

# PROCESO PASCHASII DE

Borao, super apprehensione.

POR SV PARTE.

*Initium à Domino.*



AS partes contendientes en este pleyto son de la vna, Pascual de Borao, y Ysabel Casales : y de la otra, Lupercio Andres, en nombre y como tutor y curador de su hijo Lupercio Buena Ventura Andres. Y para inteligencia de las pretensiones de las partes es necesario suponer, que Diego Casales tuuo por hijas a Ysabel Casales, muger de Pascual de Borao, y a

Ana Maria Casales, muger de Lupercio Andres, padres de Lupercio Buena Ventura: y viniendo el dicho Diego Casales a la muerte, siendo señor de los bienes aprehensos, hizo su testamento, en el qual ay vna clausula del tenor siguiente.

*Item de todos los otros bienes assi muebles como sitios, &c. dexo usufructuaria a la dicha Ursula Villanoua mi muger, durante todo el tiempo de su vida natural no casandose, los quales dichos bienes quiero que tenga, possea, y goze por derecho de usufructo, y aquel durante, y sin perjuizio del dicho derecho de usufructo: y desde agora para quando aquel fenescer, de todos los dichos mis bienes dexo, instituyo, y nombro en y por mi heredera universal a la dicha Ysabel Casales mi hija, con los pactos, vinculos, y condiciones infrascriptos y siguientes, y*

A no



## En el proceso Paschasij de Boraó

no sin ellos. A saber es, que la dicha mi hija y heredera aya de contraer y contrayga verdadero y legitimo matrimonio por palabras legitimas y de presente, con expreso consentimiento, licencia y voluntad de los dichos Doctór Agustín de Morlanes, Catalina Gurrea mi madre, y Ursula Villanoua mi muger, y el señor Doctór Agustín Pilares, y Diego Fecet, o de la mayor parte dellos, con que en ella interuenga uno de los dichos Doctóres Pilares, Morlanes, y Diego Fecet, y que el dicho consentimiento conste por acto publico. Y en caso que en el dicho matrimonio no interuiniere el dicho consentimiento prestado en la manera sobredicha, quiero, que la dicha mi hija y heredera tan solamente alcance en y de los dichos mis bienes la suma y cantidad de veynte mil sueldos Iaqs: y todo el residuo de ellos adueniente el dicho caso, aya de recaer y recayga en los hijos de la dicha Ana Maria Casales mi hija, si entonces, o despues los huuiere, y si no, en Ana Maria Casales mi hermana, &c. y substituye a otros, &c. Y mas abaxo dize, Que en caso que acaeciesse la dicha mi hija y heredera morir sin contraer verdadero y legitimo matrimonio de la manera que arriba se dize, o en caso que auendolo assi contraydo, acaeciere morir sin dexar hijos, ni descendientes suyos legitimos, o en caso que huuiere muerto con tales hijos, acaeciere aquellos morir si que ninguno dellos aya llegado a edad de veynte años, ni contraydo verdadero y legitimo matrimonio antes de llegar a ellos, en qualquiere de los dichos casos quiero, que la dicha mi hija y heredera pueda disponer y ordenar por su alma, o en lo que bien visto le fuere, hasta la suma y cantidad de quarenta mil sueldos Iaqs, y todo el residuo de mis bienes, en qualquiere de los dichos casos recayga en los hijos de la dicha Ana Maria Casales.

Esta clausula ha dado ocasion a la disputa, porque por parte del pupilo se pretende, que ha venido el caso de su substitucion y llamamiento: porque Ysabel Casales no cumplio con la condicion de



## Por su parte

de la clausula susodicha, pues ni se caso con gusto de sus tutores, ni aun les requirio, ni pidio su consentimiento. Por el contrario, Ysabel Casales pretende, que no tenia obligacion de cumplir la dicha condicion, y que quando la tuuiera, que esta escusada, por no auer sabido la disposicion de su padre, y que tuuo legitima causa de ignorarla: Y assi este pleyto tendra dos inspecciones.

La primera, si la condicion contenida en la dicha clausula es impeditiua de la libertad del matrimonio, assi conforme a derecho, como segun las disposiciones de fuero.

La segunda, si Ysabel Casales ignorò la dicha condicion, de tal manera, que por razon de la ignorancia de dicha condicion pueda escusarse del cumplimiento de dicha condicion.

### Inspeccion primera.

**D**uidefe comodamente en dos articulos. El vno conforme a las reglas de derecho. Y el segundo, si entre nuestros fueros ay alguno que altere y mude las doctrinas mas comunes y recibidas de derecho comun.

#### Articulo primero de la primera inspeccion.

**C**onforme alas disposiciones de derecho tiene este negocio poca duda, porque ay textos expessos que impruevan la condicion, y determinan, que se deua el legado como puro *l. cū tale, §. si arbitrato. de cond. & demo. ibi, Eamque legis sententiam videri ne quod omnino nuptijs impedimentum inferatur. l. filia. illo tit. ibi, Respondi debere. l. turpia legata. §. si Titia. ibi, Legatum ei debetur. de leg. 1.* por los quales *Bart. Paul. Dec. Fulgos. Socin. & alij allegati a Eman. Costa in d. §. si arbitrato. ampli. vlti. num. 22.* tienē por cierto, que vale el legado, y no la condicion: y entre otros *Peralta in l. 1. num. 32. de leg. 2.* dize, que el legado tiene dos partes, la vna, que se contrayga el matrimonio: la otra, que sea con consentimiento



## En el processo Paschafij de Borao

timiento, o arbitrio del tercero, *hac ultima ut libertati matrimonij aduersa reijciatur, illa, vero ut matrimonio fauens obseruetur*, y procede aunque ponga el padre a su hija la dicha condicion, pues aunque sea muy honelto, y conforme a derecho seguir la voluntad de los padres, *iura tamen omnimode matrimonij libertati consulere uolentia omnes conditiones illi quocunqne modo aduersas reiecerunt.* ita Acolt. d. amplia. vlti. num. 13. Suarez lib. 3. fori. tit. de los casamientos. l. 2. numer. 21. & seq. Molin. lib. 2. de Hispan. primog. cap. 13. num. 35. Gam. decis. 314. Henriquez in summa lib. 11. de matrim. cap. 6. nu. 6. & c. 12. num. 6. Molin. tom. 1. de iusti. tract. 2. dispu. 207. num. 2. Manuel Rodrig. 1. tom summa. 1. editione. cap. 133. num. 6. Mantic. de coniect. vlti. uolunt. lib. 11. tit. 18. num. 8. Simon de Prat. de interpre. vltim. uolunt. lib. 2. interpre. 2. dub. 2. solut. 2 num. 107. & 108. crebriorem opinionem appellat Molin. de ritu nupt. lib. 3. quest. 29. num. 22. & 23. ubi ait, quod hac opinio est sic recepta, ut fere nullus ab ea dissentiat. Sanchez de matrimonio lib. 1. de sponsal. dispu. 34. num. 19. cum seq. Cancer varia. resolut. lib. 3. cap. 7. num. 295. qui Crauettam, Monald. Cucum, & Senatum Sabaudiensem lib. 6. C. definit. 8. & alios plures allegat, & num. 298. ubi refert sic iudicatum fuisse in Senatu Barchinonense ad relationem Hieronymi Astor, & iterum ad relationem doctissimi Saluatoris Fontanet Regentis Supremam Aragonum Cancellariam. Y ha se de notar, que este caso es en propios terminos terminantes de padre a hija, y estuuieron substituydos los nietos de otra hija, y pondera, que la hija caso contra la expresa voluntad de su madre, y sin embargo deffo se adjudicò el legado a dicha hija De los quales exemplares haze especifica y expresa mención Ripol. in l. Titio centum. de conditio. & demonstra. nu. 62. Paul. Duran. de cond. & modis impossib. cap. 3. p. 2. nu. 75. & fuit decisum in Rota Romana teste Balbo decis. 70. & fuit iterum tentum in eadem Rota Romana, bonorum undecimo Martij 1585. coram Clemen. Papa VIII. tunc Auditore Rota, ut testatur Riccius in suis collect. decis. 1351. ubi etiam se refert ad suas decisiones Archiepiscopales decis. 33. Y nota que ora el padre dexe el legado a su hija ex causa onerosa ueluti quando pater legat filiae pro omni, & toto, eo quod pretendere potest, quo casu dos dicitur subrogata in locum legitima, ex Fabr. decis. 10. C. de iure dot. Ora quando est factum ex causa lucratiua, quinimo si fuerit relictū



