

IESVS, MARIA, IOSEPH,

IN PROCESSIBVS
IVRISFIRMARVM
EXCELLENTISSIMÆ
DOMNÆ PHILIPÆ CLAVERO,

ET SESSE, COMITISSÆ
DE ARANDA.

Por su confirmacion.



OS firmas obtuvo la Excelentissima Señora Condesa de Aranda, en fomento de su Viudedad vniuersal, y aunque los meritos, y la substancia es vna misma, la segunda inhibe la aprehension (en perjuizio suyo) con color de sucesiones intestadas, por muerte del Excelentissimo Señor Conde Don Antonio: porque la primera aprehension, que se intentò del Estado, era solo con vinculos, y a estos taxatiuè, se dirigió la primera inhibicion.

La clausula de la Capitulacion Matrimonial, fundamento de entrambas, dize: *Item es pactado, y concordado entre dichas partes, que para en caso de disolucion del presente Matrimonio, sin hijo, ò hijos, posthumo, ò posthumos, que a luz pervinieren del presente ma-*

trimonio, el dicho Excelentissimo Señor Conde de Aranda, se reserva expressamente derecho, y facultad de poder añadir, y aumentar dicha Viudedad FORAL en todos los otros bienes de su Estado, y Villas, ò Lugares, ò en los que le pareciere de los arriba especificados, y confrontados a su libre arbitrio, y voluntad, y quieren, y expressamente consienten, que qualquiera escritura, ò Testamento, que hiziere, y otorgare por dicho aumento de Viudedad, SEA PARTE, y porción desta escritura, y Capitulación Matrimonial, y surta, y tenga todos aquellos privilegios, fines, y efectos, que de Fuero, Derecho, Observancia del presente Reyno de Aragon tuuiera, y surtiera, si estuiera aumentada, DECLARADA, expressada, y añadida en la presente Escritura de la Capitulación Matrimonial. Y esto se entiende, aunque en dicha Escritura de aumento, que hiziere, assi en vida, como en muerte, no dixere expressa, ni tacitamente que usa de dicha facultad reservada, porq̃ desde aora PARA ENTONCES, es visto querer usar de dicha facultad deuidamente, y segun Fuero.

En su vltimo testamento, que cerrado, y sellado entregò en poder del Notario, dicho señor Conde de Aranda, calendando, y inscribiendo la misma clausula de arriba, dixo: Por tanto usando de dicho derecho, y facultad, atendiendo al mucho amor, y voluntad que he tenido, y tengo a dicha Condesa Doña Phelipa Clauero mi muy amada, y querida muger, la dexo Viudedad FORAL, y quiero que la goze en todas mis Villas, Castillos, Lugares, Pardinias de mi Estado de Aranda, abaxo confrontados, y tambien en mis Lugares del Reyno de Valencia, Tenencia de Alcalaten, Varonias de Misfata, Beniloba, y Corte de Arenos, que tambien estan abaxo confrontadas, y en la Jurisdiccion Civil, y Criminal, alta, y baxa, mero, y mixto imperio de aquellos, y quie-

y quiero, q̄ **SEA PARTE**, y porcion esta clausula, y testamento de dicha Capitulacion Matrimonial, y que surta, y tenga todos los privilegios, fines, y efectos que de Fuero, y derecho, uso, y costumbre del presente Reyno de Aragon surtiera, si estuiera aumentada la dicha Viudedad en la dicha Escritura de Capitulacion Matrimonial, firmosè al fin, diziendo, *Don Antonio Ximenez de Verea, Alagon, y Espes, Conde de Aranda, y Sastago, otorgo el dicho Testamento.*

Probose la letra fer del Conde, con tres testigos. El primero de vista, y de auerle dictado el modo de subscriuirse. El segundo de auerla visto antes de cerrar, y conocer fer la propia. El tercero de tenerla muy conocida; y los tres de auerlo oydo confessar al Conde al tiempo de entregarle la misma plica de testamento, tomadle, que ya està firmado; y de su conocimiento, & nota manu, in specie, con mucha claridad, y determinacion.

Las firmas se concedieron con mucho acuerdo, y deliberacion, disputando la materia, en otras que pidia encontradas el Illustrissimo señor Governador de Aragon, (y en conformidad de votos) y sin embargo que el Consejo le dio grauissimos dubios en sus enclauatorias: de nuevo se trata oy la reuocacion, con el nombre de Iuan de Lobateras.

La confirmacion de qualquiera, se assegura con tres fundamentos, cada vno por si a solas, bastante en Fuero, y Drecho para semejante prouision.

FVNDDAMENTO PRIMERO.

LA PLICA, O CEDVLA DE TESTAMENTO cerrado, subscriita de mano del Conde, bastò para aumentar la viudedad, como escritura priuada.

No ay question en la potestad, que los contrayentes, en acto solemne, y autentico, se puedē referir a escritura mere priuada, è insolemne, *Alexander cons. 239. in prin. lib. 6. Bartholus in l. si ita scripsero 38. ff. de cond. & demonst. Suelues cons. 82. nu. 11. ibi: Quod relatio ad scripturam inuvalidam fieri potest, Castrens. cons. 377. lib. 2. Aymon cons. 143. num. 6. aunque sea escritura priuada de futuro, iuxt. tex. notabiles, in l. si ita scripsero 38. ff. de condit. & demonst. l. institutio talis 10. ff. de condit. instit. l. si quis 36. l. asse toto 77. ff. de hered. instit. Ludovic. Lana cons. 2. de test. formul. num. 8.*

La volūtat se explica por las palabras, qualquiere escritura, que es general, *Surdus cons. 153. num. 4. Gratianus discept. 724. num. 16. Clem. 1. verb. quavis alta de re iudicata: & indefinita hominis, Portoles verbo indefinita, num. 6. Suelues cons. 19. num. 1. tom. 2. y ha de comprehender ambas especies de publica, y priuada, Innocentius expresse in cap. 2. de sent. excomm. lib. 6. ibi: Scripturis publicis, siue priuatis, cap. cordi, de appellat. idem gloss. in cap. 1. de appellat. verb. in scriptis, & habetur in cap. ut debitus eo. tit. Lanfranc. optime de fide instrument. num. 4. Sesse decis. 181. num. 3.*

Y que la priuada veniat appellatione scripturæ, y sea especie suya, se prueua del texto singular in l. si quis Decurio, in princ. C. ad leg. Cor. de falsis, ibi: In conscribendis publicis, priuatisque instrumentis: & in l. comparationes, C. de fide instrument. ibi: Ex chyrographis fieri. & alijs instrumentis, qua nō sunt publicè confecta. l. super chyrographarijs 17. in princ. C. si cert. petat. Bart. in l. 1. C. de iure iurando propt. calum. dando, num. 2. Baldus in d. l. 1. num. 6. Decius in rubr. decret. tit. de fide instrument. num. 15. Menoch. lib. 3. presump. 41. num. 8. Tiraquell. de retract. lignag. §. 2. glos. 1. num. 29. Carrocus decis. 49. num. 3. cum pluribus sequentibus, vbi pulchrè.

De foro, es más cierto, por lo que dize Molino *verbo scriptura privata*, ibi: *Credo tamen, salvo meliori iudicio, quod de foro quidquid sit de ratione scripta, regulariter omnis scriptura, quæ non est publicum instrumentum, idest publica manu tabellionis confectum, dicitur scriptura privata, quod satis ista conclusio aperte probatur in d. foro 1. ut debitum, § fol. 99. ibi: Dum dicit quæ non sit publicum instrumentum, lo mismo dize Portoles con Rebufo, y otros ibidem. n. 6.*

En muchos casos por si sola haze fee, foro 1. tit. ut debitum non possit iuncta observant. item licet tit. de fide instrument. for. unico, tit. execucion de la carta de encomienda, vers. y que para probar la solucion, de quibus Molin. in verb. scriptura privata, ubi Portoles. Es comparada, y en rigurosa significacion comprehendida, sub appellatione instrumenti; quando est recognita, aut per se probans, Decius post Abbatem in rubr. de fide instrument. Afflictis decis. 272. nu. 2. Magonius decis. Lucensi 15. num. 17. Genua de scriptura privata quest. 1. num. 28. Sesse decis. 181. D. Iosph. Niño ad albarannum §. 2. nu. 14. y si esta firmada con tres testigos, es superior a la hipoteca de vn publico instrumento, l. scripturas, C. qui potiores, ibi: *Tunc enim quasi publice confecta conficiuntur* (Genua d. lib. 1. q. 3. nu. 205.) ubi DD.

