

IESVS , MARIA , IOSEPH.

IN
PROCESSV

APPELLATIONIS

Illustris Domnæ Elisabethis de
Portocarrero & Luna,
viduæ, Marchionissæ
de Camarasa.

POR EL EXCELENTISSIMO SEÑOR
Marques de Camarasa, Conde de Castro
y Ricla.



ENEGOSE en la primera instancia, la reposicion, que la Excelentissima señora Marquesa de Camarasa pedia, por derecho de viudedad foral, como viuda del señor Marques difunto, en la Comission de Corte del Estado de Ricla, que ganò en este processo

A

Doña

2369
Doña Luisa Francisca de Luna, como successora del vinculo, y mayorazgo de dicho Estado; y salió repuesta su Excelencia por derecho de viudedad paccional, de mil ducados en cada vn año tan solamente, segun la distincion de viudedades, q̄ dexò advertida el señor Reg. Sesse en la *decis. 152. num. 1. § 2.* donde dixo: *Respectu viduitatis foralis bene potest maritus, vel uxor reponi in bonis premortui. IDEM EST in viduitate paccionali in capitulis matrimonialibus, vel alio actu reservato in capitulis matrimonialibus. Et idem, licet viduitas in testamento relinquatur.* Y sin perjuizio de dicha reposicion quedò repuesto el señor Marques por derecho de dominio, como sucesor legitimo de dicho mayorazgo.

2 Las razones, que motivaron la denegacion de la viudedad foral (que se deven tener presentes, por ser parte, y declaracion de la sentencia, *Suelves conf. 33. num. 22. lib. 3.*) se reducen a dos: La primera, que el Fuero de Aragon, que concede este beneficio, no se alargò a favorecer domicilios, y matrimonios de otros Reynos; y que el de mi señora la Marquesa constava, fue del de Castilla; y la segunda, que quando tambien les favoreciera, la providencia de los contrayentes le señalò yà por pacto especial su viudedad de mil ducados a su Excelencia, como se lee en los motivos de los tres señores Lugartenientes, que hizieron juzgado, a fol 3. vers. *Denegatur vero repositio.*

3 Y las que persuadieron la reposicion en virtud de la paccional, fueron la peticion comprehensiva, que se hizo por parte de mi señora la Marquesa, con-

clu-

3

cluyendo con aquella clausula salutar. *Y assi, y segun que conforme a los meritos del presente processo, disposiciones de Fuero, seu alias, mejor procediere, y huviere lugar:* La presentacion, ratificacion, y reconocimiento del señor Marques, de los pactos nupciales de su padre, y viudedad señalada en ellos; y la acceptacion de lo dicho ex aduerso, assi en las rescripciones, como en el *cum constet*, y peticion de la sentencia, *ve ex eisdem motivis. fol. 2. in fin. vers. Insuper pro parte, & fol. seq.*

4 En 13. de Abril de este año, los Procuradores de mi señora la Marquesa interpusieron apelacion a esta Real Audiencia absolutamente; y en 29. bolvieron a apelar, con la limitacion *in quantum sit contra eius principalem*: y en 30. persistiendo en la apelacion interpuesta baxo dicho dia 29. y con muchas protestaciones, y salvedades, *satisfaciendo Foro, en lo que le era favorable*, y no consintiendo en lo perjudicial, dieron fianças, y pidieron se admitiesen, y cometiesse su obligacion al Notario de la causa, y se le mandasse poner en possession a su Excelencia de los bienes, y derechos aprehensos, y para ello se le concediesse letras en forma; pidiendo asimismo se declarasse no aver lugar el mandar poner en possessiõ al señor Marques (que pedia se le inmitiesse en ella, *iuxta tenorem sententiæ*) *attento status processus, natura cause, dispositionibus iuris, & fori, & aliàs attentis contentis, &c.* y verbo quedaron admitidas las fianças, y el dia siguiente se obligaron.

5 En 4. de Mayo, Iuan Francisco Ybañez, diciendo que persistia in appellatione, & in omnibus

sup-

4
supplicatis, hizo fee de poder especial de su Exccellen-
cia, y propuso recusacion contra el señor Lugarten-
iente Don Antonio de Tena, alegando, que para la
decision, y conocimiento de la presente causa con to-
dos sus incidentes, y dependientes, le tenia por sos-
pechoso, por aver aconsejado en ella, en tiempo que
professava la Abogacia; y contestado, y concluido el
incidente por ambas pates, se pronunciò non posse,
nec debere intervenire.

6 En 28. de dicho mes, baxo las mismas protes-
taciones, suplicaron, *instantissimè pronuntiari, &
declarari assertam immisionem, petitam in pre-
senti processu pro parte Illustris Don Balthasaris
de los Cobos & Luna, Marchionis de Camarasa,
non procedere, nec locum habere, & multo minus
ut dictus Illustris Marchio possit, & valeat se im-
miscere in exercitio iurisdictionum, rerum, bono-
rum, & iurium apprehensorum in presenti processu,
nec in administratione, recuperatione, & exactione
dictorum bonorum, & iurium, nec fructuum
reddituum, & emolumentorum illorum, nec in no-
minatione officialium ad exercitium iurisdictiono-
rum, regimem, & administrationem dictorum iu-
rium, bonorum, & rerum, nec in parte aliqua pra-
dictorum, & sic supplicarunt pronuntiari, & decla-
rari cum sic procedat, &c.*

7 En 1. de Junio, protestando en la mesma for-
ma, aceptaron el pronunciamiento de la recusacion,
del señor Lugarteniente Don Antonio de Tena, y
suplicaron, se mandase intimar a los señores Dipu-
tados, para que hiziesen extraccion de otro señor,

5

Lugarteniente extraordinario, iuxta forum; y que pendiente el conocimiento sobre esto, y lo demás, por esta parte opuesto, pedido, y suplicado en el presente processo, y hasta que se aya declarado, no se passe a resolver cosa alguna sobre la asserta pretendida in-mission en possession ex aduerso, y con el devido respeto assi lo requirieron a dicho Ilustre señor Lugarteniente, oponiendo, como oponen la presente excepcion, y todo lo sobredicho por incidente per judicial a toda la causa.

8 En 4. de Junio, repitiendo las protestaciones antecedentes, pidieron se pronuncie, y declare (suis loco, & tempore, & sine praiudicio notificationis supradiete ad extractionem Dom. Locumtenentis extraordinarij) Que no procede, ni ha lugar el in-mitir, ni mandar poner en possession de los bienes, y derechos aprehensos en el presente processo al Excelentissimo señor Don Baltasar Gomez de los Cobos y Luna, Marques de Camarasa, y mucho menos del asserto modo, y forma que por dicho señor Marques se insta, y pretende. Y para en caso que esto no proceda, como procede, suplicaron se pronuncie, y declare, que dicho señor Marques no puede entrar, mezclar, ni introducirse en la administracion, gobierno, uso, ni gozo de los dichos bienes, y derechos aprehensos; ni en el exercicio, y uso de las jurisdicciones, ni en nombrar Oficiales, Ministros, ni Gobernadores para aquellos, ni aquellas, ni en percibir, ni cobrar los frutos, derechos, rentas, proventos, y emolumentos dominicales, y al dominio, y dominicatura temporal de los dichos bienes, y derechos apre-

6

hensos, tocantes y pertenecientes en qualquiere manera, ni en poner, ni señalar para la dicha cobrança Procuradores, ni Coletores algunos, ni en parte, ni cosa alguna de lo sobredicho, todo lo qual pidieron, y suplicaron pronunciar, y declarar assi los dichos Procuradores, oponiendolo como incidente prejudicial a toda la assera pretendida inmission en possession de dicho señor Marques, *Et hoc attento statu processus, natura cause, dispositionibus iuris, Et fori, Et alijs att. cont. Et c.* Y en corroboracion de todo lo dicho presentaron firma comun, ò volandera.

