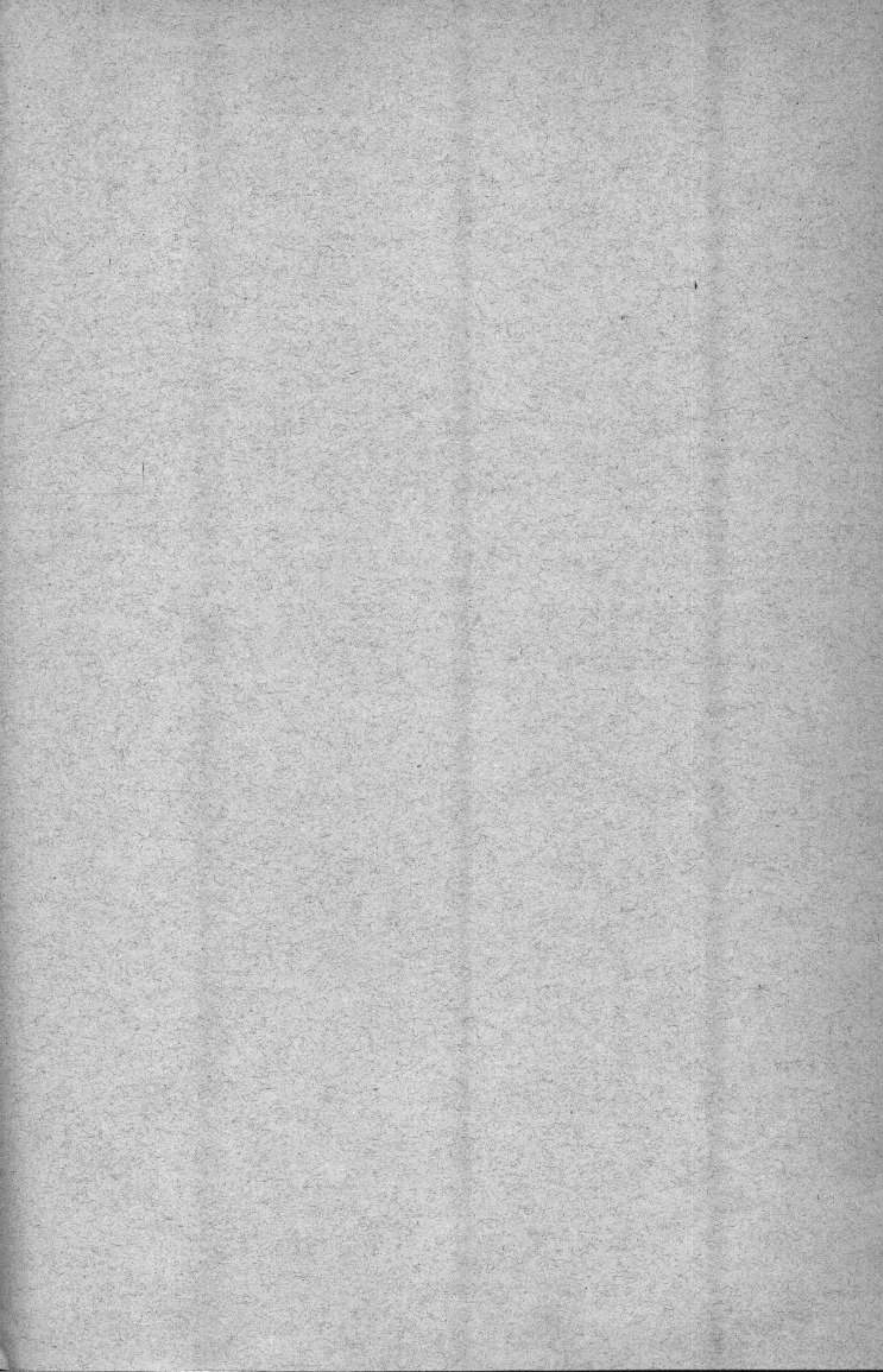




R. 2

B. 6. folio





A.T.V.
13535



N. - 39607

R - 22230

338



IESVS MARIA IOSEPH.

P O R

DON FRANCISCO ANTONIO
de Vrtusaustegui y Salazar, num. 37. vezino
de el Valle de Gordojuela, en
el Señorío de Viz-

caya.

C O N

- Don Francisco de Oxirando, num. 32.
- Joseph de Oxirando, numer. 33.
- Ignacio de Oxirando, num. 34.
- Juana de Oxirando, numer. 18.
- D. Miguel de Chauarria y Oxirando,
n. 27. todos vezinos del dicho Seño-
rio, Valle de Orozco, y tie-
rra de Ayala.

S O B R E

La tenuta de el vinculo, y mayorazgo que fundò Don Migue de Oxirando num. 20. Cavallero que fue del Orden de Santia go, y Alguazil mayor del Real Consejo de las Ordenes.

DON Francisco Antonio de Verutiaustegui num. 37. pretende la tenuta, como descendiente legitimo de Andres de Oxirando, num. 4. hijo legitimo, y mayor, q̄ fue de San Iuan de Oxirando, num. 2. y de Antonia de Verutia, num. 1. su primera muger, & sic, por ser de mejor linea.

2 Don Francisco de Oxirando, num. 32. la pretende, por dezir, que es descendiente de Iuan de Oxirando, num. 5. hijo legitimo, y mayor, que supone fue del dicho San Iuan de Oxirando, num. 2. y de Iuana de Mendial Salazar su segunda muger, num. 3. & sic, por ser vtrinque conjunto con el fundador, y asistirle la calidad de mayoria, y mejor linea, respecto de los demas hijos del segundo matrimonio.

3 Don Ioseph de Oxirando, num. 33. dize, que se le ha de mandar dar como à nieto legitimo de San Iuan de Oxirando, num. 15. hijo mayor que dize fue de Pedro Saez de Oxirando, num. 7. hijo mayor que tambien supone fue de num. 2. y 3. & sic, por la mesma razon que la pretende Don Francisco, numero 32.

4 Ignacio de Oxirando, num. 14. tambien la pretende, como nieto legitimo de Pedro de Oxirando, numer. 16. por dezir, que este fue mayor que num. 15. y nu. 7. mayor que num. 4. y ser descendiente de num. 2 y 3.

5 Iuana de Oxirando dize le toca, y se la deve dar, como à hija legitima de Pedro Saez, num. 7. y nieta de num. 2. y 3. y parienta mas cercana del fundador.

6 Don Miguel de Chauarria, num. 27. la pretende como nieto legitimo de num. 7. viznieto de num. 2. y 3. y el pariente varon mas cercano del fundador, y del vltimo poseedor.

7 Este es el epigraphe del pleyto, y el sumario de las pretensiones de las partes. Las clausulas de la fundaciõ son seis. La que conduze al punto de la controuersia solo es la sexta.

8 En la primera: Se funda mayorazgo perpetuo regular.

9 En la segunda: Llama el fundador à sus hijos, y descendientes legitimos, y en falta de ellos, à los naturales.

10 En la tercera: Llama en falta de hijos, y descendientes legitimos, y naturales, à Don Miguel Domingo de Oxirando, num 28. hijo legitimo de Gabriel de Oxirando, num. 19. y à sus hijos, y descendientes naturales.

11 En la quarta: Llama en falta de los arriba llamados à Doña Iosepha de Oxirando, n. 29. y à sus hijos, y descendientes legitimos, y à falta de legitimos, à los naturales, hijos de varon.

12 En la quinta: Llama à falta de los dichos, à Doña Maria de Oxirando, num 30 y à sus hijos, y descendientes en la forma que à los de Doña Iosepha.

13 Y en la sexta: Se ordena, que en falta de todos los llamados, suceda el pariente mas cercano de parte de padre, ò de madre del fundador, prefiriendo los de parte de padre à los de la madre, y el mayor al menor, y el varon à la hembra, y los de la linea del ultimo possedor à todos los demas, y los hijos, y descendientes legitimos de los parientes del fundador mas cercanos, siendo vno solo el possedor. Y excluye Frayles, y Monjas.

14 El primero, y vltimo possedor de este mayorazgo fue Don Miguel, num 28. porque el fundador no tuuo hijos, ni èl tampoco, Doña Iosepha, numer. 29. murió sin dexar sucesion, y Doña Maria, num. 30. por ser Religiosa professa, està excluida, con que ha llegado el caso del llamamiento del pariente mas cercano. His sic in facto suppositis.

15 Et etiam in iure supponere debemus, que en toda succession de mayorazgo debe hazer demonstracion precissa el que quisiere obtener, de estas tres circunstancias, *se vocatum esse, habere qualitatem sub qua vocatus est, & sua substitutionis casum euenisse.* Roland. cons. 66. num. 3. lib. 3. Menoch. cons. 97. num. 103. & seqq Burgos de Paz cons. 34. n. 21. Azeued. cons. 18. num. 17. Casanate cons. 4. num. 9 D. Larrea decis. 33. num. 33. Lanar cons. 60. à num. 2. lib. 1. D. Castell. tom. 6. controu. cap. 136. n. 68. Argelo de acquir. possess. quest. 8. articul. 13. num. 5. Capic. Lacro decis. 144. num. 15.

16 Probando el llamamiento con legitimacion de persona, leg. 1. Cod. quorum bonorum, ibi: Non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, & ad hereditatem, vel bonorum possessionem admissum probaueris, leg. 1. §. si ea, ff. de

ff. de ventre in possessionem mitendo, Peregrin. de fideicommissis, articulo 43. num 6. D. Paz de tenuta, cap. 24. num. 1. Milanens. decis. 2. num. 17. lib. 2. Antonin. Amato 2. parte variar. resol. 78 à num. 1. sin la qual ningun Actor puede vencer, por ser la vassa fundamental de todos los juizios, vt notant DD. communiter in leg. qui stipendia 9. leg. licet 24. Cod. de Procuratorib. Et in leg. non ignorat. 9. leg. si quis 20. Cod. de his qui accusare non possunt. Carolus de Grasis de exceptionibus, except. 4. à num. 88. Posthio de manutendo, obseruat. 87. num. 3. Virgil. de legitimat. personar. in praluaijs à num. 1. Paz in praxi, tom. 1. part. 1. temp. 2. num. 7. Et part. 4. cap. 2. num. 17. Pareja de instrum. aditione, tit. 6. resolut. 2. num. 1. D. Castillo lib. 3. controuers. cap. 24. num. 130. Carleual de Iudicijs, lib. 1. tit. 2. disput. 4. num. 1. Augustin Barbof. in cap. 1. de accusat. num. 1.

17 Quod quidem absque dubio procedit, en el juicio de tenuta, por tener, como tiene admixta causa de propiedad, ex leg. 10. tit. 7. lib. 5. Recopilacion, cuyo remedio no se concede, sino al que mostra re llamamiento, legitimando su persona, y auer llegado el caso de el, ex leg. 45 Tauri, hodie, leg. 8. tit. 7. dict. lib. 5. ibi: Se traspasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la voluntad del fundador debiere suceder. D. Molina lib. 3. cap. 4. num. 44. Et cap. 13. num. 9. ibi: Non enim remedium possessorium, ex dict. leg. Tauri, proueniens conceditur, nisi illi, cui clarè, Et aperta ipsius maioratus successio delata est, facie leg. interdictorum, §. quadam, ff. de interdicti, ibi: Quadam interdicta rei, id est, proprietatis, persecutionem continent, y mas adelante: Nam proprietatis causam continet hoc interdictum, leg. 3. §. hoc autem, ff. de itinere actiunque priuato, Pater Molin. disput. 637. num. 4. tom. 2. Hieronim. de Leon decis. 64. num. 16. part. 1. D. Paz de tenuta, cap. 6. num. 7. Et cap. 7. num. 30. cap. 13. num. 31. Et cap. 30. num. 27. cap. 33. num. 27. Et cap. 38. num. 17. cap. 41. num. 11. Et cap. 57. num. 41. D. Valenc. conf. 69. num. 248. Pascal. de virib. patrie potestat. 2. part. cap. 2. num. 27. Cesar Manent. conf. 136. à num. 34. Et conf. 138. à num. 4.

18 Y en competencia de pretendientes, se deue conceder al que por medios mas releuantes indubitables, y claros, mostrare legitimada su persona, & per consequens, su llamamiento, la calidad del, y el evento, leg. fin. §. si autem, Cod. de edicto diui Adrian toll. ibi: Et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, leg. 3. tit. 14. part. 6. Menoch. de

adipiscend. possess. remed. 4. num. 579. Argel. de legitim. contradic-
tore, quest. 2. art. 4. num. 149. Cancer. variar. tom 3. cap. 14. nu-
mer. 29. Polth. de manus. obseruat. 71. à numer. 113. Noguero
allegat. 25. num. 209. Anton. Gomez in dict. leg. 45. Tauri, num.
147. Burgos de Paz conf. 39. num. 13. D. Castell. lib. 3. controuer.
cap. 24. num. 143. Parlador. lib. 2. rer. quotidianar. cap. 5. num. 10.
Mieres de maioratib. 3. part. quest. 15. à num. 54.

19 Sera preciso entrar reconociendo quien de los
pretendientes la tiene legitimada, & hoc probando, conclu-
yentemente, y sin linage alguno de duda ser descendiente le-
gitimo de San Iuan de Oxirando, num. 2. abuelo del fundador,
en la forma que lo alegan en sus pedimientos, y como esta des-
cendencia se ha de probar de grado en grado, vt nos docet Ro-
manus Pontifex in cap. licet ex quadam 47. Et testib. ibi: Singu-
los gradus clara computatione distinguant, l. Juris Consultis, in prin-
cip. ff. de gradib. Princip instit. de gradib. cognat. D. Covarr. lib. 2.
variar. cap. 6. num. 6. vbi plures Ayllon, August. Barbof. de po-
testate Episcopi, 3. part. allegat. 51. num. 157. Escobar de paritate.
2. part. quest. 4. artic. 2. num. 102. vbi num. 104. redit rationem, ibi:
Et cum consanguinitas tanto propinquior reputetur, Et plures con-
sineat lineas, quanto paucioribus gradibus distat, non poterit discerni
propinquitas, nec linearum coniunctio, nisi per discretos, Et distinctos
gradus, D. Valenc. conf. 105. numer. 52. Peregrin. de fideicom.
artic. 43. num. 68. En qualquiera de los que se articulan que fal-
te probança legitima, es lo mismo que si faltara en todos; por-
que los grados del parentesco son como los eslabones que vnen
la cadena, que vno que se suelte basta para desunirla. Y assi dis-
curriremos por los grados en que se halla la dificultad, y defec-
to de probança en lo respectiuo à los del num. 32. 33. y 34.

Excluyese la probança de Don Francisco de Oxirando, num. 32.

20 No nos detendremos en impugnar su filiacion
hasta Iuan de Oxirando, num. 5. porque bastantemente diran
contra ella los demas litigantes por auer mucho que dezir, lo
que le negamos es, que el dicho Iuan de Oxirando, de quien di-
ze ser viznieta, fuesse hijo de San Iuan de Oxirando, numer. 2.
y de Iuana de Mendiuil su segunda muger.

21 Para probar que Iuán de Oxirando, núm. 5. fue hijo legitimo de San Iuan de Oxirando, y de Iuana de Mendi-
uil, num. 2. y 3. se vale Don Francisco de testigos, è instrumen-
tos, con que es preciso tratar de cada especie de probança con
distincion, y en primer lugar excluïremos la que se compone
de testigos.

22 De dos generos de testigos se vale Don Francis-
co para probar lo referido, vnos examinados en el Valle de
Oquendo por el Alcalde Ordinario de el, y por testimonio de
dos Eseruanos, pendiente ya este pleyto en el Consejo, sin pro-
uision, ni otro despacho del, y sin citacion de las demas partes
litigantes: Para q̄ no les pueda perjudicar son sobradas circun-
stancias: Nam probationes factæ coram alio iudice incompe-
tent in nihil probant, l. 1. § per sor. tit. Cod. si anon. comp. iudic. vbi
omnes DD Bald. in Auth. Clericus, num. 11. versic. De inde, C.
de Episcopis, § Clericis, Escobar de puritat. 1. part. quest. 14 §. 1.
nu. 54. Y bastará solo el defecto de citacion, porque los testigos
examinados sin citacion de parte, no prueban enperjuizio del
que no fue citado, cap. 2. de testibus, ibi: Ecce admonendus est sem-
per aduersarius, ut ad audiendos testes veniat, quod quia hic emis-
sum est necesse est, ut quod contra legem actum est, non habeat firmi-
tatem, cap. significauit 41. eodem titul. ibi: Denuntiando fundatori-
bus ante dictis, vel eorum heredibus, ut receptioni testium, si velint,
interfint, § super denuntiatione sic facta confici facias publicum ins-
trumentum, Auth. sed, § si quis ab aliquo, Cod. de testibus, & No-
uella 90. cap. 2. vnde sumitur, l. 4. tit. 16. part. 3. ibi: Pero quando
estos testigos fueren de recibir, deuenlo hacer saber à aquel contra quien
los quiere recibir, ò à sus herederos que venganser al recibimiento de
ellos, si quisieren. E el juzgador que los recibiere, deue hacer carta de
como gelo hicieron saber, è faga selo escriuir en aquella carta misma en
que escriuiere los dichos de aquellos testigos, porque si negasse que non
gelo ficiera saber, que pudiesse ser probado, l. 23. eodem tit. 16. part. 3.
ibi: E esta jura deue tomarse, yendo la parte delante, contra quien son
aduchos, faciendo gelo ante saber, è señalándole el día à que venganser
ver como juran.