## Por su parte

mulieri, ut facilius nubat, adhuc legatum debetur reiecta dicta condicione, que impedit matrimonium, quod facilius cum ea quod relictum est subsequeretur. Hæc ille. Y casi por las mismas palabras optimè *Marescot. lib. 1. variar. cap. 73.* a donde dize, que se pronuncio assi corã Clemente VIII. y *Rebel. de oblig. iustitie. 2. par. quest. 16. num. 2.* llama esta opinion comun. *Barzi. decis. 29. per totam, presertim a nu. 10.* Idem consuluit *Fachin. lib. 1. consi. 53. num. 15.* vbi toto ore fatetur esse impeditiuam libertatis matrimonij, per d. §. si arbitrato, quem etiam allegat *Fontanel. de pact. nuptia. glo. 21. par. 1. num. 11.* & aliqua glo. 2. clausu. 4. num. 27. de quo statim *Viuió decis. 480.* el qual dize q̄ son estas condiciones, *Torpes contra bonos mores, & contra libertatē matrimonij, & quod tāquã impeditiua matrimonij debilitatur in omnibus & per omnia.* Y en el nu. 1. q̄ es sin escrupulo esta opinion, sin embargo que en caso de contrauencion estaua otro tercero substituydo, y assi se juzgo que se deuia el legado, *tāquam purum, non obstante quod ea maritata nupta fuerit absque consensu, & licentia ipsius.*

De lo qual se infiere, q̄ no tomò acertada resoluciō *Io. Gutierrez consi. 121. lib. 3. cano.* diziendo, que quando ay pena de priuacion, vale la condicion: porque como dixeron los dichos Senados de Roma, Napoles, Portugal, Bolonia, y Cataluña arriba allegados, la dicha condicion en su essencia es impeditiua de la libertad del matrimonio. Y esta razon es superior a qualesquiere otras ciuiles, y politicas, y es lo que quiso dezir el I. C. en aquellas palabras, *Ne quod omnino nuptijs impedimentum inferatur.* Nam liberrimum debere esse consensum in connubijs interuenire debere inquit *Medrano (vt eius verbis vtat) de consens. connubial. cap. 3. num. 4.* aliqua non contemnenda per *Mastril. decis. 163. nu. 12. vol. 2.* Por lo qual considerado este negocio en terminos de derecho, si las opiniones de tan graues Senados no nos engañan, tiene poca dificultad.

Y sera mucho menor si consideramos la fuerça de las palabras, con que esta concebido este legado, porque dizen assi, *A saber es, que la dicha mi hija y heredera aya de contraer y contrayga verdadero y legitimo matrimonio por palabras legitimas y de presente, con expresso consentimiento, licencia, y voluntad de los dichos Doct̄or Agustín de Morlanes, Catalina Gurrea mi madre, y Ursola Villanova mi muger, y del señor Doct̄or*

B Agustín



## En el processo Paschasij de Borao

*Agustin Pilares, y de Diego Fecet, o de la mayor parte dellos, con que en ella interuenga vno de los dichos Doctores Pilares &c. Y en caso que en el dicho matrimonio no interuiniere, &c. passa a priuarle. Por manera, que la sustancia y libertad del matrimonio depende del consentimiento de los tutores, ibi, aya de contraer con expreso consentimiento. La palabra, aya, claro es que induze necesidad precisa, iuxta glo. in verb. debeant. in clemen. attendentes. de statu monachorum. cap. oblata. versi. superior. de appell. l. vnum ex familia. in prin. & in §. si de Falcidia. de leg. 1. noſter Sesse qui alios allegat decis. 230. n. 15. Luego no solamente le necessita, fuerça, y obliga a que contrayga, pero que no contrayga sin el dicho consentimiento, y assi queda impedida con mas notoriedad la libertad del matrimonio, y este es el verdadero sentido del §. si arbitrato. como admirablemente aduertio Anania en el cons. 15. num. 4. y Bolognino su adicionador parece inclinar a esta opinion, quando aliquid iniunxit ipsi mulieri, como en nuestro caso, ibi, aya de contraer, &c.*

Y si bien algunos DD. han tenido mas por verbal, que por real, la distincion de Anania sin allegar cosa particular, como aduertio *Marta de iurisdic. cent. 1. casu 70. num. 19.* Pero la verdad es, que el las reprueua con mucho fundamento, pues no se puede negar, que es muy notable la diferencia de poner necesidad de contraer, o respicere qualitatem contrahendi, y por esso Gutierrez *in authen. sacramenta puberum. C. si aduersus vendit. num. 38.* quiere templar, è interpretar los estatutos que ponen precepto a las mugeres de casarse con voluntad de sus padres, q̄ se resuelua en consejo, q̄ como precepto no se podriã sustentarse por la razon de impedir la libertad del matrimonio, vt ipse dicit *leb. V. S. & statim nos Deo dante.*

El mismo *Marta* en sus decisiones Pisanas *voto 50. nu. 16.* buelue a retocar el *cons. de Anania*, y el *300. de Paul. Castr.* y concluye, que el dicho §. si arbitrato. loquitur quando conditio tendit ad impediendum principium acquisitionis apponendo eam substantiæ matrimonij, de tal manera, que dependiesse de la voluntad del tercero el contraerle con su aprouacion y cõsentimiento: por lo qual parece que no podemos negar, sino que el estar concebido el dicho legado con la precisitud y necesidad susodicha, haze el negocio muy claro por *Pasqual de Borao*, y *Ysabel Casales* mi parte.

Segunç

o/

R ubi sup.



## Por su parte

### Segundo articulo de la primera inspeccion.

**P** Retende la parte contraria, que este punto que tratamos, tiene mas dificultad conforme a los Fueros deste Reyno, por dos fundamentos.

El primero, porque ay obligacion de guardar el rigor de la carta, conforme a la *Observan. si Iudex. de fide instrum. la 1. de equo vulnerato*, con otros concordantes. Y pues el testador con palabras expresas y claras dispone, que Ysabel Casales aya de casarse con licencia, voluntad, y consentimiento de sus tutores, del qual huviessse de constar por instrumento publico: y en caso de contrauencion, è inobediencia llama, y substituye a sus nietos. Luego, o ha de quedar ofendida la carta, o auemos de confessar, que Ysabel Casales tenia obligacion de cumplir con la formalidad de la dicha condicion. *l. qui heredi plures. de conditio. & demonstratio. cum concordantibus.*

El segundo, porque vale el argumento de la disposicion testamentaria del hõbre a la deley. *§. disponat. in authen. de nuptijs. glo. in l. ea lege. C. de conditio. ob causam. l. as. in l. filius familias. §. Diui. nu. 85. de leg. 1.* Sed sic est, que por ley, o estatuto se puede disponer, que quede priuada la hija que se casa contravoluntad de sus padres, de la hazienda dellos, dandole facultad de desheredarla, como en este Reyno esta preuenido por el *Fuero 1. de exheredat. filior.* Luego bien assi Diego Casales pudo en su testamento desheredar a su hija, si no seguia la voluntad de sus tutores en la eleccion de su casamiento.