9 En 8. del mismo se decretò la inmission de mi señora la Marquesa, y tambien la del señor Marques, *iuxta tenorem sententiæ*; cõviene a saber, sin perjuizio de la viudedad, reservandose la Corte el proveer sobre el modo de vsar las partes de los bienes, y derechos aprehensos; cuyo pronunciamiento *in quantum contra*, se protestò por parte de mi señora la Marquesa.

10 Y vltimamente aviendo depositado el señor Marques 2449. lib. 14. sueld. 4. din. que era la cantidad que devia perceber mi señora la Marquesa en virtud de su reposicion, desde el dia que sequestrò la Corte estos bienes, hasta el 13. de Abril de 1681. a razon de los mil ducados; se declaró, que el señor Marques podia vsar de la suya libremente.

11 De este fecho resulta, que mi señora la Marquesa tiene aprobada, y aceptada la sentencia, que el Juez à quo pronunciò, en quanto repuso a su Excelencia por la viudedad de los mil ducados, señalada

7

en el pacto de su Capitulacion matrimonial, que es lo que en ella se lee, como parece por su tenor: *Att. cont. communicato consilio pronuntiamus, & reponimus Illustrem Domnam Elisabetham Portocarre- ro & Luna, Marchionissam de Camarasa, princip. Francisci Ybañez de Aoyz, Proc. in iure, instantia, & actione, in quibus erat in presenti processu, & causa Domna Ludovica Francisca de Luna tem- pore eius mortis, & hoc respectu quantitatis mille ducatorum, in pactis detalibus contenta, & sine il- lius praiudicio reponimus Illustrem Don Baltha- sare de los Cobos, Marchionem de Camarasa, princ. Iosephi Antonij Ondeano, Proc. in eisdem iu- re, instantia, & actione, in quibus dicta Domna Lu- dovica Francisca de Luna tempore eius mortis; ce- tera per partes respectivè supplicata locum non ha- bere.*

12 Y aviendo ya dado sus fianças, admitidolas el Iuez, y mandado poner a su Excelencia en poses- sion, como lo tenia pedido, es su Excelencia indubi- tablemente Comissaria de Corte, segun Fuero, de los bienes, y derechos aprehensos, respecto de la cantidad de mil ducados en cada vn año, por su viudedad pac- cional.

13 Con esto se pareció por parte del señor Mar- ques en la apelacion, y se suplicó declarar, que avia quedado desierta, seu saltim, no ser proseguible, si- guiendo el consejo de Aymon Cravetta *in cons. 103. num. 12.* que hablando de la aprobacion de vnas sen- tencias, dixo: *Per quam approbationem clarum est, quod amba illa sententia transiverunt in rem iudi-*

catam, à quibus post approbationem appellari non potuit, & si erat appellatum, non potuerunt proseguir appellantes causam appellationis, l. fin. C. de tempor. appell. Effer enim contrarietas acquiescere sententijs, & ab eis appellare, aut appellationis antea interpositas proseguir, con Socino, y Decio, quibus addend. D. Salgad. de Reg. protect. p. 3. cap. 14. num. 22. & cap. 13. num. 106 iuncto cap. 18. num. 33. Y parece que con razon juridica, y foral; porque aviendo passado en juzgado la sentencia del luez à quo respecto de la viudedad que concede, y à por averse limitado la apelacion absoluta de 13. de Abril en la segunda de 29. como queda dicho num. 4. y yà por las expressas, y repetidas aprobaciones, que se han referido d. num. 4. cum seqq. no puede pretenderse agravio respecto de la foral que niega; siendo la aceptacion de la vna, de necesidad exclusiva de la otra.

14 Porque ademas de no poderse negar el imposible de que por vn matrimonio, y vn marido difunto, goze vna señora viuda dos viudedades, ò usufructos en vnos bienes, no pudiendo considerarse duplicable, ni el derecho, ni la representacion para gozarlos, como al intento considerava lason, en el caso que propone en la l. plane 34. §. 1. num. 10. ff. de legat. 1. alli: *Testator reliquerat uxori sua condecentia alimenta, si duceret vitam vidualem; postea heres eius idem ei legavit; quarebatur an debeat bis, an vero semel; & ista glossa facit, quod tantum semel debeat. Tu dic, quod ista questio videtur habere parum dubitationis, cum secundum legatum sit factum ex eadem causa; quo casu, etiam si esset legatum*
 quan-

9

quantitatis, non duplicaretur. Y lo mismo dize, que
avia respondido antes Saliceto.

15 Y mas en terminos Casseneo in consuetud.
Burgund. rub. 4. §. 8. vers. *Et si le Douaire divis, nu.*
2. 4. §. 5. quien tratando de cierta porcion de usufructo,
que es el derecho de viudedad de aquella Provincia, y le llaman *Douayre*, propone la question d.
num. 2. alli: *Fui pluries interrogatus, nunquid una
mulier possit habere plura doharia;* y despues de aver
ponderado algunas razones por la negativa, aun en
las que caßassen muchas vezes, que dize era lo que al-
gunos Practicos sentian, concluye dict. num. 4. §. 5.
distinguiendo de este modo: *Tu dic, quod istud est
verum, quod mulier non habet duo doharia, & non
potest habere, nisi unum ab uno marito, scilicet, aut
conventum, aut consuetudinarium; & istud est
quod volunt dicere isti Practici. Sed veritas est,
quod si mulier habeat tres maritos successivè, imo
decem, à quolibet habebit doharium, aut conven-
tum, aut consuetudinarium.*

16 Y que en esto no puede aver duda, pues en
suponiendo que los contrayentes han pactado, y se-
ñalado por viudedad al sobreviviente esta cantidad,
ò la otra, siempre se ha entendido que cessava la fo-
ral, como lo están demostrando las doctrinas de Mi-
guel de Molino in verb. *Viduitas*, fol. 331. col. 4. vbi
Portoles num. 37. D. R. Monter decis. 35. num. 44. D.
R. Sesse decis. 58. num. 23. lib. 1. decis. 151. lib. 2. decis.
252. num. 11. §. decis. 292. lib. 3. Suelves cons. 28. nu.
21. Y solamente ha avido dificultad respecto de los
pactos generales, y limitativos, de derechos, ò aquestos

conjugales en general, que sin hazerse especial mencion de viudedad en ellos, pretendian los interesados se avia tambien renunciado; en que nos remitimos a lo que tenemos ponderado largamente en las alegaciones, que se han puesto en manos de V.S.I. y lo que aumentaremos quando passemos a tratar de la fuerza, y comprehension de solo el pacto de la Capitulacion matrimonial de los señores Marqueses.