23 Cuya regla assientan por indubitable D. Couarr.
lib. 2. variar. cap. 3. num. 5. Tiraquel. in tractat. res inter alios acta
à num. 19. Vantius de nullitat. tit. ex defectu citationis num. 54. Ma-
rant. de ordine iudicior. 6. part. cap. de citatione à num. 26. Mascard.
de probat. in proamio quest. 5. à num. 36. Farinac. in praxi crimi-

250
mal. 2. part. quest. 7. à num. 1. Gratian. decis. Martia 231. num. 5.
Azebedo in l. 10. tit. 17. lib. 4. Recopil. à num. 48. Narbona in l. 82.
tit. 5. lib. 2. glos. 3. Guacinus de defens. reor. defens. 24. cap. 9. per tot.
Noguerol allegat. 36. num. 42. Augustin. Barbossa in d. cap. 2. de
testibus num. 1. & 2. D. Emanuel Gonzalez Tellez in dict. cap. 2.
num. 45. & 6. D. Valenc. cons. 105. num. 47.

24 En tanto grado, que ni la costumbre, ni estylo
del tribunal que aya en contrario son bastantes, para que se ten-
ga por probança la hecha sin citacion, vt ex veriori sententia,
tenent Marfil. cons. 8 num. 17. & seqq. Additio ad Decim in dict.
cap. 2. de test. b. num. 57. Francisco Personal in tractat. de indi. ys.
& tortur. num. 19. versic. Et hac quoque ratione, donde dize:
Quod hac erit potius corruptela, quam consuetudo, & ideo non ser-
uanda, quia sicut Princeps non potest tollere citationem, quia est de iu-
re Diuino, multo minus poterit eadem citationis solemnitas tolli à con-
suetudine, y trae varios fundamentos para comprobacion de esta
sentencia.

25 Los mesmos testigos que bueltos à presentar con
otros tres mas hazen 18. examinados en toda forma por el Re-
ceptor del Consejo, a quien se cometieron las probanças, dicen
de oydas à sus mayores, nombrádoslos, que Iuan de Oxirando,
fue hijo legitimo de San Iuan de Oxirando, y de Iuana de Men-
diuil, y el mayor de los demas hijos que tuieron.

26 Reconocesse que, aunque lo regular sea, el que
los testigos de oydas, no hazen probança, cap. licet ex quadam de
testib. leg. 28. tit. 16. partit. 3. leg. 20. tit. 9. partit. 4. D. Valenc. Ve-
lazquez cons. 90. à num. 73. & cons. 114. num. 6. Augustin Bar-
bossa voto 50. num. 3. & seqq. D. Castell. tom. 6. controuers. cap.
112. num. 3. & seqq. Noguerol allegat. 23. num. 94. & allegat. 25.
num. 275. En las materias antiguas, en que los testigos no pue-
den alcançar à deponer de vista la hazen, conque juntamente,
con las oydas, depongan de fama publica, pero no sin que tambien
depongan de ella, y esto es porque el derecho se contenta con la
probança, que verosimilmente puede hallarse, leg. si arbiter 28.
ff. de probat. leg. in summa. & idem labeo, ff. de aqua, & aqua plu-
u. arcend. l. g. 29. tit. 16. partit. 3. ibi: E que de esto era fama entre los ho-
mes, & cum Hostiens in dict. cap. licet ex quadam, num. 2. Ioann.
Andreas, num. 3. & alijs pluribus aduertunt Farinac. quest. 69.
num. 125. & seqq. Augustin Barbos. in dicto voto 50. num. 36. &
39. D. Valenc. cons. 92. num. 190. Escobar de puritat. 1. part. quest.

9. §. 14. num. 23. Garcia de nobilit. glos. 18. §. 1. num. 6. & 7. Dom. Castill. in dict. cap. 122. num. 27. Y esto mismo dispuso la ley de Cordoua 8. tit. 11. lib. 2. Recopil. para las probanças de hidalguia, ibi: Pero si el Abuelo huuiere su oïa tan antiguo, que los testigos no le puedan conocer, que a lo menos depongan de el, de oydas, y fama publica.

27. Pero aunque esto proceda asï, es tambien de advertir, que para que los testigos de oydas hagan fee y probança, es necesario que depongan, con las calidades, y circunstancias que refiere el cap. licet ex quadam, de las quales es vna, que ayen de contestar en las personas, a quien dizen lo oyeron, porque de otra suerte, siendo los autores de las oydas diuersos, & per consequens, singulares, lo vienen a ser tambien los testigos, que deponen de ellas, vt colligitur ex dicto cap. licet ex quadam, ibi: Non utique ab vno, cum non sufficeret ille, si viueret, sed duobus ad minus; por cuyas palabras, lo afirman asï, con otros muchos que refieren D. Valenç. cons. 90. num. 77. ibi: Secundo quod audierint, non solum ab vno, sed ad minus a duobus, & quod sint contestes in idẽ sitate personarum, a quibus audierunt, nam si essent differentes resuleret etiam in testibus singularitas, & differentia, & non possent auctoritatem habere probandi, D. Castill. in dicto cap. 122. num. 21. ibi: Ita quoque quod testimonium de auditu ita demum probet, firmitatemque obtineat, quando illi a quibus testes singuli audierunt, sunt eadem persona ab vno quoque teste nominata secus si diuersa. Testes enim de auditu singulares, & diuersi in auctoribus, a quibus audierunt, nihil probant, Hojeda de incompatibilitat. beneficior. cap. 23. num. 40. versic. Hac tamen communis, ibi: Sexto, declaratur debere ab eisdem testes audiuisset, ita vt contestes existant, secus si a diuersis, nam tunc singulares essent, & non probarent. Garcia de nobilit. glos. 1. nu. 49. Escobar de puritat. 1. part. quest. 9. §. 4. num. 71. & 72. & notissimè D. Gonçalez Tellez in dict. cap. licet ex quadam, num. 1. ibi: Et testes ipse de auditu deponere debent se audiuisset a pluribus, & saltim duos nominare in quibus consentiant, & non sufficit si vnus dicat audiuisset a duobus, alius vero ab alijs duobus.

28. Otra es, que las personas a quienes huuieren de dezir que lo oyeron, y en quien han de contestar, han de ser de los mayores, de cuya parentela se trata, y no bastarà dezir los testigos que lo oyeron a sus propios padres, abuelos, amigos, o parientes siendo estraños, y en este sentido entiende la Glosa las palabras del texto in dict. cap. licet ex quadam, in quantum dicit:

cit: ab antiquioribus quidem suis, ibi: Suis, qui etiam praferuntur
in consanguinitate computanda: quia ipsi melius sciunt suam genea-
logiam, infr. qui matrimonium accusare poss. cap. videtur, & cap. 1.
& 2. 35. qu. est. 6. & non ab extraneis sciunt, quia illi non sciunt ista.
Peregrinus de fideicommiss. artic. 43. num. 80. ibi: Et est notandum,
dum dicitur, quod audierint ab antiquioribus, & maioribus suis, nã
suis, exponitur de antiquioribus istorum, de quorum parentela agitur
non autem ipsorum testium, si extranei essent. Sic glos. in dict. cap. li-
cet, in verbo, suis, communiter recepta, Corneus cons. 78. colum. 3.
Escobar de puritate, & nobilitate. 1. part. qu. est. 9. §. 4. num. 76.

29. Tambien es requisito esencial, el que los testi-
gos que deponen de oydas, con las dos calidades, y circunstan-
cias referidas, al fin de sus deposiciones juren que tienen por cier-
to lo que dicen auer oydo, esto es que Iuan num. 5. fue hijo de
los del num. 2. y 3. d. cap. licet ex quadam, ibi: Et in suo nihilomi-
nus iuramento concludant, se accipisse à suis maioribus, quod depo-
nunt, & credere ita esse, l. 1. §. 9. tit. 9. part. 4. ibi: E aquello que dixere-
des en esta razon de este testimonio, que crees que es assi, & ibi Grego-
rio Lopez glos. 3. in hunc modum scripsit. Speciale est in testibus
deponensibus super consanguinitate, vel simili impedimento matri-
monij, ut testes in fine dicti iurent de credulitate, ut hic, & in cap. licet
ex quadam de testib. & in cap. literas de presumpt. Peregrin. in d.
artic. 43. num. 80. Petra de fideicommiss. qu. est. 13. num. 71. Fari-
nac. in d. qu. est. 69. cap. 1. num. 99. & 100. & cap. 2. num. 115. & seqq.
vbi ex sententia quam plurimorum tradit, quod testes de audi-
tu nunquam probant consanguinitatem, nisi expresse dicant se
credere ita esse quod audierunt, imo quod non tantum debent
dicere, se ita credere, sed etiam se ita firmiter credere, & quod in eorũ
conscientia non dubitant, & ex defectu huius requisiti reprobari
in simili testes, D. Castillo tom. 6. cap. 122. num. 19. D. Valenc.
cons. 92. num. 88. Escobar de puritate 1. part. qu. est. 9. §. 4. num. 78.
vbi plures.

30. Estos quatro requisitos, y circunstan-
cias les faltan à estos testigos, y probança, porque ni deponen de la fama
publica, segun que deuian, extraditis supra numer. 26. No con-
testan en las personas a quienes dicen lo oyeron, porpue cada v-
no las nombra diuersas, conque vienen à ser singulares. Tam-
poco las que nombran son de los ancianos, y mayores de la pa-
rentela que se trata de probar, sino extrañas, y menos concluye
sus juramentos con el credere ita esse, y yltimamente, les faltan
C otros

otros muchos requisitos del capítulo *licet exquadam*; conque por todos medio se califica, no se les deuer dar fee à estos testigos de oydas

31 Y aunque es controuertido entre los DD. si las calidades que pide el capítulo *licet exquadam*, es necessario que interuengan en qualesquiera testigos que deponen de oydas, aunque no sea la causa matrimonial, afirmando muchos que si, y negando otros, como consta de lo que juntò el señor D. Iuan del Castillo *in dict. cap. 122. num. 23.* La verdadera sentencia, es la que distingue entre las causas arduas, y graues, y las que no son de semejante calidad, esto es leues, de forma, que en las arduas, y graues deuen interuenir los mesmos requisitos; pero en las que no, no se tienen por precisos, vt docte cum pluribus concludit D. Valenç. Velazquez *dict. cons. 90. num. 75. his verbis: Sed concordia huius contrarietatis est, quod licet, cap. licet, exquadam procedat in causis matrimonialibus que sunt ardua, possit extendi illius dispositio ad alias causas arduas.* Y hablando en terminos de succession, donde se pretende por testigos de oydas excluir à vno, Cauedo *decis. 73. pars 2. numer. 13. ibi: Verum tamen est, quod illa distinctiones, & supputationes graduum, & illa tam anxia diligens, & exacta inquisitio, quam vult dictum, cap. licet exquadam, sibi duntaxat vindicat locum in probanda coniunctione, vel solutione matrimonij prout loquitur ille textus, VEL QUANDO AGITUR DE SVCCEDENDO ALICVI AD EXCLUSI- NEM ALTERIVS, vt consuluit Paul. cons. 56. super primo, colam. 2. versic. Nec obstat in prima parte, extra vero casum matrimonij, ET ISTVM SVCCESIONIS cessabit illa dispositio, vt subtiliter consuluit Aretinus, siue en la Peregrin. de fideicomis. art. 43. num. 80. Escobar de puritas. 1. part. quest. 9. §. 4. nu. 21. y otros que refiere el señor Castill. *in d. cap. 122. num. 23.**

32 Que la materia de que se trata en este juyzio, sea de las graues que pueden considerarse, no parece que admite duda, assi por ser sobre succession de mayorazgo, como por la calidad del officio, y bienes pertenecientes à el *ex l. 4. tit. 1. lib. 3. Recopil. ibi: Saluo si el caso fuere de grande importancia, assi como de bienes de mayorazgo. Pareja de instrum. adit. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 65. ibi: Tertia limitatio a que, & secure procedit, quoties agitur de magno preiudicio, veluti de auferendo maioratum à possessore, aut quid aliud huiusmodi.*

25A
6
cia contraria, los Autores que la figuen, no dan por bastante la probança de oydas singulares, y que no contestan, y se halla tan desnuda de adminiculos, como lo està esta, ni la razon lo dicta. Nam hoc genus probationis, etiam in antiquis maxima laborat suspitione, fragile & prosternabile à Doctoribus appellatur, ut constat ex aductis per Crauetam *de antiquitat. tempor. 1. part. sect. v. visso de fama, num. 9.* Menoch *de arbitrarijs, lib. 2. casu 475. num. 7. & seqq.* Farinae: *in dict. quest. 69. num. 101.* Tum quia de facili inueniuntur testes qui dicunt sic & sic rem audiuisse, ut animaduertit Ancharran. *conf. 194. volum. 2.* Craueta *in dicta sectione, visso de fama, num. 9. & 12.* Petra *de fideicommiss. quest. 13. num. 82.* Menoch. *in dict. casu 475.* Cuman. *conf. 77. volum. 2. versic. Ad quartum.* Tum quia dictum vnus, etiam sine ratione, & causa, facile sequitur multitudo, *cap. cum in iuventute 12. versic. Scientes, ubi glos. verbo facile sequitur, de purgatione canonica, Malcard. de probat. conclus. 748. num. 7.* D. Valenc. *conf. 90. num. 74.* vbi ab omnibus sic ratiotatur, *quia sicut ex se facile est audire, ita facile est credere, quamuis nec fundamentum, nec veritatis tramitem, quod dictum est capiat.* eo quod sunt homines prauæ naturæ, & faciles ad credendum, *l. 1. §. dolum, ff. de eo per quæ factum erit, cap. Deus 2. quest. 1. cap. quamuis 75. 11. quest. 3. cap. iudicantem 30. quest. 5. cap. siquid vero 86. distinct. à quibus si ratio non exquiratur, facile mendacia cooperientur, & sicut vera sequerentur, ut pluribus obseruat, & exornat Escobar *de parit. & nobilitat. 1. part. quest. 9. §. 4. num. 35. & 36.**

34 La prueba de esta verdad la hallamos en este pleyto, porque las oydas de estos testigos, solo tienen por fundamento, el auer visto vn instrumento que se ha supuesto por Don Francisco, ser el testamento de San Iuan de Oxirando, num. 2. en que se dize, ser Iuan num. 5. su hijo, y el mayor de los que tuuo, y procreo en el matrimonio segundo, que contrajo con Iuana de Mendiuil, *al qual se remiten*

35 De creer es, que assi como se procuraron prender estos testigos por el acto de auerlos examinado ante aquel Alcalde Ordinario del Valle de Oquendo, para que quando huviessen de deponer ante el Recetor del Consejo dixessen lo mismo, ò no pudiessen dezir lo contrario, *& sic in fraudem*, como lo reparò el Romano Pontifice, *in cap. quoniam frequenter, ut lite non contestata, ibi: Ne forte hoc procuret in fraudem,* se les mostraria este instrumento para animarles à que dixessen, y que esto fueſſe

225
fuesse antes, o despues; de mouerse este pleyto, tambien era del
caso. Pero vt cuniquo sit, remitiendole, como se remiten a el,
conforme a principios seguros de derecho, en tanto haran fee
sus deposiciones, en quanto la mereciere el instrumento a que
se remite, y si este fuere falso, incierto, y supuesto, no mereceran
credito alguno, vt magistraliter docuit Bartol. in l. 1. num. 26 ff.
si certum petatur, quem ibidem sequitur Purpuratus num. 176.
Et in Anth. si quis in aliquo documento, Cod. de edendo, num. 176.
Gratian. discept. Forens. cap. 721. num. 34. Rota apud Farinac. de-
cis. 644. num. 2. in fin. in posth. 1. part. pluribus relatis Pareja de ins-
trum. edit. tom. 2. tit. 7. resolut. 9. num. 3. Nam cum relationis pro-
prium fit, per inde veram esse, ac verum apparet id, ad quod fa-
cta est, ex textu in l. asse toto 77. ff. de heredibus instituendis, l. si testa-
mentum 8 Cod. de institut. Et substitut. l. 8. tit. 3. l. 9. tit. 5. partit. 6. &
relatio siue expressa, siue tacite subintellecta naturam sumat,
ex veritate illius, ad quod fuerit facta, vel fieri debeat Baldus in
l. adeo. §. cum quis, ff. de acquir. rer. domin. Vantius de nullitat. ex
defectu citat num. 138. Decius cons. 638. num. 7. inde est quod re-
latio nihil est, dum relatum in incerto manet, dict. l. asse toto, l.
si ita scripsero 38. ff. de condit. Et demonstrat. l. ai Praetor §. 1. ff. de
re iudicata. Surd. cons. 5. num. 57. Marian. Antonin. lib. 1. va-
riar. resolut. 38. num. 5. Et resolut. 64. num. 7. Et lib. 2. resolut. 8. num.
12 & velut erronea reijcitur, & improbatu Decius dict. cons. 63.
sub num. 6. Menoch. cons. 1. num. 96. Escobar de puritat. 2. part.
quast. 3. a num. 38. D. Castell. lib. 6. controuerf. cap. 5. a nu. 6. Que
sea supuesto, y falso este instrumento, es euidente, vt ex sequen-
tibus apparebit, conque probandolo, quedan desuanecidas las
deposiciones de todos estos testigos, & per consequens, se vie-
ne a hallar Don Francisco, sin probar la parentela, y el grado que
debiera para incluirse.

36 Ad quod, lo que nos resta es, desuanecer este
testamento a que se remiten los testigos, y despues las demas es-
crituras de que se vale.

