

H- 86511
F- 95159

ZRV
3270

Doña Mariana
contra
Doña Catalina
hijas de Don Pedro Velez de Guevara,
por la heredad de Onate
año de 1593
≈ ≈

* PLEITO de REVISION Y FUNDAMENTO
DE LA CLAUSULA, EN LA ESCRITURA DE
DONACION HECHA EL AÑO 1085 POR
EL CONDE DE ONATE DON LADRON DE
GUEVARA A SU HIJO VEILA LADRON
DE GUEVARA : ... - QUE LAS SUCESIVAS
HERENCIAS DEL CONDADO SEAN INDIVISIBLES
Y SE OTORGUEN AL "MEJOR" o "MAS AMADO"
DE LOS HIJOS NO NECESARIAMENTE
AL PRIMOGÉNITO. -

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]

[Faint, illegible handwriting]



IN Nomine Patris, & Filij, & Spiritus sancti, Amen. Ego
 Comes Latro Deigratia, Princeps Nauarrorum, do ti-
 bi filio meo Veila Latronis, totam meam hæreditatem
 quam possideo in Oñati, hoc est totam Oñati, cum introi-
 tu & exitu suo, quidquid, videlicet ad me pertinet, & con-
 tinetur infra terminos illius terræ, siue in hominibus, siue
 in monasterijs, & domibus, siue in pomerijs, & campis, si-
 ue in montibus, & riuis. Ego etiam Tharesa eadem gratia
 Comitissa laudans, quod dominus meus, & pater tuus Co-
 mes fecit, similimodo eademque lege, do tibi filio meo, to-
 tam meam partem, quæ ad me pertinet in Oñati, & omni-
 bus finibus eius, hanc igitur donationem facimus tibi Dei
 gratia, meliori & dilectiori filio nostro, Veila Latronis,
 vterque parens, ego, scilicet Latro Comes, & vxor mea
 Tharesa Comitissa, hoc pacto, & hac conuentione, quod
 post nostram mortē, si superstes fueris, memor sis nostri, &
 in quantum poteris studeas semper pro animabus nostris,
 & peccatorū nostrorum remissione, bonis insudare operi-
 bus, tam in eleemosinis pauperum, quam in oblationibus,
 sacerdotum. *Itaque sicut nos tibi soli dedimus & fecimus hanc do-*
nationem, alijs fratribus sororibusque exceptis, quasi pro animarum no-
strarum oblatione, mandamus atque precamur te vni & meliori fi-
liorum tuorum integra & indiuidua dare, & nunquam mittere in
arras, siue in partitionē, sed semper permaneat hereditas ista vni &
meliori filiorum tuorum integra & indiuidua: & si forte aliquis fi-
 liorum, vel nepotum nostrorum, hanc nostram legem, vel
 constitutionem disrumpere voluerit, primitus Dei odiū,
 & maledictionem incurrat, & postmodum nostram, & vi-
 uis absorbeatur, vt Dathan, & Abiron, à terra, & partem
 capiat cum Iuda traditore in inferno inferiori, Amen. Ro-
 boramus itaque tibi hanc nostram donationem, sicut est
 forum, & consuetudo in ista terra, hoc est in Oñati, fideius-
 soribus de ipsa hæreditate, quorum hæc sunt nomina de
 sancta Marina. Munio Munioz. Garin Garfias. Santijs Mu-
 ñoz, Osote dela Vrnia, & Acenar suus filius. Lop. Santijs
 de Vidanrreta, & Garfias Santijs, & Santijs Santijs, & Gar-
 fias Nauarro, quatuor fratres. De Olauarrieta, dominus
 Petrus Garfia. Santijs Lopez Schico, & Garfia Fortis: Mar-
 co de Vicin, Veila Lopez, & Santijs Lopez frater eius. De
 Bala-

Belacoin, Lope Garfias, & Santius Garfias cognatus eius. De Murguia Sātius Enecoz, & Garfias Enecoz frater eius, & Garfia Acerrarij, & Santius Muñoz, & Eneco Domilos. De Veretiano Marco Lopez Garfias, & Garin Garfias frater eius, & Garfias Enecos. De Elefiarfarri, Lope Enecos, Sobrinus de Zaloeta, Santius Santij, & Santius Veilas. De Triberrí, Eneco Muñoz, & dominus Ofandez, & Eneco Enecoz. De Cubillaga, Blaſto, & Eneco Santij de Eleſafarra, Eneco Lopez de Blaſto, & Lop. Santij, & Sātius Enecoz de Olalde. De Santo Pelagio, dominus Munio Garfias & Lop. Garfias frater eius, & Eneco Guidarius, & Eneco Guiddaris, & Lop. Garfias de Ybarra, & de Hotomardia, & Santius Garfias frater eius. De Vrexola, Munio Telloz, & Garfia Nuñez filius eius, & Acenar Garfias. De Araoz, Gartia Santij filius Santij Blaſas, & Muſato, & Muſando filius Samſonis. Facta eſt autem donatio, ſeu donationis carta, anno ab Incarnatione D. M. C. XL. IX. XII. anno LXXVII. Indictione, Epacta XIX. VII. die, tertia feria nonnarum Aprilis, regnante & imperante Illeſonſo Imperatore in Hiſpania, & Garfia Rege in Pampilona.

Num. 2.
La eſcritura original no parece.

El primer lance deſte pleyto, eſ aſſentar, que la dicha eſcritura eſ autentica, cierta, y verdadera, porque en ella funda todo ſu derecho la dicha D. Mariana de Gueuara. Y aunque la eſcritura original de la inſtitucion del mayorazgo de Oñate y caſa de Gueuara no parece, auiendo mas de quinientos y ſeſenta años que ſe otorgò: y el traslado regularmente no prueua, vt in l. 2. ff. de fide inſtrum. & in c. 2. eodem titu. & in authen. ſiquis in aliquo documento. C. de cedendo. l. 44. & l. 114. titul. 18. part. 3. en eſte caſo eſ indubitada la fè y verdad de la dicha eſcritura.

Num. 3.
Exemplum copiatu en actis probat ſicut originali.

Lo primero, porque la eſcritura original ſe preſentò por el Conde don Iñigo de Gueuara, en ocho dias del mes de Junio de mil y quatrocientos y ochenta y tres años, en vn pleyto que tratò en eſta Audiencia con los labradores del Condado de Oñate, y Valle de Leniz, y ſe le mandò boluer y boluio original, quedando vn traslado en el proceſſo: el qual traslado haze tanta fè como el miſmo original, vt probat Innocen. in cap. 1. num. 1. de procurator. dicens: *Quodhuiusmodi ſcriptura registrata in actis, iudicantur eſſe originalia.*

3
 lia, Azo in summa. C. de edendo in fin. Bart. in l. Chirographis. num. 2. ff. de administra. tutorum, his verbis: *Ex hoc colligitur practica, quod si instrumenta quæ producuntur de verbo ad verbum inseruntur in actis, nunc faciunt fidem perpetuo etiam si originale perdatur.* Bald. in l. fin. nu. 4. C. de fide instrumentorum, & in d. authen. si quis in aliquo, num. 5. & ibi etiam Curtius Iun. numer. 29. Purpura. nu. 32. Auiles in cap. 1. Prætorum glos. execution, num. 12. Greg. Lop. in d. l. 114. tit. 18. part. 3. glos. fin. versic. *Et nota quod si instrumentum est exemplatum & copiatum in actis, probat etiam si originale perdatur, &c.* & est communis opinio, vt attestatur eam secutus Couarru. practicar. cap. 21. numer. 6. Boerius decisione 281. num. 9. Misingerius centur. 6. obseruatione 75. refert plures Mascardus conclusio. 711. numer. 66. no piden estos autores que el traslado tenga signo ni firma, ni otra solenidad, mas de estar copiado de verbo ad verbum, en los autos del processo, y los traslados sacados del que quedò copiado en el processo, hazen tanta fè como si se huuiera sacado del mismo original, vt probant Ancharran. consil. 41. num. 1. & 2. Purpur. in dict. authen. si quis in aliquo, num. 34. quando se sacò, præsentè, vel citato aduersario, vt docet Alex. ibi num. 9. versic. Secunda restrictio quæ sequitur Gregor. in dict. l. 114. tit. 18. part. 3. glos. fin. & probat Couarru. d. cap. 21. num. 6. Afflictis decisione 282. num. 6. versic. *Et si diceretur.* Y assi se sacò el dicho traslado citado el procurador contrario, como consta pieça señal B. fol. 35.

Siendo cierto q̄ la escritura original se presentò en aquel pleyto por parte del Conde, y que por ser tan autética y verdadera, no se dixo en el cosa alguna contra ella. En esto opone el Conde algunas cosas leues, assi còtra la forma dela presentacion, como contra la mesma escritura.

Contra la presentacion dize, que no està presentado el poder que tuuo el procurador del Conde don Iñigo, que presentò la dicha escritura, sino vna relació del, la qual no prueua, vt in dict. authent. si quis in aliquo. Pero es engaño, porque el poder està sacado de verbo ad verbum, del original que otorgò el Conde don Iñigo, y no en relacion, como consta pieça B. fo. 34. buelta.

Dize mas, que el poder no tiene firma ni signo de escriuano. Lo qual no fue ni es necessario, por auerse otorgado

Num. 4.

Lo que opone el Conde contra la presentacion desta escritura.

B

apud

apud acta processus, l. siue apud acta. C. de transactio. Y basta que conste del otorgamiento, per assertionem notarij actorum. Ias. in l. 1. C. de procurato. num. 4. Mascardus conclusio. 1007. num. 12.

Tandem, dize, que el poder se dio por el Conde a Iuan de Zuaço, y que quien presentò la escritura, fue Iuan de Vergança: pero todo es vno, y el procurador tenia ambos apellidos, como consta por la peticion, y presentacion, porque la peticion, dize: *Iuan de Zuaço en nombre del dicho Adelantado don Iñigo de Gueuara, &c.* presentò esta escritura de donacion fecha por don Ladron de Gueuara Conde y Principe de Navarra, &c. Y el auto de presentacion, dize: *En la villa de Valladolid a ocho dias del mes de Iunio de ochenta y cinco años, el dicho Iuan de Vergança en el dicho nombre presentò esta peticion*, ponderando la palabra, dicho. ibi. *El dicho Iuan de Vergança en el dicho nombre*, que es repetitiua de la persona precedente, l. 1. §. cum qui ff. de postuland. Anto. Gab. lib. 4. commun. tit. de testamen. conclusio. 10. num. 14. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 64. Rota decisione 49. num. 3. in 1. part. Ioan. Garci. de nobilitat. in diuisione operis, num. 49. Y no auia precedido otra persona a quiẽ se pueda hazer la relacion, sino al dicho Iuan de Zuaço: Con lo qual concuerda, que siendo la dicha escritura tan importante el titulo de la casa y mayorazgo del Conde, y la misma original es presumpcion juridica, que quien la presentò tuuo poder suyo, Bartol. in l. 3. §. causæ, numer. 2. ff. de Carbonia. edicto. Ias. in l. 1. in fin. C. de procura. Roma. singulari. 637. *Nunquid per productionem.* Cassad. decisione 3. de procurator. num. 5. versic. *Et si apud aliquem reperiantur instrumenta causa, presumitur, quod sit procurator.*

Num. 5.
Lo que dizen
contra la escri-
tura.

Contra la escritura dize el Conde, que aunque se presentà en este pleyto el mismo original, de dõde se sacò el traslado, no hiziera fè, porque no es escritura publica, ni tiene firma de la parte, ni testigos, ni lugar donde se otorgò, como se requiere por la l. 54. titul. 18. part. 3. ibi. *El dia, el mes, y la hora è el lugar, donde fue fecha.* Y si la original no hiziera fè, no es posible que la haga el traslado, quia ex originali non solemniter, non potest assumi instrumentum solenne, vt cū Aretin. in auth. siquis in aliquo. C. de edendo, tradit Purpurat. ibi nu. 24.

Num. 6.

Sed respondetur facile, que la escritura original del Co-
mes

4

mes Latro, era autentica y solene: y en ella no fue necesaria firma de la parte, porque esta solenidad de la firma, se introduxo nueuamente por la l. 13. tit. 25. lib. 4. noue Recopilatio. que fue pragmatica de la señora Reyna doña Iuana, promulgada el año de mil y quiniētos y tres, y antes della no era necesaria firma de las partes, vt probant Oroscius & Auenda. quos refert & sequitur Azeuedo ibidem numer. 40. & vltra eos Couarru. practica. cap. 20. num. 4. in fin. Burg. de Paz in l. 3. Tauri, num. 1088.

Et vere, la solenidad desta escritura está conforme al vso de aquellos tiempos, vt ex ea constat ibi. *Roboramus itaque tibi hanc nostram donationem sicut est forum, & consuetudo in ista terra,* ra conforme al Y por mas firmeza se otorgó en forma de priuilegio, ibi. *Si quis filiorum, aut nepotum nostrorum, hanc nostram legem, vel constitutionem disrumpere voluerit, primitus Dei odium, & maledictionem incurrat, & postmodum nostrum, & viuus absorbeatur, vt Datan, & Abiron à terra, & partem capiat cum Iuda traditore in inferno inferiori, Amen.* Y así tiene al pie mas de cinquenta confirmadores, como se suelen poner en los priuilegios, vt in l. 2. tit. 18. part. 3. ad fin. y a los confirmadores llaman fiadores, ibi. *Fideiussoribus de ipsa hereditate datis, quorum hac sunt nomina.* Nam fideiussor appellatur confirmator, vt in authen. de fideiussoribus. §. & non solum, iuncta glo. verbo, Confirmatorem, Alber. in dictionario, verbo fideiussor. Y estaua sellada con el sello del Conde, como consta por la petition en que se hizo presentacion della, ibi. *Presento esta escritura de donacion hecha por don Ladron Conde è Principe de Nauarra, escrita en pergamino de cuero, e sellada con su sello:* Y lo mismo consta por la prouisiō del señor Rey don Enrique. IIII. de qual latius infra. num. 11. en la qual se dize. *Sellada con un sello de cera pendiente, con lo qual haze tanta fe, como qualquier escritura publica, vt probatur in l. 1. titulo. 18. part. 3. ibi. escritura de que nace aueriguamiento de prueua, es toda carta que sea fecha por mano de escriuano publico de concejo, o sellada con sello de Rey, o de otra persona autentica, vbi Gregor. glos. super verbo. Authentica. exponit aliàs honrada melior, text. in l. 14 eod. titul. post princip. Onde dezimos, que si fuere sellada con sello de Rey, o de Açobispo, o de Obispo, o de Cabildo, o de Abad bendito, o de maestro de Orden de caualleros, &c. & ibi. En essa misma manera dezimos, que deue valer la carta que fuere sellada de sello de Conde, o de rico ome,*

No fue necesario firma de la parte.

Num. 7.

Esta la escritura conforme al uso de aquel tiempo.

Num. 8.

Estando sellada haze tanta fe como escritura publica.

rico ome, que aya seña, ò de concejo, & in l. 1. titul. 20. ead. part. ibi. Sello es seña, que el Rey, ò otro ome qualquier, &c. & ibi. E tiene pro à muchas cosas, ca por el las donaciones, è las tierras, è las heredades,, que los señores dan à sus vasallos, las hā firmes y seguras. Y en la escritura, ò carta sellada, ni son menester testigos, porque el sello sirue de testigos, vt in dict. l. 1. tit. 20. part. 3. ibi. E fue fallado antiguamente, porque fuesse puesto en la carta, como por testigo. Ni tampoco que se ponga el lugar, vt probat Gregor. in dict. l. 2. titul. 18. part. 3. glos. El lugar. versic. *Cum talis scriptura ex appositione sigilli sit authentica, & non reperiatur tali casu cautum, quod debeat de necessitate continere locum.* Puesto que esta donacion le tiene, y por ella cōsta auer se hecho en Oñate, ibi. *Sicut est consuetudo in ista terra, hoc est in Cñate.* Ni tampoco es necessaria firma ni subscripcion. Nam sigillum habet vim subscriptionis, & probat consensum Bart. in l. quæ dotis in fin. ff. solut. matrimo. & ibi etiam Alex. num. 38. Roma. confi. 303. num. 2. Hyppol. de Marfilij in repetitione Rubricæ. C. de probatio. num. 300. qui refert alios Decius in cap. 3. loco in princip. de probatio. Purpurat. in l. admonendi. ff. de iur. iur. num. 177. dicens, quod vbi est sigillum non est necessaria alia probatio per testes, aut comparisonem literarum, Surdus decisione 137. num. 2.

Num. 9
Solo este traslado haze plena fè.

Ex quibus constat, que solo el dicho traslado de la escritura de donacion, que oy dia se halla en los autos de aquel processo, donde el Conde don Iñigo de Gueuara presentò el original, haze plena fè, como la hizo en esta Audiencia y en el Consejo otro traslado del mayorazgo de la villa de Empudia, que se hallò en vn processo antiguo, donde presentò el original el Conde don Athanasio de Ayala, y se le boluio, quedando en el processo vn traslado simple, sin firma, ni signo, de escriuano por el qual traslado se dio y librò en el Consejo carta executoria en la tenuta, y possession. Y por el mismo se dieron en esta Audiencia sentencias de vista y reuista, en propiedad, en fauor del Señor Duque de Lerma que se librò carta executoria en Medina del Campo el año de mil y seyscientos y tres.

Num. 10.
El traslado està cōprouado por muchos me-
dios,

En el caso deste pleyto cessa todo genero de duda, porque el dicho traslado està cōprouado por muchos y muy eficaces medios.

Num. 11.

Et primò, con el dicho traslado concuerda vna prouision del se-

5

del señor Rey don Enrique III. dada año de mil y quatrociē *Prouision del*
 tosy cinquēta y seis, en que haze relacion de la escritura de *señor Rey don*
 donacion, que comiença: *Ego Comes Latro*, por estas palabras: *Enrique III.*
E por quanto los dichos herederos del dicho don Pedro Velez de Gueua-
ra, embiaron à mostrar ante nos ciertos priuilegios, è recaudos, è titulos, è
instrumentos; los quales titulos son los que adelante se fara mencion, en esta
guisa, una carta de pergamino escrita en Latin, sellada con un sello de ce
ra pendiente: Por lo qual parece, que Ladron Conde Principe de los Na
uarros, è la Condesa su muger dieron a Veila Ladron su hijo, toda su here
dad, que posseyan en Oñate, que es toda Oñate, con sus entradas y salidas
segun que les pertenecia, è con todos sus terminos, è tierras, è monasterios, è
campos, e montes, è mançanares, è rios, con condicion q̄ despues de sus dias
lo dieſse a uno, el mejor de sus hijos, è nunca lo metieſse en arras, ni en par
ticion, mas que siempre quedasse al uno ^{mejor} de sus hijos, entera, e in-
diuidua, la dicha heredad, &c.

Sola esta prouision bastaua para prouar plenamente, por *Num. 12.*
 que concurren muchas cosas para que se le de plena fe. El ser *Sola esta prou*
 relacion de Principe, ad notata in Clementi. 1. de probatio. *ſiõ bastaua pa*
 late Anto. Gabr. lib. 1. commu. tit. de probatio. conclusio. 2. *ra proaar plena*
 El ser palabras, no enunciatiuas, sino assertiuas, y fundarse *mente.*
 en ellas la prouision para mandar alçar el secreto, que se
 auia hecho de ciertas ante Iglesias por la Corona Real, quo
 casu indubitatum est, que prueua plenamente, vt in capit. si
 Papa iuncta glo. verbo asserat de priuileg. lib. 6. & ibi etiam
 Domini. & Francus vterque num. 3. Crauet. de antiqui. tem-
 porum. 1. part. §. ampliatur, nume. 31. El ser hecho, que passò
 corã Rege, porque dize, que ante el se presentò la escritura,
 quo etiam casu eius assertio plene probat, Aretin. in cap. cū
 à nobis de testibus, & ibi etiam Felinus nume. 2. Anto. Gabr.
 dict. conclusio. 2. num. 8. El afirmarlo cum consilio Procerū,
 que estambien circunstancia de gran momento, para que se
 de plena fe a la assercion del Principe, vt probat Ifernica in
 cap. 1. qui suceſſ. teneantur colum. 6. versic. *Sed nunquid.* & in
 cap. 1. de controuer. feudi, apud pares termi. numer. 13. & ibi
 etiam Afflictis num. 33. Roland. à Valle confi. 1. num. 87. lib.
 2. El ser hecho antiguo, vltra centum annos, que en esta ma-
 teria importa mucho, vt per Crauet. de antiquita. tempor. 1.
 part. in princip. num. 8. vbi refert Alex. Ias. Domini. & De-
 cium dicentes in antiquis verba narratiua Principis plenam

probationem facere. Tandem, el ser la relacion tan seriosa, que contiene toda la sustancia de la escritura, quo casu, esta relacion seriosa tiene tanta fuerza, como si a la letra se incorporara, para prouar lo que contenia, vt probat Abb. in c. interdilectos, num. 9. versi. *Et credo, quod mens*, de fide instrum. & ibi etiam Felin. num. 7. Boerius decisione 247. num. 3. Grá mat. conf. 122. num. 2.