Siendo especie foral conocida por drecho, y vtil para explicar la voluntad, l. neseuius de negotijs gestis, Ioannes Guill. in l. 3. Tauri, num. 184. Que quede, alomenos, escritura priuada declarando el aumento de la Viudedad, en este caso se prueua a la letra, con exercitar la vista en la clausula referida; y aunque el Notario, despues faltara a la solemnidad de la entrega, quedaua lo escrito, y firmado en esos terminos, por lo que dize con Baldo in cap. cum a nobis de testamentis, Ge-

nua de scriptura privata quest. 4. num. 19. ibi: Quod omnis scriptura regulariter, est scriptura privata, ut notatur in l. quadam, §. numularius, ff. de edendo, & ibi glossa, ideo si Episcopus propria manu scripserit cautionem usurarij, vel eius TESTAMENTUM, vel collationem, beneficij illi scriptura, non credetur in præiudicium alterius; quia est, SCRIPTURA PRIVATA, ut asserit ibidem Baldus, & instrumenta domestica, sine alijs adminiculis non probant.

Y en terminos de testamento, in scriptis, sine rogitu Notarij, dixo *Don Luys de Lana conf. 1. de testam. formulis, num. 75. circa medium, quia schedula illa sufficiente testium depositione, & instrumento Notarij remanet in vim PRIVATÆ SCRIPTURÆ, ut dicimus in schedula, quæ continet testamētum in scriptis, l. 2. ubi Baldus, & DD. Cod. de testament. Bartolus in d. l. 2. in princ. ff. quemadmodum testamenta aperiantur. Socinus. dict. conf. 142. colum. 1.*

Ni obsta que el testador, pudiendo hazer escitura privada, y publica, vsò del segundo medio; y no concluyendole, no ha de valer por ninguno; por la regla, quod potui nolui, quod volui adimplere nequii.

Porque se responde, que el leerse escrita, la voluntad no lo puede quitar, ni el que valga, si por algun camino las clausulas les pueden dar valor, ex eleganti definitione *Fabri, 20. C. de testamen. ibi: Scriptura quæ aliena manu scripta tamquam testamentum, propria etiam testatoris manu subscripta, hoc addito, quod vellet eam ut testamentũ valere, non potest defendi, ut valeat iure testamenti, siue in scriptis, quia in eo testamenti genere nomen heredis ab ipso testatore, qui literas scit, scribi oportet; siue nuncupatiui, quia heredem hoc casu ab ipso quoque testatore viva voce, & palam nuncupari oportet.*

Itaque consequens est, ut nullius omnino momenti sit testamentum, nec valeat in vim codicillorum, SI NON ADIECTA SIT CLAUSULA CODICILLARIS, quantuscunque testium numerus ad fuerit, ita Senatus in ea causa de qua defin. 2. sup. 11. Cal. Jul. 1595.

Lo segundo, que quando los medios son compatibles, connexos, e inuiscerados para vn mismo fin, porque no se acierte el vno, no falta la voluntad, para que se cumpla con el otro; si este tiene todo su ser perfecto: porque el deseo siempre abraça qualquiera desahogo, y medio, por donde se pueda mas facilmente cumplir la voluntad, vt in terminis testamenti in scriptis, & nuncupatiui, concludit *Alexander cons. 166. col. 2. Paul. Castres. cons. 414. Afflictis decis. 144. Ferdin. Vasquius tract. de success. creat. & resolut. lib. 2. §. 2. num. 12. Ludouic. Lanna d. cons. 1. à num. 40. & seqq. latissimè Gutierrez lib. 5. pract. quest. q. 45. num. 4. & 9.*

Y como no es acto repugnante al testamento in scriptis, ser primero cerrado, y escrito, por necessario antecedente; se sigue, que ya que no pueda valer por testamento (aun ex defectu voluntatis, quando se reuoca; que es mas) valga por escrito priuado; si por ley, costumbre, ò otro acto solemne, de quien fuere relato, puede recobrar eficacia, y virtud, *Fontanella decis. 89. num. 11. 12. & 17.*

Querer que la escritura priuada se solemnice por publica, es pretender añadir forma nueua, a la que tiene, para cumplir con el precepto de la ley; pero no es quitar la substancia, y forma, que por si goza, independiente dessa segunda forma publica; ni renunciar el fauor q̄ sin ella se pudo lograr, *arg. l. 3. ff. de milit. testam. Quia nō creditur testator (dize Gutierrez d. q. 45. num. 9.) circa medium, se voluisse restringere ad vnā tantum speciem testandi.*

di, & eligere viam, per quam suum iudicium impug-
naretur (d. l. 3.) quia actus debet interpretari, ut potius
valeat, quam pereat, l. quoties, cum similibus, de rebus
dubijs.

Del testamento in scriptis, recobrado del Notario, dō-
de ay voluntad mas clara de no passar por el, disputa Fon-
tanell. en las decis. 49. 50. & 51. si prueua algo, y con de-
creto de la Real Audiencia de Cataluña; concluye que
vale inter liberos, y no pudiera, sin fer escritura priuada.
Y Mastrillo decis. 132. nu. 16. que lleva lo contrario, lo
menos que le dexa, es fer, y forma de escritura priuada,
que aqui basta para que sea termino relato de la Capitu-
lacion matrimonial, que se refiere a qualquiere.

Y esto se califica mas, con q̄ el mismo testador, sabien-
do; que podía elegir qualquier escritura, ò testamento,
no solo se limitò a aumentarla por testamento, pero dixo
que esta clausula fuesse parte, y porcion de la Capitu-
lacion Matrimonial, &c. y assi execucion, y complemento
de contracto inter vivos, que estava in suspenso, y que no
quiso arriesgarla a las solemnidades, y ceremonias de te-
stamento solemne; pues no pudo querer (antes repugna a
toda buena razon) gozasse todos los privilegios, y surtie-
ra todos los efectos de estar escrito en los mismos Capitu-
lulos el aumento, si necesitara de otra solemnidad, Bar-
tolus, Immo la in l. heredes palam, §. sed. quid n. 4. Faffon
in l. testamento. n. 12. C. de testamento militis, Ludovic.
Lana cons. 2. de testament. formulis n. 16.

Menos obsta, que auendosi de probar fer escritura
del Conde, por testigos, no puede este medio perjudicar
a terceros, para que no aprehēdan por vinculos: porque se
responde, que la escritura priuada, no es la que perjudica,
fino la Capitulacion matrimonial, y no tanto esta, como
aquel contracto que precedio, fauorable, y de importan-

cia publica , que es el matrimonio de personas Ilustres, que gozan Estados , y Mayorazgos muy crecidos, pues sin embargo de vinculos, es foral en ellos la viudedad, ex *Foro antiquo de iure dotium*, iuncto *Foro unico de iure viduitatis*; ex his que late tradit *Molin. verbo viduitas in bonis vincularis*; *Suelues conf. 28. per totum in centur. num. 21.* cuyo fauor es tan lato, que aun post contractum, matrimonij, se puede constituir, y mucho mas aumentar, si desta facultad ay reserva, *Sesse decis. 252. punctim en la Casa de Aranda*; *Suelues, d. conf. 28. nu. 21.*

Rursus, disputa *Pollidoro Ripa*, si auiendo pacto en la escritura priuada valga por instrumento publico, puede tener efecto; y aunque lo duda en la *obseru. 336. nu. 2. § 3.* y tambien *Baponio conf. 48.* es la comun se puede pactar entre las partes. *Alaisius Riccius p. 5. collect. 1294. late Farinac. decis. 98. per totam*, plures adducit *Genua de scriptura priuata, lib. 1. q. 4. nu. 46.* *D. Iosph. Niño ad albaranum, §. 9. num. 50.*

Nuestro caso es diferente del todo, y aun no dà lugar a essa disputa: porq̄ ninguno duda que la escritura priuada, relato de instrumento publico, dañe a todos los que perjudica su referente. Lo vno, porque es parte suya, *Suelues conf. 28 nu. 19. tom. 2. ac si dispositio relata esset rescripta de verbo ad verbum, in parte referente.* *Surdus conf. 313. num. 49.* Lo otro, porque goza de todas sus qualidades, late *ibidem*. Lo otro, porque inest actui quasi à principio: y era priuale del principal efecto, y qualidad, sino obrasse todos los efectos, que la principal disposicion, con quien se incorpora, è identifica.