37 Para desuanezer el testamento breuemente, su-
ponemos, que no se halla en la Jurisprudencia, materia mas pe-
ligrosa, ni mas sujeta en el concepto de las leyes a padecer false-
dades suposiciones, y fraudes, que la de los testamentos, y vlti-
mas voluntades, l. iubemus 29. Cod. de testamentis, l. fin. Cod. de fi-
deli commiss. pro vt ex eis, & alijs obseruant inferius notandi
Doctores.

Tambien

38 También es de suponer, que los instrumentos
ahora sean testamentos, u otro qualquier genero de escripturas,
aliquando son falsos, aliquando de falso suspectos, pro vt docet
Bartol. in l. 1. § si quis negat, ff quem admodum testament. apperian-
tur, Farinac. de falsitat. quest. 151. num. 91. August. Barbof. vo-
to 68. num. 1. lib. 2. Y que entonces se dize el instrumento fal-
so, quando concluyentemente se prueba lo contrario de lo que
en el se contiene, y sospechoso de falso, quando no ay probança
concluyente de la falsedad, sino sospechas, y conjeturas de ella,
vt in l. 2. ff. de fide instrument. l. iubemus, Cod. de probationib. cap. olim
ex literis, de rescriptis, cap. ex literis, cap. inter dilectos, de fide instru-
mentor. cap. fin. de crimine falsi, Selsè decis. 118. num. 8. Augustin
Barbof. dict. voto 68. num. 1.

39 Las conjeturas, y presumpciones que califican
fer sospechoso de falso el instrumento, resultan de vicios visi-
bles, è invisibles, Farinac. conf. 109. num. 9. § 10. part. 2. Mascard.
de probat. conclus. 740. Menoch. de presumpt. lib. 5. presumpt. 20.
August. Barbof. lib. 2. voto 68. num. 3. Y como la falsedad siem-
pre se comete ocultamente, es de tan dificultosa probança, que
el descubrirse se tiene por diuina reuelacion, Baldus in l. si ex fal-
sis, C. de transact. num. 2. Noguero allegat. 26. num. 144. Barbof.
dict. voto 68. à num. 4. D. Larrea allegat. 96. num. 2. Para no dar-
se fee al instrumento, quando civilmente se trata de su valor,
bastan congeturas que induzgan sospechas de falsedad, Mas-
card. conclus. 739. num. 4. Farinac. de falsitat. quest. 152. Barbof.
dict. voto 68. ex num. 7. Noguero ubi sup. num. 143. D. Larrea
dict. alleg. 96. num. 3. Y quando las sospechas resultan de vicios
visibles de la misma escriptura, suben al grado de probança ple-
na y concluyente, Farinac. dict. quest. 152. num. 14. Gaitto de
credito., cap. 2. tit. 7. num. 1904. Barbof. dict. voto 68. num. 10. No-
guero dict. allegat. 26. num. 148. Y para que no se de fee al ins-
trumento, segun la mas recibida sentencia, tambien bastan las
congeturas ab extra inuisibles, Noguero dict. alleg. 26. num. 149.
Selsè decis. 118. num. 8. Barbof. voto 68. num. 11. § 14. D. Castell.
lib. 2. controuers. cap. 16. num. 20. Y aunque cada vna no estè con-
cluyentemente probada se pueden, y deuen juntar para el efecto
referido, cap. preterea, de testibus, vbi Abbas notabil. 1. Anton.
Gabriel lib. 1. commun. tit. de probat. conclus. 1. num. 32. Noguero
allegat. 26. num. 145. Y concurriendo dos, bastan aunque sean
ab extra inuisibles seu latentes, Pareja de instrumentor. adition.

tit. 1. resoluc. 3. §. 2.º num. 28. Es. 29. D. Larrea allegat. 96. num. 8. Bar-
bol. voto 68. sub num. 10.

40 Este testamento está redarguido de falso civil-
mente, y aunque Don Francisco procurò probar la legalidad
del Escriuano, sus testigos no dicen mas de que el tal Escriua-
no, de quien suena estar signado, fue fiel, y legal, y que han visto
escrituras suyas. Pero esto no es auer probado lo que le incum-
bia para saluar el obice de la redargucion, pues necesitaua pro-
bar, que al tiempo de su otorgamiento, el tal Escriuano era fiel,
y legal, y que el signo y letra del instrumento era suya, l. 115.
tit. 18. part 3. Parlador. lib. 2. rerum quotidianar. cap. fin. 1. part. §.
11. num. 1. §. Gonzalez ad Regul. 8. glos. 64. num. 6. Azebedo in
l. 1. num. 134. tit. 11. lib. 4. Recopil. Noguero allegat. 25. num. 253.
Pareja de instrument. edit. tit. 1. resoluc. 3. §. 2.º num. 33. Conque
careciendo las deposiciones de los testigos de estas dos circun-
stancias tan esenciales, no prueban lo que era necessario para
de suanecer el efecto de la redargucion.

41 Ultra, de que ex aduerso, está probado con mu-
cho numero de testigos, que deponen, que de 100. años à esta
parte, no ha auido, ni se ha conocido en el Valle de Gordojuela,
que es el Lugar donde suena otorgado el tal testamento, tal
Escriuano, y se convence, porque aunque se han hecho muchas
diligencias para buscar escrituras suyas en el Valle de Gordo-
juela, no ha parecido alguna, y se han hallado todos sus protoco-
los en la tierra de Ayala, donde fue vezino, y Escriuano, segun
de ellos resulta, y consta del pleyto: y está preuenido por las le-
yes del fuero del señorío de Vizcaya, en que está incluido el Va-
lle de Gordojuela, por la 1. tit. 6. Que solo valgan, y hagan fee las
escrituras, testamentos, y contractos que se hizieren, y otorgaren ante
los Escriuanos del Numero de las merindades de Vizcaya, y que las
que passaren ante otros, no hagan fee, ni prueba alguna, y sean ningun-
os en juyzio, y fuera del. Esto es lo mismo, que se dispone por la
1. tit. 25. lib. 4. Recopil. Por la 2. ley del fuero del mismo tit. 6.
se ordena: Que los Escriuanos que buuieren de actuar, y hazer es-
crituras dentro del Señorío, hayan de ser naturales de Vizcaya de su
padre, y abuelo, y que las que se hizieren por el que no lo fuere, no ha-
gan fee, ni prueba en tiempo alguno, en Vizcaya, ni fuera de ella. Por
la 3. del mismo titulo, se preuiene, que quando se ofreciere entrar
en Vizcaya algun Escriuano de fuera con algun Pesquisidor del Con-
sejo, y hazer autos, aya de dexar los originales en poder de Escriuano

250
natural de Vizcaya, el que nombrare el Corregidor, o su Teniente.
 Conque no auiendo sido el tal Escriuano ante quien suena o-
 torgado este testamento, vez: no, ni natural de Vizcaya, ni de los
 del Numero del Señorío, y sus Merindades, ni pareciendo sus
 registros, y protocolo. dentro de el, es argumento, y congetura
 vrgentissima de ser supuesto, y falso.

42. La segunda congetura, y sospecha de falsedad,
 consiste en auerse pedido el protocolo, para reconocer la supo-
 sicion del instrumento presentado, buscadole, y no auerse exhi-
 bido, y escussarse Don Francisco, con dezir que no se halla, Bal-
 dus *in Rubrica, Cod. de fide instrument. num. 20.* Farinac. *de falsi-
 tate, quest. 153. à num. 133.* Mieres *de maioratib. 1. part. quest. 61.
 num. 14. & seqq.* Pareja *de instrument. edit. tit. 1. resol. 3. §. 1. num.
 41. & tit. 7. resol. 8. à num. 7.* D. Larrea *alleg. 96. num. 28. & 29.*
*ex ratione textus in Auth. de Tabellionib. §. illud collat. 4. cap. quo-
 ni. in contra falsam de probationib. l. 2. tit. 19. part. 3. l. 13. tit. 25. lib. 2.
 Recopilat.* Y se haze mas vehemente, auiendose hallado los re-
 gistros, y protocolos del tal Escriuano en la Prouincia de Aya-
 la, donde viuió, y murió, y entre ellos no hallarse, ni auer pare-
 cido el de este instrumento, D. Couarr. *practic. cap. 19. num. 3.
 versic. Quarto, ibi: Quarto erit obseruandum maximam sub esse
 suspicionem, & presumptionem falsitatis contra instrumentum, quod
 producitur, quoties reperiantur protocola ipsius mei Tabellionis eius-
 dem anni, & mensis, qui conscripti sunt in instrumento, & tamen na-
 lla in eis huius instrumenti reperitur mentio. Quis enim non videt
 multum ex hoc instrumentis similibus fidei detrabi, nisi probetur, aut
 appareat ex ipsis protocolis detractam fuisse, vel fraude, vel cassis
 partem aliquam in qua potuerit huius instrumenti mentio con-
 tineri?*

43. La tercera, y que del todo conuenice es el sonar
 otorgado el año passado de 1572. por San Iuan de Oxirando,
 num. 2. Siendo assi, que por dos escrituras authenticas que está
 presentadas, para conuencimiento de esta suposicion, y false-
 dad, y se otorgaron los años de 1564. y 1568. Consta que Iuana
 de Mendiuil, num. 3. su muger, ya era viuda del susodicho, con-
 que suena auerse otorgado, por quien auia mas de ocho años
 que era muerto. Y constando esta controriedad, repugnancia,
 y conuencimiento de instrumentos presentados por las mismas
 partes contrarias, que intentan ser descendientes de num. 2. y 3.
 es mas concludente, vt notatur *in l. scriptura, Cod. de fide instru-
 mentor.*

8
mentor. glos. verbo *falsam*, in cap. *in memoria* 19. distinct. Mascard.
conclus. 240. num. 41. Menoch. lib. 5. *presumpt.* 10. num. 24. Tren-
tacinq. lib. 2. *variar. resolut. tit. de falsitat. instrumentor. resolut. 5.*
Farinac. *de falsitat. quest. 153. à num. 121.* Augustin Barbof. in
collectan. ad cap. imputari 13. num. 2. *de fide instrumentor. § lib. 2.*
voto 68. num. 30.

44 La quarta, resulta de que siendo asì, que An-
dres, num. 4. fue el hi. q mayor que tuuo num. 2. y el segundo
San Iuan, num. 11. padre del fundador, y que el comun estylo
que se tiene en todos testamentos, es nombrarlos el testador, y
escriuirlos el Escriuano por su orden, graduandoles por sus eda-
des, y mayorias en el testamento, para incluir en la filiacion à
Iuan num. 5. y à Pedro num. 7 y calificar, que dicho Iuan fue el
mayor, se ordenò el ponerles en èl, y en la clausula de institu-
cion de herederos, primero à Iuan num. 5. luego à Pedro num.
7. y en tercero lugar à San Iuan, num. 11. y en el vltimo à An-
dres, num. 4. conque se faltò al estylo, y se halla diuersidad en la
dicta, quod apud Doctores receptum est, ser sospechosa de fal-
sidad estimable, Socin. *cons. 189. num. 56. § 57. volum. 2.* Me-
noch. *cons. 199. num. 10. § de presumpt. lib. 5. presumpt. 20. num.*
18. § 19. Decian. *cons. 108. num. 62. volum. 2.* Farinac. *de fal-*
sitat. quest. 135. numer. 139. Augustin Barbossa *voto* 68. *numer.*
47. § 51.

45 La quinta sospecha que le oponen Don Ioseph,
Don Ignacio, y Iuana de Oxirando (que le impugnan, solo por-
que en èl se le dà la mayoria à Iuan, num. 5.) es dezlr, que por ca-
lificar la dicha mayoria, y la menor edad de Pedro, num. 7. se
puso en el tal testamento vna clausula, en la qual se la encarga à
Iuana de Mendiuil, su madre, la tutela de sus quatro hijos, sien-
do asì que consta, por vna fee sacada del libro de cassamientos,
(que para en poder del Parrocho) que el año de 563. Pedro de
Oxirando se casò con Maria Ortiz de Murga, num. 6. para cu-
yo efecto, necessitava, à lo menos de 14 años, los quales, y 9 que
van de 563. à 572. en que suena otorgada el testamento, eran
23. conque ya no estaua en tiempo de necessitar de sujetarse à
tutor, y mucho menos Andres, num. 4. que era del primer ma-
trimonio, pues consta por la fee de su Bautismo, auer sido bau-
zado en 24. de Diziembre de 1518. y por la escritura de capitu-
laciones, que se otorgò para cassarle, auerse cassado el año de
1542. Como tampoco San Iuan, num. 11. que fue el segundo, y

vno, y otro de necesidad, segun la quenta referida, mucho mayores de los 25 de que resulta lo inuerosimil de semejante clausula, y narratiua, qua propter non est danda fidei tali scripturae, cum non careat falsitatis suspitione, vt per Alexand. cons. 84. num. 2. versic. *Præterea dicta scriptura, volum 7. Bald. in l. scripturae, num. 5. Cod. de fide instrument. Farinac. in dict. quest. 153. n. 176. Mascard. conclus. 740. num. 35. Gratian. decis. Marchis 28. num. 12. Selsè decis. 117. num. 17. & 18. Thesaur lib. 1. quest. Forens. quest. 47. num. 1. Peregrin. cons. 92. num. 22. cum seqq. D. Larrea allegat. 26. num. 24.*

46 Hazele tambien sospechoso de falso, y supuesto, el nombramiento que en el se puso de testamentario, porque deuiendo hazerse de persona cierta (porque siendo incierta, es invalido, y se vicia, pro vt ex textu in l. nulli 28. Cod. de Episcopis, & Cleric. & alijs pluribus obseruat Carpio de ex. uxor. & commissar. testam. lib. 1. cap. 16. per totum, maximè à num. 34.) como siempre se ha hecho, y haze, en el se nombra al Cura de San Juan de Molinar del Valle de Gordojuela, siendo assi, que no ay en ella Cura particular, si, no que en las Iglesias del dicho Valle, son nuebe los Beneficiados, que las sirven, los quales asisten por semanas à la dicha Iglesia de San Juan de Molinar, y el que quiere se aprueba de Confessor, y el que no, cumple con servir su semana, y dezir Missa à los feligreses. De que se faca, que como el autor de esta suposicion, careciò de noticias de la persona cierta que el año de 572. podia nombrar, discurtiò hazer el nombramiento del Cura, con el error, è incertidumbre referida.

47 Y aun se añaden à las referidas sospechas otras muchas, que resultan de la inspeccion ocular de este instrumento, quales son, no conuenir, ni parecerse el signo, firma, y rubrica del, à las que se hallan en las escrituras, y protocolos que se hã traydo del Escriuano, ante quien suena otorgado. De que inducen los Autores presumpcion de falsedad, Cardin. Tusch. practicar. conclus. tom. 3. lit. F. conclus. 44. num. 9. Decian. cons. 100. num. 17 lib. 2. Menoch. de presumpt. lib. 5. presumpt. 20. num. 40. Mascard. conclus. 740. num. 31. Farinac. quest. 153. num. 166. Ser muy distante, y diferente la marca del papel de la que en aquel tiempo se vsaua. y se reconoce de dichos protocolos, ex quo etiam præsumitur falsum, cap. inter dilectos, §. sed contra, de fide instrumentor. Farinac. dict. quest. 153. num. 166. & 170. August. Barbof. in dict. voto 68. nu. 51. Hauerle dado color al papel, y le-

erā paraque pareciesse instrumento antiguo; quod quidem etiam inducit præsumptionem falsitatis, glos. verbo *suspectus in fine*, versic. *vel ratione charta, in l. iubemus, Cod. de probat.* Glos. verbo *scripturam, in l. fin. Cod. ad legem Cornel. de falsis*, Bald. in *l. contractus, num. 22. Cod. de fide instrumentor.* Farinac. in dicta *quast. 153, num. 135.* Petrus Bim. *conf. 188, num. 91, lib. 2.* Barbof. *voto 68, num. 53.*

48 Tambien la relacion que en el se haze, de que Iuan auia ayudado al testador, paraque los demas hermanos aprendiesen à leer, y escriuir, porque estàn presentados instrumentos por Don Ignacio de Oxirando, otorgados por Pedro Saenz de Ovirando, num. 7. por los quales consta que no sabia escriuir, ni firmar.

49 Ni la antiguedad que su fecha denota, puede suplir tan notables vicios, ni escusar su comprobacion, estando como està redarguido. Porque la antiguedad, que solo consta de la narratiua del instrumento redarguido, por si sola, no es suficiente à purgarlos, ni el efecto que causa la redargucion, salvo que por otros medios conste de ella, y la razon es; porque el que se expone à fabricar vn instrumento falso, le puede disponer de forma, que suene, y parezca tan antiguo, como se le antogare al fabricador, sin reparar en millares de años, assi lo aduertien Nogueroi *allegat. 25, num. 254.* ibi: *Nec obstat, dicere antiquitatem scripturarum illas sufficienter comprobare, absque alia verificatione, quia excedunt centum annos. Primo quia de antiquitate, scripturarum debet constare aliter quam ex earum inspectione, quia qui instrumentum falsum fabricat, efficere potest, ut ita conficiatur, ut a parenter videatur antiquam.* Rota, per Puteum *decis. 186, num. 2, lib. 3, in secunda editione*, ibi: *Quia quod instrumentum esset antiquum, non probatur ex sola data, cum potuisset fieri de nouo sub illa data, sequitur Alexander Ludouisi. decis. 393, num. 2.* & ibi *Additionator, lit. A.* Rota *decis. 187, num. 10.* Et *ff. tom. 9, in recent.* Burato *decis. 290, num. 8.* & ibi *Additionator, lit. C.* y mas copiosamente Pareja *de instrumentor. adit. tom. 1, tit. 1, resol. 3, §. 2, num. 39.* ibi: *Cum certissimum sit in iure quod data quantumcumque antiqua, non probet instrumenti antiquitatem, compossibile sit instrumenta confici, quae antiqua videantur in data, cum tamen recenter scripta fuerint, ut recte considerant, Aymon Cravetta, &c.* y lo mismo funda, y afirma *tit. 1, resol. 3, §. 3, num. 81.* Garcia *de nobilitat. glos. 4, à num. 32.* Ultra, de que la ley de partida,

no exceptua los instrumentos antiguos. Y aun abstrayendo de este fundamento, quando agitur de re graui, & de magno terrij per iudicio, no suple nada la antiguedad. Gonçalez ad Regul. 8. glof. 6. 4. num. 13. Pareja tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 49. §. 54. vbi plures.

