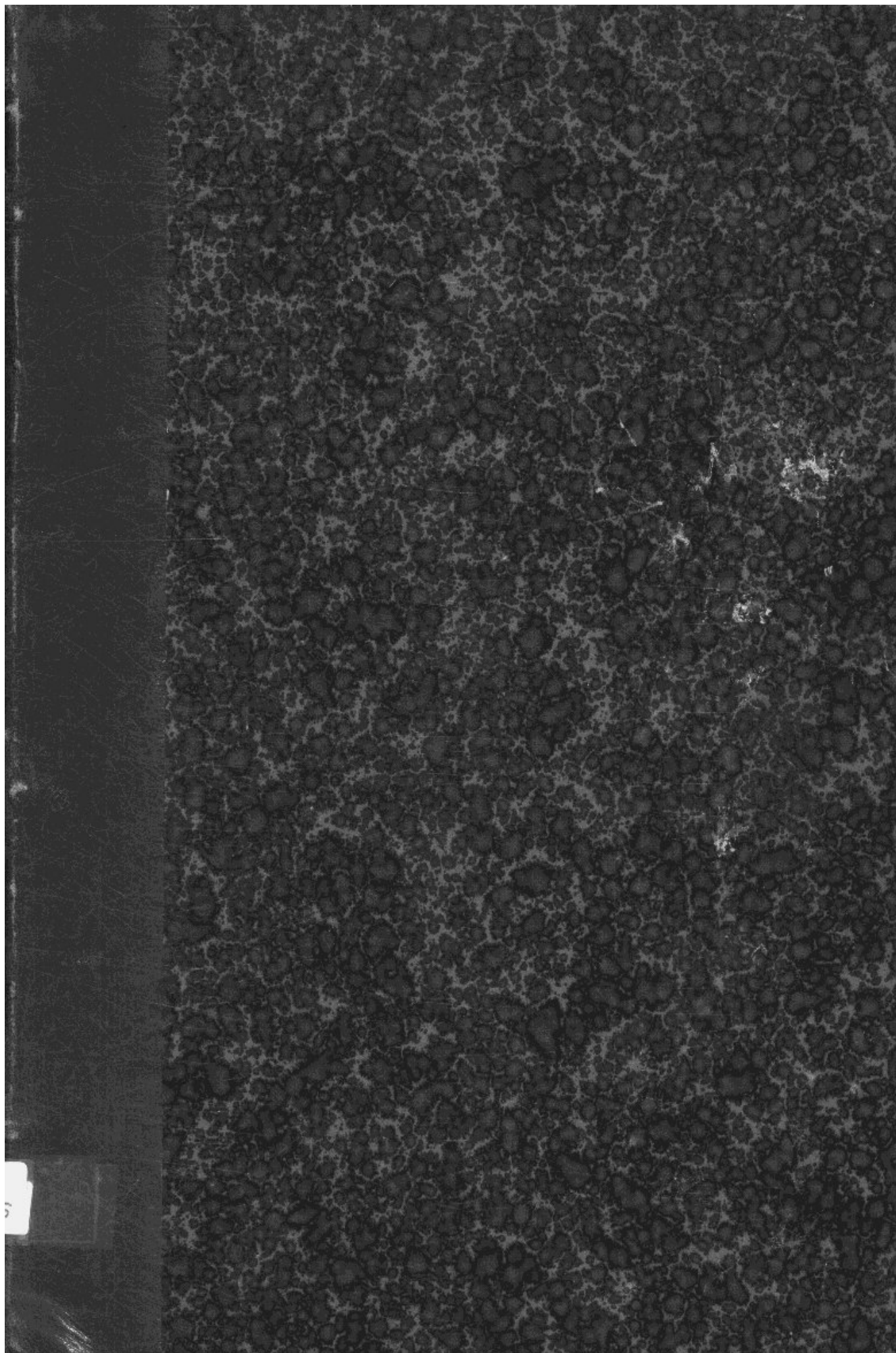
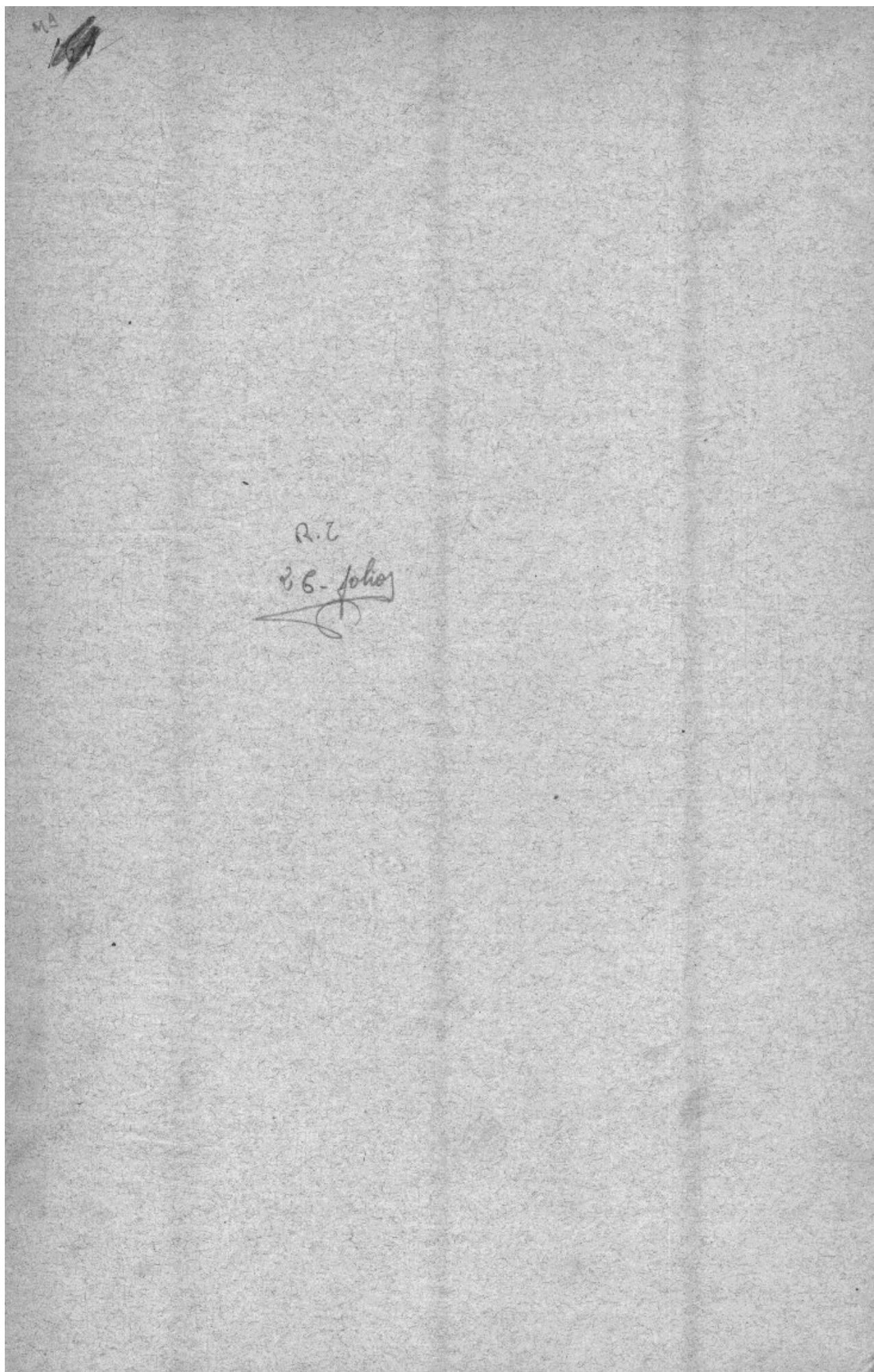
