

247



POR
D. JUAN DIAZ
DE SEGVRA, VEZINO DE
la Villa de Alhama de
Murcia.
EN EL PLETO
CON D. RODRIGO DIAZ
de Segura su hermano menor,
vezino de la dicha
Villa.

R. 4206

81-57



POR
 D. JUAN DIAZ
 DE SEGURA VEZINO DE
 la Villa de Alhama de
 Murcia.

EN EL PLETO
 CON D. RODRIGO DIAZ
 de Segura su hermano mayor
 vezino de la dicha

N. 1.



litigase la succession del vinculo fundado por Juan Diaz Franco, y Doña Ysabel Ferrer de Segura su muger, vezinos que fueron de dicha Villa, Abuelos de las partes, en cuya possession està ya D. Juan; y siendo el juicio intentado por Don Rodrigo de propiedad, opuesto à la demanda, pretende Don Juan ser absuelto, y dado por libre de ella, y que se le declare por V. S. por legitimo successor de dicho vinculo.

2 La fundacion fuè el año de seiscientos y quarenta y siete de el tercio, y remaniente de el quinto de los bienes de los Fundadores, por donacion inter vivos, hecha à favor de Damian Diaz su hijo, cõ diferentes condiciones, y la Clausula de llamamientos dize assi:

3 *Ha de succeder en ellos el dicho Damian Diaz nuestro hijo, y sus descendientes legitimos, ò legitimados por subsiguiente matrimonio à titulo de Vinculo, y Mayorazgo para siempre jamàs, prefiriendo el mayor à el menor, y el varon à la hembra, y la linea del ultimo possedor todas las otras lineas; y si à el dicho Damian Diaz, y à los demás successores deste Vinculo, y Mayorazgo pareciere nombrar, y elegir successor para despues de sus dias, les damos, y concedemos libre poder, y facultad, para que puedan hazer eleccion, y nombramiento de tal successor à el tiempo de su muerte, conque sea entre sus hijos, nietos, y descendientes li-*
tigi-

gitimos, por su orden, y grado, prefiriendo siempre el varon à la hembra; y si huviere nietos, cuyo padre huviere muerto, durante la vida de el ultimo poseedor, le representen, y pueda qualquiera de ellos ser nombrado por successor de este Vinculo, y preferido à los demas hijos de el ultimo poseedor sus hijos.

4 Para hazer la dicha eleccion, y nōbramiento, dicen asimismo los Fundadores, encargan la conciencia à los poseedores, y mandan lo hagan sin passion, ni afeccion, y que solo atiendan à la virtud, meritos, y buenas costumbres, porque esta es su intencion, y voluntad.

5 Por otra Clausula dicen: Y con condicion, que los successores en este Vinculo no se puedan casar sin licencia, parecer, ni consejo de su padre, madre, tutor, ò curador, si lo tuvieran, y que aya de ser con Christianas viejas; y si no lo hizieren, y cumplieren, los avemos por excluidos de el dicho Vinculo, y queremos que passe la succession à el siguiente en grado.

6 Tuvo efecto la fundacion, y succediò Don Damian Diaz, primero llamado, por cuya muerte fuè la vacante; y siendo D. Juan Diaz el primogenito, funda en esta qualidad su inclusion, por estar en la linea de el vltimo poseedor, y deber ser preferido por su edad à su hermano menor. Dom. Molin. lib. 3. cap. 1. num. 1. & seqq. & lib. 3. cap. 4. num. 14. & ibi D. A. A.

Y ser

7 Y ser este Mayorazgo de sucesion Regular, estando llamados los sucesores, con prelacion de el mayor à el menor, y el varon à la hembra, y la linea de el vltimo poseedor à las otras lineas, lo que se conforma con las Reglas dadas en nuestra España, *ex l. 2. tit. 15. part. 2. §. ex l. 5. tit. 7. lib. 5. nova Collect.* Y lo que produce, y explica vna sucesion Regular, Roxas *cum multis part. 1. cap. 6. n. 21. Dom. Castell. tom. 5. cap. 93. num. 8. vers. Octava conclusio.*

8 Sin que la pueda excluir, el que los Fundadores dixessen, daban facultad à los sucesores para que despues de sus dias nombrassen successor, si les pareciere; porque siendo esta disposicion toda individua en vna Clausula, no puede entenderse por esta facultad revocada la antecedente Regla: *iuxt. text. in l. Non ad ea 89. ff. de Condit. §. Demonstrat.* en el qual se figuran dos especies; vna, quando el Testador dexò vn legado puro, y exintervalo, lo dexò condicional, y en esta decide el Jurisconsulto, debe observarse la posterior disposicion.

9 Otra, quando en vna misma escriptura el legado es puro, è incontinenti, se dexa condicional, especie en que se decide no tener diferencia, y entenderse puro, y sin condicion alguna, sino es que el Testador con commemoracion de la disposicion antecedente ordenasse lo contrario; porque no de otra forma se debe

entender, quisiessè incontinenti corregir su disposicion, tenent ex hoc text. Menoch. *presumpt.* 35. *in lib.* 6. *num.* 8. & *per totam*, Azeved. *conf.* 1. *num.* 6.