17 Pero en lo que toca al incidente de la desercion, ò no ser proseguible el recurso; aunque no fuera dicho pacto, comprehensivo por su naturaleza, de los bienes, y derechos aprehensos, y exclusivo de la viudedad foral, que ha pretendido mi señora la Marquesa; no se ha de atender ya, sino a la sentencia, en cuya aprobacion funda la excepcion opuesta, que ha declarado vno, y otro, con el *reponimus respectu quantitatis in pactis dotalibus contenta*, y con el *cetera supplicata locum non habere*.

18 Y con mas expresion su motivo, fol. 6. in med. alli: *Nec ei deberi aliam quã supradictam mille ducatorum ab eius filio recognitam, & in dotali instrumento stipulatam, cuius providentia si innanis non reddatur, alterius exclusionem importare non est ambigendum. Et fol. 10. in princip. alli: Tamen in presentiarum non viget, cum in dotali instrumento exhibito viduitatem nominatim, & expressè Illustri Domne Elisabethi ad quantitatem mille ducatorum restrictam, & pacto limitatam fuisse liqueat, pro eiusque robore (ut superius diximus) Comitem de Ribadavia, eius virum, bona presentia, & futura hipotecasse, atque ita illius uxorem,*
ube-

uberiorem, aut foralem, prætere non posse. Et fol. 13. post princip. alli: Ne in re adeo exorbitanti à regulis iuris communis (ut est ius viduitatis in bonis vincularis, & fideicommissis subiectis, in hoc Regno specialiter introductum) ex uno, & individuo matrimonio, dua viduitates, pactionata scilicet, & foralis admittantur, quia unum & idem instrumentum, & matrimonium non debet diverso iure censerì.

19 Y la razon de que se aya de atender a la sentencia, qual se halla pronunciada, sin bolver a entrar en el examen de los meritos del processo, para conocer los efectos de su aprobacion, es llana; porque como en el estado actual de la causa solo se examina, que es lo que se ha aprobado, y esto aya de ser necesariamente lo que comprehendiò la sentencia aprobada, respecto de lo qual haze derecho irretactable entre las partes, iuxta iuris sanctiones in *l. ingenuum* 25 ff. de statu homin. *l. res iudicata* 207. ff. de regul. iur. *l. Praeses* 27. vbi Gotoffred. litt. B. *l. cum prolati* 32. ff. de sentent. & re iudic. *l. 1.* ff. quæ sent. sine appellat. rescind. leg. si contra 8. Cod. de appellationib. & consultat. leg. 2. Cod. quando provocare non est necesse. cap. cum inter de sent. & re iudic. Scaccia de sent. & re iudic. gloss. 14. quæst. 2. num. 7. in fine, optimè Aymon Cravetta cons. 103. num. 13. 14. & 15. Ciardin. controvers. forens. lib. 1. controvers. 74. n. 2. & seqq. & lib. 2. controvers. forens. 135. num. 6. & 7. De aqui es, que lo que por ella se huviere juzgado, y no otra razon alguna, ha de ser la regla de lo que huviere comprehendido su aprobacion.

Con

20 Con que hallandose aver repuesto la del Iuez à quo, a mi señora la Marquesa por el drecho de viudedad paccional, con exclusion de qualquiere otra; y que en fuerça de esta reposicion, se ha hecho su Excelencia Comissaria de Corte, y obtenido se le mandasse poner en la possession, obligando al señor Marques a que deposite anticipadamente la cantidad señalada, para que pueda llegar a entrar en el goze de su dominio, segun la graduacion de la sentencia; no parece puede escusarse el declarar, que la apelacion quedò desierta, ò almenos que no ha da proseguirse, pues aunque la primera se interpuso absoluta (como devia) se apartò despues de ella, en la segunda su Excelencia, en quanto a la reposicion que salió decretada, como se ha referido: Y con la circunstancia, de que la diligencia que se hizo el dia siguiente de dar fianças, satisfaciendo Foro, fue con la explicacion, y limitacion, de que se hazia *persistiendo en la apelacion interpuesta baxo el dia 29. de Abril*, que fue quando se apelò segunda vez; y todas las demás diligencias que se subsiguieron, sobre ser aprobaciones positivas de la sentencia, se executaron tambien, repitiendo la protestacion de *persistiendo, &c.* con que se confirmò vna, y muchas vezes dicha separacion, y lo mismo fue averse apartado su Excelencia de aver apelado en la forma sobredicha, que si a principio no huviera interpuesto recurso, iuxta *l. fin. §. illud etiam 4. C. de tempor. appellat.* Rebuff. *de appellat. artic. 5. gloss. 1. num. 7. §. 23.* Fontanel. *de cis. 502. nu. 13. lib. 2.* Gratian. *discept. forens. tom. 5. cap. 903. num. fin.* Cravetta *conf. 103. num. 12.*

21 Y se ha de notar con singularidad, respecto de el dar fianças, q̄ la parte las ofrece, y presenta, *satisfaciendo foro*, y el juez las admite en essa forma: Y esto no solo es aprobar la sentencia, sino tambien declarar, que está dispuesta a bolver a litigar, y defender la causa, assi en la segunda instancia, como en otro articulo, donde puede suceder el perder lo que ha ganado, y aver de dar quenta de su Comission de Corte, que es a lo que miraron los Fueros, a quienes dize quiere satisfacer, vt est forus: *Item por dar forma 23.col.3.versic. Assi mesmo,alli: Assi mesmo el que obtendrá en el processo de la dita provission, antes que la dita cosa aprehensale sia liurada, sia teniendo dar caucion idonea delant el Iudge q̄ haura pronunciado sobre la dita provission, en caso que en el processo de la dita aprehension fuesse dada sentencia definitiva contra el, la qual passe en cosa juzgada, restituirá la dita cosa aprehensa, en semble con los fruytos, rentas, è dreytos, que de aquella despues que liurada le será por el Iudge, haura recibido a aquel que haurá victoria en la causa: Et forus, declarando 24.eodem tit.alli: Assi empero, que antes que la dita restitucion sia feyta, aquel, al qual la dita restitucion se haura à fazer, sia tenido dar caucion idonea delant el Iudge, que haura pronunciado, que si por via de apelacion, firma de contra Fuero feyto, ò fazedero, la dita sentencia definitiva, ò revocaciones de la dita provission por las vias susoditas seràn revocadas, ò en el juizio de la propiedad de la cosa aprehensa será dada sentencia contra el que la dita sentencia en el dito processo de las firmas è pro-*

D

vis-

restitucion susodita haurya obtenidos en los ditos casos, è cada uno dellos, la dita restitucion en el dito Fuero contenida, segund en el dito Fuero se contiene, se haya à fazer, & forus ajustando 29. eod. tit. alli: El qual los pueda tener durant el pleyto de la dita aprehension, è recibir los fruytos de aquellos, è convertirlos en sus usos: el qual sia tenido dar la caucion, è conto, cõtenido en el Fuero *Item por dar forma, &c.*

22 Luego concurriendo en mi señora la Marquesa el aver convenido, que para su viudedad se le señalasse la renta de mil ducados en cada vn año, y que se le asegurasse su exaccion, y cobrança en los bienes, y rentas, derechos, y acciones, avidos, y por aver, del señor Marques su marido difunto; y el aver sido pacifiscente su Excelencia, y firmado la escritura de su capitulacion matrimonial, como consta por el auto presentado en processo: Y aumentandose aora el que aviendose decretado la reposicion conforme al pacto, en los bienes, y derechos aprehensos, la ha aceptado su Excelencia con hechos tan expressos como los referidos; se haze tan evidente la excepcion, que se ha opuesto contra este recurso, como lo es el no poder competer a su Excelencia en dichos bienes, y derechos, dos viudedades.

