



UVO Principio este p
 demanda puesta por
 tina Arias, vezina de
 España, viuda de Don
 telo, Cavallero, que fu
 de Santiago, del Confe
 gestad, y su Secretari
 Mayor de la Secretar
 ; y Juan Mateo Perez, Procurador, en
 yò se embargasse la Obra, que nueva
 o el Convento, y Religiosos de la Me
 n Justicia se determinasse, si la fabric
 ; pues aunque padecia perjuizio en
 la obra, y lo demás que exprefsò, las
 Ordenanças de Madrid, y reg

P O R

EL LIC^{do}. DON JOSEPH

Sotelo y Arias, Cavallero del Abito de Santiago,
 del Consejo de su Magestad, y Alcalde de su Casa, y
 Corte; Don Domingo Capicholatro, como mari-
 do, y conjunta persona de Doña Maria Josepha
 de Ayala Gotor y Luna; y Don Manuel
 Ignacio de Portu.

C O N

EL CONVENTO, Y RELIGIOSOS
 de la Merced Calçada.

S O B R E

DENVNCIACION DE NVEVA
 obra, en la que intentava hazer el Convento en
 perjuizio de las possessions de los referidos inte-
 ressados.

1

EL LIC. DON JOSEPH

Sorco y Arlas, Cavallero del Abito de Santiago,
del Consejo de la Magestad, y Alcaide de la Casa,
Corre; Don Domingo Capichiano, como man-
do, y conjunta persona de Doña Maria Josepha
de Ayala Gotor y Luna; y Don Manuel
Ignacio de Poma.

C O N

EL CONVENTO, Y RELIGIOSOS

de la Merced Calzada.

S O B R E

DECLARACION DE NUESTRA

obra, en la que intentamos hacer el Convento en
partido de las posesiones de los señores
refructos.



UVO Principio este pleyto por la demanda puesta por Doña Agustina Arias, vezina de la Corte de España, viuda de Don Miguel Sotelo, Cavallero, que fue del Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad, y su Secretario, y Oficial Mayor de la Secretaria de Italia, parte de Milàn; y Juan Mateo Perez, Procurador, en su nombre, en que concluyó se embargasse la Obra, que nuevamente estaban executando el Convento, y Religiosos de la Merced Calçada, hasta que en Justicia se determinasse, si la fabrica iba segun las Ordenanças; pues aunque padecia perjuizio en las luzes por la elevacion de la obra, y lo demás que expreso, las ventanas no estaban elegidas segun Ordenanças de Madrid, y regla dada por la executoria del Consejo en el pleyto, que se litigò por el Oratorio de San Phelipe Neri, y entre el Excelentissimo señor Conde de Baños.

2 Cuyo embargo se mandò hazer por el Alcalde D. Francisco Alvarez Guerrero, del Consejo de su Magestad Catholica, y ante Francisco de Quiñones, Escrivano de Provincia, en 26. de Agosto de 1704. mandando dar traslado al Convento, y Religiosos, y con imposicion de mil ducados de pena al Alarife, y Oficiales, que fuesen contra su tenor; el qual se les hizo saber.

3 Por el Convento, y Religiosos se ocurriò à la Nunciatura de España en 27. de Agosto del mismo año, y consiguieron letras de inhibicion; y aviendose notificado à el Juez de la instancia, y Escrivano, se hizo saber à el Defensor de la jurisdiccion Real, por quien en 10. de Septiembre se pidiò la reformacion de las letras, y que el Auditor de la Nunciatura de España se inhibiesse del conocimiento, fundandolo, en que la referida Doña Agustina era, en el caso concreto, reo convenido, no siendo capaz de question el que se siguiesse este juicio en la Nunciatura, pues como denunciante se estimava rea convenida, y como tal debia seguir su fuero; que la naturaleza de la causa era meramente gubernativa, y de policia, en que fundava de derecho la jurisdiccion Real. En cuyo cierto supuesto, siendo en aquel caso el Excelentissimo señor Conde de Baños denunciante en la obra referida del Oratorio de San Phelipe Neri, se exagitò la question ante vno de los Tenientes de Corregidor de la Villa de Madrid; y aviendo seguido su curso, y apeladose al Consejo, por executo-

A

ria,

ria, se diò regla, refiriendose diversos exemplares; y si huviesse sido incapaz del conocimiento Tribunal tan superior, no huviera permitido se huviesse substanciado, y determinado en el, no aviendo motivo justo, que persuadiesse la expedicion de las letras, ni la agravatoria, en que se insistia por el Convento. Pidiòse asimismo, que el Escrivano de Provincia diesse testimonio de la demanda, y diligencias hechas; y aviendose substanciado con la referida Doña Agustina, y con el Convento, por quien se respòdiò en 11. de Septiembre, insistiendo en la agravatoria, y que en esta demanda fundava de derecho su Ilustrissima, por ser el Convento su parte reo convenido, sin que obstasse la calidad de la materia que se exagitava; que el perjuizio particular no podia impedir el acto facultativo de edificar en su proprio suelo; que no tenia intento la referida Doña Agustina en la declinatoria, ni el defensor de la jurisdiccion Real, por no ser esta causa de la naturaleza que se suponía de policia, ni avia oposicion à las Ordenanças de Madrid; que para dar principio à la referida fabrica se presentò la traza en la forma ordinaria en el Ayuntamiento, la qual presentava; en cuya conformidad se le concediò licencia à el Convento, como resultava de la certificacion dada por Don Joseph Martinez, Secretario de su Magestad, y del Ayuntamiento; la qual asimismo presentò; y que solo se dirigia à la molestia voluntaria de detener la obra; que menos fundamento tenia el exemplar del Oratorio de San Phelipe Neri, que se enunciava, pues este no favorecia el intento contrario; que este pleyto no se siguiò con el Excelentísimo señor Conde de Baños, sino es cò el Convento de Santa Ana, Carmelitas Descalças, à quien se estimò por parte principal de aquel juizio, por fundarse en la Ordenança 23. de Madrid, que dà forma como se debe labrar enfrente de Conventos de Religiosas; cuya circunstancia especial no concurría en este caso; que no militava mas perjuizio, que quitar las luzes à las casas de la dicha Doña Agustina, intentando adquirir servidumbre contra el Convento en la escriptura, que pretende, por lo qual era despreciable. Se huvieron por presentados los instrumentos, que se reducen à la planta del Convento, y certificacion del Escrivano de Ayuntamiento.

4 En cuyo estado saliò à este pleyto Don Manuel Ignacio de Portu y Vadillo, vezino de la Villa de Ascoita, como poseedor de vnas casas principales, que pertenecian à su Mayorazgo, en la calle que llaman de la Merced, immediatas à las de dicha Doña Agustina, y enfrente de dicha obra; y Francisco de Castro
su

su Procurador, en su nombre, mostrandose parte, y pidiendo los Autos; y que hasta tanto que se le entregassen, no le corriese termino, ni parasse perjuizio.

5 Por Doña Agustina Arias en 20. del mismo mes de Septiembre se respondió à el escripto del Convento, fundandolo en que solo pudiera subsistir el intento contrario si se tratara del dominio del suelo, en que se edificava; que para vsar de el à su arbitrio no influia la certificacion presentada; pues como de ella misma resultava, solo mirò à el ornato, y pulicia, tirandose los cordeles, para que no se introduzcan las fabricas en las calles publicas, y las dexen incapaces de comercio, que es lo que comunmente se practica en todas las obras de Madrid; pero esto ni priva, ni puede el perjuizio del particular, hallandose acreditado en aver ocurrido el Convento ante el Corregidor, evidenciandose ser de la regalia, y no subsistir su fuero; Que el dezirse es molestia voluntaria, se excluye con que si el Convento previniera los inconvenientes del registro en las casas de su parte (tan propio de su estado) no se diera lugar à este pleyto; y siempre que se pongan las vètanas segun la regla dada, y se execute la escriptura, no se impedirà la fabrica; lo qual mira al merito, ò dolo principal; Que el dezirse, que el exemplar del Oratorio de San Phelipe Neri, con el Excelentissimo señor Conde de Baños, no influia, por aver litigado principalmente el Convento de Santa Ana; era incierto, por comprehender la executoria capitulos separados para cada vno de los que litigaron; y que en aquel caso concurría ser denunciante, y denunciador Ecclesiasticos, y sin embargo se litigò ante la Justicia Real. Que la escriptura no còstituia servidumbre, y solo mirava à que el edificio de su parte constasse siempre ser mas antiguo, que la referida obra, la qual no era todo Convento, si para tiendas, y viviendas particulares.

6 Por el Comendador, y Religiosos en 22. del mismo mes, rezelosos de que saliesfen mas interesados à ponderar el perjuizio del registro, se pidió se determinasse, respecto de estar concluso, sin permitir se entregasse à otra parte; lo qual se mandò, y concluso.

En 27. del mismo mes de Septiembre se diò Auto por la Nunciatura, mandando despachar la agravatoria pedida por el Convento; con la qual se requiriò à el Juez, y Escrivano; y por el Defensor de la jurisdiccion Real en 1. de Octubre del mismo año se introduxo el recurso, fundandole en la relacion del hecho, y que no estava substanciado con los demàs interesados; que se

avia

avia solicitado sin figura de juicio por Doña Agustina se examinasse, y viesse; y ultimamente, que era privativa su inspeccion de la jurisdiccion Real, en lo qual hazia, y hizo fuerza, y violencia; la qual alçando, y quitando se avia de declarar, que el Nuncio de su Santidad en conocer, y proceder en perjuizio de la jurisdiccion Real ha hecho, y haze fuerza, que se abstenga, y remita; y que el Secretario de la Nunciatura viniesse à hazer relacion, citadas las partes. Recusando por vn otrofi à Don Baltasar Fernandez Montero, y que se acompañasse con el Relator, que el Consejo mandasse. Todo lo qual se mandò, nombrando por acompañado à el Licenciado Don Joseph del Mazo, y se citaron las partes; y estandolo

En 14. del mismo mes de Octubre por el Consejo de Castilla se declaró, que el Nuncio de su Santidad en conocer, y proceder en perjuizio de la jurisdiccion Real, *por ahora*, ni ha hecho, ni haze fuerza; en cuya conformidad se llevaron los Autos à la Nunciatura de España, donde han tenido su curso hasta la sentencia definitiva, que dà motivo à la apelacion interpuesta por el Convento.

7 Por el Comendador, y Religiosos en 17. del mismo mes se respondió à la demanda puesta por Doña Agustina (ante el Alcalde, y yà en el Tribunal de la Nunciatura) con el fundamento de que carecia de accion para el embargo, examinandose los dos principales motivos, que no eran adaptables à los terminos de denunciación de nueva obra, ni en virtud de ellos se podia suspender la fabrica; pues no se negava en contrario tener facultad de edificar en su propio suelo; lo qual se hallava acreditado con la traza, y licencia de la Villa, en que no se avia excedido, que solo la dificultad se estrechava à el otorgamiento de la escriptura, à que no estava obligado el Convento; lo qual no era, ni se podia estimar denunciacion de nueva obra, que avia calle de por medio, y que conforme à lo legal no podia embarazar la fabrica; y ultimamente, que no avia Ordenança de Madrid, que corroborasse el intento contrario de los interessados.

Por vn otrofi, que respecto de estar requeridos los Maestros, pena de mil ducados, no continuassen en la obra, y que estava proximo el Invierno, en el qual se le seguiria grave perjuizio, que la question solo era sobre la escriptura, y asì, que se avia de alçar el embargo, estando prompto el Convento à dar fiança de demoler, sobre que se formò articulo; de cuyo pedimento, y demàs pedido, se mandò dar traslado.

En

8 En 20.^o del mismo mes de Octubre se mostrò parte Don Domingo Capicholatro, por la representacion de Doña Maria Josepha de Ayala Gotor y Luna, su muger, como poseedora de vnas casas principales en la calle que và à la del Duque de Alva, enfrente de dicha fabrica; y su Procurador Pedro Nieto, en su nombre, à quien se le mandaron entregar.