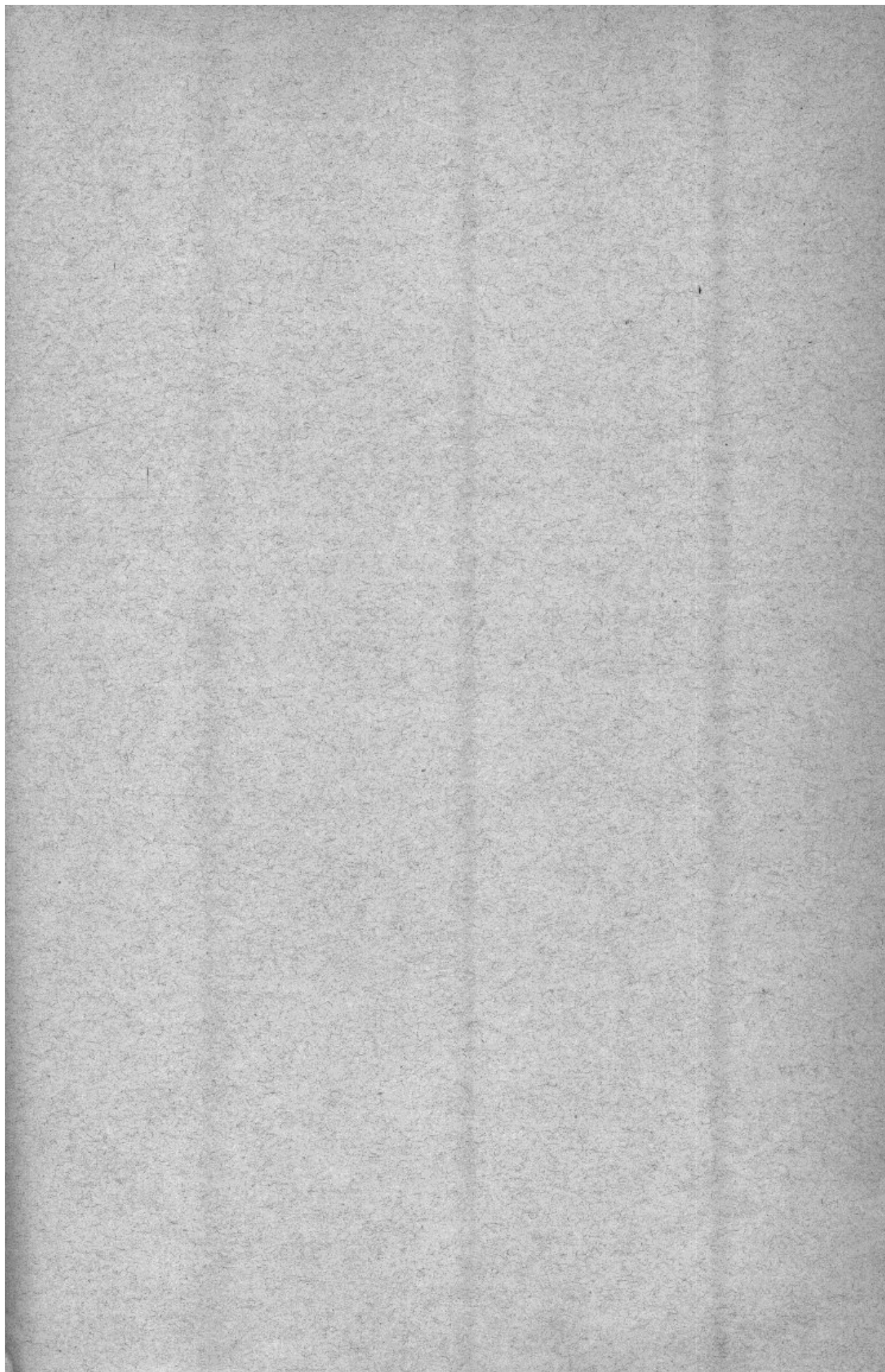