23 Sin que puedan sufragar las protestaciones, y reservas de sin perjuizio, en quanto sea compatible, &c. Con que se dixo ex aduerso, que se hazian los enantamientos, y todo lo demás, que dexamos dicho: Porque poco importa el que se proteste, quando la protestacion se opone a lo que voluntariamente se executa, vt bene scripserunt Noguero. allegat. 2. nu.

19. Postius de manuten. decis. 56. Et decis. 469. num.
 24. Et 25. Ciardin. controvers. forens. lib. 1. cap. 106.
 num. 13. Rojas de incompatibilit. part. 1. cap. 3. num.
 14. Et part. 7. cap. 4. num. 13. Et 14. Niger Ciriac. con-
 trovers. forens. lib. 3. cap. 441. num. 46. Iranzo de pro-
 testat. considerat. 32. num. 1. Et seqq. Cardos. in praxi
 iudic. Et advocator. verb. Protestatio, num. 10. Y en
 el caso presente, es clara la oposicion de las referidas,
 con la aprobacion de lo juzgado por el Iuez à quo,
 cō el hecho de la oblacion, admision, y obligacion de
 fianças, peticion de immitendo, y contradiccion para
 que no entrasse el señor Marques en la possession, y
 hallarse Comissaria de Corte mi señora la Marquesa,
 por drecho de viudedad; como lo seria, si aviendo vn
 pacto de limitacion, y renunciacion literal de viude-
 dad, de matrimonio, y capitulacion de domiciliados
 en el Reyno, huviera repuesto la sentencia a la viuda,
 respecto de la viudedad, que señalava el pacto, y esta
 la huviesse aprobado, y quisiesse a vn mismo tiempo
 pretender en grado de apelacion la viudedad foral, y
 conservar el recurso, protestando, y persistiendo; cum
 ab eodem subiecto mutuo se expellant, que es en lo
 que consiste la incompatibilidad, vt bene Rojas dict.
 tract. part. 1. cap. 2. num. 37. Et 38. Et cap. 3. num. 1. ad
 14. Et num. 21. Et part. 5. cap. 1. num. 1. 2. 15. Et seqq.
 Et part. 6. cap. 1. per totum, Et cap. 2. num. 7. Et 9. y
 la razon es natural: Nam sicut incompatible est in
 Physica, quod duo, plurave entia, sive subiecta, si-
 mul, eodemque tempore possint concurrere. Et
 unam sedem, sive unum tantum vbi occupare, nam
 per inclusionem unius in illo vbi, seu sede, sequitur
 ne-

necessario exclusio alterius: Ita ex eadem causa, & ratiōe, in nostro iure civili inter incompatibilia, per inclusionem unius sequitur exclusio alterius, idem Rojas d. cap. 3. nu. 1.

24 Fuera, de que la declaracion del dia 29. de Abril, en que se limitò la apelacion del dia 13. se hizo sin dichas protestaciones, con que adquiriò ya drecho esta parte, en quanto quedò aprobada la sentencia, vt bene consuluit Craveta *dict. conf. 103. num. 12. 13. 14. & 15.* y assi no pudieron ser de algun momento, aunque se subsiguieran despues, ex traditis ab Irazzo plures alios referente *de protest. considerat. 14. num. 14. & seqq. considerat. 76. num. 12. & considerat. seqq. Postio de manuten. observat. 57. num. 101. in fine & observat. 98. num. 3.* Deduciendose de aqui, que la sentencia, y reposicion en virtud del pacto, passò llanamente en juzgado, como si dicho dia 13. no se huviera interpuesto apelacion: Y que por esta razon se ha de juzgar, como si dicho pacto contuviera la misma exclusion de viudedad foral, que la sentencia; pues como se dixo arriba, cayendo sobre ella inmediatamente las aprobaciones, no ha de transcender a mas examen el juicio, para conocer si ay, ò no exclusion, è incompatibilidad entre el aver passado la sentencia en juzgado, y lo que se pretende por la misma parte, que la obtuvo, y aceptò en la prosecucion del recurso.

25 Y lo ha de convencer practicamente este argumento: La reposicion, y Comission de Corte de mi señora la Marquesa, passò en juzgado, porque de parte de su Excelencia, no ay apelacion de averla repuesto,

antes

antes aceptación repetida, y voluntaria, como avemos representado; y segun esto es constante, que ni su Excelencia puede ya impugnarla, cum approbatum semel, amplius reprobari nequeat, ex iuris placito, in leg pomponius, ff. de negot. gest. leg. ab eo iudicato 3. Cod. quomodo, § quando iudex, Graciano discept. forens. 941. num. 20. Ni ha podido debolverse a V. S. el conocimiento sobre ella, faltando la interposicion del recurso, que era el fundamento preciso de esta instancia, leg. cum presentibus 11. Cod. quomo, § quando iudex, leg. ad solutionem 5. Cod. de re iudicata, D. Salgado de reg. protect. part. 2. cap. 2. num. 53. Zavallos in tract. de cognit. per viam violent. quest. 66. num. 2. § 8. De parte del señor Marques tampoco la huvo; antes aprobò tambien la sentencia, con que dicha reposicion, y Comission de Corte, no puede reformarse, sino que sea ex officio, que no tiene Lugar en el Reyno, cum omnia fieri debeant ad legitimæ partis instantiam, ex observant. 4 5. § 6. de generalib. privileg. tot. Reg. Molinus verb. Officium Iudicis, & passim. Supongase aora, que el luez à quo, no deviera aver repuesto a su Excelēcia por la viudedad paccional de los mil ducados, sino por la foral; y que sino se huviera aprobado, ni huviera passado en juzgado la sentencia, mereciera reformarse; Pero aviendo de quedar esta en pie, como es inegable, respecto de dicha viudedad paccional, reposicion, y Comission de Corte subseguidas, por la aprobacion, aceptación, y cosa juzgada; quien podrá dexar de tocar con las manos, el imposible, que diximos al principio, de poder concurrir otra reposicion, y otra viudedad por sentencia refor-

mante en vnos mesmos bienes, derechos, y procesos; Parece que, ò ha de faltar la razón civil, y natural, a que se opone semejante concurso, ò el argumento ha de concluir.