9 En 29. del mismo, por Doña Agustina se respondiò à lo deducido por el Convento en 17. del referido mes, y articulo, que se introducía, pretendiéndose se desestimasse, estando prompta à nombrar Maestro de Obras, para que por su parte reconozca sus casas, y la fabrica que se intentava; mandandose, que el Convento nombrasse por la suya, y demás interesados; cuyo reconocimiento se executasse por los Peritos, con asistencia del Auditor de la Nunciatura de España, y Secretario de Justicia; fundandolo en lo que antecedentemente tenia dicho, y que la executoria del Consejo de Castilla prevenia, y dava regla en la eleccion de ventanas del Oratorio de San Phelipe Neri, por lo que mirava al capitulo separado de las casas del Excelentísimo señor Conde de Baños, que era lo que militava en su parte, expresando la altura de las ventanas, desde el piso holladero, que fueron nueve pies, tamaño de ellas, y forma de rejas, por aver de ser empotradas, en que concurrieron declaraciones de peritos, y vista de ojos, asistiendo vn Señor del Consejo. Que la calle de la Merced es mucho mas angosta que la referida del dicho Excelentísimo señor Conde de Baños, subsistiendo mayor perjuizio. Que el dezirse no se propuso el registro de las ventanas, se convence de lo expresado en la demanda, sin que necesite el que la fabrica sea en suelo ageno, pues en el propio no es capaz nadie de labrar contra ordenanças, declaraciones de peritos, y regla dada por la dicha executoria, que es en lo que concluyó. Que la escriptura para que constasse siempre de la antigüedad de las casas à la de la fabrica del Convento, era para evitar nuevos pleitos, acreditandose de los repetidos, que ha avido con los Capuchinos de la Paciencia de esta Corte, con las casas de Don Diego Ignacio de Cordova; Los Carmelitas Descalços, con las casas del Excelentísimo señor Conde de Monte-Rey; y otros muchos, à causa de ser las Comunidades perpetuas, no necesitandose de mas para la denunciacion, que la causa del registro. Que el aver calle de por medio, esto servirá para que no se impida el levantar la fabrica, que es lo que previno la executoria; pero no les dará derecho para que registren las acciones, y actos

mas familiares de las casas; el qual, aunque por si no se propusiese se debia obviar por el Convento, segun la modestia religiosa, y reglas de su Religion, y mas quando se halla autorizada por tan superior Tribunal, como el de el Consejo de Castilla, resultando de la certificacion dada por Don Joseph de Ladalid y Ortuibia, Escrivano de Camara del Consejo, en 27. de Octubre del mismo año, con citacion del Convento; la qual presento con la solemnidad necessaria. Que la dilacion no estava por su parte, aviendo passado extrajudicialmente por medio de su hijo Don Joseph Sotelo, à que se ajustasse sin extrepito de juicio; à que no quiso assentir la Comunidad, por quien en fuerza de la declinatoria se ha dilatado. Que el articulo de fiança de demoler era despreciable; lo primero, porque si el Convento consiguiessse esto, era eternizar el juicio, y que nunca llegasse el caso de la determinacion. Lo otro, porque en el tiempo prefinido por ley se puede finalizar este juicio, y en mucho menos, por no necesitarse de mas para su instruccion, que la vista de ojos, y declaraciones de peritos; de que resulta querer el Convento voluntariamente conseguir lo que tanto resiste la disposicion legal, no haziendose cargo de lo que concluye en su demanda, que es la forma de ventanas, y assiento de rejas, conforme à la dicha executoria.

10 Por el Convento en 4. de Noviembre, respondiendo à lo pedido por dicha Doña Agustina, reproduciò lo mismo, insistiendo en el articulo de la fiança de demoler, pretendiendo autorizar su intento, fundandose en no aver Ordenança que lo prohibiesse; que era constituir servidumbre en el Convento; que de la executoria de el Consejo solo se presentava el exterior conocimiento; que alli concurrían otras circunstancias, que no militaban aqui; que por la calle cabian dos coches; que avia solicitado à los demás para que saliesen al pleito; como que la comun observancia en la Corte era poner las ventanas en la conformidad que las ponia el Convento, como se verificava en las que tenia abiertas en el, las que avia en el Colegio de Santo Thomàs, San Phelipe el Real, Colegio Imperial, y otros Conventos; lo qual se ofreciò à probar; como asimismo el motivo de la demanda, por no aver querido el Convento vender vnas casas de vn Patronato para la extension de las casas de la dicha Doña Agustina. Y aunque ponderò no necesitarse de la vista de ojos para el referido articulo, assintió à ella, nombrando por Perito à Juan de Pineda, Alarife de esta Villa, y formando articulo sobre la prueba.

Por

4

II Por Don Domingo Capicholatro y Ayala , en 14. del mismo mes se respondió à su pedimento, insistiéndose en lo mismo que tenia pedido la referida Doña Agustina, y que se despreciassen los dos articulos introducidos. Que el dezirse no avia Estatuto, ò Ordenança, es despreciable , pues de ellas mismas resulta el que los Peritos ayan de declarar los casos que ocurriessen, previniéndose el que las Comunidades no sean registradas; cuya mayor razon subsiste, para que no registren, no solo por la reciproca atencion, sino es por la mayor razon de congruencia , y mas quando las casas constan de diferentes especies de criados; lo qual acredita ser mas conforme en utilidad de la Comunidad. Que por las declaraciones hechas por Eugenio Serrano , y Francisco Barbero , Alarifes de esta Villa , en el referido pleyto del Oratorio de San Phelipe Neri, con asistècia, y presencia de Don Francisco Bravo de Sobremonte, Cavallero que fue del Orden de Santiago , del Consejo de su Magestad , y su Alcalde de Casa , y Corte, en 29. de Abril del año passado de 1686. ante Miguel Vicente de Villanueva ; se determinò el referido pleyto. Que es incierto el que quepan dos coches por la calle de la Merced; y por lo respectivo à la Ordenança 23. se califica mas la justa pretension de su parte. Que la razon de diferencia de aquel caso à este, no se manifiesta, pues atendièdo à los denunciados, vnos, y otros son Comunidades de igual aprecio ; y si à los que litigan, no se puede considerar razon de diferencia , la qual no se aprecia siendo sus casas muy principales, ocupandolas el Excelentissimo señor Duque de Linares. Que lo que se dize exterior conocimiento de la executoria del Consejo, se satisface con que estando los Autos en la Secretaria de Camara podrá ocurrir à sacar lo que le convenga , no aviendo otra cosa que expressar de ellos. Que la costumbre vniversal de los demàs Conventos no satisface ; pues esto ha sido por ser mas antiguos los Conventos, que los edificios, y entrar edificando con este conocimiento; y lo que mas es, no averse defendido, ni disputado, bastando solo la modestia religiosa, para que segun sus Actas, y Estatutos no tengan, como tiene el Convento de la Merced valcones mas voleados, que los particulares, y galerias en las calles anchas. Que los Colegios de Atocha, y Imperial estàn en calles muy publicas, y de mucho comercio, donde no es facil el registro , y por la parte que està mas angosto en el Colegio Imperial tienen los Estudios, siendo fuyas las casas de enfrente , con que mal pudieran disputarselo ellos à si mismos, como no lo exucuta el Convento

en

en las casas que tiene propias enfrente, de su Patronato, y mirando tanto por el es mucho las dexen inhabitables. Que el dezirse no se puso reparo al principio de la obra, fue por labrar tiendas, y viviendas encima, y solo pudieron agravarse quando vieron la disposicion para celdas, no siendo nada de esto de la serie presente, como ni tampoco el que se le solicitasse para este efecto, siendo lo que ha de influir para la determinación la vista de ojos. Y sobre el articulo de demoler se fundò en lo mismo que la dicha Doña Agustina; y por lo respectivo al de prueba, que mirava al mismo fin de eternizar este juicio, pues ni avia instrumentos que presentar, ni posesion que probar. Que la protesta de los daños era despreciable, por aver ocasionado el Convento las dilaciones; y ultimamente concluso el pleyto, y citadas las partes,

12 Se diò Auto por el Ilustrissimo, y Reverendissimo señor Nuncio en 5. de Diziembre de 1704. el qual firmò el señor Auditor, en que se dixo: *Para mejor proveer hagase vista de ojos de la fabrica, y casas de que se trata, para el dia, y hora que se señalasse, citadas las partes, y con asistencia del señor Auditor de este Tribunal; y para ello la parte de Doña Agustina Arias, y consortes dentro de tercero dia nombren su Perito; y hecha la dicha vista, los Peritos hagan su declaracion ante el Secretario de este Tribunal.*

13 En cuya conformidad por Doña Agustina, y demàs interesados se nombrò à Manuel de Torija, Alarife de esta Villa (quien lo aceptò) y à causa de averse escusado Juan de Pineda, nombrado por el Convento, nombraron à Teodoro Ardemañs, Alarife de esta Villa, y Maestro Mayor de la Magestad Catolica, quien lo aceptò en 10. del mismo mes de Diziembre, y en 13. del mismo el referido Manuel de Torija, y señalado dia se executò la vista de ojos, y en su conformidad en 15. del mismo mes hizieron sus declaraciones; de cuya precisa inspeccion ha de resultar el verdadero conocimiento para el apoyo legal de la especie que se controvierte, no pudiendose menos de hazer reflexion en ellas para los fundamentos de derecho.

14 Por el Convento se pidiò se substanciasse solo con vn Procurador, en el qual concordassen los interesados; lo qual se mandò, y concordaron en Juan Mateo Perez, con quien se substanciò, y en 7. de Enero de 705. se alegò en vista de las declaraciones, fundandose en ellas; y en 22. del mismo mes por parte de los interesados; y respecto de aver muerto la dicha Doña Agustina Arias se pidiò por el Convento en 27. del mismo mes se substancian-

5
tanciaffe con sus herederos; lo qual se mandò, y por su hijo, y vnico heredero Don Joseph Sotelo y Arias, Cavallero del Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad, y Alcalde mas antiguo de su Casa, y Corte, se diò peticion en 29. del mismo mes, presentando el poder dado al dicho Juan Mateo Perez en 28. del mismo, con ratificacion de Autos; y se concluyò por el Convento, y citadas las partes,

15 En 13. de Febrero de 1705. se diò el Auto por el Ilustrissimo, y Reverendissimo señor Nuncio, en que se dixo: *Levántase el embargo de la nueva obra, sobre que se litiga, para que el Convento, y Religiosos de Nuestra Señora de la Merced de Calçados de esta Corte puedan proseguir en ella; con calidad, que para impedir el registro activo, y passivo de los dichos Religiosos, las ventanas que en la dicha nueva obra se hizieren sean, y se hagan apaisadas, y tengan de luz cinco, ò seis pies en lo largo; y todo lo demás que se le pudiere dar en lo alto; el qual alto de luz sea, y empieze desde siete pies de altura, contados desde el suelo holladero; y con que en los marcos de las dichas ventanas se pongan rejas de hierro clavadas, y embebidas en ellos, sin que tengan buelo alguno; y lo firmò su Auditor.*

16 Por el Convento en 10. Febrero de 705. se interpuso apelacion en ambos efectos; la qual se mandò admitir, y que se les diese testimonio, en cuya virtud han ganado letras Rotales, y se ha llevado la compulsa de los Autos para su determinacion.

17 Con cuyo indispensable supuesto de la demanda, curso de estos Autos, deducido en ellos, y vltimo estado, me estrecha la obligacion à proponer los fundamentos legales, que asisten à los intereffados (como poseedores de sus casas) para impedir la fabrica en el modo tan voluntario, que se pretende por el Convento, y Religiosos, exclusion à lo deducido, y satisfaccion; à que no son admisibles los dos artículos introducidos por el Convento, y Religiosos. El primero, de que se levante el embargo con la fiança de demoler. El segundo, de lo que intentan probar; no pudiendo omitir el motivo del recurso del Consejo, aunque con la calidad (de por aora) por la fuerça intentada de conocer, y proceder por el Defensor de la jurisdiccion Real; y para proceder con separacion se fundarà primero la exclusion del artículo de la fiança de demoler. Lo segundo, el de prueba. Lo tercero, la mente, y inteligencia del recurso. Lo quarto, el vnico fundamento legal de los intereffados. Lo quinto, y vltimo, la exclusion de lo pretendido por el Convento, y Religiosos.

PUNTO PRIMERO.

Sobre la exclusion del articulo de la fiança de demoler.

18 **P**Or lo respectivo à el, presupuesta la regla generalissima, de que los articulos se deben determinar, *vt ad vltiora procedamus ex vulgar. attamen si notorie apparet, que fuerit cabiloso, frustratorio, y no relevante ad vltiora potest, & debet Iudex procedere*, D.D. Franc. Salgad. de protection. Reg. part. 3. cap. 6. à num. 66. D. Francisco de Leon decif. 33. tom. 3. per tot. quos, & alios multos congerit D.D. Christoval Crespi de Valdaur. obseru. 116. punctim num. 123. Bald. in leg. ait Prator, 7. §. permittitur, num. 3. ff. de minorib. y que este lo sea, se manifiesta de estar dada regla para la admision de este articulo por el Derecho, con la clausula irritante, de que pudiendose definir en la assignacion del tiempo, ni se admita, ni pueda.

