



**P O R**  
**DON PEDRO DE VRTVSAVSTEGVI**

Salaçar, num. 35. vezino del Valle de Gortojuela, en el Señorío de Vizcaya.

**C O N**  
**DONA IVANA DE OGIRANDO,**  
num. 20. viuda de Sebastian de Chavarria. Y con Ignacio Iacinto de Ogirando, num. 31. Y con Joseph de Ogirando, num. 32. Y con Don Francisco de Ogirando, num. 33. todos vezinos del dicho Señorío, Valle de Orozco, y tierra de Ayala.

LA PROPIEDAD DEL VINCULO, Y MAYORAZGO  
 que fundò Don Miguel de Ogirando, num. 17. Cavallero que fue  
 del Orden de Santiago, y Alguacil Mayor del Real Consejo de las  
 Ordenes, y vacò por muerte de Don Miguel Domingo de Ogiran-  
 do, num. 23.



1 **D**ON Pedro de Vrtusastegui, num. 35.  
 pretende se ha de revocar la sentencia  
 en este pleyto dada por el Iuez Ma-  
 yor de Vizcaya, en que declarò tocar,  
 y pertenecer la sucesion de dicho  
 mayorazgo à la dicha Doña Juana de  
 Ogirando, num. 20. y la absolviò, y diò  
 por libre de la demanda puesta en dicha razon por el dicho Don  
 Pedro, y que se ha de declarar por legitimo successor en èl, conde-  
 nando à la dicha Doña Juana à la restitucion de sus bienes, con  
 frutos, y rentas desde la muerte del ultimo possedor.

2 La dicha Doña Juana de Ogirando, pretenderà con  
 firmacion por si, y como cessionaria de Ignacio, y Ioseph de Ogi-  
 rando, colitigantes que fueron en este pleyto.

3 Parabreve expediente deste discurso legal, supone-  
 mos lo primero, que el dicho Don Miguel de Ogirando, num. 17  
 por su testamento otorgado ante Francisco Suarez, Escrivano  
 del Numero de la Villa de Madrid, en 7. de Abril del año passa-  
 do de 1645. y en èl fundò el mayorazgo sobre que se litiga, cu-  
 yos llamamientos se componen de diferentes clausulas, y las que  
 conducen para este pleyto son las siguientes.

4 En la primera, se funda mayorazgo perpetuo, y re-  
 gular, conforme à la leyes destes Reynos de Castilla.

5 En la segunda, llama el fundador, à sus hijos, y des-  
 cendientes legitimos, y en falta de ellos à los naturales.

6 En la tercera, llama en falta de sus hijos, y descen-  
 dientes legitimos, y naturales, à Don Miguel Domingo de Ogi-  
 rando, num. 23. hijo legitimo de Gabriel de Ogirando, num. 16.  
 y à sus hijos, y descendientes legitimos, y en falta à los naturales.

7 En la quarta, llama en falta de los arriba llamados à  
 Doña Iosepha de Ogirando, num. 24. y à sus hijos, y descenden-  
 tes

tes legitimos, y à falta de legitimos, à los naturales hijos de varon.  
 8 En la quinta, llama en falta de los dichos à Doña Maria de Ogirando, num. 25. y à sus hijos, y descendientes, en la forma que à los de Doña Iosepha.

9 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 madre, y el mayor al menor, y el varon à la hembra, y los de la linea del vltimo poseedor à todos los demás, y los hijos, y descendientes legitimos de los parientes del fundador mas cercanos, siendo vno solo el poseedor.

10 Y excluye Frayles, y Monjas, y que todos los poseedores de este mayorazgo se firmen, y llamen del apellido de Ogirando, y al que lo contraviniere le excluye, y que passe al siguiente en grado.

11 El primero, y vltimo poseedor deste mayorazgo fue Don Miguel, num. 23. porque el fundador no tuvo hijos, ni èl tampoco, y Doña Iosepha, num. 24. murió sin dexar succession, y Doña Maria, nu. 25. por ser Religiosa professã està excluida, cõque ha llegado el caso del llamamiento del pariente mas cercano, his sic in fact o supofitis.

12 Et etiam in iure suponere debemus, que en toda succession de mayorazgos debe aver demonstracion precissa el que quisiere obtener destas tres circunstancias, se vocatum esse, habere qualitatem sub qua vocatus est, & suæ substitutionis casum evenisse, Roland. *conf. 66. num. 3. lib. 3.* Menoch. *conf. 97. numer. 103. & seqq.* Burgos de Paz *conf. 34. num. 21.* Azeved. *conf. 18. num. 17.* Casanate *conf. 4. num. 9.* D. Larrea *decif. 33. num. 33.* Lanar, *conf. 60. à num. 2. lib. 1.* D. Castill. *tom 6. controver. cap. 136. num. 68.* Argel. *de acquirend. poss. quæst. 8. artic. 13. num. 5.* Capic. Latro *decif. 144. num. 15.*