Pero sin embargo destas y otras dificultades, parece que la justicia desta parte procede tan llanamente conforme a fuero, como segun las disposiciones de derecho.

Y para que conste a V. Señoria esta verdad con mas euidencia, supõgo lo primero, que todo lo allegado y resuelto en el articulo antecedente, se funda en la libertad que es necessaria para contra-her matrimonio, segun el *d. §. si arbitrato. y elegantemente Medrano de consens. connub. cap. 3. num. 4. in hæc verba, Igitur cum naturale*  
hoc



## En el proceso Paschafij de Borao

hoc fœdus & mutuam corporum, & animorum coniunctionem matrimonio-  
nium contineat, ad hoc ut animi indissolubili vinculo coniungantur, coe-  
tium voluntas, & consensus liberrimus adesse debet: nihil enim violen-  
tum (ait Philosophus) perpetuum esse potest, & maxime si ceteri contra-  
ctus mutuo consensu celebrari constat, & non aliter: quanto magis is ne-  
cessarius erit in contractu connubiali, quem non concubitus, sed consensus  
facit. Tristes enim, ac infœlices consequerentur exitus ex matrimonijs qui-  
bus ille abfuisset: Vnde iustissimè, tot iura, non solum Pontificia, sed Cæ-  
sarea, & Regia liberum contrahentium consensum expostulant. Ha se-  
de notar, que aunque concurren todas las leyes que este Autor di-  
ze Canonicas, Ciuiles, y Regias, para que los matrimonios se ha-  
gan y contraygan con libertad. Pero a quien peculiarmente toca  
es al derecho Canonico, por ser vno de los Sacramentos de la Igle-  
sia, como se colige del Concil. Trident. de reformatio. sess. 24. c. 1. &  
4. Si bien pueden las leyes ciuiles coadiuuar y poner penas, en fo-  
mento y confirmacion de lo determinado por los sagrados Cano-  
nes, ut notant Couar. in 4. 2. par. cap. 6. nu. 18. Salced. in addit. ad Ber-  
nard. Diez regul. 698. Didac. Perez lib. 5. tit. 1. l. 1. pag. 24. Gutier. in  
in pract. lib. 2. q. 1. num. 29. Mozzius de contract. tit. de matrimo. §. de na-  
turalibus matrimonij. num. 22. fol. 190. Menoch. casu 398. num. 47. Ma-  
tien. lib. 5. tit. 1. l. 1. glo. 7. num. 4. Ceuillos quest. 5. a num. 8. & quest. 604.  
num. 37. Cenedo in practi. q. 30. a num. 101. Y estan essencial y pre-  
ciso el consentimiento en los matrimonios, que ni el Summo Pon-  
tifice podria hazer ley, por la qual estatuyesse y determinasse que  
valiessen los matrimonios sin consentimiento, Couar. in epito. de spõ  
sal. 2. par. cap. 1. §. vni. cum c. seq. Mozzius de contract. tit. de matrimo.  
& de substantial. & formalibus matrimo. num. 1. multos alios allegat Ce-  
nedo vbi supra num. 84. y Sanchez lib. 2. de matrimo. dispu. 27. con-  
cluye, que no ay potestad Ecclesiastica, ni secular, que pueda dispõ-  
sar en el consentimiento, por ser tan essencial: y en la disput. 26. con-  
la mas prouable opinion resuelue, que neque per potentiam Dei  
potest constare matrimonium sine consensu.

De donde infiero, que el impedir la libertad de esse consenti-  
miento, no es solamente contra bonos mores ciuiles, & politicos,  
sino contra la essencia, y substancia indispensable del matrimonio.  
Porque puede tener dos respectos: Vno en razon de contracto, y  
en



## Por su parte

en este, bien es sujeto a las disposiciones civiles, *iuxtatit. de sponsalib. l. consensu. de actio. & obliga.* El segundo es, en razon de Sacramento, y en esta, todo es espiritual, y sujeto al derecho Canonico y decretos Ecclesiasticos. Y desta manera hablan todos los Doctores allegados en el primer articulo, y dizen, que el consentimiento en los matrimonios ha de ser libre, y no subordinado a arbitrio de tercero, y que no ha de ser venal, *vt inquit tex. in l. 2. de dona. inter vir. Mant. de ambig. conuen. lib. 21. tit. 8. num. 23.*

Lo segundo principal se ha de suponer, que ay diferentes leyes en esta materia, segun la diferencia de las prouincias.

Porque en Castilla la *l. 49. Tauri*, da facultad, que el padre desherede al hijo que contrahe matrimonio clãdestino, y pone otras penas, & hodie est *l. 1. tit. 1. lib. 5. ordinamen. de qua Molin. lib. 2. de primog. cap. 16. a nu. 11. Matien. lib. 1. tit. 1. lib. 5. ordinam. glo. 2. nu. 4.*

En Francia esta dispuesto, que ipso iure remaneat exheredata filia quæ sine consensu parentum nupserit ante viginti quinque años, de qua *Guibert. Costan. quest. iur. c. 12. in fi. lib. 1.*

En Portugal ay lo mismo, *vt lib. ordination. 4. tit. 72. in prin. de qua Barbosa 4. par. l. 1. num. 35. solut. matrimo.*

En este Reyno està el *Fuero de exheredat. filior.* a donde se estatuye, que no tenga obligacion el padre de dotar a sus hijas, que sin su voluntad se casan, de qua *Sesse decis. 26.*

Y ha se de notar, que no habla de matrimonios clandestinos, como en la ley de Castilla, sino solamente de los que hazen las hijas sin voluntad de sus padres, aliuandole la obligacion de dotarlas.

Ni tampoco fuera aplicable a este processo la materia de clandestinidad, porque en el no ay cosa alguna della, sino solamente el defecto del consentimiento de los tutores de Ysabel Casales, como en las leyes de Francia, y Portugal del delos padres, & *in d. for. de exhered. filior.* y esto no haze el matrimonio clandestino, *Segura de Aualos in directo. iudi. Ecclesiasti. 2. p. c. 15. nu. 36. vbi eleganter.*

Lo tercero se ha de notar, que en este processo no ay que disputar de vna question muy ordinaria que tratan los Doctores, que tocan la materia de la hija que se casa con marido indigno, de qua *Socin. reg. 261. Panormit. Rippa. Ruin. & alij alleg. a Gabri. consi. 153*



## En el proceso Paschafij de Borao

n.2. *Mastril. Fontanel. & alij infra citan.* porq̄ las calidades, edades, y lo demas es ygual, alomenos no resulta cosa alguna en cōtrario. Y solo puede auer diferēcia en el color de auellana q̄ dize del otro el Padre Valero *de differ. verb. matrimonium. num. 3.*

Con estos presupuestos es facil la solucion de los argumentos. Al primero, que consiste en la fuerça de la carta, digo, que no procede en las cosas que son contra derecho diuino, y natural, *vt explicat Mol. verb. instrumentum, fol. 186. & optimè Ioan. Faber in S. ex non scripto. num. 10. notanter Bald. in cons. 267. num. 9. vol. 1. & cons. 460. num. 4. noster Portol. verb. instrumentum. nu. 68.* Et in causa Aragonensi *Alciat. cons. 96. num. 17.* Y pues por lo dicho en el primer presupuesto, y en el articulo antecedente consta, que in matrimonijs contrahendis, es necessario consentimiento libre, segun las disposiciones del derecho Canonico, de tal manera, que ninguna potestad secular, ni Ecclesiastica puede dispensar en el: fuerça es confessar, que aunque la carta lo diga, y tenga potestatis plenitudinem (como dize Portol. *ubi supra num. 69.*) que no podra vencer las disposiciones del derecho diuino: pues antes se ha de sufrir la injuria que puede considerarse de la carta, *quàm quod matrimonij libertas constringatur, vt in simili argumentatur Alphōsus à Vera Cruce in specul. coniugi. 3. p. artic. 20.* Y porque lo demas perteneciente a la solucion deste argumento, se vera en la solucion del segundo, a donde se ha de tratar de la fuerça de los estatutos que tratan de esta materia, me remito a lo que alli dirè.