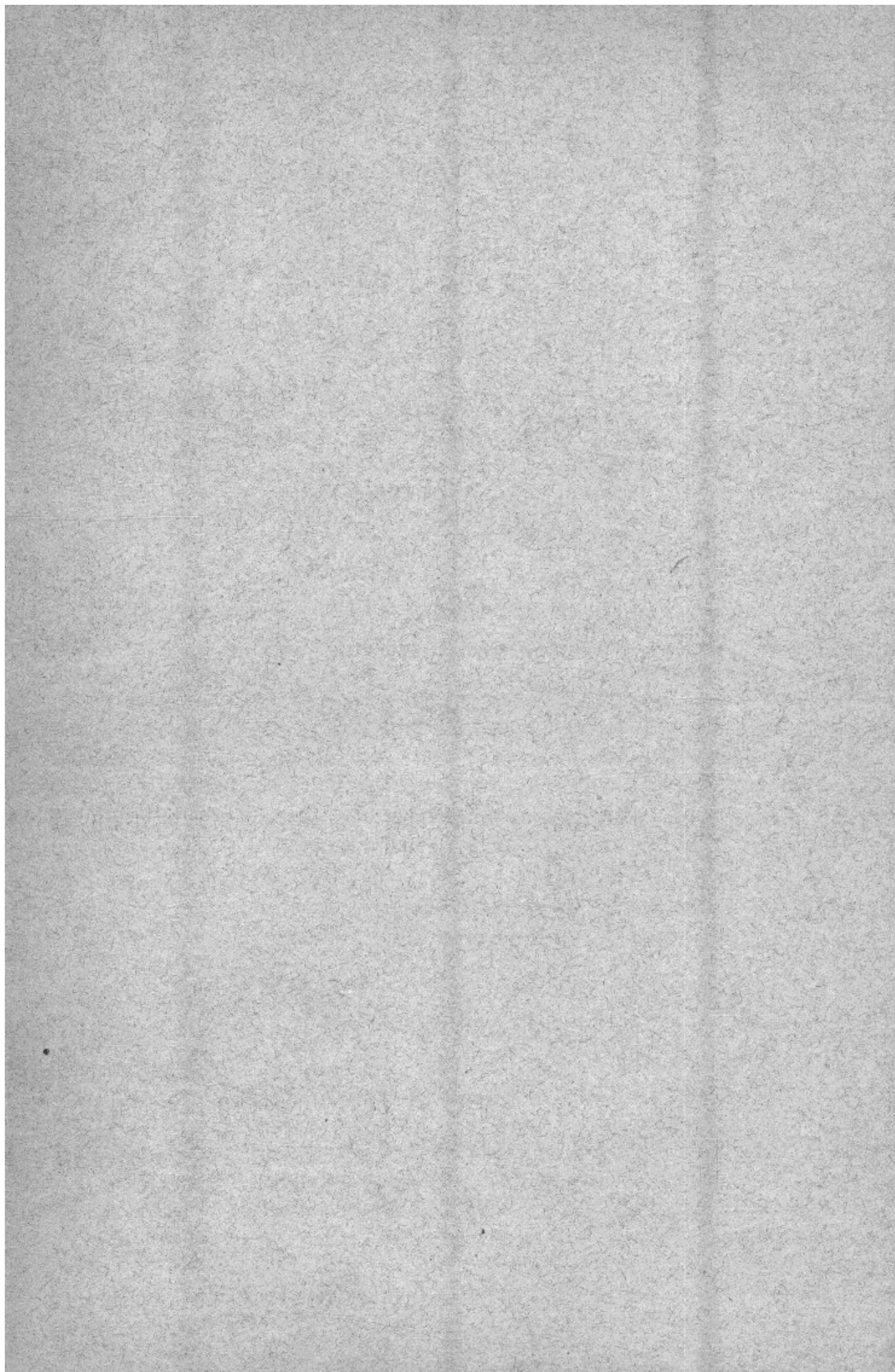




ATU
53

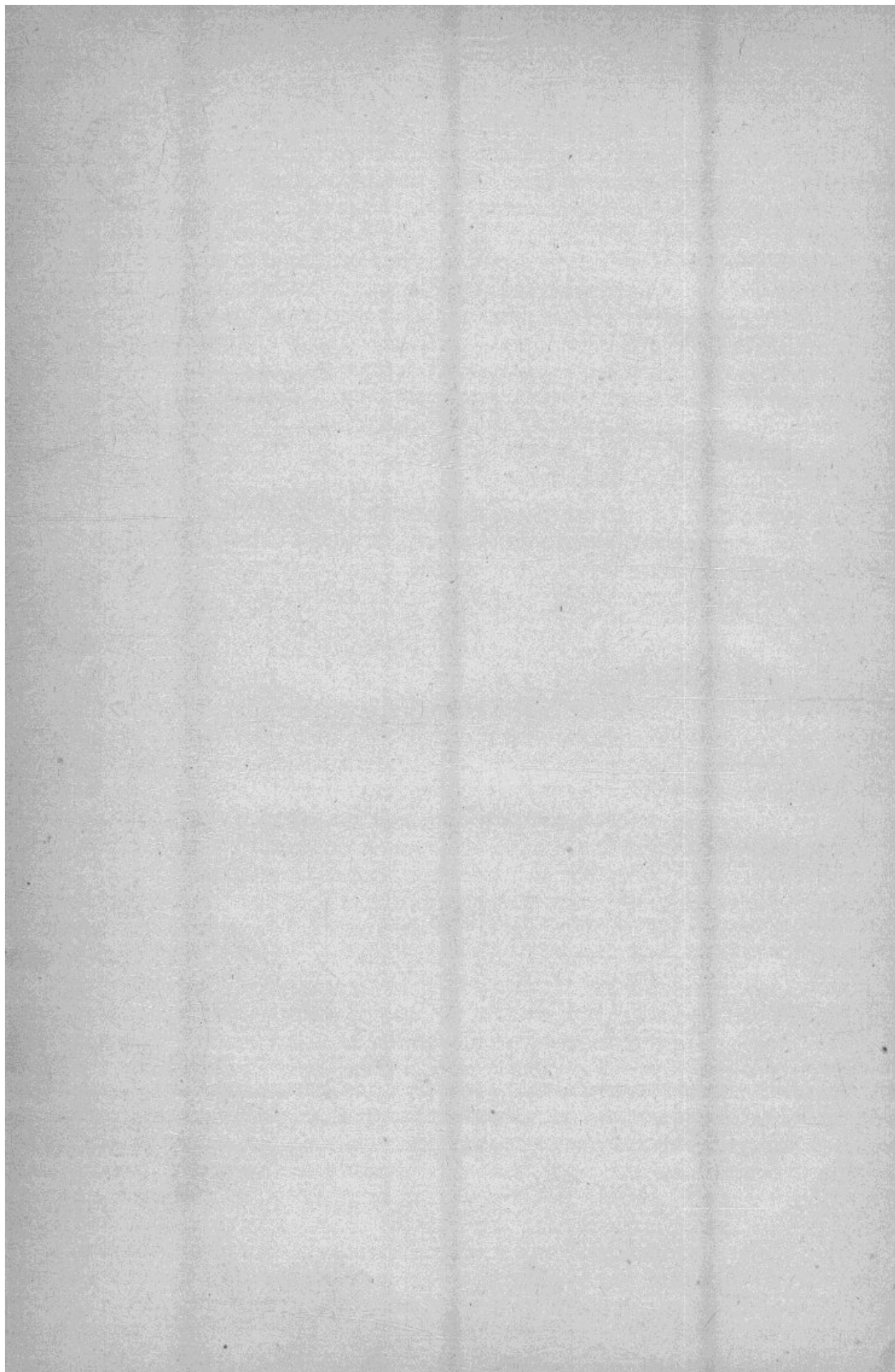


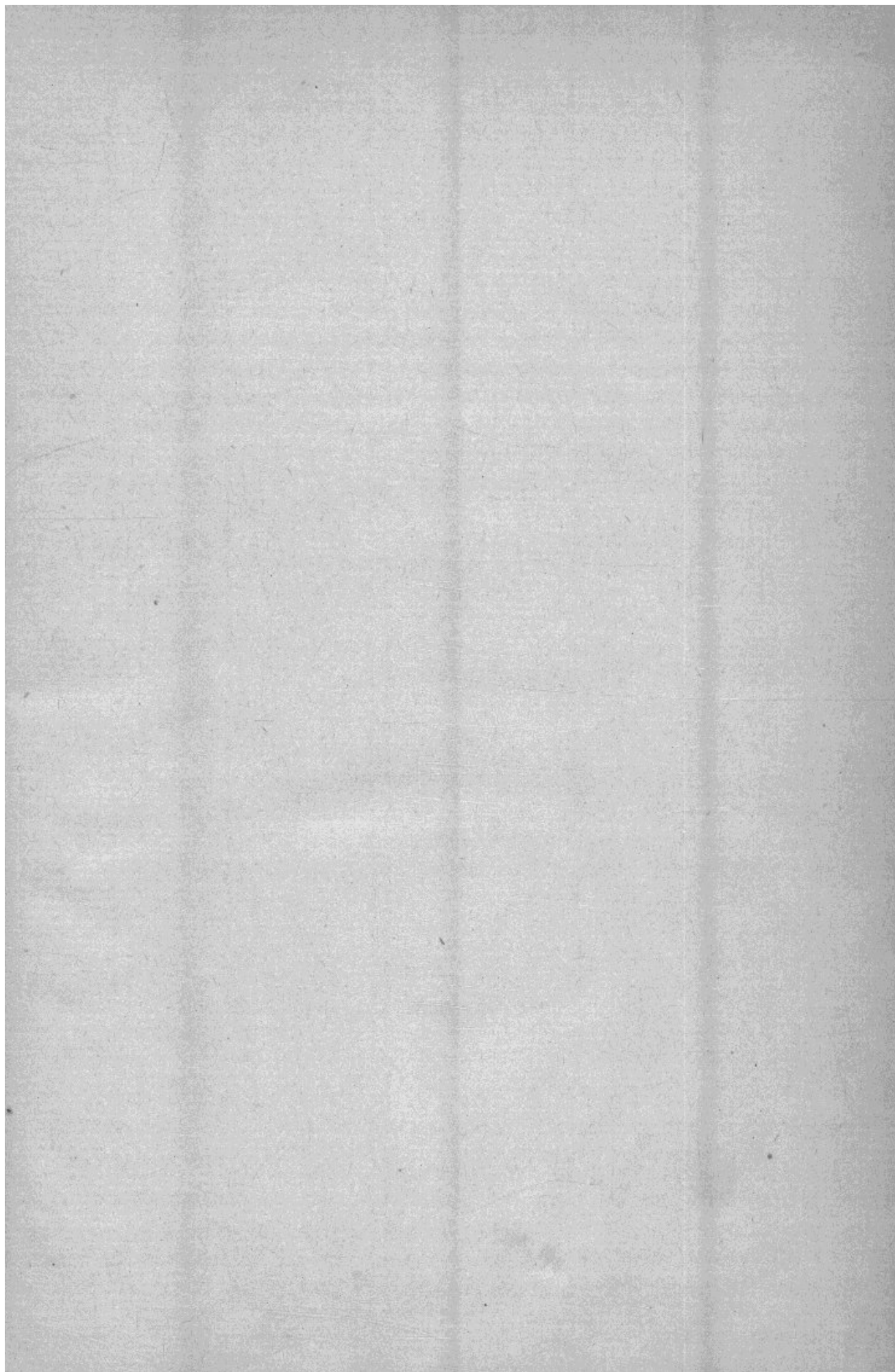




A.T.V.
13535







N. - 39607
R - 22230

338

IESVS MARIA IOSEPH.

P O R

DON FRANCISCO ANTONIO

de Vrtusaustegui y Salazar, num. 37. vezino

de el Valle de Gordojuela, en

el Señorío de Viz-

caya.

C O N

Don Francisco de Oxirando, num. 32.

Joseph de Oxirando, numer. 33.

Ignacio de Oxirando, num. 34.

Iuana de Oxirando, numer. 18.

D. Miguel de Chauarria y Oxirando,

n.º 27. todos vezinos del dicho Seño-

rio, Valle de Orozco, y tie-

rra de Ayala.

125

S O B R E

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

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

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

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

4 Ignacio de Oxirando, num. 74. tambien la pretende, como nieto legitimo de Pedro de Oxirando, numer. 16. por dezir, que este fue mayor que num. 15. y nu. 7. mayor que num. 4. y ser descendiente de num. 2 y 3.

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

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

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

En

8 En la primera: Se funda mayorazgo perpetuo regular.