poder dado por su marido, estableciò, y fundó Mayorazgo perpetuo en el dicho Fernando de Peraza su hijo segundo (como lo tenia dispuesto su padre) y en sus hijos, y descendientes, por donacion irrevocable de las Islas de Lançarote, el Hierro, la Gomera, Fuerte Ventura, é de todas las otras, à que derecho, è accion tenia, y hizo dife-

ren-

rentes llamamientos regulares, añadiendole clausula de poderle revocar por si mesma, y no por otra persona, durante los dias de su vida, y vender las dichas Islas, y todos los bienes contenidos en el Mayorazgo, o parte dellos, trocarlos, o cambiarlos, enagenarlos por qualquier titulo, causa, o rason que quisiessse, obrando esto en su vida; y en caso de no disponerlo assi, avia de quedar firme, y valedero el dicho Mayorazgo en todas sus clausulas, y llamamientos, y en cada cosa, y parte dello, sin que por otra ninguna persona se pudiesse revocar por carta, ni testamento, ni codicilo.

22 Despues en 8. de Mayo del año de 1492. à instancia, y suplica de Doña Beatriz de Bobadilla, viuda, muger que fue del dicho Fernando de Peraza, primer llamado al Mayorazgo, como tutora, y curadora de Guillen de Peraza su hijo, y del dicho su marido, se aprobò, y confirmó por su Magestad esta fundacion, segun, y como en ella se contenia, despachandose para ello su Real Cedula de confirmacion.

23 Dió principio a esta causa la demanda que en 17. de Julio del año de 64. por caso de Corte puño en la Audiencia de Canaria Don Francisco Baptista de Lugo y del Castillo, à Don Diego de Ayala y Roxas, Conde de la Isla de la Gomera, y dueño de la del Hierro, pretendiendo se avia de declarar aver sucedido, y heredado las dos legitimas, paterna, y materna, en los bienes de D. Diego de Ayala, y D. Ana de Mõte-Verde; y especialmẽte las dos septimas partes de las Islas de la Gomera, y el Hierro, y de su jurisdiccion, anexo, y perteneciente, por cabeça de Francisco Baptista Pereyra de Lugo su padre, heredero q̄ refiere fue de D. Francisca de Ponte su muger, y esta de Nicoloso de Ponte su padre, dueño que dize fue de lo referido, como padre, y heredero de Doña Polonia de Castilla su hija, y esta de D. Polonia de Castilla su madre, y muger del susodicho, hija, y heredera de los dichos Don Diego de Ayala, y de Doña Ana de Monte-Uerde, Condes de la dicha Isla de la Gomera, y dueños de la del Hierro.

24 Y respecto de que siguiendose esta causa, falleció el
dicho

5
dicho Conde Don Diego de Ayala; por su muerte se ha
proseguido con el Conde su hijo, y el Marques de Adexe su
abuelo, como su tutor, y curador por ser menor, cuya defe-
sa, y excepciones alegadas por padre, y hijo, en respuesta, y
exclusion de la demanda antecedente, se reducen à que Don
Francisco Baptista de Lugo no era parte para lo que pre-
tendia, por fundarse en el testamento de Doña Francisca de
Ponte, el qual estava controverso, y litigioso; y aunque por
el Teniente de la Isla de Tenerife se avia mandado dar la
possession à su padre, estava apelado desta sentencia, con que
avia quedado sin efecto para la pretension que introducía
aora en propiedad; y que como actor debia legitimar su per-
sona sin escrupulo alguno, y hasta q̄ se supiesse el exito de la
apelacion, es cierto no tenia derecho.

25 Tambien se alegò que estos bienes eran de Mayo-
razgo antiguo, fundado por Doña Ynes de Peraza, y Diego
Garcia de Herrera su marido (de quien descenden los Con-
des de la Gomera) para lo qual se presentó por parte del Cō-
de la escriptura, y papeles en ella insertos, referidos al num.
19. hasta el 22. sacados del Archivo de Simancas, concedula
real, despachada para ello, y citacion de la parte contraria.

26 Don Francisco Baptista de Lugo, con vista de esta
escriptura de Mayorazgo, y su confirmacion, presentó vn
testamento, que suena otorgado en el año de 1503. por la di-
cha Doña Ynes de Peraza, en que instituye por herederos
en iguales partes à sus hijos, y aprueba cierta donacion, he-
cha à Sancho de Herrera, Doña Maria de Ayala, y Doña
Constança Sarmiento, de las Islas de Lançarote, y Fuerte-
Uentura; y tambien se presentò vn codicilo hecho por la
misma, en que expresamente revoca el Mayorazgo.

27 Estos instrumentos parece los sacò Don Francisco
Baptista, de vn pleyto que se siguiò en Granada, con el Ade-
lantado Don Pedro Fernandez de Lugo, y Don Guillen Pe-
raza, donde aviendo alegado, que estos bienes eran de Ma-
yorazgo antiguo; se avian presentado estos instrumentos, y
conforme à ellos se avia dado la sentencia, teniendose por li-

bres, y se alegó, que estos bienes demás de la revocacion que avia del Mayorazgo, se avian poseido como libres; pues el mesmo Don Guillen Peraza los obligò à la dote de Doña Ynes de Herrera, imponièdo sobre ellos el tributo de 2000. maravedis cada año en el de 1508.

28 Por parte del Conde se redarguyeron de falsos los instrumentos de testamento, y codicilo, porque para presentarlos en el pleyto de donde se sacaron, no se citò à Don Guillen Peraza de Ayala, ni tampoco precediò informaciòn, de que Bartolomé Sanchez de Porras, q̄ era el Escrivano ante quien suena otorgado, fuesse Escrivano, ni tampoco Rodrigo Sanchez de Porras, que es el que le saca, que dize es su hijo, y que el testamento, y codicilo no los firmò la testadora, ni rogò à testigo alguno que lo hiziesse por ella, ni intervieron las solemnidades de derecho, pues solo se hallan dos testigos instrumentales, requiriendo la ley del fuero, y recopilada cinco testigos, ò à lo menos tres, que sean vezinos del Lugar donde se otorga, y que este requisito es tan esencial, que destruye totalmente la fé de los instrumentos; y que si Don Guillen Peraza huviera alegado estos defectos que constan del processo, fol. 312. Ram 2. no se huviera dado la sentencia en aquel pleyto, como se dió.

29 Añade el Conde, que quando fueran ciertos los instrumentos, Doña Ynes de Peraza no pudo poner la clausula de poder reuocar el Mayorazgo por ser cierto que Diego Garcia de Herrera obtuvo titulo de Conde de la Gomera, como consta del memorial que se dió por parte del Conde à su Magestad, y se presentò en el pleyto por la contraria, y que le dieron los señores Reyes Catolicos, de mas del Condado, la jurisdiccion de la Isla de el Hierro, con que estos bienes de su naturaleza fueron de Mayorazgo legal, y no sujetos à division; y tambien que consta del mesmo memorial, y por el parecer del Prior del Prado (que despues se referirà mas por menor) que en la conquista de las Islas puso mucho trabajo, cuydado, y desvelo, y mucha hazienda, Diego Garcia de Herrera, marido de la dicha Doña Ynes, y que

que aviendo este dado poder para fundar Mayorazgo, y muerto debaxo de esta disposicion, y valido se Doña Ynes del poder de su marido para fundarle, quedò irrevocable su fundacion.

30 Y que quando todo faltara, aviendose otorgado cõ facultad real el Mayorazgo, y confirmadose en toda forma por su Magestad, no se pudo revocar sin nueva facultad; y que no embaraza el que Don Guillen huviesse obligado estos bienes à la dote de Doña Ynes de Herrera, porque no pudo dañar este error à los sucesores que entran por su derecho proprio, demas que esta obligacion era carga precisa del Mayorazgo, por ser nieta la dicha Doña Ynes de Herrera de los Fundadores, à quien el poseedor tenia obligacion à alimentar, y dotar, sin que por esto ofendiesse la primitiva naturaleza de Mayorazgo; y que por estas consideraciones no tenia derecho Don Francisco Baptista à pedir à estos bienes, por no ser sujetos à division, mas de cien años antes de que se le huviesse podido deferir algun derecho; y que en quanto à la donacion que se dize hizo Doña Ynes, de las dos Islas de Lançarote, y Fuerte-Uentura, le queda reservado el derecho para recobrar las de los poseedores que las tuvierẽ.

31 Demàs desto alegó el Conde, que sin perjuizio desta defensa, y en caso que se estimassen las dichas dos Islas de la Gomera, y el Hierro, por bienes libres, no tenia derecho alguno à ellas Don Francisco Baptista; porque de la legitima de Doña Ana de Monte Verde no podia pretender nada, por aver sobreviuuido à su hija, y nieta, como queda assentado, n. 7. pues en 24 de Octubre de 598. pidiendo Nicoloso de Ponte la possession por muerte de su hija Doña Polonia la menor, se mandó citar à Doña Ana de Monte Verde à fol. 290. y fol. 298. Ram. 1. y consta que otorgó su testamento onze años despues en 24. de Febrero de 609. ante Christoval Diaz de Aguiar, Eseriuano Publico, que está à fol. 33. B. Ram. 2. conque no se puede dudar conforme al contexto de los autos, que Doña Ana de Monte Verde sobreviuiesse à su hija, y nieta, mas de onze años; y que por esto no llegó el

el caso de deferirse esta legitima, pues conforme a las capitulaciones referidas en los nn. 4. 5. y 6. quedó reservado para despues de sus dias, que era quando se avia de deferir, y caducó por la superviencia.

32 Y que en quanto à la legitima de Don Diego de Ayala no hubo bienes, por ser cierto que estando casado con Doña Ana de Monte-Verde, redimió junto con Pedro Xuarrez de Castilla, y con los herederos de Don Melchor de Ayala, la Isla de la Gomera, de Don Alvaro de Fuentes, que la tenia rematada, por derecho de prenda, y pagaron por tercias partes 200 ducados de plata de corridos, del tributo de 2000 maravedis cada año, que avia impuesto sobre la Isla de la Gomera D. Guillen Peraza de Ayala, por la dote de Doña Ynes de Herrera, y tuvieron el señorío por tercias partes, y à Don Diego le tocó vna, como consta de la escriptura de transaccion, otorgada en el año de 1567. que está à fol. 122. Ram 2. y despues los sucesores han ido adquiriendo por casamientos, compras, y herencias las otras partes, de que se halla oy dueño el Conde, que no tienen que ver con el derecho de la parte contraria.

33 Y en quanto à la Isla del Hierro tampoco puede tener fundamento; porque aunque la compró Don Diego de Ayala de Don Guillen Peraza de Ayala su padre en do de Agosto del Año de 1561. fue tambien constante el matrimonio, y por averse puesto pacto en las capitulaciones de Agueda de Monte Verde para casar à su hija Doña Ana, con Don Diego de Ayala, que se le avia de ceder, y renunciar por Don Guillen su padre, la dicha Isla del Hierro, y desempeñar la de la Gomera, pagando la cantidad que fuese necesaria de las 1300 doblas, y demas ofrecido para este casamiento, cuya escriptura se otorgò en la Isla de la Palma, en el año de 1555. de que se haze mencion en el ingreso deste informe, y la venta, y de empeño de la Isla de la Gomera, y el Hierro fue mucho despues, y en execuciõ de los tratados matrimoniales, y con la dote de su muger.

34 Y reconociendo ser esto cierto, el mesmo D. Diego de Ayala en el año de 1575. haze declaracion à favor de Doña Ana de Monte-Verde su muger, de que estos bienes son dotales suyos, como consta à fol. 115. Ram. 2. y despues aviendo comprado otros bienes en las mesmas Islas; haze otra declaracion, refiriendose á la antecedente, que esta à fol. 205. B. Ram. 1. y de todos estos bienes la dà la posesion para que use dellos como dotales à su voluntad, con que queda sin duda, de que aunque pertenecia à Don Diego de Ayala la tercera parte de la Isla de la Gomera, y la Isla del Hierro, fue con los bienes dotales de su muger Doña Ana de Monte-Verde, y en execucion de los capitulos matrimoniales, y no teniendo la parte contraria derecho alguno à estos, queda desvanecida su pretension.

35 Contra estos instrumentos se opuso, que no estaban sacados legitimamente, pues aviendose redarguido de falsos en primera instancia en la Audiencia de Canaria, y perdido en esta de la apelacion que se bolviessen à sacar, aunque se citò al Procurador, este sacò provision para que se citasse à su parte en persona; y que aviendose presentado en la Isla de Tenerife, se mandò por el Alcalde mayor que se notificasse al Marques de Adexe, tutor del Conde, se cumpliesse con la provision, y que no sacase instrumento alguno sin citacion de Don Francisco Baptista, y que le señalasse dia para que se pudiesse hallar á la compulsa, y que aunque se citó en persona à Don Francisco Baptista, no se señaló termino.

36 Por parte del Conde de la Gomera se dixo, que los instrumentos estaban legitimamente sacados; porque la provision desta Real Audiencia no mandava otra cosa que se citasse à Don Francisco Baptista, lo qual se hizo, y que el Alcalde mayor de Tenerife, como mero executor de la provision no pudo añadir la circunstancia de señalamiento de termino, el qual no era necessario citandolo en persona, demás de que el Marques no podia saber quando se avia

de sacar, respecto de aver de ser en la Isla de la Palma, y ser necesaria embarcacion, y la parte contraria pudiera aver señalado persona en la mesma Isla, para que los viesse sacar, o sino sabiendo el Escrivano ante quien paravan los autos, pudiera aver embiado à reconocer su verdad.

37 Oposose tambien que no hubo ofrecimiento de dote en el casamiento de Doña Ana de Monte-Verde, y que la escriptura que nueuamente se ha presentado, no podia tener fuerça alguna, respecto de estar sin protocolo, ni aver mas comprobacion que aver pedido el Marques de Adexe en el año de 72. que se hiziesse poner en vno de los registros de Escrivanos Publicos el dicho instrumento. A que se satisfizo, diziendo: Que no era de essencia el protocolo, y mas constando por testimonio autentico, que con la inūdacion de la Isla de la Palma, que es notoria, se avian perdido los registros de Sancho de Virarte, y que solo se hallavan algunos quadernos muy maltratados de aquellos años; conque aviendo reconocido el Marques el Archivo de el Conde su menor, hallò la escriptura original, y con la autoridad del Escrivano, y tambien del suceso de la Isla, se mandò poner en protocolo la dicha escriptura, y otras que Don Diego de Ayala avia presentado en el año de 62.

38 En este pleyto, la Audiencia de Canaria despues de largo conocimiento de causa, pronunciò su sentencia, por la qual absolviò, y diò por libre al dicho Don Diego de Ayala y Roxas, Conde de la Gomera, de la demanda puesta por Don Francisco Baptilla del Castillo, en quanto à las dos septimas partes, de jurisdiccion, vassallage, quintos, y derechos, y lo demás perteneciente al Estado que pretendia tener à la Isla de la Gomera; y en quanto à las dos septimas partes que pretende tener en la Isla del Hierro, declarò pertenecer al dicho Don Francisco Baptista, por el derecho de Diego, y Antonio de Espinosa, solamente la catorzena parte de jurisdiccion, y señorío, quintos, y derechos de dicha Isla del Hierro, con los frutos, y rentas, desde la notificacion
de

de la sentencia, y en todo lo demás pretendido, dió por libre al dicho Conde de la Gomera, y à sus successores.

39 De esta sentencia està apelado por ambas partes à esta Real Audiencia, pretende la de el Conde se confirme en quanto es en su favor, y que se revoque en lo que es en su perjuizio, absolviendole, y dandole por libre en todo, de la demanda puesta por Don Francisco Baptista, para lo qual, *Et ut debito ordine procedamus* con la claridad que es necessario, se dividirá este papel en quatro articulos, proponiendo en cada vno los fundamentos de derecho que justifican la pretension de el Conde, y excluyen la de contrario.

Serà el primero, que Don Francisco Baptista no es parte, para lo que pretende.

El segundo, que las Islas de la Gomera, y el Hierro, en que pretende tener parte, como libres, son de Mayorazgo antiguo, no sujetas à division.

El tercero, que en caso de estimarse como bienes libres, no puede tocar nada al dicho Don Francisco Baptista, en quanto à la parte de legitima de Doña Ana de Monte Verde, ni à la de D. Diego de Ayala.

El quarto, y vltimo, que quando huviesse avido bienes de Don Diego de Ayala, està prescripto el derecho de poderlos pedir por el transcurso de tiempo.

* ARTICULO PRIMERO. *

QUE DON FRANCISCO BAPTISTA

no es parte para lo que intenta.

40 **D**on Francisco Baptista pretende, como heredero de su padre, que lo fue de Doña Francisca de Ponte, y el testamento desta està controverso, y litigioso, y aunque se le mandó dar la possession de los bienes, quedò

8
apelado deste auto, como diximos, sup. nu 24. Y siendo vno de los principales fundamentos del juicio la legitimacion de la persona *cum non antea iuris ratio, quam persona querenda sit*, ex Consulto, in leg. *quidam res runt* 14. ff. de iur. codicil. leg. *si queramus* 4. ff. de testam. devió constar sin escrupulo alguno de esta calidad tan esencial: sic ex Dom. Valençuel. *consf.* 176. *num.* 1. Posteo observat. 87. *num.* 3. Dom. Olea, de *cess. iur. & act. tit.* 6. *quest.* 9. *num.* 4. noviter Pereyra de Soufa, in *tract. de revisionib. cap.* 62. *n.* 4. vbi plures refert.