19 No dudandose que la serie presente se estrecha à los terminos de denunciacion de nueva obra, en la qual previno la ley de nuestro Reyno 9. del tit. 32. de la Part. 3. que la labor nueva, hecha en suelo suyo, ò en perjuizio del que la alega, si no se pudiesse fenecer el pleyto, en los tres meses, la pueda, y deba recibir en las palabras: *E si por aventura en este plazo no se pudiesse librar el pleyto, puede el Iuez despues otorgarle poderio de labrar, &c.* passando à poner la clausula irritante de la exclusion de este subterfugio, quando se puede finalizar en el prefinido tiempo, en las palabras: *Otrofi dezimos, que si tal fiadura como esta le quisiessse dar ante de los tres meses, que non seria tenuto el que destervosse la labor de tomarla;* D.D. Gregor. Lop. in repet. legis, D. August. Barbof. in explicat. cap. is cui, de nou. oper. cunctat. num. 2. vbi explicat la precisison de aguardar per trimestre tempus; y mas quando el denunciante puede en el de iure suo docere; y como quiera que no necessiten los interessados mas que la declaracion de los Peritos, y vista de ojos, y esta se halla pedida por ellos; y consentida por el Comendador, y Religiosos, se verifica la precisison de la regla; la qual assimismo persuade Don Juan Gutierrez en el consejo 48. in fin. pues aun en aquel caso en el qual se disputava de dominio, en que precisamente se necessitavan probanças, no se le concediò la licencia de edificar, nisi transactis nonaginta diebus, constando de la regla dada por el Consejo de Castilla en la question con el Oratorio de San Phelipe Neri, del testimonio presentado, *vt iam meminit in facto* num. 9. in fin. siendo el objeto principalissimo para la decisison de estos casos

los las Pragmaticas, Decisiones, y Leyes Municipales, de que testifica Don Miguel de Cortiada *decif. 260. num. 4.* en las decisiones de los años de 1613. y 1619. *in quibus fundamentum adam.*

20 Siendo el empeño la numeracion del tiempo para examinar si estava dentro del termino de los tres meses, y aviendose estos de connumerar, no desde el dia de la demanda, si desde la contestacion, que es quando se declarò quien era Juez competente, à causa de averse questionado quié debia conocer; cuya contestacion fue en 17. de Octubre, *vt n. 7. in facto dictum est*, y el Auto de la Nunciatura para hazer la vista de ojos en 5. de Diziembre del mismo año, *vt in num. 12. dixi*, no eran passados los tres meses, cuya regla es indisputable, *ex vulg. text. in leg. inter litigantes 62. de iuditijs*, que pone los tres requisitos de Actor, Reo, y Juez; pues sin Juez que determinasse no podia verificarse la conclusion de este pleyto, demàs de ser el objeto del derecho, como explica D.D. Francisco Salgado *labyrinth. credit. part. 1. cap. 1. num. 7. cum seqq.* Siendo asimismo la contestacion tan indispensable *in iure*, que la explicaron los DD. con la metaphora de llamarla *Lapis angularis*, *vel vehiculum ad sententiam*; *ex cap. unico, de litis contestat.* D.D. Alonso de Olea *tit. 6. quest. 9. num. 1.* D. Thomàs de Carleval *de iudic. tit. 2. disp. 4. num. 23.* D. Gonçalo Suarez de Paz *in prax. tit. 1. part. 1. temp. 6. à num. 1.*

21 Y aunque se quiso disputar, que el consentimiento solo se diò con el concepto de estar inmediatamente determinado, justamente se despreciò, por no averse hecho como del pedimento resulta, con esta expresion, subsistiendo yà mas autoridad en las partes que litigavan, que en la suprema regalia del Juez, que determinava, *ex vulg. text. in leg. si convenerit, 26. ff. de re iudic. cuius verba sunt: Si convenerit inter litigatores, quid pronuncietur, non abs re erit huiusmodi Iudex sententiam proferre*; con que justamente se despreciò el artículo, assi por la naturaleza de su construccion, como por no necesitarse de mas, *ad eruendam veritatem*; y si fuese tan considerable el perjuizio que se pondera de la cessacion de la nueva obra, no se huvieran increpado los medios de su mas breve expedicion, evidenciandose de las señas que nos diò el Derecho de los actores, y reos, demonstrandonos sus ethymologias; pues definiendo à el actor dixo: *Cuius interest litem citò contestari, ac finire.* Y à el reo: *Cuius interest iudicium subterfugere, & litem deferre;* & *ex vulg.* con que no aviendo possession, ni dominio, que probar, si solo el registro, el qual *ad oculum patet* pudiera dezir lo que los textos vulgares *in leg. si vehenda, 10. §. si ea conditione, ff. de leg.*

Ro-

Rodiam de iactu. Frustra spectatur cuius eventus nihil debet operari; no discurrendo la causa que pueda asistir al Comendador, y Religiosos para pretender eternizar este juicio, sino es la que siendo poseedores perpetuos quedassen los interesados sin el efecto de la justicia, que les asegura su justa quanto legal pretension.

PUNTO SEGUNDO.

Para que no se admita el artículo de prueba.

22 **E**L artículo de prueba, que posteriormente se introduxo por el Comendador, y Religiosos, yà intentando justificar el motivo de este pleyto (como si esto fuesse de algun fundamento) yà el aver convocado (como se dize) à los demàs interesados; y yà vltimamente aver, asì en el Convento, como en las demas Comunidades ventanas, como las que pretendian poner en la referida fabrica; esto demàs de ser despreciable, tiene la facil satisfaccion, de que los motivos de los juizios no se examinan; y si, vnicamente se atiende à el buen derecho para diferir, si el aver convocado à los vezinos no varia la substancia del derecho, y solo acredita aver otros à cuyas posesiones se perjudica, haziendolas inhabitables por el registro tan inmediato. Y el que el Convento, y otros las tengan, no aumenta la que se llama razon en contrario, siendo muy repugnante, que quieran dar mas apoyo à la tolerancia, yà ocasionada por la dependiencia particular de los poseedores, yà por ser las casas cuyos poseedores avian de reclamar los propios Conventos, y yà vltimamente por ser en calles muy publicas, y anchas, como se manifiesta en los Colegios de Santo Thomàs, y el Imperial, y no quieran dar assenso à la determinacion del Oratorio de San Phelipe Neri; pues componiendose este de Varones tan Apostolicos, que el mayor hiperbole aun no puede hazer expresion de la mas leve circunstancia de su exemplar vida; sin embargo de tener à su favor esta tolerancia no se les permitiò el registro, como lo acredita la determinacion de Tribunal tan respetuoso, y superior, sin que se aya dicho, ni pudiera, que en especie controvertida aya obtenido la Comunidad, demàs de resistir el Derecho en estos terminos la prueba, *ex leg. ad probationem, 21. Cod. de probationib. cap. cum contingat, 36. de offic. delegat. ad finem, leg. 4. tit. 6. lib. 4. Recopil. cuius verba sunt: Si alguno razonare alguna cosa en pleyto,*
y di-

7

y dixeré que lo quiere probar ; si la razon fuere tal, que aunque lo probasse no le podria aprovechar en su pleyto , ni dañar à la otra parte , el Iuez no reciba la tal probanza, y si la recibiere, que no vala. D. Alphonso Azevedo *ad repetit. qui alios cumulat* ; passando la ley à la expresion , no solo de que no se reciba , sino es que si se recibiesse no vala ; con que aun quando se concediesse, que el Comendador, y Religiosos huviesse probado lo que deducen, ni aumetava su derecho, ni perjudicava al de los interesados ; con que milita lo decisorio de la ley, para que no se admita el referido articulo , por ser su contexto totalmente futil, y de ningun aprecio, y solo con el animo de diferir : nada mas odioso en la censura legal ; pues aun en las excepciones perjudiciales, si se oponen *causa litis differendæ, hijs neglectis ad sententiam diffinitivam debeat Iudex procedere; ex leg. 2. ad leg. Cornel. de fals.* D. Geronimo de Leon *decis. 33. num. 17. tom. 2.* D. Prospero Farinat. *tom. 3. quest. 100. num. 103. quos cumulat D. D.* Alonso de Olea *tit. 2. quest. 5. num. 7. in fin.* Con lo qual cessa el motivo de la admission de este articulo, tanto atendido el derecho, como examinadas las circunstancias del hecho ; y mas en especie, donde por la ley de nuestras Partidas està assignado el termino para su conclusion, y si en el de *iure apparet* no se necesita de mas circuitos, pues de otro modo era hallar medio para hazer illusoria la ley , pues admitido el articulo de prueba, era eternizar el juicio, *in fraudem legis*; y si como expresan tienen tanto apoyo en el referido articulo , executen la obra sin registro, como por la sentencia se manda, y no se opondràn los interesados à su admission, de que nacerà el debil fundamento, que tanto exclaman.

23 Y ultimamente , nada mas acredita lo insubsistente del articulo , que la serie de los Autos ; pues no aviendo nada que probar, *ut ex facto apparet* , siendo mas cautela , que apoyo de razon, pues solo mira à que abultando lo que se quiere dar nombre de derecho , pretender , *quod adhuc non est conclusum in causa*, para dezir se verifica la ley de la Partida citada , que es quando no està fenecido el pleyto *intra nonaginta dies* ; infiriendo de aqui, no medios que miren al buen derecho , si à que aunque no les puede aprovechar para el merito de lo principal, les sirva para el pretense articulo, de que se les levante el embargo , debaxo de la fiança de demoler ; con que podrè dezir , no que son dos los articulos, si vno, considerandolos identificados, por no mirar à probança, si à que vna vez profeguida la obra, consigan por interpretessa el efecto , que tanto resiste la censura de Derecho ; en

cuyos terminos era querer el Comendador, y Religiosos ser sobre la misma ley, y que no les pudiesse comprehender lo decisivo de ella, nada más repugnante, *et ut probatur remanet*: nada mas preciso en la inseparable obligacion de los Juezes, que el menospreciar semejantes medios, *et ad ulteriora procedere*, para que tenga exercicio la autoridad, satisfaccion las leyes, y se eviten las malicias de los litigantes.

PUNTO TERCERO

La mente, y inteligencia del recurso.

24 **P**Resupuesta la humildad con que mi respeto debe venerar las justas determinaciones de Tribunal tan superior, como las del Consejo de Castilla, en el Auto, en que declaró, que el Nuncio de su Santidad en conocer, y proceder en perjuizio de la jurisdiccion Real, por ahora, no ha hecho, ni haze fuerza, *ut iam in facto dictum est num. 6. in fin.* me coacta lo preceptivo de la ley *ex vulg. text. in leg. filius emancipatus, 14. ad leg. Corn. de fals.* en las palabras con que finaliza, *sic invenit Senatum censuisse*; y no siendo mi animo oponerme à resolucion tan superior, y si solo examinar su mente, para que en la ignorancia de lo que se manda, no se aventure la obediencia, siendo mi principal objeto el venerar la ciegamente; pues de otro modo seria mas defecto de inteligencia, que animosidad para oponerse; cuyo principio le ponderò el Jurisconsulto Celsus *in leg. scire leges, 17. ff. de legib. Senatusque Consul. cuius verba sunt: Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim, ac potestatem*; y passando à examinar la mente de esta determinacion (para mi respeto ley) parecia, que era facil su inteligencia, para que no pudiesse perjudicar à los interesados; y asimismo la preservava la calidad de por ahora.