13 Probando el llamamiento con legitimacion de personas; leg. 1. *Cod. quorum bonorum*, ibi: *Non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, & ad hereditatem, vel bonorum possessionem admissum provaberis, leg. 1. § si ea, ff. de ventre in posses. mitend.* Peregr. *de fideicommiss. artic. 43. num. 6.* D. Paz *de tenuta, cap. 24. num. 1.* Milanens. *decif. 2. num. 17. lib. 2.* Anton. Amato 2. part. *variar. resolut. 78. à num. 1.* sin la qual ningun actor puede vencer por ser la vasa fundamental de todos los juizios,

zios, vt notant cōmunitè Doctores in leg. qui estipendia 9. leg. li. c. 24. Cod. de procuracionib. & in leg. non ignorat 9. leg. si quis 20. Cod. de his qui accusare non possunt. Carl. de Grassi. de except. except. 1. à num. 88. Post. de manutenend. obseruat. 87. num. 3. Virgil. de legitimat. personar. in palad. à nu. 1. Paz in praxi, tom. 1. part. 1. temp. 2. num. 7. & part. 4. cap. 2. num. 17. Pareja de instrument. edict. tit. 6. resolat. 2. num. 1. D. Castill. lib. 3. contro. v. cap. 24. nu. 130. Carleb. de iudicijs, lib. 1. tit. 2. disput. 4. num. 11. August. Barboss. in cap. 1. de accusat. num. 1.

14. Y en competencia de pretendientes se debe cōceder al que por medios mas relevantes, induvitables, y claros mostrare legitimada su persona, & per consequens, su llamamien to, la calidad de el, y el evento, leg. fin. §. si autem, Cod. de edict. Di. vi Adrian. tollend. ibi: Et ei possessio adquiratur qui potiora ex legiti mis modis iura ostenderit, leg. 3. tit. 14. part. 6. Menoch. de adipisc. pass. remed. 4. num. 579. Argel. de legitim. contradict. quest. 2. artic. 4. num. 149. Cancer. variar. tom. 3. cap. 14. num. 29. Post. de ma nutentione, obseruat. 71. à num. 113. Nogueroi allegat. 25. numer. 209. Anton. Gomez in leg. 45. Taur. numer. 147. Burgos de Paz conf. 39. num. 13. D. Castill. lib. 3. controver. cap. 24. nu. 143. Parlada lib. 2. rerum quotid. cap. 5. num. 10. Mieres de maiorat. 3. part. quest. 15. à num. 54.

15. Serà precisó entrar reconociendo quien de los pre tendientes la tiene legitimada, & hoc, probando concluyente mente, y sin linage alguno de duda ser descendiente legitimo de San Iuan de Ogirando, num. 2. abuelo del fundador. Y como esta descendencia se ha de probar de grado en grado, vt nos docet Roman. Pontifex in cap. licet, ex quadam de testib. ibi: Singulos gradus clara computatione distinguant, leg. Iuris-Cons. in princip. ff. de grad. princip. instituta de gradib. cognator. D. Covarrub. lib. 2. va riarum, cap. 6. num. 6. vbi plures Faria, Augustin. Barboss. de po. testat. Epif. 3. part. allegat. 31. num. 157. Escobar de puritat. 2. part. quest. 4. artic. 2. num. 102. vbi num. 104. redit rationem, ibi: Et cum consanguinitas tanto propinquor reputetur, & plures contineat lineas quāto paucioribus gradibus distat nō poteris discerni propinquitas, nec linearum coniunctio, nisi per discretos, & distinctos gradus, D. Valen. quel. conf. 105. num. 52. Peregrin. de fideicommiss. artic. 43. nu. 68. En qualquiera de los que se articulan que falte probança legiti ma, es lo mismo que si falta se en todos; porque los grados del pa

rentesco, son como los eslabones que vienen la cada <sup>una</sup> ~~una~~, que vno que se suelte basta para defunirle; y así daremos principio à la nuestra, haziendo manifesto de que Don Pedro de Vrtusauztegui ha cumplido con la suya, con todo el rigor de estas doctrinas.

## Articulo primero.

Fundase la inclusion de Don Pedro de Vrtusauztegui, num. 35. y aver probado por los medios mas relevantes que de derecho se requieren, ser quarto nieto de Andres de Ogirando, num. 5. y quinto nieto de San Juan de Ogirando, num. 2. abuelo legitimo del fundador deste mayorazgo.

16 **Q**VANDO la filiacion, y parentesco que se trata ta probar es antigua, la mas relevante, y segura probança es la que resulta de los instrumentos, àsi aertiva, como enunciativa, como con todos los Doctores mas clasicos, y celebres lo advierte, y previene D. Solorçano, recopilando quanto està escrito, tom. 2. de iure Indiar. lib. 1. cap. 26. num. 34. ad 37. con cuyas palabras queda exornado al parecer con claridad este principio, ibi: *Quod in causa erat, ut ego cum eiusmodi litibus indicandis praesentem, multum antiqua instrumenta municipiorum, ac traxarum matriculas librosque Baptismi, & matrimoniorum considerarem, & titulos procedentiam caccorum, qui ex gubernationis archiepis deducebantur, ut ex his indagare possem, quibus magis lux veritatis asisteret, quoniam licet dici soleat in exercendis litibus parem vim habere testes, & instrumenta, leg. in exercendis, Cod. de fide instrumentis, ubi tamen summus in antiquis magis defenderum est instrumentis, quam testibus, ut in simili probant textus in leg. census, & monumenta, ff. de probat. ibi: Census, & monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit, leg. si tibi, Cod. de testib. leg. monumentorum, Cod. de Relig. & sumpt. fun. cap. series, de testib. cum alijs. qua adducit, Craveta cons. 58. in fine, Roderic. Suarez in leg. quoniam in prioribus, dub. 2. num. 1. in fine, Mascard. conclus. 411. num. 19. Misinger. lib. 5. observat. 79. Garc. de nobilitat. gloss. 4. numer. 33. & gloss. 18. num. 12. Otalora in eod. tractatu. 2. part. cap. 7. n. 17. in fine, Gutierrez. lib. 3. practicar. cap. 14. num. 35. Perez de Lara de Aniver. lib. 2. cap. 4. num. 57. D. Joan. Valenc. cons. 90. numer. 136. & seqq.*