41 Y el que entra como heredero de otro, debe probar el ser heredero, ex text. in leg. *non ignorat* 9. C. de *his qui accusare non poss.* y por la regla vulgar de que *qui vult admitti ut talis debet probare esse talem*, pro vt notat Lucas de Penna, in leg. 2. C. de *delatorib. lib.* 10. *num.* 24. Menoch. de *presumpt. lib.* 2. *presumpt.* 32. *num.* 1. & de *adipiscend. posses. remed.* 4. *num.* 441. & de *recuperand. remed.* 15. *num.* 272. ex leg. 1. §. *si ea quæ vbi Gloss. ff. de ventr. in poss. mittend.* Peregrin de *fideicom. art.* 43. *num.* 60. Carleval, de *iudic. tit.* 2. *disput.* 4. *num.* 22. Y el que entra como hijo, debe justificar serlo, leg. *si res tuas*, C. de *ordin. cognit.* Gloss. in leg. *fin.* C. de *edict. Divi Adrian. tollendo*, idẽ Menoch. de *adipiscend. dict. remedio* 4. *n.* 50. & *melius, consf.* 301. *n.* 3. Y el q̄ viene provocando al juicio divisorio por la accion familiae herciscundæ, ha de probar el ser coheredero, *nisi enim cohæres sit, neque adiudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est*, sunt verba text. in leg. 1. §. 1. *circa finem. ff. fam. herciscund.*

42 La raçon, es, porque estas son vnas acciones, prejudiciales que *faciunt præiudicium causæ principalis*, sic ex Ant. Fabr. Duaren Donell. Dom. Pichard. & alijs diu observabat Dom. Larriategui, *select. iur. lib.* 6. *cap.* 1. *num.* 1. Y assi el que pide la herencia, y se le oponc que prohibiò al testador hazer testamento, se ha de conocer primero de la causa de la prohibicion, ex leg. 1. C. *si quis aliquem testar. prohibuerit, vel*

9
voegerit, Menoch. dict. conf. 301 sub num. 27. conducen à este proposito los textos, in leg. si quis libertatem 7. in princip. ff. de petit. hered. en cuya especie se halla, no bastò el privilegio de la libertad para que se pudiesse conocer del legado de ella antes del pronunciamiento sobre la question de si valia el testamento en q̄ se dexó la libertad. Nè (ait Consultus) *præiudicium de testamento cognituro faciat iudex, qui de libertate sententiam dicat, & in leg. si crimen. 3. leg. si status 4. C. de ordin. cognit. leg. Praeses 8. C. ad legem Iuliam de Plagiarijs, leg. quoniam 26. C. ad legem Iuliam de adulterijs, §. præiudiciales, instit. imperial. de act. Craveta, conf. 280. n. 2. Gratian. discept. forens. cap. 394. sub. nu. 9. Cevallos comm. contr. comm. quest. 818. per totam. Uirgilio, de legitimat. person. in pralud. num. 218. D. Francisco Tondut. in tract. de prævent. iudicial. tom. 1. cap. 15. ex n. 3. cum seqq.*

43 Conque Don Francisco Baptista debia primero fenecer el juicio intentado contra el testamento de Doña Francisca de Ponte, que entrar à molestar al Conde, sobre vna causa en que no tiene legitimada su persona; y aunque por su parte se diga, que por este testamento se dió la sentencia, en que se le mandò dar la possession de los bienes; de esta sentencia se apeló (prout ex narratione facti constat) y quedó suspendido el efecto della, *nam appellationis remedio sententia extinguitur pronuntiatio*, text. in leg. 1. §. fin. ff. ad S. C. Turpillian. vbi Gotofred. litt. F. D. Francisc. Merlin. controvers. forens. Centur. 2. cap. 43. ex num. 1. conguessit plures Emanuel Alvar. Pegas, resolut. forens. cap. 15. à n. 15.

44 Y es en tanto grado cierta la proposicion, de que se suspenden los efectos de la sentencia por la apelacion, que aunque la causa sea de su natutaleza sumaria, en interponiendose debuelve la causa al superior, y quedan atadas las manos del inferior, para no proceder aun en aquello sumario, como es la causa de possession; y assi dicen los Autores, que la apelacion en el possessorio se dà, no solo en el efecto de-volutivo, sino en el suspensivo. Dom. Covarrub. practica. cap. 23. num. 8. vers. Prima conclusio, Ossasc. decis. Pedemontan.

no es cierta sino
Quando va mis
En la causa de pu
pildad contra fove
Non. Vide Salpau
Alleg. pu. 3. cap.
12. per totum: et in
practica contra
ny observant

En los autos
se citan en la
plan en d. f. r. m.
quando la r. g.
de ella no
ocurre en la
negotium p.
se suspende; et
videtur p. m.
d. m. m. c. 10 =

ua 77
Civada habla
deve enuender
to. canonioj g el
3 enu tom. de
alaglon. 14. d
12 2A sub num.
enti. exemplific
Saiurboic cu
el ciado) que la
con no suspen
que se hizo con
22

25. num. 18 in fin. vers. Plura, Lanceloto, de attentat. part. 2.
cap. 12. limitat. 25. num. 18. vers. Quarto, Ioseph. Ludovico,
deciss. Perusina 20. num. 19. & 20. Marquesano, de commiss.
part. 2. in commiss. appellat. cap. 2. num. 43. Scaccia de appellat.
quest. 17. limit. 6. membr. 9. num. 11. Dom. Salgad. de Reg. pro-
rect. part. 1. cap. 6. n. 39.

45 De que se colige, que no aviendose acavado, ni fe-
necido la causa de la possession que quedó suspendida, por
la apelacion interpuesta, no se puede intentar el juizio ordi-
nario de propiedad, hasta fenecer la de la possession, vt pro-
bat elegans, & capitalis text. in l. ordinarij 13. C. de rei vindi-
cat. sic se habet. Ordinarij iuris est, vt in incipiorum mota ques-
tione, exhibitis mancipijs, prius de possessione iudicetur, ac tum
demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur, leg. in cer-
ti iuris, 3. C. de interd. ctis, leg. si coloni 14. C. de agricolis, & cēsi-
tis, lib. 11. Petrus Barbof. in leg. si de vi 37. num. 18 ff. de iudi-
cijs. Ant. Thesaur. deciss. 15. n. 1. Ioann. Iranço, in tract. de pro-
testat. considerat. 43. n. 1.

46 Y no solo no se puede intentar el juizio ordinario
de la propiedad; pero ni tampoco otro juizio possessorio di-
ferente del de la ley fin. C. de adict. Divi Adrian. tollend. que
fue el que se intentó, porque en aquel juizio bastó mostrar
el testamento non ruptum, non cancellatum, neque in aliqua
sui parte suspectum, para que se diese la misión en possessio,
pero quando se intenta otro interdicto quorum bonorum, ó
otro en que se aya de controvertir, y que tenga immix-
tion con la causa de propiedad, debe probarse plenamēte, y
sin escrupulo alguno la qualidad de heredero. Bartolus in
dict. leg. fin. num. 5. Castrensis ibidem num. 24. vers. E con ver-
so, Ripa, in rubrica ff. quorum bonorum, Rolando à Valle, cōf.
2. nu. 10. lib. 3. Ueroio, cōf. 36. num. 7. & 57, lib. 2. Menoch.
de adipiscend. remed. 4. num. 50. Argelio de acquirend. possess.
quest. 3. art. 10. n. 580.

47 Y no se puede dudar que obsta à Don Francisco
Baptista, no solo la apelacion interpuesta por el heredero le-
gitimo de Doña Francisca de Ponte, sino que no le aprove-
cha

cha la sentència, ni la possessiõ que se pretendiõ tomar en virtud del testamento, por ser este diferente juicio donde no embaraza la possessiõ de la ley final; y antes biẽ se reputã por causas distintas, y separadas, y por esso se dize que *nihil commune habet propriet as cum possessione, leg. naturaliter 12. §. nihil commune, ff. de adquirẽda possess. vbi Gotofr. litt. E. leg. permiscerit 52. ff. eod. cap. 1. de caus. posses. Et propriet. Petr. Barbol. in dict. leg. si de vi 37. ff. de iudicijs, num. 3. D. Nicolas Fermosin. in repetit. ad cap. fin. de iudicijs, tom. 1. num. 6. Cuiac. observat. lib. 2. observat. 36. Et observat. 8. lib. 7.*

48 Sin que pueda obstar el dezir que es derecho de tercero, porque este se puede alegar quando la excepciõ es en todo exclusiva del derecho del actor, y mas hallandose el Conde de la Gomera en actual possessiõ de los bienes que se piden; y otra conclusiõ es de Bartulo en la ley 2. ff. de except. rei iudic. column. 1. Gamma, decis. 16 num. 1. Cabed. part. 1. decis. 63. num. 2. Flores de Mena, lib. 1. var. cap. 18. num. 19. Ciriaco, controver. s. 3. num. 92. Et controvers. 168. num. 33. Giurb. de success. feudi, part. 1. gloss. 16. num. 23. Et 29. Dom. Crespi, observat. 29. num. 1. Gutierr. l. b. 2. practicar. quest. 220. nu. 12. Barbol. in leg. si alienam 15. ff. solut. matrim. num. 50. Et seqq. Fontanel. de pact. nuptial. claus. 5. gloss. 8. part. 2. num. 28.

49 Conque hallandose Don Francisco Baptista con exclusion tã notoria, y el Conde de la Gomera cõ la asistencia de derecho, y de la possessiõ de las Islas de la Gomera, y el Hierro, tan continuada, se le puede dezir con propiedad lo que dixo el texto in leg. loci corpus 4. §. competit, ff. si servitus vindicet. quatenus ad te pertinet liber as ades habeo. Añadese a esto el reparo hecho en la Sala a la vista del pleyto, y es que siando poco la parte de Don Francisco Baptista de la sentència, toties repetita, en aquel juicio possessorio tiene pedido agora en esta instancia se declare aver sucedido, y ser heredero de las legitimas paterna, y materna, de los dichos Don Diego de Ayala, y Doña Ana de Monte-Verde, y especialmente en las septimas partes de las Islas de la Gomera, y del Hierro.

Herro, y de su jurisdiccion, anexo, y perteneciente. Son palabras formales de su alegacion, fol. 349. Ram. 2.

50 Queriendo con esso, si se desiriesse a ello; quitar el conocimiento de aquella causa à la Audiencia de Canaria, adonde toca, y està pendiente; y en que primero á de aver determinacion para que pueda venir á esta de Sevilla, en el grado de apelacion, conforme à la ley 4. tit. 3. lib 3. *Recopilat. con la compulsa de los mismos autos, ex notatis à Pareja, de instrument. edit. tit. 3. resolut. 2. num. 1. Ant. Thomat. dec. ff. Miceratenj. 116. num. 65. Rota penes Duard. post tractat. de censibus, decis. 301. num. 1.* Demàs de que fuera pervertir el orden judicial que debe observarse, y los efectos ponderados en los nn. antecedentes, *quod non est ferendum.*

* ARTICULO SEGVNDO. *

QUE LAS ISLAS DE LA GOMERA,
*y el Hierro son de Mayorazgo antiguo, y no
sujtas à division.*

51 **A**L fundamento deste Artículo (*Si Dijs placet*) pudie-
ra vnicamente el Conde fiar la revocacion de la
sentencia de Canaria, pues si constare, como se
procurarà con evidencia, el que estas dos Islas fueron de Ma-
yorazgo antiguo; y de tal manera que no se pudiesse revo-
car, quedarà assegurada la justicia que defendemos, y se re-
conocerà la poca que asiste á la parte contraria; y para ex-
plicarnos mejor en tan essencial fundamento, dividirase en
4. *SS.* Y en el primero se fundarà, que estos bienes de su na-
turaleza son de Mayorazgo. En el segundo, q̄ no solo son de
Mayorazgo por naturaleza, sino irrevocable por la facultad
Real, y confirmacion. En el tercero, que Doña Ynes Peraza
no le pudo revocar, por no averle revocado Diego Garcia
de Herrera su marido. Y en el quarto se fundarà, que en la
revo-

revocacion que hizo la dicha Doña Ynes, no intervinieron las solemnidades de derecho.

§. PRIMERO.

QUE ESTOS BIENES SON DE
Mayorazgo legal.

52 **E**S constante conforme las Historias, que las Islas de la Gomera, y Hierro, Lançarote, y Fuerte-Uentura vinieron à parar por ventas, cesiones, y conquista, en Diego Garcia de Herrera, y Doña Ynes Peraza de Ayala, los quales trabajaron mucho, haziendo exorbitantes gastos, y conduciendo gente à su costa, para acabar la conquista de las otras tres Islas de la Palma, Tenerife, y Canaria, y que se llamaron Reyes dellas, como escriben Oderico Reinaldo, Annales Ecclesiasticos de Cesar Baronio, *tom. 4. año de 1344. num. 39.* y siguientes. Argote de Molina Nobleza de Andalucía, *lib. 2. cap. 85.* Francisco Lopez de Gomara en la Historia General de las Indias, *part. 1.* El Padre Mariana, Historia de España, *lib. 16. cap. 14.*

53 Tambien es cierto, que hallandose los dichos Diego Garcia de Herrera y Doña Ynes Peraza en possession de las quatro Islas referidas, y gastados sus patrimonios en la conquista de las demás, viendo que no podian acabar de conquistarlas, trataron de hazer concierto con los Señores Reyes Catholicos el año de 1487. cediendoles el derecho que tenian para conquistarlas, y en recompensa les dieron *cinco quentos de maravedis en contado*, y el titulo de Conde de la Gomera, y la jurisdiccion en la Isla del Hierro, como refieren Zurita, Annales de Aragon, *lib. 20. cap. 39.* Francisco Lopez de Gomara, y el Padre Mariana en los lugares citados, Don Joseph Pellicer en el Memorial de los Señores de Fuerte Ventura, *fol. 8* Gil Gonçalez de Avila, Historia de Don Henrique el tercero, *cap. 20.*

54 Conque estando estas Islas erigidas en Condado

desde el año de 1487. no se puede dudar, que por la mesma naturaleza de los bienes, se induce Mayorazgo legal, como se puede ver en el señor Luis de Molina, donde ad partes, disputa la question, *lib. 1. de Hispan. primog. cap. 11.* y en el *num. 25.* vers. *In secunda specie*, queda con la opinion de que estos bienes sean de Mayorazgo. Y aunque en el *num. 26.* quiere hazer distincion de quando el Principe concede el territorio, y el titulo que estonces sea de Mayorazgo; pero quando se concede el titulo solo à el que tiene algunos bienes libres, y sobre ellos se haze la gracia, estonces dize que no mudan la naturaleza de libres, y para esto se funda en la autoridad de Ifernina, y de Rodrigo Suarez.

55 Pero lo cierto es, que las razones que trae no son concluyentes, y quando lo fuerã para nuestro caso, no pueden embarazar, porque lo que assienta en la limitacion es, que en quanto à la commodidad son divisibles; y que si ay otros bienes libres para quedarse el Primogenito cõ los del Condado ó Marquésado, ha de ceder en sus hermanos, otra tanta porcion, y en nuestro caso se pudo observar puntualmente; pues aviendo quatro Islas, las dos dellas en que sucedieron Doña Maria de Ayala, Doña Constança Sarmiento, y Sancho de Herrera, como se dixo, *sup. num. 26.* fue bastante recompensa à los hermanos, para que las dos Islas de la Gomera, y del Hierro quedassen por de Mayorazgo.

56 Añade el señor Luis de Molina, que si no tuviere el Primogenito bienes libres cõ que igualar à los demàs hermanos, tendrá obligacion à darles alimentos de los reditos destos bienes, vt videre est, *num. 30.* Conque tacitamente confiesa, que los bienes son de Mayorazgo, y no sujetos à division, y solo le añade la calidad de alimētos que la tiene qualquiera possedor de Mayorazgo, como dize el mesmo señor Luis de Molina, *lib. 2. cap. 15. num. 24. § 43. & ibi Addētes Domin. Salgad. in Labirynt. creditor. part. 1. cap. 24. à num. 127.*

57 Y aunque en lo general el señor Luis de Molina lleva la opinion que se defiende, y que las limitaciones que pone

pone no embaraçan à la substãcia del Mayorazgo en nuestro caso, donde se les dió à los demás hermanos condigna recompensa, y quando no la tuviera, avia solo obligacion de alimentarlos, ò à sus descendientes, y no tiene esta qualidad la parte contraria; sin embargo por la fuerça de la verdad se discurrirà en la proposicion que han procurado apurar los Autores de mejor nota, y concluyen sin limitacion alguna, que los bienes sobre que su Magestad haze merced de titulo de Conde, Marques, ó Duque, quedan inenagenables, é indivisibles; para lo qual advierten, que Andres de Ifernìa, de quien se vale el señor Luis de Molina. *in cap. Imperialem, §. præterea Ducatus de prohibet. feud. alienat. per Federic.* dixo lo contrario, ibi: *Et castra etiam, quæ tenent ab alijs, ut comite, vel Barone, sicut diximus in prima rubrica in principio poterunt consortes dividere, excepto si sint Marchionatus, Ducatus, vel Comitatus, hæc non dividuntur, sed maior natu succedit, sicut quando vivitur iure francorum.*

58 Y Rodrigo Suarez que lleva la opinion contraria en aquel Mayorazgo del Condado de Valencia, que refiere *in leg. quoniam in prioribus in declarat. leg. Regni, limit. 11.* aunque alegò algunas raçones le condenaron; declarando, que los bienes sobre que se fundava el Condado eran de Mayorazgo, como dize el señor Luis de Molin. *dict. lib. 1. cap. 11. num. 25. vers. In secunda specie, ibi: Quod scilicet hæc bona maioratus subiecta iudicanda sint mihi probabilior, magisque ad Hispanam consuetudinem, mentemque Principis donantis conveniens videtur secundum quàm in causa Comitatus de Valencia in Supremo Vallisoletano Conventu obtentum fuisse accepimus.*

59 Desta opinion fue Horacio Montano, *in dict. cap. Imperialem, §. præterea, num. 17.* con la doctrina de Baldo, *in leg. si plures 6. C. de condit. insert num. 7. §. 12. ibi: Ergò quomodocumque Rex dispositivè erigit Comitatum, siuè de pluribus rebus suis, siuè de pluribus feudis concessonarij, statim natura, §. nomen Comitatus operatur unionem illarum rerum, §. individuitatem sub uno corpore, nam cum d. essentia indi-*
vidui

indivisi sit esse unum, ergo unio est pars individui; sed lex statim erecto comitatu operatur individuitatem rerum sub illo nomine concessarum, ergo ex consequenti necessario induxit prius unionem illarum rerum, ex text. in leg. 1. ff. de iurisdic. omn. iudic.