10 No en otra forma fue la disposicion de nuestros Fundadores, pues dando la Regla de succession, con prela- cion de mayor à menor, immediatamen- te, y sin intervalo, y en vna misma Clau- sula, passan à dar à el successor la facultad de elegir.

11 La qual, si la entendemos condicion puesta à la succession de el pri- mogenito: esto es, que tenga llamamien- to, con la condicion, si fuesse electo por el successor, es disposicion contraria, è inmediata correccion de la antecedente, que no es de presumir, no aviendo hecho los Fundadores reflexa à ella, y dispuesto se succediesse por eleccion, no obstante los Regulares llamamientos anteceden- tes.

12 Y si la entendemos no con- traria, si toda en vn sentido, tampoco tiene exclusion el primogenito; porque aviendo dado las Reglas Regulares de suc- cession, y estas no revocadolas, debemos entender, que la eleccion cometida, debe entenderse sin exclusion del successor le- gitimo, que debe serlo segun la Regular succession; y siendolo Don Juan Diaz, co- mo primogenito, està comprehendido, è incluido en la succession en vno, y otro concepto.

Que

13 Que el de los Fundadores no fuesse variar la forma de succion Regular, que llevaban dispuesta, lo persuaden las palabras con que disponen la eleccion que à el successor cometen, el qual aviendola de hazer en la forma dispuesta en la fundacion, no puede variar el orden de la Regular succesion.

14 Es reparo de la misma Claufula, pues en ella la facultad de elegir es condicional, ibi: *Con que sea entre sus hijos, por su orden, y grado, prefiriendo siempre el varon à la hembra*: lo que influye necesidad, y precision de no prepostrarlos, *ut tenent nostri D D. repetentes ad leg. 27. Taur.* y precisa à los successores à observar el orden, y el grado en los llamamientos.

15 Y en otra parte dizen, que los nietos, cuyo padre huviere muerto, durante la vida de el ultimo poseedor, le representen, con que avièdo dispuesto los Fundadores, que el successor para elegir tuviesse presente la linea, y el grado, estan explicando, que el aver dispuesto, que los successores pudiesen elegir otro entre sus hijos, y nietos, no fuè corregir la disposicion de Regular succesion, que expressaron; si, disponer, que los successores en la eleccion se arreglassen à ella, que fuè lo mismo que no averles dado facultad alguna; si, el nudo hecho de nombrar successor à aquel que por su orden, y grado; segun la succesion Regular, debiera succeder.

Esto

16 Esto se prueba de aver dexado la facultad de elegir sugeta à las mismas Reglas de la succession Regular, pues en las de esta es la primera atencion la linea, despues el grado, despues el sexo, despues la edad. Dom. Molin. lib. 3. cap. 1. num. 13. & 14. & ibi Dom. Addent. & dict. lib. 3. cap. 6. num. 50. & est communis Regula.

17 Y en las de aquella concuerdan las expressadas por los Fundadores; pues si atendemos à la linea, le dieron primer lugar, queriendo que los nietos, cuyo padre huviesse muerto en vida de el vltimo possedor, se prefiriesse à sus tios, conformandose en esto con la disposicion, l. 40. Taur. y si al orden, y grado dispusieron, que segun el fuesse la eleccion; y si à la prelación de sexo, tambien ordenaron la tuviesse el varon à la hembra, omitiendo solo la qualidad de la mayoria, y estando conformes en las tres antecedentes; y siendo el concepto de lo que fundamos no admitir correccion la disposicion de Regular succession por los Fundadores expressada por otra incontinenti, sin intervalo, y reflexa à la primera dispuesta, aunque sea contraria; bien claro es, que yendo vniformes en vna, y otra, se entenderà mucho menos quisieron corregirse, y ir contrarios en la disposicion, y que su voluntad en toda ella fuè, disponer vn Mayorazgo de Regular succession.

18 Lo qual se confirma de la
Clau.

Clausula en que privan de la succession al que contraxesse matrimonio sin licencia, y consejo de su Padre, Madre, ò Tutor; pues siendo esta Clausula dispuesta despues de aver dexado al successor la facultad de elegir en el caso de la privacion, no dizen que el poseedor nombre otro, si, que passe à el siguiente grado: disposicion que aclara mas el concepto antecedente, y explica, que el que ha de suceder en este Mayorazgo es el primogenito, que es el que entiende la ley, sera el siguiente en grado; *sic ex pre se constat ex leg. 45. Tauri. ibi: Luego sin otro acto de aprehension de possession, se traspasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion de el Mayorazgo debiere suceder, y que este sea el primogenito; tenet Roxas de Incompatibilitate, part. 8. cap. 7. ex num. 16. cum multis.*

no 30 19 19 Y Sin que sea replica contra lo referido, que en este caso hablarian los Fundadores de el actual successor, y que privando à este de la succession, tambien le privarian de la facultad de elegir, causa; porque no aviendo eleccion, era preciso passasse la succession à el que por la Regular debia suceder, Dom. Molin. lib. 2. cap. 4. num. 42. Fontanel. Claus. 4. Gloss. 9. part. 5. num. 11. Fuslar. *Et alij congesti ab AA. dict. num.* porque esta Replica està satisfecha de la misma Clausula, en que à el que grava con el consejo, ò licencia para contraer matrimonio, le supone Padre, y sien-

y siendo la facultad para elegir entre hijos despues de su muerte; ya se ve, que vi- viendo el Padre, no avia llegado el caso de la eleccion, y que la privacion es para quã- do llegue; y en este caso no dize elixa à otro, si, que succeda el siguiente en grado, que es lo que denota, que la eleccion ha de ser de primogenito in primogenitum, y por esta orden, observando las Reglas de Regular succession por los Fundadores tan claramente expressadas.