Y es preciso negar primero, que los contrayentes no pudieron de Derecho, ni Fuero contemplar la escritura priuada; ò se ha de confessar por necessario conseqente,

C que

que es de carta, latè *Suelues cons. 17. num. 13. tom. 1.* que comprehendieron el medio de la probança de testigos, que para esse fin es medio vnico; y quando la razon es sola, y el medio vnico, habetur pro expresso, *Fontanella decis. 354. num. 17.*

Si los contrayentes no hizieran Capitulacion, ò no hablaran en ella de la Viudedad, la gozara sin duda, dispositione legis statutariae, mi señora la Condesa; porque era menester renunciacion especifica, *Observ. Item propter germanitatem, de iure dotium*: y no puede ser de mayor virtud contra los llamados por via de Mayorazgo, lo tacito, que lo expresso, de constituirsela, por qualquiera escritura, imò è contra, *Barbos. axiom. 89. num. 2.*

Y si se replicare, que ya se renunciò, valida, eficaz, y expressamente en la Capitulacion, y que assi, es menester medio Foral, y solemne para restituirsela. Se dize, que los successores en el vinculo, no tuuieron derecho adquirido irreuocabiliter, por las palabras de la Capitulacion; pues no auiendo en vna escritura indiuidua, prius, nec posterius, todos los pactos reciben el ser en vn instante de la conclusion, *Bart. in l. lecta, num. 9. § 18. Cagn. num. 119. ff. si certum petatur. Fontanell. decis. 576. num. 21. § de pactis, claus. 7. gloss. 2. part. 2. num. 47.* Y inmediatamente sigue el de la reserva, de aumentar por qualquiera escritura; y assi pendiente condicional, y resoluble, mientras el Conde en vida, ò en muerte no le aumentare: con que auiendole cumplido por qualquier medio habil, la condicion se purifica, y la renunciacion se refuelue, como sino estuiera hecha, *Marius Muta decis. 56. num. 30. Amato observ. 4. alios Suelues cons. 13. num. 20. tom. 3.* y el aumento, como si en la misma Capitulacion estuiera escrito, ibi: *Tuuiera, y surtiera, si estuiera aumentada, declarada, expressada, y añadida, &c.*

Y don-

Y donde con autoridad de ley se formò la viudedad, y la reserva fue de añadir, y declarar la misma, ibi: *Facultad de poder añadir, y aumentar la Viudedad FORAL*, y la que se aumenta, y declara es la foral, ibi: *La dexo Viudedad foral*, no se haze agrauio a los successores el elegir medio, por donde legitimamente se explica, lo que perdiò de su mera voluntad, en que prueua llenamente la priuada escritura, *Bartol. in l. 1. §. 1. ff. de alimentis. Et cib. legat. Parisius cons. 19. num. 114. Crauet. cons. 996. num. 3. in 6. Rota Romana in nouissimis decis. 811. nu. 16. part. 1. Genua de scriptura privata, quest. 4. num. 173.*

No obsta, que con probança de testigos, por falaz, y poco segura, no se puede inhibir la aprehension, que es priuilegiada; por lo que dize *Sesse de inhibiti. cap. 5. §. 1. n. 27. §. 28.* porq̃, quãdo los testigos no prueba los meritos, y substancia del contracto, falta de implementos, sino las circunstancias, inelusiones, y condiciones precisas, siempre queda instrumental la probança, el mismo *Sesse d. §. 5. nu. 26.* dize, que con testigos, no puede el reo probar su inocencia, diziendo, que no hizo el delicto, ò que no deue la cantidad, porque esto es de merito de la causa principal, cuyo progresso, como por aquellos no se estoruará menos el ingresso por via de excepcion, ò firma.

Empero la possession del vinculante (quando se inhibe aprehēder por deudas hechas por los successores) la del marido difunto, su muerte, la filiacion, el matrimonio, la sobreuiuenciencia, y el traje de viuda, que es tan frequente en firmas contra aprehensiones, no se han probado jamas (ni aun pueden) sino con testigos; porque todo es fuera del principal merito, y contracto, y solo circunstancia, y condicion, para que la ley obre su beneficio.

En la probança de la letra, y firma del que subscriuiò,

es mas preciffa esta regla, y se ve practicada contra procesos de aprehension en todos los exemplares, que pone *Molin. in verbo firma num. 183. circa finem*, in solutione probata per albaranum mercatoris, y a mas dellos se ha juzgado lo mismo, *in mense Martij anno 1609. in processu Hieronymi Solorzano, super iurisfirma, qua fuit bis confirmata 30. Aprilis eiusdem anni 1609. Et in processu Antonij Tarrasa super iurisfirma, Et in processu D. Petri Bermudez de Castro 25. de Febrero 1614. Et in processu Antonij Perez super iurisfirma 14. de Junio 1614. Et in processu D. Balthasaris de Currea 27. de Febrero 1616. Et in processu D. Balthasaris Zaldibar 11. de Agosto 1617. idem fuit decissum in processu Lupi Martinez de Lagunilla 3. Febrero 1593. Et in processu Josephi del Corral super iurisfirma 16. de Julio 1618. y otros muchos mas modernos.*

Y aunque se replicò, que la *Observ. Item licet secundum forum 10. de fide instrument.* dixo, que semejantes albaranes hiziesen fee; pero sin dezir, que la probanca de testigos tuiesse los priuilegios de inhibir la aprehension, se han concedido tantas, y confirmadose en contradictorio juizio. Aqui concurre Fuero expreso, observancia, y ley especial, que permite aumentar la Viudedad, por qualquiera escritura, con todos los priuilegios, &c. (*quia contractus ex sola conventionem legem accipiunt, l. contractus. ff. de reg. iur. Circa decis. 79. nu. 21.*) se ha de confessar, que ha de merecer el inhibirla, como sino huiera Capítulos, ò como si con vna parte instrumental dellos se pidiera.

Concluyo con lo que dixo *Portales in verbo firma, num. 205.* a la posibilidad, de que el instrumento, ò el testigo puede ser falso (que con esto solo jamas auria firmas, pues todas se fundan en testigos, ò instrumētos, ò en am-

bos juntos). Nec obstat, si quis obijciat magnum inconueniens subsequi posse in predictis casibus si iurisfirma concedatur, cum per illam prohiberi videatur, ne quis iustitiam possit consequi, etiam si apocham, vel instrumentum a firmante propositum, non subsistere probari intendat: quoniam respondetur, quod inconueniens cessat: quia postea in repulsione iurisfirma de nullitate, seu defectu, vel falsitate, vel iniquitate exceptionis in firma proposita agi poterit, & ea probata firma repellitur. Y Sesse de inhibitionibus cap. 4. §. 2. num. 8. en mas fuertes terminos de inhibir processo ordinario, por excepcion de usura, dixo: Nec obstat dicere, quod per firmam, & inhibitionem iudicatur instrumentum usurarium, parte non citata, absque discussione contra tradita, &c. & postea addit. Nam dico, quod non iudicatur usurarium diffinitiuè, sed tantum, ut res ponatur in tuto, nam postea in repulsione iurisfirma debet discuti plenariè, refert Suelues cons. 63. num. 6. in fine.