25 No siendo capáz de question la jurisdiccion de los Monjes, y Religiosos, fundada en Bullas, y Concesiones de los Sumos Pontifices, en los Juezes Delegados, *ut patet in cap. cum dilectus, 8. de Relig. Dom. pariformiter, ac iurisdicctio Ecclesiastica in Iudiciis Ecclesiasticis Ordinarijs, ex Auth. causa, C. de Episcop. & Cleric. ex Concil. Trident. sess. 7. de reformat. cap. 14. & sess. 24. cap. 11. D. Thomàs de Carleu. de iudit. tit. 1. disp. 2. quest. 6. sect. 1. à num. 1. & per totam.* Y que se debe observar esta reciproca atencion entre la jurisdiccion Ecclesiastica, y Real, para que no se confunda el exercicio de la justicia, *probatur ex leg. Regni, 14. tit. 1. lib. 4. Recop. ibi.*

Pues

Pues assi como Nos queremos guardar su jurisdiccion à la Iglesia, y à los Eclesiasticos Iuezes, assi es razon, y derecho que la Iglesia, y Iuezes de ella no se entrometan en perturbar la nuestra jurisdiccion Real, &c. Cuya sancion tiene tanto apoyo en el Derecho de los Emperadores, como se verifica *ex leg. Consulta Divalia, 23. Cod. de testam.* donde el Emperador Justino puso las palabras dignas de atencion: *Absurdum est, namque si promiscuis actibus rerum turbentur officia;* y à su inteligencia *Surd. cons. 56. num. 3. & 4. D.D. Joan. Bapt. Valenzuela Velazquez consil. 121. à num. 80. vsque in fine, nec vnus se intromittat in officio alterius, ne alias status Reipublicae confundatur*, que es lo que regularmente se practica para obviar las disputas, que frequentemente suelen ocurrir.

26 Por la regla generalissima los estatutos generales, que miran à la comun utilidad, regimen, y policia de las Ciudades, Villas, y Lugares, estrechan à su observancia Iglesias, Clerigos, y otras personas Eclesiasticas: *Maxime quando Iuri Canonico non contradicunt, Bart. in leg. cunctos populos, 1. num. 28. & 29. Cod. de summa Trinit.* D. Miguel de Cortiada *decis. 260. num. 11. vbi plurimos cumulat;* y tocando en terminos terminantes la proposicion por lo respectivo à el acto jurisdiccional, *idem num. 4.* trae dos decisiones; la primera, de 29. de Março de 1613. y la segunda, de 8. de Agosto de 1619. donde questionandose sobre la apertura de ventanas con Eclesiasticos (que es nuestra question) *per Cancellarium Cataloniae fuit declaratum in favorem Iudicis Secularis*, dando regla del modo de abrirlas, *tam in proprio pariete, quam in pariete communi, ex quibus patet visus, & aspectus, ut infra exponam.*

27 Y aunque para impugnar este indubitado legal principio se quiere persuadir con ser practica inconcusa de las Chancillerias, como testifica D. Juan Gutierrez *in consil. 48.* la fuerza que se introduxo entre los Consiliarios, y Rectores, y los Capitulares de la Ciudad de Valladolid en su Chancilleria, en la question de denunciacion de nueva obra, la qual se declarò à favor del Eclesiastico; esta no influye, pues en aquella question se exagitava de la posesion, y propiedad de la plaza donde se construia el edificio, en las palabras que expresa: *Pretendente Civitate, esse publicum, Ecclesia verò suum;* con que exagitandose posesion, y propiedad, *quid mirum?* que se remitiesse al Eclesiastico, por fundar de derecho, como reo convenido, *ex vulgatis;* si se atiende à la autoridad, que funda D.D. Franisc. Salgad. *de Regia, part. 2. cap. 8. num. 54.* donde pretende estrechar el discurso à nuestra proposicion de denunciacion de nueva obra, examinada
bien

bien la especie solo habla en los mismos terminos de Gutierrez, que es à quien vnicamente cita, y à quien se remite, sin apoyarlo con sentencia, ibi: *Quod modo non disputo, nec examino, sed forte commodiori loco infra 6. part. tom. 3. propè diem edendo*; y como quiera que no escribiesse este tercero tomo, ni se halle en sus obras, cessa el motivo de ser capáz de fundarse, que en denunciacion de nueva obra, pueda, y deba conocer el Eclesiastico, *vt iam dictum manet*; ni tampoco obsta lo que pondera, idem Salgad. *dict. loco, num. 55.* donde trae los dos lugares de nuestro politico Castillo de Bobadilla en el *lib. 2. cap. 18. num. 137.* y *lib. 3. cap. 5. num. 3.* pues por ellos se reconoce ser privativo del Juez Secular, para obligar à los Clerigos à la conservacion de los edificios, demolerlos, y fabricarlos de nuevo, preponderando mas la comun vtilidad para el exercicio de la jurisdiccion, que la que funda el Eclesiastico. Y si se atiende al fundamento que se ha querido hazer del lugar de Don Christoval de Paz *de tenut. part. 2. cap. 63. à num. 14.* donde lo funda *ad text. in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, de constitution.* y aunque en el *num. 22.* pone la question, que pendia en aquel Tribunal entre el Excelentissimo señor Conde de Lemus, y el Convento de Ribadesil, concluye, que no se determinò; sin que obste la especie entre los Clerigos Menores, y vn vezino de aquella Ciudad, que tenia la casa contigua, en que se remitiò al Eclesiastico, asì por no expressar el caso, como porque siendo contiguo resulta ser mas question de servidumbre, que la que exagitamos.

28 Por cuyos indubitados principios en series de esta naturaleza siempre se ha dado el Auto, declarando, *quod Iudex Ecclesiasticus facit vim.* (vulgo Auto de Legos) D. Ioseph Vela *dissert. 45. per totam, ex cap. novit, 13. de iudicijs, dict. Salgad. de Reg. part. 2. cap. 8. num. 54. in fin.* y no de otro modo era capaz de averse substanciado, ni determinado el pleyto, que siguiò el Excelentissimo señor Conde de Baños con el Oratorio de San Phelipe Neri, y à que salieron el Convento de Santa Ana, Carmelitas Descalças, y Parrochia de San Sebastian; el qual se principiò ante el Teniente de Corregidor de Madrid, de cuyas determinaciones se apelò al Consejo, donde se causò la Executoria: siendo digno de nota persuadirse à que Tribunal que le sobran tantos esplendores, pretendiesse adjudicarse la jurisdiccion que no necesita para ser el mayor; demás, que en cierto modo era consumir el tiempo en lo que de su naturaleza era frustratorio, ineficaz, y de ningun concepto, pues reduciendose à el acto jurisdiccional, este por la

ad

ad-

adquiescencia del Oratorio no podia prorrogarse, à causa de ser Juez incapaz el Teniente de Corregidor; para cuya comprobacion basta lo decisorio del text. *in leg. sed si manente, §. ff. de praeac.* ibi: *Quod non est non stenditur*; Don Thomàs de Carleval tit. 1. disp. 2. quest. 7. sect. 1. num. 972. & *idem eodem loco quest. 6. à num. 392.* no siendo renunciabile su fuero, cap. *significasti*, 18. de foro competent. cum *vulgar.* pues fuera inducir la prorrogacion vna nueva jurisdiccion, *quod non admittitur in iure.*

29 De que nacia sin violencia, que en esta determinacion se registran todos los medios de producir efectos de executoria, como si los interesados, y el Comendador, y Religiosos huviesen litigado en aquel pleyto, pues concurren los tres requisitos de la ley *cum quaeritur*, 12. *cum duab. sequentib. ff. de exception. rei indic. scilicet inter easdem personas circa eadem rem, & in eodem iudicio*; las personas son identificas, porque el Excelentissimo Conde de Baños no litigò, *ut Comes, nec ex vi proprii iuris, nisi ut Cives*, ni las Monjas; y en nuestro caso no litigan los interesados representando sus personas, sino *uti Cives*; ni el Comendador, ni Religiosos, que es el concepto legal de todos los DD. Castillo tom. 7. de tertijs, cap. 9. à num. 22. Bobadill. in *Politic. lib. 2. cap. 18. num. 245.* D.D. Francisc. Salgad. de *Regia, part. 1. cap. 1. praelud. 2. à num. 64. cum multis alijs*; y ultimamente quien lo juntò todo en nuestros tiempos con grande erudicion, D.D. Pedr. Gonçalez de Salcedo de *leg. Politica, lib. 1. cap. 4. à num. 7.* cuya jurisdiccion exercen, *ut ipse ait num. 13. non est vi coactiva, sed directiva; pariformiter at Princeps tenetur, subjici legibus indirecte, ex vi rationis naturalis*; pues de otro modo repugnàra sugerirse à la observancia de la ley construida por aquel, *qui non habet iurisdictionem*, en aquel que se pretende la de cumplimiento *circa eadem rem*; pues si en aquel caso se disputò la eleccion de ventananas para impedir el registro, respecto de la nueva fabrica, que se estava executando por el Oratorio de San Phelipe Neri, es la misma nuestra question, sin que aya razon de diversidad en la mas leve circunstancia; pues si alli la calle es angosta, la de la Merced lo es mas; si en aquel se registrava lo interior de la casa del Excelentissimo Conde de Baños, y donde tenia su frequente habitacion la familia, en este se verifica lo mismo en las casas de los interesados; y ultimamente ser el mismo juizio, bastandome ser en la jurisdiccion Real para el concepto del conocimiento legal, y justamente formado, y evitar el inconveniente de ser ilustoria la determinacion por la carencia de jurisdiccion; con que parecia que la excepcion de cosa juzgada, era sin controversia, duda, ni disputa.

E

Avien.

30. Aviendo, no solo estos requisitos legales, sino es el sólido fundamento de que en esta materia el denunciante se estima reo convenido; lo qual era suficiente para declarar, que el Nuncio de su Santidad hazia fuerça en conocer, y proceder en perjuizio de la jurisdiccion Real, por el comun principio legal de que el reo debe ser convenido en su fuero, *ex leg. iuris ordinem*, 2. Cod. de iurisdic. omn. iud. cap. cum sit generale, 8. de foro comp. leg. 32. tit. 2. part. 3. D. Thom. de Carleu. de iud. tit. 1. disp. 2. quest. 1. à num. 3. D. Gonzalo Suarez de Paz in praxi, 1. part. tom. 1. 5. tiemp. num. 35. y que el denunciante lo sea, probatur ex cap. significantibus, de enuntiat. novi oper. D. Miguel de Cortiada decis. 259. num. 27. donde disputando la proposicion por partes, pone la segunda opinion, la qual resuelve en el num. 34. expreßando la question entre la jurisdiccion Ecclesiastica, y Secular, que se determinò, per Cancellarium Cathalonie, ibi: Sed causam esse tractandam in Curia Seculari, in eaque fine debito terminandam; y solo se diò la providencia que refiere: Executionem verò fiendam per Iudicem Secularem, cum assistentia Officialis Ecclesiastici; expreßando la decission de Barcelona en 14. de Mayo de 1533. de que testifica D. Miguel Ferrer part. 3. observat. cap. 234. & 429. cum Fontanell. & alijs, y la que ocurriò en Cerdeña en 30. de Agosto de 1578. Iul. Capon. discept. 172. num. 2. con la distincion que hazen, si venit ad se defendendum est reus, si ad impugnandum factum, tunc est actor, Bart. in leg. de pupillo, 6. fin. ff. de nov. oper. enunt. y como quiera que el Comendador, y Religiosos executassen la nueva obra tan à su arbitrio, resistiendolo el derecho, vt fundamentis adducam, y repugnandolo, no solo la razon, sino es tambien la modestia religiosa; lo qual quieren los intereßados defender, para que no se permita tan perjudicial inconveniente, en que no solo milita el menos valor de sus posesiones, sino es el que totalmente queden inhabitables, subsiste la mente de toda la conclusion, que es: Nam molestur in iure suo; pues si el Comendador, y Religiosos dexassen la fabrica como estava para habitacion de personas particulares, ò la huvieran construido de nuevo para el mismo vso, se obviava la question presente; con lo qual el aver ocurrido los intereßados, es defenderse del inordinado, y voluntario modo de fabrica, de que nace necessariamente, que en estos terminos el denunciante es reo, y que como tal debe seguir su fuero.