20 Corroborase mas el discurs- so de ser Regular este Mayorazgo, ex doc- trina Dom. Paz de Tenut. cap. 34. ex num. 115. en el qual disputa, si dada facultad por vn Fundador para elegir à la succes- sion de el Mayorazgo à vno de los hijos, sin expressar hijas, si podrá el eligente ha- zer la eleccion en vna hija, omiendiendo el hijo; y resuelve que no, fundandolo con muy solidos fundamentos. Y prosigue en los numeros siguientes, fundando, que en el caso de dexar el Fundador facultad de elegir para la succession à vno de sus hi- jos, ò hijas, no podrá el eligente hazer vn Mayorazgo irregular cõ irregulares sub- stituciones, por lo estrecho del mandato, y porque esta facultad solo comprehende vna mera execucion de la disposicion del Testador, sin advirrio extensivo.

21 Luego siendo assi que los Fundadores de este Mayorazgo, no solo no dieron indistintamente la facultad de elegir à el successor, si, que dexaron expli- cada

cada su voluntad ser de vna Regular succession, con mayor razon deberemos dezir, que los successores usando de la facultad, nunca pueden hazer irregulares llamamientos, si solo elegir aquel que conforme à la Regular succession debe suceder, arreglando su facultad à la mera execucion de la voluntad de los Fundadores tan claramente explicada, sin otro arbitrio que la varie, que es el termino en que se deben contener por la estrechez de la naturaleza de el mandato, Dom. Paz, *dict. cap. 34. num. 118.*

22 Para que la succession de el Mayorazgo proceda de primogenito in primogenitum, que es su Regular curso, y no pascie à el segundogenito, el qual, y su linea, segun las Reglas de succession Regular, està excluido, permaneciẽdo el primogenito, y su linea, Dom. Molin. *lib. 3. cap. 6. num. 31.* Avendañ. *in leg. 40. Taur. Gloss. 1. num. 15.* Dom. Castell. *tom. 5. cap. 93. num. 5. Et cap. 166. ex num. 40.*

23 Reconociendo Don Rodrigo obstarle estas Reglas, que constan de tan solidos principios, pretende la succession por el nombramiento, que à su favor hizo Damian Diaz de Segura su Padre, para que sucediesse en este Mayorazgo, por su Codicilo, que otorgò el dia 19. de Noviembre de el año passado de 705. queriendolo hazer de qualidad, y electivo, y preferirse à la linea de primogenitura, por la de elecciõ, ò electiva, que
dize

dize debe prevalecer , y preferirse à la de
substancia, ex dictis à Roxas, *part. 1. cap. 6.*
ex num. 299. § 304.

24 Para cuya exclusion dezi-
mos, que aunque este Mayorazgo no fue-
se Regular, la tiene D. Rodrigo de su suc-
cesion, no obstante la facultad de elegir,
dada por los Fundadores à los successores,
quod probatur ex seqq.

25 La facultad de elegir , ò se
concede libre, y absoluta, y amplia, ò co-
artada, y limitada ; si en la primera especie
es libre, y absoluta la potestad del eligen-
te, *Rox. cum multis, part. 1. cap. 6. n. 358.*

26 Si en la segunda tiene tan
estrechos terminos, que no puede exceder
de los limites de ella el Comissario , ni de
las condiciones, y qualidades por los Fun-
dadores dispuestas, *Rox. dict. part. § cap.*
num. 357. ex leg. Filius familias 114. ff. de
leg. 1. § alijs.

27 Assi lo enseña el señor Mo-
lina, *lib. 2. cap. 5. in princip.* diziendo, que
vna es conferida à la voluntad de el eli-
gente , y otra à su arbitrio ; en la primera
especie dize *in num. 1. dict. cap.* no està
obligado el Comissario à preferir al dig-
no, si que puede elegir à el indigno, *in dig-*
nitate facti, *quod tenet etiam D. Castill.*
tom. 5. cap. 67. num. 3.

28 En la segunda resuelve *in*
num. 46. no puede preferir à el indigno *in*
dignitate facti; si, que necessariamente de-
be elegir à el indigno ; lo mismo resuelve

Pa-

7

Pater Molin. *disput.* 595. *ex num.* 2. &
Fuffar. *quest.* 504. *num.* 5.