59 Fuera de estos Autores, llevaron esta mesma opinión Canecio in *Extravaganti volentes*, num. 10. y especialmente contra la limitacion del señor Luis de Molina, Don Garcia Mastrillo, de *magistratibus*, lib. 4. cap. 12. num. 24. Ludovicus Scaccia, *cons.* 50. num. 46. Parlador. *quotid. different. in sexquicent. different.* 18. §. 1. num. 4. Et in num. 5. refiriendo la limitacion del señor Luis de Molina, dize assi: *At ego (quod doctissimi viri pace, & venia dictum esse velim) non putaverim communem opinionem has recipere limitationes; etenim communis opinionis sensus, ac sententia haec est, ut cum Princeps facit gratiam, ut aliqua bona titulo Ducatus, Comitatus, aut Marchionatus possideantur, eo ipso videatur velle, ut titulo maioratus habeantur, & possideantur. Si igitur titulo maioratus concessa sunt, & concessa esse censentur, iam primam naturam, iam ne indivisibilia permanent, cum maioratus haec sit natura, ut in perpetuum bona indivisibilia permaneant apud primogenitum. Et eo relato, Dom. Castillo, lib. 5. *controuers.* cap. 159. num. 4. Pater Molin. de *iust. & iur.* tom. 3. *disput.* 581. n. 6. Dom. Valenç. *cons.* 69. n. 10.*

60 Demás de las razones que los Autores referidos proponen, para que los bienes erigidos en Condado, Marquesado, ó en otra dignidad Real, se tengan por de Mayorazgo, la que convence à mi corto juicio, es la mente, è intencion del Principe que concede semejantes titulos; pues no es dudable, que demàs de atender à los relevantes servicios de aquellos à quien se les concede, también es para el honor, lustre, y estimacion de aquella familia, à quien su Magestad quiere honrar, comprobant nobis iura in leg. 1. in princip. ff. de censib. leg. semper 5. §. 3. ff. de iur. immunit. leg. eū qui 58. C. de decurionib. lib. 10. leg. iubemus 4. C. de proxim. sacror. scriin. lib. 12. Et ex nostro tripartito iure, leg. 3. tit. 10. part.

part. 2. meliusquē, leg. 5 i. tit. 18. part. 3. quam pulchram extollit, & meritò eius Glossografus Dom. Gregor. Lop. gloss. 1. referunt, & illustrant Dom. Valenç. conf. 82. à num. 33. eruditius (vt ad solet) el señor Don Juan de Solorçano, emblem. 78. por toda ella, cumque transcribens cum alijs novissimé Dominic. Antunez de Portugal, de donat. Regijs, lib. 1. cap. 2. per totum.

61 Y si se permitiera la division de los bienes sobre q̄ se funda el titulo de Conde, Marques, ò Duque, vendria à suceder, que aviendo muchos hermanos, quedasse el titulo de Castilla sin poder sustentar el lustre, y estimacion debida, obligando la necesidad á muchas indecencias contra la intencion del Principe que concede semejante dignidad, conservandose esta por la vnion de los bienes, como lo consideran el señor Luis de Molin. *dict. cap. 11. lib. 1. de Hispan. primogen. ex num. 3.* alter Molin. Societatis Iesu, *de iust. & iure, disput. 581. num. 6.* cum Dom. Gregor. Lop. Ant. Gom. & alijs quos refert. Argument. text. *in cap. maioribus 8. de prabend. & dignitat. leg. ne in plures 2. ff. de exercit. act.* Oldrado de Ponte, *conf. 94. per totum*, plura satis ad rem scripsit Andræas Tiraquel. *de iur. primogen. quest. 4. à num. 13. & seqq.*

62 De que se concluye, que el señor Luis de Molina no se fundó para esta limitacion en autoridad firme, ni en razon concluyente, y así dixo su Addicionador Don Joseph Maldonado, que oy es Fiscal de la Audiencia Real de la Coruña, *in dict. lib. 1. cap. 11. en el num. 26. 27. & 28. in fine itaque sine ullo Authore, quo possit niti eius limitatio manet Dom. Molina, ego enim quamvis tanta sit eius auctoritas multum dubitarem de ea sustinenda.* Conque queda firme, y sin duda alguna, así por raçon, como por autoridad, que estas dos Islas son por su naturaleza de Mayorazgo legal, y no sujetas á division.

§. SEGVNDO.

QUE LAS ISLAS SON DE MAYO-

razgo irrevocable por la facultad Real, y confirmacion.

63 **Q**Vando faltara el medio propuesto en el §. antecedente, este que aora se propone, califica el fundamento principal, de que estos bienes sean de Mayorazgo irrevocable, por ser cierto, que Diego Garcia de Herrera, y Doña Ines Peraza obtuvieron facultad Real de los señores Reyes Catolicos, en 25. de Noviembre del año pasado de 1476. como diximos *supr. num.* 19. y que los mesmos señores Reyes Catolicos le confirmaron en el año de 1492. vt similiter extat dictum superius, *num.* 22. Conque no se puede dudar, que sin nueva facultad Real no se podia revocar, porque lo que está confirmado vna vez por el Principe, no se puede revocar por ningun particular, y es la razon la q̄ dixo el texto *in leg. 1. §. Et sineque, C. de veteri iur. enucleado, ibi: Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impartietur authoritas, cap. sanè, el 2. de offic. de legat. cap. ut famè de sententiâ excommunicat. Gloss. in cap. cum venissent 25. de testibus, Dom. Valenç. cons. 136. n. 26. Abbas, in cap. cum accessissent, notabil. 4. de constitut.*

64 Y en terminos de Mayorazgos lo dixo Mieres, *de maioratib. part. 1. quest. 23. num. 7. in fin. ibi: Ex quibus scribit idem Cephalus in cons. 12. num. 34. Et 36. lib. 1. quod primogenitura facta cum concensu Principis non potest revocari, absque illius licentia.* Lomesmo sintió el señor Don Juan Baptista Valençuela, *cons. 69. num. 66. illic: Quod certius est animadverso, Et considerato, quod institutio dicti maioratus fuit facta cum authoritate Domini Regis Ioannis Secundi.* Y mas abaxo dize: *Quod addidit irrevocabilem firmitatem, Et ita dicta institutio debet reputari, tanquam ab ipso Rege facta.*

Aqui

65 Aquí no solo huvo licencia de su Magestad para fundar el Mayorazgo, sino es confirmacion del, que haze irrevocable la fundacion, y se presume hecho inmediatamente por el Principe, para que ningun particular le pueda revocar sin su acuerdo, vt cum Bofsio, Surdo, Romano, Thesauero, Bellono, Seraphino, Martha, Gratian, & alijs probat Dom. Salgad. *de supplicat. ad sanctis. part. 2. cap. 22. sub num. 3.* ibi: *Quia per hanc Principis, & Papæ confirmationem, & manus appositionem concessio ipsa desinit esse inferioris concedentis, & agentis, & efficitur, diciturque Papalis, & idem operatur ac si à principio emanaret à Papa.* Y la mesma conclusion tiene en el *Labyrinth. creditor. part. 1. cap. 38. num. 44.* illic: *Cēsantur emanata ab ipso Principe cuius auctoritate per confirmationem roborat & iudicantur ac si ipse Princeps illas apposuisset, vt sunt iura expressa in cap. si apostolica de prebendis, in 6. &c. Dominic. in cap. 1. in princ. num. 11. de filijs Prasbyter. lib. 6.*

66 Y tiene tanta fuerça la confirmacion que obuuo Doña Beatriz de Bobadilla, que aunque en la facultad primera huviessse clausula de que se pudiesse revocar el Mayorazgo por la confirmacion posterior, se hizo irrevocable, como en terminos de testamento, que es de su naturaleza revocable, si se llega la confirmacion del Principe, muda la naturaleza de tal, vt advertit Mieres, *de maioratu, part. 1. in ast. 37. num. 4.* ibi: *Et testantis voluntas à superiore confirmata, non potest commutari, neque alterari per inferiorē, doctē enim Aimon Cravet. cons. 296. n. 1. vt in ipso videre est.*

67 Y no solo queda irrevocable, en quanto à no poder mudar los bienes la naturaleza que vna vez adquiriō por la facultad, ò confirmacion del Mayorazgo, sino que tampoco se puede mudar llamamiento alguno, ni quitarle sin nueva facultad Real, vt cum pluribus tenent D. Petr. Noguero, *allegat. 32. n. 171.* Regens Ponte, *cons. 152. num. 88.* tom 2. Capycius Galeota, *tom. 2. controvers. controvers. 48. nu. 52.* Dom. Salced. *de lege Politica, lib. 2. cap. 14. nu. 91.* Dom. Larrea, *allegat. 115. n. 26.*

68 De que se convēce, que aviendo su Magestad dado facultad para fundar este Mayorazgo, y confirmadole, no solo quedó irrevocable en quanto à la substancia de los bienes, sino tambien en no poder perjudicar à ninguno de los que tacita, ò expreßamente fueren llamados al Mayorazgo, como son los que han posseido por este titulo las Islas, y el Conde que las està posseiendo.

§. TERCERO.

QUE DOÑA YNES PERAZA

no pudo revocar el Mayorazgo aviendo muerto su marido, que la diò poder para fundarle.

69 **E**ste medio tiene la comprobacion en los mesmos autos, por donde consta, que Diego Garcia de Herrera en el año de 1484. dió poder á Doña Ynes Peraza su muger, para que en virtud de la facultad concedida à ambos, fundase Mayorazgo en Fernando Peraza su hijo segundo, y debajo desta disposicion murió, y la dicha Doña Ynes Peraza valiendose de el poder de su marido, y insertandole, funda Mayorazgo de las Islas de la Gomera, y Hierro, Lanzarote, y Fuerte-Uentura, en el año de 1488. en la conformidad que lo avia ordenado el dicho Diego Garcia de Herrera en su testamento, como deziamos *sup. n. 20. § 21.*

70 Conque no pudo Doña Ynes Peraza, ni poner la clausula de poderle revocar, ni revocar por si sola, lo que era hecho de ambos; porque aunque la regla general sea que quando el marido, y la muger hazen testamento, y muere vno dellos, el que sobreviue puede revocar en quanto à sus bienes, porque se presumen dos testamentos, y dos herencias, argument. text. in l. *Lutius Titius* 78. §. *Gaioseio* 7. ff. ad *Senat. Consult. Trebell. leg. fin. §. filium* 6. ff. de *legat. 2. leg. 2. §. prius*, ff. de *vulgar. leg. 1. §. 1. ff. si cui plus quam per leg. falcid*

Es.

3
2
Peraza en
Agosto de 1482
en testam. p.
part. de segura
p. de Sevilla
funda y ratifica
Mayorazgo de las
Islas, y confiere
a su marido
Diego de Herrera
el poder.

71 Esto se entiende, quando los dos, marido, y muger jutos, y debaxo de vn cõtexto, y carta, hazen la disposicion, pero quando el vno permite que otro haga testamento, ó funde Mayoralgo de sus bienes, queda firme la disposicion, no solo respecto de los bienes de el que permite, sino tambien del que dispone, vt est textus celebris, in leg. nec fratris, 3. C. de donat. caus. mort. vbi Bald. leg. sicut s. s. venditionis, ff. quibus mod. pign. vel hypot. solvit, Rodericus Suarez, in leg. quoniam in prioribus, limitat. s. num. 13. cum seqq. C. de in officios. testam. Guiller. Benedict. in cap. Raynutius, verb. Condidit de testament. Dom. Covarrub. in eadem rubrica, 2. part. num. 8. ad finem. Burgos de Paz, in leg. 3. Taur. 2. part. num. 1214. Dom. Molin. de Hispanor. primogen. lib. 2. cap. 2. num. 84. vers. Sed hoc limitari solet. Peregrin. de fideicommiss. art. 44. num. 39. & 40. Dom. Castillo, lib. 2. controvers. cap. 18. num. 38. Mieres, de Maiorat. part. 1. quest. 23. num. 47. Pereyra, decis. 11. n. 3.

72 La raçon es, porque por aquel consentimiento que se dá, para que otro disponga de sus bienes, disponiendo él de los suyos, se haze vn contrato reciproco entre los dos, para que vno no pueda salir de la voluntad del otro, y en nuestro caso fuera muy natural, que si Doña Ynes Peraza no huviessse assegurado à su marido la firmeza del Mayoralgo en su disposicion, no la dexaria arbitrio para q̄ dispusiesse de sus bienes, y seria vn engaño intolerable el valerse del poder para la firmeza del Mayoralgo, y despues con la revocacion dexar frustrados sus intentos; y assi los Autores, no solo dan por firme la disposicion del que funda el mayoralgo, sino tambien el que la permite.

73 Mucho mas fuera de disputa es en nuestro caso, donde se entiende, que estas dos Islas de la Gomera, y Hierro, eran propias de Diego Garcia de Herrera que dió el poder; porque aunque sea cierto que Alonso de las Casas, ó Cassaus, y por él D. Ynes Peraza tuviessen derecho à la conquista de las siete Islas de Canaria; es cierto tãbiẽ, q̄ algunas se conquistaron cõ la mano, y poder, y la hazienda de Diego

21
Garcia de Herrera, como del Memorial de el Prior del Prado, q̄ està a fol 462. Ram. 2. cōsta, ibi: Nos parece, q̄ los dichos Diego Garcia de Herrera, y Doña Ynes Peraza su muger, tienen cumplido derecho à la propiedad, y notoria possession, y mero mixto imperio de las quatro Islas conquistadas, que son, Lanzarote, Fuerte-Ventura, la Gomera, y Hierro.

74 Y no solo parece se hizieron los gastos para la conquista destas quatro Islas, sino tambien en la conquista que se avia profeguido en Canaria, Tenerife, y la Palma, como consta del memorial donde dize se le debia dar recompensa, assi por el derecho que tenia à la dicha conquista, como por las costas, y gastos que en ellas avian hecho; y assi dize. Por el derecho que à la dicha conquista tiene, è por los muchos trabajos, y pèrdidas que han recebido. y costas que han hecho en la profecucion dellas; y especialmente ganado s̄o la dicha Isla de Tenerife, en la qual han tenido, y tienen agora adquirida alguna parte.

75 Bien notorio es el anhelo, y fatiga que tuvieron los señores Reyes Catolicos, para vnir Reynos à la Corona de Castilla; y si no fuera por los gastos tan excesivos que hizo Diego Garcia de Herrera, assi en conservar, como en adquirir las Islas, no le huviera valido cosa alguna la facultad, y licencia que tuvieron de los señores Reyes para poder conquistar à sus expensas; y es sin duda, que todo ello, ó lo mas se debe atribuir al cuydado, y desvelo de Diego Garcia de Herrera, pues de otro modo no se podrian conservar en la possession, ni tampoco obligar à los señores Reyes Catolicos à darle los cinco quentos de maravedis, ni el titulo de Conde de la Gomera.

76 Infierese tambien, que todos estos bienes fueron de Diego Garcia de Herrera, porque los Historiadores que refieren este caso, no dizen que el titulo se le diese à Doña Ynes Peraza, sino es que à Diego Garcia de Herrera se le dió el titulo de Conde de la Gomera, y la jurisdiccion de la Isla del Hierro, y no es creible, que su Magestad diese el titulo sobre bienes que no fuesen privativamente del dicho Die-

go Garcia, y en vn hecho tan antiguo como este se puede dar mucha fé à esta enunciativa, sic dixere Malcard. *de probat. volum. 1. conclus. 105. & 106. Genua de scriptur. privat. lib. 2. de verb. enunciativ. quest. 1. num. 38.* Agustín. Barbof. *in cap. cum olim 19. n. 8. de censib.* Pareja, *de instrument. edit. tit. 1. resolut. 2. n. 10.*

77 Y no se puede dezir, que en lo que se conquistó, pudiesse tener parte Doña Ynes Peraza su muger, por ser estos vnos bienes castrenses, ó por mejor dezir bienes que su Magestad les dexó por donacion que quiso hazer dellos al dicho Diego Garcia de Herrera, en que no tiene parte alguna de propiedad la muger, vt probat text. *in leg. 5. tit. 19. lib. 5. Recopilat. illic: Todos, y qualesquiera bienes castrenses, y oficios de Rey, y donados de los que fueren ganados, y mejorados, y avidos durante el matrimonio, entre marido, y muger, por el vno dellos que sean, y finquen de aquel que los tuvo ganado, sin que el otro aya parte dellos, vbi Azeved. vers. Aunque sea, num. 3. Matienç in eadem leg. gloss. 2. verb. Qualesquiera bienes, in princ. num. 1. Dom. Gregor. Lop. in leg. 3. tit. 10. part. 5. gloss. 7. verb. Igualmente, cum Roderic. Suar. in comment. leg. 1. & 2. foro. ll. & Didac. Perez, in leg. fin. tit. 4. lib. 5. ordinament. regal. Ioann. Garcia, de conugal. equast. ll. 135. & nostras, Anton. Gom. in leg. 53. Taur. num. 72. vers. Secundus est por el texto, in l. cum multa 7. C. de bon. qualibens Y 18*

78 Conque no se puede dudar, que todos estos bienes, ó considerense por conquista, ó por donacion de su Magestad, en recompensa de los grandes trabajos que en ella tuvo Diego Garcia de Herrera, le pertenecieron, con que no pudo, ni debió conforme à derecho, poner en el Mayorazo Doña Ynes de Peraza, la clausula de poderle reuocar, ni aver reuocado, no siendo bienes suyos, ni quando lo fueran, por lo que queda fundado.