26 Sirviòse V. S. de proponer dos razones de dudar, adelantando en ellas quanto puede permitir lo ceñido, y escaso de la sugeta materia: Y la primera se reduce, a que aviendo repuesto el Iuez à quo a mi señora la Marquesa en fuerza del pacto, viene a inferirse, que el señor Marques difunto, ultimo poseedor de este Estado, pudo pactar viudedad, y obligarlo a ella, no obstante el vinculo, y perjuizio del señor Marques, su hijo, y successor; y que esta facultad supone, que la viudedad foral de este Reyno, avia de competirle a aquel matrimonio; pues de otra suerte no podian quedar obligados estos bienes, como vinculados, a la de mil ducados en cada vn año, a perjuizio del vinculo, ex late trad. à D. Ludovico de Cassanate *conf. 54. num. 30. & seqq.* Y con esta suposicion se arguye, que la viudedad que se acordò en el pacto, se ha de considerar, como parte de la foral, vniversal, y que del modo, que pidiendo el actor 100. ducados en su demanda, si la sentencia le dà 50. puede aceptar esta mitad, y apelar por la otra, que le ha negado, ex Fontanel. *decif. 412. num. 3. lib. 2. cum alijs*, por ser compatibles entre si ambas instancias; assi tambien en nuestro caso, que pidia mi señora la Marquesa la viudedad foral, vniversal, y el Iuez à quo, le diò la de mil ducados del pacto, ha podido su Excelencia aceptar esta parte, y proseguir la apelacion, para conseguir la que le falta.

27 Para satisfacion de esta duda, no se ha de perder de vista el fecho, que propusimos arriba, de que la Corte pronunciò en su sentencia, no aver lugar la viudedad foral, y su reposicion por los motivos que referimos *num.* 2. de los quales el mas principal es, que la patria, domicilio, y lugar, donde se avian celebrado los pactos dotales, y contrato de matrimonio, era el Reyno de Castilla, cuyas leyes, con quien se entendia aver conformado los contrayentes, no constava les concedieran el derecho de viudedad, que pretendia su Excelencia: Pero que hallando aprobados por el señor Marques los pactos dotales de sus padres, y que con especialdad alegava, y se valia en sus referencias, del que contenia la viudedad de los mil ducados, sobre todos los bienes, y rentas, derechos, y acciones, avidos, y por aver del señor Marques contrayente: Y que en la peticion de mi señora la Marquesa, avia comprehension de aquella viudedad, que por los meritos del processo, constasse pertenecer a su Excelencia; sin que por su parte se huviesse contradicho, ni opuesto contra esta escritura cosa alguna, antes aceptado en sus cédulas, y *cum constet*, lo que por esta se confessava, y reconocia, en quanto pudiera favorecerle a su Excelencia; por este motivo se avia decretado su reposicion, respecto de la cantidad del pacto tan solamente, como resulta de su lectura.

28 De donde se nos ofrece llana respuesta, al parecer, a la razon de dudar sobredicha, negando la suposicion, que en ella se haze, de competer en el matrimonio de los señores Marqueses, el derecho de viudedad foral; sin enquntro de q se niegue en bienes vinculados.

culados el beneficio de nuestro Fuero, por la razon de que su establecimiento no se alarga a los domicilios, y matrimonios de otros Reynos, y que se conceda facultad en el poseedor del vinculo, de constituir viudedad por pacto: Porque aunque si el señor Marques huviera impugnado lo pactado por su padre, no pudiera tener efecto a su perjuizio, por faltarle la libertad, que nuestra ley, ò costumbre ha dado a los poseedores de bienes vinculados, para constituir viudedades. Mas aviendolo aprobado, y reconocido, es cierto, que para con el señor Marques deve ser subsistente, y eficaz, y tener entero cumplimiento, *arg. leg. usufructu 57. ff. solut. matri. ibi: Vel si se accommodavit dominus proprietatis, volente eo, mulieri constituatur usufructus, cap. nuper 6. de donat. propter nupt. ibi: Nec licet uxori sua partem illius terra in donationem propter nuptias ex viri concessione tenere, nisi donationi, ille, ad quem spectat dominium voluerit consentire.* D. Ludovic. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 20. num. 1. Vincent. Fuffar de substitut. quest. 527. nu. 5. & cum alijs Rojas de incompatibilit. part. 6. cap. 4. num. 72. Y assi bien se compone, que no competa viudedad foral en los bienes aprehensos, y que se conceda la pactada por la razon especial de la aprobacion, y reconocimiento del señor Marques.

29 Y quando se pudiera suponer, que el matrimonio de los señores Marqueses, devia gozar de la viudedad legal de nuestro Reyno; aun entonces no podria dezirse, que la viudedad del pacto era parte de la del Fuero; porque vna cosa es, que en los casos, que el

Fuero, ò costumbre ofrece el derecho de viudedad a los que contraxeren matrimonio, puedan los mismos contrayentes antes de celebrar el contracto, prometerse aquel derecho, ò viudedad, que acordaren, aunque sea sobre bienes vinculados, por la facultad, que les dà el mismo favor del Fuero, ò costumbre patria; y otra, que por nacerles del favor legal, ò consuetudinario esta libertad a las partes, se diga que la viudedad acordada por ellas, sea parte de la que la ley les ofrecia; aunque podamos dezir, que el origen de ambas, es vno mismo, a semejança de lo que de los dos vsusfructos, legal, y convencional, notò D. Iuan del Castillo de vsufructu, cap. 2. nu. 7. reprobando a Floriano, que distinguiò vn vsufructo de derecho, y otro de hecho, alli.

30 Verius igitur est aduersus Florianum vsufructum omnem iuris esse, siue a iure constitutum fuisse, ut colligi potest ex §. 1. & sequentibus, instituta de vsufructu; Et modis omnibus, quibus vsufructus incipit, Et constituitur, progreditur, Et durat, atque finitur, quos à iure ipso constitutos fuisse nullus unquam negarit: Enim verò id ex eisdem iuribus aperte colligitur. Differentia autem dumtaxat consistit in hoc, quod vsufructus, quem conventionalem vocant Doctores, constituitur à iure certis modis inter vivos, vel in ultima voluntate, factò tamen hominis interveniente simul, quod ad constitutionem necessarium est. Alter verò vsufructus, quem legalem nominarunt scribes, sola legis dispositione, Et voluntate, absque factò aliquo hominis inducitur: quod evidentius constabit, re-

deundo ad ea, quæ superius incepimus, in initio huius capituli, quatenus dicebamus usufructum, alium conventionalem esse, alium legalem. Ususfructus conventionalis est ille, qui sumit initium ex hominis dispositione, & constitutione, facta inter vivos, vel in ultima voluntate: **A IVRE TAMEN IPSO ORIGINEM, ET CONSTITUTIONEM TRAHIT**, id quod contingit, quoties fundi, vel alterius rei dominus, in eo usufructum alteri concedit, & nudam proprietatem penes se retinet, ut colligitur expresse ex leg. 3. cum sequentibus, ff. de usufruct & §. 1. instit. cod. tit. leg. regia 20. tit. 31. part. 3. Et ita intelligant omnes Authores supra in principio præcitati. Legalis usufructus dicitur ille, qui iuris potestate, & dispositione inducitur, & absque aliquo facto seu dispositione hominis defertur, ut antea dixi. De suerte, que aunque el usufructo convencional tenga el mismo origen que el legal, sin embargo atendida la causa inmediata, y proxima de su constitucion, son distintos, y separados, y cada vno forma su especie, sin dependencia, ni proporcion entre si, de todo, ni partes, como se manifiesta de dicha doctrina.