El segundo argumento se reduce a ver, si se pueden hazer estatutos y leyes que desheredē a las hijas por casarse sin voluntad de sus padres. Y parece cosa muy cierta que no valen, *ita Io. Andr. in cap. statutum 1. de heret. in 6. Felin. in cap. Ecclesia Sancta Maria. numer. 59. de constitutio. Thesaur, quest. 70. num. 5. 6. Rinim. cons. 78. lib. 1. num. 7. Menoch. de presump. lib. 4. presump. 189. num. 60. Cenedo quest. 30. num. 101. Semproni. Astius determinat. 6. nu. 7. Mastril. decis. 163. num. 18. ubi allegat Matienço in dialog. Relatoris. par. 3. cap. 31. nu. 3. & dicit esse veriore & communem opinionē. Decius in l. nuptias. nn. 10 de reg. iur. & consi. 231. num. 3. Crot. in l. 2. S. quod si in patris. numer. 29 soluto matrimonio. ubi Ias. num. 28. Rin. in l. 1. illo tit. num. 179. Sylvan. cons. 2. num. 47. & hanc esse communem opinionem tenent*



# Por su parte

Couar. de sponsal. 2. par. cap. 3. §. 8. num. 6. Matien. l. 2. tit. 1. lib. 5. ordi-  
namen. glo. 4. num. 2. y aun lo que mas es, que no vale el estatuto que  
priua de dote competente a la hija que se casa en la forma dicha.  
glo. 1. cap. hoc sanctum. 32. quest. 2. glo. c. de raptorib. verb. excusata. 36.  
quest. 1. Alexan. in l. 1. solut. matrimo. nu. 32. Claudius 18. Ruin. 182.  
Alexan. consi. 7. num. 10. lib. 2. Decius in l. nuptias. num. 11. de regul. iur.  
Ruin. consi. 131. num. 1. lib. 4. Paris. cons. 80. num. 1. lib. 3. Hierony. Ga-  
briel consi. 153. nu. 2. lib. 1. Euerar. cons. 182. per tot. Et esse magis com-  
munem asserunt Rippa in d. l. 1. num. 57. Alciat. 92. Guillel. in cap.  
Raynuntius verb. dotem. num. 30. de testam. Boher. decis. 130. num. 8.  
Molin. lib. 2. de primogen. cap. 16. num. 6. y el Señor Regente Sesse de  
eis. 26. num. 31. & decis. 94. num. 39. ibi, Vnde propter istius fori rigo-  
rem solent Iudices Ecclesiastici inh. bere, ne seculares ad pœnam buius fo-  
ri procedant. Suar. in l. 2. fori. tit. de los casamientos. nu. 20. Gutier. 2. p.  
quest. 1. num. 28. & quest. 1. per tot. Iul. Clar. in pract. crimin. quest. 82.  
versi. sed nunquid. Vera Cruz in spec. coniugum. 3. par. artic. 20. concl. 3.  
Decian. in tract. crimin. tom. 1. lib. 2. cap. 34. num. 4. Cevallos lib. 2. pract.  
questio. 604. num. 33. Sanchez lib. 4. de matrimo. disput. 25. nu. 2. Azor  
institutio. moral. lib. 5. cap. 20. & cap. 25. Mascard. de interpre. statutor.  
conclu. 1. a num. 177. Cancer variar. resolut. lib. 1. cap. 24. num. 2. Barzi.  
decis. 29. a num. 10. cum seqq. Marta cen. 1. cas. 70. per tot. & decis. 50.  
num. 16. Viui. decis. 523. num. 4. a donde dize, que es aprouadissima  
opinion de todos los que escriuen: plures congerit Sylua commun.  
opinio. 227. Surd. de alim. tit. 1. q. 6. nu. 8. ubi optimè. y q̄ el temor de la  
exheredacion quite la libertad de la volûtad, Costa de fact. scien. &  
igno. dist. 40. cent. 2. n. 14. & fuit dictum corâ D. Penna in Rota Rom.  
alia adducit ipse Costa in consil. impresso postd. decis. Mising. obser. 23.  
centur. 5. Gail obseru. 95. lib. 2. Graf. lib. 1. decision. p. 2 Pacian. de proba.  
c. 2. sub nu. 15. & Valer. ubi sup. ubi ait ita iudicatum fuisse Valèti.

Y aunque no ignoro, que algunos Doctores han tenido la con-  
traria opinion: pero demas que la referida es mas comun y rece-  
bida, auiendo considerado con atencion las razones de entrambas  
Fontanel. claus. 4. glo. 2. num. 26. dize assi, Bene verum est ( ut hoc  
vnum verbum liberè proferam) quòd ego attentius rationes pro vtraque  
parte doctissimè a Doctores excogitatas perpendi, ac consideraui, & sem-  
per reperi videri quomodocunq̄ rem hanc considerent Doctores ex huius-  
modi



## En el processo Paschafij de Borao

*modi legibus, & statutis lesam, ac diminutam remanere libertatem ma-*  
*trimonij, quod prohibent iura canonica, & damnat sacrosancta Tridenti-*  
*na synodus, etiam si id indirectè fiat, ut superius dictum fuit, cuius con-*  
*siderationis efficacia, cui nequini responsum reperire, quod intellectui meo*  
*satisfaceret, vix adsuit quin opinionem cōtrariam statutis, equiorem, &*  
*veriore iudicarem, & illis adherere doctissimis viris, qui eam sequun-*  
*tur.* Y saluando la de V. Señoria, no se puede negar, sino que la cē  
fura deste Autor es acertadissima: porque la voluntad de los cō-  
trayētes no tendra aquella indepēdencia y libertad que es necessa-  
ria, auiendo estatutos y leyes q̄ le pongan limite y tassa a la elecció  
de marido, *sepe Rota per Cost. & Valeri ubi supra.* Y aunque bien  
veo, que tal vez se puede vsar mal desta libertad en el contrahere:  
pero esso pertenece a las comodidades ciuiles y politicas, que no  
se pueden ygualar con la libertad que han de tener los contrayen-  
tes: y por esso regularmente no valen los estatutos de las potesta-  
des seculares circa matrimonium, *ut optime Mozzi de naturalib. ma-*  
*trimo. num. 22.* y en el *versi. contrariū*, dize, que es opinion mas co-  
mun, y mas verdadera: aunque quando el casamiento se haze con  
indigno, quiere admitir la opinion de Bart. pero ya queda aduer-  
tido, que no ay que disputar esse punto, porque no se aplica al caso  
presente.

Y assi el argumento propuesto sua sponte cadit, porque proce-  
dia arguyendo de statuto ad dispositionem testamentariam. Y pues  
largamente he prouado, que no valen las leyes que ponē pena de  
exheredacion, o priuacion de dote a las que se casan sin voluntad  
de sus padres, mucho menos podran sustentarse las disposiciones  
testamentarias.