50 Y el que no se passe à hazer otra demonstración con Don Francisco, mas que à no le dar credito à semejante instrumento, y à los testigos que se remiten à el, es el menor daño que se les puede, y deue seguir, porque, ò por maquinador, y fabricante de el, ò por auer vsado de el, y presentadole en esta causa para incluirle, no se puede evadir del perdimiento de la causa, y de las penas tan graues que le corresponden, ex l. 2. Cod. de fide instrumentor. l. si falsos, Cod. ad leg. Cornet. de falsis, cap. ad falsiorum, de crimin. falsi, Pareja tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 23. Augustin Barbof. in cap. olim de rescriptis, num. 5. Farinac. de falsitat. quest. 159. à num. 34. Azevedo cons. 40. num. 61. §. in l. 4. tit. 17. lib. 8. Recopil. num. 20. Giurba cons. 5. num. 2.

51 Y añadiendo otra instancia mas à lo sobre dicho, dezimos, que aunque este testamento careciera de todos estos vicios, y estuiesse comprobado, adhuc, no probara la filiacion del Iuan, que en el se refiere. Nam ex testamento antiquo in quo quis est institutus, vt alterius filius, non probari filiationem, tenent Marefcot. lib. 1. variar. cap. 70. num. 7. Loterio de re beneficiar. lib. 2. cap. 11. num. 112. Nogueroal allegat. 25. n. 261.

52 El segundo instrumento, de que se vale, es vn traslado de vn asiento, sacado del libro de baptizados, de vnade las Iglesias del Valle de Gordojuela. El qual solo dize: *Se baptizo à Iuan, hijo de S. Iuan de Oxirando, y de Iuana su muger.* No se le dà à la tal Iuana apellido alguno ni el tal asiento està firmado del Parrocho, como lo estan los demas asientos. Y padece otros defectos, que resultan de su inspeccion.

53 Como quiera que este, y suponiendo el que le asistiessen todos los requisitos necesarios, para que probasse, en lo que puede hazer prueba, para probar la filiacion que se preten de es instrumento, ò prueba, quasi non esset. Porq̃ el libro, ò libros de esta calidad, solo firuen de probar el Bautismo, el matrimonio, y la edad, pero no la filiacion, ni la calidad de ella, vt ita ducent Benedictus Capra cons. 57. Decius cons. 120. num. 1. Marta de Iurisdictione, 2. part. cap. 8. num. 23. Zeuallos de cognitione per viam violentia 2. part. quest. 4. num. 81. D. Marta voto 26. num. 7.

8. Dñm. Castell. lib. 5. controuersar. cap. 104. numer. 10. vbi alios refert.

54 Y aun para probar el bautismo, y la edad, era necesario que en el tal asiento se pusiesse el sobrenombre, o apellido del bautizado, y los de sus padres, y padrinos, Augustin Barbof. *de officio, & potestate Episcopi, lib. 2. allegat. 32. num. 176.* ibi: *Huiusmodi liber de baptizatis tenendus, & faciendus est à Parrocho in quo nomina, & cognomina ipsorum sunt descripta parentumque, & si de legitimo matrimonio natus sint cum nominibus Patris, vel patrisorum, die mense, & anno, ita Fuscus de visitatione lib. 2. cap. 3. num. 24. Idem de officio Parrochi, 1. part. cap. 7. num. 2. 3. & 4.* En este asiento, ni se dize el sobrenombre del bautizado, ni el de su madre, ni el que fuesse de legitimo matrimonio, ni contiene los demas requisitos necesarios.

55 Falta tambien el requisito tan essencial, qual es la subscripcion, y firma del Parrocho, (ni la tiene de otro alguno) cuyo defecto le haze inualido, y supuesto, Nouell. 73. *de instrument.* ibi: *Ionane est chirographum, quod nullis testibus, nullis ve subscriptionibus confectum est, l. probatorias, C. de diuers. officijs, lib. 12. leg. fin. C. eodem. l. 1. & 2. tit. 1. part. 6. l. 5. tit. 19. partit. 3.* ibi: *Mas aquel que los fiziere, scriua, y su nombre, è como lo fizio por mandado del otro, è despues que el otro lo ouiere escrito, debe el por su mano escribir en cauo de la carta, como el la mandò fazer, è si de otra guisa lo fiziesse, seria la carta falsa, è non valdria.* Auendañ. *de exequend.* 2. part. cap. 16. num. 2. D. Salzedo *in theatro Honoris.* gloss. 9. num. 54. vbi plures August. Barbof. *de officio Parroch.* 1. part. cap. 7. num. 9. & 21. Y el no estar firmada esta partida como las demas, ni parecerse la letra de ella à las otras, es argumento fortissimo de ser entrometida entre ellas por Don Francisco, y de ninguna manera al asiento del Parrocho, ni digno de fee.

56 Vltimamente este asiento en manera alguna puede probar, que Iuan el de el num. 5. de quien dize Don Francisco que desciende, sea el hijo de San Iuan de Oxirando, teniendolo, como se lo tenemos negado, y no teniendo, como no tiene otra prueba alguna, vt ex Decio *cons.* 13. num. 9. & alijs probat Peregrin. *de fideicommiss.* artic. 43. num. 85. ibi: *Cum autem in instrumentis antiquis sit mentio de aliquo, puta, Titio si ex aduerso opponatur alium fuisse Titium, utrum personarum pluralitas praesumi debeat ad infringendam, vel dubiam saltem redendam probationem afferentis, Decius cons.* 13. num. 9. *in nominibus frequentatis*

in Prouintia, & in familia, dixit probationem dubiam esse. Y constando como consta, que el padre del fundador, se llamó Iuan, en que van llanas todas las partes, y ninguna puede dudar, que el fundador, para probar su genealogia, filiacion, y limpieça, se valió, y aprouechò de este asiento, antes es de creer, que corresponde al padre del fundador, & sic. al del num. 11. que no al de el num. 5. O lo que mas cierto es, que el dicho asiento corresponde à vn Iuan, que fue tambien hijo de los dichos San Iuan de Oxirando, y de Antonia de Vrrutia, su primera muger, hermano entero de Andres, num. 4 porque (como consta de la escritura de capitulaciones, que se otorgò el año passado de 642. para cassar al dicho Andres con Catalina de Saldaza) los de num. 1. y 2. tuuieron por sus hijos al dicho Andres, y à Agueda, Lucia, Lope, Iuan, y Casilda, y con ocasion de la promessa que hizieron al dicho Andres, apartaron en conformidad del fuero de Vizcaya, à Iuan, y Lope, y à las demas hermanas, y siendo este vn instrumento publico, y autentico, es, y deue ser mas fidedigno que el asiento que padece tantos defectos, y de creer, que con arte, y con el pretexto de este hermano entero de Andres, se forjó el asiento, acomodandole la fecha como le pareció, al q le supusso, por hazerle hijo primogenito del segundo matrimonio. Y como quiera siendo el instrumento, *stricti iuris*, de su naturaleza, & *propter hoc non possit ad aliàs res, vel personas extendi, imo potius semper interpretandum, & intelligendum*, contra el que le presenta, y como menos dañe à Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui, *ex vulgari textu. in l. quidquid 99. ff. de verb. obligat.* Y para la inteligencia de lo dudoso, se ha de estar à la que el susodicho le diere, *l. stipulatio ista, §. in stipulationibus, ff. de verb. obligat. & ibi gloss. verb. interpretanda, l. fideiusores magistratum, §. pro Aurelio. ff. de fideiusorib. D. Valenç. Velazq. cons. 174. num. 29. Pareja de instrument. edict. tit. 1. resolut 3. §. 2. num. 105.* Se deue entender, que aquel Iuan es el hermano de Andres.

Exciuyesse la filiacion, y Ascendencia de Ioseph, num. 33. Ignacio, num. 34. y Iuana de Oxirando, num. 18. & perconsequens, la del num. 27

57 Todos estos litigantes pretenden incluirse en esta succession por dezir que decienden de Pedro Saenz de Oxirando, num. 7. y de sus dos mugeres, y hasta este grado prueban su ascendencia in hunc modum. Con testigos de conocimiento, y algunos instrumentos enunciatiuos, hasta sus abuelos, los del num. 15. y 16. y para entroncar con num. 7. y sus dos mugeres, la prueban tambien con testigos varios, con el testamento del mismo num. 7. y con otros instrumentos.

58 Dezimos que los testigos que han presentado para probar, que los del num. 15. y 16. fueron hijos de Pedro Saenz, num. 7. son varios, porque 16. de ellos examinados ante el Governador de Ayala, à pedimiento de Don Francisco de Sauto, num. 35. poder auiente, y cesonario de Ignacio, num. 34. dicen auer conocido al dicho Pedro Saenz de Oxirando, num. 7. y à Iuan de Oxirando, num. 5. y que en el aspecto, y canas se conocia, que el dicho Pedro era mayor que Iuan. Y bueltos à examinar los 13. de ellos por el Receptor del Consejo, dixeron, que no los conocieron, y solo deponen, auer oydo dezir, que fueron hermanos, y que el dicho Pedro tuuo por sus hijos à los del num. 15. y 16. y tambieñ q̄ num. 7. auia sido mayor en edad, que num. 5. Esta variedad es suficiente para quitarles la fee, y aun para ser castigados, por auer variado, *l. qui falso. ff. de testib. l. 41. tit. 16. part. 3.* & ibi Gregor. Lopez. *glos. 4. Farinac. de testib. quest. 56. num. 191. Quest. 57. num. 111. Noguera. alleg. 26. num. 76. Garc. de nobil. glos. 25. num. 3. August. Barb. voto 55. num. 28.*

59 Y que depusiesse en el primer examen con arrojo, y sin el conocimiento de las personas que dixeron auer conocido, & sic, el auer faltado à la verdad, se persuade, de que siendo examinados el año passado de 677. y constando que Iuan de Oxirando el que dicen fue hermano de Pedro Saenz, murió el año passado de 607. en que ay de diferencia mas de 70. años, entre ellos ay testigos de à 63. 66. 70. 71. 75. y 80. no mas,

con-

eonque los más de ellos vinieron à deponer de vista, y conoci-
 miento de tiempo enque no eran nacidos, y los restantes de tie-
 po tan corto en que no pudieron percibir la mayor, ò menor e-
 dad de los dos, que suponen auer sido hermanos, y que el Pedro
 Saenz, num. 7. huuiesse procreado en su primer matrimonio à
 num. 15. y 16. y otras circunstancias que se alargan à dezir, *iox-
 ta textum in cap. cum in tua qui matrimonium accusare possunt,
 ibi: Vel in annis tan teneris constitus, quod ad comprehensionem ta-
 lium, eius etas sufficere non valebat, l. 1. §. impuberes, Cod. de falsa
 moneta, ibi: Quia etas eorum quid videat, ignorat, l. impuberes, ff.
 de iuris, & facti ignorantia, l. excipiuntur, ff. ad sylanian. l. impube-
 rem 22. ff. ad leg. Cornel. de falsis, Farinac. de testib. quest. 58. num.
 59. & 60. D. Narbon. de etat. anno 14 quest. 44. num. 14. & 15.*
 y para que se les pudiesse dar credito, era necesario que tuuies-
 sen 10. años al tiempo de que deponen, D. Molina *ib. 2. cap. 6.
 num. 41.* Auendaño *in leg. 41. Tauri, gloss. 12. num. 2.* D. Valenç.
conf. 93. num. 13. Matienç. *in leg. 1. tit. 7. lib. 5. gloss. 9. in fine.* Y este
 mismo defecto padecen algunos de los testigos de Iuana de O-
 xirando, y sobraua para no les dar, ni aun en las oydas credito,
 la variedad referida, *ex textu in cap. pura 3. quest. 9. ibi: Pura, &
 simplex testimonij series intimanda est Plerumque testis, dum aliquid
 ad seriem gestorum ex suo adijcit, totam testimonij fidem partis meo-
 datio decolorat, nihil igitur, vel quod bonum videtur, addendum est.*

60 Para probar, y justificar, que Pedro Saenz, nu-
 mer. 7. fuesse hijo legitimo de San Iuan de Oxirando, y Iuana
 de Mendiuil, num. 2. y 3. no tienen mas probança, que testigos
 de oydas, que deponen dellas con las mismas circunstancias, y
 defectos que ponderamos en la exclusion de Don Francisco,
 supra num. 55. Tampoco se hallan con instrumento alguno,
 mas que el testamento supuesto, y falso, que presentò Don Fran-
 cisco.

61 Y vna probança que han compulsado de vn pley-
 to executiuo, que tratò vn Bartolome de Alichederra, contra
 Domingo de Villanueva, y Diego Ortiz de Largocho, la qual
 fue antes sacada para presentar en el de otra, que se hizo en otro
 pleyto ordinario, que el año de 1591 fuena auerse litigado, en-
 tre vn Domingo de Villanueva, con Doña Francisca de Villa-
 nueva, en que se articulò que Andres de Vrrutia, tuuo tres her-
 manos legitimos, San Iuan, Pedro, y Iuan, y que Iuana de Men-
 diuil, muger, del dicho Andres, y Tomas de Vrrutia su hijo, les

paga-

págaron à cada vno 20. ducados por la legitimã que les cãuia de San Iuan de Oxirando su padre, y examinados los dichos Tomas de Vrrutia, y Iuana de Mendiuil su madre. vno, y otro dicen, que como hijo, y heredero que quedò Tomas de Andres; les pagaron à dichos tres hermanos. 54. ducados que fue lo que les tocò de la legitima de San Iuan de Oxirando, su padre.

62 Esta probança, que por instrumento se ha presentado, no haze, ni puede hazer fee alguna, que perjudique à Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui. Lo vno por ser, res inter alios acta, quæ alijs non nocet *Toto tit. C. res inter alios acta, & in expresse probat textus in cap. inser dilectos de fide instrumēt. D. Valenç. conf. 92. nu. 16.* Lo segundo, por ser traslado, de traslado, q̄ aunque se huuiesse sacado del pleyto executiuo, con autoridad judicial, y cita cion de partes, y aquel del otro, no puede per iudicar al tercero que no litigò en aquel pleyto enque se hizo, vt pluribus obseruat Pareja *de instrum. edit. tit. 1. resolut. 3. nu. 27. D. Paz de Tenuta. cap. 22. num. 100. D. Valenç. Velazq. conf. 92. um. 13. & sequentib.* Lo tercero, porque los testigos de ella, no dicen, que los tres hermanos de Andres, quienes se pagaron los 54. ducados para satisfaccion de sus legitimas, fuesen hijos de Iuana de Mendiuil, muger segunda de San Iuan de Oxirando padre de Andres, el qual segun parece de vna fee de bautismo q̄ està presentada, y la escritura de capitulaciones, que se notò, supra num. 9. Consta auer tenido en el primer matrimonio otros hijos, mas que à dicho Andres. Ex quo reditur similis probatio dubia, & incerta, à lo menos, quanto à que los tales tres hermanos fuesen procreados del segundo matrimonio, contrahido con Iuana de Mendiuil, pues (dado caso que huuiesen sido hijos del dicho San Iuan) lo podian ser de otro matrimonio, ò hermanos de Andres ex vtroque parente, vnde cum probatio debeat esse omnino certa. *l. si in rem, ff. de rei vindicat, l. Lucius, §. pater, ff. de legat. 2. cap. ex literis, de probat. & incerta non releuet, cap. in presentia, de probationib.* Bartolus in *l. si quis intentione, num. 1 ff. de iudijs*, D. Rodericus Suarez in *l. 1. tit. de las arras, num. 20. D. Valenç. Velazq. conf. 105. num. 57. & conf. 134 num. 59.* y esta en manera alguna concluya la filiacion que han dado, y dan, cum non probet hoc esse, quod ab hoc, abesse potest, *l. neque natales, Cod. de probationibus. l. non hoc, Cod. vnde cognati dicto, cap. in presentia, cap. 2. de translatione Episcopi.* Inde sequitur, que no deue merecer estimacion alguna, maximè, en causa tan graue, como es la presente.

63 Iuana de Oxirando, num. 18. ha añadido, y presentado para su inclusion, vna informacion, ad perpetuam, que el año passado de 1650. Hizo Sebastian de Chauarria su marido, en la qual dizen los testigos, que la dicha Iuana, es hija de Pedro de Oxirando, y que D. Miguel de Oxirando, num. 20. fundador de este mayorazgo, fue hijo de S. Iuan, nu. 11. Y que el dicho Pedro, y San Iuan, fueron hijos de San Iuan de Oxirando y de Doña Iuana de Salazar.