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19 Sera preciso entrar reconociendo quien de los pretendientes la tiene legitimada, & hoc probando, concluyentemente, y sin linage alguno de duda ser descendiente legitimo de San Iuan de Oxirando, num. 2. abuelo del fundador, en la forma que lo alegan en sus pedimientos, y como esta descendencia se ha de probar de grado en grado, vt nos docet Romanus Pontifex in cap. licet ex quadam 47. § testib. ibi: Singulos gradus clara computatione distinguant, l. Iuris Consultis, in princip. ff. de gradib. Princip instit. de gradib. cognat. D. Covarr. lib. 2. variar. cap. 6. num. 6. vbi plures Ayllon, August. Barboss. de potestate Episcopi, 3. part. allegat. 51. num. 157. Escobar de paritate, 2. part. quest. 4. artic. 2. num. 102. vbi num. 104. rediterationem, ibi: *Et cum consanguinitas tanto propinquior reputetur, & plures contineat lineas, quanto paucioribus gradibus distat, non poterit discerni propinquitras, nec linearum coniunctio, nisi per discretos, & distinctos gradus,* D. Valenz. conf. 105. numer. 52. Peregrin. de fideicom. artic. 43. num. 68. En qualquiera de los que se articulan que falte probança legitima, es lo mismo que si faltara en todos; porque los grados del parentesco son como los eslabones que vnen la cadena, que vno que se fuerle basta para desunirla. Y assi discurremos por los grados en que se halla la dificultad, y defecto de probança en lo respectiuo à los del num. 32. 33. y 34.

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