Num. 13.
Con testigos se
prueua el tenor

Secundo, se comprueua el dicho traslado, porque ay testigos que vieron el original, y dizen de su tenor en esta manera: El Dotor Francisco de Esquiuel Inquisidor de Mallorca, pieça num. 10. fol. 77. dize: *Que vio è tuuo en su poder, y leyo diuersas vezes, el titulo antiguo, que los dichos Condes de Oñate tienen de la dicha villa, que comienza; Ego Comes Latro Princeps Naffarrorū, que esta todo el escrito en Latin en un pliego a lo ancho de pergamino, en el qual el dicho Conde don Ladron dexa vinculada la dicha villa, con condicion, que pueda el ultimo suceffor escoger qual quisiere y fuere mas amado, y mas virtuoso entre sus hijos, el qual era un pergamino viejo escrito de letra antigua que parece a este que declara tendria dozena y medio de renglones, El Licenciado Vazquez de Saavedra Abogado en los Consejos, pieça num. 10. fol. 79. que fue como el dize go-uernador de Oñate. 40. meses, dize: *Que vio el titulo que dize la pregunta, de Ego Comes Latro original que era de una letra antigua muy vieja, y firmada de una firma sola, que dezia. Ego Comes Latro, y estaua escrita en un papel antiguo, y el principio dezia, que este declarã te se acuerda muy bien. Ego Comes Latro Princeps Naffarrorum tibi Veila Latroni filio, &c. porque este declarante le tuuo muchas vezes en su poder, y este titulo en la forma que esta dicha, era una donacion que el dicho Conde Ladron hazia a Veila Ladron su hijo de Oñate y sus distritos y terminos por si y sus suceffores en especial dezia una clausula que pudif-se escoger libremente a qualquiera de sus hijos el que mas amasse para la sucesion de la dicha villa de Oñate de todo aquello que le donaua, &c. El Dotor Ybarra Cura y beneficiado en la Iglesia de san Miguel de Oñate pieça num. 10. a fo. 45. dize: *Que estando en casa de Iuan Ortiz de Trigoris, el dicho Iuan Ortiz sacó un pergamino antiguo escrito, el qual era el titulo que dizen de Comes Latro escrito en Latin, y este declarante le leyó que dezia è sonaua aura 400. años poco mas o menos se auia hecho, è dezia, que el Conde ultimo possedor podia dar el estado a uno de sus hijos qual el mas queria, &c. Y de oidas dizen lo mismo otros muchos testigos, la qual prouança del tenor im-*
porta**

6
 portalo mismo que si la misma escritura original se presentara, vt in cap. cum olim el 1. de priuileg. & in cap. sicut de re iudicat. & vtrobi que Doctores, Bart. in l. sicut iniquum. C. de fide instrumentor. Afflictis. decisio. 274. per totam, latè Tiraquel. de retractu cōuentio. §. 1. glo. 7. nume. 56. Aluar. Velas. de iure emphy. quæst. 7. numer. 38. & in scriptura maioratus hoc probat. l. 41. Tauri, hodie l. 1. tit. 7. lib. 5. nouæ Recopil. vbi Anto. Gomez num. 3. Velazquez glo. 4. per totam, Mieres 4. part. quæst. 20. nume. 23. versicul. *Secundo*. Burg. de Pa quæstione 4. numer. 26. quod procedit, & verum est, quando se prueua la perdida de la escritura original, glos. in dict. cap. cum olim, verbo, sine reprehensione, Afflictis d. decisio. 274. num. 4. Aluarus Velas. dict. quæst. 7. num. 38. Y los testigos que dizen del tenor son Letrados y peritos, vt latè probat Tiraquel. d. §. 1. glo. 7. num. 56. Mieres dict. quæst. 20. numer. 23. Anto. Gom. in d. l. 41. num. 3. Aluarus Velas. d. quæst. 7. num. 38. Y ambas cosas concurren en nuestro caso, porque de la perdida de la escritura consta por prouança, y por muchas diligencias que se han hecho para buscarla, y los testigos son Letrados y hombres doctos.

Neque dicatur, que los testigos que dizen del tenor, han de señalar el dia, mes, y año, en que la escritura se otorgò, y el lugar, y las demas cosas que son de substancia, vt per Aluar. Velas. d. num. 38. versicul. cognita, sic qualitate testium. *Num. 14. No es ceceſſa- rio señalar dia mes, ni año, quando passò mucho tiempo.* Porque esto no procede quando passò mucho tiempo, despues que los testigos vieron la escritura, vt probat Mieres dict. quæst. 20. num. 26. dicens, que antes serian sospechosos los testigos, que auiendo passado mucho tiempo dixessen cō tanta particularidad.

Tertio, el dicho traslado se comprueua con la antigüedad de tiempo, porque ha mas de 120. años que se sacò, quo casu exemplum plenam fidem facit, vt probant Hostiens. Ioan. Andr. Imol. & alij Doctores in cap. Albericus de testibus, vbi Felin. numer. 3. dicit communem Iacobo de Sancto Geor. in dict. authen. si quis in aliquo, num. 25. C. de edendo, Crauet. de antiquita. temp. 1. p. §. Vidimus, num. 22. Couarruu. pract. cap. 21. num. 7. Mascard. conclusio. 711. num. 28. & numer. 82. Cardin. Tuschus. verbo, trans sumptum, conclusionem 374. numer. 11. 14. & 16. vbi numer. 25. dize, que es sin du-

Num. 15. La antigüedad del tiempo obra que se de fè al traslado.

sin duda, quando la antigüedad es *vltra centum annos*.

Num. 16.

Ay otros muchos traslados del mismo tenor.

Quarto, se comprueua cō otros muchos traslados del mismo tenor, que se hā hallado en registros de escriuanos muertos, y en otras partes vno en los registros de Pedro de Lazarraga escriuano, de su propia letra y mano, pieça num. 10. fol. 62. Otro en los registros de Lope Sanchez de Oribe escriuano, fol. 60. Otro en poder de Iuan Lopez de Lazarraga vezino de Zalduendo. Otro en poder de Pedro Lopez de Lazarraga, vezino de Saluatierra, a fol. 82. que aūque sean simples, ayudan mucho y hazen consonancia de verdad, vt de scriptura prorsus priuata, quod faciat semiplenam probationem in antiquis docent Specul. Anto. de Butrio, Felin. Soci. & plures alij quos refert & sequitur Crauet. de antiquita. tempor. 1. part. §. Viso de verbis, num. 1. & 2. Y el auerse hallado en registros de escriuanos publicos, les añade a estos traslados alguna mas fè, y autoridad, argumento cap. ad audientiam de præscriptio. Bald. in l. exemplo, nume. 1. in fin. C. de probatio. Y el vno dellos consta auerse sacado por mano de escriuano publico, que tambien es circunstancia considerable, Ias. in repetitione l. admonendi, nume. 146. ad fin. versic. *Si autem producitur*. ff. de iur. iur. Y el ser tantos los traslados q̄ han parecido facilita el auerseles de dar fè, ex his quæ post Bald. tradit Paulus in l. cum aliquis, num. 6. versic. *Si ergo repariantur plura instrumenta*. C. de iure delibe. Rota Genuen. decisione 15. numer. 14. versic. *Quando maxime sunt plura exempla*.

Non est omittendum, que estos traslados se tenian con nō bre y titulo del origen de la casa de Gueuara, el que se hallò en los registros de Pedro Lopez de Lazarraga con esta incripcion. *Origen de los señores de la casa de Gueuara, sacado por el Doctor Gueuara del Consejo de sus Magestades*, pieça num. 10. fol. 29. Y el que se hallò en los registros de Lope Ybañez de Oribe està intitulado: *La primera donacion titulo y origen de los señores y señorio de Oñate*, pieça numer. 10. fol. 60. Lo qual se ponderò mucho en el caso que refiere Molina. lib. 3. cap. 5. nume. 49. para que al traslado se diessse fè.

Num. 17.

El original se presentó en juyzio, y por el se dieron sentencias.

Quinto concurre, que el original se ha presentado muchas vezes en juyzio, y por el se han dado sentēcias en fauor de los Condes de Oñate, vnavez en tiempo del señor Rey don Enrique, año de 1456. Y en virtud del se mandò alçar el embargo

embargo que estaua hecho de ciertas ante Iglesias, y patronazgos. Otra vez, año de 1559. en el Consejo Real se libró carta executoria en fauor del Conde, en virtud deste titulo, en que se le mandò dar possession de las Ante Iglesias, y patronazgos de Ogiròdo, y Vzarragay, sus annexos, pieça. nu. 10. fol. 3. Con lo qual se comprueuan los dichos traslados, vt probat, Paris. consi. 104. num. 53. & 54. lib. 1. donde habla del traslado de vna escritura, cuyo original se auia presentado dos vezes en juyzo, y juzgado por el 40. años antes, sequitur Cagnolus, in dict. authen. si quis in aliquo, nu. 41. versi. *similiter*, Mascard. conclus. 711. num. 89.

Sexto, se comprueua con la publica voz y fama que ha auido en toda aquella tierra y comarca, de que la dicha escritura de donacion, que comienza, ego Laro Comes, es cierta y verdadera, y que conforme a ella el Mayorazgo de Oñate es de eleccion, lo qual dicen muchos testigos en la segunda pregunta de la prouança de la dicha doña Mariana de Guera, y es de gran importancia para comprouacion de todo lo suso dicho, vt in l. 3. §. eiusdem. ff. de testibus, ibi. *Et quodam veluti consentiens fama confirmat re de qua queritur fidem*, cū alijs adductis a Crauet. de antiquita. tempo. 1. part. §. viso in hac 1. part. vbi dicit communem esse opinionem, quod fama plene probat in antiquis.

Num. 18.

La publica

voz y fama

de que esta es

critura es cier-

ta.

Secundus Articulus.

SVpuesta la verdad y fè de la escritura de donaciõ, otorgada por el Conde don Ladrõ, y Condesa D. Teresa su muger, en fauor de Veila Ladrõ su hijo, della resulta disposicion llana de mayorazgo perpetuo de eleccion.

Las palabras de la dicha escritura, son estas.

Itaque sicut nos tibi soli dedimus, & fecimus hanc donationem alijs fratribus sororibusque exceptis quasi pro animarum nostrarum oblatione, mandamus, atque precamur te vni & meliori filiorum tuorum integra atque indiuidua dare, & nunquam mittere in arras siue in partitionem, sed semper permaneat hereditas ista vni & meliori filiorum tuorum integra atque indiuidua, & si forte aliquis filiorum, vel ne potu nostrorum hanc nostram legem & constitutionem disrumpere voluerit, &c.

Num. 19.

Por la escritu-
ra consta ser
mayorazgo per-
petuo de eleciõ.

D

Que

Num. 20.
En las pala-
bras desta clau-
sula esta cifra-
da la substituc-
cion del mayo-
razgo.

Que destas palabras reuite mayorazgo perpetuo comita.
Porque si los bienes nunca se han de partir ni diuidir, y siem-
pre han de quedar enteros e indiuiduos a vno solo, en esto es-
ta cifrada la substancia y essencia del mayorazgo, el qual de
su naturaleza es indiuiduo, vt probat Molin. lib. 1. cap. 3. nu.
6. y de su naturaleza es perpetuo, vt idem subdit. cap. 4. nu.
12. in fin. donde puso las mismas palabras de nuestra clausu-
la, ibi: *Cuius maioratus natura est, vt bona in familia integra atque in-
diuisa perpetuo conseruentur*: y de naturaleza del mayorazgo es,
que siempre succeda vno solo, sin dar equiualencia a los de-
mas sus hermanos, vt in l. 41. Tauri, y de naturaleza del ma-
yorazgo es, que no se puedā enagenar los bienes. Molin. lib.
4. cap. 1. per totum, lo qual todo se halla en la disposicion de
la dicha clausula, y en toda ella no ay oracion ni palabra que
no se adapte a disposicion de mayorazgo perpetuo.

Num. 21.
Ponderase la
diction sicut.

Porque dize, *Itaque sicut nos tibi soli de dimus, & fecimus hanc do-
nationē alijs fratribus sororibusque exceptis*: las quales palabras im-
portan, que assi como el primer successor fue vno solo, que
succedio sin dar equiualencia a sus hermanos, assi ni mas ni
menos, despues del ha de ser vn solo successor que succeda
sin dar equiualencia, hoc enim significat illa dictio, *sicut*, quæ
denotat omnimodam similitudinem, cap. olim. de verborū
significatione, ibi. *Sicut vni ex alijs*. cap. parrochianos, eodem
titu. ibi. *Ipsosque faciat sicut excommunicatos arctius euitari*: per quē
text. dixit. Roma. consi. 328. num. 7. quod si in aliqua dispo-
sitione præcedit oratio, per quam disponitur vnus casus, &
sequitur alius casus cum illa dictione, *sicut*, ea significat om-
nimodam similitudinem, & identitatem cū illo casu, sequi-
tur Socin. consi. 252. nu. 12. lib. 2. Tiraquel. de iure primog.
quæst. 40. nu. 30. Socin. Iun. consi. 102. num. 15. lib. 2. Rimin.
Iun. consi. 18. num. 145. lib. 1. y el succeder vno solo sin dar
equiualencia, es attributo proprio del mayorazgo, vt in dict.
l. 41. Tauri.

Num. 22.
Las palabras
mandamus
atque preca-
mur te.

No son menos aptas las palabras que se figuen. *Mādamus
atque precamur te vni & meliori filiorum tuorum integra atque indiui-
dua dare*: Ex quibus cōstat, q̄ a Veila Ladrō primero llamado
no se le dieron estos bienes como libres, sino grauados y sub-
jectos a restitucion, nam illa verba, *Mandamus atque precamur
te*: fideicommissum important. l. cum pater. §. mando, & §.
rogo

rogo. ff. de legat. 2. & in. §. fin. institu. de singu. rebus. per fideicom. relictis. l. 28. titu. 9. part. 6. in fin. tradit Padilla in Rubrica. C. de fideicom. num. fin. Peregr. art. 1. num. 46. y el fideicomiso, y grauamen de restitucion, fue de dar a vno de los hijos todos los bienes juntos sin diuision, con que se muestra, que la successiō auia de ser por via de mayorazgo, cuya naturaleza es, que la successiō sea indiuidua.

Sequitur, *et nunquam mittere in arras siue in partitionem*: en las quales palabras se prohibe la enagenacion perpetua, porque esto significa aquel adverbio, *nunquam*: id est nullo tempore, & nullo loco, gloss. in l. prouidendum verbo *nunquam*. C. de postulando. Alber. in dictionario verbo *nunquam*, y el auer prohibido in indiuiduo la particiō, denota voluntad clara de hazer mayorazgo perpetuo, al qual ninguna cosa estan contraria como la particiō, vt cum Baldo in authen. ex testamento, num. 16. C. de collatio. Tiraquel. Guillel. Bened. & alijs probat Moli. lib. 1. cap. 11. num. 2. y tambien prohibio particularmente el dar los bienes en arras, para que no se pudiesen enagenar, etiam ob causam matrimonij, cuius occasione, se suelen prometer las arras, vt in l. fin. C. de sponfal. l. 1. titu. 11. part. 4. & l. 26. titu. 13. part. 5. tradit Xuarez, in l. 1. titu. de las arras, lib. 3. fori, num. 1. & prohibita, vna specie alienationis censetur generaliter prohibita alienatio in omnibus casibus in quibus subest eadem ratio, vt probant. Bart. num. 18. Alexan. num. 21. Ias. num. 106. Ripa. nu. 100. in l. filiusfam. §. diui el 2. ff. de legat. 1. vbi etiā probant quod donatione prohibita omnis alienatio prohibita censetur sicut è contra venditione vel donatione permissa cēsetur, permissa omnis alienatio, vt in l. sicut. §. venditionis, & §. sed si permiserit. ff. quibusmo. pignus vel hypoth. solui. Moli. lib. 4. cap. 5. num. 16.

Tandem nullus dubitationi locus relinquitur, con las palabras que se figuen en la clausula, ibi: *Sed semper permaneat hereditas ista uni et meliori filiorum tuorum integra, et indiuidua*: porque la palabra, *semper*, manifestamente esta insinuando la perpetuidad de la successiō, nam exponitur, omni casu, & omni tempore. gloss. & Doctores. in l. 1. ff. solut. matrimo. Paris. consi. 92. num. 37. lib. 2. Curtius Iun. consi. 22. num. 23. Boerius, decisione. 158. num. 1. cum sequentibus. Anton. Gabr.

Num. 23.

Las palabras
& nunquam
mittere in ar
ras, &c.

Num. 24.

Las palabras
sed semper
permaneat
hereditas ista, &c.

lib.

lib. 6. commu. titu. de testamen. conclusione. 10. num. 12. ac proinde, es palabre aptissimas para inducir mayoraazgo perpetuo. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 33.

Idem denotat verbum illud, *permaneant*, quod tractum successuum importat, & perseverantiam, Cuma. in l. cum ita. §. in fideicommissis. num. 4. ff. de leg. 2. Socin. in l. si cognatis, num. 17. ff. de rebus dub. & quod istud verbum denotat perseverantiam probant Bald. & Paulus, num. 3. in l. fin. C. de indicta vidui. toll. Menoch. præsumptione. 187. num. 8. lib. 4.

Num. 25.
Grauamē fuit
scriptum in rē.

Sed euidentius hoc ipsum probatur, quia post aduerbiū, *semper*, & verbum, *permaneant*, subsequitur in eadem oratione, *hereditas ista*, ibi. *Et sed semper permaneant hereditas ista*: ex quibus verbis constat quod grauamen fuit scriptum in rem, & hereditas ipsa fuit grauata, de qua resulta ser esse mayoraazgo perpetuo, ex insigni doctrina. Bald. in l. precibus, colu. penul. num. 49. vers. *tu dic*, C. de impub. & alijs substi. dicētis, quod quando hereditas est grauata, & sic grauamen est scriptum in rem, afficit rem ad quemcunque vadat, & extēditur onus in omnes, quem ibidem sequitur. Salice. nu. 26. in fin. sequitur, & extollit, Gregor. in l. 4. titu. 9. part. 6. gloss. 2. ad fin. Molin. qui plures refert. lib. 1. cap. 4. num. 22. Mantica de coniectur. lib. 8. tit. 2. num. 6. prout etiam de prohibitione alienationis in rem scripta, quod inducat perpetuum fideicommissum, probat Ias. in l. filiusfamil. §. diui, el 2. 2. lectura, num. 95. & ibi etiam, Ripa, num. 66. ff. de leg. 1. Curtius Iun. consi. 43. num. 11. Burg. de Paz, consi. 44. num. 7. y concurriendo la palabra, *semper*, y el estar grauada la misma herencia, es indubitado, quod dicitur inductum perpetuum fideicommissum, ne dum quo ad personas institutorum, sed etiam quo ad omnes descendentes in infinito^{um}, vt probat in terminis, Paris. consi. 37. num. 24. lib. 2. Rolan. à Valle, consi. 23. num. lib. 4. Riminal. Iun. consi. 279. num. 12. cum sequentibus, lib. 3.

Num. 26.
Las palabras
uni & meliori
integra & indi
uidua.

Quibus etiam concinunt vltima verba clausulæ, ibi: *Uni & meliori filiorum tuorum integra atque indiuidua*: por las quales cōsta, que assi como el primer sucessor fue vno, ibi. *Itaque sicut nos tibi soli dedimus, &c.* Y el segundo sucessor auia de ser tambien solo vno, ibi. *Mandamus atque precamur te uni & meliori filiorum tuorum, &c.* Assi tambien adelante para siempre jamas auia de ser siempre vn solo sucessor, ibi. *Sed semper permaneant here-*

hereditas ista uni, &c. Y este vno no qualquier estraño sino, *uni filiorum tuorum*, donde la palabra, *filiorum*, comprehende a todos los descendientes in infinitum, por ser la materia perpetua, vt probat Palac. Rub. in repeti. rubricæ. §. 69. num. 21. cum sequent. Couarr. practicar. c. 38. num. 6. & 7. Molin. lib. 1. c. 6. num. 28. donde puso la verdadera resolucion, por estas palabras. *Ideo communis ac vera resolutio est, quod quando bona debent perpetuo in familia conseruari, vel aliter constat de voluntate testantis, quod velit quod eius dispositio perpetua sit, verbum filiorum non solum nepotes, verum etiam omnes descendentes comprehendit.* Idem probat Peregrin. artic. 22. num. 51. Lo qual se ajusta bien a nuestro caso, donde consta con tanta euidencia de la voluntad de los fundadores, que quisieron que la sucession fuese perpetua.

Num. 27.

Appellatione filiorum veniunt omnes descendentes.

Quod comprobatur ex l. 11. titul. 7. lib. 5. nouæ Recopil. que es la clausula del testamento del señor Rey don Enrique Segundo, en el qual solo se dize, que los ayan por mayorazgo, y finquen a su hijo mayor legitimo, & est omnium concors sententia, que aquellas palabras comprehenden a todos los descendientes por linea derecha in infinitum, vt probant Palat. Rub. in dict. §. 69. num. 21. Molin. lib. 1. c. 5. num. 21. & 22. & c. 6. num. 21.

Num. 28.

Inducitur l. 11. tit. 7. lib. 5. Recopil.

Accedat, que la qualidad de los bienes contenidos en la donacion hoc est, la villa de Oñate con toda su tierra, y con todo lo en ella incluso, persuade tambien que los fundadores quisieron hazer mayorazgo perpetuo: nam ex qualitate bonorum facile inducitur coniectura perpetui fideicommissi. glos. celebris in l. quoties ab omnibus. C. de fideicommissi. & ibi Bald. num. 8. & num. fin. sequitur & ex tollit Ias. num. 1. & communiter scribentes teste, Molin. lib. 1. c. 11. numer. 18. Burg. de Paz Iun. quæst. 2. num. 90. & 98. Y no menos persuade esto la qualidad de las personas de los fundadores, nã vt inquit Zasius cons. 2. num. 13. lib. 1. *Vir nobilis & clarus fama naturali impulsu nihil magis desiderasse censendus est, quam sue familie & progeniei fauere, & propagare id quod nobilibus viris velut perpetuum est,* sequitur Mantica de coniectur. lib. 6. titul. vltim. numer. 1.

Num. 29.

Ex qualitate bonorum & personarum.

Num. 30.

El uso y obseruancia de mas de quatrocientos años.

Con lo qual todo concuerda el uso y obseruancia de mas de quatrocientos años, en q̄ estos bienes siẽpre se han posey-

do, y conseruado, como bienes de mayorazgo, sucediendo en ellos vn solo sucessor. La qual possession se entiende auer sido en virtud de aquel titulo, vt in l. 2. cum ibi notatis. C. de acquirend. posses. Surdus decis. 134. num. 12. Y quando huiera duda que no ay en las dichas palabras por ellas quedara inducido mayorazgo interpretadas por la costumbre, Molina lib. 1. cap. 5. num. 39. versic. *Nona coniectura*, & cap. 6. num. 57. Velazquez in l. 41. Tauri glos. 1. num. 17.

Num. 31.
Dize el Conde
q̄ en aquel tie-
po no auia ma-
yoraçgos ni pas-
saua el fideico-
missodela quar-
ta generacion.