FUNDAMENTO SEGUNDO.

POR INSTRUMENTO PUBLICO DE aumento de Viudedad.

No es incōueniente celebrarse en un testamento; otro genero de disposicion, y contracto inter viuos: por la glosa comuniter recepta, in l. heredes palam, ff. de testamentis, & qui testamenta facere possunt, l. assignare 7. ff. de assignandis libertis, Boerio decis. 353. num. 4. ibi: Licet prima fronte videatur dicendum contractum, in testamento fieri non posse, ex eo quod in ipso actu testandi, non cadit mixtio actus extranei, l. cum antiquitas de testamentis, & contractus est quid remotum, & extra-

neum à testamenti factione, l. verba gesserunt, ff. de verb. significat; nihilominus secundum Roman. communis omnium sententia sequitur gloss. tenentem contrarium, in l. heredes palam, in fine, Et ibi Franc. de Aret. de testament. per l. assignare, ff. de assignat. libert. Et text. in l. ex sententia, ff. de testament. tut. addè Baldum in l. si auia, num. 1. Et 2. C. de iure deliberan. Salicet. in d. l. si auia, num. 1. Et 2.

Y estos contractos hechos en testamento, no requieren mas solemnidad, que por si mismos necessitan, quedando irrevocables, aunque se revoque, irrite, ò anule el testamento, en que se celebran, Gratian. discept. 751. nu. 5. Et 6. cum pluribus late comprobans, ex Lambertengo super statuto de contractibus mulierum glos. 22. num. 8. ubi etiam, quod tales contractus facti in testamento non solum non poterunt revocari, sed habebunt statim effectum à die conditi testamenti, non spectata morte testatoris, si fiant parte presente, vel Notario pro illis stipulante, ita ut etiam valeant quamvis testamentum **ESSET NVLLVM, ET INV ALIDVM,** seu revocaretur tamquam tale; cum agatur ex contractu stipulationis, Et ideo etiam probabitur, per duos testes tantum; quamvis testamentum requirat septem, cum non sit alterata natura contractus cum alijs effectibus, de quibus per Decium cons. 195. in casu proposito breviter queritur, col. penult. in princ. num. 3. Et 4. Castr. cons. 379. primo videndum est in princ. lib. 1. Et cons. 381. videndum est, qualis in princ. eodem, lib. 1. as. in l. cum antiquitas, col. 2. vers. addè, quod si in testamento, C. de testamentis.

Despues de dos decisiones, que haze Fontanella tom. 1. que son 87. y 88. concluye en la decis. 89. con alegaciõ de muchos, exemplar, y decisio[n] del Señado de

Cataluña, diziendo en el num. 18. con *Iosepho Ludouico commun. conclus. concl. 60. declar. 1. § 3. Ceballos quest. 140. num. 5. in hoc non reperiri contradictorem*, refiere à *Gutierrez in l. nemo potest. num. 254. de legatis 1. à Tiraello*, y *Gratiano d. discep. 751.*

En el contrato de Capitulacion matrimonial, no se requiere subscripcion de contrayentes, ni testigos, ni es acto de firma comprehendido en el Fuero, forma para testificar, como dize *Portoles verbo instrumentum nu. 126.* dandolo por constantissimo in hoc Regno, ibi: *A Notarijs peritis, subscriptionem necessariam non esse in confectione, & testificatione instrumenti apocæ, vel Capitulorum matrimonialium*: y mucho menos en la adicion, referuada en la misma Capitulacion matrimonial, que es parte formal, appendix, y sequela accessoria de la misma, ex latè adductis per *Gabrielem in commun. conclusiones lib. 6. de regulis iuris, conclus. 3. num. 29.*

Luego si para comēçar la Capitulacion, bastò Notario, testigos, y otorgantes, en q̄ se cifra toda la solemnidad publica, y Foral, de semejãte acto; concurriēdo en este de adicion de entrega, estos mismos requisitos, ha de quedar para esse efecto instrumento publico, etiam irreuocabile: sin embargo, que en ello estè mezclada disposicion testamentaria, para legados, substituciones, fideicomissos, y parezca adicion de aumento, contemplatione mortis, & in vltima voluntate facta, por lo que dize *Castrense* en el *cons. 389. tom. 1. num. 2. ibi: Nec obstat, quod ista sunt facta in testamento: nam etiam contractus alij actus inter viuos fieri possunt in testamento, & remanet contractus, ut notatur ff. de testamentis, l. heredes palam, &c.* Y en el consejo subiguiente 381. haziendo alguna de las replicas, que se opusieron en Consejo,

jo, dize: Quoad primum videretur dicendum, quod fuerit ultima voluntas, cum fuerit facta contemplatione mortis, & de morte facta fuerit mentio, & in multis collata post mortem, ut ff. de dote prelegata, l. Seya, & plenè no. ff. soluto matrim. l. que dotis, & sic videtur non valere, quia filius familias, nec testatori, nec codicillari potest, ut ff. de testament. l. qui in potestatem, de legat. 3. l. 3. §. si filius, de legat. 1. l. 2. Respondeo fateor, quod quo ad multa fuit ultima voluntas, sed quo ad bona, de quibus agitur fuit contractus, vel donatio inter vivos, ut patet ex tenore instrumenti dum dicitur, quod donavit inter vivos donatione pura, quicquid que est inserta, & c. que verba non faciunt ultimam voluntatem, sed contractum, ff. de verb. sign. l. verba gesserunt, & contraxerunt, C. quod met. caus. l. si donationis, qui contractus potest fieri in ultima voluntate, ut ff. de assign. libert. l. 1. §. assignare, & l. fin. & notatur in l. heredes palam, §. fin. de testament. & posito quod ultima voluntas non valeat, tamen potest valere contractus in ea factus, quia non dependet ab ea, ut ff. de inoffic. test. l. est, & quod ibi notatur, facit quod notatur per Pe. & Cy. Cod. de non num. pecun. l. generaliter, & per Bart. de legat. 3. l. cum quis decedens, §. codicillis, & de rebus eorum l. fin.

Y si en duda se halla camino para cumplir la voluntad de contracto, no obstante, que parece se eligió el medio de testamento, y voluntad ultima; quando con aduertencia dixo el Testador, que todo el testamento valiesse en la mejor forma: y a la clausula de aumento, que fuesse contracto, parte, y fragmento de la misma Capitulacion matrimonial, es mas cierto, & Ioan. Fabr. in §. 1. instit. de legatis, por repugnar a la voluntad del que esto dize, dar forma contraria a lo que haze, ex Aretino in d. l. heredes

des palam, §. fin. circa finem, ff. de testament.