29 Y como en la Clausula de la fundacion no se halle conferida la eleccion de successor de este Mayorazgo à libre voluntad de el posscedor, y Don Juan Diaz se halle el primogenito de los hijos de Don Damian Diaz, y por esta causa el mas digno, vt tenet D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 3. Pater Molina, *de Iustitia, & Iur.* *disput.* 594. *num.* 1. & 2. de aì es, que en la eleccion no pudo Don Damian omitir à Don Juan, haziendola en Don Rodrigo, como segundogenito, menos digno, D. Molin. *dict.* *lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 46. & ibi D. Addentes, P. Molin. *de Iustit. & Iur.* *disput.* 595. *num.* 2. Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 67. *num.* 8.

30 Que no fuesse libre la facultad de elegir, consta de la misma fundacion; porque el hecho de elegir, ò nudo ministerio de nombrar (que es el que tienen los successores de este Mayorazgo) solo fuè à arbitrio regulado, que tanto como esto dizè aquellas palabras de la Clausula, ibi: *Y si à el dicho Damian Diaz, y à los demàs successores de este Vinculo, y Mayorazgo pareciere nombrar, y elegir successor: Cuyas palabras denotan ser conferido à su arbitrio, y no à su libre voluntad, D. Molina dict.* *lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 49. ibi: *Prout sibi visum fuerit, vel placuerit, seu arbitratus fuerit, vel similia verba dixerit, quæ ex iur. is dispositione non liberam voluntatem,*

D

seu

seu arbitrium liberum, sed boni viri arbitratum comprehendunt. Ex eo, & alijs notat Aguil. in *Add. ad Rox. part. 1. cap. 6. num. 110.*

31 *Succediendo lo mismo en las palabras, que explican la facultad, pues estas no dicen, que elixan à su voluntad, si que les dãn libre poder, y facultad para nombrar, no absoluto, sino regulado à las condiciones, que les pusieron, ibi: Conque sea entre sus hijos, y nietos, y descendientes legitimos: Que importan condicion, y regla, que han de observar en la eleccion, Barbof. diction 96. per tot. y exceptuan la regla general, y la libertad, que de las palabras antecedentes se quiera discurrir, Cardin. Thusc. litt. D. conclus. 273. num. 1 & conclus. 278. num. 1. Cened. singul. 48. num. 3. Roxas, part. 1. cap. 6. num. 368.*

32 *Conque concurre, que en tanto pudo ser libre la facultad conferida à los successores de este Vinculo, en quanto fuesse simple, y absoluta, y no circunscripta à expresas disposiciones de los Fùndadores, tenet Aquila ad Roxas, part. 1. cap. 6. num. 409. Pero si fuesse limitada à ciertas reglas, serà à el contrario, vt profequitur idem Aquila in num. 410. ex Dom. Molin. dict. lib. 2. cap. 5. D. Paz, dict. cap. 34. & Dom. Castill. lib. 4. cap. 36. à num. 32. Mostaz. de Caus. Pijs, lib. 4. cap. 4. n. 9. ex multis.*

33 *No fuè simpliciter concedida la facultad por nuestros Fundadores,*

sino

fino tan estrecha, y limitada, como consta de la Clausula, y lo que llevamos supuesto: Luego no la tuvieron libre para poder preferir à el hijo segundogenito, y preterir à el primogenito, Noguero, *allegat. 9. num. 72. Mieres, part. 1. quest. 48. num. 68.*

34 Y con notable razon en la especie de la Clausula propuesta, porque siendo principio cierto, que el Comissario à quien se dà facultad de elegir, està precissado en la eleccion à observar, y seguir la voluntad de los Fundadores, no solo la tacita, sino la expressa. *Vt in resolut. civilib. tenet Tondut. cap. 50. num. 52. Dom. Castell. lib. 2. cap. 26. num. 26. § 86. Noguero. dict. alleg. 9. num. 73.* Estando esto tan especificada en la Clausula, aviendo llamado à la succession los Fundadores los successores en la forma regular, no pudo con otra alterar esta disposicion Don Damian Diaz su hijo.

35 Es expreso lugar el de el señor Castillo *dict. leg. 2. cap. 26. num. 14. in fin.* donde hablando de Mayorazgo electivo con mas libre facultad, como se induce de las palabras, que refiere, ibi: *Ael qual pido por merced, que de los bienes rayzes haga Vinculo en vno de sus hijos, ò hijas, que de el quedaren; sin mas motivo, que aver puesto despues los Fundadores, que alli refiere otra Clausula, en que dispusieron, que en caso, que el Comissario no hiziesse el Vinculo, querian succediesse el hi-*

hijo mayor de el llamado ; y à falta de él su hijo mayor ; y por la mesma orden en sus descendientes.