Quibus nihil obstat dicere, que en aquel tiempo no eran conocidos en España los mayorazgos, que aora se vsan ni su perpetuidad, y que solo auia los fideicommissos, ya temporales, ya familiares perpetuos. Y estos no durauan mas de hasta la quarta generacion, vt in authent. de fideicommiss. §. manifestum, versic. *Nos igitur*. vbi Bart. num. 2. notat quod prohibitio alienationis, vt perpetuo res remaneat in familia, & nunquam exeat de nomine testatoris, non extenditur vltra quartam generationem & est omnium concors sententia teste, Couarr. lib. 3. var. cap. 5. num. 4. ver. *Secundum*. Del qual texto han hecho gran fielta para este pleyto los abogados contrarios, sed immerito.

Num. 32.
Siempre huuo
en España ma-
yoraçgos.

Lo primero, porque siempre fueron conocidos en España los mayorazgos y su perpetuydad, los quales tienen origen del mayorazgo del Reyno, que es la cabeça, y se començo a deferir por linage desde el tiempo del Rey don Pelayo, y antes del se daua por eleccion, vt per Molin. lib. 1. c. 2. per totum. Y oy dia ay en España muchos mayorazgos tan antiguos, que no consta de su principio, y se prueuan por la immemorial. iuxta l. Tauri. 41. Y en el tiempo en que escriuieron Abb. conf. 85. in 1. part. Paul. conf. 164. lib. 2. auia muchos años que estaua instituydo el mayorazgo de Perafan de Riuera, y dize Abb. en el num. 4. *quod ius primogenitura plurimum apud Principes Hispanie frequentabatur*. Y en el tiempo del Rey don Enrique Segundo eran muy conocidos en España los mayorazgos, como consta por la clausula de su testamento quæ habetur in l. 11. tit. 7. lib. 5. nouæ Recop. ibi, *pero toda via que lo ayan por mayorazgo, &c.*

Num. 33.
El §. manifestum esta corre-
gido por la l. 27
de Toro.

Lo segundo, porque la decision del §. manifestum esta corregida por la l. 27. de Toro, hodie l. 11. titul 6. lib. 5. nouæ Recop. ibi. *sin diferencia de quarta ni quinta generacion*, quam ad hoc

hoc expendit Couar. lib. 3. var. capit. 5. num. 4. versi. *quin et hinc opinor*: Molin. lib. 1. cap. 4. num. 30. cuya decision se ha de traer a los casos, y negocios passados, vt est expressum, in l. 6. titu. 1. lib. 2. nouæ recopilatio. cuius ad hoc meminit, Couar. lib. 1. varia. cap. 19. nu. 4. post medium, versi. *quod de omnibus*. Num. 34.

Tercero, nam iure etiam communi, atento la disposiciõ *iure etiam cõ-* del §. manifestum, solo procedia, vbi testator prohibuit alie *muni, no proce-* nationem, & fideicommissum instituit in fauorem familie, se *dia el §. mani-* cus autem vbi fideicommissum relictum fuit, in fauorem des *festum in fidei-* cendentium seu liberorum, quia tunc in infinitum pro trahi- *commissio reli-* tur quod probant Iacob de Beluis. Bart. & Angel. ibi. Ale- *cto descenden-* xan. Socin. Romanus, Paris. Ias. Curtius, & alij plurimi quos *tibus.*

refert & sequitur dicens communem, Peregrin. de fideicom-
mis. art. 30. num. 12. & 13. & num. 17. versi. *ego autem saepe, et*
sepius ac die noctuque considerato, tex. illo, et c. Et ultra eos Xuarez
in l. quoniam in prioribus. 2. limitatione ad l. Regiam in fin.
& Segura in l. filius, nu. 108. ff. de verborum obligatio. A Emi-
lius Ferretus in l. filiusfamil. §. diui, nu. 116. & 117. & ibi. Loa-
zes num. 493. ff. de leg. 1. y aunque esta distincion no le con-
tenta a Couarru. dict. cap. 5. num. 4. versi. *Mihi vero sicuti per*
quam durum videtur quod Iustini, in dict. §. nos igitur respondit, et id
aduersus testatoris mente, et c. Tamen non temere a communi
Doctorum interpretatione vsu recepta recedendum esse di-
cit Mantica de coniectu. lib. 8. titu. 2. num. 21. quam & pro-
bat Michael Grassus in §. fideicommissum, quæst. 19. nu. 2.
Y fiendo en este caso el fideicommisso, in fauorem filiorum,
hoc est descendendum, no se aplica a el la disposicion del
§. manifestum.

Lo quarto, porque quando consta de la voluntad del testa-
dor, o fundador, etiam per coniecturas, que quiso que la su-
cession fuesse perpetua, no procede el §. manifestum, vt ag-
noscunt, Couarru. dict. cap. 5. num. 4. versi. *Verum Iustiniani,*
Molin. dict. lib. 1. cap. 4. num. 30. & in hoc omnes conuenire
qui communem sententiam sequuntur, dicit Michael Graf-
sus dict. quæst. 19. num. 2.

Quinto, porque el §. manifestum, solo procede in fideico-
misso surgente ex prohibitione alienationis, quia testator
prohibuit bona alienari, vt perpetuo in familia conseruen-
tur, & secuta fuit alienatio contra eius prohibitionem, vt
con-

Num. 35.

Ni quando de la voluntad del fundador que quiso que fuesse perpetuo el fideicommisso.

Num. 36.

El §. manifestum, solo procede in fideicommisso surgente ex prohibitione alienationis.

constat ex illius, tex. serie, & sub hoc themate loquuntur omnes, qui de eius intellectu tractauere, vt ex eis constat secus autem dicendum est in fideicommisso simplici & absoluto relicto in fauorem familiae, vel descendantium, quod in infinitum durat, vt recte in terminis distinguit Peregrin. dict. art. 30. num. 19. Grassus, dict. quaest. 19. num. 3. & 4.

Num. 37.
El verdadero
entendimiento
del §. manifestum.

Sexto & vltimo, porque aun en el thema y caso que esta dicho, para que aya lugar el §. manifestum, y se acabe el fideicommisso con la quarta generacion, han de concurrir quatro cosas, que todas se coligen de la misma letra. Primera, quod prohibitio alienandi facta fuerit solis liberis, primi gradus non vltioribus, vt constat in d. §. nos igitur, ibi. *deprehendimus filijs capefcentibus hereditatem alienationem interdictam, si sine liberis vita functuri essent, non vltius interdictam ijs etiam qui eis filijs succederent*, quod obseruat Couarru. dict. capitu. 5. num. 4. in principio. Secunda, quod filij primi gradus alienent contra prohibitionem, ac aliorum fratrum alienationibus consentiant, vt constat versi. *sancimus, ibi. vt pote cum et alij Hierij filij res suas ab alienauerint, et reliquorum quodammodo alienationibus consenserint*. Tertia, quod prohibitio alienationis pro parte facta fuerit, non solum filijs primi gradus, sed etiam haeredibus eorum, vt constat versi. *enim vero codicillu qui de suburbiodu taxat factus est, et c.* Quarta, quod quatuor generationes precesserint, & vltimus haeredum per interuenientem aliquem in medio impuberem, hereditatem capiat, vt constat versi. *atque haec non tantum praesentis causa decisio est, sed et reliquarum in quibus huiusmodi prohibitione facta, tot successiones praterierint, et vltimus haeredum per interuenientem aliquem in medio impuberem hereditatem capebat, et c.* Prout eleganter, vltra omnes deducit nouissime, Angelus, Matheacius de lega. & fideicom. li. 2. cap. 8. num. 14. cum sequentibus, dicens nu. 13. quod omnes Doctores qui in eiusdem, text. intellectu laborant & illum duru & rigidum exclamant, & voluntati testatoris aduersum, lapsi sunt eo quod longam, & perplexam Iustiniani nouellam non legerint, nec eius partes perpenderint.

Que

11

Que Veila Ladron primero llamado pudo elegir a qualquiera de sus hijos.

Ninguna duda tiene, que conforme al tenor y palabras de la escritura de donacion, pudo Veila Ladrō primero llamado, elegir por sucessor deste mayorazgo para despues de sus dias a qualquiera de sus hijos, *Num. 38. Pruense que Veil, Ladron, pudo elegir,* porque si el grauamen fuera, *mandamus atque precamur te vni filiorum tuorum integra et indiuidua dare,* era llano que tenia eleccion entre los hijos, y podia restituyr los bienes a qualquiera dellos, como el heredero grauado de restituyr a vno de la familia, puede elegir a vno, el que quisiere della, vt in l. vnū ex familia. ff. de legat. 2. in princip. & ibi. gloss. verbo vnum Bart. Paul. num. 3. & in. §. si de falcidia versi. *Itaque,* vbi Paulus, num. 1. idemque est vbi rogatus fuit restituere vni ex liberis, vt probat text. in d. l. vnū ex familia. §. rogo vbi Paul. num. 1. notat quod quilibet filiorum habet ius conditionale, si fuerit electus, & Imol. in princip. dicit quod ille. §. differt a superioribus, quia super debebat restitui vni ex familia, ibi. vero vni ex liberis, sed tamen materia est multum similis. text. in l. si quis. 17. §. 1. eod. tit. vbi hæres grauatus fuit restituere vni ex libertis, & ex eo censetur ei data eligēdi potestas secundum Bart. ibi, num. 1. Angel. in §. incertis, num. 2. institu. de lega. & esse communem sensum dicit. Ruinus, consi. 36. num. 8. lib. 2. Anto. Gomez in l. 40. Tauri, num. 49. Caldas, de nominatione emphite. 3. part. cap. 11. nu. 3. versi. *secundum quem sensum,* qui dicit communiter Doctores, transferre cum gloss. in d. l. vnum ex familia, vt grauato restituere vni ex certis censetur data eligēdi potestas, lo qual se proua claramente por la l. 17. y la l. 27. de Toro, quæ habetur in l. 1. & in d. l. 11. titu. 6. lib. 5. nouæ recopilatio. porque ambas leyes dize: *mejorar a alguno de sus hijos, o descēdiētes legitimos,* & est omniū con corsentētia, que el padre o madre, o ascendiente q haze la mejora, tiene libre facultad de hazerla en qualquiera de sus hijos y descēdiētes, y elegir entre todos ellos al que quisiere, Anton. Gomez in l. 40. Tauri. num. 51. & in

facul-

facultate Regia patri concessa ad instituendum maioratum in vnum ex filiis, quod pater possit inter filios eligere, probant Xuarez in l. quoniam in prioribus. 2. limitatione ad l. Reg. num. 8. in princip. Pala. Rub. in repeti. cap. per vestras. 3. notab. §. 26. num. 16. Gregor. in l. 33. titu. 9. part. 6. gloss. non valdra, colum. 9. versi. *sed quid si Rex*, Mieres de maiora. 1. part. quæst. 18. num. 1. Molin. lib. 2. cap. 5. num. 6. & nu. 61. Alex. Raud. decisione Pissana. 38. nu. 342. versi. *protende*, pero auiedo añadido la palabra meliori, ibi. *uni et meliori filiorum tuorum*, es mucho mas llano que importa eleccion, vt in l. cum pater, §. rogo. ff. de leg. 2. ibi. *distribuens liberis tuis, ut quisque de te meruerit*, & ibi. *eos autem quos mater elegerit fore potiores*: & in l. foemina. C. de secund. nuptijs, ibi. *vel ad quemlibet ex filiis in quem contemplatione meritorum, et c.* Ex quibus verbis dabatur matri facultas eligendi vnum ex filiis primi matrimonij, vt ibidem notat. Bald. num. 1. & in authen. lucrum. eod. titu. in principio, Paulus consi. 179. in causa quam *Magnificus*, num. 2. ad fin. lib. 1. dicens, quod ex illis verbis mater in casu illius. l. potest eligere ex filiis primi matrimonij vnum quem vult, & excludere alios, & in verbo meliori, hoc probat Molin. dict. lib. 2. cap. 5. num. 66.

Num. 39.
No es forçoso
elegir al mayor

Ni en estos terminos podia dezir ni pretender el hijo o hija mayor que la eleccion se auia de hazer en el, o en ella, por tener fundada su intencion de derecho, porque auiendose de suceder por eleccion, era capaz de ser nombrado y eligido por successor qualquiera de los hijos, vt probatur in dict. l. vnum ex familia. §. si de falcidia, ibi. *in eodem vel dispari gradu*, vbi Bart. num. 4. signat illum text. ad hoc quod is cui electio commissa est, non tenetur eligere proximiorẽ, & ibi etiam Bald. num. 2. dicens quod is cui electio commissa est, non tenetur ordinem seruare circa electionem faciendam, sequitur Paulus, num. 2. Imol. in principio. Peralta, num. 12. Decius, cons. 422. num. 9. & cons. 619. num. 3. refert plures. Tiraquel. de retractu lignag. §. 11. glos. 6. num. 7. Mieres de maiora. 1. part. quæst. 72. num. 1. el qual infiere desto el entendimiento de la l. 27. de Toro in illis verbis, *entre sus parientes*, que no esta obligado el que haze la mejora a llamar a los mas propinquos, & est ratio quia alias facultas eligendi inutilis redderetur vt aduertit, Molin. d. c. 5. num. 3. Et in mate-

ria

ria feudali hoc probat text. in c. vnico. § & quia vidimus de his qui feud. dare poss. vbi notat, Bald. num. 18. & in terminis Gregor. in l. 2. tit. 15. par. 2. glos. en España, post medium his verbis. *Si tamen pater cui talis fuit data facultas, eligeret alium filium, & non maiorem, teneret electio, & maior excluderetur*, & Paulo post, *quia alias nihil operaretur facultas ad eligendum, si maior de necessitate esset eligendus*: Molin. dict. lib. 2. cap. 5. num. 3. & 4. qui Fortius probat num. 6. posse patrem eligere filiam prætermisso filio, idem probat Molina, Theologus de Iustitia & Iure, tom. 3. disputatione. 594. num. 2. & 3. pulchre, Alexandr. Raud. d. decisio. Pissana. 38. num. 341. qui sic dicit: *Nonus casus ubi ex dispositione maioratus institutoris, eligendi facultas cōcessa fuit & tunc quamvis maior natu sit dignior, non astringitur elector ad eius electionem, sed eo prætermisso potest secundo genitum filium seu etiam vltiores eligere, dum modo non sit indignus indignitate iuris.*

Verdad es, que en nuestro caso la facultad de elegir, no se **Num. 40.**
diò por palabras que importen libre voluntad, sino por pala **La eleccion no**
bras que importan eleccion regulada con razon, porque se **se dio por pala-**
dixo, semel & iterum, *uni & melior*, que son las mismas de q **bras que impor**
uso el texto Sagrado. 4. Regum. cap. 10. ibi. *Eligite meliorem de tan libre volu*
filijs Domini vestri, & ponite super solium patris sui, quem locum ex tad.
pendit Pala. Rub. in repetitione, cap. per vestras. 3. notab. §.
26. num. 7. y estas palabras importan eleccion justa, tex. in. d.
l. foeminae. C. de secund. nuptijs vbi illa verba, *quemlibet ex filijs*
in quem contemplatione meritorum, importan eleccion de hijo be
nemerito, vt probat Pala. Rub. in dict. 3. notab. §. 26. num. 4.
Molin. dict. lib. 2. cap. 5. nu. 59. Et in terminis, que la palabra
mejor se refiera a los merecimientos, probat idem Molin.
cod. cap. 5. num. 51. & num. 52. ibi. *Non possit discerni ab electioni-*
bús, quas melior sit, & num. 53. ad fin. ibi. *Semper dignior ac melior*, &
num. 62. ibi. *Non filio maiori natu, sed meliori*: quod & probat Si-
mancas de primoge. lib. 3. cap. 3. donde puso por titulo, *ma-*
ior meliori non est praferendus.

Pero en estos terminos, quando la facultad de elegir se **Num. 41.**
da por palabras que importan aluedrio de buen varon, o vo- **En el fuero dela**
luntad regulada con razon, en el fuero de la conciencia, pe- **conciencia peca**
caria, el que eligiesse al menos digno, vt probant Federicus **ria el q eligiesse**
de Senis, Anton. de Butri. Abb. Decius, Pala Rub. Couarru. **al menos digno,**
& alij quos refert & sequitur, Molin. dict. lib. 2. cap. 5. num. **mas valdria**
la eleccion en el
50. fuero exterior.

50. Pero en el fuero exterior, es cosa sin duda que vale la elección del menos digno, prætermisso digniore, dummodo electus non sit indignus indignitate iuris, vel facti vt in cap. cū nobis vbi, Abb. & cæteri Doctores de electione, gloss. in l. cū quidam. ff. de leg. 2. verbo non offenderint, gloss. in cap. constitutis, el tercero, verbo magis vtilē de appellatio. quod probant Bart. Anto. Abb. Decius, Padilla, & communiter scribentes teste Molin. dict. cap. 5. num. 46. & est ratio quia si electio digni prætermisso digniori impugnari posset, quælibet electio facillime calumniam pateretur, cum in foro exteriori, non facile æstimari possent eligendorum merita, quam rationem assignant præfatam sententiam probantes. Soto de iustitia & iure, lib. 3. quæst. 6. art. 2. Couarru. in regula peccatum. 2. part. §. 7. num. 4. Pinelus in l. 2. C. de rescinden. venditione. 2. part. cap. 1. num. 39. Moli. dict. cap. 5. num. 47. qui dicit eam rationem ciuilem & moralem esse, Alex. Raud. d. de cisione. 38. num. 341. Caldas de nominatione emphit. 3. par. cap. 11. num. 8. ad fin. qui dicit liberas ædes habere dignum nominatum aduersus digniorem in vtroque foro, idē probat Molin. Theologus, de iustitia & iure, tom. 3. disputatione. 595. num. 2. dicens Doctores communiter, ita tenere.

Que la facultad de elegir, fue perpetua en todos los sucesores.

Num. 42.

Basta auerse
dado la facultad
de elegir al
primero para q̃
la tengan los de
mas.

LA misma facultad y derecho de elegir entre sus hijos, que tuuo Veila Ladron primero llamado, han tenido todos los de mas sucesores deste mayorazgo, ex sequentibus.

Lo primero, porque basta auerse dado al primero llamado facultad y derecho de elegir, para que se entienda que todos los sucesores han de suceder por eleccion, ex regula. l. 1. C. de impub. & alijs qua cauetur substitutionem recipere in tellectum, & institutione vbi sic notarum Bart. & communiter scribentes, & hæc est vna ex regulis vltimarum voluntatum, vt tradit, Curtius Iun. consi. 91. num. 8. Iulius Clarus in §. testamentum, quæst. 76. in 7. regu. & esse proram ad nauigandum in ista materia dicit Mieres. 2. part. quæst. 6. nu. 69.

& vbi

& vbi qualitas adiecta in institutione non grauat, sed potius auget, tunc facile est vt repetita intelligatur, vt in l. 3. ff. de fundo instructo, vbi Bart. summat quod in substitutione venit res cum illa qualitate prout primitus fuit relicta, quod late exornat Peregrin. de fideicom. art. 16. num. 68.

Lo segundo, porque siendo como es la sucession de que se trata perpetua, tambien ha de ser perpetua la forma de su- Num. 43.
Siendo la suces-
sion perpetua,
tambien lo es la
eleccion.
ceder por eleccion dada por el fundador en los primeros llamamientos, prout eleganter arguit Ancharra. consi. 27. num. 7. his verbis, *cum ergo legatum istud sit perpetuum respectu pauperum ante penult. & vltima. ff. de annuis leg. similiter debet esse perpetuum respectu duorum antiquorum de progenie, vt sic precedentia per sequentia declarentur sicut e contra l. si seruus plurium. §. fin. ff. de leg. 1. l. fin. §. cui dulcia. ff. de vino triti. & oleo leg. ibi ex collatione vini, hac autem perpetuitas non potest consistere in duobus primis de progenie, nisi in dicto fideicomisso: hæc Ancharra. cuius responsum extollunt, Socin. in l. Gallus. §. quidam recte, num. 9. ff. de lib. & posth. Alcia. in l. pronuntiatio. §. familiae. num. 17. ff. de verborum significatione, Molin. lib. 1. cap. 5. num. 19. & indiuiduo, quod facultas eligendi vnum ex filiis data primo vocato, data etiam censetur cæteris successoribus probat, & dicit iudicatum, Gamma decisione. 206. num. 8. vbi Florez in additio. num. 9. dicit optimam, & singularem resolutionem, idem probat Cavedo, decisione. 143. per totam in 1. part. & Menoch. consi. 158. num. 80.*

Los letrados del Conde, no se conforman con estas decisiones en terminos, antes dicen que Gamma se mouio por dos fundamentos, el vno falso, y el otro diuinatiuo, y para condenarlos, los refieren differentemente. El primero fundamento, fue dezir que alli los fundadores prohibieron para siempre la diuision de los bienes, y desto infiere Gamma, que la facultad de elegir, fue perpetua, y esta illacion dicen es falsa, siendo como es muy juridica, y la misma que hizo Ancharra. in dict. consi. 27. El segundo fundamento que llama diuinatorio, dize fue la glo. de la l. tale pactum. §. fi. ff. de pactis: pero la verdades, q no fue este el segundo fundamento de la decision, puesto que muy de passo en el num. 12. se trae tambien esta doctrina de la glos. in d. l. tale pactum. §. fin. y el segundo fundamento se puso en el num. 10. versi. *secundo ad idem consi-*

*Defenditur de
cisio Gamma.
206.*

derauam: y es muy fuerte y muy adaptable a nuestro caso, scilicet, la coniecturada voluntad de los fundadores que se colige del prohemio, en que dixeron que la hazienda nunca fuese partida, como también lo dixeron en nuestro caso, ex l. si. ff. de hered. instituen. de la razon, vt in l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de leg. 2. de la costumbre de la tierra, vt in capit. quamuis de verborum significatione, de las palabras precedentes y siguientes, vt in l. si seruus plurium. §. fin. ff. de leg. 1. que todas son coniecturas mas juridicas, y muy a proposito de nuestro caso, vt ex infra dicendis apparebit.

Dizen mas los letrados del Conde, que estuuó Gamma tan deslumbrado, que teniendo en la donacion expressa disposicion para que el vltimo poseedor pudiesse elegir, no se valio deste fundamento, y se cansó en buscar otros: Pero no le leyeron con aduertencia, porque las palabras que puso Gamma en la narratiua, dum dicit, *et ista persona nominata posset nominare, et deinceps perpetuo*, se pusieron en el nombramiento que auia de hazer Philippa de persona estraña, en caso de no tener hijos. Y el caso que sucedio, fue tener Philippa vna hija que fue Antonia, la qual hizo el nombramiento, vt constat colum. 2. versi. mortuis, y en este caso no auia prouision especial, para que el hijo o hija pudiesse nombrar, sino era repitiendo la facultad de elegir que se auia dado a sus padres, y assi funda tambien Gamma en el num. 14. que se ha de repetir aquella qualidad y facultad de elegir.