64 Pero ni esta informacion, puede persuadir en cosa alguna à Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui. Lo primero, porque se hizo sin su citacion, y los testigos examinados sin citacion de parte, no prueban en perjuyzio del que no fue citado, *cap. 2. de testibus, ibi: Ecce admonendus est semper aduersarius, ut ad audiendos testes veniat, quod quia hic omissum est, necesse est, ut quod contra legem actum est, non habeat firmitatem & ex alijs quæ aduximus supra num. 22. 23. & 24.*

65 Ni el auerle dado titulo, y nombre de informacion, ad perpetuam. basta para escusar la citacion de la parte, porque tambien en semejantes informaciones, se requiere citacion personal, Bald. *in cap. quoniam frequenter, ut lue non contestata, num. 6. in fin. & cum Dino, Cino, Alexandro, & alijs Farinacius in praxi criminal. 2. part. quest. 72. num. 3. ibi: Ampliaturus precedentem primam ampliationem, ut quando testes examinantur ante litem contestatam, & ad perpetuam rei memoriam, citatio debet esse personalis, & postea, quest. 76 num. 143. Augustin Barbossa, plures referens in dict. cap. quoniam frequenter, num. 10.*

66 Ultra, de que las informaciones, ad perpetuam rei memoriam, solamente se permiten, al que ha de ser actor, quando los testigos que se pretenden examinar, son muy viejos, ò estàn para ausentarse, y se teme, que con la dilacion perezca la probança, como expressamente lo dixo el texto *in dict. cap. quoniam frequenter, ibi: Nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna, in quibus casibus, cum civiliter est agendum (Ne veritas occultetur, & probationis copia fortuitis casibus subtrahatur) senes, & valetudinarij, & alij testes (de quibus ex aliqua rationabili causa timeatur,) etiam lite non contestata sunt proculdubio admitendi, cap. cum dilecta 4. versic. Nos igitur, de confirmat. utili, vel inutili, leg. 2. tit. 16 part. 3. Ioannes Baptista Costa de remed. subsidiar. remed. 68. Garcia de nobilit. glos. 48. Gail practicar. obseruat. lib. 1. obseruat. 92. à num. 3. & 8. Mascard. de probat.*

conclus. 684. num. 1. Misynger centur. 4. obseruat. 71. num. 1. Farinac. de testib. quest. 76. a num. 12. § 63. Escobar de puritat. 1. part. quest. 14. a num. 1. D. Vela disert. 12. a num. 50. Barboss. in dict. cap. quoniam frequenter, a num. 4. D. Emanuel Gozalez ibidem num. 5.

67 Y en tal caso deue el que hizo la informacion, poner su demãda dẽtro de vn año, à la persona, ò personas contra quien se dirige. ò por lo menos hazerle notoria la informacion, y no baziendo vno, ù otro, no sirue de alli adelante de probança, como prosiguiendo el mesmo capitulo, quoniam frequenter, lo adierte estas palabras: *Si actor non conuenerit aduersarium intra annum ex quo conueniri potuerit, vel saltem receptionem huiusmodi testium non denuntiauerit illi, attestations sic receptae non valeant.* Farinacio dict. quest. 76. num. 17. Menoch. de presumptionib. lib. 2. presump. 54. num. 3. versic. *Es praeterea,* Barboss. in dict. cap. quoniam frequenter num. 11. § 12.

68 Nada de lo qual interuino en el caso presente como resulta de los mismos autos, y auiendo se hecho la dicha informacion en Nouiembre de 1650. no se usò della, ni se puso demanda alguna, ni la deste pleyto, hasta 20. de Nouiembre del año passado de 1677. passados mas de 27. años.

69 Ademas de que siguiendo las doctrinas de Bald. in l. testium, C. de testibus, Ioan. Garcia de nobilitate, gloss. 25. n. 4. ibi: *Et ideo testes cum disponant de rebus, § personis antiquioribus debent reduci ad naturam, § debet fieri computatio temporis, ut constet an ex tẽpore, hoc est an ex temporis vera ratione verum dicant* hecho el computo de sus edades con lo que deponen, se hallaran conuencidos de mendacio; porque para que pudieran deponer con verdad, y toda justificacion que Pedro num 7. y San Iuan num. 11. fueron hijos de San Iuan num. 2. y de su segunda muger, necesitauan tener mas de cien años cada vno, porque dicho San Iuan, era ya muerto el año de 1564. y para conocerle, y saber que los otros eran sus hijos necesitauan de tener en dicho año, saltim 14. años, y auer nacido el de 1550. del qual hasta el de 1650. en que depusieron, van los 100. Y aun con todo esso aun no pudieran afirmar, coma afirman semejante filiación porque precissamente deuieran auer nacido los que se suponen hijos, mucho antes que naciesen los testigos, conque no se hallando, pro tunc, con tanta edad, ni aun con muchos años menos, mal pudieron affeuerar semejante filiación, ex quo, no son dignos de credito.

70 Ultimamente esta filiacion; y ascendencia, propriamente se deuiera probar, presentando las partidas de los libros de las Parroquias donde se bautizaron, cassaron, y murieron, y de las escrituras de capitulaciones matrimoniales, y otros instrumentos publicos (como lo ha hecho Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui, num. 37. Tum: *Quoniam* (vt inquit Romanus Pontifex, in cap. videtur 3. qui matrimonium accusare possint,) unusquisque suam genealogiam cum testibus, & charitas, Tum etiam ex recitatione maiorum scire laborat. Tum, por que a ser cierta la filiacion que suponen, assi como se hallaron en el libro de la parrochia los asientos de Andre s, num. 4. y de otra hermana que tuuo , se hallaran los de los demas que se les hazen hermanos, si lo fueran, y no es de presumir menos, por ser libros mandados tener, y escriuir con gran fidelidad a todos los Parrochos para semejantes ocasiones, como esta por el sagrado Colio Tridentino, Sess. 24. de reformat. cap. 1. vbi Barbof. a num. 162. ad 166. & de officio Parrochi, part. 1. cap. 7. num. 2. 3 & 4. Genua de seritura priuata. lib. 5. tit. de libris pleu. seu curat. quast 1. num. 12. & 13. Polidor. Ripa obseruat. 147. num. 1. Camill. Borrel. in summ. decis. tit. 22. num. 22 tom. 2. & tit. de probationib. num. 185.

71 Y el no las auer presentado, ni otra escriptura, por donde se enuncie lo que se supone, es releuante presumpcion de calumnia, y de falsedad, de las informaciones de que se valen, vt tenet Carleual de iudicijs tom. 2. lib. 3. disputat. 13. num. 5. ibi: *Quia aduersus eum, qui vult testibus probare, quod potest probari instrumentis, prasumitur calumnia, & falsitas*, Bellamerà decis. 610. num. 1. Craueta cons. 134. num. 30. & cons. 178. num. 5. Menoch. cons. 207. num. 37. lib. 3. & de prasumptionib. lib. 5. prasumpt. 20. num. 22. Curtius Iunior cons. 54. num. 4. lib. 1, Noguera allegat. 26. num. 128.

72 Y por preuenir esto mesmo en el caso de ser mas natural propia, y cierta la probança por escripturas, que por testigos (qual lo es en materias tan antiguas como es esta,) ita notabiliter el Emperador Iustiniano, in l. testium 18. Cod. de testibus, ibi: *Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur prout possibile est reserantes, omnibus pradiciamus, vt qui in scriptis a se debita retulerunt, non facile audiantur, si dicant omnis debiti, vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, velint q; viles, & forsitan redeptos testes super huiusmodi solutione producere.*

Fundase la inclusion de Don Francisco Antonio, num. 37. probando por los medios mas releuantes, que el derecho requiere, ser tercero nieto de Andres de Oxirando, num. 4. Y quarto nieto de San Iuan, numer. 2. abuelo legitimo del fundador de este mayorazgo.

73 Y para que se reconozca con mas claridad, y quede conuencida de incierta, ò por lo menos de muy dudosa la descendencia, y filiacion que suponen los competidores de Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui, premitimos que es firmisima proposicion en el Derecho, que la filiacion, parentela, ò descendencia antigua, como esta, en materias de sucesion de mayorazgo se prueba por instrumentos aunque sean enunciatiuos, y por ellos mucho mejor, y mas segura, y concluyentemente que por testigos, asi nos lo preuiene el señor Don Iuan de Solorçano *de Indiar. gubernat. tom. 2. lib. 1. cap. 26. num. 34. ad 37.* his verbis: *Quod in causa erat, ut ego, cum eiusmodi litibus iudicandis præessem, multum antiqua instrumenta municiporum, ac taxarum matriculas, librosque baptismi, & matrimoniorum considerarem, & titulos precedentium cacicorum, qui ex gubernationis archiuis deducebantur, ut ex his indagare possem, quibus magis lux veritatis assisteret. Quoniam licet dici soleat in exercendis litibus parom vim haberet testes, & instrumenta, l. in exercendis, C. de fide instrumentorum. Vbi tamen sumus in antiquis, magis deferendum est instrumentis quam testibus, ut in simili probant textus in l. census, & monumenta, ff. de probation. ibi: Census, & monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit, l. si tibi, C. de testibus, l. monumentorum, C. de relig. & sumpt. iuner. cap. series, de testibus, cum alijs quæ adducit Crauet a cons. 58. in fine, Roderic Suarez in l. quoniam in priorib. dub. 2. num. 1. in fin. Mascardo conclus. 411. numer. 19. Misinger. lib. 5. obseruat. 79. Garcia de nobilit. gloss. 4. num. 33. & gloss. 18. num. 12. Otalora in eod. tract. 1. part. 3. part. cap. 7. numer. 17. in fin. Gutierrez. lib. 3. practicar. cap. 14. num. 35. Perez de*

Lara de anniuersar. lib. 2. cap. 4. num. 57. D. Ioann. Valenç. cons. 90. num. 136. & seqq.

74 Quod adeò verum est, ut procedat etiam ubi talia antiqua instrumenta, vel monumenta enuntiatue, & ad alium finem, referant parentelam, consanguinitatem, vel nomina ascendensim qua probari intenduntur, l. optimam, C. de contrahenda stipulat. Bald. in dict. cap. series, num. 4. Iasson in l. si quis ex argentarijs, §. Prator, num. 20. & 21. ff. de edendo, Crauea de antiquitat. tempor. 1. part. in princip. num. 6. & 7. Mieres de maiorat. 1. part. quast. 10. Surdus decis. 145. num. 6. Mascard. ubi supr. & plures alios solita diligentia referens D. Ioannes del Castillo lib. 5. controuers. cap. 123. ex num. 7. Et hoc certius, & indubitabilius erit, quando reperiuntur, vel concurrunt duo, vel plura instrumenta antiqua eandem intentionem iubantia, vel probantia, ut optime aduertit, & profequitur Marescoto lib. 1. variar. resolut. cap. 70. num. 6. Nicol. Garcia de benef. 7 part. cap. 15 num. 32. & seqq. Peregrin. de fidei commiss. artic. 43. num. 84. Nogueroi allegat. 25. num. 258. D. Castillo in dict. cap. 23. numer. 9. Agust. Barbof. in collect. ad concil. sess. 25. de reformat. cap. 9. num. 25.

75 Arreglandose pues Don Francisco Antonio à las doctrinas referidas, ha probado su filiacion in modum sequentem.

76 En la tercera pregunta articulò, ser hijo legitimo de Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Madalena de Otarança su muger, num. 31. Dizenla 11 testigos de enterò conocimie to con todas las circunstancias necessarias. Y ha presentado la fee de velaciones de sus padres, y la de su bautismo, sacadas de los libros de la Parrochia, y para su comprobacion, y de las demas que ha presentado de sus mayores ha traydo los libros originales.

77 En la quarta: Que Domingo de Vrtusaustegui, su Padre, num. 31. fue hijo legitimo de Doña Francisca de Villanueva, y de Domingo de Vrtusaustegui, su marido, num. 21.

78 Ay testigos que la dizen, aunque los mas se remiten à instrumentos que han visto.

Por instrumentos, para probar el ma- trimonio.

79 Ha presentado la licencia que los Prouiffiores de Calahorra les concedieron en 22. de Enero de 1576. à Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Francisca de Villanueva, num. 21. para cassarse con sola vna monicion.

80 La fee del Parrocho de las velaciones de los susodichos, en 14 de Febrero de dicho año, sacada del libro de la Parrochia.

81 La escritura de capitulaciones matrimoniales que entre ellos se celebrò, en 22. de Enero de 1576. por testimonio de Iuan de Santa Marina, Eseriuano del Numero.

82 Otra escritura de ratificacion de dicho contrato, que otorgò Francisca de Aguirre, madre del dicho Domingo de Vrtusaustegui, y suegra de Doña Francisca, en 12. de Julio de 1585. por testimonio de Francisco de Largacha, Eseriuano.

83 Otra escritura de transaccion, y entrego de bienes, otorgada entre Domingo de Villanueva, num. 13, y Iuan de Villanueva su hermano, y Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Francisca de Villanueva, num. 21. en razon de los bienes, y herencia que la pertenecian à la dicha Doña Francisca, por la legitima de Maria Saenz de Vrrutia y Oxirando, su madre, num. 13. que passò por testimonio de Diego de Vrrutia, Eseriuano, en 1. de Junio de 1576.

Para la filiacion.

84 Vna escritura de venta, que otorgò Domingo de Villanueva, como curador de Domingo de Vrtusaustegui, num. 31. y de Maria de Vrtusaustegui su hermana, hijos legitimos de Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Francisca de Villanueva, num. 21. en fauor del Bachiller Francisco de Vrtusaustegui, sacada con auto del Iuez mayor de Vizcaya, y citacion de partes, y està signada del Eseriuano de Camara de aquel Iuzgado.

85 Vna demãndã que pũsso vn Iuã de Vrtusauf-
tegui, el año de 1595. à Domingo de Vrtusauftegui, num. 31.
Y à Maria de Vrtusauftegui su hermana, como à hijos de Do-
mingo de Vrtusauftegui, y Doña Francisca de Villanueva, nu-
21. Y à Domingo de Villanueva, como su curador, sobre cier-
tos bienes, pasò por testimonio de Iuan de Santa Marina, la
qual està sacada del pleyto con su decreto, y notificaciones.

86 Vna peticion presentada en 5. de Março de
1596. por el mesmo Iuan de Vrtusauftegui, en continuacion de
la dicha demanda, que contiene la misma filiacion sacada del
pleyto con su auto, y notificaciones.

87 Otras tres peticiones del mesmo pleyto, pre-
sentadas los años de 1596. 1597. 1602 por el mesmo actor, en
que se contiene la misma filiacion de auer sido, y quedado los
dichos Domingo de Vrtusauftegui, num. 31. Y Maria de Vrtu-
auftegui su hermana, por hijos legitimos, y herederos de Do-
mingo de Vrtusauftegui, y Doña Francisca de Villanueva.

88 El contrato matrimonial para cassar à la dicha
Maria de Vrtusauftegui, con Sancho de Palacio, en que se ha-
ze relacion de la dicha filiacion, como queda dicho, pasò por
testimonio de Iuan de Ybarra, Escriuano.

89 Vna probança que hizo Domingo de Vrtu-
auftegui, num 31 ante el Teniente general del señorío de Viz-
caya, por testinonio de Iuan de Mendieta, Escriuano, en vn
pleyto que litigò lobre la sucesion de otro mayorazgo, en que
obtuuo por sentencias de vista, y revista, contra Frantisco de
Palacio, en la qual con ocho testigos de entero conocimiento,
probò ser hijo legitimo de Domingo de Vrtusauftegui, y Do-
ña Francisca de Villanueva.

90 En la quinta, articulò: *Que Doña Francisca de
Villanueva, num. 21. su abneta, fue hija legitima de Domingo de Vi-
llanueva, y de Maria Saenz, de Oxirando Vrrutia, num. 13.*

91 Seis testigos la dizen de oydas, y los dos añadé
auerlo visto por papeles.

Por Escrituras.

92 Ha presentado siete escrituras publicas. La pri-
mera, es, el contrato matrimonial que se otorgò para cassarse

Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Francisca de Villanueba, por el qual, se dize ser Doña Francisca hija legitima de Maria saenz de Oxirando Vrrutia, y de Domingo de Villanueba su marido. La segunda, la ratificacion que del dicho contraçto hizo Francisca de Aguirre, madre de Domingo de Vrtusaustegui, num. 21. por la qual consta, que Doña Francisca de Villanueba, fue hija de Maria Saenz de Vrrutia, y Domingo de Villanueba su marido. La tercera la escritura de transaccion, y entrego de bienes que tocaron à Doña Francisca de la legitima de Maria Saenz de Vrrutia, su madre. La quarta, el testamento de la dicha Maria Saenz de Vrrutia en que dexa por su hija, y vnica heredera à la dicha Doña Francisca. La quinta, vna transaccion otorgada, entre Iuana de Mendiuil, y Tomase de Vrrutia su hijo, y Iuan de Villanueba, de vn pleyto que la dicha Doña Francisca litigò contra ellos, por donde consta fue hija legitima de la dicha Maria Saenz de Vrrutia, y nieta de Andres de Vrrutia, num. 4. La sexta vn poder, y cesion que Iuana de Mendiuil, y su hijo dieron à la dicha Doña Francisca de vnos 200, ducados, por donde consta lo mismo. La septima, vna probança echa en Agosto de 159 . por Doña Francisca, en vn pleyto que litigò con Iuan de Vrtusaustegui, por la qual està probado con muchos testigos ser hija legitima de Maria Saenz de Vrrutia, y nieta de Andres de Vrrutia, num. 4.