B

Quod

**17** Quod aded verum est, ut procedat etiam ubi talia antiqua instrumenta, vel monumenta enuntiative, & ad alium finem referant parentelam consanguinitatem, vel nomina ascendentium quae probari intenduntur, *leg. optimam, Cod. de contrahend. stipular.* Bald. *in dict. cap. series, num. 4* Iaffon *in leg. si quis ex argentiarijs. §. Prator, num. 20* & 21. ff. *de edend.* Craveta *de antiquitat. temp. 1. part. in princip. num. 6* & 7. Mieres *de maioratib. 1. part. quest. 10.* Surd. *decis. 145. num. 6.* Mascard. *ubi supra,* & plures alios solita diligentia referens D. Ioannes del Castill. *lib. 5. controvers. cap. 123. ex numer. 7.* & hoc certius, & indubitatius erit, quando reperiuntur, vel concurrunt duo, vel plura instrumenta antiqua eadem intentionem iuvantia, vel probantia, ut optimè advertit, & prosequitur Marefcot. *lib. 1. variar. resolut. cap. 70 numer. 6.* Nicol. Garc. *de benefic. 7. part. cap. 15. num. 32.* & seqq. Peregrin. *de fideicommiss. artic. 43. num. 84.* Noguier. *allegat. 25. numer. 158.* D. Castill. *in dict. cap. 23. num. 9.* Agult. Barboss. *in collectan. ad Concil. Sess. 25. de reformat. cap. 9. num. 25.*

**18** Arreglandose pues Don Pedro de Vrtusaustegui, num. 35. y Don Francisco Antonio su padre, num. 34. que litigò el juyzio de tenuta, à las doctrinas referidas han probado su filiacion in modum sequentem.

**19** El dicho Don Pedro, num. 35. ha probado en este juyzio de propiedad (al qual salid por muerte de el dicho su padre) que es hijo legitimo, y primogenito del dicho D. Francisco Antonio de Vrtusaustegui, y de Doña Maria Alfonsa de Morga y Villa, sus padres, num. 34. y ha presentado las capitulaciones matrimoniales de sus padres, y la fee del Bautismo del susodicho con provision de la Sala, y citacion de las partes, además de los testigos que dicen de conocimiento de los referidos en toda forma.

**20** Y el dicho Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui Salaçar, num. 34. en el juyzio de tenuta articulò en la tercera pregunta *ser hijo legitimo de Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Magdalena de Ocarãça, su mujer, n. 30.* Y la dizè 11. testigos de entero conocimiento con todas las circunstancias necessarias. Y además presentò la fee de velaciones de los dichos sus padres, y la de su Baptismo, sacada de los libros de la Parrochia, y para su comprobacion, y de las demás que ha presentado de sus mayores, presentò los libros originales.

En

21 En la quarta: *Que Domingo de Vrtusaustegui su padre, num. 30. fue hijo legitimo de Doña Francisca de Villanueva, y de Domingo de Vrtusaustegui su marido, num. 22. y la dizen algunos de los testigos, aunque los mas se remiten à instrumentos que han visto.*

Por instrumentos para probar el matrimonio.

22 Ha presentado la licencia que los Provissores de Calahorra les concedieron en 22. de Enero de 1576. à Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Francisca de Villanueva, num. 22. para casarse con sola vna municion.

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

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

25 Otra escritura de ratificacion del dicho contracto que otorgò Francisca de Aguirre, madre del dicho Domingo de Vrtusaustegui, y suegra de Doña Francisca, en 12. de Julio de 1585. por testimonio de Francisco de Largaça, Escriuano.

26 Otra escritura de transaccion, y entrega de bienes otorgada entre Domingo de Villanueva, num. 14. y Iuan de Villanueva su hermano, y Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Francisca de Villanueva, num. 22. en razon de los bienes, y herencia que la pertenecian à la dicha Doña Francisca por la legitima de Maria Saez de Ogirando Vrrutia su madre, num. 14. que passò por testimonio de Diego de Vrrutia, Escriuano, en 1. de Junio de 1576.

Para la filiacion.

27 Vna escritura de venta que otorgò Domingo de Villanueva, como curador de Domingo de Vrtusaustegui, num. 30. y de Maria de Vrtusaustegui su hermana, hijos legitimos de Domingo de Vrtusaustegui, y Doña Francisca de Villanueva, n. 22. en favor del Bachiller Francisco de Vrtusaustegui, en 6. de

Otu-

†  
Octubre de 1598. que está sacada con auto del Iuez Mayor de Vizcaya, y citacion de las partes, y signada de el Escriuano de Camara de aquel juzgado.

28 Vna demanda que puso Iuan de Vrtusauftegui, el año de 1595. à Domingo de Vrtusauftegui, num. 30. y à Maria de Vrtusauftegui su hermana, como à hijos de Domingo de Vrtusauftegui, y Doña Francisca de Villanueva, num. 22. y à Domingo de Villanueva, como à su curador, sobre ciertos bienes, que passò por testimonio de Iuan de Santa Marina, Escriuano, la qual dicha demanda, y otros autos, y peticiones, y notificaciones por dõde consta, q̄ los dichos Domingo, n. 30. y la dicha Maria su hermana, quedaron por hijos legitimos, y herederos de los dichos Domingo de Vrtusauftegui, y Doña Francisca de Villanueva, estan compulsados en toda forma del pleyto original, y ademàs està presentado en los autos todo el dicho pleyto.