Num. 45.
A todos los llamados se dio facultad de elegir

Tertio, porque en nuestro caso, no solo se dio facultad de elegir al primero llamado, sino tambien a todos los sucesores, con palabras que importan perpetuidad, ibi. *Sed semper permaneat hereditas ista, vni et meliori filiorum tuorum, integra atque indiuidua*, las quales de la misma manera q̄ importan mayorazgo perpetuo, vt supra diximus, nu. 20. cū sequentibus, importan también sucesión perpetua por elección entre los hijos: porq̄ si el grauamé de restituyr, vni & meliori ex filiis, da al grauado facultad y potestad de elegir entre ellos, vt supra, n. 38. iuribus & autoritatibus manifestissime probatum fuit, siendo este grauamen perpetuo, tambien será perpetua la facultad de elegir sucesor, porque la qualidad o condicion puesta en el primer grado, se repite en todos los siguientes, quando el fundador, o el testador vso de alguna palabra repetiti-

petitiua, vt docet Bart. in l. si tibi pure. ff. de leg. 3. Peregrin. de fideicommi. art. 16. num. 15. aunque la qualidad sea odiosa y contra derecho, Molin. lib. 3. cap. 5. num. 64. & 65. qui loquitur in qualitate masculinitatis, Ioan. Garci. de nobilita. in diuisione, num. 51. cum sequentibus, si igitur, vna sola palabra repetitiua como lo es, *hoc amplius, assi, o en la dicha forma:* obra que se repita en todos los successores la misma qualidad, y la misma forma de suceder a fortiori, en el caso deste pleyto, en el qual se repitieron todas las palabras que importan eleccion, ibi. *Semper vni & meliori*, se ha de guardar en todos vna misma forma de succeder.

Quarto, porque la palabra, *semper*, q̄ importa perpetuidad, y la palabra, *permaneac*, que denota perseuerancia, vt supra, num. 24. estan qualificando las palabras, *vni & meliori*, ibi. *Semper permaneac hereditas ista vni & meliori*: y assi es fuerça, que la eleccion sea perpetua, porque las palabras que la importan, miran y qualifican toda la disposicion por via de regla, vt probatur in l. quæ conditio in principio. ff. de conditio. & demonstratio, ibi. *Eam existimamus totius esse testamenti*, Bart. in l. prætor. §. eritque differentia. ff. vi bonorum raptorum, Molina lib. 3. cap. 5. num. 62. que pone exemplo quando institutor dixit, *volo quod semper in hoc maioratu masculi, & nõ fæmine succedant*.

Num. 46.

La palabra *semper*, y la palabra *permaneac* estan qualificando las palabras que importan eleccion.

Quinto, porque la facultad de elegir fue Real y se dio cõ palabras referidas a los mismos bienes, ibi. *Semper permaneac hereditas ista vni & meliori*: ac proinde, los mismos bienes estã affectos, para que en ellos se aya de suceder por eleccion, ex vera & recepta doctrina, Baldi in l. precibus, num. 49. C. de impub. & alijs, quam supra adduximus, num. 25. text. optimus in l. seruus si hæredi. ff. de statu libe. ibi. *Qua res facit de ambulatoriam, vt ita dixerim, conditionem, due sunt enim cause, per quas in primi hæredis personã conditio impletur, domini ratio, itenque demonstratio persone prior causa transit in omnem successorem ad quem peruenit statu liber, per domini translati continuationem*: bonus etiam, tex. in l. qui in aliena. §. fin. ff. de negoti. gestis, ibi. *Sententia prædio datur: quod cõprobatur ex recepta sententia glo. in clementi. 1. de decimis verbo excolendas*, dicentis quod ad iudicandum an priuilegia sint realia, vel personalia, ponderanda sunt verba priuilegiorum, nam si referantur ad terras ipsas,

Num. 47.

La facultad de elegir fue Real.

fas, priuilegium erit reale, quam ibidem sequuntur Anchar-
ran. Cardina. Imol. & alij Doctores. Abb. in cap. ex parte, el
primero num. 4. de decimis, dicit communem, Socin. confi.
286. ante num. 1. lib. 3. decisio. Rotæ. 4. de priuileg. in antiq.
& decisio. 54. num. 6. in 2. part. in nouissimis.

Num. 48.
*Fueran super-
fluas las pala-
bras vltimas si
la facultad de
elegir fuera per-
sonal.*

Sexto, porque si la facultad de elegir sucessor fuera perso-
nal y limitada a Veila Ladrõ primero llamado, las palabras,
uni & meliori filiorum tuorum: contenidas en esta vltima parte
de la clausula, fueran superfluas, pues en la primera parte se
auia dado a Veila Ladron facultad de elegir sucessor entre
sus hijos, ibi. *Mandamus atque precamur te uni & meliori filiorum
tuorum integra atque indiuidua dare*: y assi el auer añadido despues,
sed semper permaneat hereditas ista uni & meliori, &c. necessaria-
mente se ha de entender, que fue para dar facultad de elegir
a los demas sucessores, ne prædicta verba sint superflua, vt in
l. si quando. ff. de leg. 1. ibi. *alioquin frustra legaturus*: & in l. 3. in
principio, ibi. *Nec frustra adiecit*. ff. de iur. iur. quod multis iuri-
bus comprobat, gloss. in cap. in his verbo ex indulgentia de
priuileg. vbi Anto. Abb. & cæteri Doctores, & est insignis
doctrina, Baldi in Rubrica, quæstio. 9. C. de contrahen. em-
ptione dicentis, quod nec minimum verbum debet esse sine
virtute aliquid operandi exornat, Tiraquel. de retractu con-
uentio. §. 1. gloss. 2. num. 24. Surdus decisione. 64. num. 19. &
potius debet verba impropriari quam intelligi, vt nihil ope-
rentur. l. librorum. §. quod tamen Cassius. ff. de leg. 3. l. si tibi
pecuniam, & ibi notat. Iass. num. 2. ff. si certum petatur late,
Mantica de coniectur. lib. 3. titu. 2. num. 18.

Num. 49.
*En aquellos tie-
pos se vsauan
mucho fideicõ-
misos, y mayo-
razgos de elec-
cion, y siempre
se han usado
en aque llas pro-
uincias.*

Septimo & vltimo, todo lo que esta dicho se cõfirma mu-
cho, con que en aquellos tiempos se vsauan mucho estos
mayorazgos, y fideicomisos de eleccion, vt affirmat Moli-
na d. lib. 2. cap. 4. num. 2. ibi. *Quamuis in antiquis temporibus in fi-
deicommissis frequentissima esset eius observatio*: y en la misma escri-
tura de donacion se dize, que lo en ella contenido es confor-
me al fuero, vso y costumbre de aquella tierra, ibi. *Roboramus
itaque tibi hanc nostram donationem, sicut est forum & consuetudo in
ista terra hoc est in Oñati*: y en Nauarra, de cuyo districto deuia
de ser entonces Oriate, pues se intitula el Conde Ladron.
Princeps Nassarorum: es fuero antiquissimo, y ley que el padre
pueda elegir a qualquiera de sus hijos, para la succession de
sus

sus bienes, apartádo a los otros hijos con cada cinco sueldos, y vna arrobada de tierra, vt habetur lib. 3. fori. titul. 7. de los testamentos. cap. 3. cuius ad hoc meminit, Olano in sua concordia Antinomiarum litera L. verbo legitima, nu. 12. versicul. *Iure regni Navarra*: y el mismo fuero ay en Vizcaya de apartarles con vn arbol, ó qualquier tierra rayz, vt in l. 6. titul. 21. del fuero de Vizcaya, y el mismo fuero ay en Aragón, lib. 3. titu. de testamentis militum, cap. vnico, el titu. de testamentis ciuium & aliorum, cap. vni. con los quales fueros se entiende auerse querido conformar los fundadores, vt cum Socin. Corneo, Decio, & alijs probat Peregrin. de fideicom. artic. 23. num. 53. dicens quod magis videtur testator voluisse dispositionem suam esse conformem dispositioni statuti particularis suæ patriæ, quam iuri communi, ex quibus ad ea quæ in contrarium obijciuntur facilis patet responsio.

Primo igitur, dicen que toda la disposicion habla por palabras que importan personalidad, ibi. *Do tibi filio meo Veila Ladronis*: & ibi. *Facimus tibi gratiam meliori et dilectiori filio nostro*, & que toda la disposicion habla non sub nomine appellatiuo, sed proprio, persona non egre por palabras personales. *Num. 50.* *Dize el Conde*
ibi. *Mandamus atque precamur te*: & quando commissio datur non sub nomine appellatiuo, sed proprio, persona non egre por palabras personales. *sonales.*
gloss. quia tunc censetur electa industria personæ, & ideo facultas eligendi personalissima est & ad hæredes non transit vt probat, Molin. lib. 2. cap. 4. num. 62. & ante eum, Tiraquel. de præscript. §. 2. gloss. 1. vers. fin. Y que el hijo eligido en virtud dela facultad que su padre tuuo, no tiene el mismo derecho de elegir a su hijo, probat text. in l. liberi. ff. de assigna. liber per quem tex. Gregor. Lopez, in l. 32. titul. 9. part. 6. fol. 68. colu. 4. vers. *aduerte etiam*: tuuo que si el Rey da facultad a vno para elegir vno de sus hijos, en quien haga mayorazgo, no podra el hijo en quien le hiziere elegir sucessor.

A lo qual se responde, que las palabras de nuestra clausula de que resulta ser este mayorazgo de eleccion, no solo no estan restringidas a la persona de Veila Ladron, antes estan puestas por via de regla general con palabras de perpetuidad, que es lo que basta para que todos los sucessores tengan el mismo derecho de elegir, vt supra num. 46. y estan referidas a los bienes, ibi. *Sed semper permaneat hereditas ista vni*

Num. 51.
Responde se a ello.

et meliori, &c. con que la disposici6n no es personal, sino Real, vt supra, num. 47.

Item se responde, que quando las palabras desta disposici6n fueran personales, siendo como son perpetuas, ibi. *Semper permaneat hereditas ista uni et meliori*: y resultando dellas llamamientos perpetuos, vt supra num. 20. cum sequentibus, probatum fuit, en quanto duran las personas llamadas, dura t6n bien el derecho de elegir, vt in priuilegio personali, cum Bald. Bofsio, & alijs probat Ioan. Garci. de nobilitat. gloss. 6. num. 38. versi. *octauo facit*.

Num. 52. De lo qual resulta, que no se ajusta bien al caso deste pleyto, el caso que figuran los letrados del Conde, de vn padre q̄ hizo mayorazgo en su hijo, con prohibicion perpetua de enagenacion, y con que siempre aya de suceder vno solo, aña diendo que este hijo en quien hizo el mayorazgo pudiesse nombrar para la sucefsion del vno de sus hijos, en el qual dize que solo el hijo tendra la facultad de elegir, y no los demas sucefsores, y que no aura quien con pecho libre diga lo contrario. Pero es caso differentisimo del nuestro, en el qual las mismas palabras con que el padre dio al hijo la facultad de elegir entre sus hijos, que en nuestro caso fueron, *mandamus atque precamur te uni et meliori filiorum tuorum, &c.* Las mismas repitio en el llamamiento perpetuo que hizo de todos los sucefsores, ibi. *Sed semper permaneat hereditas ista, uni et meliori*: y aña diendo esta circunstancia en el hecho, ninguno aura q̄ con pecho libre dexe de reconocer, que la facultad de elegir es perpetua, nam quælibet circumstantia facti inducit magnam diuersitatem in iure, vt in l. si plagis. §. in cliuo. ff. ad l. Aquil. y Gregor. Lopez in l. 32. titu. 9. part. 6. gloss. non valdra, colum. 9. auiendo resuelto en el versi. *aduerte etiam*: que es donde le alegan los letrados contrarios, que si el Rey da facultad al padre para hazer mayorazgo en vno de sus hijos, no puede el hijo a quien el padre eligio, y en quien hizo el mayorazgo elegir entre sus hijos sucefsor, lo limita quando el fundador le dio facultad para ello, y lo mismo dixera en los demas sucefsores, si la facultad de elegir fuera perpetua, quo etiam casu lo reconoce, Molin. dict. lib. 2. cap. 4. nu. 60. Y sin esta circunstancia en el mismo caso que figuran los letrados

trados del Conde tuuieron esta opinion, los quatro autores referidos, supra num. 43. in fin.

Secundo, dicen, que aquellas palabras, *Sed semper permaneat hereditas ista vni, & meliori, &c.* no se refiere a toda la disposicion, sino a las inmediatas, *Et nunquam mittere in arras*, ex Abb. in cap. secundo requiras, num. 10. versic. *Aut vnicum est negotium*. de appellat. vbi etiam hoc probat Decius num. 3. versic. *Secundo*, Quasi diceret, no lo enagenes, porque quierro que permanezca siempre a vno de tus hijos.

Num. 53.
Las palabras *semper permaneat, &c.* se refieren a toda la disposicion.

Sed hec euasio inutilis est, & omnino contemnenda. Tum porque estas palabras, *Sed semper permaneat, &c.* estan puestas principaliter de per se, y se han de referir a toda la disposicion, iuxta doctrinam Bart. in l. fin. ff. de rebus dub. versic. *Secunda ratio est, quia clausula vltimo posita, fuit per se principaliter posita, unde ad omnia precedentia refertur*, Alex. consil. 48. lib. 1. Surdus de cisione 322. num. 59. Peregrin. de fideicom. art. 16. num. 102 vbi cum Bart. Paul. Ias. & alijs declarat, tunc dici clausulam per se stare, quæ suam habet perfectam orationem, & quæ absolute non relatiue posita fuerit. Tum etiam, porque se haze violencia a la palabra, *semper*, que importa perpetuidad, vt supra num. 24. Tum etiam, porque con este sentido se haze esta clausula superflua, & sine virtute operandi, vt supra numer. 48.

Tercio, dicen que en este caso no se puede hazer repeticion de la facultad de elegir dada a Veila Ladron, porque la disposicion y voluntad del fundador puede tener efecto sin que se haga la repeticion, vt per Alex. in dict. consil. 48. num. 10. lib. 1. Simon de Prætis, lib. 2. interpreta. 4. dub. 2. solut. 2. num. 106. & quia non fit repetitio qualitatis, seu conditionis quæ respicit personam, sed eius quæ rei cohæret, vt in l. fin. §. Scio. ff. de legat. 2. Bart. in l. Seia. §. Caio. in princip. ff. de fundo instructo. Y porque se puede considerar razon de differencia de vn caso a otro, scilicet, que se eligio la industria de la persona de Veila Ladron, Bart. in l. talis scriptura. §. fin. num. 3. ff. de legat. 1. y porque en los contractos no se haze repeticion, Bart. in l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus, num. 4. ff. de verborum obligatio: lo qual no obsta.

Num. 54.
Dize el Conde que no se puede hazer repetición de la facultad de elegir.

Lo primero, porque a todas estas doctrinas vnico verbo se responde, que en este caso no es necessario repetir la facultad.

Num. 55.
No es necessario repetir la calidad.

dad de elegir, que se dio a Veila Ladron primero llamado, porque leparatim, y en clausula de por si esta dada a todos los sucessores en aquellas palabras, *Sed semper permaneat hereditas ista uni et meliori filiorum tuorum integra et in diuina*: que importan eleccion perpetua, vt supra num. 45.

Num. 56.
Quando fuera
necesario se re-
pite.

Lo segundo se responde, que quando fuera necesario repetir la qualidad, no se impide la repeticion por ninguno de los fundamentos que se traen en fauor del Conde, porque el efecto que los fundadores quisieron conseguir, fue que juntamente con ser la sucession perpetua, pudiesse el padre preferir al hijo mas obediente, de suerte que la virtud y los meritos de qualquiera de los hijos, pudiesen vencer a la mayoria de edad, y este efecto no se conseguiria si la facultad de elegir no fuesse perpetua. Rursus, la dicha facultad no fue perional, sino Real, vt supra num. 47. ni se puede dezir, que se eligio la industria de la persona de Veila Ladron, pues las mismas palabras con que a el se le dio la facultad de elegir, se pusieron despues por via de regla, vt supra num. 46. ni el ser mayorazgo hecho por donacion entre viuos, impide la repeticion, porque los mayorazgos aunque se instituyan en contracto tienen naturaleza de vltima voluntad, vt probat Oldral. consi. 231. Tiraquel. de iure primog. quest. 68. nu. 1. 2. & 3. Molin. lib. 1. cap. 12. per totum, & in specie quo ad effectum repetitionis, todas las leyes y doctrinas que hablan en vltimas voluntades se aplican a mayorazgos, vt per eundem lib. 3. cap. 5. num. 56. cum sequentibus.

Que no esta prescripto el derecho y facultad de elegir.

SUpuesto, que por la institucion deste mayorazgo, cada vno de los sucessores puede nombrar y elegir entre sus hijos para despues de sus dias, al que le pareciere mejor para suceder: es llano que este derecho y facultad no esta perdido por el tiempo, ni le obsta a doña Mariana la excepcion de prescripcion.

Num. 57.
No esta opues-
ta prescripcion.

Lo primero, porque la prescripcion no elide la accion ipso iure, vt resoluunt, gloss. Bald. & Salicet. in l. sicut in 6. opo-

fitio-

sitione. C. de præscrip. 30. vel. 40. annorū, atque ideo si pars
no opponit exceptionem præscriptionis iudex non potest
eam ex officio supplere, vt concludit Balbus de præscrip. 1.
part. quæst. 3. & est communis opinio, vt attestatur Boerius
decisione. 344. num. 8. quam probat Dueñas, regula. 306. nu.
10. Surdus decisione. 24. nu. 4. y el Conde no ha opuesto ni
alegado esta excepcion.

Lo segundo, porque el no auer usado los successores de la
facultad y derecho de elegir, ha sido y es acto de mera facul-
tad, nam in his iuribus negatiuis, semper actus præsumitur
fieri iure facultatis, nisi volens facere fuerit prohibitus, glo.
celebris, in l. qui luminibus. ff. de seruitu. Urban. præd. tradit
Ripa in cap. cum Ecclesia Sutrina de causa possessio. num.
30. Rolan. qui dicit communem esse conclusionem, consi. 9.
num. 17. lib. 2. Rota decisione. 33. num. 6. in 1. part. & in his
quæ sunt facultatis, no corre ni comiença præscripcion, ni
possession alguna, nisi a tempore prohibitionis, vt in l. Pro-
culus. ff. de damno infecto, & in l. 1. §. denique Marcellus, &
in l. si in meo fundo. ff. de aqua pluua arcend. gloss. Bartol.
Bald. & cæteri Doctores in l. 2. C. de seruitu. & aqua, Ripa in
l. quominus, num. 131. & 132. ff. de flumini. Guido Papa de-
cisione. 298. Balbus de præscriptio. 4. part. 5. partis, quæst. 5.
Craueta de antiqui. tempor. 4. part. §. materia ista, num. 98.
Couarru. in regul. possessor. 2. part. §. 4. num. 6. Thesaur. de-
cisione. 16. nu. 3. Por lo qual no ha corrido prescripcion al-
guna contra los Condes. en todo el tiempo que no han eligi-
do, pues nunca han sido prohibidos, gloss. celebris, in capit.
Abbate Sancte Siluani, verbo Calciatensis de verborum sig-
nificatione, quæ probat ex eo quod semper fuerint electi
Abbates de certo monasterio, non esse inductam consuetu-
dinem, vel præscriptionem, vt non possint aliunde eligere,
nisi volentes aliunde eligere, fuerint prohibiti, sequitur ibi
dem, Innocen. colum. 3. versi. *Monachum*, & Ioan. Andre. co-
lum. 6. versi. *in gloss.* Anto. de Butrio, colum. 2. versi. *ad prædicta*
requiritur, Cardin. versi. *nos igitur*, Abb. num. 10. Burg. de Paz,
consi. 10. num. 33. idem probant Ancharra. num. 5. Imol. nu.
9. in cap. cum venerabilis de præben. dicentes, quod eligere
competit per modum facultatis. Et ex eo etiam Calderinus
consi. 19. sub titu. de præben. versi. *pone enim*, resuelue que si

Num. 58.

*Ha sido mera
facultad usar
o no del derecho
de eligir.*

en vna Iglesia se hizo siempre de tiempo inmemorial la elección de Prelado, per viam scrutinij, non ex hoc dicitur inducta consuetudo, vel præscriptio, vt non possint eligere si velint per viam compromissi, porque elegir de vna manera o otra es tuuo en su libre facultad, sequitur Felin. in cap. cum accessissent, num. 26. vers. *limita secundo*, de constitutio. Capi-
cius decisione. 134. num. 5. Ioan. Garci. de nobilita. gloss. 35. num. 64. Et in iure optandi competenti Canonicis alicuius Ecclesiæ, quod non tollatur per non vsum, quia optare, vel non, competit per modum facultatis, probant Ioan. Andre. Dominicus, num. 3. Francus num. 5. vers. *sed queritur an Canonici*, in cap. fin. de consuetud. lib. 6. Felin. in cap. cum accessissent, nu. 26. de constitu. Balbus de præscriptio. 4. par. 5. partis. q. 4. n. 4. pariter igitur, en nuestro caso de no auer eligido los sucesores, no se puede auer causado prescripcion, porque el hazer elecio ò no, ha consistido en su libre y mera voluntad.