36 En el mismo numero afirma no ser concedida eleccion libre à el Comissario, si que debe observar en ella el orden de la escriptura dispuesto por los Fundadores, dando la razon *in num.* 15. *ibi: Nam in maioratibus fideicommissis, & ultimis voluntatibus sicut precedentia declarant sequentia, sic è conuerso dubia defuncti voluntas, qua pracesit, declaratur, & coniecturatur ex subsequenti, qua clara, & aperta sit, ex leg. Si seruus plurium, §. fin. ff. de leg. 1. & alijs, quam pluribus auctoritatibus,* en que lo funda, y es todo el *cap.* copiosa alegacion, y fundamento de este assumpto,

37 Conforme en todo à lo que expressa nuestra Clausula ; pues aviendo en ella los Fundadores primero llamado en la forma regular à los hijos, y descendientes de Damian Diaz su hijo, primero llamado, aunque despues concediessen facultad de elegir à el mesmo Damiã Diaz, este en la execucion de ella, no pudo oponerse à tan expressa, y clara voluntad, y preferir à el segundogenito, perjudicando à esta parte, que como primogenito tuvo el primer lugar en la mente de los Fundadores, que expressamente le llamaron à la succession;

38 Así porque debió conformarse con esta expressa voluntad, vt pro-

se:

9
sequitur dict. Dom. Castell. dict. cap. 26. ex
n. 35. Et n. 56. satisfaciendo à la doctri-
na del señor Molina, à el parecer contra-
ria, y diziendo entenderse lo que refiere
in libr. 2. cap. 5. num. 4. quando no consta
de expressa voluntad de los Fundadores,
como lo expressan mejor sus palabras in
dict. num. 56. §. Respondetur.

39 Ibi: Respondetur etiam, Et
tertio loco, quod dato casu, quod esset vera,
Et indubitabilis sententia Molin. tempera-
ri deberet, ut minimè producere cum de vo-
luntate Testatoris in contrarium constaret,
siuè cum testator ipse alias expressisset for-
mam, quam voluit in successione maioratus
observari, aut in alia parte testamenti vo-
luntatem suam ostendisset, tunc enim for-
ma ab eo tradita observanda erit omninò,
nec interest, quod libera electio relicta fue-
rit, necnè.

40 At in casu presenti certum est,
quod testator quamvis in una Clausula re-
liquerit facultatem eligendi, quem pater vo-
luerit, tamen in alia aperte ostendit volun-
tatem suam, Et expressè dixit, quomodo es-
set succedendum, si pater non eligeret, sta-
tuitquè, quod succederet filius maior mas-
culus legitimus, Et in defectum eius filia
maior legitima (ut dicebam supra) Et sic
per hanc Clausulam declaravit, Et refor-
mavit generalitatem alterius Clausulae,
qua patri electionem concesserat, ut in dan-
tum valeat, in quantum ex hac Clausula, in

lo suprà... quibus.

*qua testator dispossuit, colligi possit: argum.
text. singularis in leg. Gallus, §. Quidam
rectè, ff. de liber. & posth. ibi: Ut eo casu va-
leat, qui ex verbis concipi possit.*

41 Como por no dar lugar à la
contrariedad en la disposicion, y correc-
cion incontinenti de los Fundadores, que
no se presume, (vt notavimus supra, ex
leg. Non ad ea 89. vers. Quod si pure, ff. de
condition. & demonstrat. & ex ea fundant
Rox. part. 1. cap. 10. ex num. 34.) y por
no ser dable reducir à cierta, y determina-
da vna voluntad perplexa, y dudosa, la
qual estando contraria, y que no admite
concordia, queda en la disposicion de el
derecho comun, y en la especie de funda-
cion de Mayorazgo, se està à la Regular
sucession, vt profequitur idem Roxas,
num. 35. & 36. dict. cap. afirmando en
los numeros siguientes, que aunque de las
deposiciones de los Fundadores deba pre-
valecer la vltima, esto se entiende siendo
en diversos instrumentos, no en vno solo,
y especialmente en vna individua Clau-
sula, como se halla la Fundacion de que
hablamos.

42 Luego siendo assi, segun la
doctrina citada, y el principio comun,
que todos los AA. inferen ex dict. leg. Non
ad ea, que la disposicion pura no se en-
tiende revocada incontinenti, ni que el
Testador se corrige en la expresion de vn
mismo concepto: si atendemos à la Clau-
sula, se hallara con evidencia, ò que el

Vin-

Vinculo, que se litiga es Regular, ò que si se le quiere aplicar à otra naturaleza, se contraviene a este principio, admitiendo incontinenti la correccion contra el comun sentir de los DD.

43 Y si no assi, y otro mejor interprete de esta voluntad quisiere darle concordancia, preescindiendo casos, observando quãdo el successor no le pareció elegir la qualidad de regular, y en el caso de aver usado de la Facultad, la de electivo, y en esta forma concordar la voluntad, precisamente aviendo de diferir la succession arreglada à la voluntad de los Fundadores secundũ suprà tradditum doctrinam Domin. Castell. si es regular, avrà de suceder D. Juan Diaz, como primogenito; si electivo en la misma forma, porque el successor no pudo en la eleccion oponerse à la voluntad de los Fundadores, si obrar segun ella, como el señor Castillo afirma.