29 El contracto matrimonial para casar à la dicha Maria de Vrtusauftegui, hermana de Domingo, num. 30. con Sancho de Palacio, en que se relaciona dicha filiacion, como queda dicho, que passò por testimonio de Iuan de Ibarra Velasco, Escriuano, el año de 1606.

30 Vna probançã que hizo Domingo de Vrtusauftegui, num. 30. ante el Teniente del Señorío, y por testimonio de Iuan de Mendieta, Escriuano, en vn pleyto que litigò con Francisco de Palacio, sobre la succession de vn mayorazgo fundado por la dicha Doña Maria, hermana de el dicho Domingo, num. 30. y Sancho de Palacio su marido, en la qual con ocho testigos de entero conocimiento probò ser hijo legitimo de Domingo de Vrtusauftegui, y Doña Francisca de Villanueva.

31 En la quinta pregunta articulò el dicho D. Francisco, num. 34. *Que Doña Francisca de Villanueva, num. 22 su abuela, fue hija legitima de Domingo de Villanueva, y de Maria Saenz de Ogirando Vrrutia, num. 14.*

32 Seis testigos dicen la pregunta de oídas, y dos añaden averlo visto por papeles.

### Por escrituras.

33 Ha presentado siete escrituras publicas: La primera



rá, es el contracto matrimonial que se otorgó para casarse Domingo de Vrtusauztegui, y Doña Francisca de Villanueva, por el qual se dize ser Doña Francisca hija legitima de Maria Saez de Ogirando Vrrutia, y de Domingo de Villanueva su marido: La segunda, la ratificacion que de el dicho contracto hizo Francisca de Aguirre, madre de el dicho Domingo num. 22. por la qual consta, que la dicha Doña Francisca fue hija legitima de la dicha Maria Saez de Vrrutia, y de Domingo de Villanueva su marido. La tercera, la escritura de transaccion, y entrego de bienes que tocaron à la dicha Doña Francisca de la legitima de Maria Saez su madre. La quarta, el testamento de la dicha Maria Saez de Vrrutia, en que dexa por su vnica heredera à la dicha Doña Francisca. La quinta, vna transaccion otorgada entre Iuana de Mendivil, num. 6. y Tomàs de Vrrutia su hijo, num. 15. y Iuan de Villanueva, de vn pleyto que la dicha Doña Francisca litigò contra ellos, por donde consta, que la dicha Doña Francisca fue hija de la dicha Maria Saez de Vrrutia, y nieta de Andres, num. 5. La sexta, vn poder, y cesion que la dicha Iuana de Mendivil, num. 6. y el dicho Tomàs su hijo, dieron à la dicha Doña Francisca de vnos 200. ducados, por donde consta lo mismo. La septima, vna probança hecha en Agosto de 1591 por Doña Francisca, en vn pleyto que litigò con Iuan de Vrtusauztegui, por la qual està probado con mucho numero de testigos ser hija de Maria Saez de Vrrutia, y nieta de Andres, num. 5.

33 En la sexta articulò: *Que Maria Saez de Vrrutia Ogirando su visabueta, fue hija legitima de Andres de Vrrutia Ogirando, y de Catalina de Saldaña, num. 4. y 5.*

34 Dizen la cinco testigos de oídas, especificando las personas à quien lo oyeron, y ser publico, y notorio, y los dos que lo tienen por cierto, respecto de aver visto papeles por donde consta.

**Por escrituras.**

35 Ha presentado cinco escrituras publicas. La primera, el testamento de la dicha Maria Saez, en que declara ser hija legitima del dicho Andres de Ogirando Vrrutia, al qual tambien le haze vna manda. La segunda, vna transaccion, y entrego de bienes, que Catalina de Zubiete, y Iuan de Vrtusauztegui, hizieron

C ron

ron à Domingo de Villanueva, marido de Maria Saez de Vrrutia, por las legitimas que le tocavan del dicho Andres de Vrrutia, y Catalina de Saldaça sus padres. La tercera, otra escritura de trãfaccion, y concierto, que otorgaron la dicha Luana de Mendivil, segunda muger que fue de dicho Andres, n. 5. y Tomàs de Vrrutia su hijo, con Iuan de Villanueva, y Diego Ortiz de Largacha, de vn pleyto que Doña Francisca, num. 22. litigava contra ellos, por la qual consta, que la dicha Maria Saez fue hija del dicho Andres num. 5. La quarta, el poder, y cession que los susodichos dieron à la dicha Doña Francisca, para que percibiesse los 200 ducados, por razon del dicho pleyto, por donde consta lo referido. La quinta, la probança de que hizimos mencion suprà n. in fine.

36 En la septima articulò: *Que Andres de Ogirando Vrrutia, num. 5. fue hijo legitimo de San Iuan de Ogirando, y de Antonia de Vrrutia, su primera muger, num. 1. y 2.*

37 Tres testigos dicen la pregunta de oidas, y que lo han visto por papeles, à que se remiten.

### Por escrituras.

38 Ha presentado el contracto matrimonial que se celebrò en el año de 1542. para casar à Andres, num. 5. con Catalina de Saldaça, en el qual se refiere como està tratado de casar el dicho Andres de Vrrutia Ogirando, nieto de Iuan Saez de Vrrutia Hasi, y de Maria Saez de Vrrutia, los de la letra A. è hijo legitimo de San Iuan de Ogirando, y de Antonia de Vrrutia, num. 1. y 2. con Catalina de Saldaça, hija de Domingo de Saldaça.