Num. 59. Lo tercero, porq̃ no es posible auer se introducido pres-
Ex non usu cripcion del derecho de elegir contra los Condes, por solo
nō habente im- no auer eligido, nam ex actu negatiuo siue ex non vſu, non
plicitum actū potest induci consuetudo, vel præscriptio, quando non ha-
contrarium nō bet in se actum implicitum contrarium, vt probat Abb. in c.
inducitur con- Ioannes, num. 9. de cleri. coniug. & ponit exemplum dam-
uetudo, vel num passus nūquam voluit agere actione, l. Aquilia, tamen
præscriptio. ex hoc nō est inducta consuetudo contra illum in futurum,
quia lex non necessitat ad vsum, sed dat facultatem agendi,
idem Abb. in cap. ad nostram, num. 11. de confirmatione vti-
li, vel in vtili probat quod si non est memoria in contrarium
quod Prior fuerit per superiorem remotus, ex hoc non in-
ducitur consuetudo, vt remoueri non possit, quia ex nō vſu
non habente in se actum tacitum iuris dispositioni contra-
rium, non inducitur consuetudo, idem probant Domin. in
dict. cap. fin. de consuetu. lib. 6. nu. 3. vers. *aut non habet actum*
contrarium: y auer sucedido los hijos mayores por muchos si-
glos de años, no ha sido ni es acto cōtrario a la facultad y de-
recho de elegir, antes ha sido y es cōforme a la naturaleza de
la sucession, porque como en la sucession diuidua, electione
non facta ab eo qui ius eligēdi habet, suceden todos los que
podian ser eligidos, vt in l. cum quidam. ff. de leg. 2. en la su-
cession indiuidua, como lo es la del mayorazgo, no eligien-
do el que tiene derecho de elegir, sucede el primogenito, vt
pro-

probant Gregor. in l. 2. titu. 15. part. 2. gloss. en España, Molina, lib. 2. cap. 4. num. 42. Guido Papa, decisione. 467. Peralta in l. vnum ex familia. §. sed si fundum, Padilla in dict. l. cum quidam, num. 24. Moli. Theolog. lib. 3. de iustitia & iure, disputatione 593. n. 6. & in fœudis dignitatũ hoc probat Rebuf. de fœudis post num. 26. & in emphiteosi indiuidua, Caldas de nominatione emphit. quæst. 13. num. 37. cum duobus sequentibus.

Lo quarto, porque tantas quantas vezes han sucedido los hijos mayores, tantas han sido eligidos por sus padres, ò por que les dexaron nombrados por successores, como lo hizo el Conde don Beltran Velez de Guevara en su testamento que otorgo año de 1395. en que dexò el mayorazgo de Oñate a don Pedro Velez su hijo, pieça B B. fol. 41. ò porque no dexãdo hecho nombramiento, fueron vistos nombrar y elegir a los hijos mayores, vt in l. conficiuntur. ff. de iure codicillorũ. l. si mulier. C. de iure dotium: y aora sea por voluntad dispositiua, ò por permissiua, como dixo Bald. in l. si emancipati oposit. 8. C. de collatio. eo ipso, que el padre no hizo eleccion fue visto querer que el hijo mayor sucediesse, y esto mismo fue vsar de la facultad de elegir, vt probat notanter, Domin. in dict. cap. fin. de consuetud. lib. 6. num. 3. versi. *nam ex quo cõsuetudo*, & cum eo: Felin. in dict. ca. cum accessissent, num. 26. de constitutio. qui sic dicit, *Videtur quod sicut per non vsum non tollitur cõsuetudo optãdi, ita nec preuilegiũ quod cõsistit in mera & expres- sa facultate, quia si Canonici possunt optare, & sepe nõ optãt, nõ videntur desistere, quia velint renũtiare cõsuetudine, sed quia cũ sit positũ in facultate eorũ, velint optare, an nõ, non optando satis dicũtur vti facultate sibi concessã quæ est vt optent vel non & potius vtuntur consuetudine.*

Lo quinto, porque en quãto, no succedio el caso de ser el hijo, o hija mayor inobediente a su padre, o concurrir mayores meritos en alguno de los otros hijos, no pudieron los Condes con buena conciencia excluir al hijo mayor, y fue- ra pecado hazer eleccion de otro hijo, o hija, que no fuera de mayores merecimientos, vt supra numer. 41. cum Feder. Anton. Abb. Couarr. & alijs probatum fuit. Y este caso no consta que aya sucedido hasta aora, que en tiempo del Conde don Pedro Velez de Guevara, vltimo poseedor, la dicha doña Catalina de Guevara su hija mayor contra su voluntad se caso con el dicho don Yñigo de Guevara que litiga, la qual

Num. 60.

No eligiendo
fueron vistos
elegir al mayor.

Num. 61.

En quanto no
succedio caso de
inobediencia, no
pudo comenzar
prescripcion.

qual fue inobediencia notable, tal que della se pudo justame-
te indignar el Conde don Pedro, y otro qualquier Caualle-
ro, o persona de menor estado, y assi en vn caso muy arduo
que fue muy notorio en estos Reynos, entre personas muy
Illustres y qualificadas, el Consejo supremo tuuo por justa
causa de exheredacion, auerse casado vna hija clandestina-
mente, sin consentimiêto de su padre, con vn cauallero muy
principal y digno della, prout refert Gregor. in l. 10. ritu. 1.
part. 4. in gloss. super verbo, *puedela desheredar*: idq; in alijs etiã
causis obseruatum fuisse attestatur, Molin. libr. 2. cap. 16. nu.
13. y no constando que aya sucedido el caso en que se pudo
justamente excluyr al hijo mayor, y eligir a otro, no puede
auer corrido prescripcion alguna, aunque vuieran pasado
mil años, quia extra istum casum non expediebat eligere, vt
probat Bart. in l. in filijs. C. de Decurio. lib. 10. num. 1. his ver-
bis, *tertiam partem nota multum, si enim habes ius eligendi Rectorem
in Ecclesia, & per centum annos non eligisti, non perdis ius tuum ut ibi
& si necessitas nõ exegerit: vbi late exornat Alexã. in additio, &
ibi etiam Ioan. de Platea, Abb. in dict. cap. ad nostram, num.
11. de confirmatione vtili vel inuti. las. in l. fin. ff. de consti.
Princip. num. 51. & 52. & in l. falso, num. 2. C. de diuersis res-
crip. & ibi etiam Padilla, num. 4. Cassan. in consuetud. Burg.
Rubric. 1. §. 4. verbo non uelle, num. 13. Ioan. Garci. de nobili-
ta. gloss. 6. num. 37. & gloss. 12. num. 19.*

Num. 62.
*Cada vno de
los successores tie-
ne particular
derecho.*

Lo sexto, porq̃ el derecho y facultad de elegir y nombrar
sucessor pertenece a cada vno de los successores deste Estado
por su proprio derecho, en virtud de la escriptura de dona-
cion, y cada vno tuuo particular donacion, y particular dere-
cho y facultad de elegir, vt constat, ex doctrina Ifernix, in c.
1. §. hoc quoque, nu. 9. de successione fœudi tradit Paris. cõ-
sil. 164. num. 4 lib. 2. Couarruu. practicarum. cap. 38. num. 6.
verfi. *etenim*, Molina lib. 1. cap. 1. nu. 17. Menoch. consi. 106.
num. 358. Nata, consi. 502. num. 41. & 42. vnde, si los anteces-
sores del Conde don Pedro Velez de Gueuara, no vsaron de
su derecho, ellos perdieron el que tenian, pero a el no le pu-
dieron perjudicar, ni contra el pudo correr ni comêçar pres-
cripcion alguna, antes que sucediesse en el Estado, porque
antes no pudo elegir ni tener derecho ni acciõ, & actio præ-
scribi non potest antequam nascatur, vt in l. cum notissimi.
§. illud.

§. illud. C. de præscriptio. 30. vel. 40. annorum. l. fin. §. sin au-
tem aliquid sub conditione, vers. *sin autem avaritie*. C. comu.
de legat. Balbus de præscrip. 5. part. 5. partis, quæst. 3. num. 1.
y mucho menos pudo correr prescripcional dicho Conde
don Pedro Velez de Guevara, en el tiempo ~~que~~ ^{que} corrio antes
que naciesse, quia impedito agere nulla currit præscriptio.
vt in l. 1. C. de annali exceptione, la qual es regla natural fun-
dada en natural justicia, telte Baldo in authen. nisi tricenna-
le in princip. C. de bonis mater. pulchre Alexan. consi. 101.
num. 23 & 24. lib. 7. Decius consi. 468. num. 32. vers. *Ultimo*
non obstat: Natta. consi. 437. ex num. 5. lib. 2. Ripa in l. si ius fa-
mil. §. diui el segundo, num. 17. ff. de legat. 1. Peregrin. de fi-
deicom. art. 41. num. 16. y en mayorazgos que no comience
prescripcion alguna contra los no nacidos, probat Xuarez
allegatione 3. Gregor. in l. 10. titul. 26. part. 4. verbo, *non le em*
pece: colum. 8. vers. *sit secundus casus*: Anto. Gomez in l. 40. Tau-
ri, num. 90. vers. *quod tamen sub intellige*: Mieres. 4. part. quæst.
21. num. 1. Molin. lib. 4. cap. 10. num. 3. & alij moderniores, y
tampoco pudo correr ni comenzar prescripcion alguna
en quanto no nacieron los hijos o hijas en quien se auia de
hazer la eleccion, y cuyos meritos se auian de estimar, text.
optimus in l. si in diem. 46. ff. de conditio. & demonstratio. ibi.
Quia absurdum visum est ante diem præterire, quam is existeret quem
oporteret accipere.

Que no obsta el tiempo y el no vso del derecho de elegir en fuerça de interpretacion.

Dizen los letrados del Conde, que quando tuuiera Num. 63.
necesidad de interpretacion, ninguna mejor que Dize el Conde
la forma que se ha tenido en la sucecion deste ma- que la forma de
yorazgo, que es auer sucedido siempre los hijos mayores, la sucecion esta
quia priuilegia sententia, & contractus, ex vso recipiunt in- interpretada cõ
terpretationem, Innocen. in cap. olim de verborum signifi- el vso.
catione, & talis præsumitur præcessisse concessio qualis sub
sequitur vus, Bal. in ca. 1. quid iuris si post alie, Vafal. feud.
K recupe.

recupe.num. 3. Gregor.in l. 3. titu. 25. part. 4. verbo, algunas posturas, Molin.lib. 2. cap. 6. num. 58. lo qual no obsta.

Num. 64.
Los mismos fundamentos q̄ excluye la prescripcion, excluyen tambien la costūbre interpretatiua.

Lo primero, porque casi todos los fundamētos que se há traydo para excluyr la prescripciō, excluyen tambien la pretenſa costumbre interpretatiua, especialmēte el segūdo que no auer vsado del derecho de elegir, fue acto de mera facultad, a lo qual repugna la interpretacion que se pretende induzir deſtos actos, ſcilicet, que los ſucceſſores no pudierō elegir, & ſubſiſtente repugnantia corruiſt interpretatio vſus, vt cum Bart. Bald. Soci. & alijs probat Rota, deciſione. 294. nu. 7. in 2. part. no menos ſe excluye eſta interpretacion con el tercero fundamēto, en q̄ ſe prouo q̄ los actos de auer ſucedido los hijos mayores, no hā ſido ni ſon cōtrarios, antes hā ſido conformes y compatibles con el derecho de elegir, de que resulta, quod ex eis non eſt inducta conſuetudo interpretatiua non eligendi, quia nulla conſuetudo induci poteſt ex non vſu, non habente implicitum actum contrarium, vt ibidem dicitur. Tambien ſe excluye la costumbre interpretatiua con el quarto fundamento en que ſe dixo, que los Condes han vsado de la facultad de elegir expreſſa y tacitamente, porque con eſto falta el preſupueſto de la pretenſa costūbre interpretatiua, que es no auer vsado los ſucceſſores de la dicha facultad, y mucho mejor ſe excluye la dicha interpretacion con el quinto fundamento de no auer ſucedido el caſo de in obediencia, è ingratitud, porque ſi haſta agora no hā eligido los ſucceſſores, quia non expediebat eligere, nihil prohibet, que el Conde don Pedro Velez quando vino el caſo, aya podido vſar y vsado del derecho de elegir, iuxta notab. doct̄inam Bart. in d. l. in filijs, num. 1. C. de Decurio. lib. 10. quam adduximus, num. 61.

Num. 65.
No es interpretacion, ſino correccion.

Lo ſegundo, porque ſiendo aſſi, que por la eſcriptura de donaciō, y por ſu tenor y palabras, eſte es mayorazgo de eleccion, el pretender introducir por costumbre lo contrario, hoc eſt, que no puedan los ſucceſſores elegir, no ſeria ni es interpretacion, ſino correcciō, & declaratio, & correctio ſunt inuicem contrariæ & repugnantes, vt dicit Bald. in l. edita, num. 10. C. de edendo, & interpretatio contraria non eſt admittenda, vt in cap. cum dilecti de accusatio, ibi. non vt perimat, ſed vt exponat, quem ad hoc dixit ſingularem, Baldus in l. ca

Lea quæ. C. comminationes, vel epistol. tradit decisio Rotæ. 37. num. 27. in 2. part. ibi. *Respondetur non posse vim fieri in huiusmodi obseruantia tanquam interpretatiua primi instrumenti, cum sit illi de directo contraria.*

Lo tercero, para que el Conde se pudiera ayudar del vso y obseruancia subsecuta en fuerza de interpretacion, auia de prouar, que entendiendo assi la donacion del Comes Lazian que tenía derecho de elegir los Condes, vt probatur in cap. cum dilectus de consuetud. ibi. *Et obtentu huiusmodi statuti, sic fuit retroactus temporibus obseruatum: vbi Anton. num. 50. Fulgos. consi. 165. in questione proposita: colu. vlti. verific. et non nego: Rota decisione. 294. num. 4. & num. 8. in 2. par.* **Num. 66.** Los Condes de Lazian que tenían derecho de elegir con que se excluye la interpretacion contraria.

Lo qual no solo no esta prouado por el Conde, antes por parte de doña Mariana de Gueuara estan presentados algunos testigos, que oyeron dezir a los Condes de Oñate, que podían elegir al hijo que quisiessen, pieça. nu. 4. pregunta. 13. a fol. 14. buel. 378. buel. 660. 669. 751. con q̄ cessa la cōjectura è interpretacion contraria, vt probat Domini. in dict. cap. fin. de consuetud. lib. 6. num. 3. ante fin. ibi. *Si illi dicunt se nolle vti illa consuetudine.*

Lo quarto, porque los actos de auer sucedido los primogenitos, se pueden referir a que los Condes no quisieron excluirles de la sucession eligiendo, y assi no es fuerza que se refieran como pretende la parte contraria, a que entendian que no podian elegir, y esto nos basta para que no pueda induzirse dellos costumbre interpretatiua, nam obseruantia æquiuoca non potest seruire pro interpretatione, vt cū Arcin. consi. 115. tradit prædicta decisio. Rotæ. 294. numer. 6. & Rursus, decisione. 37. in finalibus verbis in ead. 2. par. dicens, quod vbi obseruantia est turbida non potest in ea fieri fundamentum.

Lo quinto, con que de todo pūto se assegura esta verdad porque la interpretacion que puede resultar de auer sucedido los hijos mayores, sera para que no eligiendo los padres pertenezca la sucession a los primogenitos, & erit ea interpretatio, & consuetudo iuri conformis, vt supra num. 56. in fin. cæterum, para que eligiendo el padre al hijo, ò hija segūda mas obediente, suceda toda via el hijo mayor, no ay interpretacion del vso, porque nūca ha sucedido este caso, & con

Num. 67.

Por actos equiuocos no se induce interpretacion.

Num. 68.

Para que eligiendo el padre a otro hijo sucede el mayor, no ay vso ni costumbre, ni acto alguno.

suetu-

suetudo probari debet in casu & specie de qua agitur secundum Alexan. consi. 196. num. 14. lib. 2. & consi. 6. num. 2. lib. 5. Craucta, consi. 96. num. 4. Burg. de Paz in l. 1. Tauri, num. 93. decisio. Rotæ. 172. num. 2. in 1. part. pulchre. Surdus decisione. 131. num. 8. & num. 9. dicens probandam esse consuetudinem in terminis omnino similibus, & concurrentibus eisdem qualitatibus de quibus in facto controuerso, Menoch. consi. 264. num. 66. cum duobus sequentibus, y el auer permitido los padres, que sucedan los hijos mayores, quando ellos no quisieron elegir, no puede obrar cosa alguna, en caso que quieran excluyrles de la sucession eligiendo, nam actus nostri voluntarij, qui ex aliquo facto arguuntur restringi debent ad limites ipsius facti, & eatenus nocent, & non plus, vt probatur in l. operis non impositis. ff. de oper. libert. & in l. fin. C. ne vxor pro mari, per quæ iura hoc probat Bart. in l. Titium & Mauium. §. altero versi. *ad quod dico*. ff. de administr. tutorum, Decius consi. 72. Craue. de antiquita. tempor. 4. par. §. materia ista, num. 102. fol. 218.

Respondefe al suplemento de los señores Reyes Catholicos.

Num. 69.
Refierefe el fundamento del Conde.

ENtre otras cosas se aprouechea el Cõde de vna escritura, que llama suplemẽto del mayorazgo, por la qual parece que el año de 1481. dõ Victor Velez de Gueuara, hijo mayor de don Yñigo de Gueuara, Conde de Oñate, hizo relacion a los señores Reyes Catholicos, que el mayorazgo de la villa de Oñate, y casa de Gueuara, se auia perdido, y pidio se le confirmasse, y los dichos señores Reyes lo confirmaron, para que el dicho don Yñigo le tenga y goze como lo ha tenido y posseydo, y despues de sus dias lo aya el dicho don Victor Velez, como su hijo mayor legitimo, y dende en adelante su hijo mayor legitimo y sus descendientes, &c. Y dize el Conde, que este han tenido los señores desta casa por verdadero titulo, y conforme a el han sucedido de que resulta ser vn mayorazgo regular, lo qual no obsta.

Num. 70.
Fue subrepticio y obrepticio.

Lo primero, porque esta confirmacion o suplemento se gano con falsa y siniestra relacio, callada la verdad, cū enim narrari

narrari debuisset, quod mouere possit Principem ad non cōcedendum, vel difficilius concedendum, vt in cap. super literas, & in cap. si proponente de rescrip. las. in l. 1. num. 2. C. si contra ius, vel vtili, publicam Tiraquel. de cessante causa limitatione. 1. num. 11. Couarru. lib. 1. varia. cap. 20. num. 2. in principio, & colum. 6. vers. *his ita breuiter*. Mieres. 1. part. q. 9. colum. 2. vers. *secundus casus*: Alua. Velas. cōsultatione. 158. in 2. part. el dicho don Victor, no hizo relacion, que por disposiciō de los fundadores del mayorazgo de la villa de Oñate, y casa de Gueuara, podian los suceßores elegir entre sus hijos, lo qual si se narrara no se le concediera la dicha confirmacion, nam Princeps est obseruatissimus voluntatis defunctorum, vt in authen. vt nouæ const in princip. ibi. *non enim volumus deficientium in fringi voluntates, omnibus siquidem studemus modis ratas eas constituere*. l. si testamentum. C. de testamentis vbi dicit Bald. quod obseruantia testamenti non debet tolli per temeritatem rescripti, sequitur. Felin. in cap. nonnulli, num. 20. de rescrip. & ex eo defendit Ancharra. confi. 20. num. 2. in fin. & num. 3. que la gracia que se impetro del Pontifice, sin hazer mencion de las condiciones puestas en la dotacion ò fundacion de vn beneficio, no vale, sequitur Gregor. in l. 39. titu. 18. part. 3. glo. 2.

Rursus, el dicho don Victor hizo relacion q̄ se auia perdido, y no parecia la escritura de la fundacion del mayorazgo, y esto no era assi, porque no mucho despues en 8. de Junio de 1485. presento la escritura original del Comes Latro, el dicho Conde don Iñigo de Gueuara padre del dicho don Victor, en el pleyto que trataua en esta Audiencia con los labradores del Condado de Oñate valle de Leniz: vt dictum fuit supra num. 3. Por lo qual ningun caso se deue hazer deste suplemento, vt in c. 2. de filiis præsbite. lib. 6. ibi. *Cum non sit verisimili sedem ipsam cum illo, si hoc fuisset expressum dispensare, c. cum nostris de concessio. præben. ibi. Eo quod per falsi suggestionem & veri suppressionem fuerint impetrata, haberetur irritum & inane*, & est optima. l. 36. tit. 18. part. 3. ibi. *Carta si fuere ganada diziendo mentira o encubriendo la verdad non deue valer*, & in l. 29. eodem tit. ibi. *Tal carta como esta non deue valer, porque fue ganada como non deuia, encubriendo la verdad*. Y el auer hecho relacion tan siniestra, no fue sin malicia, porque como el dicho don

Victor era hijo mayor del dicho don Inigo de Gueuara, le parecio que desta manera asseguraua la sucession, porque sabia que conforme a la escritura de mayorazgo podia su padre elegir a otro hijo: & in dubio præsumitur dolus, in eo qui Principi subrepsit, vt in l. fin. ibi. *Siue in tacendi fraude.* C. si contrarius vel vtili publicam. l. 53. titul. 18. part. 3. ibi. *engañando a aquellos que les dan las cartas,* probat cum alijs Crauet. conf. 68. num. 11.

Num. 71. Lo segundo, porque la dicha confirmacion o suplemento se dio sin conocimiento de causa, y sin citacion de los interesados: y esto solo bastara para que no pudiera perjudicar a los sucessores del dicho mayorazgo, vt in l. de vno quoque. ff. de re iudicat. l. nam ita Diuus. ff. de adoptio. probant in terminis X Suarez allegatio. 14. Molina lib. 3. c. 4. num. 5. Quint. Mandos. in regulam Cancellaria. 22. q. 10. num. 11.