93 En la sexta, articulò: *Que Maria Saenz de Vrrutia, y Oxirando, su visabueta, fue hija legitima de Andres de Vrrutia Oxirando, y de Catalina de Saldaza, num. 4.*

94 Dizenlo cinco testigos de oydas, especificando las personas a quienes lo oyeron, y ser publico, y notorio, y los dos que lo tienen por cierto, respecto de auer visto papeles por donde consta.

Por Escrituras.

95 Ha presentado cinco escrituras publicas. La primera, el testamento de la dicha Maria Saenz, en que declara ser hija de Andres de Oxirando Vrrutia, al qual le haze vna manda. La segunda, vna escritura de transaccion, y entrego de bienes, que Catalina de Zubieta, y Iuan de Vrtusaustegui, hizieron à Domingo de Villanueba, marido de Maria Saenz de Vrrutia,

Vrrutiã, por las legitimãs que le tocauan de Andres de Vrrutiã, y Catalina de Saldaza sus padres. La tercera, otra escritura de transaccion, y concierto, que otorgaron Iuana de Mendiuil, segunda muger que fue de Andres, num. 4. Y Tomas de Vrrutiã su hijo, con Iuan de Villanueba, y Diego Ortiz de Largaça, del pleyto que Doña Francisca, num. 21. litigaua con ellos por la qual, consta que la dicha Maria Saenz de Vrrutiã, fue hija de Andres, num. 4. La quarta, el poder, y cesion, que los susodichos dieron à la dicha Doña Francisca, para que perciuiesse los 200 ducados por razon de dicho pleyto, por donde tambiẽ consta lo mismo. La quinta, la probança, de que hizimos memoria, supra num. 92. in fine.

96 En la septima, articulò: *Que Andres de Oxirando Vrrutiã, num. 4. fue hijo legitimo de San Iuan de Oxirando, y de Antonia de Vrrutiã, su primera muger.*

97 Tres testigos la dizen de oydas, y que lo han visto por papeles, à que se remiten.

Por Escrituras.

93 Ha presentado el contracto matrimonial, para cassar à Andres, num. 4. con Catalina Saldaza, en la qual se dize, como està tratado de cassar, *el dicho Andres de Vrrutiã Oxirando, nieto de Iuan Saenz de Vrrutiã Iffasi, y Maria Saenz de Vrrutiã, è hijo legitimo de San Iuan de Oxirando, y de Antonia de Vrrutiã, num. 1. y 2. con Catalina de Saldaza, hija de Domingo de Saldaza.*

99 Vn poder que otorgò San Iuan de Oxirando, num. 2. junto con el dicho Andres de Vrrutiã su hijo, para apartarse de vn pleyto que tenian ante el Corregidor, con Iuan Perez de Zubieta, sobre la tutela de Maria Saenz de Vrrutiã, su nieta, è hija del dicho Andres de Vrrutiã.

100 La sentencia, que el Corregidor del señorío diò en dicho pleyto de la tutela, y las notificaciones echas al dicho San Iuan, num. 2. y à Andres, num. 4. su hijo, por donde consta la dicha filiacion.

101 La fee sacada del libro de Bautizados de la Parrochia de dos asientos de el, el vno, en que se dize, que en 23. de Março de 1515. se bautiçò Casilda, hija de San Iuan de Oxirando,

do, y de Antonia de Vrrutia su muger. Y el otro en que se dize que en 24. de Diciembre de 1518. se bautizo à Andres, hijo legitimo de San Iuan de Oxirando, y de la dicha Antonia su muger.

102 La probança que el año de 1591. hizo Doña Frãcisca de Villanueva num. 21 en el pleyto que litigò cõ Iuan de Vrtusaustegui, en que depusieron muchos testigos esto mismo de ser num. 4. hijo legitimo de num. 1. y 2.

103 Que San Iuan de Oxirando num. 2. despues de auer auido en su primer matrimonio à Andres de Oxirando Vrrutia num. 4. y fallecido su madre, de segundo matrimonio casò con Iuana de Mendiuil, y que en el huuo à San Iuan de Oxirando num. 11. el qual tuuo dos matrimonios, y que el primero que tuuo fue con Marina de Sancho Yerto num. 10. en quien procreò à Gabriel de Oxirando num. 19 padre de Don Miguel num. 28. vltimo poseedor, y el segundo con Maria de Ilusquiza num. 12. en quien huuo, y procreò al fundador de este mayorazgo, està por todos los litigantes probado, y en ello no se ha puesto, ni pone duda alguna.

104 Conque la legitimacion de Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui, y su parentesco con el fundador, y vltimo poseedor, queda sin dificultad alguna probado, per singulos gradus, y lo asseguramos assi, porque sobre estar justificado por testigos, è instrumentos comprobados en toda forma, sus competidores, y colitigantes no lo niegan, antes se lo confiessan y reconocen, y solo le pretenden excluir por dezir que su parentesco procede ex vno tantum latere, y que ellos son vtrinque conjuntos, y aun mas cercanos del fundador, y vltimo poseedor. Reparo que en la materia de que se trata, merece poca, ò ninguna estimacion, como en el progreso de este discurso se fundarà, y quando por via de razon de dudar mereciesse alguna, seria quando las partes que lo oponen tuuiesse probada su filiacion, y parentesco con el fundador; pero no la teniendo, como no tienen, se viene à hallar Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui en esta succession, *non tan potior quam solus*, y aunque se considere que no les falta algun genero de probança, no se puede negar que es muy dudosa, y no ay razon para que lo cierto se dexede seguir por lo que es dudoso, como nos lo advierte el Jurisconsulto Paulo *in leg. ordinata 24. ff. deliberati causa, ibi: Ne melioris conditionis sit, qui dubia libertatis est,*

est, quam qui certa. Mayormente en el juyzio de tenutā, en que en medio de deuerse conceder al verdadero successor, y no al dudoso, y à aquel *que potiora ex legitimis modis iura ostenderit*, se les reserva su derecho à salvo à los que no probaron como de uian su filiacion, y parentesco, para que le prueben, y lo demàs que requiere mayor conocimiento de causa en el juyzio de propiedad, ex doctrina D. Molina *lib. 3. cap. 13. num. 15.* & ibi Add. vbi plures D. Paz *de tenuta cap. 38. per totum*, Hermosilla *in leg. 7. tit. 4. part. 5. gloss. 2. num. 16.*

Fundasse, que en el mayorazgo sobre que se litiga no es de atender la duplicidad de conjuncion, y que el vtrunque conjunto no se prefriere al consanguineo tantum, y que sin distincion entre ellos se deuen obseruar las reglas comunes, y ordinarias de los mayorazgos regulares.

105 El mayorazgo sobre que se litiga, como resulta de las expresas palabras de la clausula primera, y llamamientos hechos en las siguientes de su fundacion, es regular, en cuya inteligencia van llanos los pretendientes.

106 Que en semejante mayorazgo la succession se deua gouernar por las reglas, y obseruaciones de linea, grado, sexo, y edad, no auiendo disposicion cõtraria del fundador, es proposicion firme, prout nos docet D. Molina *de Hispanor. primogenys lib. 3. cap. 4. num. 13. § 14* & ibi Add en que conuenien todos los Regnicolas, y que entre ellas la que tiene la prelación y à quien las demàs se rinden, es la de la linea, *cap. 1. de natura successions fœudi*, ibi: *Ad solos, § ad omnes qui ex ea linea sunt, ex qua iste fuit*, & ibi: *Sed omnibus ex hac linea deficientibus, omnes alia linea aequaliter vocantur*, notant D. Molina *vbi supra, § lib. 1. cap. 3. num. 12. § lib. 3. cap. 6. num. 31. § 32.* D. Castillo *lib. 5. controuers. cap. 93. num. 3.* vbi plurimos D. Valençuela *conf. 97. num. 13. § 14.* Marius Cultel. *ad legem Sicilia Martini Regis, cap. 52. num. 36.* Suelues *conf. 95. n. 2.* D. Greg. Lopez

Lopez in leg. 2. tit. 15. partit. 2. gloss. 18. quaest. 6.

107 Et hoc ita taliter, que la linea haze que no se tengan en consideracion el grado, sexo, y edad, sino es en ella misma, Socinus Senior *cons.* 249. vers. *Decimo tertio*, column. 13. *§* *cons.* 132 num. 17. Socin. Junior *cons.* 94. num. 14. Peregrin. *de fideicommiss.* art. 21. n. 9. *§* 12. D. Castillo *lib.* 5. cap. 93. n. 10. Fuffar. *de substitut.* quaest. 357. *§* 485. Add. ad D. Molina *lib.* 3. cap. 4. num. 13. *§* 14. ibi: *Et hinc inferitur, quod cum lex prius legiat lineam postea gradum statim sexum, deinde aetatem; non est curandum de gradu, nisi in linea neque de sexu, nisi in gradu, nec de aetate, nisi in sexu, ut inquit Marin. *§* c. & paulo post, ibi: Tandem pro regula statuendum censeo, quod in successione maioratus ratione linea praefertur quis omnibus praesentibus etiam si sint proximiores in gradu, *§* in alijs qualitatibus. Sousa in leg. *femina parte* 1. num. 279. ubi hoc insert ex cap. 1. de natura success. feud. *§* hac sententia in praxi, *§* usu forensi recepta est, secundum ipsam naturam maioratus, eleganter Rojas de incompatibilit. 4. part. cap. 1. num. 72. Casanate *cons.* 38. num. 114. Gabriel Pereyra de Castro *deciss.* 57 num. 7. y esta misma illacion hizo el señor Castillo *lib.* 5. cap. 93. num. 5. ibi: *Septima conclusio, seu regula communis est, quod in successione maioratus finita una linea, non consideramus personam proximiorum, sed lineam proximiorum.**

108 Para el reconocimiento de la linea en quien está semejante prerrogativa, y de la persona que la introduce dandola la calidad de successiva, auiendo faltado la efectiva, y de possession que naturalmente desciende del ultimo poseedor, se busca la linea transversal en quien la succession se introduce; porque como la naturaleza del mayorazgo es perpetua. D. Molina *lib.* 1. cap. 4. per tot. D. Gregor. Lopez in leg. 2. tit. 15. partit. 2. gloss. 18. D. Couarr. *lib.* 3. *variar.* cap. 5. num. 3. *§* 4. D. Vela *dissert.* 43. num. 68 *§* *dissert.* 49. num. 24. Tambien ha de ser perpetua la aplicacion de linea en quien se continue, substituyendo la proxima que permanece en lugar de la que por accidentes quedò extincta, ut aduertit D. Gregor. Lopez *ubi supra*, D. Molina *lib.* 1. cap. 3. num. 13. *§* 14. Gutierrez *cons.* 13. num. 11.

109 Que para hallarle se ha de buscar el ascendiente común, mas proximo, è inmediato, de quien aya descendencia, y ver las lineas que de èl se deducen, anteponiendo para la succession (si fueren muchas) aquella en quien se hallare la

ventaja

ventaja de la primogenitura, y faltando esta la inmediata, & sic, de las demás, docent *ex text. in leg. pronuntiatio* 195 ff. de verbor. significat. ibi: *Qua ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur*, D. Molina lib. 1. cap. 4. num. 40. ibi: *In cuius legis intellectu obseruandum est, quod verba illa ultimi genitoris in eadem lege appossita intelligenda sunt retro computando* ut ibi optimè aduertit Alciatus verbo *ultimi*: *Ideo que tantumdem erit, quod Iuris. Consultus dicat, ultimi genitoris, ac si dicat, Primogenitoris, is enim qui faciendo computatorem ab eo, qui ex eius familia descendit, ultimus est: si ab ipso computatio fiat, primus erit: sicque par ratione omnes qui ex progenitore totius familia descendunt, sub hoc nomine maioratus, comprehenduntur, siue hi descendentes institutoris, siue transversales sint.*

III O Rojas de incompatibilitate regnor. & maiorat. 1. part. cap. 6. num. 295. ibi: *At verò in successione maioratus, succedunt etiam omnes transversales institutoris, & primi acquirentis, & cuiuscumque possessoris ex parte fundatoris quando cumque deficiunt descendentes ultimi possessoris, quia omnes comprehenduntur sub linea contentiua, & in defectum descendentium ultimi possessoris ascenditur querendo continuationem linea non solum usque ad primum acquirentem, sed etiam usque ad suos patres, & ascendentes qui sint de sua linea contentiua ex parte fundatoris, & ita gradatim usque ad ultimum de familia, ita erudite, explicat D. Castillo lib. 5. cap. 93. num. 14. ibi: Rursus ad textum in cap. 1. de natura successio vis feud. quatenus probat, quod in feudo mortuo ultimo possessore absque filiis ascenditur ad proximum stipitem, & si ex eo descendentes non existant, ascenditur ad alium immediatum illius linea, & sic deinceps per patres auos, & pro auos, usque ad ultimum in illo genere, qui primus, & caput illius linea est, & quo usque omnes ex illa precedentes deficiant non intrat alia linea; animaduertendum inquam erit ad eum textum id quid ibi statuitur in primogenitorum successione quoque simul esse obseruandum Baldus conf. 200. num. 2. volum. 5.*

III Y que el hijo mayor, y primogenito del ultimo genitor, à quien se deue buscar para hallar la linea de succession, la ocupe con prelación à los demás hermanos, y confituya la linea successible, probant expresse, leg. 2. tit. 15. part. 2. leg. 40. Tauri, leg. 1. tit. 7. lib. 5. Recop. D. Molina lib. 1. cap. 4. per totum, & cap. 5. num. 21. & 22. & lib. 3. cap. 6. num. 36. & 37. & ibi Addentes num. 29. D. Paz de tenura, cap. 35. num. 10. D.

Conarr. lib. 1. variar. cap. 5. num. 4. D. Gregor. Lopez in dict. l. 2. glos. 10. D. Castell. lib. 5. cap. 92. num. 45. Antonio Gomez in dict. l. 40. Tauri. num. 58. versic. Tertio facit.

112 Que aunque aya muerto el tal hijo mayor en vida del tenedor del mayorazgo, si el tal hijo mayor dexare descendientes, se deuan estos preferir en la succession al hijo segundo, y tercero, y à todos sus descendientes, probat etiam expressè, *l. 40. Tauri, ibi: En la succession del mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del senedor del mayorazgo, ò de aquel a quien pertenesce, si el tal hijo mayor dexare hijo, ò nieto, ò descendiente legitimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su orden preferiran al hijo segundo del dicho tenedor, ò de aquel a quien el dicho mayorazgo pertenesca.* Lo mismo ordena la ley 5. *§ l. 14. tit. 7. lib. 5. Recopilat. D. Molina lib. 3. cap. 6. num. 29. 30. § 31. D. Castell. lib. 5. cap. 92. num. 50. § 51.*

113 Et hoc, porque por la dicha ley 14. està ordenado, que en todos los mayorazgos que se fundasen, assi por ascendientes, como por transfuersales ò estraños, desde el año de 1615. en adelante se succeda por representacion, si el fundador no dispusiere, y declarare otra cosa *Ad quod plura congerere possemus, por ser muchos los Autores que conuienen en lo mismo, aun sin distincion de tiempos, vt videre est apud D. Castell. lib. 3. controuers. cap. 19. per totum, maximè, num. 83. § à numer. 92. § lib. 2. cap. 20. per tot. § lib. 4. cap. 56. à nu. 87. Addentes ad Molinam lib. 3. cap. 7. num. 10. § 11. Rojas de incompatibilis. part. 8. cap. 5. num. 55. Flores Diaz de Mena in addit. ad Gamã decif. 387. alias 388. § in decif. 69. § 348. Robles de representat. lib. 2. cap. 29. à num. 19.*

114 Reconociendo las partes contrarias, la seguridad, y firmeza de estos principios, y reglas, y la mayorìa ò primogenitura entre los hijos de San Iuan, num. 2, en Andres de Oxirando, num. 4. Y hallarse Don Francisco Antonio de Virtusfaustegui, su tercero nieto en su linea recta, y que mediante el derecho de la representacion, era infalible el que pretende à este mayorazgo, pretenden excluirle por dos medios. El primero por dezir, que ellos, ò el que de ellos se halla descendiente del hijo primogenito de San Iuan de Oxirando, numer. 2. y de Juana de Mendiuil, num. 3 su segunda muger, y en la mejor linea de los que fueron procreados en aquel matrimonio, ha de ser preferido à Don Faancisco Antonio de Virtusfaustegui, por que

que ellos son vtrunque conjuntos con el fundador, y vltimo poseedor, y Don Francisco Antonio consanguineo, ex vno tantum latere. El segundo, es dezir, Iuana de Oxirando, num. 18. que en la clausula 6 de la fundacion ordenò el fundador, que en falta de los hijos, y descendientes del vltimo poseedor sucediese en este mayorazgo, el pariente suyo mas cercano, que ella lo es, y que por este llamamiento està excluyda la representacion, & quod per consequens, deue ser preferida à todos los demas litigantes, y pretendientes que se hallan en grados muy remotos.

Satisfazese al medio primero.