Y es QUARTA

81
S. QVARTO.
QUE EN LA REVOCACION

que hizo Doña Ynes Peraza, no intervinieron las solemnidades de

derecho.

79 **D**on Francisco Baptista reconociendo la fuerza del Mayorazgo, quiso desvanecer su fé, presentando vn testamento, y codicilo, en que Doña Ynes Peraza revoca el Mayorazgo fundado, y aunque en los §§. antecedentes se ha discurredo la irrevocabilidad, en este se fundará, que aunque pudiesse hazerlo, no lo hizo conforme á derecho, con que quedava en su fuerza, y vigor.

80 Y para que se conozcan los defectos que padecen, es cierto. Lo primero, que estos instrumentos están redarguidos de falsos, y no se han comprobado, con que no merecē fé alguna, *ex text. in leg. 1. §. tit. 18. part. 3. Parlador. lib. 2. rerum quotidian. part. 1. cap. fin. §. 11. num. 15. & §. 12. num. 11. Dom. Valenc. conf. 168. m. 1. Barbos. vot. decis. lib. 2. vot. 50. n. 8. Nogueroi, allegat. 25. num. 254. & 259. Pareja, de instrument. edit. tit. 1. resolut. 3. §. 2. n. 33.*

81 Y aunque se diga que se sacò de vn pleyto que se litigò con Don Guillen Peraza, sobre la dote de su hermana, lo cierto es, que para ponerse en él, no se citò á Don Guillen, y si se huviera hecho, y se huviera defendido, no tuviera el sucesso que tuvo; pero lo que agora haze á nuestro proposito, es la falta de citacion, pues no fuera justo, que por presentar vn instrumento sin justificacion en vnos autos, se quisiesse sacar de ellos sin que le embarace el vicio de su presentacion; y es lo mesmo que si agora se huviesse sacado sin ella defecto tan substancial, que es como si no estuviera el instrumento en aquellos autos, vt probat Postio, de ma-
nut.

nut. obseruat. 97. num. 1. Et seqq. multis relatis Pareja, de instrument. edit. tit. 7. resolut. 2. fere per totam.

82 Demás de estos defectos tiene otros insanables; pues siendo assi, que los dichos testamento, y codicilo fueran otorgados ante Bartolome Sanchez de Porras, los faca Rodrigo Sanchez de Porras, que dize es su hijo, sin calificación alguna de q̄ fuesse tal Escriuano fiel, y legal, requisito q̄ conforme á la practica de los Tribunales, es preciso en la escriptura de Escriuano difunto; y fuera de esto, vno, y otro instrumento, no tiene los testigos instrumentales que requiere la *ley Real 2. tit. 4. lib. 5. Recopilat.* donde hablando de los codicilos, dize assi: *Y en los codicilos intervenga la mesma solemnidad, que se requiere en el testamento nuncupativo, ò abierto, conforme á la dicha ley de el ordinamiento.*

83 Y la ley del ordinamiento, que es la *1. tit. 4. lib. 5. Recopilat.* requiere cinco testigos, y el Escriuano, ó tres que digan que son vezinos del Lugar donde se hizo, y es tan indispensable esta solemnidad que el testamento, ò codicilo á quien le faltasse, no puede hazer fé alguna, como dixo la mesma *ley 2. dict. tit. 4. lib. 5. Recopilat.* poniendo la clausula irritante, *ibi: Los quales dichos testamentos, y codicilos sino tuvieran la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fé, ni prueba en juicio, ni fuera del.*

84 Esto es conforme á la disposicion del derecho comun, donde por la falta de vn testigo se desvanece la fé de todo el instrumento, pruebasse de el *text. in leg. si vnus 12. ibi: iure deficit testamentum, C. de testament. leg. si quis ita 15. illic: Quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis, ff. de reb. dub. leg. si quis 6. S. cæterum, ff. ad legem Cornel. de fals. Matienç. in leg. 1. gloss. 4. tit. 4. lib. 5. Recopilat. ex num. 11. Menchac. de success. creat. lib. 1. S. 2. à num. 4. Et S. 3. num. 4. Marta, de success. legal. tom. 2. part. 4. quest. 2. artic. 1. num. 3. Azevedo, in leg. 3. tit. 4. lib. 5. Recopilat. num. 60.*

85 Y los Autores refieren, que el que no guarda esta

solemnidad, mas parece que quiere hazer vn acto ilustorio, que el que se cumpla su voluntad, pues no lo es la que no es perfecta, ni arreglada à disposiciones de derecho, argumēt. text. in leg. non solum 31. ff. de obligat. Et act. leg. an inutilis 8. de acceptilation. Ripa, in leg. si quis ita, num. 29. ff. de verbor. obligat. Alciatus, in leg. nemo potest 55. ff. de legat. 1. num. 23. Ioann. Gutierrez. in repetit. eiusdem legis, num. 77. Alvaro Valasc. consultat. 183. Guzman veritat. iuris, veritat. 15. num. 2. novissimé, & iam in 2. impres. D. Fernando de Escañó, Abogado que fue desta Real Audiencia, al presente Oydor de la de Manila, en Indias, en el tratado que escriuió, de testamēt. cap. 2. à. n. 17. cum seqq.

86 Tambien reputan, y con mucha raçon, por defecto insanable la falta de la firma de la testadora, como en este caso, donde no la huvo, ni se rogò à testigò alguno que firmasse por ella, que no puede ser defecto mas substancial, vt probat text. in leg. 13. tit. 25. lib. 4. Recopilat. Dom. Gregor. Lop. in leg. 2. in verb. su nome, tit. 4. part. 6. Dom. Covarrub. in c. cum esses 10. de testament. n. 2. Burgos de Paz, in l. 3. Taur. n. 1096. Et seqq. Matienç. in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. gloss. 3. ex n. 7. usque ad finem glossæ.

87 Y aunque la parte contraria diga que estas solemnidades que se echan menos en el testamento, y codicilo, se presumen por espacio de tanto tiempo, como à que fueran otorgados, y que assi se deben tener por perfectamente hechos; se responde con la distincion que dan los Autores entre las solemnidades intrinsecas, que estas se presumen por el lapso de tiempo, y de esse modo se entienden los textos, in leg. si filius 10. C. de petit. hereditat. l. si in aliena 6. vers. Sed si non adierit 3. ff. de acquir. heredit. leg. cum de in rem, 6. ff. de usuris, l. sciendum 6. ff. de verb. obligat.

88 Y ponen muchos exemplos, como son en la enagenacion de bienes de Yglesia, de menor, de Mayorazgo, en que las solemnidades de informacion, licencia, y otras cosas se presumen; como tambien en la sentencia arbitraria se presume que precedió el compromiso por el tiempo, y de la

la mesma manera en la sentençia antigua se presumen los autos, como lo dizē Rodrigo Suarez *in leg. 13. tit. de las deudas, lib. 3. fori. num. 25. vbi Valdes, Dom. Molin. de Hispanor. primog. lib. 2. cap. 6. num. 75. Thesaur. lib. 4. quest. forens. quest. 46. ex num. 7. Dom. Valençuel. conf. 18. num. 21. Petrus Barbof. in rubric. de prescriptionib. num. 386. Peregrin. de iure fisci, lib. 6. tit. 8. num. 26. Mier. de maiorat. part. 1. quest. 45. Et part. 4. quest. 7. Avendaño, in leg. 41. Taur. gloss. 3. num. 6. Et in leg. 42. gloss. 2. num. 7. Et in capitib. Prator. part. 1. cap. 4. num. 22. Agust. Barbof. in cap. 1. de reb. Eccles. non alien. lib. 6. n. 12, Et voto 97. lib. 3. n. 48. Capicio Latro, decis. 19. n. 36. Capicio Galeota, controvers. lib. 1. contro. 19. num. 1. Marefcoto, lib. 1. variar. cap. 13. num. 11. Marinis, lib. 1. variar. cap. 22. Et in decis. ad Reuenterium 166. Cevallos, commun. contra commun. quest. 122. num. 1. Pareja de instrument. edit. tit. 2. resolut. 5. n. 90.*

89 Pero las solemnidades extrinsecas que son parte de el instrumento, & oculis videri debent, no solo las requiere la ley pro forma, sino es que siempre han de acompañar al mesmo instrumento, como parte del, estas no se presumen por tiempo alguno. De cuyo sentir fueron el Cardenal Thusco, *practicar. conclus. litt. S. conclus. 325. nu. 22. Menoch. de presumpt. lib. 2. presumpt. 25. num. 3. Mascard. de probat. conclus. 1316. Addentes ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 6. nu. 73. Et 74. Iuan Garcia, de nobilitat. gloss. 4. num. 31. Gironda, de privileijs, q. 120. à n. 160. el señor D. Iuann. del Casti. de tertijs, cap. 20. num. 30. Don Pedro Noguero, allegat. 38. num. 49. Hermosilla, in leg. 4. tit. 5. gloss. 6. n. fin, Valeron, de transactionib. tit. 4. quest. 2. n. 77.*

90 Puede ser, que por la parte contraria se diga que estos bienes se han poseido tantos años como libres, obligandolos à diferentes dotes, y dividiendose entre distintos poseedores, y especialmente, que Don Guillen Peraza los obligò à la dote de Doña Ynes de Herrera, muger de Don Pedro Fernandez de Lugo, con quien tuvo pleyto; y que aviendo presentado el Mayorazgo, sin embargo obtuvo senten-

cia contra él, el dicho Adelantado, por la revocación del dicho Mayorazgo, y que asimesmo se dividieron las Islas de Lanzarote, y Fuerte-Ventura, en conformidad de la donacion hecha por Doña Ynes Peraza, sin embargo de el testamento, como diximos *supr. num. 26.* Todo lo qual persuade la observancia subsecuta de averse poseido estos bienes como libres, y que en essa conformidad se obtuvo la sentencia referida.

91 A que se responde, que Don Guillen Peraza, como tambien dexamos dicho, no hizo defensa alguna, ni se le citò para sacar los instrumentos, y aunque la huviera hecho, fuera muy justa la sentencia, en que se prefirió el dote de Doña Ynes de Herrera al de Doña Maria de Castilla, muger de Don Guillen. Lo primero, porque él por sus dias estava obligado cõ obligaciõ propria à dotar, y alimētár, etiã, de los bienes del Mayorazgo, à D. Ynes su hermana, q̄ era igualmente descendiente de los Fundadores, ex dictis *supr. num. 56. Et 57. Dom. Molin. dict. lib. 2. de Hispan. primogen. cap. 15. num. 25. Et cap. 16. num. 26. vbi Addentes per text. in leg. cum plures 12. §. cum tutor. 3. ff. de administrat. Et pericul. tutor.* conq̄ la sentencia no calificó los bienes por libres, sino declaró la anterioridad, y prelaciõ que tenia D. Ynes en estos bienes, aunque sean de Mayorazgo; y lo segundo, para que se conozca que no pudo ser el motivo de la sentencia, el declarar los bienes por libres, si se reconocen los Autos se hallará que Don Guillen Peraza sacó facultad Real para obligar las Islas à la dote que recibió con Doña Maria de Castilla, y no la huviera sacado si tu viera estos bienes por libres.

92 Y à lo que se dize de la donacion de las Islas de Lanzarote, y Fuerte-Ventura, no conduce al caso presente, pues si es cierta la opinion de el señor Luis de Molina, que queda fundada, *supr. num. 23.* que en los bienes sobre que su Magestad erige el Condado, y la jurisdiccion son de Mayorazgo dando à los demás hermanos recompensa en los bienes libres, no es calificar el que las Islas de la Gomera, y jurisdiccion

cion de la del Hierro, sobre que se fundò la dignidad, seã bienes libres, por que lo sean las otras dos Islas, demas que le queda recurso al Conde para recobrarlas de quien las posee.

93 Y en quanto à que se áyan poseido estos bienes por libres, no quita el derecho para poderlos reducir (como lo estan) à su primera naturaleza; porque para que los bienes de Mayorazgo se hagan libres, es menester yna possessiõ immemorial, y aunque la possessiõ de quarenta años con titulo, se equipara à la immemorial, esto se entiede, para que los bienes libres se hagan de Mayorazgo; pero para que los bienes de Mayorazgo se hagan libres, es necessario prescripciõ immemorial verdadera, y no basta la presuntiva de los quarenta años con titulo, ita Dom. Molin. de Hispanor. primog. lib. 2. cap. 6. num. 31. Et Vb. 4. cap. 10. num. 10. Dom. Castell. lib. 5. contro. vers. cap. 93. §. 8. num. 11. in vers. concedimus. Dom. Vela, dissertat. 48. num. 14. Gabriel Pereyra, deciss. 42. per totam. Valeron. de transactionib. tit. 4. quest. 2. num. 76.

94 La raçon de diferencia dá el señor Don Francisco Salgado, in Labyrinth. creditor. part. 1. cap. 40. num. 63. porque en reducir los bienes libres à Mayorazgo, no ay prohibiciõ del testador, ni de la ley, y solo ay la presumpcion, de que todos los bienes son libres, la qual se quita con la possessiõ, y el titulo; pero en reducir los bienes de Mayorazgo à libres, como està la prohibicion de la ley, y del testador, se requiere immemorial; sus palabras son estas: *Et ratio differentia licet ab his Doctoribus non reddatur, clara est, quia in reductione bonorum liberorũ ad vinculum maioratus, nulla adest, nec testatoris, nec iuris prohibitio, tam ex parte possessoris maioratus, quam ex parte bonorum; at verò in reddendis bonis vinculis ad libertatem adest tam iuris, quam testatoris, & fundatoris maioratus prohibitio.*

95 Conque evidentemente queda fundado, que las dos Islas de la Gomera, y Hierro son vinculadas por su naturaleza, y por la facultad, y confirmacion de los señores Reyes

y que Doña Ynes Peraza no le pudo revocar por esto, y por averle hecho con poder de Diego Garcia de Herrera su marido; y que aunque pudiera, no le revocó por la falta de solemnidad en los instrumentos en que se funda, ayudandose tambien este intento por las fundaciones, de que se haze mencion *supr.* à los *nn.* 17. & 18. hasta que se descubrió la antigua, en q̄ especialmēte se ha discurrido por todo este articulo; conque Don Francisco Baptista no puede tener parte en dichos bienes; pero quando fuesen libres, tampoco la podia pretender por lo que se fundará en el siguiente.

* ARTICULO TERCERO. *

*QUE QUANDO SE REPUTEN
por bienes libres, no puede tocar nada al dicho
D. Francisco Baptista.*

96 **L**Os dos medios por donde se introduce D. Francisco Baptista á pretender dos septimas partes en las Islas de la Gomera, y del Hierro, es suponiēdo, que la vna septima parte le toca, como á heredero de D. Francisca de Ponte en quien dize recayó el derecho de Doña Polonia de Castilla, por la legitima de Don Diego de Ayala su padre, y la otra septima parte, como heredera la dicha Doña Polonia de Doña Ana de Monte-Verde su madre, ó en virtud de las capitulaciones que se otorgaron con Nicolo de Ponte: y para que se conozca la poca subsistencia que tienen estos medios, se discurrirá primero en quanto à los bienes de Doña Ana de Monte-Verde, y despues se passará à los de Don Diego de Ayala, haziendose manifesto, que por vno, ni otro no tiene fundamento la pretension contraria.

§. PRIMERO.

QUE NO PUEDE TENER DERECHO
en los bienes de Doña Ana de
Monte-Verde.

97 **V**alese Don Francisco para pretender la parte de bienes de la legitima de Doña Ana de Monte-Verde, del poder que otorgó esta al Licenciado Pedro de Liaño, referido á los nn. 4. 5. y 6. para que capitulasse á Doña Polonia de Castilla su hija, ofreciendole la legitima paterna desde luego, y la suya despues de sus dias; y en esta conformidad capituló el dicho Pedro de Liaño: conque respecto de estos instrumentos dize tiene derecho, porque la legitima se le defirió luego; y que aunque Doña Ana de Monte-Verde sobrevivió á su hija, y nieta, como diximos *supr. num. 7. § 13.* Sin embargo, en virtud de las capitulaciones se radicó el derecho para poderle pedir, como si se le huviera ofrecido para entregarselo desde luego.

98 **Y** para que se conozca el poco fundamento que tiene esta pretension, permitase bolver á repetir las palabras del poder que se dió al dicho Pedro de Liaño, y las del instrumento que este otorgó, pues son las que han de dar regla al derecho de las partes, y las que tocan á la legitima de Doña Ana de Monte-Verde, son las siguientes. *E que la parte que huviere de aver por mis bienes, y herencia, los aya de tener yo. è gozar della todo el tiempo de mi vida, è hasta que en mis dias sea mi voluntad de se la dar, è entregar, sin que se me pueda pedir, ni pida por raçon de esto cosa alguna, è que yo me obligue que no defraudarè á la dicha Doña Polonia mi hija en su legitima, en poco, ò en mucha parte, por ninguna via ni manera que sea, &c,*

99 En la capitulaciõ que otorgò el dicho Pedro de Liaño ay otra clausula semejante á esta en lo que toca á la legitima de la dicha Doña Ana, y dize así: *Y en lo tocante á la*

100
legítima que le puede pertenecer de la dicha Condesa su madre, que así le manda, é dá en la dicha dote, obligò á la dicha Condesa que por su fin, é fallecimiento el dicho Nicolás de Rote, y Doña Polonia de Castilla, y sus herederos la abran, y se la mandò en el dicho nombre de la dicha su dote, como dicho es, así de los bienes raíces, é muebles, derechos, é acciones, y vassallage que oy tiene, é posee.