Num. 72. Lo tercero, porque siendo verdadera la relacion que se hizo a los señores Reyes Catolicos, era muy justo conceder el dicho suplemento en la forma que se concedio, sin que fuese necesario prouar que se auia sucedido en los bienes por via de mayorazgo, porque bastaua ser como era Estado con titulo de Conde, para que no constando de otra institucion fuese mayorazgo legal, vt per Molin. lib. 1. cap. 11. num. 10. & lib. 2. c. 2. num. 4. Mayormente que deuia de ser muy notorio que se auia sucedido en el dicho Estado por via de mayorazgo: por lo qual no pareciendo la escritura era llano que se auia de estar alas reglas y obseruaciones de mayorazgo regular. vt ex doctrina Bald. in l. liberti libertæ que colum. penul. vers. *Queritur de eo.* C. de operis libet, probant Couarr. lib. 3. var. c. 5. num. 5. & num. 8. Molin. lib. 1. c. 3. num. 22. Mieres. 4. part. q. 14. num. fin. Pero auiendo escritura de mayorazgo, no regular, sino de eleccion, no era ni podia ser justo conceder el dicho suplemento, ni los señores Reyes Catolicos la pudieran conceder, y por esto consta que no fue su voluntad concederle en este caso, Decius conf. 689. num. 8. Roland. conf. 81. num. 6. lib. 4. certum est enim, que sin justa y legitima causa que mire a la publica vtilidad no puede el Principe alterar la voluntad del fundador, vt ex l. si testamentum. C. de testamentis, & in l. si donatione. C. de reuocand. donatio. probant, Couarra. lib. 3. variarum c. 6. num. 6. vers. *Sexto hanc sententiam,*

tentiam, & num. 8. vers. *Quarto hinc queritur*. Pinelus in Rubrica. C. de rescindend. venditio. 1. part. cap. 2. nu. 18. & 19. vers. *Sed mea sententia*, Sarmiento lib. 1. selecta. c. 8. num. 13. Menchaca lib. 1. controuer. illust. cap. 5. num. 22. Ant. Gomez in l. 40. Tauri num. 89. Molin. lib. 1. c. 8. nu. 31. & lib. 3. cap. 3. nu. 27. Padilla, in authen. res quæ num. 116. C. commu. delega. idque maxime, porque este mayorazgo se fundó sin facultad Real, quo casu es mas cierto lo que esta dicho, vt probat Couarr. d. lib. 3. variarum c. 6. num. 5. cum sequentibus Ant. Gomez in l. 40. Tauri num. 89. in fin. Burgos de Paz in proœmio legum Tauri num. 325. & 327.

Quarto & vltimo, porque quando cessara todo lo que está dicho, supuesto que el suplemento se dio por no parecer la escritura original del mayorazgo de Oñate y casa de Gueuara, constando del tenor de la dicha escritura, se ha de estar a ella, y no al suplemento, vt probat notanter Bald. consil. 82. *Proponitur quod investitura*, lib. 1. & in cap. 1. §. fin. versicul. *Quero quis dicatur*, Castaldus de feudo gradia. Alex. consil. 55. num. 20. lib. 4. Decius consil. 53. num. 1. Afflictis decisio. 195. num. 5. Surdus consil. 1. num. 63. cum sequentibus. Rimin. Iun. consil. 178. nu. 8. cum sequent. late Caldas de reuocatione emphyteo. quæst. 3. numer. 1. cum sequentibus, decisio. Rotæ. 41. num. 5. in 1. part.

Num. 73.
Constando del
mayorazgo ces
sa el suplemen
to.

Tertius Articulus.

POr lo que está dicho en los dos articulos precedientes consta, que el Conde don Pedro Velez de Gueuara, pudo nombrar y elegir por suçessora deste Estado a la dicha D. Mariana de Gueuara su hija: Y en este se proua- ra la voluntad que tuuo de eligirla y nombrarla por tal, omnes namque actus humani, ex voluntate, & potestate agentium dependent, vt in cap. cum super de officio deleg. & in cap. extirpandæ. §. qui vero. ibi. *velint & possint*. de præben. tradit decisio Rotæ 525. num. 2. in 1. part.

Num. 74.
Omnes actus
ex potestate &
voluntate agē
tium dependent

Esta voluntad del Conde don Pedro Velez de Gueuara está prouada en este pleyto de muchas maneras.

Por

Por las cartas missiuas.

Num. 75.
Electio in Epistola fieri potest

LO primero, por cartas que escriuió el Conde don Pedro a la dicha D. Mariana, nam electionem in epistola fieri posse notissimum est, vt in l. & in epistola. C. de fideicom. & in l. milles ad sororem. ff. deleg. 2. Y no solo en cartas missiuas, pero en otra qualquier escritura priuada se pudo hazer la eleccion, vt probat apertè l. assignare. ff. de assignan. libertis. ibi. *Assignare et pure, et subcondicione, et per*

Num. 76.
Ad electionem sufficiunt quaecunque verba

epistolam, vel testamentum, vel Chirographum possumus, sufficiunt autem ad electionem inducendam quaecunque verba, ex quibus voluntas eligendi deprehendi possit, vt ex l. quoniam indignum. C. de testamentis. ibi. Et quibuscunque verbis uti, probant in terminis Gamma decisione 287. num. 1. Caldas de nominatione emphyteo. 1. part. quæst. 1. nu. 9. bene modernus Florez in suis varijs quæstio. lib. 3. quæst. 22. num. 54. vbi & subdit, quod nutu, & signis, & factis declarari potest voluntas eligendi, quod & probat Caldas dict. quæst. 1. num. 21. sed de hoc est aureus, text. in l. 1. §. assignare. ff. de assignand. libertis. ibi. Assignare autem quis potest, quibuscunque verbis, vel nutu, vel testamento, vel codicillis, vel viuis adimere assignationem, etiam nuda voluntate poterit.

Num. 77.

En las cartas ay muchas palabras que importan, y prueua la eleccion, porque en la primera dellas de 6. de Enero, dize. *carta primera, Ya sabeyis que todos mis cuydados estan puestos en vos, y con razon, porque prueuan la que os lo deno, y cada dia os quiero mas: que despues de la saluacion de mi eleccion. anima, mi pretension es remediaros, como esta casa lo ha menester, pues auceys de ser señora della, &c.*

Num. 78.

Per modum antecedentis necessarij.

Estas palabras aunque parecen de futuro, importan eleccion de presente, porque lo que se confirio in futurum, fue la actual sucecion del Estado, en el qual auia de suceder D. Mariana, siendo eligida por el Conde don Pedro Velez su padre, despues de sus dias, y por effodixo, *Auceys de ser señora della, pero de presente quedò eligida D. Mariana, eo ipso, que dixo el Conde su padre, que auia de ser señora de su casa, por que teniendo hermana mayor, no podia ferlo, si el no la eligia, & qui vult consequens cefetur velle omne necessarium antecedens, l. ad legatum l. ad rem mobilem. ff. de procura-*

tor.

cor. l. illud. ff. de acquiren. hæred. text. optimus in l. denique §. interdum. ff. de peculio legat. per quem text. probat Bart. in l. Centurio, num. 37. ff. de vulg. versic. *Nam ex quo*, quod si testator grauauit filios in conditione positos, eos vocasse cēsendus est, cum alias grauamen nō possit subsistere, sequitur Decius consil. 23. num. 3. Surdus decisione. 244. num. 4.

Rursus illa verba, *Pues auays de ser señora della*, denotant executionem, & effectum electionis, porque de ser eligida la di-
cha D. Mariana por el Conde don Pedro su padre auia de resultar el ser señora del Estado, y en estos terminos, quando se duda si las palabras induzen voluntad de elegir de presente, ò voluntad de elegir in futurum, vera conclusio est, quod verba executionem, & implemētum denotātia important electionem de præsenti, vt probatur in l. huiusmodi. §. stichum. ff. de leg. 1. vbi illa verba, *Volo dare*, importan electionem quia verbum dare executionē respicit per quē text. hoc probat Ias. in l. serui electione in princip. num. 21. versic. *Responde valde notabiliter*, & num. 24. ff. de leg. 1. & ibi etiam Ripa numer. 18. Menoch. lib. 2. de arbitra. casu 496. num. 28.

Tandem, quando estas palabras, *Pues auays de ser señora della*, no tuuierā mas substancia, que ser enunciativas de futuro, adhuc importan electionem y disposicio. Tum, quia fuerunt pro lata principaliter de per se, quo casu verba enuntiativa de futuro disponunt, vt dicens communem, probat Ias. in l. 1. num. 11. ff. de noui operis nuntiatione, & cum eo Caldas dict. quæst. 1. num. 68. Tum etiam, porque se dixerō per modum causæ, quo etiam casu disponunt, vt cum Decio Chassaneo, Paris, Crauet. & alijs pluribus, subdit idem Caldas, num. 77. Tum & tertio, quia a voluntate dicti Comitis pendebat eligere, & poterat tunc temporis electionem facere, quo casu verba enuntiativa disponunt, vt probant Prolus ad Monachum in cap. quamquam, num. 29. de vsuris lib. 6. Decius consil. 307. num. 12. Peralta in l. Titia cum testamento. ff. de leg. 2. post. num. 2. Caldas dict. quæst. 1. num. 28.

No es de menos importancia la segunda carta de 13. de Março, en la qual dize el Conde entre otras razones: *Que yo por hecho lo tengo, y no soy de los que ponen en platica estas cosas para no acabarlas, que de mi parte ya lo está*, palabras clarissimas, para que quando se escriuio esta segunda carta, ya el Conde tenia por

Num. 79.

Verba denotātia executionē electionis, probant eā de præsenti.

Num. 80.

Verba enuntiativa de futuro importan electionem.

Num. 81.

Palabras de la segunda carta.

M hecha

hecha la eleccion, la qual sirue de interpretacion de la primera, argumento l. hæredes palam. §. si quid post. ibi. *Ex cunctis scripturis. ff. de testamentis, & l. vxori. §. fin. ff. deleg. 2.* Rursus, dize en esta misma carta: *Y un marido tã bueno como yo que pues le escojo para señor deste Estado, podeys estar muy satisfecha, dō.* de por palabras de presente elige a D. Mariana, porque aunque estan dirigidas a la persona del yerno, importan elecció de la hija, vt probat in terminis Caldas de nominatione emphyteo. 3. par. c. 12. num. 17. & 19.

Num. 82.

Tercera carta.

La tercera carta de 18. de Março, es tambien muy sustancial, porque dize: *Y pues mi desseo no es mas de veros puesta en aquel augmento de señora deste triste Estado,* las quales palabras son las mismas de la primera carta, en la qual dixo: *Pues auer de ser señora della:* y el auerlas reiterado y repetido en esta prueua la enixa voluntad que tuuo el Conde de eligir a la dicha doña Mariana por sucesora de su casa, vt in l. Ballista, cum ibi notatis. ff. ad Trebel. nam vbi ad est geminatio ibi plena delibetatio, vt dixit Bald. in consil. Schismatis, quod possunt in rubrica. C. si quis aliquem testari prohibuerit. §. sed in contrarium, num. 15. Felin. in cap. si cautio, num. 39. de fide instrumenti. & in terminis, quod verba enuntiatiua geminata in materia electionis dispositionem inducant, probant Alex. num. 5. Ias. num. 38. in l. serui electione. ff. deleg. 1. Caldas de nominatione emphyteo. quæst. 1. num. 76.

Capitulos matrimoniales.

Num. 83.

Tenor pacti matrimonialis.

Secundo principaliter, se prueua la eleccion por los capitulos matrimoniales, que se otorgaron por el Conde don Pedro Velez de Gueuara, para efetuar el matrimonio de la dicha doña Mariana de Gueuara, con don Carlos de Alaua, en los quales ay vno del tenor siguiente.

Item, que el dicho señor Conde hará diligencia en buscar la escritura de mayazgo del Conde don Ladron, y pareciendo la entregara a la dicha su hija, y la llamara por via de sucefsio, e como mejor parezca a los dichos señores, a satisfacion de Letrados, a la sucefsion del mayazgo de la villa de Oñate y su tierra.

Este capitulo tiene fuerza de eleccion ex sequentibus.

Lo pri

Lo primero, porque teniéndolo el Conde don Pedro Velez de Guevara, facultad y derecho de elegir entre sus hijas la su cession de este Estado, por este capitulo consta que quiso usar y uso della en favor de la dicha doña Mariana, la qual quedo eligida, eo ipso, que el Conde declaro su voluntad de nombrarla. *tex. optimus in l. statu liberum. §. fin. ff. de leg. 2. in fi. ibi. Cum autem haeres semel dixerit utrum dare velit, &c. & in l. apud Aufidium ff. de optione leg. ibi. Si is dixisset quae vellet,* y como quiera que conste desta voluntad del Conde, cessa el derecho de la mayoria de edad de la dicha doña Catalina de Guevara, que era condicional, en caso que no constasse de ella, *vt in l. si quis Titio §. fin. ff. de legat. 2. ibi. Si haeres damnatus esset vni ex libertis dare, & non constiterit cui daret, &c.*

Lo segundo, porque si alias para prouar la eleccion bastá qualesquiera palabras, como conste de la voluntad de elegir, *vt ex l. 1. §. assignare. ff. de assignan. libert. cum Gamma, & alijs dictum fuit supra, in princip. huius tertij articuli & probant Soci. consi. 86. num. 5. lib. 3. Anton. Gomez. 1. tomo. cap. 12. num. 48. vers. Item quero an & quando electio personae: in fin. no se puede poner duda en la voluntad del Conde don Pedro que tuuo de elegir a la dicha doña Mariana, auendola declarado en vna escriptura de capitulos matrimoniales, otorgada con mucho acuerdo y deliberacion, en presencia de testigos tan qualificados, ni tampoco en que della resulte verdadera eleccion de presente, ex doctrina Bart. in d. l. serui electione in principio, num. 3. ff. de legat. 1. el qual auiendo traydo la opinion de la gloss. alli, verbo possumus, que tuuo que las palabras volo eligere, no importan eleccion, lo limita quando ista verba, *volo eligere: proferuntur deliberate vel ad petitionem eius cuius inter est, utroque enim casu ex illis verbis electio facta censetur sequitur. las. num. 26. & nú: 30. Thom. Sanchez in tracta. de matrimo. 1. tom. lib. 6. disputatione. 22. num. 15. & ibi ea verba fuerunt deliberate prolata & vocati testes, hoc probant Socin. consi. 86. num. 4. lib. 3. Anton. Gom. in l. 3. Tauri. numer. 118. cum sequentibus, Mieres. 1. part. quaest. 48. nú. 59. pro quibus est tex. in l. Pamphilo. §. propositum. ff. de leg. 3.**

Lo tercero, porque aunque las palabras del capitulo sean de futuro, *ibi. La entregara, & ibi. la llamara,* importa eleccion de pre-

Num. 84.

El Conde uso de la facultad de elegir.

Num. 85.

Eleccion fue capitulo de elegir en capitulos matrimoniales.

Num. 86.

La eleccion fue de presente la execucion de futuro.

presente, nam in stipulationibus verba, obligatiua sunt de
præsenti executiua autē de futuro, vt in l. 5. §. stipulatio, ibi.
daturum facturum &c. ff. de verborum obligatio. vbi notat Ias.
num. 5. y así en estos capitulos matrimoniales vuo palabras
de presente, que induzen disposicion y obligaciō, y palabras
de futuro, que importan implemento y executiō: nam aliud
est actus, aliud executio, actus aliud donatio, aliud executio
donationis, vt probat Francis. de Ponte, consi. 83. n. 10. las de
presente se pusierō en el principio, cō expressa relacion a to-
dos los capitulos, ibi. *Entre los señores Conde de Oñate, y don An-
dres, y don Carlos de Alaua, queda assentado lo q se sigue, para effectuar
el casamiento, &c.* En q se comprehende el capitulo que trata
de la eleccion, que se continua con los precedentes, con
la palabra *Itē*, ibi. *Itē q el dicho señor Conde hara diligēcia, &c.* La
qual palabra es repetitiua, vt in l. 1. in princi. & ibi Bart. ff. de
Publiciana, y tábien es incontinuatua, vt in l. in repetendis.
ff. de leg. 3. donde Bart. colu. 2. vers. *Ita tenent Dimus & Rai-
ne.* probat dictionem, item. inducere repetitionem si sequens
oratio, quæ adiicitur per dictionem *Item* est imperfecta, co-
mo lo es en este caso, que el capitulo no tiene sentido perfe-
cto, sino se repiten las palabras, *queda assentado.*

Las palabras de futuro se pusieron en cada capitulo para
el cumplimiento y execucion de lo capitulado, como con-
sta del primero, ibi. *Y que para la seguridad desto entregara los reca-
dos necesarios: y del segundo, ibi. Metera el dicho señor Conde en pos-
sesion de lo que montare la dicha mejora: y particularmente en este
capitulo de la eleccion: ay muchas palabras de futuro que
miran a la execucion y cumplimiento, ibi. Itē que hara diligē-
cia en buscar la escriptura del Conde don Ladron: & ibi. y pareciendo la
entregara a la dicha su hija: por las quales se prueua, q desde luc-
go quedo nombrada y eligida doña Mariana, porque aquel
acto executiuo en que se obliga el Conde de entregarle la
escriptura induze eleccion de presente, vt ex l. huiusmodi.
§. Stichum. ff. de leg. 1. cum Ias. Ripa, & Menoch. dictū fuit
supra n. quibus addēdus est Thom. Sánchez d. 1. to. li. 6. dispu-
ta. 22. nu. 8. y esta claro que la escriptura no le era de importā-
cia a doña Mariana, sino quedaua eligida. Tambien miran a
la executiō y cumplimiento, las palabras que se siguen, y la
llamara por via de successiō, o como mejor parezca a los dichos señores,
a la.*

a satisfacion de letrados, a la sucesion del mayorazgo de la villa de Oña
 te y su tierra: porque auiendo el Conde declarado su voluntad
 de elegir a doña Mariana, y quedando como quedo esto as-
 sentado para el cumplimiento y execucion dello, y para que
 tuuiesse mayor firmeza, pusieron estas palabras, que se orde-
 nasse y estendiesse a satisfaciõ de letrados, las quales no mi-
 ran a la substancia de lo capitulado, porque en la substancia
 no podian los letrados mudar, quitar, ni añadir cosa alguna,
 sino a las fuerças y firmeças, vt probat gloss. celebris in l. si
 mandato, Titij. §. fin. verbo accepta sint. ff. manda. Ioan. An-
 drea. ad Specul. titu. de instrumentorum editione, verfi. *quid*
si à cõtrahentibus: additione super verbo institutio. ibi. de substā-
tialibus autem certum est supplere non posse. Ias. in l. ex ea parte, num.
 4. ff. de verborum obligatio. ibi. *Sapiens ergo non poterit aliquid ad-*
dere quod non sit à partibus expressum, vel quod immutet substantiam.
 Felin. in cap. ex litteris, nu. 10. de fide instrumento. Guillel.
 Bened. in cap. Rainuntius, verbo condidit, nu. 12. Tiraquel.
 in l. si vnquam in præfatione. num. 174.

Lo quarto, porque quando el acto depende de la volũtad
 de la parte, y cõ sola voluntad puede quedar perfecto, es ver-
 dadera y cierta resolucion, que el prometer hazerle, in futu-
 rum, importa lo mismo que hazerle de presente, ita pulchre
 probat Aretin. in l. 1. num. 1. ff. de pignor. actione & post Rui-
 num, Alcia. respon. 18. nu. 5. & 6 lib. 8. Bursatus, consi. 100.
 num. 10. lib. 1. y conforme a esto, pues la eleccion depẽde de
 la voluntad del que elige, y con sola su voluntad puede que-
 dar perfecta, el prometer y capitular de elegir, tiene fuerça
 de eleccion.

Num. 87:

Quando el acto
 puede quedar
 perfecto con sola
 voluntad, la
 promesa obra lo
 mismo que el
 acto.

Por este principio estan resueltos muchos casos que de-
 ziden el de este pleyto en mas fuertes terminos.

Primo, si vno dize, volo tibi rem istam vendere pro decẽ, & alter dicit volo emere pro decem, dicitur contracta ven-
 ditio, vt probat gloss. 1. in l. in vendentis post medium, verfi. *et volo emere*
sed quid si dicam. C. de contrahen. emptione & subdit, gloss. ra-
 tionem cum solo consensu contrahatur secus autem vbi di-
 ceret, volo ascendere arborem, quia non sequitur, quod ascendã
 quam ibidem sequuntur, Baldus, num. 14. Salice. num. 10. &
 dicit singularem Bursatus, dict. consi. 100. num. 9. quo loco
 defendit verba futuri tẽporis à contrahente prolata in actu

Num. 88:

Volo vendere,
 et volo emere
 pro decem im-
 portat venia.

qui pendet à voluntate, illius tantum, in tempus præsens re-
solui, & dispositionem ac perfectionem actus inducere, se-
quitur Surdus decisione 114. numer. 8. in fin. & numer. 9.
quod verum est, vbi adest reciprocus contrahentium con-
sensus, vt declarat Bursatus dict. num. 9. Thom. Sanch. 1. to.
de matrimonio, lib. 6. disputatio. 22. num. 10. & 11. Francisc.
de Ponte consil. 10. num. 20.

Num. 89.

*Promissio de
obligando.*

Secundo, en el pacto y promessa de se obligando, que ten-
ga fuerza de obligacion, probant Ioan. Andr. ad Specul. tit.
de obligatio. & solutio. super rubrica, quem sequuti sunt,
Alex. num. 1. Socin. in 1. notab. Ias. num. 5. Purpura. num. 14
in l. cum fundum. §. seruum tuum in prudens. ff. si certum
petatur, Alciat. respon. 16. numer. 5. lib. 1. & est communis
opinio, vt attestatur Rube. consil. 29. nu. 5. quam probat Af-
flict. decisio. 61. numer. 1. Boerius decisio. 183. numer. 13.
& 14. Tiraquel. qui refert plurimos de retractu conuentio.
ad fin. tituli, num. 26. Couarruu. in cap. quanuis pactum. 3.
part. in initio, num. 3. Tellus in l. 22. Tauri, num. 15. Aluarus
Valas. consultatione 153. numer. 7. in 2. part. Surdus consil.
202. num. 13. fortiori igitur ratione, el pacto y promessa de
eligir, tiene fuerza de eleccion, pues el que elige, no se obli-
ga a nada, vt supra num. 85. y por esta recibida opinion, di-
xo Parlador. lib. 2. rerum quotidiana. cap. fin. 1. part. §. 11. am-
pliatione 6. verba, contractus in futurum concepta, quibus
se facturum obligationem quis promissit executioni man-
dari posse ac si de præsentis se obligasset.

Num. 90.

*Promissio de
ratificando.*

Tertio in promissione de ratificando, quod habeat vim
ratificationis, probat Ripa in l. 4. §. Cato, nume. 17. versicul.
Tu dic. ff. de verborum obligatio. dicens, quod ea promissio
ad ius relata, idem est, quod ratihabitio, sufficit enim quātū
ad effectum iuris promississe de rato secus si verba referātur
ad actū facti, sequitur Surdus consil. 202. in finalibus verbis.

Num. 91.