31. No siendo de menos concepto la qualidad preservativa de por aora, pues esta en la estimacion de Derecho dexa ileso el medio para repetir la instancia, à que se declare à favor de la ju-

jurisdiccion Real, por lo que fundaron los DD. tocando la sentencia *prout nunc*, en que resuelven, que esta determinacion no es absoluta, D.D. Ioan. Baptista de Larrea en los dos lugares copiosos; el vno la alleg. 107. à num. 23. y el otro en sus *decisiones Granat.* en la *decis.* 77. à num. 1. llamandola sentencia interlocutoria, ex Gloss. in leg. *barum*, 7. ff. *si seru. vindic. leg. Iulianus*, 60. ff. *de condit. indeb. cap. examinata*, 15. *de iudic. cum alijs plurimis*, refiriendo mucha copia de Autores, y especialmente à D.D. Francisc. Salgad. *de Reg. 1. p. cap. 8. à num. 4. vbi explicat, & distinguit* los tres casos que pueden ocurrir; y haziendome cargo del que pertenece à nuestra hipotesis, que es quando *in Senatu decretum est*, que por aora no haze fuerza, y se le remite; resolviendo, el que con la novedad de lo no expreßado, despues de exemplificar los casos en que regularmente se pone este decreto, concluye: *Vel alijs pluribus*, se puede, y admite, *iterum absque dubio ad Senatum confugere*, & idem Larr. dict. *decis. num. 4. in med. explicando el decreto, prout nunc Iudicem Ecclesiasticum, vim non facere non diffiniri causam, sed iterum poterit in Senatu querela proponit*, omitiendo lo demàs que expreßa, pues sobran los fundamentos donde subsisten autoridades de tan graves DD. y para que no quede el mas leve escrupulo à tan indubitada regla, hallamos en la serie del hecho la causa de la determinacion, *por aora*; pues alegandose por los interesados, que se determinasse conforme à la regla dada por la Executoria del Consejo en el pleyto, que se exagitò por el Excelentissimo Conde de Baños, con el Oratorio de San Phelipe Neri, como de la demanda resulta, se negò por el Comendador, y Religiosos verificarle los mismos terminos, y ser caso totalmente diverso, cuyo convencimiento posteriormente resultò de la certificacion, dada por Don Joseph de Ladalid, Escriuano de Camara del Consejo de Castilla; con que no solo por lo temporal de la determinacion, *prout nunc*, sino es por la novedad de la Executoria dada en aquel caso, fundavan de derecho los interesados, aun quando fuesse absoluta, y perpetua la Executoria à la excepcion textual de la regla comun de los DD. quando se opone la excepcion de cosa juzgada, *ex leg. duobus diversis temporibus*, 19. *de except. rei iud. & nil novum, & validum adiecerit, sine dubio obstat eadem enim questionem revocat in iudicio*; y aviendola tan peculiar, como decission en el caso expreßado, en que el denunciante es persona profana, y los denunciados Ecclesiasticos, y lugar sagrado, era sin controversia, que el recurso, *iterum ad Supremum Tribunal*, no solo es admisible, sino es legal la decission à favor de la jurisdic-

diccion Real, y estrechando mas el discurso, atendidas las circunstancias, era ageno de controversia; pues si la disputa, *vt iam dictum est*, era en si el denunciante, ò el denunciado, tenia efectos de reo, atendida aquella question, aviendo coadiuvado el derecho del Excelentissimo Conde de Baños, el Convento de Carmelitas Descalças de Santa Ana, y Parrochia de San Sebastian, no se podia disputar, que quedando por vna, ò otra sentencia denunciante, y denunciado, eran personas Ecclesiasticas, & *his non obstantibus*, se determinò en la jurisdiccion Real; luego *probatum remanet*, que su privativo conocimiento toca à la jurisdiccion Real, y querer increpar resolucion de tan superior Tribunal, y que omitidos todos estos principios, conociò Senado tan superior con carencia de jurisdiccion, era totalmente repugnante, y pudiera dezir lo que la *ley vnic. §. 5. Cod. de caduc. toll. nec veteres concedebant, nec nos patimur*; siendo mas en esta classe de juizios lo que se atiende para los efectos de la determinacion las posesiones, que las personas, dexando yà fundado el que litigan (*vti cuius*) *ex leg. Imperatores, 7. ff. public. & vectig. ibi: Non personas, sed pradia conuenire videntur, leg. liberto, 31. §. 7. ff. de negot. gest. cuius verba sunt: Vno defendente causa communis aque sententia pradio datur, &c.* Siendo tan propio de la regalia, el que el Principe no permita el perjuizio del vassallo, quando de evitarle, ni resulta perjuizio grave de aquel à quien no se le permite, y se subsana el irreparable de aquel à quien, *vt iure fundavi molestatur in iure suo*; lo qual tiene mas consonancia à el merito de lo principal, *vt suo loco referam.*

32 Previnien dose inmediatamente la replica, de que si el motivo fue no tener presente el Consejo de Castilla la certificacion, que posteriormente se presentò; por què causa no se pidiò, y se hizo manifestacion de ella? A que debo responder, como cargo de mi incunvencia; lo primero, no averme persuadido à que huviessè auido tergiversacion en la Real existencia de los hechos; y siendo este tan notorio, como publico, no era capàz de negarse, y mas litigando con Comunidad tan grave, no discuriendo, que en lo que tan de plano podia constar, cupiessè duda, por ser esto causa las mas vezes, si no de extenuar el derecho, à lo menos hazer menos eficaz la razon; demàs, que aviendo sido al tiempo del recurso quando absolutamente se negò, yà no era tiempo por la comun inconcusa practica autorizada por la regla, y DD. que explican, tanto en los recursos de segunda suplicacion, como *pro tollendo gravamine à Iudicibus Ecclesiasticis*.

safticis imposito, derivado en aquel de la ley de nuestra España, 2. tit. 20. lib. 4. Recop. ibi: Las vean, y determinen de los mismos Autos del processo, sin admitir scripto, ni petition, D. Alphonso Azevedo in repetit. leg. testificando de la practica de los demás Reynos, D. Joseph Maldonado de 2. supplicat. tit. 1. quest. 1. à num. 1. punctum num. 22. cum alijs, quos cumulat; en este, idem Maldonado dict. loco, num. 33. D. D. Francisc. Salgad. de Reg. part. 1. cap. 2. à num. 96. punctum num. 104. cum seqq. en que resuelve, que los recursos se vean en el mismo estado que vienen los Autos, estrechandolo al num. 106. en las palabras dignas de observarse: Adeo ut nullus libellus (dempta querella) exceptio, contestatio testium, receptio, scriptura, aut aliorum actorum presentatio, repulsio, aut impugnatio admittitur, sed cuncta quae excogitari possunt ex inspectione processus deteguntur alio iuris ordine attento, nec servato quem notorietas ex actorum inspectione resultans; siendo la genuina razon, que xarse del agravio, ex vi de la determinacion, y meritos de ella, y como quiera que variando el merito por el hecho, pudiera esperarse otra determinacion, era no ir consiguiendo, y mas quando el axioma de Derecho anduvo tan escrupuloso, que ponderò ex minima mutatione facti totum ius subvertitur; en cuyos terminos explican justamente las sentencias de los DD. al cap. pervenit, 4. de testib. cogend. cap. consuluit, 14. de appellat. quod in notorijs ordo iuris non servatur, sed ordo est ordinem non servari; aviendo de ser necesariamente con la inspeccion de los mismos Autos, sin la mas leve circunstancia de novedad, de que resulta la buena fee de los interesados, como despues se ha acreditado por la certificacion presentada, y resistencia, aun en lo material del hecho del Comendador, y Religiosos; por cuyos fundamentos se manifiesta, que à aver tenido el Consejo de Castilla presente la certificacion, se huviera declarado, que el Nuncio de su Santidad en conocer, y proceder en perjuizio de la jurisdiccion Real hazia fuerça, no persuadiendose à que cupiese en los interesados la asseveracion de hecho, que no avia, y que quiesessen inventar vna constitucion de regla dada por aquel Tribunal (para su estimacion ley coactiva) que no la huviese; con lo qual eligieron la via de no alterar el derecho, ni vulnerar la practica, con presentacion de nuevo instrumento, ni tampoco desestimar la observancia, à que se sugetavan los interesados; con lo qual hizieron la declaracion por aora, de que resulta no verificarse inconveniente en el exercicio de la jurisdiccion, ni privar à las partes de recurrir, iterum ad proponendum querellam. Demàs de que el recurso no se introduxo por los interesados, si por el defensor

F

en

en fuerça del cumplimiento de su obligacion, *ut in facto nam. 3. dictum manet*; y que en fuerça de la veneracion, y respeto à que coactan nuestras leyes, y aquel innato conocimiento de la excelencia de lo Ecclesiastico, *in dubijs* se le remite; y como quiera que yà ha cessado la duda, y plenamente està instruido el processo, *iterum atque iterum, potest proponi*; no dudandose que se verificaran los terminos de la reciproca atencion entre la jurisdiccion Ecclesiastica, y Secular, en atencion à la ley de nuestro Reyno, que yà queda ponderada.

PUNTO QVARTO:

El unico fundamento legal de los interessados.

33 **P**ara impedir la voluntaria eleccion de las ventanas en la nueva obra, que se principiò por el Comendador, y Religiosos, de las quales resulta el tan irreparable perjuizio de dexar inhabitables sus possesiones, por el registro tan inmediato; se funda, no solo en los Estatutos municipales de las Ordenanças de Madrid, sino es en las repetidas decisiones, que en los casos que han ocurrido se ha determinado, no teniendo menos apoyo en la determinacion del Consejo de Castilla, en la Executoria que obtuvo el Excelentissimo Conde de Baños, contra la fabrica nueva, que se estava executando por el Oratorio de San Phelipe Neri, hallandose corroborado el justo fundamento de los interessados con la declaracion de los peritos; y lo que mas es, con la vista de ojos hecha por el Auditor de la Nunciatura de España, con asistencia del Secretario de Justicia, quedando al prudente arbitrio de los señores Juezes el poner la precaucion necessaria para evitar los inconvenientes futuros, aumentando, ò disminuyendo la materialidad de la fabrica, para impedir el registro activo, y passivo, tan conveniente, como necessario en la modestia religiosa, para no quedar à la nota de la censura en lo passivo, no bastando el que la operacion sea intrinsecamente buena para el puntual cumplimiento de la observancia, si esta padece la mas leve nota en el que menos advertido passa à censurarla, y mas quando de la justa providencia se experimenta el buen efecto, sin perjuizio de la Comunidad, que justamente pretende no ser registrada, y que el particular no padezca perjuizio, no siendo capáz de prescindirle la observancia del privilegio tan debido à la Religion, como m erecido à los inf-

institutos de los Fundadores, el que puedan registrar, sin que sean registrados; con que en cierto modo los interesados mas fundaban el derecho de los Religiosos, que su propia conveniencias; pues no es otro su intento, que impedir el registro à las Celdas de sus individuos, y mas quando constan sus familias de diversas classes de criados, y criadas, à quienes podrá detener el respeto de sus amos, quando esten en casa, pero no siempre; lo qual es impracticable: de que nacia necessariamente, que por sus mismos fundamentos, pueden, y deben esperar los interesados la confirmacion del Auto, que se halla tan arreglado à las Ordenanças, declaracion de los Peritos, regla dada por el Consejo de Castilla, vista de ojos, decisiones repetidas, y comun censura de los DD. apoyada en la razon politica, y reciproca conveniencia comun, y mas quando de ella, ni se les priva de la habitacion, ni de las conveniencias, que miran à la conservacion de la vida humana, y execicio literario; con cuya separacion procederè à hazer memoria de las circunstancias del hecho, y fundamentos legales.

34 Que en los juizios de esta naturaleza sean el regimen para lo decisorio los Estatutos, Pragmaticas, y demàs Leyes municipales, *iam in 1. punt. dixi cum dict. Cortiad. in decis. decis. 260. num. 4. propè finem, & decis. 261. num. 14.* en los quales se tuvieron presentes los Estatutos de aquella Ciudad; y siendo en la Corte de España las Ordenanças hechas por Juan de Torija, Maestro Arquitecto, y Alarife de ella, y Aparejador de las obras Reales, el cap. 23. en el que el Comendador, y Religiosos se fundan, para que en las obras que se executaren en frente de Monasterios, por ellas no sean registrados: de este mismo capitulo nacia el fundamento legal de los interesados; pues si se atiende à la causa de su induccion, nada mas piadoso, nada mas catolico, ni plausible, que la contribucion en materia tan corta à el logro espiritual, que se consigue de las Religiones, y sus individuos, perdiendo aun de su propio derecho, aunque aya calle de por medio, lo qual quieren que se observe; y su practica, es el Comendador, y Religiosos quien la resisten; pues haziendo la eleccion de ventanas en la demostracion hecha en la nueva obra, necessariamente son registrados, y con grande inmediacion de los interesados desde sus posesiones; con que à quererle dar existencia à el capitulo de la Ordenança, no era de otro modo practicable, que el abrietas en tal semetria, que los Religiosos viesesen la calle, como pretenden, y los particulares no los registra-

traffen, lo qual no se verifica, ni puede; luego sin violencia los interesados pretenden lo mismo, que les dicta à los Religiosos su privilegio; demás, que si el capitulo de la Ordenança no previno, que los Religiosos no registrassen, fue muy conveniente el omitirlo, por no componerse bien tantos esplendores de virtud, para fructificar el beneficio de las almas, y persuadirse à que era consono à su estado, y modestia religiosa, el que pudiesen, *nec publice, nec secreta*, querer examinar, y ver las acciones mas familiares, y licencias, que trae consigo el mayor retiro de la casa de cada particular, de que necesariamente resultarian muy perjudiciales consecuencias en la retirada, y modesta vida de los Religiosos; y si atendemos mas à la expresion del referido capitulo de la Ordenança, no solo se contuvo en el todo lo decisivo, pues vemos que encarga à el Alarife, que fuere nombrado para algun reconocimiento, les comunique la gracia, finalizando el capitulo: *Advierta el Alarife, que fuere nombrado para efecto de esto, que no faltando à la justicia, de la gracia à quien tanto por si la merece, como Religiosos, y Religiosas*; luego no todo se contuvo à lo prevenido; y de aqui nacia, el que en semejantes questiones siempre se nombravan Peritos, hallandose nombrados en la question que se controvirtió entre el Excelentissimo Conde de Baños, y Oratorio de San Phelipe Neri, y se hallan en nuestro caso, no siendo estos precisos mas que para lo visual del registro, el qual *ut iam dictum manet ad oculum patet*.