Señaladamente, que los estatutos tienen mayor equidad, por-  
que solo dessean la voluntad de los padres, de los quales las leyes  
fian mucho, *l. nec in ea. de adulter. ibi, Quod plerumque pietas paterni*  
*nominis optimum consilium pro liberis capit.* No assi los testadores, que  
lo fian de terceras personas, *iuxta tex. in d. §. si arbitrato.* y assi esta-  
mos en los terminos de la disputa del primer articulo.

Y ha se de aduertir, que nuestro Fuero *de exheredatio. filior.* es  
distinto de las leyes de Castilla, Portugal, y Francia, que tengo re-  
feridas: porque la *l. 49. de Toro*, habla en matrimonios clãdestinos,  
como



## Por su parte

como explican los Doctores arriba allegados, y señaladamente *Segura de Aualos num. 36.* que descubrio el error de Soto, y Alfonso de Vera Cruz, acerca del entendimiento de aquella ley: porque notoriamente se vee della, que hablò en terminos de clandestinidad, acerca de la qual en confirmacion de lo dispuesto por el sagrado Concilio de Trento pudo promulgarse, y assi se puede entender lo que dizen Barbofa *d. par. 4. l. 1. nu. 35. solut. matrimo.* y *Medrano de consens. connubial. cap. 10. num. 4. 5. & 6.*

Pero nuestro Fuero no hablò en matrimonios clãdestinos, sino en los que se hazen *patribus inconsultis, vel nolentibus*, y esto no haze matrimonio clandestino, vt supra dicti testantur.

Y se diferencia de la ley de Francia, y de la ordinacion de Portugal, que ponen pena de exheredacion precisa. Y el fuero no dize, sino *eandem de bonis suis dotare minimè teneatur*, aliviandole de la obligacion que tenia conforme a la *l. fin. C. de dot. promis.* Y aunque en esto parecia proceder mas suauemente, pero de ay mismo resulta el entendimiento del dicho fuero. Porque su verdadero sentido es, que no tenga obligacion el padre (cuya hija se caso sin su voluntad) de dotarla de sus bienes. Por manera, que si viuiendo el padre se casare su hija sin su consentimiento *ex dispositione forali*, no le obligaria a que le dè dote. Pero no habla el Fuero, ni determina el caso de quando la hija (el muerto) se casa sin la voluntad de las personas q̄ el nõbra. Y es muy notable la diferẽcia del vno la otro caso: porq̄ este segundo es la propria materia del *§. si arbitrato.* en aqual (como he mostrado en el primer articulo largamente) casi en conformidad resueluen los Doctores, que no vale la condicion como impeditiua de la libertad del matrimonio: particularmente quando se pone la obligaciõ de seguir la voluntad de los terceros al principio de la adquisicion del legado, *ex Anania, Paulo de Castro, Marta, & alijs ubi supra.* Pero el primer caso que es el del Fuero, no habla del consentimiento y arbitrio de los terceros, sino de los propios padres, *quod planè diuersum est, obser. item mulier. 50. de iur. dot. Sesse decis. 26. nu. 29. in fin.* Y aunque confessassemos, que en estos terminos se puede defender la disposiciõ del Fuero, no son los de nuestra disputa, y assi no nos embaraçaria. Aũq̄ la verdad es señor, que en vno ni en otro caso valen las leyes,

D o esta-



## En el processo Paschafij de Boraó

o estatutos, q̄ ponē pena de exheredaciō, o de diminucion de dote a la q̄ se casa cōtra la volūdad de sus padres, o de terceras personas, *iuxta glo. 1. in d. cap. hoc sanctum.* de cuius ornatu latè in superioribus egi: quanto mas el que quita toda la obligacion de dotar.

Ultimamente aduerto, que como aliud est exheredare, aliud posse exheredare, como dixo el señor Regente *vbi supra n. 29.* Biē assi es diferente, poder vn padre quitar la hazienda a sus hijos, o el quitarfeles efectiuamēte. Porque lo primero esta fundado en la razon comun de tener a los hijos dentro de los limites dela obediēcia paternal, para que rezelosos de la facultad que le dan al padre las leyes, no excedan dellos. Pero que aya quien quite con efecto la hazienda al hijo, nunca lo presumieron las leyes? y assi aū que en el punto riguroso y especulatiuo confeslaramos (quod negandum est) que valen como fundadas en la presumpcion dicha, que no han de quitar a sus hijos la hazienda: Pero in actu practico, no se ha de aconsejar, que pueda el padre quitarla. Y esta es la razon porque es punto tan disputable si vale el estatuto, que reduce la legirima a cinco sueldos, *vt declarant Ioan. Lecirier in tract. de primogen. & Ludoui. Moli. allega. a Portol. verb. testamentum. num. 46. Gutier. Sarmiento, Vasquio, & Castro per D. Sesse vbi supra num. 78. Decian. consi. 35. num. 60.* y el Padre Vazquez de la Compañia de Iesus en sus opusculos morales, tit. de testam. cap. 6. §. 3. dubit. 4. num. 63. que habla de la costumbre de Aragon: y en el num. 66. dize, que *vix fieri potest sine malo affectu*, el quitar el padre al hijo la hazienda. *Modici in §. lex est, dubita. 24. numer. 8. Natta in citat. consil. 210. Gabri. consi. 11. num. 1. Cauagnol. ad decret. Montisferrati. 73. §. 1. n. 40. quest. 1. & §. 9. num. 9. Nauar. in manual. latino, cap. 26. nu. 38. Cenedo 2. par. collectan. 168. num. 16.* El señor Regente Villar en su docto y curioso libro del Patronado de Calatayud, par. 9. cap. 7. fol. 422. juntò quanto ay escrito hasta sus tiempos, *Io. Anton. Manguil. in tract. de imputationib. & detractionib. in legitima, & c. q. 51. per tot.* Y aūque algunos destos DD. la justificā, pero si la causa de exheredarala hija se fundasse en no auer seguido la voluntad de sus padres en la eleccion de su casamiento, ni en terminos de justicia valdria la exheredacion, ni en los de conciencia quedaria escusada de pecado, *viden. Decian. resposso 54. num. 7. vol. 1. post Castren. in l. si focer. soluto matrimo.*



## Por su parte

*matri. Alexan. consi. 88. num. 3. vol. 6. dicit hanc opinionem communem Becci. in tract. de iur. dot. in 28. tom. tractatum. tom. 1. Anto. Gubert. in tract. de dotib. in 3. cap. principali. num. 19. Semproni. Ascii. ubi supra num. 4. Y Vera Cruz in 3. par. specul. coniug. artic. 20. conclus. 3. que dize, no han de ser absueltos por sus confessores los padres que por esta razon exheredan a sus hijos. Y aunque esto parecio rigor al Padre Sanchez lib. 4. disput. 25. num. 1. y lo señalò Fontanel. claus. 4. glo. 2. num. 22. pero realmente tiene razon Vera Cruz, pues derechamente se oponen los padres que tal hazen, a la decis. del cap. 1. de la sess. 24. del Concil. de Trento. Surd. de aliment. quest. 6. numer. 10. tit. 1. y el Padre Valero, verb. matrimonium. numer. 2. different. 2. Y el dicho lo. Antonio Manguilio ubi supra num. 41. aunque admite que se puede quitar, o disminuir la legitima ex causa, pero no la tiene por suficiente, que vn hijo no haga la voluntad de su padre. Por lo qual no procede el argumento còtrario, pues ni puede disponer el estatuto, lo que alli se dize, y mucho menos el testador, como he prouado, dexando a su hija obligacion de casarse, segùn la voluntad de otros terceros, priuandole de la hazienda, y impidiendole la libertad que todos los derechos diuinos, canonicos, y ciuiles requieren en el contrato y Sacramento del matrimonio.*

Y no dexò Ysabel Casales de pedir el consentimiento y voluntad de los señores tutores (aunque por lo dicho no fuera necesario) creyendo que podia auer razon de negarselo, sino porque jamas entendio que su padre dexasse la hazienda con essa condiciõ, ni que para casarse fueran menester los primores que pretende la parte contraria, como constara por la inspeccion siguiente.