*Promissio de re
nuntiando et
recognoscendo.*

Quarto, in promissione de renuntianda hæreditate pa-
terna, quod inducat veram renuntiationem, probat Couar-
ruu. in cap. quanuis pactum. 3. part. in principio, num. 3. & in
promissione de recognoscendo, quod habeat vim pure re-
cognitionis, probat Alciat. dict. respon. 16. nume. 4. cum se-
quent. lib. 1.

Num. 92.

Quinto in promissione de dote constituenda, quod ha-
beat

beat vim constitutionis dotis, probat Afflictis decisione 61. *Promissio de do-
per totam, & ibi Cæsar de Vrtilis, Michael Grassus commu. tando.
opin. lib. 1. cap. 5. quæstio. 20. Franciscus de Ponte consil. 10.
num. 22.*

Sexto in promissione de faciendo maioratum hoc pro- *Num. 93.
bat Tellus in l. 22. Tauri, num. 15. quem sequuntur Mieres Promissio insti-
1. part. quæst. 66. Alvarus Valaf. consultatione 153. nume. 8. tuendi maiora-
in 2. part. Velazquez. in l. 44. Tauri. glo. 5. num. 2. rum.*

Septimo, ex præmissis in terminis nostris defendit Fran- *Num. 94.
cisc. de Ponte consil. 10. num. 18. versic. Ulterius, cum sequet. Promissio de
que si el padre en capitulos matrimoniales, prometio de eligendo.
otorgar escritura, en que nombrasse a su hija por sucessora
de vn Estado, que esta promessa, aunque no se otorgue mas
escritura, tiene fuerza de nombramiento.*

Quorum omnium ea est vera, & solida, & fundamentalis
ratio, quod omnes factus sola voluntate perfici possunt nõ
vero, quod promittens, ex promissione teneatur ad interef-
se. Nam obligatio ad interesse habebit locum, quando pro-
mittitur aliquid in facto consistens, quod sola voluntate per-
fici non potest, cum in obligationibus facta succedat obliga-
tio ad interesse, vt in l. stipulationes non diuiduntur. §. Cel-
sus. ff. de verborum oblig. veritas es, que Angelo consil. 184
num. 3. Ias. in l. in bonæ fidei, num. 3. ff. de eo, quod certo lo-
co, Roland. consil. 69. num. 19. lib. 3. loquentis in promissio-
ne de vendendo, que ellos dicen no tener fuerza de venta,
prueuan, que solo compete por ella accion personal ad im-
plementum, en el qual caso quando adest reciprocus partiũ
consensus, & pretium certum, otros muchos tuuieron lo cõ-
trario, vt per Bursatum dict. consil. 100. numer. 11. Pero
como quiera que sea in promissione de obligando renun-
tiando, ratificando, aut faciendo maioratum, & in cæteris,
quæ sola voluntate perfici possunt, la veritas es, quod pro-
missio operatur eundem effectum, que la obligacion, renun-
ciacion, ratificacion, ò institucion, vt probant omnes supra
adducti.

Octauo in promissione de donando, que tenga fuerza de
donacion, probat glos. celebris in §. alix, verbo, Manifesta-
uerit institu. de donatio. quam secuti sunt plures, quos re-
fert & sequitur dicens communem Ripa respons. 12. num. 2.

*Num. 95.
Promissio de do-
nando.*

sub

sub titulo de donatio. libr. 3. Y aunque huuo otros autores que tuuieron la opinion contraria, hanc dicit veriore, & omnino tenendam, Pinelus in l. 2. C. de rescinden. vendi. 2. part. cap. 3. num. 30. ad fin. veriore, & magis communem Iulius Clarus lib. 4. §. donatio. quæst. 14 num. 6. Bursatus d. consil. 100. num. 11. Michael Grassus lib. 1. commun. cap. 6. quæst. 20. quorum omniū ea est ratio, quod omnes hi actus solo consensu promittentis perfici possunt.

Num. 96. Estas doctrinas son en terminos mucho mas fuertes, por que mucho mas facil es induzir eleccion, que donacion, si-
Mas faciles in quidem donans totum illud, quod donat de suo perdit, vt in
duzir eleccion, l. 1. ff. de donatio. & difficilime inducitur donatio, vt in l. cū
que donacion. de indebito. ff. de probatio. & in l. campanus. ff. de oper. li-
bertorum, at vero, el que elige no da nada, ni pierde nada,
vt in l. vnum ex familia. §. si de falcidia. ff. deleg. 2. ibi.
Non enim facultas necessaria electionis, proprie liberalitatis beneficiū
est, quod enim est, quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit, om-
nino reddere debuit, & electio est quidam actus extrajudicialis
qui neque contractus est, neque vltima voluntas, neque le-
gatum, aut fideicommissum, sed quedam nuda voluntatis de-
claratio, vt in l. assignare. ff. de assignan. libert. ibi. *Quia assign-*
atio liberti, neque quasi legatum, neque quasi fideicommissum percipi-
tur, Socin. consil. 86. num. 5. lib. 3. Alua. Valas. consultat. 61.
num. 11. Florez. d. quæst. 22. num. 10. & in additio. ad Gam-
mam decisio. 288. in fi.

Num. 97. Alo qual no obsta dezir, que la opinion de la glo. in d. §.
Responde se alo alia, es controuertida, vt constat, ex adductis à Tiraquel. in
que dize el Cō- d. tracta. de retractu conuentio. ad fin. tituli, nu. 48. pero que
de contra este sea verdadera, o no para este pleyto, no es de importancia,
fandamento. porque en lo q̃ los Doctores estā discordes, no es, en si la pro-
messa de donar, es propia y verdadera donacion, de tal ma-
nera, que sin la entrega, quede por señor la persona en cuyo
favor se hizo la promessa, que desto nadie dudò, y la duda es,
si de la misma manera, que haziendose la donacion por pala-
bras de presente, dono tibi talem rem, aunque no sea por so-
lene stipulaciō, ni el donador aya reseruado el usufruto, pue-
de ser compelido a entregar, lo podia ser, aunque no aya he-
cho donacion de presente, sino promessa de futuro, lo qual
para nuestro caso no importa, porque en que no es donaciō
perfe-

perfecta todos concuerdan: y assi muriédo el Conde sin perficionarla la possession; passó en la Condesa doña Catalina su hija, ex l. 45. Tauri, y doña Mariana solo podia tener derecho para el interes contra los herederos del Conde, de la misma manera, que si huuiera sido vna donacion de bienes libres y despues hiziera donacion a otro con entrega de possession, vt in l. quoties. C. de rei vendica.

Porque en todo este discurso se recibe engaño, la opinión de la glo. aunque aya Doctores que siguieron la contraria, es verdaderissima, y conforme a ella la promessa de donar por palabras de futuro, obra lo mismo q̃ la donacion hecha por palabras de presente: y esto es lo que dize la glo. que tan donacion es quando dize, *dabo vel donabo*, como quando dize, *do, vel dono*, y de la misma manera, puede ser compelido el donador a entregar la cosa en el vn caso, y en el otro, quia vtro que casu donatio dicitur facta, vt per Purpuratum in l. cum fundum. §. seruum tuum imprudens num. 15. ff. si certum peta. Tellum in l. 22. Tauri, num. 15. ibi. *Quia iam dicitur donationem factam ex sola promissione: nec ad rem facit*, dezir, que el señorio no passa en el donatario ante traditionem, vt in l. traditionibus. C. de pactis, porque sin embargo de que no passe el señorio, ni aya auido entrega, quedò la donación perfecta, solo consensu donatoris, vt probat. tex. apertus in l. si quis argentum. §. fin. C. de donatio. ibi. *Sed liberalitatem plenā, & secundum legem nostram perfectissimam constitutam, necessarius traditionis effectus quatur, &c.* y esto nos basta, scilicet, que por la pemeisa y pacto de eligir quede hecha la eleccion, como por la promessa de donar queda hecha la donacion, aunque no passe desde luego el señorio, porque si la eleccion quedò hecha, el señorio y la possession passara en la persona eligida, despues de la vida del posseedor que es quando legis ministerio se haze la entrega y la translacion, y no en el hijo, ò hija mayor, porque su derecho y llamamiento, es en los mayorazgos de eleccion condicional, si el padre no eligiera a otro, vt supra diximus, num. 60. cum Paulo in l. vnum, ex familia. §. rogo. ff. deleg. 2. & in specie, tradit Guido Papa decisio. 505. Segura in repetitione l. vnum ex familia. §. sed si fundum, num. 86. versic. *Quinta.*

Nono, in promissione meliorandi hoc probat tex. apertus

Num. 98. in l. 22. Tauri, hodie. l. 6. titu. 6. libr. 5. nouæ recopilatio. qua
Promissio de me cautum est, que la promesa de mejorar tiene fuerza de me-
liorando. l. 22. jora, ibi. *Tassi mismo mandamos, que si prometio el padre ò la madre, ò*
Tauri. alguno de los ascendientes, de mejorar a alguno de sus hijos ò descendien-
 tes, en el dicho tercio y quinto, por via de casamiento, ò por otra causa one-
 rosa alguna, que en tal caso sean obligados a lo cumplir y hazer, y sino lo hi-
 zieren, que passados los dias de su vida, la dicha mejora y mejoras de ter-
 cio y quinto sean auidas por hechas: que es decision indiuidual de-
 ste pleyto, porque la mejora es vna eleccion que el padre ò
 madre, o alguno de los ascendientes haze del hijo, ò hija, ò
 descendiente mas amado, para auétajarle a los demas, y elec-
 cion la llaman los Doctores del Reyno. Pala. Rub. in repe. c.
 per vestras. 3. notab. §. 26. num. 10. & 16. Anto. Gomez in l.
 17. Tauri. nu. 18. Molina. lib. 2. cap. 5. num. 58. versi. *Sed quã*
uis: applicando las leyes que hablan en materia de eleccion
 a las mejoras que hazen los padres, & ex eo dicunt meliora-
 tionem, tertij non cadere in vnico filio quia electio non da-
 tur nisi inter plures, vt in l. vtrum la 2. ff. de assignan. liber. ita
 Gregor. Couarru. Peralta, Anto. Gomez, Tellus, Padilla, &
 alij plures quos refert, & sequitur Molina, lib. 2. cap. 11. nu-
 mer. 3.

Num. 95. Quinimo in pacto, & promissione de eligendo, para que
Mas difficulto tenga fuerza de eleccion, cessan todas las dificultades que
so es el caso de la auia en la promesa de mejorar, ò no mejorar, quas late tra-
l. 22. de Toro. dit, Anton. Gomez. in dict. l. 22. Tauri, in quibus Doctores
 ad inuicem pugnabant, vt aduertit Tellus, num. 1. porque
 parecia que la promesa de mejorar, contenia vn pacto afir-
 matiuo de suceder, el qual de derecho no valia, vt in l. pactũ
 quod dotali. C. de pactis, & pariter pactum de non auanta-
 giando, erat nullius momenti, quia tollebat liberam testãdi
 factionem, vt probat Decius, confi. 184. Pero en el pacto y
 promesa de eligir, no ay dificultad ni inconuiniente en que
 valga y tenga fuerza de eleccion, porque como no se suce-
 de al que elige, sino al que fundo el mayorazgo, vt in dict. §.
 si de Falcidia, basta q̃ el que tuuo facultad para hazer la elec-
 cion, aya declarado su voluntad, para que la eleccion se ten-
 ga por hecha, vt in d. l. 1. §. assignare. ff. de assignan. libertis
 pulchre. Socin. confi. 86. num. 5. lib. 3. Segura in repetitione.
 l. vnum ex familia. §. sed si fundum, num. 108. versi. *decima.*
 Neque

Neque obstat si dicatur, que la l. 22. de Toro, no dize que por auer prometido de mejorar, quedo hecha la mejora, sino que despues de la muerte del padre es auida por hecha, & aliud est esse talem aliud haberi pro tali, vt in l. mercis appellatione iuncta gloss. ff. de verborum significa. Burgos de Paz. in l. 3. Tauri, num. 481. Porque el padre que prometio mejorar, tenia obligacion de cumplir lo que prometio, y la tienen sus herederos, y para este efecto de que se cumpla la promesa, es auida por hecha la mejora.

Porque se responde, que para todos los efectos que de derecho pueden resultar de vna mejora perfecta, y cõsumada, basta dezir la ley que la mejora es auida por hecha, nam licet aliud sit esse talem, & aliud haberi pro tali, istud verum est in his quæ sunt facti, sed in his quæ sunt iuris, & quo ad iuris effectus, qui possunt à lege induci, idem est esse talem, vel haberi pro tali verba sunt, Bart. in l. si maritus la 2. §. legis. Iulian. num. 1. vers. aduerte. ff. ad l. Iuliam de adulter. quem sequuti sunt Bald. Ioan. de Platea, & Lucas de Penna, Ias. & alij quos refert & sequitur. Rebus. in dict. l. mercis appellatione, vers. sic. secundo in his quæ sunt iuris. ff. de verborum significatione, y el dezir la ley q̄ sea auida por hecha la mejora, passados los dias y vida del que prometio hazerla, es por auerse de atender, quanto a los bienes el tiempo de la muerte, vt in l. 23. in eisdem legibus Tauri, vt aduertit Tellus, ibidem. num. 15. in fin. pero sin embargo tuuo la promesa desde su principio fuerza de mejora, no solo para efecto de que los herederos la cumplan, como dizen los letrados del Conde, sino para todos los efectos de derecho, porque la ley general y absoluta mente dize, que sea auida por hecha, & generaliter est intelligenda. l. 1. §. & generaliter. ff. de legat. præstan. l. non distinguemus. ff. de arbitris.

Tampoco obsta dezir, que doña Mariana no interuino en esta capitulacion, ni se hallo presente, ni parece auerla aceptado, y entre tanto que no la acepto, no tuuo nada, vt in l. absenti. ff. de donatio. l. 4. titu. 4. part. 5. vbi, Gregor. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 59. porque la promesa estuuo suspendida en tretanto que doña Mariana cõsintio, la qual pudiera no querer casarse con don Carlos, y como pudiera no querer, no pudo dezir que estaua eligida, ni basto consentir despues de muer-

Num. 100.

Responde a lo q̄ dize, quod aliud est esse talem, &c.

Num. 101.

No obsta dezir que doña Mariana no interuino en la capitulacion.

muerto el Conde, porque no se puede aceptar la donacion despues de muerto el donador, vt cōtra Molin. probant Gregor. & plures alij relati a Burg. de Paz, Iuniore, quæst. 10. numero. 36.

Porque se responde. Lo primero, que para q̄ valga la eleccion, no es necesario que la persona eligida este presente, ni que la acepte, vt probant interminis, Bart. in d. l. vnum ex familia. §. si de Falcidia. num. 3. & ibi etiam, Baldus, ante fin. dicens notandum, quod de natura electionis non est præsentia electi neque eius absentia, & quod possunt eligi absentes, & ignorātes, idem probat Segura in repetitione. §. sed si fundum eiusdem. l. numer. 85. versi. *Quarta*, Gamma, decisione. 173. num. 9. Loazes in l. filius famil. §. diui, num. 73. ad fin. Anton. Gomez. 1. tom. cap. 12. de legatis, num. 48. versi. *Item adde quod talis heres*. Florez in d. lib. 3. variarum, quæstio. quæstione. 22. num. 3. & ratio est impromptu, nam electus non dicitur capere ab eligente, sed ab eo qui electionem commisit, vt in dict. l. vnum ex familia, in principio, ibi. *Quod postquā electus est ex alia testamento capere potest*: & in. §. si de Falcidia eiusdem. l. vbi. Bart. Baldus, Paulus, & alij Doctores, y de la misma manera que si el fundador llamara a doña Mariana, no fuera necesaria aceptaciō en vida de su padre, assi ni mas ni menos siendo eligida por el Conde en virtud de la facultad que le dio el fundador, no tuuo necesidad de aceptar hasta que actualmente succedio.

Lo qual es mas sin duda, auiendo se hecho la eleccion, ex causa dotis, nam fauore dotis actio quæritur mulieri absenti, vt cum Bart. consi. 123. & Decio, consi. 35. post principium, & alijs probat Tiraquel. de priuileg. piæ causæ priuilegio. 115. licet promissor decedat ante matrimoniū, vt in l. si ego. §. 1. ff. de iure dotium.

Lo segundo se responde, que quando fuera necesaria aceptacion, basto la de don Carlos para quedar firme è irreuocable la eleccion, assi respecto del, como de la dicha doña Mariana, vt probat Anto. Gomez, in l. 22. Tauri, à num. 22.

Lo tercero se responde, que quando fuera necesaria aceptacion de doña Mariana, basto la noticia que tuuo de que se trataua el casamiento, y de que su padre prometia de nombrarla, porque en las cosas fauorables, sola la sciencia tiene fuer.

fuera de acceptacio. l. si seruus communis. 39. ff. de donatio. inter virum & vxor. Bart. in l. quo enim. §. 1. num. 1. ff. rem ratam habe, Abb. in cap. non ne. num. 4. de præsumpt. Decius in l. semper qui non prohibet. num. 2. ff. de regul. iuris, & in l. traditionibus, num. 14. C. de pactis, la qual noticia se presume por ser el hecho tan arduo, vt in cap. cum illorum. §. circa de sententia excommuni. Abb. consi. 3. num. 8. lib. 2. Feli. in cap. si diligenti. num. 4. vers. *Pro quo*, de præscrip. Auenda. de exequen. manda. 2. part. cap. 1. num. 2. vers. *Item si factum*: Y por ser hecho domestico de su proprio padre, Rolan. consi. 19. num. 44. lib. 1. Menoch. consi. 92. nu. 66. Cephal. consi. 33. num. 19. lib. 1. Thesaur. decisio. 70. nu. 12. Y bastara hallarle doña Mariana en algun lugar vezino para presumirse que tuuo sciencia de todo, vt probat Guido Papa, consi. 23. num. 13. mayormente, que por las cartas misiuas consta no solo de la noticia, pero tambien de la aceptacion. Bar. in l. cū tabernam. §. idem quæsit. ff. de pignor. Mieres. 1. par. quæst. 36. num. 8.

Con lo qual se excluye otro fundamento en que insisten los letrados del Conde, dicentes, que doña Mariana despues de muerto el Conde, no pudo ratificar la capitulacion matrimonial, en perjuizio de la dicha doña Catalina su hermana a quien estaua derecho adquirido, quia ratificatio debet fieri in tempore habili, vt in l. bonorum. ff. rem rat. haberi, cū concord. adductis a Tiraquel. de retractu lignag. §. 1. glo. 10. num. 69. & sequentib.

Porque sino fue necessaria aceptacion, o si la vuo de doña Mariana en vida del Conde, o si bastò la de don Carlos, la eleccion quedo perfecta, y doña Mariana sucedio en el Estado, y en ella se transfirio la possession ciuil y natural de los bienes, y no en la dicha doña Catalina, por el ministerio dela ley. 45. de Toro, la qual no dize que la possession passe en el hijo o hija mayor, sino en el que conforme a la institucion del mayorazgo vuiere de suceder, vt ex ea constat, & ideo remedium possessorium illius. l. dicitur habere causam proprietatis annexam, vt per Molin. lib. 3. cap. 13. num. 9.

Y si se replicare, que al tiempo de la muerte del Conde don Pedro Velez de Gueuara, que fue quando se defirio la succession, no estaua contrahido el matrimonio de la dicha

Num. 102.
Respondeo la l.
bonorum. ff. rem
ratam haberi.

Num. 103.
No obsta que
hastaten r offe
Elo el matrimo
nio, no pudo te-
nerle la eleccio.

doña Mariana con don Carlos, ac proinde no pudo passar en ella la possession ciuil y natural de los bienes, porque la eleccion hecha en los capitulos matrimoniales, y todo lo demas en ellos contenido, dependia de que el matrimonio tuuiese efecto, vt in l. Stipulationem. ff. de iure dotium, & in l. promittendo eod. titu. Bart. & Bald. in l. Titio centum. §. Titio genero. ff. de conditio. & demonstratio. Tiraquel. de retractu conuentio. §. 2. num. 53. cum sequentibus.

Num. 104. Nam respondetur multis modis primoque, aunque el matrimonio no tuuiera efecto, valiera la eleccion que hizo el Conde dō Pedro de la dicha doña Mariana, vt in donatione à patre facta ex causa dotis probatur in l. si extraneus. ff. de conditione ob causam vbi notant Roma. & Alexan. Decius, consi. 35. num. 3. late Marti. Monter. decisione 20. Regni Arago. num. 27. cum sequentibus, & in melioratione à patre facta ob causam certi matrimonij, quod sit irreuocabilis licet matrimonium non sequatur, probant Segura in dict. l. vnum ex familia. §. sed si fundum. num. 127. versi. *Ex quo posset inferri*, Loazes in l. filiusfam. §. diui, num. 85. ff. de legat. 1. Castillo in l. 17. Tauri, num. 105. & ibi etiam, Gomez Arias, num. 28. Pala. Rub. num. 46. Azcuedo, num. 45. & licet Tellerus ibi. num. 76. ab hac opinione dissentiat & cum eo, Molin. lib. 4. cap. 2. num. 18. Angulo, gloss. 10. num. 2. Mieres. 1. par. quæst. 39. num. 11. Lo que estos Doctores dize es, que se puede reuocar la mejora, matrimonio non secuto, vt ex eis constat, non vero, que la mejora no valga, vt recte aduertit Baeza de non melioran. dotis ratione filia. cap. 21. num. 10. versi. *sed certe*, Lupus, & num. 21. Lo qual en el caso deste pleyto es indubitado, porque la causa final de nombrar el Conde a doña Mariana, fue el amor que la tenia, y el fauorecerla mas q̃ a doña Catalina su hermana, y el matrimonio fue causa impulsiva, la qual no importa que cesse como no cesse la causa final, vt late probat Tiraquel. de cessante causa, limita. 1. pro totam, ibi. num. 48. cum Baldo & alijs, resoluit inspiciendam

Num. 105. esse qualitatem personarum adiudicandum an causa fuerit finalis, vel impulsiva. *La eleccion no recibe graua- men ni condicion.* Secundo respondetur, que quando las demas cosas contenidas en los capitulos matrimoniales, reciban aquella tacita cōdicio, si nuptiae secutæ sint, es imposible aplicarla a la eleccion

ción de la dicha doña Mariana, porque así como la elección no recibe gravamen, ni puede ponerle el que elige, vt in d. l. vnum ex familia. §. si de falcidia, & §. sed si fundum, & ibi notant Doctores, así tampoco recibe condición: Nam conditio respectu vocati onus, & gravamen continet, Bart. in l. illis libertis. ff. de conditio. & demonstratio. Peregrin. de fideicom. art. 15. numer. 36. ac proinde conditio ab electione, seu nominatione rejicitur, vt in l. Seius, & Augerius. ff. ad l. falcid. tradit interminis Caldas de nominatione emphy. 3. par. cap. 17. num. 13. & 14. vbi num. 13. recte intelligit, text. in l. assignare. ff. de assignan. libert. ne prædictis obilet.