1009 Destos instrumentos se infiere con evidencia, que el ofrecimiento fue de legítima, y para quando llegasse el caso de deferirse con la suposicion de que conforme á lo natural avia de sobreviuir D. Polonia de Castilla, *ex text. in leg. cum pubere 22. ibi: Humanius est credere filium diutius vixisse. ff. de reb. dub. leg. qui de pariter 16. ff. eod.* Pero aviéndose sucedido tan grande mudança, como, præter, ó por mejor decir contra la intencion de la madre, que prometió (de quien con el fin de la posteridad debemos entender desearia mas la vida de su hija, que la suya propia, sic de parentibus, exoravit Ovid. Nas. Epistol. 1. ibi:

Dij præcor, hoc iubeant, ut euntibus ordine fatis:
Ille meos oculos comprimat, ille tuos.)

& turbato ordine mortalitatis, ut cum Papiniano I. Conf. loquat, in leg. nam, & si parentibus 15. in princip. ff. de inoffic. testam. premuerto la dicha Doña Polonia no hubo persona en quie se radicasse este derecho de legítima vt ait text. *in leg. quidam referunt 14. ff. de iur. codicil. illic: In proposito igitur quod post obitum hæredis codicilis legatum, vel ademptum est, nullius momenti est, quia hæres ad quem sermonem conferat in rebus humanis non est.*

101 En nuestro caso es mas sin disputa, donde la naturaleza del acto es de calidad de legítima tantas vezes repetida en los instrumentos (ex geminatione leg. *Ballista 32. ff. ad S. C. Trebell.*) y donde no llega el caso de deferirse hasta la muerte; *leg. cum quaritur, 6. leg. scimus 36. S. cum autem 1. C. de inoffic. testam.* porq̃ no se cõsidera legítima alguna en vida del padre, *text. in l. 1. S. si impubere 21. ff. de collat. bon. leg. 2. S. interdum, ibi: Improbũ esse Iulianus existimat, eum qui sol-*
li-

licitus de vniuersitate, ff. de vulgar. & pupil. substit. leg. qui superstitis 94. ff. de acquirend. hered. Carvall. de vna. & alter. quart. part. 4. cap. 1. de legitim. num. 4. & 11. Gabriel Pereyra, deciss. 103. num. fin. Capicio Latio, deciss. 34. num. 17. Giurb. ad consuet. Masanens. cap. 1. gloss. 3. num. 66. Lelio Altogrado, cons. 8. num. 20. & 30. Ualasc. consultat. 69. num. 8. & de part. cap. 21. à num. 1. Dom. Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 16. num. 7. Peregrin. de fideicom. art. 36. num. 16. Cancer. var. lib. 1. cap. 3. num. 23. Merlin. de legitim. tit. 3. quest. 1. Dom. Castell. de aliment. cap. 43. num. 1. Arias de Messa, lib. 2. var. resolut. cap. 27. n. 21. Mangil. in tract. de imputat. q. 3 n. 29.

102 Y es en tanto grado cierta la proposicion referida, que si vn padre señalasse à su hijo la legitima en vida, es nula, de suerte, que ni como donacion causa mortis, se admite, vt est text. in l. cum de bonis 11. C. de donat. sunt verba, cum de bonis tuis partem quidem penes te retinuisse, partem verò in eum, quem in potestate habes donationis titulo contulisse cōmemores, non est in certi iuris, in eum qui in sacris familiae tuae remanet, destinationem magis paternae voluntatis factam, quam perfectam donationem peruenisse. Y disputando en este texto Fachin. lib. 3. controvers. cap. 79. si valdria este acto por donacion causa mortis, resuelve que no, porque si los Emperadores, Dioclecian. y Maxim. Autores del texto quisiesen dezir que tenia fuerça de tal, lo huvieran explicado, ibi: Si donatio valeret pro legitima debuissent id explicare, alioquin minus sufficienter respondiissent.

103 Y los que mas han querido favorecer la donacion hecha en vida del padre, de los bienes de la legitima, han dicho que tiene fuerça de donacion causa mortis, que no tiene efecto, sino despues de la muerte, y que estas donaciones se hazen considerando en ella, y previniendo el testamento, como dixo Hugo Celso, cons. 120. num. 43. Quod ista dispositio est quaedam patris ordinatio, praeveniens supremi iudicij dispositione, y también Pedro Gregor. in suo syntag. iur. univers. lib. 41. de act. cap. 7. n. 17. vbi dicit: Hac de qua loquimur dona-

tionem, videri non tam propriè donationem, quam præordina-
tionem, distributionem patrimonij, & anticipatum testamen-
tum. Biē lo discurreo Cancer. lib. 3. var. cap. 7. nu. 87. ibi: Res-
pon-di pro hærede coniugum, eo quod hereditamenta, quæ sunt
per parentes tempore contratus sui matrimonij, in favorem
filiorum nasciturorum, cēsentur veluti quadam ultima volū-
tas parentum in filios, & ab eis descendentes. Fontanell. de
pact. nupt. claus. 4. gloss. 9. part. 5. num. 20. valiendose para ello
del text. in l. 3. §. sed & si. ff. de bon. libert. illic: Sed & si non
mortis causa donavit libertus patrono, contemplatione tamen
debitæ portionis donata sunt, idē erit dicendum, tunc enim,
vel quasi mortis causa imputabuntur.

104 No parece que puede aver texto mas decretorio
en la materia, ni que saque tanto de duda, como el referido,
y conforme à su decission son tambien los textos, in l. si filia
20. §. si pater 3. ff. familia hæciscunda, leg. si non mortis causa
25. ff. de inofficios. testam. leg. si quando 35. §. & generaliter, C.
eod. §. fin. Instit. imper. eod. tit. leg. cum quo 56. §. fin. ad leg. fal-
sid. Y por estos textos lo notan Bart. in leg. in quartam. num.
penult. hoc eod. tit. & Roderic. Suarez, in l. quoniam in prio-
rib. in princip. num. 5. C. de inofficios. testam. Didac. Perez, in
addit. ad Seguram, in l. Imperator, 50. n. 84. ff. ad S. C. Trebell.
Morla in empor. iur. tit. 3. part. 1. quest. 5. num. 10. in fin. Me-
noch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 29. num. 103. & 104. Ro-
bles, de represent. lib. 2. cap. 16. n. 30. & 31. Cancer. d. ct. lib. 1.
variar. cap. 3. n. 24.

105 Que en nuestro caso demas de la naturaleza del
acto, fuesse la intencion de diferir el efecto al tiempo de la
muerte, se convence de las mesmas clausulas del poder, y ca-
pitulacion, ibi: E que la parte que huviere de aver por mis
bienes, y herencia, los aya de tener yo, y gozar della todo el tiem-
po de mi vida, y en la capitulacion dize Pedro de Liaño, y en
quanto à la legitima que le puede pertenecer de la dicha Con-
desa su madre que assi le manda, obligo à la dicha Condesa, que
por su fin, y fallecimiento, el dicho Nicoloso de Ponte, y Doña
Polonia de Castilla, y sus herederos lo abrán.

Con-

106 Conque en estas clausulas se explicò el animo, y la intencion de diferir la substancia de la disposicion: al tiempo de la muerte por las palabras de *legitima, fin, y fallecimie- to*, y por las de futuro, *lo abrân*, que denota el tiempo en que avia de tener efecto, *l. solemnis 9. ff. de condit. & demonst. leg. novissima, 19. ff. iudicat. solvi, leg. si ita scriptum 45. §. fin. ff. de legat. 2.* Petr. Barbof. *in l. qua dotis 34. n. 109. ff. solut. matrimon. Gloss. in l. 2. ff. de in diē adiect.* Tiraquel. *de retract. condit. §. 2. gloss. unic. num. 4.* Petr. Surd. *conj. 38. num. 28.* Antunez, *de donat. Regijs, lib. 2. pralud. 2. §. 1. n. 30.*

107 Y siendo esta donacion causa mortis, por su naturaleza, y por las clausulas que lo denotan, el principal requisito della, es, que si el donatario muere antes que el donante, queda desvanecida, y sin efecto alguno, *l. nō omnis 19 in prin- cip. ff. si certum petat. l. 1. leg. si mortis causa 29. ff. de donat. caus. mort. §. 1. Instit. imper. tit. de donat. leg. fin. tit. 4. part. 5.* Anton. Gom. *lib. 2. var. cap. 4. num. 19.* Menoch. *de præ- sumpt. lib. 3. presump. 37. num. 43. & 44.* Cardinal. Man- tic. *de coniect. ultim. volunt. lib. 12. tit. 7. num. 19.* Hermos. *in leg. 11. tit. 4. part. 5. gloss. 4. nu. 1.* Mario Cutell. *de donat. tract. 1. discurs. 1. part. unic. n. 33.*

108 Y aviendo premuerto las dos, Doña Polonia hija, y D. Polonia nieta, à Doña Ana de Monte-Verde, madre, y abuela, no pueden sus herederos pedir cosa alguna, ni averles transmitido el derecho à sus legitimas, como en terminos o dixo Merlin. *in tract. de legitim. lib. 5. tit. 3. quest. 9. nu. 25. in fin. illic: Limitatur sexto, quia ad effectum, ut iure trans- missa legitima hæredes filij possint petere legitimam, debet pro- bare ipsum filium supervixisse patri, vel matri.* Faquineo, *lib. 3. contro. v. cap. 79. vers. Quod vero, ibi: Quia non est certum legitimã filio deberi. Nã ut ipse ante patrem moriatur accidere potest.* Dom. Crespi, *observat. 43. feré per totam Ayora de par- tit. part. 2. quest. 34.* Robles *de represent. lib. 2. cap. 16. num. 31.* Honded. *consultat. 16. volum. 1. n. 3. illic: Lex enim transmi- sionem fieri posse concedit quoties defectus non consideratur iniure deferendi, sed iniure agnoscendi, vel petendi, ex leg.*

ventre, ff. de acquirend. hered. Et consult. 14. volum. 2. num. 65. ibi: Secundo ad transmissionem faciendam requiritur ex parte transmitētis, quod ius quamvis nondum apprehensum sit, ipsi tamen adquisitum, aliās non acquisitum non transmittitur.

109 Y tambien por aver sido la promesa condicional de la legitima que le avia de pertenecer por muerte de su madre, huiusmodi dies incerta dispositionem condicionalem reddit, *l. quibus diebus 40. §. quidā Titio 2. ff. de condit. Et demonstr. l. dies in certus, 73. ff. eod. Honded. dict. consult. 16. n. 37. volum. 1.* Conditione namque deficiente deficit ipso iure omnis dispositio, tam inter viuos, quàm in vltima voluntate, nec relictum, aut promissum debetur, *l. qui heredi, §. fin. ff. de condit. Et demonstr. cum vulgatis, DD. in leg. si rem, §. omnis, 3. ff. de pignorat. act. ex multis Cassanat. cons. 2. num. 28. el señor D. Iuan del Castillo, lib. 5. contro. cap. 119. n. 5.*

110 Y la razon es, porque corrui omnis dispositio, quæ aliquid præsupponit, faltando el presupuesto, y se resuelve, *Gloss. in l. mācipia, 5. C. de seruit. fugitiv. Petr. Surd cons. 122. num. 14. con muchos que refiere, Et cons. 150. num. 18. Dom. Castell. lib. 5. contro. cap. 83. num. 5.* Y porque no puede en buena filosofia naturalmente darse accidente sin substancia, de q̄ se figue, q̄ primero ha de aver legitima deferida, q̄ se deba ô transmita, que es la calidad accidental, *l. eius qui in Provincia, 41. vers. Quod si stipulatus. ff. de reb. cred. Et si cert. petat. l. si seruum miki, 4. §. 1. ff. de act. empt.*

111 Bien al intento lo discuriò Berengario, *in l. in quartam, ff. ad l. falsid. in presat. numer. 8.* dum sic ait, *ex hac conclusione elici possunt sequentia. Primum quod liberi, qui moriuntur ante eum, de cuius bonis agitur legitimam non habent, minusque eam transmittere possunt, nec debent (licet vulgus aliter arbitretur) in numero liberorum computari perinde, atque si nunquam nati fuissent, etiam si eis tempore testamenti existentibus aliquid relictum fuisset, illud enim quasi caducum in patrimonio remaneret. Sed difficultas esse potest,*

an relictum uni ex filijs pro legitima, qui patri premoritur sit heredis? An coniuncto debeat, aut substituto, si eiusmodi persona reperiantur? puto neque heredi, neque cuius alteri, eã portionem adscribendam, sed reliquis filijs pro eorum numero ex omni patrimonio, legitimam esse dandam, Et ita quod si filius ille premortuus sit, commodum illud fratribus affert, quod partiores sint, inter quos legitima sit distribuenda, Et ille filius sic defunctus partem non faciet.

112 A quien siguió, satis appertè Jacob. Cancer. lib. 1. variar. cap. 3. num. 23. ibi: *Dixi siquidem non fuisse ius quasi- tum irrevocabiliter filijs ex dicta assignatione legitima facta, sed tantum revocabiliter ad voluntatem matris, cum non fuisset facta dicta assignatio legitima, iure donationis, sed relative ad tempus mortis ad instar supremi iudicij pro eo quod tempore mortis pro legitima eius deberetur, Et c. leg. fin. C. familia heriscunda, Paschal. de virib. patr. potest. cap. 4. 2. part. num. 16.*

113 Haffe dicho en las alegaciones hechas en el pleyto, y se informò en estrados por parte de D. Francisco Baptista, que no se debia de considerar por donacion causa mortis esta asignacion de legitima, por averle hecho en contrato dotal por causa onerosa de matrimonio, el qual tuvo efecto, y con tercero, por quien se aceptò; todo lo qual, se dize, no obrò acto de vltima voluntad, sino contrato puro, y perfecto, para de presente, y no de futuro.

114 Pero todavia, insistimus in eadem defensione, y en que proceden los fundamentos della; porque aviendo sido la promessa con relacion à la legitima que pudiera pertenecerle, tuvo siempre *in viuitam in se condicionem si defertur*, quoniam multi contractus, quamuis purè appareant celebrati, secundum eorum verba, tamen ex natura rei recipiunt condicionem virtualiter insitam, *l. interdum, 73. ff. de verb. obligat. l. 1. in fin. ff. de condit. Et demonstr. Ant. Gom. variar. lib. 2. cap. 11. num. 32. vers. Quã conclusionẽ. Quæ tacitæ condiciones cum à iure sub intelligantur pro expressè appositis habentur leg. licet Imperator, 74. ff. de legat. 1. D. Salgad. in Labyrinth. credit. 2. part. cap. 2. num. 96. de quibus partes intelli-*

gūtur cogitasse Gratian. *discept. forens. cap. 916. numer. 3. ibi.*
Illam saltem virtualiter cogitasse de diminutione dotium ad re-
tam fructuum, cum quibus erat dotanda puella. Dom. Castill.
lib. 6. contro. v. cap. 117. n. 6. & 7.

115 Y porque todas las disposiciones humanas en tá-
to duran, y se deben guardar en quanto no ay novedad, *re-*
bus sic ex tantibus, & in eodem statu manentibus, ex l. C.
African. lib. 7. qq. in leg. cum quis 38. in princip. ff. de solut. &
liberat. abunde ex multis in omni dispositione, lege statuto
prævilegio, re iudicata, & contractibus, Dom. Castill. lib. 4.
contro. vers. cap. 59. á num. 3. D. Francisco Merlin. contro. vers.
forens. Centur. 2. cap. 11. numer. 1. Dom. Salgad. Labyrinth,
credit. 1. part. cap. 25. num. 21. illic: Quoniam quando ex na-
tura actus, seu contractus aliqua conditiones in sunt. semper
pacta, & contractus intelliguntur rebus sic ex tantibus, sic deni-
què qualibet iusta, & legitima causa superveniens inducere
valet licitum recessum à dispositis pactis, & conventis. Peregr.
de fideicom. tit. 4. n. 58.

116 Conque como deziamos, aviendo sucedido tan
grande causa, como aver premuerto la hija, y nieta à la ma-
dre, y abuela, cessó la de la dicha promessa, y el derecho con-
dicional della, ó por mejor dezir se resolvió, tanquam sine
causa Ant. Fab. *in C. (quem suo nomine inscripsit) lib. 2. defi-*
nit. 2. ibi: Incipit enim pecunia illa penes liberos esse sine causa,
Dom. Salgad. vbi proxime num. 25. ibi: Et ideo pactum rela-
tum ad naturam, commutabilem, & variabilem non alterat,
nec interimit commutabilitatem provenientem ex natura rei
sui natura commutabilis in dispositionem, seu contractum de-
ducta, sed ab ea regulatur, & eius natura vestitur, & pulchré
docuit Ancharranus, con muchos Autores que refiere.

117 Y tambien, porque no por averse hecho en con-
trato dotal, dexa de ser por esso promessa de legitima, ni mu-
da la naturaleza por el contrato en que se celebra, antes biē
todos los Autores in distintamente dizen que el dote suce-
de en lugar de la legitima, *ex text. in l. quoniam novella, C. de*
inofficios. testam. Iasson. in Auth. novissima nu. 60. C. eod. Rip-

pa, in l. 1. num. 64. ff. solut. matrim. Afflictis, decis. lxxi num. i.
 vers. Pro hoc, Alciat. de presumpt. regul. 1. presumpt. 26. num. 1.
 Cephal. conf. 280. volum. 2. Merlin. post tract. de legitim. de-
 ciss. 106. num. 4. Giurb. ad consuet. Mesanens. cap. 3. §. 7. nu. 38.
 Dom. Molin. de Hispanor. primog. lib. 2. cap. 15 num. 2. & lib.
 4. cap. 2. num. 81. Mier. de maiorat. part. 1. quest. 31. n. 6. Flores
 de Mena, in addi. ad Gamm. decis. 379. Fuffar. de substitut.
 quest. 297. num. 1. Dom. Castill. de aliment. cap. 17. n. 7.