20 Nonos detendremos en impugnar su filiacion hasta Iuan de Oxirando, num. 5. porque bastantemente diran contra ella los demas litigantes por auer mucho que dezir; lo que le negamos es, que el dicho Iuan de Oxirando, de quien dize ser viznieto, fuesse hijo de San Iuan de Oxirando, numer. 2. y de Iuana de Mendiul su segunda muger.

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

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

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

nal. 2. part. quest. 71. à num. 1. Gratian. de eis. Marbiza 231. num. 5. Azebedo in l. 10. tit. 17. lib. 4. Recopil. à num. 48. Narbona in l. 82. tit. 5. lib. 2. glos. 3. Guacinus de defens. reor. defens. 24. cap. 9. per tot. Nogueroi allegat. 36. num. 42. Augustin. Barbossa in d. cap. 2. de testibus num. 1. & 2. D. Emanuel Gonzalez Tellez in dict. cap. 2. num. 45. & 6. D. Valenc. conf. 105. num. 47.

24 En tanto grado, que ni la costumbre, ni el stylo del tribunal que aya en contrario son bastantes, para que se tenga por probança la hecha sin citacion, vt ex veriori sententia, tenent Marfil. conf. 8. num. 17. & seqq. Additio ad Decim in dict. cap. 2. de testib. num. 57. Francisco Personal in tractat. de indi. y s. & tortur. num. 19. versic. Et hac quoque ratione, donde dize: Quod hac erit potius corruptela, quam consuetudo, & ideo non seruanda, quia sicut Princeps non potest tollere citationem, quia est de iure Diuino, multo minus poterit eadem citationis solemnitas tolli à consuetudine, y trae varios fundamentos para comprobacion de esta sententia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