44 Cuyos fundamentos se adaptan mejor à la Clausula de este Vinculo; pues si alli solo, porque en el caso de no elegir, y en distinta Clausula exprefsò el Fundador llamamientos, resuelve ser estos Reglas; que precisamente ha de observar el Comissario en la eleccion; con mucha mayor razon en este Vinculo se deberà observar lo mesmo por ser voluntad expressa, y puramente explicada por los Fundadores, que se succeda en la forma Regular, y ser assi, que hasta en la eleccion pusieron condicion, que la explica, pues
quisie-

quisierõ se observasse linea, grado, y sexo; especialidad, que si viesse el señor Castillo, mucho mas se afirmara en su doctrina.

45 La qual, que sea la mas verdadera para aquel caso especial, lo dize el mismo señor Castell. *lib. 4. cap. 26. n. 50.* donde en caso de libre, y absoluta Facultad decide lo contrario, reservando para el caso especial que trata *d. lib. 2. cap. 26.* lo que alli funda, y diziendo ser en la especialidad referida de observar aquella, que es la razon porque se desembaraça de tan grave autoridad, y solidos fundamentos. Aquil. *part. 1. cap. 6. num. 384.* hablando de Facultad libre, y simpliciter concedida.

46 A que no obsta replique Don Rodrigo Diaz, que estando excluido precisamente de la succession, de què le sirviò à su Padre la Facultad de elegir? Y que pueden obrar aquellas palabras de la Clausula, que los successores puedan hazer eleccion, y nombramiento à el tiempo de su muerte entre sus hijos? Que es lo que dirà executò su Padre, nombrandole à el como vno de ellos; porque demàs de quedar satisfecho con lo antecedentemente dicho, en que probamos no ser Facultad libre, si regulada à la voluntad expressa de los Fundadores, que es lo que le excluye por tenerla contraria, y la que necessitaba, porque à aquellos, y no al elector sucede, Dom. Molin. *lib. 1. cap. 4. num. 5. § 11.* *§ ibi D. Add.*

47 Se excluye la replica con la mesma naturaleza de el Mayorazgo, y no ser libre la facultad, si sujeta à las disposiciones, *tàm hominis*, por la qual es regular, *quàm iuris*, por cuya disposicion sucede lo mismo; y en la misma forma, que los Fundadores, en duda se presumiera averse querido conformar con ella, *vt est commune, est tenet Dom. Castell. lib. 4. controvers. cap. 35. num. 15.* asi se debió conformar con la naturaleza de el Mayorazgo, que expressaron las palabras de los Fundadores el eligente, y arreglarse à ellas, *vt tenet Aquil. part. 1. cap. 6. num. 308. ibi:*

48 *Sed non videt Doctissimus Paz, aliter intelligendam esse commissionem explicita voluntate committentis, aliter simpliciter nulla expressa voluntate concessa; si sic enim commissio data sit maior atq̃ sub certa forma instituendi Commissarius, nequit contra eam instituere, nec aliter praterfacere, sed hoc cessat si facultas simpliciter data sit.*

49 Luego quantumcumque exclame à su favor la Facultad Don Rodrigo, y pretenda, que eius virtute, debe tener subsistencia su nombramiento, como no pueda borrar de la mesma Clausula los regulares llamamientos hechos por los Fundadores, ni las condiciones, conque restringieron la Facultad de elegir à los sucesores, no podrá en virtud de esta

pretender derecho, quando el eligente, ella mediante, no pudo alterar la forma de succession, que explicitamente expressaron los Fundadores.

50 Es especial apoyo de el assumpto lo que refiere el señor Solorzano in *Politic. Indian. lib. 3. cap. 17. folio 363. §. Y lo que mas es*, donde expressa el caso de aver llamado el Principe à la succession de vna Encomienda à algun hijo, expressando su nombre, y aver aparecido despues no ser primogenito el llamado, si el menor, y dize se ha de suspender la execucion de semejante rescripto, hasta consultar el caso, y que bien informado declare su voluntad; porque no se presume, que la tuvo de perjudicar à el mayor.

51 Y dà la razon, diziendo ser, porque este error, ò falsa demonstracion de el nombre, no ha de induzir correccion de lo generalmente dispuesto en la ley de la succession, que no puede viciar la disposicion de el Principe, y que se ha de cumplir, como sino se huviera puesto, ni nombrado à el hijo menor, buscando la verdad de lo que el Principe se entienda quiso mandar, y assi dize oyò se practicò en vn caso ocurrente en el Consejo de Indias.

52 Cuya doctrina, y sentencia aplicamos por la misma razon à nuestro intento: es regla comun de la succession de los Mayorazgos la prelación de el Primogenito, observaron esta regla los Fun-

Fundadores de el Mayorazgo, que se litiga, de cuya voluntad explicita es mero executor el eligente. Quien quiere que succeda el mayor, por el mismo caso excluye à el segundogenito: luego hallando admitido à este con exclusion de el otro contra la regla general de successiõ, *tam ab iure, quam ab homine* en la Clausula presente expressada en la misma forma, que si los Fündadores dixessen en ella, que succediesse el segundogenito, con implicacion, y total contrariedad en su disposicion, dixeramos, que era erroneo el llamamiento; lo debemos dezir en el caso de el nombramiento hecho por D. Damian Diaz à Don Rodrigo, por oponerse en todo à las reglas, que debiò observar en la eleccion, y à la forma de succeder los Fundadores explicada.