Tertio respondetur, que quando la elección fuera condicional, y la condición valiera, lo que desto pudiera resultar, fuera, quod ante implementum conditionis; doña Mariana no se pudiera ayudar della, sed conditione verificata electio estimanda est ac si a principio fuisset pura, vt in l. fin. §. 1. ff. de vulga. quem text. signat ibi las. tanquam clariorem de iure, tradit late Tiraquel. de retractu lignag. §. 1. gl. 2. numer. 26. plurimi quos refert & sequitur Zanchus in repetitione. §. cum ita. 6. part. numer. 1. Y entretanto la sucesión estuiera in suspensio, como lo está en todos los casos, en que el sucesor del mayorazgo, antes que suceda ha de cumplir alguna condición suspensiva, vt probant Gregor. in l. 7. tit. 4. part. 5. verbo, possession, Molina lib. 2. cap. 12. numer. 17. Mieres 3. part. quest. 13. num. 4. Imo, quando viera pasado a la dicha D. Catalina fuera reuocabiliter, y cumpliendo despues la condición, sucediera y sucedio la dicha D. Mariana, vt probat text. notandus in l. quod si alij. ff. de adim. leg.

Neque item obstat dicere, que la elección fue condicional si pareciesse la escritura del Conde Ladron. ibi. Item, que el dicho señor Conde hara diligencia para buscar la escritura del Conde Ladron, y pareciendo la entregará a la dicha su hija, y los llamará por vía de sucesión, &c. que es lo mismo que si dixera, si pareciere la escritura los llamará, quia illud gerundium, pareciendo, adiunctum tempori futuro conditionem importat, vt in l. si tu ex parte, vbi glo. verbo, adeundo. ff. de acquirend. hæredita. Y pues no consta que el Conde aya hallado la escritura, no ay elección: y antes parece que en dezir, que la llamará pareciendo, dixo, que no pareciendo, no la llamaua, per argu-

Num. 106.

Aunque la elección fuera condicional tiene justicia doña Mariana.

Num. 107.

Responde a las palabras, y pareciendo.

y se responde que son palabras de la ex sequens §. n. 36. et 37.

mentum à contrario sensu, quod validum est in iure, vt in l. 1. §. huius rei. ff. de officio eius.

Porque se responde facilmente, que el gerundio pareciendo, està determinando las palabras, que inmediatamente se siguen en el capitulo. ibi. *La entregara*. Y en este tiene fuerza de verdadera condicion, como si dixera: si pareciere la escritura, la entregara, vt inferē in terminis probat Molin. dict. lib. 2. cap. 12. num. 16. in fin. versi. *Quo ad hoc namque illa est propria conditio*, vtpote quæ actum apprehensionis suspēdat, &c. pero no se refiere, ni determina las palabras del llamamiento y eleccion, que despues se siguen. ibi. *Y los llamara por via de sucession, &c.* Nam relatio ad proximiora fieri debet, l. si idem cum eodem. §. fin. vbi glos. & Doctores. ff. de iurisd. omni. iudi. Rota decisione 8. nu. 11. in 2. parte, idque maximè ad sustinendum sequentem dispositionem, quia repetitio nunquam fit ad sequentia, quoties ob repetitionem dispositio sequens vitaretur l. si quis a filio, vbi Ias. 1. notab. ff. deleg. 1. cum concord. adductis à Peregrin. de fideicom. artic. 16. num. 37.

Num. 108.
No obsta dezir
que no se cum-
plio lo capitula-
do dentro de los
tres meses.

Lo qual es mas sin duda, attento, que en la eleccion no se pudo poner condicion ni grauamen, vt supra num. 101. por que si el Conde no pudo hazer la eleccion condicional, no se ha de entender que quiso hazer lo que no pudo, bonus text. in Lucius. §. Imperatores. ff. ad municip. Socin. Iun. cōfil. 54. num. 14 lib. 3. Roland. confi. 81. num. 6. lib. 4.

Tampoco obsta dezir, que los capitulos matrimoniales, tienen otra condicion, con que se excluye la pretension de doña Mariana, del tenor siguiente. *Item, que cada vna de las partes, por lo que le toca, aya de cumplir lo contenido en este papel, dentro de tres meses, q̄ se cumplan a mediado el mes de Octubre, que vendra, y no lo cumpliendo queden libres*: Porque dicen, que ni el Conde cumplio de su parte dentro de los tres meses, antes murio dentro dellos sin cumplir, ni don Carlos de la suya: con lo qual quedò resuelta la capitulacion, y todo lo en ella contenido, y ambas partes libres. vt in l. 2. ff. de in diem adiectione, hæc enim est virtus clausulæ resolutiæ, Bald in l. ealege, num. 7. C. de conditione obcausam, Osascus decisione 65. nume.

Num. 109.
No esta oppues-
ta esta excep-
cion.

11. & 12.

Lo primero, porque esta excepcion no està oppuesta ni alega-

alegada en todo el pleyto: y esto solo basta para que no se pueda hazer fundamento en ella, vt in l. 2. ff. de excep. gloss. in l. si vnus. §. pactus, ne peteret, verbo factum in principio, ff. de pactis, quam ibidem sequuntur Doctores. Y en lo que no se oppulo, ni alegò por ninguna de las partes, ni ha auído conocimiento de causa, vt in cap. dudum. v. si. *Licet autem*, de electione, ni sentencia de prueua, vt in l. 1. tit. 6. lib. 4. noue Recopilatio. ni la parte se ha podido defender, ni prouarlo contrario, vt in l. defensionis facultas. C. de iure fisci lib. 10.

Lo segundo, porque no solo fue necesario alegar esta excepcion, pero prouarla: Nam reus in exceptionibus quoad onus probationis actor, vt in l. 1. & 3. ff. de exceptio. l. quoties. §. qui dolo. ff. de probatio. Y aunque sea negatiua la ha de prouar quien se funda en ella, vt in l. penul. §. docere. ff. ne quis eum qui in ius vocatus est, v. exi Bart. in l. in illa, nume. 5. ff. de verborum obligatio. vbi Alex. num. 9. dicit communem, & las num. 14. Anto. Gabriel lib. 1. commu. titu. de probatio. conclusio. 6. Y de que lo contenido en los capitulos no se aya cumplido, no ay prouança, porque vna fè y testimonio simple de vn clerigo, que dize ser Teniente de Cura, de que se aproueche la otra parte, para dezir, que dō Carlos y doña Mariana se casaron despues de los tres meses, no haze fè, ni prueua, por no ser escritura publica, vt in capit. 2. de fide instrumentorum, l. instrumenta. C. de probatio. Co-uarr. practica. cap. 22. num. 1.

Num. 110.
Niprouada.

Lo tercero, porque los capitulos cōtienen cosas que auia de cumplir el Conde, como era mejorar a doña Mariana, y entregarla la possession de la mejora, y nombrarla por sucesora, y cosas que auia de cumplir don Carlos, que era dar a doña Mariana quatro mil ducados de arras: De suerte, que todo lo que se auia de cumplir en fauor de doña Mariana, y ella sola, y el dicho don Carlos por su interes, podian alegar si se cumplio, ò no se cumplio en tiempo: pero no lo pueden alegar el dicho don Yñigo de Gueuara y su hijo, porque es derecho de tercero, vt in l. loci corpus. §. competit. ff. si seruitus vendi. & in l. militis. §. veteranus. ff. de milita. testamento, l. qui ex liberis. §. testamento. ff. de bonorū possessione secund. tab. y no solo es derecho de tercero, pero derecho de

Num. 111.
El Conde no puede alegar derecho de tercero.

Q

la mis-

la misma D. Mariana, en cuyo fauor fue todo lo capitulado; de lo qual no se pueden aprouechar contra ella, vt in l. quod fauore. C. de legibus, & in cap. quod ob gratiam de regul. iuris lib. 6.

Num. 112. Lo quarto, porque lo que toca a la eleccion y nombramiento de la dicha D. Mariana, no pendia de que el matrimonio tuuiesse, ò no tuuiesse effecto, & in omnem euētum, quedò firme y valida la eleccion, vt supra num. 104.

La eleccion no pendia de que el matrimonio tuuiesse effecto. Quinto, porque el pacto resolutiuo en que se capitulo, q̄ no cumpliendo dentro de tres meses, las partes quedassen libres, se entiende, queriendo vsar del la parte interessada, vt probat, tex. apertus in l. 2. ff. de lege cōmiss. ibi. *Cum venditor fundi in lege ita cauerit, si ad diem pecunia soluta non erit, fundus in emptus sit, accipi in emptum esse fundum, si venditor eum in emptum esse voluit, quia id venditoris causa caueretur, &c.* Y queriendo la parte estar por el contrato, sin duda queda en su fuerça aunque el termino sea passado, vt in l. 3. eod. titul. ibi. *Nam legem commissoriam quae in venditionibus adijcitur, si velit venditor exercebit, non etiam inuitus, tex. optimus in l. 38. titul. 5. partit. 5. ibi.* Otro si dezimos, que si el vendedor y comprador ponen pleyto entre si, que el comprador pague el precio a dia señalado, è si non lo pagare aquel dia, que sea desfecha por ende la vendida, que tal pleyto como este es valdero, è gana por ende el vendedor la señal, ò la otra parte del precio que le fuere dado si al plazo no le fuere fecha la paga toda, ò la mayor parte della, è deshazese la vendida: se quitur, pero con todo esso, en su escogencia es del vendedor, de demandar todo el precio, è fazer que la vendida vala, ò de reuocarla, &c. vbi Greg. verbo, que sea desfecha, refert Bald. Paul. & Decium dicentes: non esse hoc speciale in pacto legis commissoriae, cum in omnibus sit eadem ratio, quorum opinio, vt ipse dicit fulcitur æquitate, & ratione, quod comprobatur ex l. 2, C. de iure emphiteo. vbi si emphiteota non soluit ea nomen res incidit in commissum, scilicet, domino volente, vbi glo. verbo, volenti & cōmuniter Doctores.

Conforme a lo qual si los dichos D. Carlos y doña Mariana se casarō passados los tres meses, eo ipso cessò el pacto resolutiuo, y quedaron todos los capitulos en su fuerça, vt in l. post diem, & in l. si fundus. §. elegāter. ff. de lege commiss. & vtrobiq̄ue notat Bald. in electione venditoris esse an velit vti pacto resolutiuo vel non.

Idque

Idque maximè, porque dentro de los tres meses murio *Num. 114.*
 subitamente abintetato el Conde don Pedro, antes que es *Auiendo muer*
 tuuiesse en mora de cumplir, y cõ su muerte, la ley tuuo por *to el Conde de n*
 hecha la mejora, y la eleccion contenida en los capitulos, y *tro de los tres*
 se presume, que murio con la misma voluntad que tuuo en *meses electio*
 ellos de nombrar y elegir a la dicha doña Mariana. Nam vo *habetur pro sa-*
 luntas præambula non præsumitur mutata, vt in l. cum qui. *Et a.*
 ff. de probatio. l. cum hic status. §. pœnitentiam. ff. de dona-
 tio. inter virum, & vxor. late Menoch. præsumpti. 37. per to-
 tam, lib. 6. præfertim quando fuit plures deliberate prolata,
 vt probat Imol. in cap. illud, num. 5. de præsumptio. & in do-
 te speciale est, vt si quis promissit factum non succedat obli-
 gatio ad interesse, sed præcisse teneatur ad factum, Bald.
 Nouellus de dote 7. part. priuilegio. 4. & eo mortuo ante im-
 plementum habetur pro facto, vt in l. si ego. §. si res. ff. de iu-
 re dotium, & in terminis, terminatibus promissionis de eli-
 gendo ad successionem cuiusdam status, tradit Franci. de
 Ponte d. consi. 10. num. 24. cum duobus sequent. Quinimo,
 siendo como fue el acto de elegir execucion de la facultad q̃
 dio el Conde Ladron a los sucesores deste Estado, a quella
 voluntad se entiende, que durò despues de muerto el Con-
 de, vt probant Alex. num. 9. Ias. num. 44. in l. post dotem. ff.
 solut. matrimo.

Tandem, no obsta dezir, que las partes que otorgaron la
 dicha capitulacion, quisieron hazer vn contracto in scrip-
 tis, como consta por el vltimo capitulo ibi. *Item*, es condicion,
 que de todo lo suso dicho, se ayan de hazer escrituras bastantes a contento
 de las partes, y satisfacion de Letrados: el qual se auia de perficio-
 nar, quando se hiziesen las escrituras, y antes dello, no ay
 contracto, promessa, ni obligacion, y cada vna de las partes
 pudiera dezir, que no queria cumplir lo capitulado, y salirse
 a fuera, vt in l. contractus. C. de fide instrumentor. & in l. 6. ti-
 tul. 5. part. 5. Y aun conforme a la l. 22. de Toro, es necessario
 que de la promessa de mejorar, ò no, se otorgue escritura pu-
 blica, vt ex ea constat. ibi. *Y passo sobre ello escritura publica.*

Porque se responde, que es muy diferente cõcertarse las
 partes entre fi de palabra de otorgar algun contracto, y de-
 zir antes que este perfecto, que quieren se haga escritura
 quo casu procede la l. contractus. C. de fide instrumento. y la
 l. 6. tit.

Num. 115.

*Responde a la
 l. contractus. C.
 de fide instrum.*

l. 6. tit. 5. part. 5. que aprouò la opinion de Azon, reprobando la de Bart vt ibidem notat Greg. glo. 1. ò conformarse en otorgar por escritura priuada, alguna capitulacion, para effectuar vn matrimonio, ò concordia, ò assiento, con aditamento, que de lo que assi capitulan y otorgan, se aya de hazer escritura publica, quo casu, el contracto queda perfecto y consumado, y las partes ligadas, con auer firmado y otorgado los capitulos, y la escritura publica que despues se otorga, es en execucion dellos, vt probant in terminis Nata con sil. 176. num. 1. & 2. Surdus consi. 202. numer. 17. & decisione 71. incipiente de venditione, num. 8. los quales resueluen, que si la escritura publica excede de los capitulos que se otorgaron por escritura priuada, se ha de estar a los capitulos.

Quinimo, quando las partes se conforman solo de palabra, sin hazer ni firmar capitulos, & inter contrahendum, dicen, que se ha de hazer escritura ante escriuano, si ay alguna coniectura de que no quisierò que la escritura fuesse de substancia, sino para prouanca, queda el contracto perfecto desde luego, vt cum Aretin. & Decio, probat Gregor. in d. glo. 1. in finalibus verbis: Y en nuestro caso no solo ay coniectura, sino euidencia, de que quedarò obligados a cumplir por que ellos lo declararon assi. Y tras aquellas palabras se ayan de hazer escrituras bastantes, a contento de las partes, y satisfacion de Letrados añadieron, y cada uno de los dichos señores por lo que les toca, acceptauan y acceptaron, todo lo contenido en este papel, y que lo cumplieran y guardaran, y cumplido effectuaran el dicho matrimonio, &c. Y sino quedara el contracto perfecto no auia que acceptar ni que cumplir, hasta que se effectuara.

Num. 116.

l. 22. Tauri in pacto affirmatiuo non exigat scripturam.

Quod vero attinet a la l. 22. de Toro, aquellas palabras. Y passo sobre ello escritura publica, estan en la primera parte, que trata del pacto negatiuo de no mejorar: empero en el pacto affirmatiuo de mejorar, que es la segunda parte, no pidio la ley que el pacto se hiziesse por escritura publica, ni en este segundo caso es necessaria, vt ibidem probat Castill. verbo, *Escritura publica*. Pala. Ruu. nu. 4. Anto. Gom. num. 28. Tellus num. 4. Couarru. in c. quamuis pactum 3. p. in initio. num. 2. ad fin. Mieres. 1. p. quæst. 65 num. 9. cum sequent. Ioa. Guierrez lib. 2. practicarum quæst. 59. Matienço, in l. 6. titul. 6. lib. 5.

lib. 5. Recopila. glo. 2. nu. 1. qui, nu. 4. assignat rationem differentie inter primum pactum negativum de non meliorando, & secundum affirmativum de meliorando prout etiam assignat Tellus num. 5.

Por testigos.

Tambien se prueua la elecció de doña Mariana por testigos, porque en la pregunta. 12. de su prouança articulo que el Conde don Pedro su padre, antes que otorgasse la dicha capitulació, y despues dixo y declaro muchas vezes que su voluntad era de elegir y nombrar a la dicha doña Mariana su hija, por sucessora en el dicho Estado, y q̄ por tal sucessora la elegia, y respondiendo a ella, pieça. nu. 4. dize Iuan de Garibay, a fol. 377. *Que le dixo el Conde auia de dexar su Estado a doña Mariana su hija, porque la tenia mucha afficion, y que aunque se muriesse sin dexarla nombrada y llamada por tal sucessora del dicho Condado, su voluntad era de llamarla y nombrarla por tal sucessora y dize se lo oyo muchas vezes.* Don Andres de Alaua Inquisidor de Mallorca, dize, que el Conde don Pedro, siempre que tratava desto dezia que elegia y nombrava a la dicha doña Mariana, por sucessora del dicho Estado, como hija mejor y mas querida. a fol. 471. Martin de Ysunza, a fol. 669. dize, que despues de hechas las capitulaciones por el mes de Agosto de 1593. le dixo el Conde que su voluntad era de elegir y llamar por sucessora de su Estado a la dicha doña Mariana su hija para casarla. Pedro de Gueuara a fol. 682. dize, que despues de hechas las capitulaciones le dixo el Conde, que yua a buscar unos papeles, y que luego auia de hazer que se casase doña Mariana, y meterla en posesion de su Estado de Oñate, y que su voluntad era lo susodicho. Doña Ysabel de Gueuara monja en sancta Ana de Oñate a fo. 942. buel. dize que oyo al Conde, que pues doña Catalina le auia sido reuelde, inobediente en auerse casado sin su autoridad y licencia, que desde luego eligia y nombrava por sucessora en todo su Estado a la dicha doña Mariana su hija, y que luego la auia de casar y dar la posesion, y que lo susodicho era su determinada y ultima voluntad, y que esto fue veinte dias antes que el Conde muriesse. Don Pedro de Ysunza, a folio. 442. buel. en la vltima pregunta añadiendo a lo que dixo en la 12. pregunta, cerca de la voluntad que tenia el Conde don

Num. 119.

Lo que dicen los testigos.

Pedro de nombrar por sucessora a la dicha doña Mariana, dize, que oyo algunas vezes al dicho Conde que la llamaua y nombraua desde luego por sucessora en el dicho mayorazgo y Estado, Julian Abbad de Vnqueta. fol. 75 r. dize, que veynte dias antes que falleciesse el Conde estuuó en la villa de Gueuara, y dixo al testigo, q̄ tenia tratado de casar a doña Mariana con don Carlos, y que era su voluntad de dexar el Estado a la dicha doña Mariana, y su marido. Doña Casilda de Porras, a fol. 600. buelta, dize que oyo dezir al Conde don Pedro, que doña Mariana auia de ser su heredera y señora de su Estado y casa, y que por tal la auia de elegir y nombrar, y que se le auia de dexar, porque lo podia hazer, y que lo suyo dicho era su voluntad.

Num. 118.
Electio probatur
testibus singularibus.

Estos testigos quando doña Mariana no tuuiera aliunde prouada la eleccion, bastaran para prouaria, nam electio duobus testibus probari potest, vt firmat in terminis, Paulus in l. vnum ex familia, num. 4. & ibi etiam, Peralta num. 8. Padilla num. 9. & est communis opinio. vt attestatur eam secutus, Anton. Gomez in l. 40. Tauri, num. 49. ad fin. Caldas de nominatione emphiteo. 3 part. cap. 3. nu. 25. in fin. Y aunque los testigos sean singulares en este caso prueuan, vt in electione sepulturæ probat notater Guido Papa de cessione. 544. sequitur, Rolan. consi. 82. num. 44 lib. 2. Rimin. Iun consi. 7. num. 64. & cum alijs Mascard. conclusionem. 1298. & interminis terminantibus Florez. lib. 2. varia. quæst. 22. num. 53.

Con lo qual todo concuerda y haze consonancia la petition que presentó el dicho don Ynigo de Gueuara en el Consejo, año de 1593. en la qual dixo y alegó, que el Conde don Pedro auia nombrado y elegido por sucessora de su Estado a la dicha doña Mariana, lo qual tiene fuerza de confesión judicial, vt in l. cū precū cū, ibi notatis. C. de libe. causa, late Anton. Gabr. libr. 1. commun. titu. de confessio. conclusionem. 4. & cum ex prædictis certa videtur eligendi voluntas non est quærenda alia coniectura, vt cum Bar in d. l. serui electione, num. 4. & ibi. Ias. nu. 23. Menoch, & alijs dicit Thom. Sanchez in tracta. de matrimonio. 1. tom. lib. 6. disputatio. 22. num. 7.

Y como quiera que para ser valida y firme esta eleccion in foro fori, no era necessario justificarla, vt supra, num. 4. tuuo el Conde causas justissimas para hazerla, como lo fue-

ron,

ron, el ser la dicha doña Mariana mas querida, y mas obediēte que la dicha doña Catalina, y el juntarse mediante este nōbramiento a la casa de Guevara, vn patrimonio de veynte y cinco mil ducados de renta, que era lo que auia menester, porque aunque en antigüedad y nobleza y splendor de sangre, no deue nada a otra ninguna del Reyno. En lo que es réta tiene tan poca que no llega a tres mil ducados, y sucediendo doña Mariana sera muy lucida, la qual tiene justicia para lo que pretende. Salua in omnibus. D. V. dignissima censura, &c.

Diego Marro

22,579