31 Y lo que vemos cada dia es, que la constitucion de la viudedad, sea la que compete por la ley, quando las partes han contraido matrimonio, sin especial providencia; sea la que ellas mismas se constituyen en los pactos nupciales; ò sea la que se dexan por testamento, ò otra ultima voluntad, se tiene por vn todo formal, y comprehensivo de todos los bienes, derechos, è instancias del consorte difunto, y nun-

ca se dize, que vna especie sea parte de la otra, aunque en el fruto, y vtilidad aya entre ellas, mas, y menos, como se colige abiertamente de la distincion, que haze de viudedades el señor R. Sesse en la *decis. 58. num. 23. lib. 1. decis. 152. lib. 2.* y de los exemplares de viudedad paccional, que refiere en la *decis. 252. num. 11. & decis. 29 lib. 3.* y Suelves *cons. 28. nu. 21.* y de quantos se han ofrecido, y puede hallarse memoria hasta oy en el Reyno, sin que en semejantes terminos, se aya oïdo jamàs tal pretension.

32 Ni el exemplo del que litiga ciento, y gana cinquenta parece puede hazerse lugar; porque en èl se supone ya vn todo, propio, y formal de cantidad, con sus partes, que le componen, qual el derecho lo considera en la *l. 1. §. si stipulanti, ff. de verb. oblig. leg. si quis cum totum 7 ff. de excep. rei iudic. leg. quotiens 9. §. 3. ff. de hered. instituen. leg. diem proferre 27. §. 3. ff. de recept. arbitr. leg. qui quartam 15. ff. de leg. 1. D. Covarrub. lib. variar. 1. cap. 2. num. 5. & seqq. Graciano *discept. forens. 775. num. 6. & 7. tom. 4.* Pero ni en los Fueros, ni en la praxi del Reyno, se hallarà, que se considere, vn todo compuesto de la viudedad foral, y la pactada, ni que de las dos se cõponga vna, como de cinquenta, y cinquenta, se componen ciento, que esto seria dar el concurso de dos viudedades, a vn mismo tiempo, no siendo composable el de dos representaciones, de vn marido difunto, a quien representa la viuda, en la succession de aquel derecho, ad forum *muytas vezes 8. de apprehens. vbi D. Bardaxi, & cum alijs, Suelves cons. 23. num. 12. lib. 1.* como ni el de dos successiones, y herencias, legitima, y testamentaria,
fidei-*

fideicomissaria, y directa, respecto de vn testador, a quien los herederos, y successores representan, iuxta text. in leg. *quandiu* 39. ff. de *acquir. hered. leg. quandiu* 89. ff. de *reg. iur. leg. fin.* Cod. de *codicillis, leg. antequam* 8. Cod. *commun. de succes.* Rojas de *success.* cap. 1. num. 5. Rojas de *incompatibilit.* part. 6. cap. 1. § *seq. cum alijs.*

33 Y se haze esto mas claro teniendo presente, que la viudedad, no es otra cosa, que vn derecho, y usufructo temporal, y condicionado al estado de la viudez del consorte, que sobrevive, en los bienes del que premuere, foro 1. de *alimentis*, foro 2. in *sine de iure viduitatis*, Molin. in *verb. Viduitas*, fol. 332. col. 1. § *verbo V usufructus*, fol. 334. col. 13. expressiusq; Illustr. D. D. Martinus Didaci Daux, in *Epist. consultat. post obser.* fol. 44. col. 1 in *sine*, alli: *Item immobilia, quae tēpore matrimonij erant propria viri, vel uxoris, remanent illius, cuius erant tempore matrimonij, vel heredum eius; in quibus supervivens nullum habet ius nisi viduitatis, id est, interim quod erit viduus, vel vidua, usufructuabit dicta bona.* Conformando los tres modos regulares de cōstituirse por ley, pacto, y vltima voluntad, con la distincion de usufructos, legal, convencional, y ex testamento, que observa con Iuan Carrasio, y otros, D. Iuan del Castillo *quotidianar. controversiar. lib. 1. cap. 10. num. 1.* § *seq.* y tambien en extinguirse quando cessare la viudez, cum *finiatur etiam usufructus deficiente conditione, vel die, ad quem constitutum est, ex leg. ambiguitatem* 12. Cod. de *usufructu, leg. qui usufructus* 30. § *leg. 32. §. duas de usu, § habitat. legat.* Petr. Gregor. *syn. tagm.*

Magmat. iur. lib. 4. cap. 5. num. 12. Y la viudedad, ò usufructo, de que se trata en nuestro caso, es el convencional, reducido por los contrayentes a la cantidad de mil ducados en cada vn año, que son vnos frutos ciertos, fijos, y exemptos de tantas contingencias, como a los que están sujetos, los que ha de producir la tierra, a cuya percepcion principalmente se reduce, la utilidad del usufructo foral; circunstancia, que totalmente excluye la consideracion de que la vna sea parte de la otra; pues no ay juicio humano, que pueda asigurar, ni dentro del processo, ni fuera del, qual de las dos será de mayor utilidad el año que viene, y el otro, y todos los demás: fuera de ser sabido, que el mas, ni el menos, no mudan de especie, *leg. fin. ff. de fundo instructo*, Alexander *cons. 8. Cardinal. Tusch. conclus. pract. 362. per tot.*

34 Y ultimamente, deviendose atender a lo formal del drecho, en que el usufructo ò viudedad, consiste por ser *ius vtendi fruendi*, salva rerum substantia viduitate durante, arg *leg. 1. ff. de usufructu princip. institut. eod. tit. iuncto nostro Foro 1. de iure dotium, Et alijs supra relatis*, y no a lo material de la utilidad, ò comodidad de los frutos, segun la distincion, que advierten comunmente los DD. *l. si usufructus 66. ff. de iure dotium*, ibi: *Vt ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio verò fructuum ad mulierem pertineat*, vbi *Gotofred. litt. A. Antonio Gomez lib. 2. variar. cap. 15. num. 17. vbi Additionator Ayllon, num. 15. Petr. Barbosa in leg. usufructu, num. 2. ff. solut. matrim. D. R. Monter decis. 46. Et D. R. Sesse decis. 58. lib. 1.* Siendo el que le compete a

mi señora la Marquesa, por el pacto, reposición, y Comisión de Corte, vniversal, y comprehensiuo de todos los bienes, y derechos aprehensos, aunque la percepción de los frutos, tal vez no lo sea, por averse de reducir a la cantidad de los mil ducados en cada vn año, y averle de dexar al señor Marques por su dominio el residuo de los que excedieren dicha cantidad; nunca parece podrá tener apoyo juridico el considerar como parte del derecho de la viudedad foral, el derecho de la del pacto, pues en el ser, substancia, y formalidad de cada vno, tan todo es el vno, como el otro.