Concorre otra razon mas eficaz, para que este aumento se considere parte de contrato inter viuos, no sugeto a las solemnidades de disposicion testamentaria, porque tuuo derecho adquirido voluntate duorum contrahentium à principio; y assi irreuocable por el marido solo, en qualquiera, escritura q̄ lo otorgasse, pues desde abra para entōces, dize que vfa, y cumple, y assi lo proprio, que si retro se cōstituyera, ex dictis. Lo qual ya no està sugeto a la voluntad del vno solo, *l. non solum 30. ff. de act. Et obligat. l. si repetendi. C. de condit. ob causam l. si ego, ff. si certum petatur*, y la reserva, que en el vfo fue voluntaria, despues se hizo necessaria, y precissa, *l. sicut de actionibus, Et obligat.* aunq̄ si el testamento se quemara, ò se perdiera, non deficeret ius, sed probatio iuris: adquirido en vida, *ex Castrensi dict. cons. 379. num. 2. ibi: Quod tanquam actus inter viuos poterunt sumere effectum in vita.*

Y tampoco seria marauilla fuesse disposicion vltima, sin ser testamento, ni codicillo, ni donacion causa mortis, auriguandole la qualidad, quien la huuiere menester, valiendo para el aumento, con ser disposicion vltima en substancia, sin tener otra postrera, *ex celebri glossa fin. in l. licet 19. C. de pactis*, ibi: *Sed queritur an sit testamentum? quidam quod sic, ut innuit l. vlt. alij contra.* Et dicunt simpliciter vltimam voluntatem, additio; ista, glossa est singularis, secundum Angel. in l. 3. §. genera, ff. de acquir. possess. Et secundum Iass. hic, ad hoc quod dabilis est vltima voluntas in genere. Y prosigue la glosilla de la margen, ibi lit. B. *Vltima voluntas in genere reperitur, qua nec sit testamentum, nec codicillus, nec mortis causa donatio, sed simpliciter vltima voluntas. Vide Zasium 1. resp. 1. 2. resp. 2. Mantacam 1. de coniecturis vltim. volunt. tit. 45. 12. addè glos. in l. 2. in ver-*

bo, ita omnes de constituta pecunia, sic hæres sine certa qualitate in glossa de eo cui libert. Et in l. tam is 25. ff. de mortis caus. donat. Y el mismo Testador le dà efecto, que es a lo que mira, sin cuydar del nombre particular, que no ha menester, ibi: *Testamento, ò codicillo, ò otra qualquiere ultima disposicion:* y esta no està comprehendida en el Fuero, *forma para testificar,* que solo dixo, *testamento, donacion, ò codicilo.*

De que resulta fue independiente la addicciõ de la Viudedad a la disposicion general del testamento, y que assi tiene forma tolemne de Notario testigos, y otorgante, no obstante quedase insolemne el testamento: *ex Gratiano d. num. 5. Et 6. Castrensi ubi proximè, quia non dependet ab ea.*

ARTICULO TERCERO.

POR EL MISMO TESTAMENTO, AVN
nullo, è insolemne.

Qualquiere escritura, y testamento, priuado, nullo, è insolemne, declara enteramente la voluntad del testador, *l. ult. ff. de rebus eorum, Simon de Pratis de interpretat. lib. 1. interpret. 1. dub. 3. solut. 5. Alvaro Valasco consult. 61. Et 102. Fontanella decis. 89. n. 25. Menoch. lib. 4. presumpt. 15. nu. 3. cum quatenus ad ipsam voluntatem pertinet, ita illa apparet in testamento nullo, sicut in irrito. Est sane perfecta illa voluntas expressa in testamento nullo, l. in testamento, ff. de fideicommiss. libert. l. plane in prin. ff. de legatis 3.* No para que se pague, y le cumpla como eficaz, sino para que se sepa, que es lo que quiso se cumpliesse, *ut Menoch. ibidem n. 4. ibi: Sed quod ita senserit, ita voluerit.*

Y la relacion pudo ser, escritura invalida, nulla, è insolemne, dando virtud a todo lo que en ella se contuuiesse, *Gratian. d. discept. 751. num. 4. quod procedit, quamvis esset facta relatio ad scripturam invalidam, & non solemnem, & nullã cum semper omnia ibi contenta censeantur specialiter expressa in referente, Cast. cons. 377. ad primum videtur dicendum in princ. vers. contrarium est verum, lib. 2. Aym. cons. 143. num. 6. Bec. cons. 41. nu. 22. post prin. vers. & procedit etiam.*

Y si qualquier testamento ha de gozar de todos los privilegios, y surtir todos los fines, y efectos, que si se hallara escrito en los Capítulos; no se puede entender, ni verificar tan repetidas, y cuidadosas clausulas, de hazerlo parte, y porciõ, sino de qualquiere, aũ priuado, y nullo, insolemne, pues el legitimo, que era execucion, y complemẽto de la facultad reservada, por su misma naturaleza era parte de los Capítulos, como dixen cõ *Sesse* en la primera Alegaciõ *decis. 252. num. 7. & 10. Fontanella claus. 4. glos. 5. nu. 8.* y toda esta clausula tan dilatada, ha de ser ociosa, y sin efecto, lo que las leyes no consienten, latè *Suelves cons. 98. num. 12. Fontanella decis. 579. num. 6. & decis. 261. num. 11. & 12.* con que el vicio de la superfluidad, es efficacissimo, pues en lo solemne, no obra, nec in minimo.

Con dezir la Capitulacion matrimonial de la Ilustrissima señora Doña Juana Garces, y Espejo, Condesa de Pliego, que acerca de la viudedad, hiziera la escritura que quisiessa, de quo in Allegat. 1. dixo el motiuo de la Real Audiencia, en conformidad de votos, a 20. de Setiembre 1652. que aun siendo nula la que despues otorgò, fue termino relato, y parte de la Capitulacion, sin necessitar de subscripcion alguna de testigos, ibi: *Sive consideremus illud continere executionem facultatis reservate in pactis nuptialibus, sive consideremus continere*

re declarationem eius, quod inter partes fuerat conuen-
tum, nullo modo indiget predictis solemnitatibus; nam si
dicatur fuisse per illud instrumentum deductum in ac-
tum facultatem predictam palam est predictum instru-
mentum censeretur partem pactorum nuptialium, ac proin-
de non indigere predictis solemnitatibus, & requisitis.
Dize lo mismo Fontanella claus. 4. glos. 5. num. 8. referi-
da ya en la primera Alegacion, fol. 8. & 9. a que me re-
mito. Y tampoco dixo qualquiera escritura priuada, ò pu-
blica, solemne, ò insolemne, que en la informacion se
nos opuso.

Y porque tratando el Ilustrissimo señor Governador
de reuocar entrambas firmas, por el medio de las dos en-
clauatorias (a tiempo que faltaua vn señor Lugartenien-
te) se dieron por esta Ilustrissima Corte onze dubios gra-
uissimos, referente Illustri Domino Don Chrystomo
de Vargas Machuca, me ha parecido inferirlos a la letra,
porque ninguna doctrina puede ilustrar cõ mas elegãcia
el assumpto de la confirmacion: siruiendo de motiuos, y
y decission para qualquiera Tribunal: replicando algo des-
pues, por mayor, a la respuesta, que se ha dado en la Ale-
gacion escrita por el señor Governador.

DVBIA IN FAVOREM CONFIR-

MATIONIS.

PRIMUM.

*Et si Excellentissima Comitisa de Aranda, in pa-
ctis nuptialibus certa viduitate contenta, Foralem re-
nuntiauerit; cum tamen facultatem augendi Viduita-
tẽ sibi Comes adscripserit, per quamlibet scripturã, aut
testamentum, eo pacto quod talis scriptura, seu testa-
mentum, pars sit dictorum pactorum nuptialium, in*

eis

eis merito fundari videtur Comitissa intentio; cum à dicto Comite reperiatur factum augmentum dicta Viduitatis totius Comitatus, in scriptura, seu plica illius manu subscripta, & Notario tradita ad receptionem testamenti.

SECUNDVM.

Nec obesse videtur litispendentia, super validitate testamenti in processu Ioannis Almelda, & quod provisione firma Comitissa, declarantur merita, pro validitate testamenti. Nam si recte inspiciantur illa pacti verba: qualquier escritura que hiziere, y otorgare, videtur comprehendere, non solum scripturam publicam, & solemnem, verum privatam; nisi cum nimia restrictione, inimica nostro statuto de stando litera, accipiantur. Vnde cum dicta scriptura tradita Notario pro testamento, reperiatur subscripta à dicto Comite, adhuc deficiente solemnitate Forali, non videtur robore, & validitate carere scriptura privata, ut in ea, uti in parte dictorum pactorum nuptialium, non possit legi viduitatis augmentum, & pro eo iudicare, absque pro palatione meritorum litis pendente in d. processu Ioannis Almelda.

TERTIVM.