33 Verum, quando merecielle seguirse la senten-

6
 258
 cia contraria, los Autores que la figuen, no dan por bastante la
 probança de oydas singulares, y que no contestan, y se halla tan
 desnuda de adminiculos, como lo està esta, ni la razon lo dicta.
 Nam hoc genus probationis, etiam in antiquis maxima laborat
 suspitione, fragile & prosternabile à Doctores appellatur, vt
 constat ex aductis per Crauetam *de antiquitat. tempor. 1. part.*
sect. visso de fama, num. 9. Menoch *de arbitrarijs, lib. 2. casu 475.*
num. 7. & seqq. Farinac. *in dict. quest. 69. num. 101.* Tum quia
 de facili inueniuntur testes qui dicunt sic & sic rem audiuisse, vt
 animaduertit Ancharran. *conf. 194. volum. 2.* Craueta *in dicta*
sectione, visso de fama, num. 9. & 12. Petra *de fideicommiss. quest. 13.*
num. 82. Menoch. *in dict. casu 475.* Cuman. *conf. 77. colum. 2.*
versic. Ad quartum. Tum quia dictum vnus, etiam sine ra-
 tione, & causa, facile sequitur multitudo, *cap. cum in iuventute*
12. versic. Scientes, vbi glos. verbo facile sequitur, de purgatione ca-
nonica, Malcard. de probat. conclus. 748. num. 7. D. Valenz. *conf.*
90. num. 74. vbi ab omnibus sic ratiotinatur, quia sicut ex se faci-
 le est audire, ita facile est credere, quamuis nec fundamentum, nec ve-
 ritatis tramitem, quod dictum est capiat, eo quod sunt homines pra-
 uae naturae, & faciles ad credendum, *l. 1. §. dolum, ff. de eo per quē*
factum erit, cap. Deus 2. quest. 1. cap. quamuis 75. 11. quest. 3. cap. iu-
dicantem 30. quest. 5. cap. siquid vero 86. distinct. à quibus si ratio
 non exquiratur, facile mendacia cooperientur, & sicut vera se-
 querentur, vt pluribus obseruat, & exornat Escobar *de parit. &*
nobilitat. 1. part. quest. 9. §. 4. num. 35. & 36.

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

35
 De creer es, que así como se procuraron pren-
 dar estos testigos por el acto de auerlos examinado ante aquel
 Alcalde Ordinario del Valle de Oquendo, para que quando hu-
 uiessen de deponer ante el Recetor del Consejo dixessen lo mis-
 mo, ò no pudiessen dezir lo contrario, & sic in fraudem, como lo
 reparò el Romano Pontifice, *in cap. quoniam frequenter, vbi liti-*
non contestata, ibi: Ne forte hoc procuret in fraudem, se les mostra-
 ria este instrumento para animarles à que dixessen, y que esto
 fuesse

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

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

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

Tambien

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

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

tit. 1. resoluc. 3. §. 2. num. 28. & 29. D. Larrea allegat. 96. num. 8. Barbosa. voto 68. sub num. 10.

40 Este testamento está redarguido de falso civilmente, y aunque Don Francisco procuró probar la legalidad del Escriuano, sus testigos no dicen mas de que el tal Escriuano, de quien suena estar signado, fue fiel, y legal, y que han visto escrituras suyas. Pero esto no es auer probado lo que le incumbia para saluar el obice de la redargucion, pues necesitaua probar, que al tiempo de su otorgamiento, el tal Escriuano era fiel, y legal, y que el signo y letra del instrumento era suya, l. 115. tit. 18. part. 3. Parlador, lib. 2. rerum quotidianar. cap. fin. 1. part. 5. 11. num. 1. §. Gonzalez ad Regul. 8. glos. 64. num. 6. Azebedo in l. 1. num. 134. tit. 11. lib. 4. Recopil. Noguero allegat. 25. num. 253. Pareja de instrument. edit. tit. 1. resoluc. 3. §. 2. num. 33. Conque careciendo las deposiciones de los testigos de estas dos circunstancias tan esenciales, no prueban lo que era necesario para desvanecer el efecto de la redargucion.

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

252
natural de Vizcaya, el que nombrare el Corregidor, o su Teniente.
 Conque no auiendo sido el tal Escriuano ante quien suena o-
 torgado este testamento, vezino, ni natrual de Vizcaya, ni de los
 del Numero del Señorío, y sus Merindades, ni pareciendo sus
 registros, y protocolo. dentro de el, es argumento, y congetura
 vrgentissima de ser supuesto, y falso.

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

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

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

44 La quarta, resulta de que siendo así, que Andres, num. 4. fue el hi. q mayor que tuuo num. 2. y el segundo San Iuan, num. 11. padre del fundador, y que el común estylo que se tiene en todos testamentos, es nombrarlos el testador, y escriuirlos el Escriuano por su orden, graduandoles por sus edades, y mayorias en el testamento, para incluir en la filiacion à Iuan num. 5. y à Pedro num. 7 y calificar, que dicho Iuan fue el mayor, se ordenò el ponerles en èl, y en la clausula de institucion de herederos, primero à Iuan num. 5. luego à Pedro num. 7. y en tercero lugar à San Iuan, num. 11. y en el vltimo à Andres, num. 4. conque se faltò al estylo, y se halla diuersidad en la dicta, quod apud Doctores receptum est, ser sospechosa de falsedad estimable, Socin. conf. 189. num. 56. § 57. volum. 2. Menoch. conf. 199. num. 10. § de prae sumpt. lib. 5. prae sumpt. 20. num. 18. § 19. Decian. conf. 108. num. 62. volum. 2. Farinac. de falsitat. quest. 135. numer. 139. Augustin Barbossa voto 68. numer. 47. § 51.