39 Vn poder que otorgò San Iuan de Ogirando, numer. 2. junto con el dicho Andres de Vrrutia su hijo, num. 5. para apartarse de vn pleyto que tenían los susodichos ante el Corregidor del Señorío, cõ Iuan Perez de Zubieta, sobre la tutela de Maria Saez de Vrrutia, num. 14. nieta que dicen ser del dicho S. Iuan; num. 2. è hija del dicho Andres, num. 5.

40 La sentencia, y otros autos que el Corregidor de dicho Señorío diò en dicho pleyto de la tutela, y las notificaciones en esta razon hechas al dicho San Iuan, num. 2. y à Andres, num. 5. su hijo, por donde consta la dicha filiacion.

41 La fee sacada del libro de Baptizados de la Parrochia;

chia, de dos asientos de él: El vñõ en que se dize, que en 23. de Março de 1515. se baptiçõ Cafilda, hija de San Juan de Ogirando, y de Antonia de Vrrutia su muger. Y el otro, en que se dize, que en 24. de Diziembre de 1518. se baptiçõ à Andres, hijo legitimo de San Juan de Ogirando, y de la dicha Antonia su muger.

42 Que S. Iuan de Ogirando, num. 2. despues de aver avido en su primero matrimonio à Andres de Ogirando Vrrutia, num. 5. y fallecido su madre, de segundo matrimonio casò cõ Juana de Mendivil, y que en èl huvo à San Juan de Ogirando, numer. 8. el qual tuvo dos matrimonios, y que el primero que tuvo fue con Marina de Sanchoyerto, num. 7. en quien procreò à Gabriel de Ogirando, num. 16. padre de Don Miguel Domingo, numer. 23. vltimo poseedor, y el segundo con Maria de Ilusquiza, num. 9. en quien huvo, y procreò al fundador deste mayorazgo. Està por todos los litigantes articulado, y probado, y en ello no se ha puesto, ni pone duda alguna.

43 Todos estos instrumentos que vãn referidos en cada grado de nuestra filiacion, se presentaron en el Consejo cõpulsados de sus originales, en virtud de provision que para ello se librò, y despachò pendiente el juyzio de tenuta, y la compulsa la hizo el Recetor de los Consejos con citacion de todos los litigantes, precediendo à dichas compulsa informacion de legalidad de los Escrivanos ante quienes parece estar otorgados, y con todos los demàs requisitos que se previenen por nùestras leyes Reales.

44 Aviendose presentado la dicha compulsa en el Consejo, sin embargo de contener, como contiene la solemnidad referida, por parte de Doña Juana, y consortes, sin fundamento, ni causa se redarguyeron todos los dichos instrumentos de falsos civilmente, y aunque no era necessario por estar ya comprobados, y no tener sospecha alguna, para mayor justificacion de la verdad por parte de dicho Don Francisco, num. 34. padre de dicho Don Pedro, se presentò peticion pidiendo se le despachase provision segunda para traer los protocolos originales de todas las dichas escrituras, y con efecto en virtud de ella se trajeron todos los dichos protocolos, que en todo se hallaron conformes à la dicha compulsa, y aviendose dado copia, y traslado de todos ellos à las partes, no hallamos que se dixesse, ni alegasse contra ellos defecto alguno, y se determinò dicho pleyto.

45 En virtud de la remision de la sentencia de tenuta,

ta, se entregaron los autos deste pleyto al Portero en la forma ordinaria, quien los trajo, ò remitió al Escrivano de Camara de el Juzgado de Vizcaya, y en ellos solo vinieron las dichas compulsas hechas por el Recetor, porque los dichos protocolos originalmente en consideracion de averse exhibido, y no averse dicho nada contra ellos, como hemos dicho, se bolvieron à entregar à la parte que los exhibió, por estar obligado à dar quenta de ellos à las personas donde se sacaron, y en consecuencia de dicha remision se puso la demanda de propiedad en esta Chancilleria, que al presente se sigue, alegandose por el dicho Don Francisco Antonio de Vrtusaustegui, la misma filiacion que diò, y alegò en el Consejo, reproduciendo todos los dichos autos, probanças, y instrumentos de que vâ hecha mencion.

46 Y aviendose dado traslado de dicho pedimiento, y demanda à las partes contrarias, respondiendole à ella, entre las razones que alegò su Abogado, fueron redarguir las dichas escrituras de falsas con la misma inconsequencia que en el Consejo, conque el dicho Don Pedro de Vrtusaustegui, sin embargo de reconocer era frivola la dicha redarguicion, bolvió segunda vez, por excusar de gastos de Recetor, à imbar por los dichos protocolos originales que se avian exhibido en el Consejo, y aviendose presentado ante el Iuez Mayor de Vizcaya, se mandò dar traslado à la parte de dicha Doña Juana, y no hallamos que sus Agentes, y Abogados dixessen, ni alegassen contra dichos instrumentos, antes bien con vista de ellos se concluyò el pleyto, y se diò la sentencia del Iuez Mayor, de que al presente tenemosuplicado.

47 Este es el hecho arreglado à los autos, que los hemos visto, y examinado por nosotros mismos, para dar satisfacciòn al reparo que sobre dichos instrumentos se hizo por el Agente contrario en la Sala, faltando, y porfiando contra el hecho de el pleyto.