35 Sin que pueda servir de confusion la que se ha querido dar à la demanda; pues por ella se manifiesta, que los interesados quieren se execute la fabrica nueva conforme à la regla dada en la referida Executoria; y aunque ponderan la elevacion del edificio, por quitarles las luzes, es mas razon de congruencia, que no fundamento para impedir la fabrica, lo qual no han pedido, ni piden, asì por resistir al Derecho antiguo, como à el de los Emperadores; de aquel, *ex pluribus legib. veluti, ex leg. si intercedat, l. cum. 9. l. 11. 14. y fin. §. ultim. ff. de serv. urb. pred. cum alijs multis*; de este, *ex leg. altius, 8. leg. si in ædibus, 9. Cod. de serv. et aqua*; y ultimamente la ley de nuestras Partidas 25. tit. 32. de la part. 3. ibi: *E puedala alzar quanto se quisiere*; pretendiendo por este medio se les tolere à expensas de lo lícito, lo que resiste la censura de Derecho, nada mas repugnante.

36 Si se consultan las decisiones, por ellas se manifiesta averse siempre decidido el que se evite el registro activo, y pasivo, estando esta especie siempre sujeta à el prudente arbitrio de

de los señores Juezes en el modo, no en la substancia; pues esta siempre mira à evitar el perjuizio del futuro inconveniente, como fundò latamente D.D. Eminentissimus D. Ioan. Bapt. de Luca en el tratado de *servitutibus, discurs. 19. vsque ad 21.* pues aviendose exagitado con las Monjas del Monasterio del Espíritu Santo, y vn particular, sobre el registro *ad earum claustra, cellas, & officinas*, ocasionado de aver el Monasterio cortado vn Laurel frondoso, el qual impedía el registro; y assimismo derrivado algunas porciones, que servian de reparo en las Celdas, vulgo *parapetti*, y tenidose presente lo que persuadia la razon, pues estando oy tan adelantada la malicia era mas precisamente necessario evitar el inconveniente en las palabras que expresa *dict. discurs. 19. num. 2.* ibi: *Congruum sit Monasteria Monialium in partibus Civitatis magis inhabitatis pro meliori custodia, sita esse vt de facto observantia docet*, encargandose assimismo de la razon de congruencia, que insta de que en las Ciudades tengã el principal parage los habitantes de mas conocido lustre, ibi: *Vtique Civitates in eorum nobilioribus partibus remanere cogerentur absque nobilibus, & Civilibus, habitatoribus melioraque edificia deturpata remanerent; ita vt ea ad solius plebis habitationem destinari oportere*; oponiendose à el Speredo *decis. 58.* cuya opinion tiene no menos comprobacion, que la de la Santidad de Clemente VIII, aviendose assi practicado en la decisíon de Napoles, que cita; siendo la razon comun en todos los Reynos, *ne aspectus publicus deformitur*, remitiendolo siempre al soberano arbitrio de los señores Juezes, para que atendidas las circunstancias ocurran de remedio, siendo el fin el que expresa, *ita vt Moniales perpetuam clausuram patientes, non cogantur omnimodam aëris suffocationem pati, atque vt dici solet viva sepeliri*; siendo digno de reparo el supuesto de aver dado causa à el pleyto, siendo todo el empeño, que se pusiessen las ventanas, *cum cancellis, & talibus aperturis, quod impedito solum aspectu, salubrium ventorum ingressus non impediretur*; siendo de ningun fundamento lo que se proponia por el Monasterio, de aver mayor numero de ventanas, *quia vt ait num. 7. Magis, & minus non variat speciem, atque nihil interesse videtur Moniales aspici, & aspicere posset ex tribus, vel ex quatuor fenestris*; cuya especie exagitada pro vtraque *controversia concorditer cum quodam honesto temperamento sopita fuit*. Y si se tiene presente el hecho se hallará, que el Comendador, y Religiosos innovaron en la fabrica, pues desde habitaciones particulares hizieron la fabrica, mudando del todo su naturaleza, viviendas de Religiosos, son los que abren las ventanas; los interessados, quienes estando en la posesíon quieta de sus posesíones, y tan

principales, y à pertecientes à sus Mayórazgos, y à heredadas de sus antepassados, à quienes se pretende perjudicar. Y si en aquel caso, siendo Religiosas, se precautelò el registro activo, y passivo, *ne vivæ sepeliri*, què diremos donde ni la razon es la misma, ni el inconveniente tan potissimo, resultando en nuestro caso mas precisa la coaccion; y si atendemos à que no padezcan el perjuizio de carecer de los ayres, y la luz, vno, y otro se registra en el Auto, pues lo que les priva es el registro activo, y passivo, no la luz, y el ayre; pues como la mas fuerte Filosofia natural nos enseña, vno, y otro provienen de *sursum*, non de *orsum*; con que queda ileso el principio *salubrium ventorum ingressus non impeditur*.

37. Reconozco la replica, que inmediatamente insta de ser este registro activo, y passivo, respecto de los particulares, de *genere prohibitorum circa Moniales*; pero no cerca de los Religiosos; de cuya proposicion asimismo se encargò idem Eminentissimus Luca *dict. discurs. 19. num. 8.* y aunque dize no corre la misma paridad entre Religiosos, y Religiosas, concluye, que regla general no es capaz de construirse, ibi: *Attamen videtur, quod materia non sit capax regulæ generalis*; y inmediatamente culpa al que la quiere establecer, ibi: *Adeo ut erroneum sit cum regulis generalibus procedere, remitiendose à las circûstancias, à lo que se ha acostumbrado en los casos que se han disputado cõforme à el vso de la region, y ultimamente à el prudente arbitrio, ibi: Sed quod potius pro singulorum casuum qualitate, & circûstantijs, & præsertim illa regionis, vel opinionis populi regulari debeat prudenti arbitrio.* Y si se echasse menos la precision de exagitado en juizio, es de ningun fundamento; pues asì precisamente se deben entender las palabras: *Præsertim illa regionis, vel opinionis populi*, pues lo que permite la tolerancia, la pia aficion à las Comunidades, el ser ellos poseedores de las casas, que avian de reclamar, *non venit in consequentiam*; y si solo podrà tener concepto quãdo controvertido, y ponderados los medios *pro utraque*, hubo resolucion; pues demàs de la autoridad de la decission tiene à su favor, que *non aliter determinàra*, que examinadas las circûstancias, previstos los inconvenientes, y teniendo exercicio el prudente arbitrio del que decide, demàs de finalizar el discurso con las palabras dignas de observarse, ibi: *Aliquando etiam in viris dicendum videtur idem, quod in mulieribus.*

38. Pero para que no se quede sin el apoyo de tan grande autoridad en terminos terminantes, idem Eminentissimus Luca *dict. tractat. discurs. 22. per tot.* en donde despues de propuesta la especie con el Convento de San Isidoro, à el *num. 6.* expresa su dicta-

dictamen, para que tomado temperamento en el modo de la fabrica, se evitasse el registro, ibi: *Proindeque credebantur omnino locum esse debere temperamento faciendi in fenestris servitutem inferentibus aliquos, ut dicunt riparos non directè, ita ut luminibus, at ventis salutaribus, seu alterius aspectus beneficio mansionis privarentur; testificando ser practica inconcusa de los Monasterios, ut ait tam virorum, quam mulierum de facto cernitur; y si en esta resolucion se atendió à la circunstancia de ser mas antiguo el Convento, ibi: Quod Monasterium est magis antiquum, què dirèmos en nuestro caso quando las casas de los interesiados son mas antiguas, omitiendo la circunstancia, como no de nuestro caso, en si estava, ò no resuelto el dominio, y debuelto al emphiteuta, ex leg. lex vectigali, 31. ff. de pignorib. pues en perjuizio de este no es capaz de constituirse servidumbre, siendo solo de nuestro intento el fundamento de los Religiosos, ut ipse ait num. 5. ibi: Ex sola dispositione Iuris Communis, siendo su intento incluirse en el privilegio de las Religiosas, à lo qual se opone, ibi: In quibus non militat eadem ratio periculi circa honestatem, por el inconveniente de q se les obligaria à padecer, perpetuè sepulture speciem, dando la razon genuina, quia viri Religiosi exire possunt de clausura, atque aeris beneficio recreationemque obtinere eodem modo, quo obtinent laici, de quibus proinde lex non curat, an domos lucidas, vel obscuratas habeant. Y si en la determinacion aun no se les perjudica en esto, de què se ofenden? militando el precepto natural con que concluye el discurso, quia quod uni prodest, & alteri nihil, vel satis parum nocet denegandum non videtur; no teniendo la determinacion efecto del mas leve perjuizio, governando la impugnacion mas lo voluntario, que la precision del aserto perjuizio.*

32 Siendo la justa providencia para evitar el registro activo, y passivo, tan conforme à lo yà fundado, como autorizado en las Bulas de la Santidad de Urbano VIII. de las quales, decission especifica con el Convento de San Francisco, con la advocacion del Espiritu Santo, y la incòcusa practica de los Tribunales Eclesiasticos, testifica idem Iul. Capon. discept. forens. discept. 173. punctum num. 46. ibi: Verum etiam est quod omnium cellarum fenestrae Monachorum, quæ in publicas vias, aut vicinas Secularium aedes prospiciunt muro, vel ligneis cancellis, aut quopiam aptiori instrumento, ita obstruantur, ut earum prospectus omnino impediatur, & sic in Bullis Sanctissimi Pontificis Urbani VIII. habetur cap. 6. Regularium, tit. 1. §. 7. lo qual se practicò con los referidos Religiosos, concluyendo, & sic in pluribus Ecclesiasticis Tribunalibus decissum, refiriendose à lo escripto sobre esta
mis-

misma quæstion; de que nacia el que los interesados no introducen novedad en lo que pretenden, si desean la observancia de lo que tan justamente se determinò. Y para que no falte dentro del recinto de nuestra Corte resolucion, que apoye lo pedido, lo està justificando la Executoria del Consejo de Castilla, expresando la altura de las ventanas, y medidas de ellas; pues con esta circunstancia se evitò el registro activo, y passivo de los Padres del Oratorio de San Phelipe Neri à las casas del Excelentissimo Conde de Baños; y si en aquel caso se decidiò, *cur* en el nuestro no? preposterando el Comendador, y Religiosos resolucion tan superior, atencion à las Bulas, decisiones repetidas, y vltimamente la recibida observancia, siendo tan digno à su estado precautelar los futuros inconvenientes para no llegar à el dolor de experimentarlos, cuya cautela la previno el texto *in leg. 5. Sancimus favore imperfectæ ætatis, C. in quibus casibus restitutio non sit necessaria, melius etenim intacta iura servare, quam post causam vulneratam remedium querere*; lo qual es tan consono à lo que se merece Comunidad tan grave, y individuos tan plausibles.