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

vno, y otro de necesidad, segun la quentā referida, mucho mayores de los 25 de que resulta lo inuerosimil de semejante clausula, y narratiua, qua propter non est danda fidei tali scripturae, cum non careat falsitatis suspitione, vt per Alexand. *cons. 84. num. 2. versic. Præterea dicta scriptura, volum 7. Bald. in l. scripturae, num. 5. Cod. de fide instrument. Farinac. in dict. quest. 153. num. 176. Mascard. conclus. 740. num. 35. Gratian. decis. Marchia 28. num. 12. Selsè decis. 117. num. 17. § 18. Thesaur lib. 1. quest. Forens. quest. 47. num. 1. Peregrin. cons. 92. num. 22. cum seqq. D. Larrea allegat. 96. num. 24.*

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

47. Y aun se añaden à las referidas sospechas otras muchas, que resultan de la inspeccion ocular de este instrumento, quales son, no conuenir, ni parecerse el signo, firma, y rubrica del, à las que se hallan en las escrituras, y protocolos que se hā traydo del Escriuano, ante quien suena otorgado. De que inducen los Autores presumpcion de falsedad, Cardin. Tusch. *practicar. conclus. tom. 3. lit. F. conclus. 44. num. 9. Decian. cons. 160. num. 17 lib. 2. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 20. num. 40. Mascard. conclus. 740. num. 21. Farinac. quest. 153. num. 166. Ser muy distante, y diferente la marca del papel de la que en aquel tiempo se vsaua, y se reconoce de dichos protocolos, ex quo etiam præsumitur falsum, cap. inter dilectos, §. sed contra, de fide instrumentor. Farinac. dict. quest. 153. num. 166. § 170. August. Barbof. in dict. voto 68. nu. 51. Hauerle dado color al papel, y le-*

era para que pareciese instrumento antiguo; quod quidem etiam inducit praesumptionem falsitatis, *glos. verbo suspectus in fine, versic. vel ratione charta, in l. habemus, Cod. de probat. Glos. verbo scripturam, in l. fin. Cod. ad legem Cornel. de falsis, Bald. in l. contractus, num. 22. Cod. de fide instrumentor. Farinae in dicta quast. 153. num. 135. Petrus Bim. cons. 188. num. 91. lib. 2. Barbos. voto 68. num. 53.*

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

49 Ni la antigüedad que su fecha denota, puede suplir tan notables vicios, ni excusar su comprobacion, estando como esta redarguido. Porque la antigüedad, que solo consta de la narratiua del instrumento redarguido, por si sola, no es suficiente a purgarlos, ni el efecto que causa la redargucion, salvo que por otros medios conste de ella, y la razon es; porque el que se expone a fabricar vn instrumento falso, le puede disponer de forma, que suene, y parezca tan antiguo, como se le antogare al fabricador, sin reparar en millares de años, assi lo aduerten Nogueroi *allegat. 25. num. 254. ibi: Nec obstat, dicere antiquitatem scripturarum illas sufficienter comprobare, absque alia verificatione, quia excedunt centum annos. Primo quia de antiquitate, scripturarum debet constare aliter quam ex earum inspectione, quia qui instrumentum falsum fabricat, efficere potest, ut ita consociatur, ut apparenter videatur antiquum.* Rota, per Puterum *decis. 186. num. 2. lib. 3. in secunda editione, ibi: Quia quod instrumentum esset antiquum, non probatur ex sola data, cum potuisset fieri de novo sub illa data, sequitur Alexander Ludouisi. decis. 393. num. 2. & ibi Additionator. lit. A. Rota decis. 187. num. 10. Et 11. tom. 5. in recent. Burato decis. 290. num. 8. & ibi Additionator. lit. C. y mas copiosamente Pareja de instrumentor. *edit. tom. 1. tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 39. ibi: Cum certissimum sit in iure quod data quantumcumque antiqua, non probet instrumenti antiquitatem, compossibile sit instrumenta conscribi, quae antiqua videantur in data, cum tamen recentius scripta fuerint, ut recte considerant, Aymon Crassetu, Et. y lo mismo funda, y afirma tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 81. Garcia de nobilitat. glos. 4. a num. 32. Ultra, de que la ley de partida,**

no exceptua los instrumentos antiguos. Y aun abstrayendo de este fundamento, quando agitur de re graui, & de magno ter-
tij per iudicio, no suple nada la antigüedad. Gonçalez *ad Re-*
gul. & glof. 6.4. num. 13. Pareja *tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 49. C. 54.*
vbi plures.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

58 Dezimos que los testigos que han presentado para probar, que los del num. 15. y 16. fueron hijos de Pedro Saenz, num. 7. son varios, porque 16. de ellos examinados ante el Governador de Ayala, à pedimiento de Don Francisco de Sauto, num. 35. poder auiente, y cesionario de Ignacio, num. 34. dizen auer conocido al dicho Pedro Saenz de Oxirando, num. 7. y à Iuan de Oxirando, num. 5. y que en el aspecto, y canas se conocia, que el dicho Pedro era mayor que Iuan. Y bueltos à examinar los 13. de ellos por el Receptor del Consejo, dixeron, que no los conocieron, y solo deponen, auer oydo dezir, que fueron hermanos, y que el dicho Pedro tuuo por sus hijos à los del num. 15. y 16. y tambien q̃ num. 7. auia sido mayor en edad, que num. 5. Esta variedad es suficiente para quitarles la fee, y aun para ser castigados, por auer variado, *l. qui falso. ff. de testib. l. 41. tit. 16. part. 3.* & ibi Gregor. Lopez *glos. 4. Farinac. de testib. quest. 562. num. 491. & quest. 57. num. 111. Noguez. alleg. 26. num. 76. Garc. de nobil. glos. 25. num. 3. August. Barb. voto 55. num. 28.*

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

con-

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

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

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

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

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

Iua:

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

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

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

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

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

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

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

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

Vlti-

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

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

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

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

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

15

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

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

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

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

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

78 Ay testigos que la dicen, aunque los mas se remiten a instrumentos que han visto.

Por instrumentos, para probar el matrimonio.

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

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

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

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

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

Para la filiacion.