48 De todo lo qual inferimos, que dichos instrumentos originales, y sus protocolos, no estàn redarguidos, ni en el Consejo, ni en la Chancilleria al tiempo de su presentacion, aunque despues de exhibidos, como hemos dicho, se diò traslado à las partes, y las redarguiciones, assi en el dicho Consejo, como ante dicho Iuez Mayor, correspondieron à las compulsas, y no à los dichos protocolos, los quales, como dicho es, exhibidos en vna parte, y otra, no hemos hallado pedimiento, ni rastro por donde inducig

ducir semejante redarguicion, la qual para ser legitima es necesario que se haga luego que se da traslado de los instrumentos, alegando que son supuestos, e inciertos, y que no son publicos, ni autenticos, cuya forma, y modo de redarguir las puso con D. Gregor. Lopez, Noguero *allegat. 25. num. 254.* Pareja *de instrument. adict. dict. tit. 1. resolut. 3. §. num. 33.* y assi en vano se discurre, ni puede discurrir, ni dudar sobre su certeza, aunque la legitimacion de Don Pedro de Vrtusau Stegui es tan clara, y tambien justificada por legitimos grados, y personas, que no dilatamos mas este discurso.

49 *sup.* Ni tampoco se nos puede oponer la disposicion del *text. en el cap. subhorta. de re iudicat.* y que las dichas probanzas, y instrumentos de la filiacion quedassen desestimados para el juyzio de propiedad; porque la mas cierta sentencia es, y la recibida por todos los Tribunales de España, que todas las probanzas que miran a la filiacion quedan ilesas, y sirven para el juyzio de propiedad, vt doctè convincit D. Paz *de tenora. cap. 32. numer. 10. cum sequentib.* y satisfaze al *cap. subhorta.* respondièdo que aquel texto se entiende quando la sentencia derechamente se da contra los instrumentos, vt sic in terminis respondet *num. 43. 47. & 48. iuncto num. 49.* Pareja *de instrument. adict. dict. resolut. 3. §. 2. numer. 11.* Escobar *de puritat. 1. part. quest. 13. §. 2. numer. 53. & 54.* D. Salgad. *in Labyrinth. 3. part. cap. 1. §. vnic. num. 10. iuncto num. 52.*

### Articulo segundo.

Exclayese la utrinque conjuncion, y duplicado parentesco que pretenden tener Doña Juana de Ogirando, *num. 20.* Joseph de Ogirando, *num. 32.* y Ignacio Jacinto de Ogirando, *num. 31.* con Don Miguel de Ogirando, *num. 17.* fundador de este mayorazgo.

50 **T**ODA el ansia, y empeño del Abogado de Doña Juana, reconociendo les falta la calidad de la linea a sus partes, ha sido el pretender justificar, y probar la duplicidad del parentesco con el fundador, asentando que la dicha Doña Juana de Ogirando, fue hija legitima de Pedro Saez de Ogirando, *num. 11.* y asimismo los dichos Joseph, y Ig-

Y D na-

nacio sus viznietos, y que el dicho Pedro de Ogirando, num. 11. fue hijo de segundo matrimonio de San Juan de Ogirando, y Luana de Mendivil su segunda muger, numeros 2. y 3. abuelos de dicho Don Miguel de Ogirando, fundador, num. 17.

51 Y porque procedamos con claridad, no se niega por Don Pedro de Vrtulaustegni, que dicha Doña Luana, y confortes, sean hija, y viznietos del dicho Pedro Saez de Ogirando, sin embargo de que pudiera ponderarse, y controvertirse la calidad de los testigos, y instrumentos con que se prueba la dicha filiacion.

52 Ni tampoco queremos controvertir, que el dicho Pedro Saez de Ogirando, fuese hijo de San Juan de Ogirando, num. 2. y hermano de Andres de Ogirando Vrutia, num. 3. porque esto resulta de algunos instrumentos, y no es nuestro intento el oponernos sin mucha provabilidad, a lo que parece se persuade bastante de los autos; y asi se cansò en vano el Abogado contrario en discuir sobre este punto; porque en la vista deste pleyto se lo reconocimos, y confessamos ante el Iuez Mayor de Vizcaya.

53 La dificultad consiste pues en reconocer, si el dicho Pedro Saez de Ogirando, padre y visabuelo de las partes contrarias, fue hijo del segundo matrimonio que contrajo, y consta aver contraido el dicho San Juan de Ogirando, con la dicha Luana de Mendivil, num. 3. que es por donde se ha intentado, y intenta la calidad que se supone en contrario, ser prelativa a la linea por la vtrinque conjuncion, y aunque no nos puede embaraçar en el caso deste pleyto, como despues se manifestarà, nos ha parecido hazer los reparos en este hecho siguientes.