### Segunda inspeccion principal.

**C**ONVENIMOS las partes en este punto, en que no se le hizo a Ysabel Casales notificacion, o intima instrumental del testamento de su padre, para que tuuiesse noticia de las condiciones con que le dexaua la herencia.

Aunque diferenciamos, en que por la parte contraria se pretende, que tenia la dicha Ysabel Casales ciencia y noticia de todo, è ò que se ha de presumir assi.

Por



## En el proceso Paschasij de Borao

Por ella se dize todo lo contrario, pues ni sauia las dichas condiciones, ni se presume que las supiese.

Y para inteligencia desto, se ha de advertir, que quando murio Diego Casales, no tenia su hija Ysabel Casales, sino treze años: y por el consiguiente cuydaua mas de las cosas conuinentes a su edad, que de la disposicion testamentaria de su padre, como se colige de lo alegado y prouado en el art. 12. de la Replica desta parte. Señaladamente Pedro Luys Lopez 14. testigo primo hermano de Diego Casales, dize q̄ era muy niña, y en su proceder hecho de ver, que en dicho tiempo por su niñez, no tenia discurso para entender la forma con que su padre le auia dexado su hacienda. Y el 16. testigo dize, que Ysabel Casales quando murio su padre, no tenia talento para saber, ni preguntar de su testamento, ni de la forma que auia dispuesto: y assi aunque estuuiera presente a la publicacion del, no podia tener noticia suficiente de las dichas condiciones, y circunstancias con que se dexaua la hacienda.

Señaladamente, porque si bien en el art. 7. de la replica contraria se alega, que Ysabel Casales estaua presente a la publicacion del testamento de su padre: pero no ay prouança alguna. Y aun lo que mas es, que no la ay concluyente que estuuiesse en casa: porque aunque lo dize Ursula Villanoua, no se le deue a su deposicion el credito que deuria por las razones que se tocaran despues en este discurso.

Pero quando confessaramos (sin per iuyzio de la verdad) que estubo en casa, y que en ella fue publico el modo de disponer de Diego Casales, no se sigue que ella tuuiesse ciencia cierta, clara, y especifica de la dicha disposicion de su padre por la falta de edad y discurso como he advertido: y assi cessa la presumpcion que alega la parte contraria. Es magistral la doctrina y distincion de Bar. *in l. qui Roma. S. duo fratres num. 13. vers. Tertio. quero, de verb. obliga.* a donde dize, que en duda se presume que el hijo ignora lo dispuesto en el testamento de su padre, *ut in l. eius qui in prouintia. S. fin. si cert. peta. & sic loquitur tex. in l. quesitum, de verb. oblig. & in l. si seruus testamento, de stipul. seruor.* Y assi aunque vn hijo confessasse que es heredero, no se presumiria que tiene ciencia del



## Por su parte

del testamento, sino que en especial dixesse, que es heredero, ex testamento: porque puede serlo en calidad de hijo, y lo mismo procede en qualquiera otro que alias esset successurus, vt voluit Roman. cons. 302. per Bart. in l. is potest, de acquir. heredit. Capra. consil. 40. Aretin. cons. 93. Alexan. cons. 21. vol. 2. & cons. 39. in fin. eod. volum. optime Bal. Angel. Rosfred. & Alexand. alleg. in additio. ad Bart. vbi supra lit. B. Y aun lo que mas es, que aunque el hijo, vel alias quilibet successurus ab intestato, dicat se heredem ex testamento non presumitur habere scientiam ipsius, vt ex Abbat. Socin. Castr. & Roman. tenet additio. ad Bart. vbi supra. lit. E. Pero dexando esta disputa para su lugar: lo que no la tiene es, que en los hijos se presume ignorancia del testamento de su padre, sino que se prouare ciencia especifica del. Y es comun opinion segun Rippa post alios in d. §. duo fratres. num. 51. donde dize, que es preciso, que el hijo este presente al otorgamiento del testamento para que se presume que el lo sabia, ibid. Crot. num. 99. Decius cons. 495. Bellon. cons. 10. num. 10. vbi etiam de communi testatur Iaso. in d. §. num. 56. post Paul. de Castr. ait quod opinio Bart. seruaretur in practica Ioseph. Ludouic. decis. Perusina. 19. numer. 14 part. 1. a donde dize, quod omnes alij communiter sequuntur. Y aunque es verdad, que la ciencia se suele prouar por coniecturas (como el aduertio. nu. 17.) entre las quales se suele contra la fama, la habitacion, y ser hecho domestico: pero en el num. 18. responde his verbis. *Illæ tamen coniecturæ debent esse probabiles, præspicuae, & concludentes, vt in dictis locis notatur*: y Gracian, discept. forens. c. 565. num. 38. responde in hæc verba: *quod prædicta non sufficiunt, cū in filio præsumatur omnino ignorantia testamenti paterni, nisi constet illum fuisse præsentem dicto testamento, secundum communem opinionem, de qua per Bart. & c.* Y Costa. de facti scien. Centur. 2. dist. 58. num. 8. imprueua la coniectura de auerse hecho el testamento en casa in suo heredem ex Crauet. cons. 193. num. 7. & noteter Rota Rom. decis. 541. per tot. præsertim. nu. 3. alegando Ripp. vbi supra num. 18. quæ decisio postea fuit confirmata coram Blancheto. Y la diferencia entre los hijos y los estraños con Bart. llaman comun Crasso in §. fideicommissum quæst. 64. numer. 2. Alciat. respons. 777. in fin. Petra in tract. de fideicommissis. vbi optime quæ-



## En el processo Paschafij de Borao

*stio. 13. num. 284. ubi etiam de communi. Mascara. conclus. 780. numer. 3. ubi etiam de communi Hondede. conf. 83. num. 12. qui dicit communem. Oddo conf. 8. num. 32. communem appellat. Panzirol. consil. 50. num. 20. Surd. de aliment. tit. 9. questio. 26. num. 102. Intriagliol. Centur. 3. questio. 94. ubi de communi, & magis communi. Por manera, que si este negocio se ha de juzgar por presumpcion, la de la ignorancia es mas poderosa, y deve preualecer; señaladamēte siēdo Ysabel Casales quando murio su padre de tan tierna edad, y de talento, y capacidad limitada, vt explicant Bart. in d. §. duo fratres. ubi Socin. Iuni. nu. 114. Crot. nu. 99. Mascara. d. concl. 780 num. 10. Hondede. consil. 33. sub num. 38. Ruin. consil. 54. nu. 4. vol. 5.*

Ni obltara si se dixere, que despues con el tiempo supo la disposicion de su padre, como se dize en el artic. 13. de la replica contraria.

Porque considerando la prouança se halla, que es de poco encuentro a esta parte. El 1. testigo depone, que le dixo a Ysabel Casales por orden de su madre, que seria de su disgusto que se casasse con Borao, porque era muy moço, y tenia algunas inquietudes, y que si no se casaua con voluntad de sus tutores, no tenia sino mil escudos.

Este testigo lo dixo de relacion de su madre, y en nombre de ella, a la qual no deuia creer Ysabel Casales, por las razones que luego dire.

El 3. testigo es de oyda de Lupercio Andres, y assi no concluye.

El 4. que es vna lauandera, depone que la reñian a Ysabel Casales, su madre, y Lupercio Andres, porque se ponía a la ventana, y que no les diesse disgusto, porque su padre le dexò catorze mil escudos, y que se los darian si casaua con su voluntad, y que si no, no tenia mas hazienda de mil escudos.