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

85 Vna demãdã que pũsso vn Iuã de Vrtusauſtegui, el año de 1595. à Domingo de Vrtusauſtegui, num. 31. Y à Maria de Vrtusauſtegui ſu herimana, como à hiſos de Domingo de Vrtusauſtegui, y Doña Francisca de Villanueba, num. 21. Y à Domingo de Villanueba, como ſu curador, ſobre ciertos bienes, paſò por teſtimonio de Iuan de Santa Marina, la qual eſtã ſacada del pleyto con ſu decreto, y notificaciones.

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

87 Otras tres peticiones del meſmo pleyto, preſentadas los años de 1596. 1597. 1602 por el meſmo actor, en que ſe contiene la miſma filiacion de auer ſido, y quedado los dichos Domingo de Vrtusauſtegui, num. 31. Y Maria de Vrtusauſtegui ſu hermana, por hiſos legitimos, y herederos de Domingo de Vrtusauſtegui, y Doña Francisca de Villanueba.

88 El contrato matrimonial para coſſar à la dicha Maria de Vrtusauſtegui, con Sancho de Palacio, en que ſe haze relacion de la dicha filiacion, como queda dicho, paſò por teſtimonio de Iuan de Ybarra, Eſcriuano.

89 Vna probança que hizo Domingo de Vrtusauſtegui, num. 31 ante el Teniente general del ſeñorio de Vizcaya, por teſtimonio de Iuan de Mendieta, Eſcriuano, en vn pleyto que litigò lobre la ſucceſion de otro mayorazgo, en que obtuuo por ſentencias de viſta, y reuiſta, contra Frantiſco de Palacio, en la qual con ocho teſtigos de entero conocimiento, probò ſer hiſo legitimo de Domingo de Vrtusauſtegui, y Doña Francisca de Villanueba.

90 En la quinta, articulò: *Que Doña Francisca de Villanueba, num. 21 ſu abncla, fue hiſa legitima de Domingo de Villanueba, y de Maria Saenz, de Oxirando Vrrutia, num. 13.*

91 Seis teſtigos la dicen de oydas, y los dos añadẽ àuerlo viſto por papeles.

Por Eſcrituras.

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

37
 Domingo de Vrtusauztegui, y Doña Francisca de Villanueva, por el qual, se dize ser Doña Francisca hija legitima de Maria saenz de Oxirando Vrrutia, y de Domingo de Villanueva su marido. La segunda, la ratificacion que del dicho contraeto hizo Francisca de Aguirre, madre de Domingo de Vrtusauztegui, num. 21. por la qual consta, que Doña Francisca de Villanueva, fue hija de Maria Saenz de Vrrutia, y Domingo de Villanueva su marido. La tercera la escritura de transaccion, y entrego de bienes que tocaron a Doña Francisca de la legitima de Maria Saenz de Vrrutia, su madre. La quarta, el testamento de la dicha Maria Saenz de Vrrutia en que dexa por su hija, y vnica heredera a la dicha Doña Francisca. La quinta, vna transaccion otorgada, entre Iuana de Mendiui, y Tomas de Vrrutia su hijo, y Iuan de Villanueva, de vn pleyto que la dicha Doña Francisca litigò contra ellos, por donde consta fue hija legitima de la dicha Maria Saenz de Vrrutia, y nieta de Andres de Vrrutia, num. 4. La sexta vn poder, y cesion que Iuana de Mendiui, y su hijo dieron a la dicha Doña Francisca de vnos 200, ducados, por donde consta lo mismo. La septima, vna probança echa en Agosto de 1591. por Doña Francisca, en vn pleyto que litigò con Iuan de Vrtusauztegui, por la qual està probado con muchos testigos ser hija legitima de Maria Saenz de Vrrutia, y nieta de Andres de Vrrutia, num. 4.

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

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

Por Escrituras.

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

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

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

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

Por Escrituras.

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

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

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

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

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

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

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

104 Conque la legitimacion de Don Francisco Antonio de Vrtusautegui, y su parentesco con el fundador, y vltimo poseedor, queda sin dificultad alguna probado, per singulos gradus, y lo asseguramos assi, porque sobre estar justificado por testigos, è instrumentos comprobados en toda forma, sus competidores, y colitigantes no lo niegan, antes se lo confiessan y reconocen, y solo le pretenden excluir por dezir que su parentesco procede ex vno tantum latere, y que ellos son vtrinque conjuntos, y aun mas cercanos del fundador, y vltimo poseedor. Reparo que en la materia de que se trata, merece poca, ò ninguna estimacion, como en el progreso de este discurso se fundarà, y quando por via de razon de dudar mereciesse alguna, seria quando las partes que lo oponen tuuiessem probada su filiacion, y parentesco con el fundador; pero no la teniendo, como no tienen, se viene à hallar Don Francisco Antonio de Vrtusautegui en esta succession, *non tan potior quam solus*, y aunque se considere que no les falta algun genero de probança, no se puede negar que es muy dudosa, y no ay razon para que lo cierto se dexede seguir por lo que es dudoso, como nos lo advierte el Iurisculto Paulo *in leg. ordinata 14. ff. de liberali causa*, ibi: *Ne melioris conditionis sit, qui dubia libertatis est,*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IIII Y que el hijo mayor, y primogenito del ultimo genitor, a quien se deve buscar para hallar la linea de successione, la ocupe con prelacion a los demás hermanos, y constituya la linea sucesible, probant expresse, leg. 2. tit. 15. part. 2. leg. 40. Tauri, leg. 1. tit. 7. lib. 5. Recop. D. Molina lib. 1. cap. 4. per totum, & cap. 5. num. 21. & 22. & lib. 3. cap. 6. num. 36. & 37. & ibi Addentes num. 29. D. Paz de tenuta, cap. 35. num. 10. D.

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

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

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

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

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

Satisfazese al medio primero.

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

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

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

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

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

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

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

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