Y aun en terminos de pedir los ciento, que hazen el todo, con cuya paridad nos arguye la duda, parece no podrá el que ganó cinquenta aceptar la sentencia respecto de esta cantidad, y apelar respecto de los otros cinquenta, por la razon en que funda la doctrina de Fontanela *dict. decis. 412. lib. 2.* y los que dicen lo mismo que él; advirtiendose, que en la question que tratan, de quando la apelacion interpu esta por el reo, que sucumbió en parte, será comun al apelado, que en parte ganó, y aceptó la sentencia, para que el Iuez ad quem pueda reformarla, y darle todo lo que pedia al actor en la primera instancia; la distincion corriente es, que si la sentencia contuviere partes, ò capitulos separados, y el reo apelare de aquel en q̄ se le huviere hecho agravio solamente, no podrá el apelado, que era el actor, ayudarse del mismo recurso, sino se apelase tambien en quanto pretendiere estar agraviado; pero que si la apelacion la huviessse interpu esta absoluta, ò la causa fuere individua, ò conexas entre si los capitulos de la sentencia; será comun el

recurso, y se devolverà toda la causa al Juez ad quem,
 y podrá este reformar la sentencia, y darselo todo al
 que obtuvo en parte, aunque no aya apelado, docent
Scacia de appellat. quest. 10. num. 4. ad 9. Et quest. 17.
limit. 2. num. 99. Et limit. 21. num. 5. 25. 31. Et 32. D.
Salgado de regia proteet. part. 3. cap. 15. per totum, &
alij quos refert Fontanela dict. decis. 412. nu. 2.

36 Y el exemplo de la individuidad, ò conexion
 de la causa lo ponen, quando es vna suma, ò vn fundo
 lo que se litiga, vt videre est apud Boerium *decis. 73.*
num. 6. ibi: Sed quando est unum capitulum, vel plu-
ra coniuncta, Et connexa, quia capitula connexa re-
putantur unum, Et idem individuum capitulum ra-
tione connexitatis, tunc secus est: vt volunt omnes
supra allegati, vt si petebam fundum Titianum, vel
decem, Et pars fundi; vel pecunia media ad iudicatis
mibi fuerit; vel in alijs exēpli. positis per gloss. Et c.
Et ab alia parte fuerit reus absolutus, qui appella-
vit à dicta sententia quatenus contra se faciebat;
quod appellatio prefata devolbit, Et suspendit to-
tam sententiam; quæ non poterit pro parte à qua ap-
pellatum non extitit executioni demandari, vt vo-
lunt Doctores supra allegati, Et c. Et idem tradunt
Scacia alios referens de appellat. dict. quest. 17. limit.
2. num. 99. vers. Contra istum casum, Et limit. 21.
num. 5. vers. Comprobatur hæc extensio. D. Salgado
de reg. proteet. dict. part. 3. cap. 15. num. 42. Y en el de
la suma hablò Fontanella, alli: Ponunt exemplum
de eo, qui cum petijset decem, nõ potuit obtinere nisi
de quinque: si is qui obtinuit, acquievit sententia nõ
appellando; reus verò condemnatus appellaverit,
 tunc

tunc, quia totum negotium devoluitur ad iudicem
 appellationis, potest tam appellatus, quam iudex pre-
 tendere condemnationem ad decem. Conclusion,
 que deve entenderse, quando toda la cantidad se pide
 por vn mismo titulo, como advirtiò el Especulador
 tit. de appellat. §. 1. ante fin. vers. Sed pone, alli: Sed
 pone. Pero C. ab adversario meo: Iudex condem-
 nat eum in quinquaginta, & absolvit in alijs quin-
 quaginta: Ille appellat, & non ego. Queritur quid
 iuris? Dic quod si ex eadem causa petis, C. potero co-
 ram iudice appellationis petere integre, C. vt C. de
 appellat. Ampliorem; secus si ex diversis causis non
 connexis. Y en esto conforman los demás, que dexa-
 mos citados.

37 Infiriendose de estas doctrinas para nuestro
 proposito, dos cosas: La primera, que hablan en caso
 de no aver apelado, èl que ganò en parte, sino èl que
 perdiò, y es al contrario del nuestro, pues quien ape-
 lò, fue mi señora la Marquesa, y no èl señor Marques.
 La segunda, que si la apelacion del reo en su caso de-
 buelve al luez ad quem toda la causa por su conexi-
 dad, la aprobacion del actor, que apelò en el presente,
 por la misma razon ha de obrar el efecto contrario,
 reconociendo en todo la jurisdiccion del luez à quo,
 cum contrariorum contrarius esse debeat effectus,
 Surd. cons. 350. num. 22. Argel. de contradictor. legit.
 quest. 3. num. 79. aliter daremus, quod possent dari si-
 mul, & apud eundem, obligatio approbationis, &
 facultas reprobationis, quod est incõpatibile, como
 en otro caso dezia Rojas de incompatib. p. 5. c. 6. n. 4.

38 La segunda razon de dudar, que V. S. propu-
 so,

fo, viene à reducirse, a que mi señora la Marquesa, no pidió en su libelo la viudedad paccional, que la sentencia le ha dado, sino la foral vniversal, y que si el Iuez à quo huviere entendido, que aquella se devia decretar por sola la aprobacion del señor Marques, deviera aver pronunciado la reposicion, iuxta consensum partium, ò limitadola a la vida del aprobante, por no poder estenderse a mas la aprobacion, que fue motivo del pronunciamiento; y que assi fue nulo, por aver dado mas de lo que se pedia, *l. vt fundus, ff. commun. dividund. Scacc. de sentent. Tre iudic. gloss. 14 quest. 16. num. 1.*

39 A que respondemos lo primero, que aunque mi señora la Marquesa pidió reponerse por la viudedad foral, que alegava pertenecerle a su Excelencia, y esta fue su principal peticion; mas despues entre sus clausulas subsidiarias, ò salutare, aumentò aquella: *T assi, y segun, que conforme a los meritos del presente processo, disposiciones de Fuero, seu aliàs. mejor procediere, y huviere lugar; en que no puede negarle peticion, de que se le repusiera à su Excelencia por aquel titulo, y modo, que resultare proceder, ù de processo, ù de Fuero, ù de otra manera, principalmente a vista de la regla que nos dexò Vlpiano en la *l. solemus 61. ff. de iudic. alli: Solemus quidem dicere id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes: sed Celsus ait periculosè esse ex persona rei hoc metiri, qui semper, ne condemnetur, hoc dicit, non convenisse. Quid ergo? Melius est dicere, id venire in iudicium, non de quo, actum est, ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est,**

ne veniret. Y como por los meritos del processo, que arriba se refirieron num 3. § 27. viò el luez, que lo que procedia, y avia lugar, era el reponer a su Excelencia en fuerza de la viudedad del pacto, y no en fuerza de la del Fuero; se conformò con la petition, y siguiò la regla de la *l. ut fundus commun. divid. cap. licet Heli de simonia, Masuer. in praxi, tit. de adiornament. num. 5. Scaccia de sentent. § re iudic. d. gloss. 14. q. 17. nu. 22. 35. § seq. idem de iudic. lib. 1. cap. 50. num. 30. § 36.*