40 No quedandose solo la justa pretension de los interesados en la opinion de estos Autores, y expresion que hazen de las decisiones, y recibida practica, sino es que en la Sagrada Congregacion de Obispos, y Regulares siempre se ha observado el que quando desde los Conventos: *Regulares habere prospectum in domos vicinorum consuevit decernere, quod dictæ fenestræ, vel claudantur, vel ad talem statum reducantur, ut inserviant, ad lumen, & non ad prospectum*; *ut videre est ex Decretis Edictis in causa Olivetanorum 7. de Diciembre de 1646. & in Eugubina 12. de Mayo de 1625. & 26. de Julio eiusdem anni, & in Casertana 4. de Agosto itidem eiusdem anni de 1625.* de que se manifestava, que en nuestra quæstion la prohibicion del registro activo, y passivo, no solo era por estatutos particulares, sino es general *in toto Orbe terrarum*, experimentandose igual perjuizio en todos los Reynos.

41 Que los peritos, no solo en la naturaleza de este juizio se deban atender, sino necessariamente seguir, tiene el apoyo del capitulo de la Ordenança yà citado, que es el 23. cuyas palabras quedan especificadas *in hoc puncto, num. 34.* siendo tan vulgar el principio, como textual por todos Derechos; por el Antiquo, *ex leg. 1. de ventr. insp. leg. septimo mense, 12. ff. de stat. hom.* y si en esta especie mediavan los innumerables caudales de las succesiones, y lo que mas es, el conocido esplendor de las Casas, bastò para sossegar la quietud ingeniosa de los DD. la asseveracion del Principe

cipe de los Medicos, declarando el feto sietemesino por legitimo, cuyas palabras son dignas de observarse, ibi: *Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est, propter auctoritatem doctissimi Viri Hippocratis: & ideò credendum est eum, qui ex iustis nuptijs septimo mense natus est, iustum filium esse.* Del de los Emperadores, *ex leg. semel, 6. Cod. de re mil. lib. 12.* Del Derecho Canonico, *cap. significasti, 18. cap. tua, 19. de homicid.* Anton. Gomez tom. 3. cap. 9. Julio Claro *Sententiarum, lib. 5. §. homicidium, num. 43. cum alijs plurimis;* siendo en nuestro caso la assercion de ellos, no para influir en la determinacion, si el objeto principalissimo, *in iudicando, & consulendo;* siendo la razon de diferencia de nuestra especie à otros casos, que en estos deponen *de credulitate*, en el nuestro con cierta ciencia, *pariformiter* à la declaracion hecha por los Chirurgos, precediendo la anotomia, à la qual necessariamente se està, si declarassen, que no murió de la herida; pues si por ella dixo el insigne Andrés Lorenzo en su historia anatomica *lib. 1. cap. 15. num. 1.* Aristoteles *lib. 1. cap. 12. alteram denique naturam eam eloquentissimam appellant, cum Galeno, & alijs;* aviendo demostracion, que manifestamente persuada, cessan los motivos de duda de creencia, y incertidumbre; con que aviendo declarado el Alarife, nombrado por los interessados, que lo fue Manuel de Torija, con la expresion, y individualidad, que se manifiesta in facto, *num. 13.* hazia agena de question la disputa de aver de ser su declaracion pauta, y regimen de la determinacion; y lo que mas es, la hecha por Theodoro Ardemans, Maestro Mayor de su Magestad, nombrado por el Comendador, y Religiosos, por no oponerse en la substancia, como de su literal inspeccion resulta; siendo digno de reparo, que diga haze la declaracion *con vista de los Autos,* y que vâ hecha segun arquitectura, ornato, pulicia publica, y Ordenanças de Madrid; y dà la razon, por ser el centro, y cielo fuyo, en cuyos terminos son advitros de elegir las ventanas à su advitrio, sin que se les pueda embarazar por los vezinos; y con lo que concluye: *Mayormente arreglandose à el estilo, que siempre han tenido desde su fundacion; y que este es su sentir, vt in facto num. 13. dictum est;* naciendo de aqui necessariamente su exclusion; lo primero, porque no declara, ni como Perito, ni como se le manda; como Perito, porque debiò dar razon de su dicho en los terminos de su Arte, *& aliter non meretur fides, ex traditis à D. Joseph Mascardo de probationib. conclus. 1174. per totam, & punctim num. 15.* Hermos. *in leg. 56. tit. 5. partit. 5. gloss. 6. à num. 65. per tot. nam tenetur redere rationem dicti sui, cap. proposuisti, 4. de probation.* y no la dà, ni la apoya

con fundamento alguno ; y si es toda su razon , *el estilo que siempre han tenido, &c.* es mucho, que aviendo como dize visto los Autos, *con vista de los Autos*, le hiziese mas fuerça lo que no se questionò, que la Executoria del Consejo de Castilla à favor del Excelentísimo Conde de Baños, en que huvo declaraciones de Peritos tan grandes; y si Senado tan superior difirió à sus dichos, es mucho, que siendo de su Arte los omite, y virtualmente los desprecie, quando el Consejo de Castilla en su determinacion siguiò tanto sus declaraciones, que està trasladada la relacion de la Executoria, por las palabras de las declaraciones de Eugenio Serrano, y Francisco Barbero, Alarifes de esta Villa, y nombrados para la vista de ojos en aquella question, evidenciandose de su literal inspeccion, *ut videre est in facto num. 11.* que es donde està, *& num. 11.* donde se halla la referida Executoria, como se le manda, por no hazerle cargo de este exemplar, que es la pauta que pretenden los interressados, debiendo aver dado la razon de diferencia de aquel à este juizio, que es la mente de los DD. al principio legal, *ut fundavi in dicto cap. proposuisti, 4. de probationib. si sint interrogati*; de que sin violencia nacia, ù que no los viò, como dize, ù fue mas estudio, que declarar como Perito, substrayendose de no encargarse de lo que no tenia satisfaccion; y se acredita mas, que siendo el registro activo, y pasivo tan sin question, *ut iam in dixi nam ad oem lum patet*, no le expresse, y mas quando se haze cargo de la Ordenança, que es la que pretenden los interressados se practique; cuyos requisitos se hallan en la declaracion de Manuel de Torija, y vna, y otra autorizada con el Auditor de la Nunciatura de España, y presencia del Secretario de Justicia, la qual era suficiente para calificar el derecho de los interressados, pues necesariamente se haria cargo de todo para determinar, que es el concepto de derecho en semejantes especies, y lo que convence de justa la determinacion, por deberse los Juezes estimar en estos terminos por Peritos de mas especiales prerrogativas, dandoles la censura de Derecho advitrio para estimar las pretensiones, reduciendose esta al nudo hecho de examinar el registro activo, y pasivo, de que se encargò, *idem Hermosilla dicto loco, & glossa, num. 74.* con que aviendo todas estas circunstancias, cessavan los reparos opuestos por el Comendador, y Religiosos, que miran mas à confundir, y dilatar, que à que tenga exercicio la verdad.

PUNTO QUINTO, Y VLTIMO.

La exclusion de lo pretendido por el Convento, y Religiosos.

42 **P**arecia ocioso el empeño de la exclusion à los fundamentos propuestos por el Comendador, y Religiosos; pues si se huviesse acertado à fundar el derecho de los interessados, su inclusion para obtener, necessariamente excluia los que se llaman fundamentos legales propuestos por el Comendador, y Religiosos, por la vulgarissima regla, *quod inclusio unius est exclusio alterius*, à los textos, *in leg. cum Prætor, 12. de Iud. & in leg. qui accusare, 8. de accusat.* pues aquel dixo: *Cum Prætor unum ex pluribus indicare vetat, cæteris id committere videtur*; y este, *qui accusare possunt intelligemus, si scierimus, qui non possunt*; con que excluidos los articulos de edificar con fiança de demoler, y el de prueba, procurado examinar la mente del Auto de fuerça, con la calidad de *por aora*, y el fundamento de la notoria justicia, que asiste à los interessados, parecia era demàs, quando es tan sin controversia, duda, ni disputa el derecho de los interessados.

43 Por lo respectivo à los dos articulos, no se necessita de mas, que el fundamento legal que lo resiste; pues en vno, y otro, demàs de la prohibicion legal para su admision, estrecha la regla de nuestra ley de Partida yà citada, 9. tit. 32. part. 3. *ut dictum est num. 19.* el efecto de la determinacion, y el modo de enjuiciar, y querer voluntariamente exceder del coto, ò margen de su decission, autorizada con todos los DD. que repiten à el texto, tiene notorio convencimiento.

44 Que el Auto de fuerça, tanto por la calidad de *por aora*, como por lo que se tuvo presente, y impugnacion à la regla, que pretendian los interessados, dada por la Executoria del Consejo de Castilla en la question entre el Excelentissimo Conde de Baños, y Oratorio de San Phelipe Neri, *iam in tertio puncto dictum est*; siendo suficiente para reconocer ser el animo del Comendador, y Religiosos, *ut non appareat de veritate*, el aver fundado, que es caso totalmente diverso, y que se contenia mas en aquellos Autos, quando se halla en el testimonio dado por el Escrivano de Camara, *ut notum feci num. 9.* la demanda, contestacion de ella, declaraciones de Peritos, vista de ojos, y determinaciones; y si como dizen, no està todo expressado, porque no han sacado lo que como dizen les aprovecha, de que se convence substraerse de la real existencia de los hechos; y para que no quede la

mas

mas leve duda, y mas en Tribunal tan superior, y grave, en que solo se dà lugar à las questiones, donde tiene exercicio el entendimiento, no à los hechos, ocurriendo al perjudicial inconveniente, de que no los perturbe la voluntad; por cuya causa concuerdan las partes en el hecho, se ha dicho en este Tribunal (aunque no se ha probado) y acafo se dirà en este, que es caso diverso, por aver litigado las Religiosas de Santa Ana, Carmelitas Descalças, y Parroquia de San Sebastian, *quod non militat in nostra hypothesis*; y para su total convencimiento no se necesitava de consultar la censura legal, sino es examinar lo literal de la Executoria; pues contuvo diversas cabezas por lo respectivo à cada vno de los colitigantes; y atendiendo à la que mirava al Excelentissimo Conde de Baños, se expresan en ella las palabras siguientes: *Y declaravan, y declararon poder la dicha Congregacion fabricar, y labrar en el sitio, que tiene, y cae sobre la Calle del Prado, y haze frente à las casas del Conde de Baños, con la altura que necesitare para su commoda habitacion; con calidad, que las ventanas que abriere en la dicha fabrica, sean, y queden à proporcion apaysada, de tres pies de alto, y cinco de largo de luz, y nueve pies de alto de los suelos bolladeros, arrimados à los altos, y en los cercos de ella sentar, y poner rejas de hierro, embebidos en ellos, ò clavadizas por la parte exterior, &c.* No concediendole la facultad de elevar la fabrica por lo que mira al referido Convento de Santa Ana, y haziendo otras prevenciones; y si recurrimos à la disposicion de Derecho, la sentencia, que contiene diversos capitulos, se estima cada capitulo por sentencia separada, D.D. Francisco Salg. de Regia, part. 3. cap. 15 num. 4. ex text. in leg. *quædam mulier*, 41. ff. *fam. erciscund.* Canc. *variar.* part. 3. cap. 17 num. 64. Ayllon ad Gom. tom. 2. *variar.* cap. 11. num. 17. §. *sententiam, cum alijs*; omitiendo la question de la apelacion por estraña de nuestro caso, respecto de ser executoria formal.