Nec refragatur, quod illa verba, hiziere, y otorgare, sunt copulata, ut in sensu composito utriusque copulati, facta scriptura, & recepta à Notario debeat componi, scriptura augmenti: verius enim videtur iuxta communem Doctorum sententiam, dicta verba stare ampliatiue in sensu diuiso, & non restrictiue, in composito, quod confirmari videtur reservationis pacto, dum paulo inferius loquens de augmenti scriptura facienda, tantum loquutus fuit de scriptura facta, ibi: Y esto se entienda, aunque en dicha escritura de aumento, que hiziere, assi

en vida, como en muerte, &c. ex quibus videtur Comitem loquutum fuisse, tam de scriptura facta privatim, quam de solempni à Notario recepta. Quibus assistit viduitatis fauor, odiumque ipsius renuntiationis, ut securius dictio, ET, in sensu diuiso augmentatiue intelligenda videatur.

QUARTVM.

Vlterius id roborari videtur, ex alia declaratione ipsius Comitis in clausula augmenti viduitatis, ibi: Que me reserue facultad en qualquier escritura, o testamento. Ex quibus recte inferri videtur, ad predictorum verborum scriptura pactorum nuptialium declarationem, in eis comprehendere voluisse, quamlibet scripturam, vel testamentum. Nec obstare videtur, praetensa nullitas dicti testamenti, quoniam nihil releuare videtur, cum testamentum etsi nullum, valeat declarare dubiam voluntatem alterius scriptura valida, & solempnis.

QVINTVM.

Nec predictus videtur obstare, quod dictus Comes elegit augmentum facere in scriptura testamenti, & quod eo deficiente, subsistere non valeat, ex scriptura privata, nam quod potuit noluit, quod voluit adimplere nequiuit: Nam responderi posse videtur, quod clausula vltima scriptura tradita Notario pro testamento: dum ibi voluit eam valere pro qualibet voluntate, si forte deficeret in validitate testamenti, & codicilli, de quo pariter constat in actu traditionis dicta scriptura. Ex quibus videtur non se restrinxisse Comitem ad viam testamenti, sed eam eligisse, quae voluntati illius validitatem prestaret; ad quod optima cautela se gessisse videtur, eligendo medium firmandi in fine illius; ut probata litera, vel cognitione ipsius Comitis valere possit, ut in scrip-

tura privata, quæ aliter quam in testamento disponi, & dari possunt.

SEXTVM.

Præterea (ut desuper dictum est) in pactis nuptialibus conventum fuit scripturam augmenti faciendam, esse partem scripturæ dictorum pactorum, unde utendo Comes facultate augendi viduitatem, sibi reservatam hæc scripturam fecit partem dictorum pactorum, cui consequens videtur, ut ex prædicta clausula scripturæ augmenti debeat viduitas, etiam si testamentum deficiat in solemnitatibus, & requisitis à foro, uti ex parte dictorum pactorum, ut sic iudicatum accepimus.

SEPTIMVM.

Nec obstat finalia verba, for. tit. forma para testificar, ibi: El acto sia nullo, de ninguna eficacia, y valor, quoniã ea verba videntur accipiẽda de validitate propria actus celebrati, ut ex se ipsa validitatem non possit habere, non de validitate recepta ex altera solemnī scripturæ uti illius parte, rationi enim consonum videtur deficiẽte instrumento, & ex solemnitatis defectu, subsistere posse contentum, quando ex alio solemnī instrumento potest validitatem accipere.

OCTAVVM.

Nec probatio testium ad probandam subscriptionem testatoris inefficax videtur, ad provisionem firmæ Comitissæ concessæ, ex quo sunt legatarij testamenti Comitissæ: quoniam eorũ probatio non videtur præstare validitatem testamento, sed fidem scripturæ private, ut fiat pars dictorum pactorum nuptialium; cumque ex ea non possint petere legata, nullum commodum dictis testibus sequitur, ut eorum fides deficiat.

NONVM.

Nec inde obstare videtur, quod depositionibus testiũ
sit

fit prouisa firma contra apprehensionem: nam hac obie-
ctio procedere videtur in probatione substantia excep-
tionis ipsiusque essentia, ut in presenti, si viduitatis aug-
mentum probaretur per testes, deponentes de voluntate
Comitis, vel de tenore scripturae augmenti: non sic quan-
do solum adhibentur ad probandam literam subscriben-
tis Comitis dictam scripturam testamenti, tunc enim ex
bene fundata praxi, rectè videntur admitti testes ad
probendam subscriptionem scripturae priuatae, etiam
contra apprehensionem.

DECIMUM.

Deinde dicta prouisioni firma non obstat, quod plica
tradita in folio in partibus superiori, & inferiori ca-
reat sigillo, & quod sit in forma, quod de facili possint
intro claudi poni, & extrahi folia, nam omissio, quod
clausa plica, non ita facile poterant folia introduci, &
extrahi, cum tradita sit Notario personae publicae, non
est verosimile, quod ex aduerso, & contra approbatam
illius fidem suspicatur, unde uti in verosimile reijcien-
dum videtur.

VNDECIMUM.

Tandem ex praedictis fuit firma prouisa Comitissae
independentem à validitate, & invaliditate testa-
menti, & litis pendentia dicti processus Ioannis Al-
melda, cumque firma clauatoria, allegata nullitate te-
stamenti petatur, in artic. 4. & 5. ideo videtur ei locum
non esse, cum in eius prouisione expresse animus iudi-
cantis videatur.

Respuesta contraria a la primera duda:

Que el Conde tuuo dos facultades, de aumentar en vi-
da, ò en muerte: que no usò della por escritura priuada, ni

publica entre viuos; y que eligiendo por testamento, renunciò la otra, pues no se compadecen: y en los contratos, no se puede variar: y se seguiria lo mismo, auiendo se hecho en testamento.

REPLICA.

No es incompatible, q̄ eligiendo en vn medio, se encuentre con ambos, quando el vno es preambulo del otro, y antecedente preciso; y primero se ha de escriuir, que testar in scriptis: y ha de valer en la mejor forma, si puede, y le basta la primera: y el contracto hecho en el testamento, es irreuocable, como he fundado latamente con *Gratiano, Paulo Castrens.* y *Fontanella*, con que cessa el inconueniente.

Respuesta contraria, a la segunda.

Que aunque el nombre de escritura es generico, y mas adjetiuado con la palabra, *qualquiere*; pero q̄ auiendo dicho, *que hiziere, y otorgare*, entendio de las authenticas; porq̄ la diction *Et*, es copulatiua, y assi se ha de entender de la hecha, y otorgada, q̄ es la publica; y porque a la palabra *escritura*, juntò *testamento*, y este no puede ser privado; y assi por la correspondencia, la escritura de que hablò ha de ser publica: que la firma no se concluye ser del Conde, por lo que dizen los tres testigos, y que la noticia de su letra, no es suficiente, *ex Afflictis decis.* 181. *Gratian.* 973. n. 49. y que en los albaranes ay Fuero, que dispone, *ex D. Don Ioseph Niño in prefatione ad albaranum, num.* 51. *ad finem*, y que la clausula irritante del Fuero, le quita todos los efectos.

REPLICA.

En el appendix, que escriui sobre esta misma duda, discurre, que la palabra *hiziere, y otorgare*, siendo copulati-

uas, se auian de entender in sensu diuiso; porque adjectiuan, y determinan dos verbos, *escritura*, O, *testamento*, que le preceden con diction alternatiua, correspondiendo el *hiziere* a la escritura; y *otorgare* al testamento.