40 Y aunque no huviesse concluido, sino con la copulativa § *aliàs*, avia bastante comprehension para entender lo mismo, vt ex Rota tradit Scaccia de iudic. d. lib. 1. cap. 50. num. 17. circa fin. ibi: *Et maxime quãdo ei est adiecta copula & aliàs, quia auget alios modos ultra expressos, § staret semper ampliativè, Rota decis. 329. num. 3. p. 1.* Y bien al intento el señor Reg. Monter decis. 49. num. 7. § *seqq.* donde aviendose aprehendido ciertos bienes vinculados, a instancia de Miguel de Vncastillo, y dado proposiciones Maria N. su madre, *in vim viduitatis sue foralis, § aliàs*, y sus hermanas en fuerza del vinculo; para excluir a estas, alegò, y exhibiò en la replica el aprehendiente, el testamento de su padre, en que dexava usufructuaria de los bienes aprehendidos a dicha su madre, y a èl heredero, como a varon de su familia, excluyendo a las hijas. Pretendiò la madre, que se le devia recebir su proposicion, por el usufructo del testamento de su marido, y para este fin se valiò de èl, y lo reproduxo en su replica. Oponiale el hijo, que se devia aver incluido con dicho testamento en su

propoficion, y exhibidolo dentro del termino foral, iuxta for. por quanto de apprehenf. lo qual no avia hecho. Pro parte autem prædictæ Mariæ, dize el S. R. Illius testamenti exhibitionem necessariam non esse contendeatur, cum in propositione sua de eodem mentionem non fecerit, & casu quo facta extitisset, illud implicite quidem sub generalitate verborum illorum, pro sua viduitate forali, & aliàs, exprefum fuit, ex quibus quidem verbis, & omnibus ex processu resultantibus, satis inclusa fuit, stantibus maxime clausulis salutaribus: Y refiere dict. num. 7. que en conformidad de votos se le recibió la propoficion, por este motivo.

41 Nec refragatur quod Maria (qua ex dicto testamento nititur) illud intra tempus à foro præfixitum minime exhibuerit, quoniam cum de tali testamento prædicta Maria in eius propositione specificè non se iuvaverit, minusque ex contentis in eodem, aliter, quam per salutare clausulas, ac etiam per illa generalia verba, pro sua viduitate forali, & aliàs, incluserit se; merito nec ad illius exhibitionem adstringi debuit. Accedente maxime, quod non ex suo, sed potius Michaelis collitigantis factò (testamentum tale ad sororum suarum exclusionem producentis) inclusa appareat; nequeatque prædictus Michael, testamentum quod ad sui favorem semel approbavit, ammodò reprobare, prætendens, Mariæ matri suæ usum fructum illum non deberi, quem ex sæpè memorato testamento (ab eadem reproducto) eidem prælegatum fuisse, constat.

42 Y en el num. 11. añade, que la reproducción del

del testamento, que hizo en su replica la madre, fue ex
 abundanti, y bastara el averlo producido el aprehen-
 diente, con exemplar de esta Real Audiencia, alli: *Qui-*
bus, & illud addendum erit, quatenus in dicto pro-
cessu Michaelis Ambrosij Dumcastillo, reprodu-
ctionem testamenti (per dictum Michaellem exhibi-
ti) per predictam Mariam factam extitisse apparet,
id ex abundanti cautela factum fuisse, cum pars
que ex tali instrumento, facto adversarij producen-
tis, includitur, absque tali productione obtinere pos-
sit, ut expedite decisum quoque in Regia Audien-
tia fuit, per omnes concordas in processu appellatio-
nis Petri Lopez, super apprehensione die 30. Au-
gusti 1597.

43 Y lo mismo dixo de la confesion ; aunque
 no huviesse peticion formal de la parte, Alexandro in
 cons. 75. num. 3. lib. 7. alli: *Et dato etiam quod non*
esset deductum aliquod ius ; tamen si adversarius
confitetur illud ius: Illa confessio prodest, ac si dedu-
ctum esset, con Angelo, Inocencio, Bartulo, y el Espe-
culador. Y es tambien doctrina de Maranta de ordi-
ne iudic. part. 6. de sentent. diffinit. & interlocut.
num 62. alli: Idem quando unum petitur, & aliud
constet per confessionem partis ; quia potest Iudex
ad illud condemnare, non obstante, quod non sit peti-
tum, con decision del Senado de Napoles, & sequitur
Cardosus in praxi iudicum, & advocator, verbo
Sententia, nu. 7. limit. 11. y finalmente el señor Mar-
ques, cuyo era el perjuizio, no lo impugnò, y mi seño-
ra la Marquesa lo tiene aceptado ; con que cessa del
todo el reparo.

44. Ni la sentencia podia pronunciarfe con la formula, *iuxta partium consensum*; porque esto, como V. S. I. y la praxi de cada dia nos enseña, solamente se oye, quando las partes hazen formal consentimiento en processo, para que se pronuncie de esta, ò la otra forma, de calidad, que entonces no haze mas el Iuez, que escribir la sentencia; pero quando solo se mueve a pronunciar, porque en los alegatos, ò probanzas halla, que alguna de las partes le reconoce, ò confiesa a la otra, lo que ella no prueba, lo advierte V. S. en los motivos, como aqui lo ha hecho el Iuez à quo, & hoc iure utimur.

45. Tampoco se devia, ni podia advertir en la sentencia, que se decretava la reposicion de mi señora la Marquesa, para durante la vida del señor Marques, aunque fundò en su reconocimiento, y confesion, el reponer a su Excelencia por la viudedad paccional; porque en futuros contingentes, qual es el que se alar gue mas dicha viudedad, que la vida del señor Marques, non est determinata veritas, Divus Thomas 1. part. quest. 14. artic. 13. § lib. 1. contra gentes, cap. 67. § de malo, quest. 16. artic. 7. § de veritate, quest. 2. artic. 12. Roman. cons. 303. num. 12. vers. Non enim scire poterat, Gonzal. ad regul. 8. Cancel. glos. 45. §. 1. num. 44.

46. Y la aprobacion, ò ratificacion del poseedor del vinculo, no acaba con su vida, si el successor no la impugnare, ex Fuffario de substit. quest. 717. num. 14. Gratian. discept. forens. 280. num. 29. Mieres de maioratu, part. 4. quest. 15. num. 12. § 27. Fontanel. decis. 587. num. 5. Cancer lib. 3. variar. cap. 2. num. 228.

Molin. de Hispan. primogen. lib. 4. cap. 1. nu. 12. Portol. de consortib. cap. 14. num. 19. Suelves conf. 28. nu. 26. Et conf. 91. num. 1. lib. 1. por cuyas razones, aunque se le reciba la proposicion a vn tercero poseedor sobre bienes vinculados, quando obtiene por agnacion, ò consentimiento del mismo poseedor del vinculo, nunca vemos, que en las sentencias se explica la circunstancia de durante vita, sin embargo de la calidad de los bienes, y passa al successor el perjuizio, mientras no hiziere contradiccion; y en este respeto puede tãbiẽ assemjarse esta viudedad a la foral, como dixo en parentesis del motivo, alli: *Qua etiam foralis, nuncupari valet*, pudiendo ser igual en la duracion.

Ex quibus huiusmodi appellationem fore desertam, seu saltem non fore prosequibilem, censendum credimus. S. S. G. C. En Zaragoza 28. de Agosto de 1680.

Pedro Antonio Lorfelin, I. C. D.