Este testigo depone de las dos personas a quien no deuia creer Ysabel Casales, como luego se dira: y en los interrogatorios dize, que dessea ganen este pleyto Lupercio Andres y su hijo.

El 11. y 15. no dizen cosa alguna que concluya el intento del articulo.

El 16. depone, que oyo a Ursola Villanoua, que le dezia a su hijo

ja lo



## Por su parte

ja lo contenido en el articulo.

El 21. no concluye.

El 22. es su madre, y concluye. Por manera, que el 1. 4. 16. y 22. son los que dizen algo: y destes, quitando el 4. por la razon de la affeccion dicha, quedan tres, y el vno es su madre, de cuya oyda deponen los otros.

Pero se ha de aduertir vna cosa (que en pocos processos se aura visto, y se allega en el artic. 21. de la replica desta parte) que es el mal tratamiento que su misma madre, hermana, y cuñado le hazian, ya de palabra, ya de manos: y a esse intento se manifestò, a donde pudieffe estar con alguna decencia, y sin mal tratamiento.

El 1. testigo sobre este articulo concluye apretadissimamente del mal tratamiento, de diuersas injurias que le dezian su madre, hermana, y cuñado, *Que no le consentian se assentasse a la mesa, teniendo menos cuenta con ella, que si fuera criada de casa: por lo qual dize el testigo, que la vio en muchas ocasiones estar tan aborrecida, y desesperada del mal tratamiento que le hazian su madre, cuñado, y hermana, que hiziera lastima a quien la viera, y por esta causa se manifestò.*

El 2. testigo dize, muchas cosas a este intento, y concluye, *con que no le dexauã visitar a su abuela y tias, ni la dexauan hablar, ni consolarse con las criadas de las afficciones en que estaua, y disgustos que le dauan: y que fueron tantos los que padecio, que no tiene memoria para dezirlos.*

El 3. depone lo mismo.

El 4. discurre largamente, y dize, que Ursola Villanoua induxo a este testigo, y a otro, para que leuantassen vn testimonio a Ysabel Casales en orden a desacreditarla ofreciendoles vn legado si lo hazian, y porque no quiso el vno de los testigos hazerlo le despido de casa.

Y lo mismo dize el 2. testigo sobre el 24. que fue la q̄ despido Ursola Villanoua, porque no quiso leuantar el testimonio a su hija.

El 9. testigo que es el Vicario de san Gil, tambien depone de los maltratamientos.

Y el 11. lo mismo.

Y el 14. que es Pedro Luys Lopez tio y tutor de la dicha Ysabel



## En el proceso Paschafij de Borao

bel Casales, *depone de las quejas que tenia la dicha Ysabel Casales por los malos tratamientos.*

El 17. tambien concluye del mal tratamiento.

Juntase a lo dicho lo que se alega en el art. 24. de la Replica desta parte, que Vrsola Villanoua, Lupercio Andres, y su muger procurauan por todos los caminos posibles hazer incasable a Ysabel Casales, *diziendo que tenia fuentes, y otras enfermedades para por esse camino quedarle con la hazienda.*

Concluyenlo mejor que yo lo podre referir a V. Señoria los testigos 1.2.3.4.5. que son criados y muy familiares de casa Vrsola Villanoua.

Y el 6. testigo platicante de Lupercio Andres: y añade, *que el intento con que lo dezia el dicho Lupercio, era por hazer incasable a Ysabel Casales, y quedarse con su hazienda para su hijo, y refiere otras cosas a este intento.*

El 9. y 11. dizen lo mismo, y que la trataua peor Lupercio Andres, despues que tenia hijos.

El 14. que es Torrijos, que yua algunas vezes con Borao, depone que le dixo Lupercio Andres, *que se espantaua que Pascual de Borao festejasse a Ysabel Casales, porque demas que ella no tenia hazienda, tenia algunas causas ocultas, y enfermedades, que no eran para casarse.*

Dizelo tambien muy apretadamente el 17. testigo porque refiere, que Ysabel Casales le dixo vn dia, *que queria comer mas arzenique, que no la comida que le auian de dar en compania de Lupercio, porque publicaua enfermedades en ella, que no las tenia, y la deshonoraua.*

Y Ioan Geronymo Serena sobre el artic. 25. dize, que le dixo Lupercio Andres, que le daria dos mil ducados a Borao, porque le manifestasse a su cuñada.

De todo lo qual se colige con euidencia, el cuydado q̄ poniã Vrsola Villanoua, y Lupercio Andres, en maltratarla Ysabel Casales en injuriarla, desacreditarla, y impossibilitarla a que se casasse: y q̄ darse cõ su hazienda luego biẽ se sigue, q̄ no tenia ella obligaciõ de creerlos, pues se tratauã cõ ella como enemigos suyos: y assi pues no ay otra prouança en processo, de que Ysabel Casales, supiesse algo



## Por su parte

algo de la disposicion de su padre, sino porque su madre, y cuando lo dezian, en los quales concurren tantas causas de sospecha, como he representado a V. Señoria, parece, que no queda prouada la ciencia que pretende la parte contraria: antes bien se confirma, que tenia mayor ocasion para ignorar Ysabel Casales la dicha disposicion.

Y no puede en este punto dexar de ponderarse la deposicion del 8. testigo sobre el art. 18. de la replica contraria, que es el Vicario de San Gil, que depone de las platicas que tuuo con Ysabel Casales, estando manifestada, y entre otras cosas le respondio hablandole de su casamiento, *Que no podia ella pensar, q̄ lo auu de tener a mal sus tutores, ni q̄ su padre por reparar su honor quisiessse quitarle la hacienda, porque ella no lo sabia, ni tal podia creer de padre, ni madre, que quisiessse quitarle la hacienda, y dexarla perdida, ni de su autorizada, y respondio el testigo, Señora mirad, q̄ lo que me hã dicho es, que perdeys toda la hacienda casandoos sin voluntad de los tutores, y respondio ella, no se tal, ni creo tal, &c.* De fuerte, que por deposicion de testigo producido por su parte consta, de que ella ignoraua la disposicion de su padre, y assi ay concluyete prouança, *iuxta vulgare consil. Roman. 104. cum mille alijs.*

Y si a lo dicho juntamos, que no sabe leer, ni escriuir, para desengañarse por si propria, y que es poco inteligente en materia de negocios y papeles, como se prueua en el art. 16. y 17. desta replica, aun quedara mas enervada la pretension de la parte contraria.

Y quando (sin perjuyzio de la verdad) confessassemos, que pudiera tener alguna noticia, o ciencia, aquella fue en comun y generica, y esta no perjudica, porque es menester que sea cierta, clara, especifica, indiuidua, nitida, y con todas sus calidades y circunstancias, *argum. l. tenetur, §. si. de actio. empti. Alexan. consi. 109. nu. 10 vol. 4. latè Surd. consi. 13. num. 33. & 34. idem decis. 265. num. 7. cum seqq. ibi, Scientia igitur generica & incerta non nocet, sed debet esse specialis. argum. glo. in cap. concertationi. de appellat. in 6. Carol. de Gras. exceptio. 22. num. 20. & 21. Natta consi. 636. num. 194. & alij lata manu congesti à Costa in tract. de fact. scien. inspect. 63. num. 7. cum seqq. decisio. Pedemont. 176. num. 4. ubi Tiraquel. & alios quamplures refert latè Carol. de Gras. excep. 22. num. 20. cum seqq.*