115 Si la controuersia, y disputa de este medio, y question, fuera entre hermanos del fundador, ò entre sus sobrinos, hijos de los tales hermanos, tuuiera algun fundamento el reparo que hazen los del num 32. 33. 34. y 18. porque regularmente loquendo, entre estas personas, se prefiere en la succession el vtrunque conjunto, al consanguineo, ex vno latere tantum, Auth. de heredibus ab intestat. venientib. §. si igitur defunctus, el 2. coll. 9. Auth. de consanguineis, & uterinis fratribus. §. quia vero, versic. Vult autem, collat. 6. Auth. itaque, Cod. communia de successio nibus Auth. cessante, versic. fin. Cod. de legitimis heredibus, Auth. post Fratres, la primera, eod. titulo, l. 5. tit. 13 partit. 6. vbi Dom. Gregor. Lopez, D. Couarr. in epitome successio. num. 7. Anton. Gomez in l. 8. Tauri, num. 7. D. Castill. lib. 5. controuers. cap. 67. num. 29. Rojas de incompatibilitat. 1. part. cap. 6. num. 264. Mieres, plures referens de maioratib. 2. part. quest. 7. n. 5.

116 Pero extra has personas, no se atiende à mayor qualidad de conjúcion, ni el vtrunque conjunto, se prefiere al consanguineo, ex vno tantum latere coniuncto, sed omnes æqualiter concurrunt, dict Auth. de heredibus ab intestato venientib. §. si igitur defunctus, & §. si vero, Auth. post fratres la primera, C. de legitimis heredib. Anton. Gomez in dict. l. 8. Tauri, num. 8. ibi: Vnum tamen in hoc singulariter est notandum quod ista maior qualitas coniunctionis non est attendenda neque consideranda ultra predictos fratres, & filios fratrum, unde si quis decedat ab intestato non relictis descendentibus, nec ascendentibus, nec fratribus, nec filijs fratrum: sed relictò Patre qui fuerat frater sui patris vtrunque

coniunctus. Et alio patruo qui fuerat frater sui patris, ex latere patris tantum, vel ex latere matris tantum, ille patruus utrinque coniunctus non praefertur alteri ex uno latere coniuncto, sed amnes pariter admittuntur, quia sunt in pari gradu, quia illa qualitas duplicis coniunctionis ultra fratres, et filios eius non consideratur. Idem tenet *Tellus hic num. 5.* Gregor Lopez in l. 5. tit. 13. part. 6. gloss. 1. *Gouarr. in epitome success. numer. 9.* Matienzo in l. 5. tit. 8. lib. 5. gloss. 1. num. 8. Velazquez de Auendaño *hic, gloss. 3. num. 3.* Et ita probat iextus in *Auth. Cesante, versic. si ual. Cod. de legitimat. heredib. Et ibi communiter Doctores in Auth. post fratres la 1. eod. titul. textus in Auth. de heredibus ab intestat. veni, §. si igitur defunctus, el 2. vers. unde consequens est, collat. 9.* Et idem est, si in successione concurrerent filij, ex filijs fratrum, qui sunt in quarto gradu: Nam aequaliter succedant patruo magno licet aliqui eorum descendant à fratre utrinque coniuncto: Similiter etiam idem est, si quis decedat ab intestato relictis pluribus fratribus patruelibus in quarto gradu: quia pariter succedunt, licet aliqui eorum sint coniuncti ex fratre utrinque coniuncto: Et idem est à fortiori de singulis in ulterioribus gradibus, Et ita in expresso ita tenet, et determinat *Iacob. de Bell. in Auth. de heredib. ab intestat. veni, §. si vero neque penult. quest. collat. 9. Paul. de Castro, ubi hoc reputat perpetuo mentem, in Auth. post fratres, num. 4. Cod. de legit. hered. Corneus ibi prima columna, tenet etiam Bartol. in l. 1. §. legitima, ff. de suis, et legitim. heredib. Et ante eos voluit Azo in summa, C. communia de success.*

117 Esta mesma sentencia figuen, y tienen, idem *Antonius Gomez, tom. 1. variar. cap. 1. num. 16. versic. Quinto Et principaliter facit. Et ibi Ayllon qui num. 28. Et 30. plurimos cumulat D. Pichardo in princip. institut. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, §. 2. num. 23. Parlad. lib. 2. rer. quotidian. cap. 15. per tot. Gomez Arias in l. 8. Tauri, nu fin. Azeued. in leg. 5. tit. 8. lib. 5. Recopilat. num. 2. Et in leg. 5. tit. 7. num. 3. Gomez Bayo in praxi 3 part. lib. 2. quest. 126. à num. 4. Mantica de coniect. v. l. im voluntat lib. 8. tit. 13. per tot. Boerius decis. 302. numer. 2. Franchis decis. 26. num. 6. Et 8. Alexander cons. 166. num. 2. lib. 5. D. Valenc. Velazquez cons. 63. num. 165. Mieres de maioratib. 2. part. quest. 7. num. 18. D. Castell. lib. 3. controuers. cap. 19. num. 71. ubi plurimos refert.*

118 Conque hallandose fuera del grado referido las partes contrarias, porque ni son hermanos del fundador, ni hijos de sus hermanos, ex supra traditis, no pueden hazer fundamento

mento en la calidad de vtrunque conjuntos con el fundador, para quererse preferir à Don Francisco Antonio de Virtusauftegui.

120 Y tambien es de notar, que esta duplicidad de vinculo, y conjuncion, en que se fundan, procede de ser (como suponen) el padre del fundador, hermano entero de Iuan, num. 5. y de Pedro Saenz, num. 7. hijos que tambien dizen ser de San Iuan, num. 2. y de Iuana de Mendiuil, num. 3. Demanera, que para auer de succeder, les es preciso buscar aquel ascendiente comun, como el mas propinquo, è inmediato, como si el mismo huuiera sido el fundador, y à el se succediesse, vt sup. num. 11. fundauimus. At sic est, que respecto de el dicho San Iuan de Oxirando, num. 2. à quo orti sunt, tan conjunto fue de el Andres, num. 4. a quien representa D Francisco Antonio, numer. 37 como Iuan, num. 5. Pedro, num. 7 y S. Iuan, num. 11. vt pluribus obseruant Mantic. *de coniectur. visumar. voluntat. lib. 8 tit. 13. num. 6.* Decius *consil. 304. num. 2.* Hieronym. Gabriel *conf. 120. num. 6.* Mandel, Alba *conf. 29. num. 18. § 19.* Rojas *infra notandus Menoch. conf. 636. num. 13. § conf. 841. num. 18* y se presume, que con igual afecto, amò à el como à los demas hijos, vt notat Bartul. *in leg. Lucius. ff. de vulgari. num. 21. & ibi Iasson num. 3. § in leg. re coniuicti. num. 62. ff. de legat. 3.* Petrus Surdus *conf. 31. nu. 16. 17. § 18. 20. § 21.* Parlador. *lib. 3. quest. 8. num. fin. in fine.* Rojas *de incompatibilitat. part. 1. cap. 6. nu. 277.* Menoch. *conf. 636. num. 13 § conf. 841. num. 14.* Luego no se puede hazer en este caso estimacion de mayor qualidad de conjuncion, y parentesco entre los pretendientes, sino de la mejor linea.

121 Con esta inteligencia, aun quando estuuiéramos en terminos de q̄ el pleyto fuesse entre hermanos del instituidor, y fundador hazen à fauor del hermano consanguineo tantum, el text. *in cap. unic. in principio, § § fin. de successione feudi, cap. unico de success. fratrum, vbi æque succedere debet consanguineus frater licet ex latere tantum patris coniuictus, ac faater vtrunque coniuictus, vt ex dicto cap. 1. docent Baldus, & alij quam plurimi relati à Rojas de incompatibilitat. part. 1. cap. 6. num. 255.* Robles de Salcedo *de represent. lib. 2. cap. 21. num. 10. & cum in feudo (de quo ad maioratnm validum est argumentũ, D. Solorçan. de Indiar. gubernat. lib. 2. cap. 1. num. 80. D. Couare. lib. 3. variar. cap. 5. num. 5. versic. Quinto, Gomez in l. 40. Tauri,*

ri, num. 77. Bobadilla lib. 2. cap. 18. num. 157 lit. B.) nihil preponderet illa qualitas duplicis coniunctionis Ergo idem in maioratu dicendum est.

122 Sic similiter infideicommissis æqualiter succedit frater, ex vno latere ac frater, ex vtroque latere coniunctus, vt colligitur ex textu in l. fin. ff. ad Senat. Consult. Trebell. & docent post Bartol Ripam, Alciatum, Alexandrum, & alios D. Couarr. practico cap. 38. num. 2. Peregrin. de fideicommissis artic. 20. num. 12. Menoch. cons. 686. nu. 19. Fuffar. de substit. quest. 79. num. 22. Rojas de incompatibilitat in dict. 1. part. cap. 6. num. 257. Donatus Anton. Marinis lib. 2. resolut. cap. 216. nu. 21. vbi plurimos vterque cumulat. At de fideicommissis ad maioratum valet, etiam argumentum, D. Molina lib. 1. cap. 1. num. 9. Parlador. ib. 3. diser. 18. Rojas vbi supra num. 258. Ergo si in fideicommissis nihil operatur illud duplex cõsanguinitatis vinculum, nec etiam in maioratu.

123 Otros dos fundamentos bien urgentes representa con su aguda erudicion el mismo Rojas vbi supra. num. 259. & 261. en favor del cõsanguineo tantum, à que nos remitimos por no transcriuirle. Y aunque en los terminos de competir dos hermanos del fundador, el vno vtrunque, conjunto, y el otro cõsanguineo tantum, se inclina al vtrunque coniueto, siguiendo al señor Castill. lib. 5. cap. 67. num. 39. Y vno y otro, no por otro medio, ni fundamento, mas que por la disposicion de la Auth. cessante, C. de legitimis herediabus, y demas que notamos, supra num.

124 Y aunque no es de nuestro caso como lleuamos dicho, adhuc, aun en el pone tres limitaciones, de las quales, la tercera, es muy à nuestro proposito, por hallarla expressa en la fundacion de nuestro mayorazgo, vt videre est in no. 275 ibi: *Limitabis, seu declarabis tertio, quando institutor maioratus tacite, vel expresse fratrem cõsanguineum. Et vtrunque coniuetum vocauit. Et cõsanguineus sit maior, quia tunc cum vterque frater succedere possit, frater vtrunque coniuetus minor non preferatur maiori cõsanguineo.* Fundose en vna doctrina de Peregrino de fideicommissis artic. 20. num. 20. adonde funda, que auiendo llamamiento de vtrunque conjuntos, y de cõsanguineos tantum, son igualmente llamados los vnos, que los otros, y se explica con estas palabras: *Et idem quoque esset, si nominatim expresse aut relative de fratribus cõsanguineis facta fuisset mentio, sicuti in* questio-

quaestione de filijs, tradidit Socin. Iunior, dict. cons. 66. n. 3. Remiss. ad eundem Peregrinum lib. 5. cons. 60. num. 15.

125 Y estambien deFussar. de substitut. quest. 79 num. 28. ibi: Quarto facit quia si testator in institutione eamdem ostendat affectionem ad consanguineos quam ad utrinque coniunctos, quia aequaliter instituit, dicendum est idem, etiam in substitutione, quia eadem dilectio quae est in institutione, & in substitutione dicitur in esse, Menoch. lib. 4. praesumpt. 16. num. 7. Præcis de interpretat. ultim. volunt. fol. 264. num. 15. Mascard. de probat. conclus. 1345. Ruin. cons. 107. num. 6 lib. 2. Decius cons. 304. num. 2. Alciat. in l. coheredi, §. qui discretas, num. 5. ff. de vulgar. & pupillar. Idem etiam repetit num. 51.

126 Menochio in dict. cons. 686. à num. 16. sigue esta misma sentencia, y despues de auer respondido à la Auth. cessante, C. de legitim. heredib. y sus concordantes en el num. 20. Con estas palabras: Respondetur secundo quod argumentum posset forte procedere inspecto iuri communi NOVO, quo à Iustiniano Sancitum fuit utrinque coniunctum preferri ob id. quod cognatio considerabilis est. Dict. Auth. itaque, & dict. Auth. cessante, secus inspecto iure communi NOVISSIMO, quo ipse Iustinianus sustulit differentiam agnationis, & cognationis, §. nullam in Auth. de heredibus ab intestato. Et Paulo inferius: Respondetur tertio, quod etiam si in casu nostro concedamus quod nec iure communi nouissimo sublatum esse vinculum cognationis: Attamen adhuc argumentum non procedit nostro in casu, in quo testator ipse omnes ipsius filios re, & verbis in institutione, & substitutione coniunxit, & propterea omnes tam consanguinei, quam utrinque coniuncti admitti debent ad portionem hanc sicuti diximus, supra. Idem repetit, cons. 841. num. 15.

127 El fundador de este mayorazgo, llama en la clausula segunda à la succelsion de el, à sus hijos, y descendientes legitimos, en segundo lugar, y en la 3. clausula, llama à Don Miguel, Domingo de Oxirando, num. 8. su sobrino consanguineo tantum, hijo legitimo de Grabriel de Oxirando, num. 19. su medio hermano, habido por San Iuan de Oxirando, numer. 11. su padre en el primer matrimonio que contrajo con Marina de Sancho Yerto, su primera muger. En la 4 llama à Doña Iosepha de Oxirando, num. 29. tambien consanguinea tantum, por la misma razon Y en la 5. tambien llama à Doña Maria de Oxirando, que por el mismo medio solamente es consanguinea,

nea, conque literal, y expressamente hallamos, que llamò, amò, y quiso à los consanguineos tantum, luego siendo como es cierta la limitacion del mesmo Rojas, y hallandonos en ella con la ventaja de estar fuera de las reglas comunes, y no entre hermanos, ni hijos de hermanos, parece llano el derecho del consanguineo tantum de mejor linea.

128 Prueba lo bien al proposito Donato Antonio de Marinis *lib. 2. re. polut. cap. 216. num. 22.* his verbis: *Atque ideo cum in presenti appareat ex verbis testamenti, silentium testatorem fideicommissentem equaliter dilexisse Fulcum nepotem ex Horatio fratre ex primo, ac alios ex posteriori matrimonio susceptos, dum Fulcum expresse, & nominatim cum alijs fratribus utrinque coniunctis atque etiam omnes alios eiusdem Horatii, filios nascituros equis portionibus substituit, & ad suam hereditatem vocavit, nulla quidem inter eos debet esse distinctio, sed ex aequo: iuxta testatoris voluntatem admitti debent, si qui cum plures 92. & ibi Glossa in verbo omnibus, ff. delegatis, 3. Mantica de coniectur. ultimar. volunt. lib. 8. tit. 13. num. 7. versic. legitur multo magis, Mandell. cons. 29. num. 18. Menoch. cons. 434. num. 33 & cons. 636. num. 7. Peregrin. de fideicommiss. artic. 20. num. 20. in fin. & num. 21. Bellon Jun. de iure crescendi, cap. 5. quest. 56. num. 21. Marta de success. legali, part. 2. quest. 4. artic. 3. num. 9. Gratiano disceptas. 651. num. 15 & seqq.*

129 A este reparo que notan los Autores, se añade otra consideracion, no menos digna de estimacion, y es, que sobre auer llamado expressamente el fundador despues de sus hijos, y descendientes, à sus sobrinos, y consanguineos tantum, y à los hijos, y descendientes de ellos, que de necesidad no podiã ser mas que consanguineos, tan solamente por no tener hermanos, ni sobrinos utrinque conjuntos, palsò à hazer otro llamamiento generico, y cõprehensiuo de muchos, esto es al pariente mas cercano de parte de su Padre, ò de su Madre. Sed consanguineus dicitur ille, qui quouismodo sanguine iunctus sit, cap. coniunctiones 35. quest. 2. cap. tuanos, cap. non debes, de consanguinitate, & affinitate, cap. postremo, ubi Glossa. 1. Ioannes Andreas, Anton. de Butrio, & Abbas, & communiter Doctores de appellac. Paul. de Castro cons. 383. num. 1. & cons. 421. num. 1. volum. 1. D Valenç. Velazquez cons. 105. num. 53. En tanto grado, que no solo los parientes legitimos son comprehendidos, sino que aun hasta los naturales se comprehenden, Peregrin.

grin. de fideicommiss. art. 22. num. 85. Fuffar. de substitut. quest. 364. num. 8. Bartul. in l. pronuntiacio. ff. de verbor. significat. Et in l. fin. C. eodem, Agustín Barbof. de appellatiuis, appell. 57. numer. 8. Y la razon es, porque ex eorum sanguine procedunt. Y assi definen los Emperadores, y Consulrores à los consanguineos, esse eos, qui sanguine inter se sunt conexi, l. consanguinitatis, C. de legitim. heredibus, l. post consanguineos. ff. de suis. Et legitim. heredib. Auth. de consanguineis, Et uterinis, dist. cap. coniunctiones, pluribus relatis Fuffar. dicta quest. 364. num. 1. Et data gradus paritate, tan pariente cercano es el consanguineo tantum, como el vtrinque conjunto, como se verifica en los hermanos, interquos proprietate sermonis continentur fratres consanguinei, atque ita coniuncti ex latere patris tantum, vt aperte probat, l. Iurisconsultus, §. secundo gradu. ff. de gradibus, ibi: Frater quoque per vtrumque parentem accipitur, idest, aut per matrem tantum, aut per patrem tantum, aut per vtrumque idest ex vtroque eodem parente. copi. se differit Socinus Senn. cons. vlt. lib. 2. quo loci respondit quod immo frater vterinus dicitur proprie frater, vt comprehendatur sub statuto faciente mentionem de fratre. Idem scribit Angel. Aretin. in §. 1. in fine instit. de legitima agnator. successione, cum dixit, ex sermonis proprietate appellatione fratris contineri fratrem, ex latere patris, vel matris coniunctum, idem docuit Iaffon in l. tres fratres, num. 18 ff. de pactis, post Romanum in cons. 411. num. 6. & Capram in cons. 8. num. 6. Menoch. cons. 187. num. 2. Baldus in l. Lutus, §. quassum. ff. delegat. 3. Corneus cons. 336. num. 6. volum. 1. Surd. cons. 31. num. 34. Y quando el llamamiento es vniuersal, generico, y colectivo de muchos, aut pluralis numeri, verificari non potest in solo vtrinque coniuñcto: obidque etiam consanguinei tantum includuntur, l. fin. ff. ad Senat. Consult. Trebell. Alciatus in l. cohered. §. qui discretas, num. 6. Et 8. ff. de vulgari, Et pupillari subst. Menoch. de presumpt. lib. 4. presumpt. 75. num. 18. Et cons. 839. num. 12. Et cons. 686. num. 10. Fuffar. de substis. quest. 79. num. 4. Et 43. Peregrin. de fideicommiss. articul. 20. num. 20. Et cons. 64. num. 15. versic. Respondetur, lib. 2. Paulus de Castro cons. 383. lib. 1.