Añado, que la escritura priuada, y el mismo testamento priuado se hazen, y otorgan; y quantos contractos, y disposiciones se pueden hazer autheticas, pueden por escritura priuada: porque el instrumento solemne, y publico pertenece al modo de la prueua, y no es de la substancia de ningun acto: *Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit, & sine his autem valet, quod actum est si habeat probationem, l. contrahitur 4. ff. de pignoribus*. El albaran, la sociedad, qualquier contracto se puede otorgar, y hazer con escritura priuada; y esta si tiene sus particulares solemnidades, equiparatur publicæ, *ex l. scripturas, C. qui potiores, D. Iosephus Niño ad albaranum, §. 9. num. 50. & §. 2. num. 14.*

Y el mismo Fuero, *ut debitum non possit probari, &c. fol. 98.* exceptò al testamento, y codicilo (valiendo en lo que por Fuero, ò pacto especial puede obrar, que aora es lo que no se disputa) y que las escrituras priuadas se hagã, y otorguen: se determinò en el Consejo de Napoles en grado de apelacion, *apud Franch. decis. 95. n. 61. vbi alios. Langēdus Ludonis. in terminis scripturae priuatae decis. q̄ se otorga lo contenido en ella, nu. 1. Domini unanimiter dixerunt apocham esse exequendam: quia continet obligationē cameralem, & aliàs in vim mandati. A. C. in partem executionem habuit, quæ apocha cum fuerit à partibus subscripta obligat ipsas ad omnia in ea contenta, tum, ex natura subscriptionis accumulata per Gabriel. de prescript. conclus. 3. num. 1. Tum quia in subscriptione expressè promittuntur contenta in ea.*

La probança de la letra del Conde es tan clara, que es

ociosa qualquiera ponderacion; pues tiene vn testigo de vista, que la viò escriuir, persona mayor de toda excepciõ, con la dignidad de Sacerdote, y otras prendas notorias: *Et testis vnus de visu in schedula priuata, excludit omnem fraudem, Et suspicionem, ad Farinac. decis. crim. 120. n. 2.* Y la Real Audiencia, de otro testigo solo dixo en el motiuo, que citè en el appendix, *nefas esse dubitare*, de la eficacia de su prueua.

Lo segundo, los tres concluyen de confesion, que el Conde tuuo en su mano la plica, la calentò en vn brasero, y entregandola, dixo: *Tomadle, que ya està firmado*; y la confesion del autor de la escritura, es el medio mas eficaz de su reconocimiento, *l. publica, §. fin. ff. de positi, cum pluribus D. Ioseph. Español in præfat. ad albaranum, numer. 58.* demas de esso, estan todos firmados al dorso, y reconocen sus firmas, juntamente conocen, y juran, que es del Conde; y se halla entregada directamente la firma del Conde en poder de vn Notario legal, y de confianza publica, terminos, que ni *Afflictis* en la *decis. 181. Gratian. discept. 973.* hablan palabra, sino en la comparacion sola de vna letra a otra; de vn papel hallado, que se parece, de que no nos hemos valido, cõ que se responde. Alegar que el Fuero dixo, que era de ninguna eficacia el acto, si aquel quisieramos, que *por si solo* bastara, era al proposito, no auiendo menester, sino que se lea, no es del punto.

Respuesta contraria a la tercera.

Que la diction *ET*, es copulatiua, y aunque despues se sigue, *la dicha escritura que hiziere*, se entiende repetido el otorgare, ex vi relationis: y que pues dixo, *assi en vida, como en muerte*, no bastando por muerte hazer tes-

tamento sin otorgarle, tambien en vida hazer escritura sin otorgarla.

REPLICA.

Està respondido en la segunda a la diction, *Et*, y que no es inconueniente hazer, y otorgar escrituras, y testamentos priuados, para quien no los ha menester autenticos, ni publicos, como relatos, quando ya gastò la solemnidad en el instrumento, que a ellos se refiere.

Respuesta contraria, a la quarta.

Que juntando la clausula del testamento a la Capitulation, y teniendola presente, alli se referuò en la escritura *que hiziere, y otorgare*; y aunque no la copiò enteramente, la relacion obra, como si la infiriera *de verbo ad verbum*.

REPLICA.

Esta fuerça de relacion la auemos menester a nuestro fauor, y assi reconocemos la verdad de la proposicion; y diciendo, que toda la clausula de la Capitulation estè copiada, siempre *la dicha es qualquiere*, por lo mismo estamos en si queda escritura priuada, y si basta el testamento nulo, para ser relato de la Capitulation.

Respuesta contraria, a la quinta.

Que se distingue el testamento del codicilo, y que no valiendo por ninguno, tampoco por escritura priuada, y la clausula codicillar no suple la substancia, como es la subscripcion, y que es defecto de voluntad, *Sesse decis. 56. Marta 3. par. clausul. 11. num. 50.* y que dixo, *otorgo dicho testamento*, y no otro genero de disposicion: y no dixo, *quiero que valga todo lo en el*

escrito, como esta: y que siendo en testamento, aún no podía por donacion inter viuos, repugnante bonis moribus, & tanquam sub conditioni turpi, *Marta clausul.* 87.

REPLICA.

Quando se hablara de la herencia vniuersal, de los legados pios, ò profanos, de las substitutiones de los Estados de Aranda, y Sastago, queriendo dar valor intrinseco a solo el testamento, entraua el efecto de la clausula codicillar: pero no llega el tiempo de discurrir esse punto, pues sin essa clausula, sin firmas, sin Notario, pretendemos el aumento. A *Sesse decis.* 56. se dize, que resoluió lo contrario en aquella decisión; pues en el testador, q̄ queriēdo firmar le sobrevino el furor, y dixo, no queria, *que su firma valia mucho*, se tuuo por perfecto *ratione voluntatis, & solemnitatis*, a discrecion del Notario, y *Marta*, no habla en donacion permitida en todo tiempo, y que se puede celebrar en qualquiere escritura.

Dezir, otorgo el dicho testamento, no embaraça: porque quanto a la Viudedad, era execucion de contracto; y el nombre no quita la substancia de lo que se otorga, ex *eleganti Fabri definit.* 1. *de testam.* Lo otro, quando trata de la Viudedad, ya sabe dezir, *esta clausula sea parte* &c. y para ella no era menester al fin, boluer a otorgarla. Lo otro, que todo lo que està despues de Don Antonio Ximenez de Virea, a saber es, *Conde de Aranda, y Sastago, otorgo dicho testamento*, sobra, *Suelues cons.* 77. *num.* 4. porque el firmar, es poner nombre, y sobre nombre, *Portoles verbo Instrumentum, num.* 142. hablando del Fuero *forma para testificar*; y particularmente *D. Ioseph Español ad albaranum*, §. 10. *num.* 21. y el que se firma, todo lo otorga, y lo confiesa, *Cuenca in addit. ad albaran. litt. A. num.* 1. vbi innumeros.

Respuesta contraria, a la sexta.

Que es conocido el priuilegio de dotes, y viudedades, pero, que solo fauore matrimonij, y cessa si se constituye despues, y por esso se hizo parte: y que aunque pudiera, solo se referuò hazer parte a la escritura solemne.

REPLICA.

Lo cõtrario in viduitate, lleva *Suelues d. conf. 28. n. 21. etiam post contractum matrimonij*, maximè in augenda con pacto, *Sesse d. decis. 252. num. 20.* y no gozara cosa alguna de priuilegio qualquiere escritura, sino fuera etiam priuada, è insolemne: vt sæpius dictum, & decisum.

Respuesta contraria, a la septima.

El Fuero puso clausula irritante: y se frustraria si valiesse como otro acto: y aũque se puede validar lo dispuesto en acto nullo, è insolemne, ha de ser refiriendose a acto cierto, *Gratian. discept. 973.* y el Conde no se refiriò a acto hecho, sino al que auia de hazer.

REPLICA.

El refugio tan vsado de acudir al Fuero, nõ embaraza, pues no se quiere, que el acto anullado valga: ni tenga por si eficacia alguna, ciuil, ò legal; sino ocular; porque no anulla el Fuero a otro solemne, que quiso lo escrito en aquel nullo solemnizar: El relato ha de ser cierto, y euidente: se confiesa, pero como es qualquiere escritura, ò testamento: no se puede errar: como se halle qualquiera, en que lo diga, declare, ò aumente.