## En el proceso Paschafij de Borao

Y quando trayendo al vltimo punto la dificultad, y concediessse mos (sin perjuzio de lo que tenemos dicho) que tuuiesse Ysabel Casales alguna ciencia antecedente, concomitante, o subsiguiente (que son todas las especies referidas (despues de Capistrano) por Costa *ubi supra inspect.* 81. num. 9.) aun no tendrían intento los contrarios por la doctrina de Bart. *in l. denunciassse. §. quid ergo. ad l. Iuliam. de adulterijs*, a donde dize, que quando la denunciacion, o intima se haze solamente para que vno sepa vna cosa, no es precisamente necessaria, *argu. l. 1. de actio. empti.* Y añade luego, *Quãdoq; requiritur ad hoc vt quis faciat, vel non faciat aliquid de nouo propter id quod scit, isto casu requiritur denũciatio, casus est hic: nam maritus debet denũtiare uxori ne nubat, & quod abstineat à nubẽdo, quia intendit eam accusare, vt hic dicitur*, y prosigue su distinció magistral, quam sequitur Angel. *ibidem*: y este es nuestro caso puntual, porque el fin de saber, y tener Ysabel Casales noticia de la condicion y testamento de su padre, se encaminaua, nõ solum propter se, *sed vt aliquid non faceret propter id quod scit*, que era el no casarse sin voluntad de sus tutores. Y Io. Andres *in additio. ad Speculator. titu. de emptio. & veditio. §. si. versi. sed nõquid*, dize, que quando de mas de la ciencia se dessea algun otro fin, es menester notificacion. Y prosigue notablemente este discurso Alexan. *consi. 138. num. 2. vol. 7. ibi, Vbi vero denũtiatio requireretur, non solum ad notificandum, sed ad incitandum vt aliquid fiat, vel ad prohibendum ne quid fiat, tunc simplex scientia non sufficit. notanter Peregri. decis. 19. num. 6.*

El mismo Alexand. *en el num. 4.* va prosiguiendo vna distincion de Iacobo de Bellouiso, *in l. emptor. C. de euictionib.* diziendo, que quando se trata de constituyr a otro en mora, o que al denunciante se le adquiriera algun derecho eficaz, es menester notificacion, o intima, y aun instrumental, como dixo Ploto. Iuni. *in addit. ad Martin. Laudensem cons. 57. num. 6.* que en propios terminos de vna condicion de non nubendo nisi arbitrato Titij, dixo, que era menester instrumental notificacion, que es lugar digno de la ponderacion de V. S. aunque es razon reconocer, que le halle en *Cancer varia. c. 7. num. 193.* el qual refiriendo vna decision del Senado de Cataluña, en los propios terminos que disputamos, dize assi. *Et obserua, quod in dicta causa Domini de Senatu unanimitèr concordabant*



## Por su parte

*dabant tempus, pœnam, & conditionem appositam in testamento, non asficere heredem nisi scientem, quod & notat Bart. in l. fin. in princi. post glos. C. de iur. deliberan. & idem Bart. & Bal. in l. 1. C. de ijs qui pen. nomi. aunque no alego a Bar. in d. l. denuntiasse, y Costa in tract. de facti scien. inspect. 70. (si bien tampoco le alega) aprueua su distincion, quando requiritur aliquis posituus actus extra scientiã: y aunque el habla en el acto positiuo, lo mismo es en el prohibitiuo, como dixo Bart. ubi supra: optimè Cuman. consi. 4. numer. 5. multa. Tiraq. de retract. linagier. §. 36. glos. 2. num. 18. videtur persentire Surd. consil. 88. num. 9. vers. cum igitur tom. 1. Barzif. decis. 57. num. 11.*

Y no déxa de hallarse entre nuestros Foristas doctrina muy a proposito, porque tratando Moli. del entendimiento del Fuero I. y del Fuero quicunque de prescript. y de la obser. I. de aq̄l titulo dize, q̄ las palabras del Fuero in illis verbis, *Sciente & videte petitore*, se hã de entēder *quando ipse petitor sciebat instrumentũ donationis, venditionis vel cambij, cuius virtute possessor possedebat, constando tamen de dicta scientia per instrumentum publicum intellige intimationis secundum Foristas, hæc illæ, verb. prescriptio. fol. 261. col. 4.* Y mejor la misma obseruan: ibi, *Quæ scientia habet probari per instrumentum non per testes.* De manera, que quando le trata de perjuzio, pena, o daño de tercero, es necessaria sciencia, por notificacion instrumental.

Y esto es muy a nuestro proposito, porque la parte contraria trata de priuar a Ysabel Casales, de la herencia que le dexo su padre, en pena de no auer guardado, y cumplido la condicion que le puso, y auer contrauenido a su voluntad: y esto es imposible, sino prouandole de ante mano la ciencia de dicho testamento y condicion, nam *ignorans nihil potest agnoscere, acceptare, aut recusare, iuxta tex in l. ignorans. C. de donationib. Bal. in l. falsus. n. 19.* y esto es lo que dixo Bossi. tit. de defens. reor. nu. 39. ex senten. Bal. vt in omni prohibitione facta a testatore ignorans non perferat pœnam confirmat Socin. Seni. cons. 122. vol. 3. Oddus in tract. de restit. integ. quest. 89. art. 9. num. 68. Bmi. cons. 135. num. 3.

Es notable lo que dixo Rippa. *in l. filius familias en el §. diui. num. 47. & 48. referido per Bimio cons. 201. num. 14.* a donde habla del fideicomisso en caso de contrauencion: y para que el heredero



## En el proceso Paschafij de Borao

dero en pena de auer contrauenido ala voluntad del testador, quedasse priuado de la hazienda, in hæc verba: *Vt fideicommissarius agere valeat, probari debere scientiam huius fideicommissi, & huiusce prohibitionis, maxime cum ipsa que alienauit, no esset hæres extranea sed sua que præsumitur, ideo magis legem fideicommissi ignorare cum alio iure, id est sanguinis & non testamenti lege succedere potuerit. Hæc ille, quem allegat Costa. de facti scien. centur. 1. dist. 37. num. 4. & bismirum eum appellat in eodem tract. inspectio. 63. num. 4. ubi aliquid etiam de materia. Feli. in cap. quoniam. S. porro. col. antepen. ut lit. non contest. Afflict. de iure prothomiseos. S. 2. nu. 8. Moheda. decis. 160. Put. decis. 6. de probat. Caputaq. decis. 110. in 2. Seraphi. decis. 972. num. 10. & fuit iterum decisum in Rota per eundem Seraphi. decis. 991. n. 2. qui quæplures allegat, & est videndum. Y ha sido para mi tan poderosa y eficaz esta consideracion, q̄ teniendo D. Anna de Funes, vna firma contra don Martin de Funes (que caso con D. Francisca de Gurrea contra voluntad de la madre y tutores de la dicha doña Francisca, para que no le obligassen a dar vn legado que le auia dexado su Abuela, con otra condicion semejante a esta: y entrando yo a ser su Abogado de dicha doña Anna) aconsejé que se obtuiesse nueua firma articulando vna Requesta y notificacion, que del dicho testamento se le auia hecho a dicha doña Francisca, y assi se preueyo estando la primera en grande contingencia, porque no se articulo la ciencia del dicho testamento. Por manera, que auiendo ignorancia, claramente inclino el Consejo a sentir, que no podiar queda priuada la legataria, sino es con ciencia expressa, indiuidua, y cierta del dicho testamento. Y ansi espera Pascual de Borao, q̄ por lo dicho en todos los dichos articulos, y señaladamente por la justa, è inuincible ignorancia de la dicha Ysabel Casales, se ha de pronunciar en su fauor, pues no seria justo castigarla con el perdimiento de bienes que dexo su padre, ignorando las circunstancias de su disposicion, Saluo, &c.*

**El Doctor Pedro Bernardo Diez.**