118 Y es en tanto grado, q̄ despues de aver señalado el
 dote à la hija, si se aumentan los bienes del padre, entra á pe-
 dir lo restante de la herencia, y se llama suplemento de legi-
 tima, dando á entender que aquel dote fue legitima, y que
 entra á cobrar lo que le faltò de perceber della, discurniòlo
 en esta conformidad Tello Fernandez, in leg. 2. Taur. ex
 num. 10. usque ad 16. Alvarad. de coniect. ment. defunctor.
 lib. 2. cap. 2. §. 1. num. 92. Matienço, in leg. 7. tit. 6. gloss. 2. ex
 num. 9. Molin. de Hispan. primog. dict. lib. 4. cap. 2. numer. 81.
 Mier. de maiorat. part. 1. quest. 10. nu. 7. Zevall. comm. contr.
 comm. q. 204. Paschal. dict. cap. 4. ex num. 24.

119 Tampoco obstará el decir la parte contraria, que
 Doña Ana de Monte-Verde reservó el poder disponer de
 3y. ducados, conque parece tranfirió el dominio de lo
 demas, en Doña Polonia su hija, como se dize en la reserva-
 cion de usufructo, que por ella se passa el dominio. Porque
 si se advierte en la clausula, no reservó los 3y. ducados, sino
 toda la legitima, y se obligó à no perjudicarla mas que en
 ellos, y esta no es reserva de dominio; pero es de tal calidad,
 y naturaleza la legitima, que aunque expressamente se refer-
 vasse el usufructo, siempre quedava el dominio revocable,
 como en la donacion causa mortis; ponderòlo assi con sin-
 gularidad Pedro Barbof. in l. que dotis 34. ff. solut. matrim. nu.
 110. & iii. ex text. in leg. seia 42. præsertim vers. Sed negari nõ
 po. est, ff. de mort. caus. donat. à quien siguiò novissimé Antun.
 de Portugal, de donat. Regijs, lib. 1. prælud. 2. §. 3. n. 10.

120 En mas estrechos terminos disputa el caso Ayora,
 de partitionib. part. 2. quest. 34. no solo en reservacion de usu-
 frue-

fructo, sino aviendo entrega por causa onerosa de matrimonio à vno de los hijos de vna heredad, haziendo mejora de tercio, y quinto, y que lo que mas valiera lo imputasse en la legitima, el hijo vendió la heredad à vn tercero, y murió antes que el padre, y en este caso dize, que los hijos podrán repetir la heredad en lo que toca à la legitima, no solo estando en poder del hermano, sino tambien respecto del tercero, contra el qual tendrá la vtil reivindicacion; el caso le figura assi: *Trigesimo quarto quaritur, si el padre, ò madre hizo donacion, ò mejora à su hijo por via de casamiento, en el tercio, y quinto de sus bienes dandosele, y señalandosele en alguna heredad, ò raiz, y que lo que mas valiesse, fuesse para en cuenta de su legitima: Despues muere este hijo en vida del padre, ò madre que hizo la donacion, y mejora, sin dexar hijos, ni descendientes aviendo vendido, y consumido esta heredad, q̄ le fue dada, la qual valia mas que el tercio, y quinto, y legitima del hijo.*

121 Y la resolucion, es, que en quanto al tercio, y quinto en que le mejorò conforme à la ley 17. de Toro, se hizo irrevocable; pero lo q̄ era por cuenta de la legitima, dize assi: *Pero en quãto à lo q̄ vale mas esta heredad, en que el hijo fue mejorado, q̄ el padre le diò, y anticipò para en cuenta de su legitima, esto no valiò, ni pudo valer, aviendo muerto antes que el padre, ò madre que le hizo la donacion, sin dexar descendientes, y dà la razon, por que videtur datum sub conditione si supervixerit patri.*

122 De que se infiere para nuestro caso, que no puede tener derecho alguno Don Francisco Baptista, ni por razon de los capitulos matrimoniales, ni de la reserva que se quiere suponer; pues no aviendo mejora, sino solo promessa de legitima, aunque Doña Ana de Monte-Verde la huviesse entregado à Nicoloso de Ponte, lo podian repetir los demás hijos aviendo muerto Doña Polonia antes que su madre, y aunque los bienes estuvieran en vn tercero.

123 Demàs de que Nicoloso de Ponte no pudo pretèder cosa alguna por razon del dote de su muger, sino solo
por

por la herencia legitima de su hija, y esta no tenia derecho á la dote de su madre, sino á la legitima de su abuela, pues lo que haze la nieta muerta la madre, que ocupava el primer grado, es entrar á poder ser ex propria persona heredera dela abuela, vt advertit Mangilius *de imputat. quæst. 20. num. 18. & 19.* Y assi la parte contraria, no se puede valer de si fue promessa dotal, ò si se le adquiriò desde luego accion á la dote, porque esto fuera bueno quando entrara por el derecho de Doña Polonia la mayor; pero como no puede entrar por este medio, sino por el de su hija que tuvo derecho de heredar á Doña Ana de Monte-Uerde, nõ puede valer se de los previlegios del dote.

124 Y queda llano, y sin disputa, que por aver muerto Doña Polonia la menor antes que su abuela, no tuvo derecho de heredar, ni que transmitir á sus herederos por la regla tan conocida, como cierta de que, *hereditas non delata non transmittitur*, text. in l. 3. §. *adquirere*, vers. *Denique in fin.* ff. de bon. possessionib. l. *emancipata* 4. C. *qui admitti ad bon. possess. poss. leg. quoniam* 7. l. *si infanti* 18. vers. *Sin vero*, C. de iur. delib. l. *unic.* §. *in novissimo*, vers. *Hereditatem*, C. de caduc. tollend. Bald. in l. *quidam elogiũ*, num. 3. & in l. *quonia antiquioribus* 19. in fin. C. de iur. deliberand. & cons. 132. ad medium vers. *Sciendum est enim*, volumine 2. Bart. in leg. *is potest*, num. 9. ff. de acquirend. heredit. Grassius de successionib. lib. 2. artic. de transmiss. quæst. 18. num. 2. Zevallos, comm. contra comm. quæst. 905. á num. 78. Marta, de successione legal. part. 1. quæst. 24. artic. 3 num. 8. & cons. 13. num. 34 & consil. 164. num. 3. Dom. Uela, dissert. 11. nu. 2. 3. & 8. Donell. lib. 7. commentar. civil. cap. 4. vbi eius enucleator Osuald. litt. A. & B.

125 Y porque, aunque dieramos, que Doña Polonia de Castilla pudiesse aver transmitido en su hija aquella esperança incierta, y dudosa de suceder á su madre, si previuiera, es fuerça fuesse con la mesma calidad, y condicion q̄ ella la tenia de aver de sobreviuir, regulare quippé est quod transmi-

22
sio fit in hæredem cum eadē qualitate, qua ius transmissum
est penès transmitentem, text. *in leg. si quis filium* 7. §. 1. ff.
de acquirend. hæred. Gloss. Singularis, in leg. sed & si pro dote
10 §. fin. vers. Ab intestato ff. de legat. præstand. Cancer. lib. 3.
variar. cap. 21. num. 147. y pues premurió, no se puede ne-
gar, quod defecta est condicio, & ad nihilum reddactum, el
heredero de la nieta predefunta, text. *in l. si ita scriptum* 45.
§. si sub conditione, ff. de legat. 2. leg. qui hæredi 44. §. fin. ff. *de*
condit. & demonstrat. l. pecuniam 36. ff. *si certum petatur, leg.*
cedere diem 213 ff. *de verbor. signific. iunctis quæ dicebamus*
supr. num. 109.

126 De lo discurredo se ajusta, que Don Francisco
Baptista no tiene derecho alguno à los bienes de Doña Ana
de Monte Verde, y en el §. siguiente se probarà como las
Islas de la Gomera, y del Hierro, caso que se reputen por
bienes libres, pertenecieron à Doña Ana de Monte-Ver-
de, y que de la legitima de Don Diego de Ayala no ay bie-
nes algunos.

§. SEGVNDO.

QUE DE LA LEGITIMA DE

*Don Diego de Ayala no ay bienes
algunos.*

127 **A**Vnque Doña Ana de Monte-Verde huviesse
ofrecido que daria à Doña Polonia su hija des-
de luego la legitima de Don Diego de Ayala
su padre, calificandose, como se harà, que no quedaron bie-
nes al tiempo de su muerte, quedaria vaga, y sin fundamen-
to, y no tendria obligacion alguna por el ofrecimiento; y
antes bien si se huviesse pagado algo con esta falsa suposi-
cion lo pudiera repetir, como en bien semejante caso lo di-
xo el text. *in l. fin. ff. de constitut. pecun. ibi: Nec civilem eo*

nomine actionem competere; sed nec de constituta.

128 Y aunque el probar que Don Diego de Ayala tuviese bienes al tiempo de su muerte le tocava á la parte contraria, como fundamento de su intencion, y entrando por vna demanda de reivindicacion, y siendo actor en ella, debia calificarlo con los requisitos escrupulosos de *text. in l. si in rem. §. ff. de rei vindic. cum vulgat.* ajustando la parte que tenia en estas Islas Don Diego, y tambien que por su muerte estuviessen fin enagenarlos por el *text. l. item videndum 18. §. ult. cum l. seqq. de petit. heredit. l. item veniunt 20. §. fin. cum l. seqq. ff. eod.* Bart. *in l. ultim. propè finem. C. de edict. Divi Adrian. Tollend & cum multis relatis Mier. de maiorat. 3. part. q. 17. n. 21.*

129 Sin embargo se probará por parte del Conde, que no quedaron bienes algunos; porque aunque sea cierto que la Isla del Hierro la compró Don Diego de Ayala de su padre Don Guillen en el año de 1561. en precio de 34. doblas, como diximos *supr. num. 33.* y consta à *fol. 8. B. Ram. 2.* y que aviendole puesto demanda Don Pedro Suarez de Castilla su hermano de lesion enormissima, en el año de 1567. se compuso por 1500. doblas mas, segun parece del dicho *Ram. à fol. 251.*

130 Y consta tambien, que en el año de 1567. se hizo transaccion entre Don Alvaro de Fuentes, y Doña Beatriz de Ayala, hija, y hierno del Adelantado Don Pedro Fernandez de Lugo, y de Doña Ynes de Herrera, en que recobraron por tercias partes la dicha Isla, de que le tocò à Don Diego vna tercera parte, como tãbiẽ en los quintos, y entradas de la Gomera por transaccion q̄ se hizo con el Guardian de San Francisco de los Reyes, *fol. 403. Ram. 2.*

131 De los mismos autos consta con evidencia que no le pudieron pertenecer à Don Diego de Ayala, por no aver comprado estos derechos con dinero propio suyo; antes bien lo contrario, pues consta que en el año de 1555. casó con Doña Ana de Monte-Verde, y à esta le ofreció su madre Agueda de Monte Verde 134. doblas; y fue con calidad de

de que se avia de imbiar persona à Don Guillen Peraza, para que renunciasse en su hijo Don Diego el derecho que tenia en la Isla del Hierro, ofreciendo de las 137. doblas la cantidad que fuesse necessaria, como no excediesse de 6500. y que tambien se avia de desempeñar la Isla de la Gomera que estava en poder de Don Alvaro de Fuentes, que la remató por el tributo de 2007. maravedis de que se ha hecho mención desde el n.1. con los siguientes.

132 Y aviendose efectuado el matrimonio, y con la promessa antecedente paga el dote ofrecido, y le aumenta hasta 177. doblas en diferentes partidas, que la primera es la decima parte del ingenio de Tassacorte, con sus cañaverales, en 97. doblas, y en 1800. en vna viña, que llaman de la Breña de abajo, y 400. doblas en el termino de Tanifara, en vnas tierras que fueron de los Riveroles, y 650. doblas en otras tierras en la punta gorda, que fueron de Estevan Gil, y se las vendió á Diego Diaz su sobrino, y vna casa en la mesma Ciudad de la Palma, tassada en 650. doblas, y otras 550. en diferentes tributos, y con 400. que avia gastado Doña Ana de Monte-Verde, desde la muerte de su padre, y 52. partidas de plata labrada.

133 Conque Don Diego estuvo en obligacion de cumplir el pacto de comprar con la dote la Isla del Hierro, y desempeñar la Gomera, como con efecto lo executó en el año de 561. y 567. y en vnas, y en otras escrituras que otorgó, fue juntamente con Doña Ana de Monte-Verde su muger, y en la de transaccion con Don Alvaro de Fuentes se obligó también Agueda de Monte-Verde su suegra, como fiadora por el principal del tributo de los 2007. maravedis que quedava impuesto sobre la mesma Isla.

134 No puede aver mayor evidencia de que estas Islas se compraron con el dote de Doña Ana de Monte-Verde, pues fue constante el matrimonio, y no teniendo Don Diego bienes algunos antes de casarse; ni Don Guillen su padre que darle pues si los tuviera no huviera vendido á su hijo la Isla del Hierro, ni tampoco huviera dexado rematar la de la

27

Gomera; y esto se convence de la sentència que se compulsó en el pleyto de Granada, donde en ella se dize que se articulò, y probó que avia venido à gran pobreza Don Guillen, padre de Don Diego, à que se añade el aver precedido vna capitulacion donde fue pacto expresso que se avian de cõprar con la dote estos bienes.

135 Y porque no quedasse duda alguna en la materia, el mesmo Don Diego de Ayala en el año de 575. hizo las dos declaraciones de que dexamos hecha mención *supr. nu. 34.* La primera, como la Isla del Hierro la à comprado con los bienes dotales, y que con ellos mesmos à desempeñado la Isla de la Gomera: y aviendo cõprado mas bienes en ella; haze la segunda, refiriendose à la antecedente, y declarádo lo mesmo en quanto á averlos comprado con los bienes dotales, y en essa conformidad entrega à Doña Ana de Monte-Verde la possession de todos ellos, para que como suyos propios dotales, pueda disponer à su voluntad.

136 Viendo la parte contraria la fuerça destas escrituras, y que por ellas quedava desvanecida su pretension, pues no pudiendo tener derecho à los bienes de Doña Ana de Monte-Verde, como queda referido, y constando que estas Islas, como compradas con su dote eran *suyas, l. res que 54. ff. de iur. dot. vbi Gotofred. lit. T. Ant. Fabr. lib. 5. coniect. cap. 9. & Iacob. Cuiac. observat. lib. 9. observat. 29. cū alijs, se à valido de diferētes, subterfugios, que no le pueden aprovechar, y lo que dize es, que à la escritura de dote no se le ha de dar credito alguno, porque no se facò de protocolo, sino que el Marques de Adeje en el año de 52. presentando vn testimonio, de como en los registros de Sancho de Vrtarte se avia buscado esta escritura, y no se avia hallado à causa del diluvio en la Isla de la Palma, pidiò se pusiesse en protocolo, y se hizo, y de alli se à compulsado.*

137 Tambien opone, que la escritura en que Agueda de Monte-Verde paga el dote à su hija Doña Ana, tiene el mesmo defecto, por averla presentado en la mesma forma. Diego de Ayala en el año de 1662. con la relacion del dilu-

vio de la Palma y tambien añade que se convence la incertidumbre, porque el ofrecimiento suena de 134. doblas, y la satisfaciõ es de 174 y que en algunos instrumentos se dixo que Doña Ana de Monte-Verde avia llevado 204 ducados, que todo convence la incertidumbre, y que queriendo otorgar Agueda de Monte-Verde el entrego de la dote, entra diciendo; *por quanto yo ofreci à mi hija Doña Ana de Monte-Verde 174. doblas, como consta del ofrecimiento, que es como se sigue, y no se inserta el ofrecimiento.*

138 Oponese tambien, que las declaraciones que haze Don Diego de Ayala son supuestas, y quando fuessen ciertas, en la substancia eran vna paga de dote constante el matrimonio, que està prohibida por derecho; y finalmente dize de todas las escripturas que están sacadas sin legitimidad alguna; porque aviendose redarguido de falsas ciuilmente en la Audiencia de Canaria, y queridolas comprobar en Sevilla, se ganó provision de la Audiencia para que se citasse en persona à Don Francisco Baptista; y aviendola presentado ante el Teniente de la Villa de la Orotava, este la mandó cumplir, y que se notificò al Marques de Adeje, no sacasse instrumento alguno, sin citar personalmente à Don Francisco Baptista, y añadió que se le señalasse termino para hallarse à ver sacar las escripturas, y aunque la notificacion se hizo al Marques, y la citaciõ en persona à D. Frãcisco Baptista no se le señaló termino, como lo mandò el Teniente, y que asi las sacas de estos instrumentos son nulas por este defecto.

139 Y para que se conozca el poco fundamento destas alegaciones, se responderà brevemente; porque en quanto à que las escripturas no tengan protolo, no por esso se desvanecce su fé, constando llanamente, y siendo notoria la inundacion de la Isla de la Palma, y por los testimonios, que los registros de Sancho Vrtarte estavan tan mal parados, que no se hallavan sino algunos quadernos; conque siendo cierto este accidente el derecho dà por probada la pérdida del protocolo, *leg. illat. 4. C. de fid. instrum. cap. cum olim de privil.*

22

Surd. conf. 109. n. 9. Dom. Larr. decis. 56. n. 6. Pareja de instrum.
edit. tit. 5. q. 15. n. 9.