54 Lo primero, porque la dicha Doña Luana, y confortes, afirmando, como afirman, que tienen qualidad prelativa por duplicidad de dicho parentesco, la deben manifestar concluyentemente por ser fundamento de su intencion, vt provabimus supà in hac nostra allegatione num. 1. & vltra ibi aducta addendus text. in leg. Prator. §. docere, ff. de vi honor. r. apr. leg. 1. §. quod autem ff. ne quid in flumine publico. ex Bartulo, Natta, Fulvio Paciano, Menoch. Mascard. & alijs D. Castillo *controvers. lib. 6. cap. 123. num. 1. per tot. ubi plene probat qualitasem filiationis manifestè, & cõcludenter esse ab auctore probandam tanquam fundamentum sus intensionis.*

55. Y quando se hallan dos matrimonios en aquel ascendiente comun de donde se deriva el parentesco, y la parte alega descender, por que le importa, del primero, ò del segundo, lo ha de manifestar, ò por instrumentos, ò por probanças legitimas, y no le basta el probar ser hijo, sino justifica serlo de aquel matrimonio que dà por causa de su filiacion, videndus in termin. El *co-bar de puris sanguin. 1. part. quest. 17. §. 4. num. 29. Vbi affirmat distinguendam ex instrumentis antiquis, & libris coniugum, & ex nominatione parentum, & alijs medijs, & coniecturis quibus veritas nancisci possit.*

56. No hallamos instrumentos que se ayan presentado en este pleyto, que prueben que el dicho Pedro de Ogirando, num. 11. sea hijo de Luana de Mendivil, num. 3. porque el primero en que haze fundamento el Abogado contrario, parece ser vn poder otorgado por San Iuan de Ogirando, en el año passado de 1553. por el qual parece, que San Iuan de Ogirando, num. 2. y dicho Andres de Ogirando Vrrutia, num. 5. dieron poder à vn Procurador de la Villa de Vilbao, para que se apartasse de el pleyto que litigavan con vn Diego Perez de Zubiete, sobre la curaduria de Maria Saez de Ogirando, numer. 14. y en este instrumento se pone por testigo à dicho Pedro de Ogirando, num. 11. *hijo de dicho San Iuan de Ogirando*, y mirado con atencion este instrumento que tanto se pondera en contrario, por averle presentado Don Pedro de Vrtusautegui, y su padre, no prueba nada, ni es de consecuencia para dicha duplicidad de parentesco.

57. La razon es, porque lo que se puede inferir del es, que el dicho Pedro de Ogirando, num. 11. fue hermano del dicho Andres de Vrrutia, y del padre del fundador, pero que fuesse hijo de Luana de Mendivil, num. 3. y de dicho segundo matrimonio, ni consta de dicho instrumento, ni hallamos rastro por donde se pueda inferir, ni à ello se dà satisfaccion en contrario.

58. El segundo instrumento, es vna probança que se compulsò de vn pleyto executivo, que tratò vn Bartolomè de Alichiderra, contra Domingo de Villanueva, y Diego Ortiz de Largacha, la qual parece fue antes sacada de otro pleyto antiguo ordinario litigado entre otras personas el año de 1591. y en esta probança se articula, que el dicho Andres de Vrrutia, numer. 5. tuvo tres hermanos legitimos, que fueron San Iuan, Pedro

y Iuan, y que Iuaná de Mendivil, num. 6. muger de el dicho Andres, y Tomàs de Vrrutia, les pagaron à cada vno de dichos tres hermanos 20. ducados por la legitima que les cavià de dicho San Iuan de Ogirando, num. 2. su padre, y à esta pregunta, entre otros testigos se examinaron à los dichos Tomàs de Vrrutia, num. 15. y à la dicha Iuana de Mendivil menor en dias, num. 6. su madre, y estos dizen ser cierto se pagaron los dichos 20. ducados, à los hermanos de dicho Andres de Ogirando.

59 Y omitiendo lo que se puede alegar contra este instrumento de ser traslado de traslado, y no averse presentado la probrança original de dõde se compulsò, y de pleyto litigado entre otras personas, y averse redarguido, y no estar comprobado defectos todos insanables para materia tan grave, y en que exclaman los textos, y doctrinas, sin que baste la provision del Confesso, ni la citacion, y asistencia de Don Pedro; porque estos no son medios de comprobacion, porque la parte no sanea los defectos del instrumento, porque le citen para compulsarle, ni tampoco la provision en cuya virtud se compulsaron hasta que se presente en juyzio, que llega el caso de reconocerle, y responder aprobando, ò redarguyendole de falso.

60 Pero omitiendo, como hemos dicho estos reparos juridicos, dicho instrumento tampoco es de consecuencia; porque lo que de el se saca es lo mismo que lo que diximos en el antecedente, que en suma se reduce à que el dicho Pedro de Ogirando, num. 11. fue hermano del dicho Andres de Vrrutia, num. 5. è hijo de dicho San Iuan, num. 2. y que por esta causa le pagaron los dichos 20. ducados que le tocavan de la legitima de su padre, sin que se haga mencion del matrimonio de Iuana de Mendivil, numer. 3. ni que por ella huviesse percibido cantidad alguna, y esto fue lo que declararon los dichos Iuana de Mendivil, numer. 6. la menor, y el dicho Tomàs de Ogirando, num. 15. que no sirve para el caso; porque importa poco el que el dicho Pedro de Ogirando sea hermano de dicho Andres de Vrrutia, è hijo del dicho San Iuan, si es menor, como consta de los autos, y no verifica ser, y aver sido hijo de la dicha Iuana de Mendivil, que es por donde intenta la dicha duplicidad de parentesco.

61 El tercero instrumento de que se valen la dicha Doña Iuana, y consortes, para que el dicho Pedro Saez de Ogirando, sea hijo del segundo matrimonio de San Iuan, num. 2. es



9

Vn traslado de vn pleyto, que suena à verse litigado en el año pasado de 1607. ante la Iusticia Ordinaria del Valle de Ayala, por el dicho Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. y Pedro de Ogirando su hijo, numer. 18. contra vn vezino llamado Pedro de Malquarto, sobre ciertas injurias, y en este pleyto se dize, que se hizo probança por los dichos Pedro Sanz de Ogirando, y su hijo, y entre las preguntas que se hallan articuladas en abono de los actores querellantes, fue, que el dicho Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. era hijo legitimo de los dichos San Iuan de Ogirando, y la dicha Juana de Mendibil, num. 2. y 3. cuya pregunta concluyen de conocimiento los testigos. Conque se dize por Doña Juana, y consortes, que con este instrumento han cumplido con todo lo que necesitan, para verificar la duplicidad del parentesco con el dicho fundador.