Ref-

Respuesta contraria, a la octava.

Aunque es controuertido, si los legatarios pueden ser testigos: y la mas comun que si; pero se funda en el fauor de los testamentos, y assi no pueden ser de otro acto, y no pueden reualidar el acto de la entrega, como escritura publica, y no quedan testigos, ni para escritura privada.

REPLICA.

La duda se queda en su eficacia, pues los testigos prueban, q̄ el Conde la escriuiò, y q̄ es suya la firma; y en esto no hazen testamento, ni forman interes en su beneficio: pues solo queda escrito vtil para la Viudedad, y si tātū en testamento estan prohibidos, en la escritura que depolan, no son legatarios; porq̄ la Viudedad no es para ninguno; demas, que en testamento cerrado se limita esta regla, como diò a su tiempo, porque se ignora que aya legado alguno.

Respuesta contraria, a la nona.

Que los testigos que deponen de la subscripcion, deponen de la substancia del acto, y que con ellos no se prueuan los adimplemētos de contracto reciproco, que se declarò en la firma de Santa Engracia, con la doctrina de *Sesse dict. cap. 5. §. 1. num. 28.*

REPLICA.

El que se subscriue, otorga todo lo contenido en la escritura, *ex Cuenca d. num. 1. in addit. litt. A.* y para este es lo mismo, que si la escriuiera toda de su mano; pero el testigo que conoce la letra, no depolan del acto, porque acafo no le viò, y aquel es diferēte de la prueua; y mas en

tes-

testamento cerrado, que la voluntad es oculta, y para escritura priuada, no ay otro medio: A *Sesse* queda respondido. Y la firma de S. Engracia, se reuocò, porq̃ se probaua el mandamiento, y el dolo de cortar arboles del fundo arrendado; y no auia pacto, que se pudiesse probar con testigos, ni que fuesse parte qualquiera hecho de cortar, del arrendamiento; demas que ello mismo se trae la diferencia.

Respuesta contraria, a la dezima.

Que el estar mal cerrado el testamento, no lo suple la legalidad del Notario, y que esta es forma substancial, y de derecho publico.

REPLICA.

Del modo de cerrar, no ay expresa forma en Fuero, ni de que aya sellos, y esta se ajusta a la habilidad del Notario: y el acto de la apercion, y de la entrega, y auerse visto publicamente en la misma forma, sin sospecha satisfaze. Demas, que no es del pleyto, para la firma, que se cõfirma ex eisdem, y està demas el fello, hilo, la entrega, y el numero de testigos.

Respuesta contraria, a la vndezima, y vltima.

Que en las enclauatorias concedidas, no se declaran ningunos meritos, y que el Conde se limitò a escritura publica, que para ser priuada, auia menester constar, que era su letra, y no para processo de aprehension; y que de todo junto recopilado, es irrefragable la justicia del señor Governador.

R E P L I C A.

Las firmas del señor Governador enclauatorias, no fueron con meritos de reuocacion, ni perjudicando a las de la viudedad, sino para que la Real Audiencia passasse adelante en la propiedad, y dominio, como su lectura muestra; y lo publican a todos, tres Jurados de Calatrao presos por fractores dellas, por auer arrendado en perjuizio de la Viudedad, aun despues de las enclauatorias.

Qualquiera excepcion clara, y instrumental, es merito digno de la inhibicion, y firma, *Portol. verbo Firma, nu. 152. §. 154. Sesse de inhibit. §. 1. num. 14. cum sequentib. Suelues conf. 91. num. 5.* : La viudedad, es fauorable, y no està renunciada, si por qualquier escritura, ò testamento està restituida (ò por mejor dezir nūca quitada.) Ni puede huir el q̄ la reuocaciō funda en las palabras de la renūciacion, de todas las qualidades, y pactos contenidos en la escritura de la Capitulacion, que es indiuidua.

Que los llamados en el vinculo, no tienen accion para impedir la Viudedad, es cosa cierta, y constante en Fuego, tanto, como que no pudieron impedir la libertad del matrimonio en el Conde, *Molin. in verbo Viduitas in bonis vincularis, Suelues d. conf. 28. num. 21.*

Y quando no ay accion, es materia de firma, *Portol. verbo Firma, num. 158. cap. 5. §. 6. nu. 39.* Y a V. S. le tiene prendado la obligacion publica en euitar gastos, y dilaciones precisas, *Salgado de Reg. protect. 2. par. cap. 1. n. 25.* y mas de aprehension, que no puede pronunciar la Viudedad sin el Estado, y Mayorazgo junto, y el tiempo no restaura el vsufructo de la perdida jurisdiccion.

Esta se reduce a sola vna proposicion, y consecuencia. Por la Capitulacion solemne, de que se valen todas las partes (confessando la potestad de referirse a escritura priuada, e insolemne, para todo efecto de in-

hibir la aprehension) dixo , que qualquiera que despues hiziera , y otorgara , fuesse parte para esse mismo efecto: (pues la quiso para todos) luego esta, que vn testigo la vio hazer, y otorgar, otro otorgada, los tres conocida , por el acto de apercion, acto de manifestacion , hallada en poder de persona legal , y publica , ha de tener el efecto de inhibir la aprehension; pues por pacto instrumental, inest à principio, en los mismos Capítulos, quedando el proceso ciuil ordinario , demas de el de la repulsion , que dixo *Portoles* , y *Suelues ubi supra* , no inhibido.

Ni dexa de ser materia clara: porque la calidad del pleito , y grandeza de los litigantes , formen nuevas dudas, que contra lo mas cierto , y seguro , lo exclamaua *Suelues*, de estos tiempos, *cons. 61. num. ex Surdo decis. 172. ad fin. Intrigliolo decis. 4. num. 42.* Porque como dixo *Positio obseruat. 42. num. 143. Nec exceptio clara efficitur altioris indaginis, nec est reiicienda: en manutenciones, y firmas: Si illud quod est discutiendum prouenit ex replicatione partis.*

En vna confirmacion de otra firma, q̄ pedia reuocar Don Frãcisco Clauero, Cauallero Noble, y Padre de mi señora la Condesa de Aranda , que se dio para inhibir la aprehension del Marquesado de Nauarrens, por vn Censal cargado despues de los vinculos: y sin embargo, que la acciõ hipotecaria del cẽso, era priuilegiada, y no la excepciõ del vinculo (siẽdo aqui todo al cõtrario, q̄ de parte dela viudedad està el priuilegio, y el fauor, no de parte del aprehendiente con succelsion intestada, ò fideicomisso) dixo *Suelues cons. 91. n. 7. circa medium*, a la mayor replica: *Nam respondetur, longe verius esse, quamlibet exceptionem iustam, instrumento probatam, quamvis ex natura sua processum non retardet, vel ingressum non impediatur posse in vim dilatoria, per firmam proponi, ex Portoles*

les, num. 154. Et si Sesse contrarium asseruit loquutus est cum dicta exceptio instrumento non probatur, ut clare videtur deduci ex exemplis ab eo propositis, num. 27. Et si in alio casu id intellexit non rectè loquutus fuit. Pone los casos falenciales, en que la aprehension se puede inhibir, ò proueida reuocar, dize mas adelante: Et prædictæ exceptiones firman regulam in cōtrarium, l. nam quod liquide, §. fin. ff. de penus legata, Vazq. in princ. iur. lit. C. num. 5. Et tamen **QVOTIDIE DANTVR FIRMAE** ad apprehensionis processum impediendum. Hoc tetigit vno verbo, Sesse de inhibit. cap. 2. §. in 9. ibi: Et præsertim si per viam iurisfirmæ opponatur exceptio, quo casu facilius offuscat debitum, in hoc iuditio summario, quam ordinario, Et ex prædictis videtur firmam esse confirmandam, como succedio a 28. de Febrero de 1636.

Esto mismo esperamos, sub grauissima censura. CæsarAugustæ 2. Martij, 1655.

El Doctor Ioseph de Leyza,
y Erasso.