45 Se pretende persuadir por el Comendador, y Religiosos, deber ser à su advitrio la eleccion de ventanas, por aver calle de por medio, y la absoluta facultad, que subministra el principio legal, *ut iam dictum manet num. 32. ex leg. altius*, 8. *cum seq. Cod. de serv. & aqua*, quando no es suficiente, ni la regla general, ni la aquiescencia de no averse impugnado en otros casos por los particulares; pues componiendose las operaciones de potestad, voluntad, y modo, es necesario examinar si carecen de potestad para ejecutarlo; pues en estos terminos, aunque sea fuyo el dominio, avrán de contenerse en lo permissivo; cuya regla tiene permanencia en toda la naturaleza de contratos, vltimas voluntades,

des, y disposiciones, siendo bastante para su comprobacion solo demostrar lo decisorio de los textos en los contratos, *ex leg. non dubium, §. vers. Nullum, Cod. de legib. cuius verba sunt: Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum, inter eos videri volumus, subsecutum, qui contrahunt lege prohibente.* En las vltimas voluntades, *ex cap. quemadmodum de iure iurand. & ex leg. nemo potest, §. ff. de leg. i. cuius verba sunt: Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.* En las disposiciones, pues aunque el fundador del Mayorazgo precautele el que no se impetres la facultad del Principe para gravar los bienes de Mayorazgo; y que si se impetrase, pasesse al siguiente en grado, *hijs non obstantibus*, puede mediando la facultad del Principe gravarlos, sin que se verifique el caso de la vacante, D.D. Luis de Molina de *Hisp. primog. lib. 4. cap. 3. n. 28. cum ceteris*, por oponerse à la regalia del Principe, *ex cap. i. de his quæ sunt regal. no restando para evidenciar la proposicion mas que examinar lo prohibitivo, naciendo del mismo privilegio en que se fundan, que es la Ordenança, y por ella han embarazado en la Corte muchas fabricas, para que no registren los Religiosos, como sucediò en la question de los Carmelitos Descalços, con el Excelentissimo Conde de Monte-Rey; los Capuchinos de la Paciencia, con Don Diego Ignacio de Cordova, en que ay calle de por medio, y otros muchos, no permitiendo las nuevas obras, que oy estàn por executarse, no siendo capáz de reconciliarse, el que los Religiosos se valgan de su privilegio, para embarazar à los particulares edifiquen, porque no los registren, y que ellos quieran edificar para registrar, y ser registrados, teniendo entre si contrariedad, y repugnancia, ex vulg. text. in leg. ius nostrum, 7. de reg. iur. Ius nostrum non patitur eundem in paganis testato, & intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus, & intestatus;* teniendo asimismo la nota que diò el Derecho, el que sean capaces de convenir à los particulares, y ellos à los Religiosos no, *ex text. in leg. præterea, 3. §. fin. ff. mandat. rediculum enim est me, non esse in iuditio si nolit, ille vero si velit me cum esse;* y si se dixesse, que como privilegio le pueden renunciar, tiene la prompta satisfaccion de que siendo concedido *in favorem totius status*, no es renunciabile, *ex traditis arg. text. in leg. alia, 14. §. eleganter, ff. saluto matrim.* Antonio Gomez tom. 2. *variar. cap. 11. num. 54. cum multis alijs quos pro vulgari omitto;* y solo si en el caso de ser *sibi particulariter concessum*, respecto de vn individuo.

46 Con lo qual concurren las decisiones, Bulas, y inconcu-

la practica de los Tribunales , y determinacion de la Sagrada Congregacion de Obispos , y Regulares , y vltimamente la Executoria del Consejo de Castilla , entre el Excelentissimo Conde de Baños , y Oratorio de San Phelipe Neri , donde concurrieron las mismas circunstancias , se alegò por el Oratorio el aver calle de por medio , y la facultad de edificar à su advitrio , por la regla tan conocida , y sin embargo se ocurrió à el registro activo , y passivo , subsistiendo , no solo las determinaciones , sino estambien los motivos , y medios legales , que tuvieron , en cuyos terminos , *vt iam diximus* . 9. les compete à los interessados la excepcion de cosa juzgada ; porque vnos , y otros , y para que lo diga menos mal , todos litigaron , y litigan , *vt ciues* ; y si se quisiessse valer el Comendador , y Religiosos de que en aquel pleyto hubo de parte à parte diferentes recados de vrbánidad , y que se pusieron en parage de comprometerse ; nada de esto es apreciable , por no aver llegado à efecto , ni disputadose sobre derecho adquirido en fuerza de contrato , ù ajuste , que es el modo de construirse nueva ley , por las palabras del *text. in leg. contractus , de reg. iur. contractus ex ore partium legem accipiunt* ; y para que no le falte à nuestra question , ni aun esta leve circunstancia , Don Joseph Sotelo , viendo elevada la fabrica , con principio de hazer Celdas , y dormitorios , pues aunque tenian hechas tiendas para oficios mecanicos , y viviendas encima para ellas , como esto no lo podia questionar , no reclamò , si quando *vt iam dictum est molestabatur in iure suo* , y pretendiendo fuesse mas poderosa la razon , que no consumir el tiempo en lo dilatado de vn juicio , passò por su persona à representar à el Comendador el perjuizio que se le seguia , y que estava dada regla con los Padres del Oratorio de San Phelipe Neri , que se examinasse por Peritos nombrados por vna , y otra parte , y se evitaria el pleyto ; y escusandase el Comendador , por no ser la Comunidad , quedò en convocarla , y posteriormente se le respondió por vno de los Padres Procuradores , que no perdiessse tiempo ; pues ni la Comunidad venia en el modo de las ventanas , ni en otorgar el instrumento , que asimismo se le pidió de ser mas antigua , que la obra su casa , no mereciendo à la estimacion de la Comunidad esta respuesta , tanto por quien la dava , como por lo que su casa tenia grangeado , por la antigua vezindad , y buena correspondencia de si , y de sus passados , quienes avian correspondido à todo lo que podia resultar en alivio , y estimacion ; con que no le quedò que executar en obsequio de la Comunidad.

Se

47 Se ha pretendido persuadir afsimifmo , no verificarse en la question presente la regla de denunciacion de nueva obra ; y si acaso le ha sido licito à mi poca inteligencia comprehender el motivo , se reduce à que no ay servidumbre de ninguna de las especies , que considerò el Derecho; cuyo requisito, ni se necessita, ni pide, *per neesse* para nuestra question ; pues en este caso seria mas poderosa la accion à causa de el dominio, en que se fundaria el que pretendia construir la servidumbre, por lo que *ab incunabulis* de nuestra jurisprudencia , nos enseñan los institutarios en la etimologia de la servidumbre real , que es aquella, *que debetur rei* , en las palabras dignas de observarse: *Quod dominantis utilitatem auget servientis libertatem minuit* ; siendo assi , que tanto en la substancia, como en el modo subsiste la de denunciacion de nueva obra, en el modo ; pues atendiendo à la ley de nuestro Reyno 1. del tit. 32. de la 3. part. y lo que repite à ella D.D. Greg. Lop. entra suponiendo, que labor nueva , se dize toda aquella, *que sea fecha , è ayuntada por cimiento nuevamente , &c.* con que aviendo el Comendador , y Religiosos sacado nuevos cimientos, y tan fuertes , como para mantener tiendas , viviendas, y transitos de dormitorios , con tanta elevacion, nos hallavamos en la primera parte de la ley, no contentandose con sola esta expresion, sino es que aun en caso que sea sobre el mismo cimiento, ò muro, ò otro edificio antiguo; por la qual labor se muda la forma, è la faccion de como ante estava, que es la segunda parte, se dize tambien nueva obra; cuyo principio ponderò el Iul. Cap. en sus *discept. forens.* en la *discept.* 167. à num. 7. ex leg. 1. §. *si quis hic*, ff. de non. oper. enunt. en las palabras: *Sed si reficiat vetus, non mutata forma, non est novum opus facere, & sic non datur nunciatio novi operis*, leg. 1. §. *si quis edificium*, leg. *stipulatio*, §. *opus*, ff. eod. tit. leg. 4. Cod. de oper. public. con que aviendo el Comendador, y Religiosos mudado tan del todo la primera forma, que desde habitaciones de viviendas particulares, la intentan hazer transitos de dormitorios de Religiosos, es ageno de question el militar la regla de denunciacion de nueva obra en la substancia , por las mismas palabras de nuestra ley 1. del Reyno citada, ibi: *E pueda vedar, ò estorvar todo home que tenga, que recibe tuerto por ella , & dict.* Greg. Lop. concordando con la ley 1. §. *id vero, quod humani iuris est*, ff. de divis. rer. & qualir. donde explica, que consiste en la vniversalidad de todos, & *in nullius bonis est*, que es lo que queda tan latamente fundando , *nam molestatur in iure suo*.

48 No pudiendo menos de ser este nervio de defensa ex-
dia-

81
 diametro opuesto al primer artículo formado por el Comendador, y Religiosos, para que se les alze el embargo, debaxo de la fiança de demoler, pues siendo este remedio legal dentro del recinto de denunciacion de nueva obra, *ex dict. leg. 9. tit. 32. part. 3.* cuyo principio *iam manet exornatum in 1. artículo*, se verificava el argumento mas fuerte de las Escuelas, *per te*, pues como sienta la mas solida Philosophia, *quodlibet est, vel non est*, fino es denunciacion de nueva obra, como pretende el Comendador, y Religiosos se les alze el embargo con la fiança de demoler; y si lo es, por què se niega de que nacia el mas solido fundamento de los interesados, y la exclusion, no solo para obtener, pero ni aun para arguir del Comendador, y Religiosos por el axioma comun *contra principia negantes non est arguendum*, de que se manifestava su debil fundamento; pues ni aun para las reglas generales se aquietan à sus principios, substrayendose del contexto de su formalidad para no quedar convencidos, como se verificò en querer persuadir que la Calle que llaman de la Merced era muy ancha; y para que no quede question en lo que es ageno de ella, han passado los interesados ha hazer diseño de fabrica, casas, y calles, que es el que està al principio de este papel, autorizado de peritos, y legalizado en la forma ordinaria; y à poder reducir la distancia de esta Corte à la de Roma, no pasaran à la demonstracion; pero como quiera que los señores Juezes no pueden reducir à el sentido practico de la vista, como lo executò el señor Auditor, es necessario valerse de la segunda naturaleza, que es el artificio para que no se experimente el desconuelo de la inteligencia por la imposibilidad de la distancia, que es à lo que mirò para facilitar los comercios, y noticia de las gentes, la introduciõ de las cartas, q̄ desde su primer origen tocò el Balmased. *de collect. quest. 89. n. 12.* passando à la imposicion de la pena de falsario al q̄ las abre, *ex leg. eum qui 14. §. si epistola de furtis, D. Ioan. Solorç. de iur. Ind. tom. 2. lib. 1. cap. 12. à n. 38. ex leg. 2. ad leg. Cornel. de fals. cap. cum olim magister, 33. de offic. Iudic. de leg. cap. ad audientiam, 3. de crim. fals. exornandolo con letras humanas, y estrechandolo à los terminos del fuero interior, Sanch. in Consil. Moral. lib. 6. cap. 6. dub. 3. à num. 1. vsque ad 4. à cuya decission penal se sugetaràn los interesados en caso de ser capaces de faltar à el respeto que se merece Tribunal tan superior, por poner duda en la certeza del hecho, en el qual no debe aver disputa.*

49 Que el Comendador y Religiosos vsen del remedio de la apelacion, que los Doctores llamaron *presidium legis*, no es digno

no de admiracion , porque como quiera que el Derecho mirò à que las sentencias fuesen à la satisfaccion de las partes, hasta que evacuados todos los terminos de Derecho hallasen el defengaño, que fue lo perceptivo de la ley 1. *si sepius in integrum restitutio postuletur*, ibi: *Appellare enim debuisti si sententia vobis displicebat*; pero que excediendo los terminos de lo permissivo quieran à expensas de quejarse subsista la razon que no tienen, es mas manifestar la poca propension à las personas, que à fer robusta la razon de lo que piden; y si esto se quedasse entre los individuos, que à su arbitrio se estiman doloridos, fuera menos digno de nota; pero passar à manifestarlo generalmente en caracteres, que el mas rudo lee, increpando operaciones tan arregladas à los terminos de Derecho, quando no han de poder producir efecto alguno, pudiera dezir lo que el *text. in leg. in fundo 38. ff. de rei vindic. cum alijs, nihil laturi, nisi ut officiam, & malicijs non est indulgendum*, no teniendo otro concepto que el esforzar la sinrazon con que pretenden registrar las casas de los particulares à fuerça de multiplicar quejas; y mas quando en la prosecucion de la instancia se puede estender el discurso à ponderar lo injusto de la sentencia, aviendo la suma distancia de que en este caso *est iuri consonum*, en aquel nada mas reparable, ni ageno de proseguir la que se llama por el Comendador, y Religiosos justicia.

50 Cuyas circunstancias, atendidas de *primo ad ultimum*, fundan de derecho los interesados, en que se desprecie el articulo, sobre que se levante el embargo debaxo de la fiança de demoler; que no se atienda à el de prueba, no solo por no ser necesario, sino es por la causa de su introduccion, que es el que tenga efecto el antecedente; que el concepto del Auto de fuerça fue debaxo de lo expreffado, y que siempre permanece la razon para introducirle; que el fundamento en lo principal, es indubitado por Derecho, Ordenanças, Estatutos, decisiones, y regla dada por la Executoria del Consejo de Castilla; y que asimismo se ha satisfecho à los que se llaman fundamentos por el Comendador, y Religiosos. *Ex quibus*, resulta ser digno de confirmarse el Auto, *ut sperant. Salvo in omnibus.*

Lic. D. Pedro Remirez
Calderon.

BIBLIOTECA HISTORICA MUNICIPAL



1200008230

Ayuntamiento de Madrid