53 De todo lo qual inferimos, que siendo el Mayorazgo regular en su origen, por estar llamados los successores con prelación de mayor à menor, y varon à hembra, y no pudiendo desvanecer la naturaleza de esta disposicion la facultad de elegir; porque alias dixeramos *corregirse incontinenti, quod ius non patitur*. Es el verdadero successor Don Juan Diaz, como primogenito, sin que se le pueda dar otra verdadera inteligencia à la disposicion, sin perplexidad, y contrariedad notoria.

54 Porque, ò muda, y altera la disposicion la facultad de elegir, en que
la

la cōtraria se funda, ò no obra este efecto : si lo obra, y segun ella se dize, que el eligente puede preferir à el segundogenito, no se compadece con el llamamiento de el primogenito, ni sabremos à que hemos de atender, si à darle à el Vinculo naturaleza de regular, ò de irregular, si la eleccion fuera libre; en esta duda, y perplexidad notoria se debe estar à la disposiciō de derecho, y forma regular de suceder, vt tenet Rox. *part. 1. cap. 10. nu. 36.* y debe diferirse la successiō à Don Juan Diaz, como primogenito.

55 Succediendo lo mesmo, si la facultad de elegir no alterò, como en la realidad no pudo alterar los llamamientos hechos por los Fundadores; porque en este caso, segun ellos, D. Juan como primogenito, debe suceder.

56 E inferimos tambien, que aunque despues de expressados los llamamientos; en otro instrumento distinto con reflexiō à el primero, en que estaban puestos (lo que no sucede) huviesen los Fundadores conferido à el successor la facultad de elegir, debiendo vsarse de esta, arreglandose à la explicita voluntad de los Testadores, nunca pudo D. Damian Diaz, Padre de los litigantes, excluir à Don Juan su primogenito, y preferir à Don Rodrigo.

57 Y no menos apoya, y sufraga la pretension de Don Juan la causa, porque le quiso excluir su Padre de la successiō.

celsion, eligiendo el hermano segundo,
 que está probado en los autos, resultò
 de la enemiga de aver contraido matri-
 monio, y que por este motivo le amena-
 zò muchas vezes le avia de privar de la
 successiõ, en cuyo caso es dolosa la elec-
 cion, & non tenet, vt ait Dom. Molin.
lib. 2. cap. 5. num. 22. § 24. versic. Ideò,
ibi: Ideòque necessario constare debet, quod
ex odio, & inimicitia prætulit indignum,
vt puta, si ipse eligens hoc dixit, submina-
tus fuit ante electionem, vel in ipsa electio-
nem, Dom. Greg. Lopez in leg. 2. tit. 15.
partit. 2. in gloss. verb. En España, versic.
Cogit a tamè, D. Castill. dict. leg. 2. cap. 26.
num. 29. ibi: Electionem dolosè factam
nullam esse, quod meliùs procedit in casu
prædicto, in quo dictus Petrus Ruiz de A-
larcòn exclusit dictũ D. Petrum de Alar-
còn filium eius, & nominavit dictam filiã
propter odiũ, & inimicitiam, quam habe-
bat cum uxore eiusdem filij, cum qua (vt
ipse pater dicebat) contra suam voluntate-
tem nupsit.

58 Y aunque esta opinion la
 limiten algunos DD. quos traddunt DD.
 Addent. diziendo, que en el foro externo
 se mantiene la eleccion, y que en el in-
 terno pecò el eligente, parece previnie-
 ron esto mismo los Fundadores encargã-
 do las conciencias à los successores, para
 que no les moviesse passion, ò afecto, ni
 segun ella eligiesen; con que estãdo pro-
 bada

G

bada la que tenia su Padre contra Don Juã, demàs de reprobarse por ella la eleccion, secundum AA. suprà, contravino expressamente à el precepto de los Fundadores, que es otra nulidad expressa de dicha eleccion, si de ella se necesitasse.

59 A que no obsta replique Don Rodrigo fue justa, y racional la enemiga, que Don Damian Diaz su Padre cõtraxo con Don Juan su hermano por aver contraido matrimonio sin su consejo, teniendo condicion la Fundacion de averlo de cõtraer con èl, por cuyo defecto asimesmo dirà estàr excluido; porque esta condicion, y gravamen de contraer matrimonio de consilio alterius, es de cumplir por el successor, aunque no estè obligado à seguir el consejo, si impide la libertad de el matrimonio vt tenet Dom. Molin. lib. 2. cap. 13. n. 36.

60 Porque à esta replica se satisfice con la mesma autoridad in n. 39. donde limita la subsistencia de este gravamen en el caso de que el Consejo no solo impida por algun tiempo la libertad de el matrimonio, sino es que se pueda temer la quite, quod tenet etiam Pater Thom. Sanchez lib. 1. de Matrim. quest. 34. num. 25. Joann. Gutier. de Matrim. cap. 21. num. 28. & 29.