130 El mas urgente fundamento, que despues de los referidos asiste à Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui, es hallarse asistido de la voluntad, y afeccion del fundador, y como todas las reglas en las sucesiones de los mayorazgos, ce-

den, y se rinden à la voluntad dispositiua del fundador, ex l. ff. de commissis 11. §. item si quis, l. heredes 130. ff. delegat. 1. ibi: Sola enim voluntas seruatur in fideicommissis, l. heredes mei 57. §. cum ita ff. ad Trebell. l. ex facto. ff. de heredit. instituend. l. 40. Tauri, ibi: Saluo si otra cosa est uicere dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo, que en tal caso, mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituyó. Y en las condiciones de los llamamientos se da regla à la forma de suceder, l. in conditionibus 19. l. pater seuerinam §. conditionum, ibi: Conditionum uerba que testamento prescribuntur pro uoluntate considerantur, ff. de conditionibus §. demonstrat. l. c. sit. 7. lib. 5. Recopilat. D. Larrea decis. 33. num. 31. D. Castell. tom. 4. cap. 5. num. 3. §. cap. 8. num. 1. §. cap. 9. num. 21. Addentes ad Molinani lib. 1. cap. 4. num. 19. Dom. Vela disert. 47. num. 43. D. Solorçan. de Indiar. gubern. tom. 1. lib. 2. cap. 11. num. 9.

131 De donde se infiere, que aun entre hermanos, y sobrinos del fundador, no succede el vtrinque consunto, ni el mas cercano, ni el de mejor linea, sino tiene la voluntad, Auth. de fideicommissis §. nos igitur, ibi: Non qui à lege, sed qui à testatore anteponitur, preferendus est. Bald. in cap. 1. §. denique, qua fuerit prima causa beneficij amittendi in uisibus feudor. D. Molina lib. 1. cap. 2. num. 8. §. lib. 2. cap. 8. num. 8.

132 Ya se sabe el que in vltima voluntate in seruanda coniecturati, & expressi eadem est potentia, & ius, Menoch. de presumptionibus lib. 1. quest. 45. a num. 1. §. cons. 95. num. 104. lib. 1. §. cons. 110. num. 4. lib. 2. Hondedeo cons. 61. num. 48. lib. 2. Surd. cons. 21. num. 4. lib. 1. Paulo Paris. cons. 25. à n. 34. lib. 3. Porque en la estimacion del derecho se dize expresse, y claro, quod ex coniecturis, & præsumptionibus colligitur, & per eas de testatoris voluntate, & intentione manifestè constat, & si uerbis specialibus, & expressis dictum non fit, leg. quidam testamento 30. ff. de ualgaris, §. pupillari substit. leg. licet Imperator 74. ff. delegat. 1. leg. qui solidum 78. §. 1. ff. delegat. 2. leg. cum Anus 102. ff. de conditionibus §. demonstrat leg. si locuplex 57. in fine, ff. de manumiss. testament. D. Castillo plurimos referens tom. 1. de usufructu, cap. 1. à num. 46. §. lib. 2. quotidianar. cap. 4. num. 53. §. cap. 17. num. 11. ibi: Propter vim etiam coniecturarum recedimus à presumptione inducta a legali dispositione, siue legis præsumptio non attenditur in substitutionibus ubi constat de contraria mente testatoris saltem ex coniecturis.

Y para colegir la voluntad, la mejor regla es ver lo que se ordena en otra parte de la clausula, o disposicion, y ajustar por ello la inteligencia, pues conforme a derecho para interpretar, y entender las clausulas, y mente del fundador, se ha de reconocer el contexto de todas, *leg. Menia, ff. de manumiss. testament. ibi: Contextum verborum totius scripture, leg. numis 73. ff. delegat. 3. ibi: Ex contextu testamenti, leg. unum ex familia, §. omisso, ff. delegat. 2.* y se pondera lo que dixo Ciceron lib. 2. de invention. *ibi: Quod si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque videbuntur ambigua.* notant Baldus, *cons. 136 in medio, lib. 3. Mantica de coniectur. lib. 6. tit. 13. num. 1. Casanate cons. 45. num. 27. D. Castillo lib. 3. cap. 15. num. 30. & lib. 4. cap. 37. num. 31.*

De manera, que todas las partes de la disposicion juntas se deuen considerar, *leg. Gallus, §. ille casus, ff. de liberis, & posthum. ibi: Iuliano tamen videtur duobus quasi capitibus legis commixtis in hoc quoque inducere legem, vbi glossa verbo inducere, leg. qui duos, ff. de coniungend. cum emancip. liber. leg. quidam, ff. de peculio, leg. si testamentum, C. de institut. & substit. Y de lo antecedente, y subseguente resulta la voluntad del testador, leg. si seruis plurium, §. fin. ff. delegat. 1. leg. Titia, §. idem respōdit, ff. de verb. obligat. Peregrin. de fideicommiss. art. 25. num. 29. Sforzia Oddi. cons. 95. num. 76. Casanate cons. 17. num. 24. Ramon cons. 15. num. 46. Y vna parte de la disposicion recibe interpretacion de otra, *leg. qui filiabus in princip. ff. delegat. 1. Bartol. in leg. Centurio. num. 27. ff. de vulgar. y todas estas conclusiones las exornan Menoch. cons. 115. num. 14. & de presumpt. lib. 4. presumpt. 71. num. 18. Mantica de coniecturis lib. 8. tit. 13. num. 6. Casanate cons. 44. num. 7. & cons. 56. num. 78. D. Castillo lib. 4. cap. 50. num. 28. ad 30. D. Larrea decis. 53. num. 10. & decis. 54. num. 8.**

Tambien es proposicion segura, que el orde que se da en los primero llamados, se entiende repetido en todos los demas substitutos, *ex leg. Titia Seyo, §. Seya libertis, ff. delegat. 2. leg. fin. §. qui liberis, ff. de vulgar. Curtius Sennior cons. 51. num. 11. lib. 1. Gutierrez cons. 13. num. 10. Alexand. Raudé. se. cons. 30. num. 38. lib. 2. Y por la regla que se pusieron las primeras instituciones, se deuen gouernar las demas sustituciones, y casos, *leg. in ratione, §. si filio, ff. ad legem Falci diam, ibi: Vt enim opes patris, & contributio legatorum in di Capiunt, & formam, &**

originem ita plures substitui, subducta persona pupilli, reducendi sunt ad intellectum institutionis, leg. qui fundam, §. qui filias ff. eod. ibi: Est igitur rationi congruens ne plurius in persona substitui testator habeat, quam habuerat in eo cui eum substituebat, leg. 3. ff. de fundo instructo, ibi: Talem in fideicomissi causa videri placuit qualis fuerit legatus, leg. 2. ff. de coniung. cum emancip. liber. ibi: Sed potest superior sermo. Et ad hunc casum refertur, leg. Seya, ff. de donat. causa mortis, ibi: Propter legem in exordio datam, leg. adiles, §. loquantur, ff. de adibit. adicto, ibi: Quid quid igitur illic diximus, huc erit transferendum, leg. 4. §. si sub conditione, ff. de fideicommiss. libert. ibi: Quasi translata conditio videatur, Decian. cons. 480. num. 12. Cephal. cons. 581. num. 13. lib. 4. Surd. cons. 343. n. 14. ibi 3. D. Castillo tom. 6. cap. 178. num. 2. Et cap. 181. num. 10. D. Valenc. cons. 185. num. 12. Fontanela decis. 388. num. 17. ibi: Minus in consensens esse clausulam extare sine effectu aliquid operandi, quam ut ad alia extendatur preter contenta in prima parte dispositionis.

136 Reparando pues en todas las partes de esta disposicion, y fundacion, se halla que con igual affeccion llamo à los consanguineos tantum, que à los vtrinque conjuntos, porque despues de auer llamado à sus propios hijos, y descendientes, no teniendo algunos, ni aun esperança de tenerlos, passa à llamar en primer lugar à Don Miguel de Oxirando num. 28 y à sus hijos, y descendientes, y en segundo, à Doña Iosepha su hermana num. 29 y los suyos, y en tercero à Doña Maria num. 30. en la misma forma, de manera que ya hallamos en el exordio de la forma que se ha de suceder tres llamamientos de consanguineos tantum, con que no se nos puede negar el que no hizo aprecio de duplicidad de vinculo, y que tuuo affeccion à los consanguineos tantum, y esto solo bastará para que debaxo del llamamiento del pariente mas cercano, se entendiessen llamados por sus lineas, y grados los consanguineos tantum, con prelación à los vtrinque conjuntos que fueren de grados, y lineas inferiores. Tum, porque si la substitucion se ha de regular conforme la institucion, & ad intellectum eius, y no deuenos buscar circunstancia, ni calidad en el substituto que no tuuiesse el instituido ni hazerle de peor fortuna por ningun medio, ex supra num. proximo traditis, assi como el fundador amò, y llamo à aquellos tres consanguineos tantum, y à sus descendientes, que tampoco podian ser mas que consanguineos, y ninguno vtrin-

vtrinque conjunto, deuenos entender que debaxo del llamamiento de pariente mas cercano, se entienden, y estan llamados los consanguineos, tan igualmente como los vtrinque conjuntos: Nam quae in praefationibus dicuntur, in sequentibus repetita intelliguntur, *leg. Titul. 134 §. idem respondit ff. de verb. obligacionib.* De donde sacan por argumento, y congetura los Autores, que para entenderse llamados los naturales, les basta el hallarse llamados, o hecha mencion de ellos en alguna parte de la disposicion, *Bartol. in leg. ex facto, §. si quis rogatus, el primero, ff. ad Senat. Consult. Treuell. Mantica de coniectur. ultim. volunt. lib. 8. tit. 7. num. 4.*

137 La segunda congetura es el aver llamado, no solo a los consanguineos tantum, sino que aun prefirió los hijos naturales de ellos, no solo a los vtrinque conjuntos de quienes no ay especifico llamamiento, sino tambien aun a las mismas sobrinas consanguineas, porque en el llamamiento que hizo de Don Miguel num. 28. despues de el, y de sus hijos, y descendientes legitimos, llama a sus hijos naturales primero que a Doña Iosepha, y Doña Maria num. 29. y 30. y tambien los naturales de ellas a los demás parientes legitimos, cuiuscumque qualitatis: y siendo assi que los hijos naturales, ni son ex agnitione, nec ex familia, nec ex Domo, vt probant cum alijs multis *D. Molina lib. 3. cap. 3. num. 45. & lib. 1. cap. 4. no fin. D. Castillo lib. 5. controuers. cap. 82. num. 50. D. Larrea deciss. 32. num. 3. D. Solorzano de Indiarum gubernat. tom. 2. lib. 2. cap. 17. num. 12. cum seqq. Escobar de puritate 1. part. quest. 4. §. 7. ex n. 189.* y solo por ser de vna mesma sangre los llamó y prefirió. Luego fue porque no atendió tanto a duplicidad de conjuncion, y parentesco, quanto a conseruar el officio, y demás bienes que vinculó entre sus parientes, descendientes de San Iuan de Oxirando num. 2. su abuelo, y a la conseruacion de su apellido.

138 La tercera congetura es, aver llamado el fundador despues de sus tres sobrinos consanguineos tantum, al pariente mas cercano, non simpliciter, sino al pariente mas cercano de parte de padre, prefiriendo los parientes de parte de padre a los de la madre. De manera, que solo antepuso, y prefirió los que por varonia, & ex parte patris eran, y podian ser sus parientes, no haziendo a precio, o por lo menos no tanto de la conjuncion de parte de la madre, quanto de la del padre, lo qual fue lo

75
mismo que si huviessse llamado à su padre, y faltando la descen-
dencia de este à su abuelo, ex supra num. *Ha traditis leg. sed si
plures, §. in arrogato ff. de vulgari.* Roxas *de incompatibilit. part.
8. cap. 5. num. 59.* Matienzo *in leg. 3. tit. 9. lib. 5. Recopilat. gloss. 4.
vbi Acebedo num. 6. §. in leg. 34. tit. 6. lib. 3. num. 3. & cum alijs
Pater Thomàs Sanchez de matrimonio lib. 6. disputat. 26.
num. 2.*

139 *Ex quo ad propositum mirabilis est Doctri-
na Mieres de maioratib. 2. part. quest. 7. num. 19. ibi: Ex quibus
ad nostrum propositum inferitur, quod in successione maioratum,
non est attendendum, quod frater sit utrinque coniunctus, vel ex
uno latere tantum: quia frater ex uno latere tantum excludit alios
fratres utrinque coniunctus dummodo sit filius, vel nepos eius, ad
quem ultimo loco successio maioratus pertinuit, & vocatus appa-
ruit.*

140 La quarta, y vltima, es hallarse el fundador
à la vista con tantos parientes trasversales, como se ven en el
Arbol, fuera de el quarto grado, tam consaguineos, quam
vtrinque conjuntos, los quales por ser tan remotos a bintestato
no se podian preferir vnos à otros, como dexamos fundado, y
que conforme à derecho con igualdad concurrieran por sus
grados, y no aver hecho mas aprecio de los hijos, y descendien-
tes de Juana de Mendiuil, que de los de Antonia de Vrrutia, ni
caso, ò mencion de la duplicidad de conjuncion, y hazer el lla-
mamiento tan general, y absoluto, que con igualdad los com-
prehendiesse à todos, vt ex pluribus obseruat D. Vela *dissert. so-
ren/ tomo 2. dissert. 29. num. 6. ibi: Nec adicerit ex masculino, aut
per lineam masculinam prout facere facile potuisset si dispositionem
suam ad eos restringere voluisset.* Conque parece q̄ queda abun-
dantemente fundado, aver sido la voluntad, y afecció del fun-
dador igual con todos, & quod per consequens par etiam de-
bet esse in successione conditio, vt obseruant Marinis *lib. 2.
resolut. cap. 216. num. 28.* Peregrinus *de fideicommissio artic. 20.
num. 11. 12. §. 19.* Fullarius *de substitutionib. quest. 484. num. 72.*
Menoch. *de presump. lib. 4. presump. 75. num. 16.*



Satisfacelle al segundo medio.

141 Por este medio, que se reduce à dezir Juana de Oxirando q̄ auiedo llamado el fundador al pariente mas cercano, està excluyda la representacion, y que por hallarse ella mas cercana viene à ser la llamada, como si por su nombre propio la huuiesse llamado. Satisfarèmos con mucha breuedad.

142 Lo primero, que este medio, y fundamento es contra leyes expresas de el Reyno, quales son la *ley 40. de Toro, hodie, leg. 5. tit. 7. lib. 5. Recopil.* y mas nouissima *leg. 14. eiusdem tit. 5. lib.* y contra la comun de todos los Doctores Regnicolas, quos congerit lata manu el señor D. Iuã del Castillo *lib. 3. cap. 19. per tot. Rojas de incompatibil. 8. part. cap. 5. num. 55.* y contra la practica de todos los Tribunales de España.

143 Lo segundo, porque en los mayorazgos de España no se atiende el grado sino en la linea, como se fundò supra num. 106 y esto procede aunque el fundador expressamente huuiesse llamado *al pariente suyo mas cercano*, porque este se deue entender del que lo fuere en la mejor linea, de forma que semejante clausula solo obra prelación entre los que son de vna linea, vt expressè probant D. Castillo *lib. 3. cap. 19. num. 319.* Robles *de representat. lib. 3. cap. 6. num. 4. 5.* D Molina *lib. 3. cap. 8. num. 11.* & ibi Add. *5. in num. 15.* ibi: *Etiam si institutor maioratus dixerit, succeda el pariente mas cercano, ò el mas propinquo pariente de mi el testador*, Rojas *de incompatibil. 4. part. cap. 1. num. 72.* Marius Cutel *deciss. 40. num. 88. 5. seqq. tom. 2.* Pater Molina *de iustit. 5. iure, disput. 529. num. 2. tom. 3.* Iuan Gutierrez *lib. 3. practic. quest. 68. per tot.* Velazquez de Auendaño *in dict. leg. 40. gloss 2. num. 16.* y pudieramos copiar dos paginas de Autores, sin que pueda ser de obstaculo, ni digno de estimacion quanto se escriuiò por el señor Valençuela Velazquez *conf. 23.* y la verdad sexta de Guzman, porque sobre fundarse en opiniones de Autores Estrangeros, ni el consejo de Valençuela, ni la verdad de Guzman se ha seguido en el Consejo, ni en las Chancillerias, si determinado muchas vezes lo contrario.

Conque hallandose Don Francisco Antonio de Virtu faul-