140 Y el protocolo no es de tal suerte esencial que quite la fe al instrumento que se á sacado dél ; porque este no se la dá al instrumento, y antes bien sacado del protocolo el original, antiguamente se solia cancelar añadiendo estas palabras, *cancelatum quia redditum in publicam formam*, como dixo Castrens. in leg. si quis ex argentarijs 6. §. nã & ipsi, n. 2 ff. de edend. Fulvio Paciano, de probat. lib. 1. cap. 64. nu. 68. Montalvo in leg. 3. tit. 8. lib. 3. fori, verb. Sacada la nota.

141 Y aunque la practica de cancelar el protocolo no está en uso, lo que no puede tener duda es, que el no parecer el protocolo no perjudica al instrumento, que tiene todas las solemnidades, pues fuera cosa muy dura ; y contra razón que perdido el protocolo, ó por caso fortuito, por malicia, ó incuria de Escrivano, fuesse esto contra la parte, quitando la fe al instrumento, y que padeciesse la pena, quien no avia tenido la culpa.

142 Muy à nuestro proposito lo dixo Gratian. discept. forens. cap. 652. num. 65. donde tratando de la validacion de vn matrimonio, entró la duda por no estar escrito en el libro de la Parroquia, lo qual es preciso conforme al Santo Concilio de Trento, sect. 24. de reformat. cap. 1. ibi. *Habeat Parochus librum*. Y sin embargo resuelve en favor del matrimonio, y pone el exemplo en el protocolo de el Notario, illic : *Non tamen talis negligentia debet redundare in alterius praiudicium exemplo Notarij, qui post factam fidem de instrumento per eum rogato non praiudicat partibus, si non custodit protocolum iuxta opinionem veriore[m] Nicolai Matareli de qua per Baldum in rubr. C. de fid. instrum. num. 20. & 28. & in leg. admonendi colum. 8. de iur. iurand.* y cita à Castro, Alexandro, Parisio, Aimon, Bertrando, Cagnolo, Curcio Junior, Corneo, Sola, y al señor Cobarrub.

143 Estos instrumentos, como oy se hallan originales puestos en registro de Escrivano Publico, y por mandado de el luez, no ay duda que prueban concluyentemente, pues

aun

añ sin estos requisitos la escritura publica, y el original prueba sin protocolo, vt probat Carrasco del Saz, *ad aliquas ll. Recop. c. II. n. 6.* con el señor Presidente Covarrub. & D. Gregor. Lop. ibi: *Concludo siue in ordinaria, vel executiva via plenam, Et integram fidem facere, Et executionem paratam habere, scripturam, qua coram tabellione, fuerit confecta etiam non extante protocolo.*

144 La calidad de los instrumentos, y lo que contienen, y como se vnen vnos con otros, y se comprueban, quitan qualquier sospecha; porque el ofrecimiento de dote, y capitulacion dize, que se aya de embiar persona à Don Guillen Peraza, para que le ceda la Isla del Hierro, y que se desempeñe con el dote de la Gomera; y esto se executò con efecto. La paga que hizo Agueda de Monte-Uerde, se dà la mano con el ofrecimiento (que es cierto le ay) y dize que fue de 17½. Las declaraciones de D. Diego de Ayala, q̄ refieren esto mesmo. Las particiones de Doña Ana de Monte-Verde, en q̄ dize, q̄ todos son bienes suyos dotales, y por esso los divide entre sus hijos. El testamento desta, en que tambien lo declara, y el de Agueda de Monte-Verde; la qual en vna de sus clausulas dize, y confiesa dió à su hija Doña Ana 7. q. y 500½. m. ravedis de dote, quando la calò con D. Diego de Ayala, Conde de la Gomera, y lo demàs que pareciese por escrituras, y cartas de pago, que entre ambos passaron: fue su otorgamiento en 29. de Octubre de 1684. por ante Diego de Luxan, Escriuano Publico de la Isla de la Palma, y aora de nuevo se ha presentado.

149 Tambien es de reparar en el instrumento de la paga, y satisfacion del dote, para acreditar su fé, pues dize que le dà las 17½. doblas, con calidad, que no pida particion de los bienes de Diego de Monte-Verde, su padre, y que las 1½. doblas son de la manda que la hizo Angela de Socarras, su abuela, y la pone en quenta 400. doblas, que gastó despues de la muerte de su padre; à que se añade, que lo mas de la dote lo consignò en bienes rayzes, lo qual excluye qualquier presuncion; pués es cierto, que no se avia de hazer vn

instrumento falso, poniendo bienes rayzes, donde se pudie-
ra comprobar la incertidumbre.

146 De que se sigue, que aunque el instrumento de
ofrecimiento de dote padeciese algun defecto, este se sana
ya con los demás que le coadjuvan, y comprueban, vt pro-
bat text. in leg. iubemus 24. C. de probat. Y como dixo Pedro
Surdo, *cons. 173. num. 54.* aunque tuviera vicio visible, hazia
entera fé. *ibi: Nam Et si instrumentum de falso suspectum
fidem non faciat, tamen hoc fallit, quando fides ex alijs impo-
nitur.* Y cita à Dominico, Paricio, Socino, Nevizan, Natta, y
profigue: *Et procedit hoc etiã, quando instrumentũ laborat vi-
tio visibili; vt quia sit abrasum, incisum, vel laceratum, quia
nibi lominus fidem facit, si eius veritas ex alijs comprobatur.*

147 Y quando todos los instrumentos no se admitie-
ran con el credito de tales, por lo menos no se les podia
negar, que hazian gran presuncion, de que llevó dote muy
considerable Doña Ana de Monte-Verde, puesto que se
puede probar por indicios, y conjeturas, ita afirmaron
*Petr. Surd. dict. cons. 94. num. 18. usque ad 22. lib. 1. Dom. Cas-
till. lib. 4. controvers. cap. 40. num. 35. Nogueroi. allegat. 29.
num. 91.*

148 Y entre las conjeturas que ponen es la mas prin-
cipal, y la que en este caso no se puede negar, que es la noble-
za, y calidad de Don Diego de Ayala, hijo del Conde de la
Gomera, que se casa en su tierra, dõde es Conde, con vna se-
ñora particular, es evidente la conjetura de vn gran dote, vt
docté argumentatur *Petrus Surdus, dict. cons. 94. num. 54. in
fin. illic: Sane in nostro casu non possunt esse urgentiores; quia
ultra quod solent viri dotes consequi ab uxoribus probatum
fuit, quod erat dignus tanta dote.*

149 Y es muy à proposito la decissio de Ludovisio 99.
*part. 2. num. 95. Barbof. in leg. 1. ff. solut. matrim. 3. part. nu. 69.
Menoch. de presumpt. lib. 3. presumpt. 6. num. 80. Oracio Car-
pano ad statuta Mediolanens. tom. 2. cap. 298. nu. 261. Uivio
commun. opinion. opinion 268. num. 16. Marius Mutta, deciss.
Sicil. 93. num. 12. Dom. Castell. lib. 4. controvers. cap. 40. nu. 42.*

vers. Nec obstant. ibi: postremo quia maritus inspectis facultatibus, & qualitate natalium (erat enim ex illustri familia progenitus, & regia Senatoria dignitate praeeditus) fuisset dignus tanta, & maiori dote, quae omnia simul probant intentionem praefati mariti manifestè, & omnia bona fuisse data in dotem.

150 Conque aunque no huviera los instrumentos, y confesiones bastaba la posesion en que estuvo de los bienes Doña Ana de Monte-Verde, y aver executado la particion dellos, como dotales, y la calidad de Don Diego de Ayalá, para que siempre se presumiera que avia llevado gran dote, y que desto no estava satisfecha por no aver tenido que partir entre sus hijos mas que las dos Islas de la Gomera, y Hierro, que se avian de tener por dotales.

151 No era necesario con el fundamento antecedente responder à las redarguiciones que fríbolamente se haze de los instrumentos, pues estos estan de sobra. Pero porque no pueda quedar ninguna duda en ellos, se responderà, que los instrumentos estàn legitimamente sacados, sin que embarace lo que se ha querido dezir por la parte contraria; pues en quanto à que si se señalò dia, y hora à Don Francisco Baptista, es cierto que no era necesario, porque los instrumentos se sacaron, observando puntualmente la provision desta Real Audiencia, citando en persona à Don Francisco Baptista de Lugo.

152 Y aunque el Teniente de la Orotava ante quien se presentò, dixo, que se le señalasse dia, y hora à Don Francisco Baptista no lo pudo hazer, porque esto no estava comprehendido en la provision, y obrando en quanto à ella, como mero executor, no pudo exceder, ni mandar lo que expressamente no se comprehendia en el despacho, y precissamente se debiò ajustar a él por los textos, *in leg. si ut proponis, 6. & in leg. executorè, 8. C. de execut. rei iudic.* Dom. Salgad. de Reg. protect. part. 4. cap. 3. num. 3. & 11. ni que se considerasse como delegado, tampoco pudo hazer otra cosa, vt probatur ex text. *in cap. cum dilecti 22. de rescript. cap. de causis 4. cap. cum olim 32. de offic. & potest. iud. delegat. leg. 20. tit. 4. part. 3.*

153 Lo segundo, porque no ay Autor que diga que sea necesario el señalamiento de dia, y hora, y lo mas que tiene introducido la practica es, que si la parte pidiere el señalamiento, y no fuere muy gravoso, le suele señalar el Juez; pero que este de oficio le señale, no se ha visto hasta aora en los Tribunales, pues aun la citacion ad totam causam, y que para perjuizio irreparable, y tiene los privilegios de defensa natural sino ay termino señalado por la ley, no se concede por el Juez, y se entiende quàm primùm potuerit, citatus, cap. 2. de testib. cogend. cap. accedens de procuratorib. cap. cum parati de appellat. c. eos de sententia ex comunicat in 6. Speculator. tit. de citat. §. ult. vers. Quid si iudex. Mariano Socino de citat. artic. 19. n. 17. Alexand. in l. liber homo, §. 10. num. 6. de verbor. obligat. Abbas in cap. stirpanda num. 21. de prabend. num. 6. Cevallos, commun. contra commun. quest. 809. num. 5. Tonduto de prevent. part. 1. cap. 9. num. 25. Boerio, deciss. 235. Maranta in speculo aureo, part. 6. vers. Rectè concipiatur citatio. n. 65. Vantio, de nullit. ex defect. citat. n. 71.

154 No se puede dudar, que el Teniente excedió de su comission (llevado del parentesco que tenia con Don Francisco Baptista de Lugo) y esto consta de la mesma provision, y auto, que justamente se pudo omitir esta circunstancia, como en terminos de citacion lo dixo Vantio, de nullit. ex defect. citat. num. 28. ibi: Nam ubicumque ex facie ipsius citationis apparet Iudicis in competentia. aut quod eadem citatio sit alias iniusta, & temeraria ex vitio in eadem expreso, vel saltem notorio ipsa impunè sperni potest, prout est celebris Theorica Domini Innocentij in cap. praterea column. penult. in princip. in finalibus verbis, extra de dilationibus. Y cita otros muchos Autores.

155 Y no puede ser mas temerario, é injusto el señalamiento de termino, que en este caso; pues aun pidiendole la parte, no lo devia conceder el Juez; por ser cierto, que donde se avian de compulsar los instrumentos, era en la Isla de la Palma, muy distante de donde estava D. Francisco Baptista, y el Marqués de Adeje. Y demás desto, era necesario embar-

embarcacion, que no se puede saber facilmente quando la puede aver, ni tampoco lo podia adivinar el Marqués, para señalarle termino fixo; y lo que pudiera hazer la parte contraria, pnesto que las escrituras estavan presentadas desde la primera instancia, hazerlas reconocer por persona de su confianza; pues no devió mas el Marqués, que citarle personalmente.

156 En quanto al reparo que se haze, de que la declaracion que hizo Don Diego de Ayala es sospechosa, y que se presume donacion inter virum, & vxorem, y que fue en substancia vna paga de dote, reprobada en derecho, se responde, fue vna declaracion muy justa, y que la debió hazer Don Diego, y que junto con los adminiculos, y instrumentos presentados, no solo perjudica à la parte contraria, que quiere deducir su derecho de Don Diego de Ayala, pero si huviera otros terceros, los perjudicàra tambien, por ser regla assentada, que la confession del marido, hecha constante el matrimonio, aviendo precedido promesa perjudicada al tercero *textus in leg. in contractibus, 14. §. sed quoniã, C. de non numerat. pecun. Aflictis, deciss. 402. Rusticis, in leg. cum avus decondit. Et demonstrat. lib. 2. cap. 16. num. 60. Castillo, lib. 5. cap. 111. num. 20. Noguero, allegat. 40. num. 10.*

157 Tambien tiene esta confession la certidumbre necesaria, para que se presume legitima, por ser hecha en tiempo que no se le avia adquirido derecho alguno à los hijos de Don Diego de Ayala, y principalmente à Doña Polonia la menor, de quien deriva su derecho la parte contraria, pues no era nacida entonces; y es vna gran presuncion que se faca, etiã contra los acreedores, de que no tuvo animo de defraudarlos, quando no se les avia adquirido derecho alguno, *vt probat cum Decio, & alijs Dom. D. Ioseph Vela, dissertat. 38. num. 53. in fine.*

158 Y en quanto à que la entrega sea en substancia vna paga del dote, q està prohibida por la ley vnica, *C. si dos const. matrim. fuer. solut.* no haze à nuestro proposito, pues aqui no se defiende la entrega, que es la prohibida, sino la confes-

sion

cion, de que las Islas se avian comprado con los bienes dota-
les, que no ay disposicion de derecho, ni Autor que lo re-
pugne; antes bien todos van llanos, en que se puede, y de-
be hazer.

159 Demas, de que aunque estuvieramos en este ca-
so, la regla general padece muchas limitaciones, y la pri-
mera es, que valga la entrega, quando es en evidente utili-
dad de la muger, como en este caso, *ex textu in leg. final. ff.
de iure dot.* Caldas Pereira, *quast. forens. lib. 1. quast. 18. n. 51.*
Revelo, *de obligat. iustit. part. 2. lib. 5. quast. 12. sect. 1. num. 1.*
Surd. *de aliment. tit. 8. privileg. 34. à princip.* Marinis, *in ob-
servat. ad Reverterium, decis. 10. num. 1.* Barbosa, *in leg. 2.
part. 2. solut. matrim. num. 4.*

160 La segunda limitacion es, y tambien muy á nues-
tro proposito, que aunque la entrega de la dote no subsis-
ta mientras dure el matrimonio, se confirma con la muer-
te del marido, *ex text. in leg. etiã, 6. § leg. à marito 8. C. de do-
nat. inter.* Y aviendo Don Diego de Ayala persistido en esta
voluntad toda su vida, y aviendo muerto antes que Doña
Ana de Monte-Verde, quedó confirmada esta entrega de
dote, vt advertit Barbosa, *in dict. leg. 2. part. 2. num. 3. in fin.*

161 De más, que los Autores que hablan en esta ley
vnica, dicen, que la nulidad consiste, en que el marido, muer-
ta la muger, no queda libre de restituir la dote á sus here-
deros: con que si la parte contraria quisiere dezir, que no ha
valido la entrega, avrá de confessar, que muerto D. Diego
de Ayala, tuvo Doña Ana de Monte-Verde derecho indis-
putable para pedir su dote, y ser preferida por ella en lo que
perteneció á su marido en todas las Islas; que es lo mesmo
que dezir, que todas ellas le pertenecieron, y que aun no
quedò pagada de todo su dote.

162 Y aunque se ha hecho demostracion, que las di-
chas Islas son de la dote de Doña Ana de Monte-Verde, sin
que pueda aver duda en ello, para que se conozca lo injusto
de la pretension contraria, y que es molestia la que se ha
querido introducir despues de tanto tiempo; y suponiendo

que Doña Ana de Monte Verde no huviesse llevado do te
alguno (que es imposible, por lo que hemos fundado) sin
embargo le avia de tocar vna parte muy defestimable en las
Islas, haziendo la cuenta de la que podia tener Don Diego
de Ayala, conforme à los instrumentos presentados.

163 Porque en la Isla de la Gomera solamente tuvo
por la transaccion con Don Alvaro de Fuentes vna tercera
parte (porque las demás se han adquirido despues por ven-
tas, y herencias) y no se puede negar, que en esta transac-
cion entró Doña Ana de Monte Verde, y como bienes ad-
quiridos, constante el matrimonio, la avia de tocar la mi-
tad desta tercera parte, y la otra mitad partida entre siete
herederos; vease quanto le puede tocar. Y aunque se haga la
cuenta partiēdo la Isla en quarēta y ocho partes, à semejaça
de la herencia, que no pudiendo dividirse en doze onças,
se haze el dipondio, ù tripondio, *leg. 18. tit. 3. part. 6.* sin
embargo era vna parte casi indivisible, porque de quarenta
y ocho partes le dió la transaccion diez y seis, que es la ter-
cera parte, destas 16. le tocavan à Doña Ana ocho, como
comprada la Isla, constante el matrimonio, y las otras
ocho partes, de Don Diego de Ayala, partidas entre siete he-
rederos, le tocava vna parte de 48. à cada vno.

164 Y para esta parte tan menuda, tenia la contraria
que pagar lo correspondiente al tributo de los 2000. mara-
vedis de plata de renta cada vn año, que se pagan à los he-
rederos de Don Pedro Fernadez de Lugo, que importa el
principal 110. ducados de plata, y 10200. doblas, que cor-
responde à las 60. que se obligô à pagar Don Diego de Aya-
la, como hijo de Doña Maria de Castilla, y las arrobas de
azeyte cada año Tambien se avia de hazer el computo de lo
que avria gastado Don Gaipar de Castilla, hijo de D. Diego,
en el pleyto que le puso à la Isla de la Gomera el Fiscal de
su Magestad, sobre el señorío della, en que obtuvo execu-
toria, y en el testamento declara, que fue à sus expensas, y
que se cobrasse de los principales lo que tocasse à cada vno.