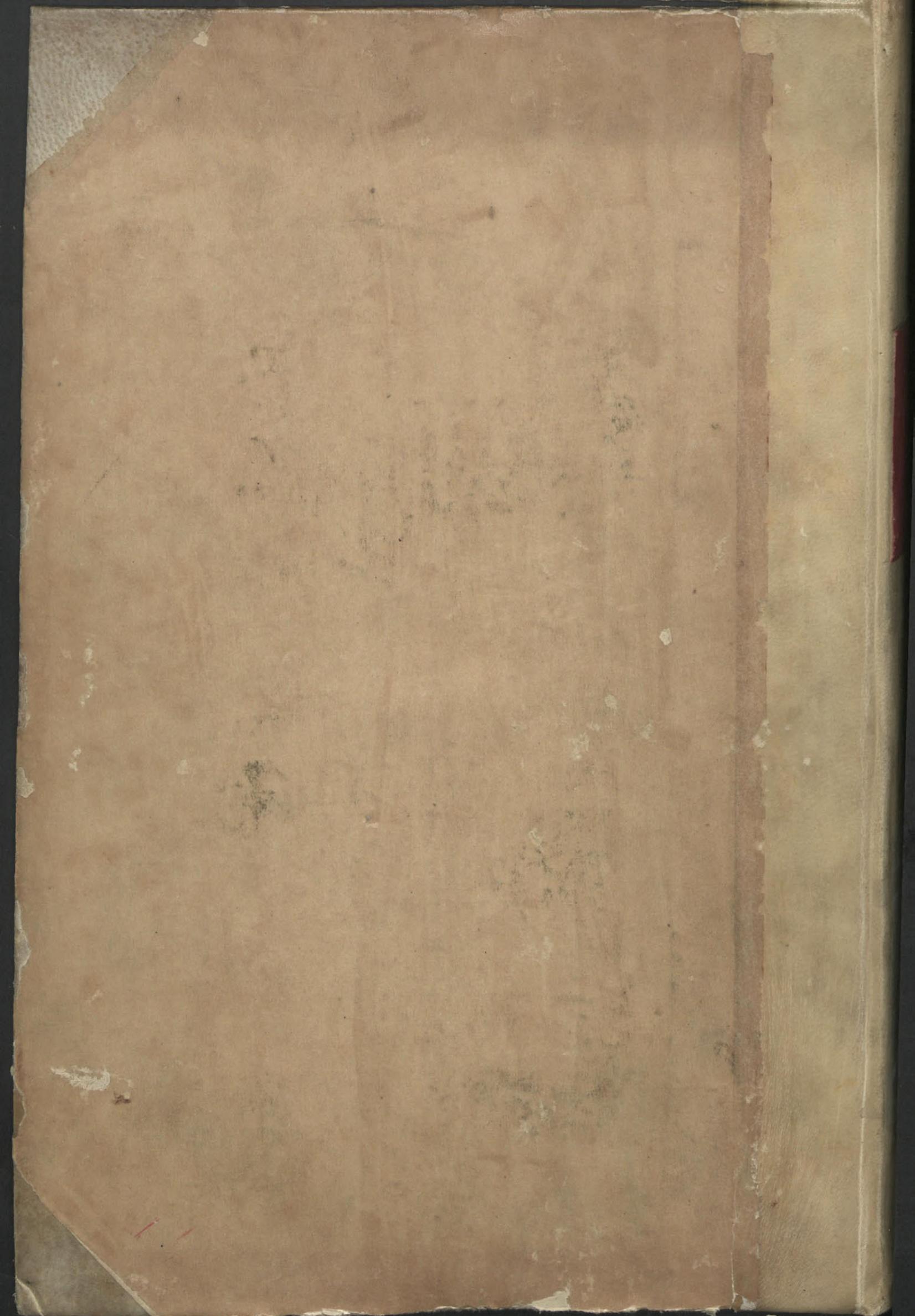
61 Luego estando probado el odio concebido por Don Damian à su hijo, por razon de aver contraido el matrimonio, y que su intencion nunca pudo

14
pudo ser lo contraxese con su muger, si de impedirlo, no pudo mantenerse el gravamen, ni estar Don Juan à la condicion de pedir el consejo, como impediende en este caso especial de la libertad de el matrimonio, y à iure reprobada; ni Don Damian pudo tener racional causa de la enemiga; y configuientemente, se infiere obrò con passion contra lo dispuesto por los Fundadores; ex quibus espera Dñ Juan favorable determinacion: Salva in omnibus V. D. C.

*Lic. Don Felix de
Herrera.*

14
pudo ser lo contrario con la misma
impedido, no pudo mantener el gremio
men, ni el Sr. Don Juan a la condic
de pedir el congo, como impediente en
este caso especial de la libertad de el ma-
rimonio, y a iure reprobas; ni Don
Damas pudo tener racional causa de la
enigma, y congnitivamente se infiere
otro con pacion contra lo dispuesto
por los Fundadores; ex quibus spera De
Juan favorable determinacion: Salva in
omnibus V. D. C.

Lic. Don Felix de
Herrera



VARIOS
DE
PLEITOS

AYUNTAMIENTO
DE MURCIA
ARCHIVO

EST^e 5
TAB^a B
N.^o 12