165 Vease quanto se gastaria en pleyto tan embaraco-
so,

lo, y costoso, y en que era necesario huviessse vna persona destinada para solo él, y litigar con vn poderoso, y los costos que se ofrecieran para remitir el dinero à la Corte; tengo por sin duda, que se podria bolver à comprar la Isla de la Gomera de nuevo; y que ajustar la parte que le pudiera tocar à Don Francisco Baptista (aun quando no huviera avido dote) mas era empeño de Angeles, que de hombres, para hazer la division.

166 En la Isla del Hierro haziendo el computo como se ha hecho en la Gomera, la mitad avia de tocar à Doña Ana de Monte-Verde, por ser comprada tambien constante el matrimonio, de 48. le tocavan 24. y partidas entre siete herederos las otras veinte y quatro partes aun no le tocavan tres partes y media à cada vno; y para esto tiene las cargas q̄ declarò Doña Ana de Monte-Verde, que eran 1000. maravedis de tributo perpetuo cada año, que se pagava à D. Gaspar de Castilla, y por ser perpetuo regulado à quarenta el millar, son mas de 110. ducados de principal, y mas otro tributo de 1500. doblas de principal, y 904. reales que se debian à Melchor Lopez por escriptura à su favor, y 20710. reales, y mas de 150370. reales que se debian del tributo à Don Gaspar de Castilla, que importan las dichas deudas sueltas que se debian por Don Diego de Ayala 270884. reales por vna parte, y los 110. ducados por otra, y las 1500. doblas, como consta de las particiones de Doña Ana de Monte Verde, de que hizimos mencion *supr. num. 13.* y estan en el processo, fol. 227. *Ram. 1.*

167 Hagasse la quenta; y si à Doña Francisca de Ponte en las particiones que diximos *supr. num. 9.* le adjudicados quentos y quatrocientos mil maravedis por el derecho à estas Islas en suposicion que eran dos septimas partes, y sin baxar carga alguna, que le vendrà à quedar, considerando q̄ en la Isla de la Gomera, es vna porcion indivisible, y que solo puede ser mental, y que en la Isla del Hierro, no solo no es vna parte entre siete, pero ni que aun son tres partes entre quarenta y ocho; y cargandole lo que le corresponde de carga

ga á como le podrá tocar de los dos quētos, y 400j. marave
dis tengo por cierto que tambien es quenta que no se puede
prescindir la porcion que le corresponde. Y si por la cortedad del derecho fuera desestima
ble, que será concurriendo los fundamentos en que se ha
procurado hazer demonstracion, de que Don Francisco no
es parte, y ser estos bienes de Mayorazgo antiguo, y que quā
do no fueran, debia ser pagada primero Doña Ana de Mon
te-Verde, de las 15j. doblas, ó otro dote muy considerable,
y que se hallava en possession de las Islas por esta causa, y
por averse las entregado Don Diego de Ayala, confessando
ser compradas con su dinero dotal.

De que se infiere, que ha sido solo molestia, y tor
cedor el aver introducido este pleyto, haziendo gastar al Cō
de, menor, tantas cantidades, con la diferencia de tantas com
pulsas, y gastos que han sido precisos, y no ayuda poco à ca
lificar lo injusto de la pretension contraria, el discurso que
se harà en el rticulo siguiente, cerca de la prescripcion legiti
ma que se ha causado en tanto tiempo, como à que los Cō
des tienen quieta, y pacifica possession de todas las Islas de
la Gomera, y Hierro, jurisdicciō, y señorío, y vassallaje dellas.

* ARTICULO QVARTO. *

QVE QVANDO HUVIESSE BIENES

de Don Diego de Ayala, esta va prescripto este

derecho por el transcurso de tanto

tiempo.

170 **L**A prescripcion se introduxo para castigar el des
cuydo de los hombres, en dexar perder su de
recho por tanto tiempo, y la abraçò el biē pu
blico; porque los dominios de las cosas no estuuiessen in
suspensio, text. in leg. 1. ff. de usucap. & prescript. §. 1. Instit.
imperial. eod. tit. cum citatis ibidem à Dom. Pichard. num. 3.
plura penés Petr. Gregor. 3. part. synt agm. iur. lib. 40. cap. 1. &

seqq.

seqq. y aunque esto pareció conveniente, no á quedado sin escrupulo en la practica, dõde està mas admitida la regla del *text. in leg. obligationũ 44. §. placet, ff. de obligat. Et act.* que el tiempo por si solo no es bastante para quitar, ni inducir obligacion, Flores de Men. *variar. qq. l. b. 3. quest. 23. n. 3.* Dom. Valençuela, *cons. 178. num. 47. Et 48.* però valese el derecho del tiempo, no por prescripcion, sino por presuncion de el titulo, que ha avido para posseder, y supuesto el titulo, entra muy bien alegar el tiempo.

171 En nuestro caso no es necessario suponer el titulo, porque està presentado el del dote de Doña Ana de Monte-Verde, està presentado el Mayorazgo antiguo à q̄ el Cõde es expressamente llamado, y està tambien presentado el Mayorazgo hecho por D. Gaspar de Castilla *fol. 205. Ram. 2.* otorgado en el año de 1618. y el de Don Diego de Ayala, su hermano, en el año de 1622. esto junto con la possession, y buena fé de tanto tiempo, que por qualquiera destos tres titulos ay capacidad para la adquisicion del dominio, y la ay tambien para la prescripcion.

172 Puede ser, que por la parte contraria se diga, que tuvo titulo Doña Francisca de Ponte, y que se la adjudicaron 2. quentos, y 400j. maravedis, por el derecho que podia tener à estas Islas; pero se responde, que esto no pudo dar titulo, ni possession, por no ser cierto el derecho, ni averle especificado, como se prueba del texto *in leg. locus 26. §. incerta, ff. de acquirend. posses. ibi: Incerta autem pars, nec tradi, nec capi potest, veluti si ita tibi tradam; quidquid mei iuris in eo fundo est. Nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id quod incertum est potest.*

173 Y si se dixere, que esto se certificó por la sentencia en la Orotava, que està en el *fol. 288. B. Ram. 1.* en que se mandó à los Espinosas (que eran los que entonces representavan el derecho de Doña Francisca) que nombrassen Juezes en la Isla del Hierro de 14, meses vno, y que se hizieron algunos nombramientos; con que no solo fue possession cierta, sino es que se interrumpió qualquier possession que

Se pretenda por el Conde se satisface: con que bien se reconoce de la quēta q̄ queda hecha la incertidūbre, q̄ cōtuvo el dicho auto; pues no les podia tocar nūca tal catorcena parte. Y en quanto à la interrupciō de la possession, que en cōtrario se alega, no puede tener fundamento alguno, por aver sido la possession condicional, y en el interin que se executavan las particiones, las quales se executaron en el año de 608. con que aquella possession se desvaneciō; porque *permissum ad tempus posttempus videtur prohibitum. leg. si unus, §. 1. vbi Bald. ff. de pactis, leg. epistola, §. fin. vbi Castrensis, ff. eodem, leg. statu liberum, §. Sticum, leg. Titia, cum testamento, §. ult. de statu liber. multis relatis Barbosa, axiomat. 178. num. 4. Antonel. de tempor. legal. lib. 1. cap. 5. ex num. 1. Et cap. 13. num. 1. Et 2.*

174 Tambien consta del mesmo auto de possession, fue debaxo de fiança, de que bolverian lo que percibiesen, si no lo huviesse de aber; y no consta que se diese la fiança: y quando constasse, se reconocia que avia sido vna possession condicional, sin perjuizio de las partes, la qual no impide el derecho, ni la possession, que por parte del Conde se ha adquirido, vt refert Gratianus, *discept. forens. cap. 981. num. 40. ibi: Quia omnia predicta fuerunt facta, absque praiudicio iurium ambarum partium cum obligatione de restituendo eosdem fructus in casu succumbentia, per quæ verba est reservatum ius Ecclesie, ita vt quidquid geritur sit conditionale, operando, vt quatenus inferatur praiudicium perinde est, ac si talis actus non fuisset gestus. Postio, de manuten. observat. 50. num. 1.*

175 Con que aunque se presenten los actos de nombramientos que quisieren, no le pueden dar derecho à la parte contraria, ni tampoco interrumpir la prescripcion de los Condes de la Gomera; y aunque se diga que el Conde Don Gaspar, y Don Diego su hermano, hizieron algunos allanamientos sin protesta alguna: tampoco puede aprovechar algo, porque se regulan conforme el titulo: *Nam ab exordio tituli posterior formatur eventus. ex leg. unica, C. de*

34

de imponend. lucrat. descript. cum vulgat. Y en terminos de allanamientos hechos sin protesta en vn caso como este, advirtiõ idem Gratian. *ubi supra num. 41.*

176 Otro vicio tiene la possession de los Espinosas, para no poder interrumpir la prescripcion, y es, que quando se dió el auto referido, se hallava Doña Ana de Monte-Verde possyendo las Islas de la Gomera, y Hierro, en conformidad de la declaracion, hecha por Don Diego de Ayala, su marido, de que estos eran bienes dotales, y la entrega que dellos la avia hecho, y en esta possession se quedò despues de su muerte; con que la possession que se dió à los Espinosas con la fiança, no pudo impedir la que tenía Doña Ana de Monte-Verde, ni interrumpir la prescripcion, Puteus, *deciss. 32. num. 1. lib. 2.* Marquesano, *de comiss. part. 1. fol. 299. num. 6. § fol. 1064. num. 2.* Seraphino, *deciss. 403. num. 1.* Buratto, *deciss. 299. num. 6. § deciss. 511. num. 4.* cum alijs traditis à Postio, *observat. 50. num. 4. § num. 10.*

177 De fuerte, que no aviendose perjudicado á la possession de Doña Ana de Monte-Verde, que es desde el año de 573. està prescripto qualquier derecho, y mucho mas el de legitima, que es el que se pretende por la parte contraria; pues por espacio de 30. años, se prescribe, *leg. 2. C. de constit. pecun. leg. sicut 3. C. de prescript. 30. vel 40. annor.* Balbo, *de prescript. 4. part. princip. quest. 23. num. 3.* Menoch. *cons. 41. sub n. 40.* Gratian. *disceptat. forens. lib. 1. cap. 2. num. 29. § 30.* Merlin, *de legitima, lib. 5. tit. 3. quest. 10. num. 8.* Mangil. *de imputat. quest. 92. num. 10.* Parlador. *lib. 1. rer. quotidian. cap. 1. §. 11. num. 6.*

178 Conque quando fuera la possession de los Espinosas sin vicio alguno, siendo como es derecho de legitima, y no constando por medio alguno, que desde el año de 622. q̄ es desde quando cessaron los nombramientos, ayán tenido possession, es constante la avian perdido, y no se podrian valer della para el juizio de la propiedad que se intenta, sino que debia cada vno calificar su derecho sin dependencia de la possession, por ser constante que esta se pierde por espacio

cio

cio de 10. años, vt probat Alexand. *cons.* 33. n. 4. *lib.* 6. Menoch.
de recuperand. remed. 15. n. 426.

179 Y no ay mayor prueba de aver perdido la poses-
sion, y de que no se pueda valer della, que aver entrado en el
juizio de la propiedad pidiendo la reivindicacion, de que in-
fieren los Autores que se confiesa la posesion en el con-
trario; *ex l. qui petitorio*, 36. *Et leg. is qui destinabit* 24. *ff. de rei*
vindicat. Cancr. 3. *part. var. c. 4. n.* 88. Menoch. *de retinend.*
remed. 3. *num.* 545. Gratian. *discept. forens. cap.* 113. n. 65. Fonta-
nel. *de pactis, claus. 7. glos. 3. part. 10. num.* 63. Postio, *de ma-*
nuten. observat. 57. n. 69.

180 De todo lo dicho resulta la poca firmeza de la pos-
sion, en que la parte contraria funda vnicamente su dere-
cho; y que sin embargo de ella se ha podido prescribir qual-
quiera que se pudiera considerar, y que quando esto cessara,
y huviera sido legitima, aviendola perdido no se podia va-
ler della, sino disputar la accion que pudo tener, y entran-
do con esta suposicion, se puede dezir con verdad, que con
los fundamentos referidos, se ha hecho clara demonstracion
de que no à avido medio alguno para inquietar al Conde en
la possession de todas las dichas Islas.

181 Concorre con esto los inconvenientes tã graves
que se han considerado siempre en admitir dos dueños en
vna jurisdiccion, y lo representaria D. Ana de Monte-Uer-
de en la petition que dió en la Audiencia de Canaria en 23.
de Diziembre del año de 1608. que referimos *supr. num.* 12.
y configuió provision para que los Espinosas no vlassen de
la jurisdiccion ordinaria en la Isla del Hierro: y de discordias
que han sucedido en semejantes casos se pudiera hazer vn
largo discurso, y nos contentaremos cõ referir algunos tex-
tos, y Autores que los han considerado en el Reyno, à cuya
femexança están hechos los titulos de Condado, Marquesa-
do, Ducado, vt advertit D. Castillo, *lib. 5. controvers. cap.*
160. num. 2.

182 Es muy à proposito el *cap in apibus* 41. 7. *quest.* 1.
ibi: In apibus Princeps vnus est, Grues vnã sequuntur

ordine litterario, Imperator unus, index unus Provincia Roma
 ut codita est duos fratres simul habere reges non potuit, & fratri-
 cidio dedicatur. In Reuecea utero Esau, & Iacob bella gesserunt.
 Y la mesma sentencia tiene el cap. quoniam, de officio, & po-
 testat. indic. delegat. cap. quod autem 23. quest. 7. Abbas in cap.
 fin. n. 12. de sentent. excommunicat.

183 Y Simancas de Republica, lib. 3. cap. 3. num. 6. refiere
 el lugar tan conocido de San Athanasio, ibi: Si plures essent
 Principes seruari non posset rerum ordo; sed forent confusa om-
 nia, dum quisque arbitrio suo traheret omnia, & aduersus
 alium dissideret; itaque fateri cogimur, multorum Principatum
 verum auferre dominium, cum enim illud sibi in vicem tollat,
 nullus iam erit Princeps.

184 Y San Cipriano dixo tambien: Quando unquam
 regni societas, aut cum fide capit, aut sine crimine desijt.

185 Y todos los politicos reconocen este grave incon-
 veniente; y assi dixo Cornelio Tacito, lib. 1. annalium, que
 no huvo otra forma de componer a la Republica Romana,
 y sus estragos, si no es governandose por vno. ibi: Non
 aliud discordantis Patria remedium fuisse, quam si ab uno re-
 geretur. Y en el mismo libro: Eam esse conditionem imperan-
 di, ut non aliter ratio constet, quam si uni reddatur.

186 A este proposito se fuele traer el lugar de Seneca
 Tragico in Thyestes, act. 3. scenal. ibi: Non capit Regnum duos.

187 Y el mesmo compara a los Reynos, y las bodas,
 que assi como no se puede casar con dos mugeres junta-
 mente, tampoco pueden sufrir los Reynos dos companeros,
 in Agamemone act. 2. scena, illic: Nec Regna socium ferre, nec
 tede sciunt.

Stacio Papinio, lib. 1. Thebaidos: Socijsque comes dis-
 cordia Regis.

Lucano, lib. 1. Pharssalia. ibi: Nulla fides regni socijs, om-
 nisque potestas, impatiens consortis erit.

Y en el mismo libro: Partiri non potest orbem, solus ha-
 bere potest.

Y el antiguo Poeta Eneo: Nulla sancta societas, nec fidem
 Regni est.

188 Y el politico Don Diego de Saavedra trae vna
capitula, que es la 70. en que representa vn arbol corona-
do, de quien si tiraren dos manos, aunque sean animadas de
vna mesma sangre, le desgajan, y queda rota, y inutil la co-
rona, y pone el mote muy à nuestro proposito: *Dum scin-
ditur frangor.* Y refiere diferentes sucessos lastimosos de
Monarquias, por averse dividido, de que no se olvidó la ley
de partida, dando por razon natural el gobierno de vno so-
lo, y sin compañero, y es la ley 1. tit. 1. partit. 2. ibi: *Porque
segun natura el señorio no quiere compañero, ni le ha mènester.*
Adstipulatur Roxas, de incompatib. Regnorum, & Maiorat.
part. 2. cap. 5. à num. 46.

189 Y fuera notable desgracia, que à vista de los in-
convenientes representados en las Monarquias, y adverti-
dos en el gobierno destas Islas por Doña Ana de Monte-
Verde, se le diese aora vn compañero, y en el tiempo de la
menor edad del Conde, que totalmente mudasse el Seño-
rio, y la razon politica, esto ayudandole al Conde tantas de
justicia, para vencer en esta causa; así por la naturaleza de
los bienes, como del tracto succesivo que han tenido, y en
que se promete, que los Señores Juezes la han de mirar con
atencion: y por lo que dixo el Espiritu Santo: *Judicate pupil-
lo, & venite, & arguite medicit Dominus.*

Sic que (Deo fovente) en seguimiento del recurso in-
tentado, espera, por los fundamentos de la Justicia, y de la
equidad, muy favorable resolucion: *Causa iubet superos, me-
lior sperare secundos,* Lucan. illo. 7. *Phras.* Salvo in omnibus
dignissimi, venerandique semper huiusce Regij Senatus Su-
periori Iudicio, cui istæc libenti animo submittimus, ce-
dimusque. Hispali die secunda, Mensis Novembris, anno
Domini millesimo sexcentesimo septuagesimo septimo.

*Lic. D. Eugenio Delgado
y Ayala.*