62. La autoridad que tiene este instrumento, es el que parece que en el año de 1618. ocho años despues, que suena averse dado la sentencia, se presentò peticion por el dicho Pedro de Ogirando, num. 18. ante el Alcalde mayor de dicho Valle de Ayala, con citacion del dicho Pedro de Malquarto, para que se le diese traslado de dicho pleyto, para resguardo de su derecho, y por la dicha Iusticia se le mandò dar, y con efecto le diò, segun lo que se quiere dezir, vn Pedro de Orueta, Escrivano de dicho Valle, y este traslado en la forma referida, se sacò en virtud de provision del Consejo, de poder de Alonso de Vrrutia, Escrivano del Valle de Gordojuela, con informaciòn de legalidad del dicho Pedro de Orueta, en la forma ordinaria, y con citacion de Don Francisco de Vrtusauitgui, num. 34.

63. Los vicios visibiles, y parentes que tiene este instrumento, son tantos, que no es facil que nos aquietemos à su certeza, porque lo primero, aviendose reconocido la dicha copia, y traslado de el pleito referido, hallamos que està todo el defectuoso, y sospechoso: Lo primero, porque tiene falta de hojas, como se verifica de la segunda, y tercera, que no continuan, y corresponden en la narracion con las siguientes, y la vltima à donde correspondià la subscripcion, y signo de Pedro de Orueta, y donde recibe la autoridad todo el dicho traslado, no parece, ni se halla mas que vn medio pliego blanco, cosido à los demàs, y en este medio pliego pegados con oblea quatro renglones q̄ se reconocen aver sido final de algun instrumento, que dizen, ibi: *Y de ped-*

miento de Pedro de Ogirando, saque este traslado del processo original, que está en mi poder, en estas ciento y treinta y siete fojas, y fizese mi signo: En testimonio de verdad Pedro de Orueta, sin que lo demás que estava escrito sobre los dichos quatro renglones, se pueda reconocer.

64 Y Lo segundo, mirada con atencion la letra de dichos quatro renglones, no es correspondiente à todas las hojas antecedentes, y solo parece que tiene alguna semejança con la primera hoja, y que se ingirieron en medio todas las demás, que es donde está la dicha probança que hemos referido.

65 Lo tercero, hecho el computo de las hojas que dize el Escrivano contiene la dicha copia, y traslado, que son ciento y treinta y siete, no corresponden con las que se hallan presentadas, porque con la dicha hoja vltima pegada, hazen ciento y treinta y seis, y dos que es preciso falten en las dos partes donde no continuan las dichas razones, salen mas que la subscripción refiere; à que se llega, que por no estar foliado, no pedemos ajustar las que faltan en las dos partes referidas.

66 Estos son los que el derecho llama vicios visibles intrinsecos, y patentes, y son los medios por donde el instrumento pierde la estimacion; queda sospechoso, y con presumpciones de falso, como dizen Farinacio *conf. 109. nu. 9. § 10. part. 2. Mascard. de probat. conclus. 740. Menoch. de presumpt. lib. 5. presumpcion 20. Agustin. Barb. lib. 2. voto 68. nu. 3.* porque como la falsedad es de dificultosa probança, no ay otros medios que las congeturas, como lo dixo Baldo *in leg. si ex falsis, Cod. de transact. ibi: Falso revelato, Menoch. conf. 538. numer. 2. Farinac. de falsitat. quest. 152. num. 28. Barbol. dict. voto 68. numer. 6. § in collectanea in cap. accedens 8. de crimine falsi, n. 7. Noguero. allegat. 26. nu. 144. Ciriaco. tom. 4. controvers. 937.* y las principales congeturas son las visibles, idem Farinac. *dict. quest. 152. numer. 14. D. Larrea dict. allegat. 96. num. 3. Noguero dict. allegat. 26. nu. 148. Barbol. dict. voto, num. 10. Pegas resolut. forens. cap. 19. à num. 16. cum seqq.*

67 Y las que los textos, y los Doctores previenen por inevitables, son las mismas que constan de este instrumento, por que la variedad de la letra es sospecha gravissima, Mascard. *conclus. 791. num. 11. Decian. respons. 99. numer. 18. versic. 7. lib. 2. Barb. dict. voto 68. numer. 52. Pegas ubi supra. numer. 46. § 47. Noguero allegat. 26. numer. 130. pulchrè, & elegantèr Farinac.*

*quest.*

quæst. 153. part. 6. *El sayvân resol. civil. 11. num. 19.* Genua de script. privata, quæst. 6. dubio 5. num. 1. lib. 1. *Et dubio 7. num. 5.* y el hallarse dilacerado, y roto el dicho instrumento, es congetura relevantissima para despreciarle, y por tal la ponderan Genua dict. dubio 7. num. 33. Farinac. dict. quæst. 153. num. 184. D. Larrea dict. allegat. 96. num. 32. Barbof. in cap. inter dilectos, de fide instrumentor. num. 12. Pegas loco citato, num. 70. *Et 71.* y el estar falto de hojas, y no menos que en la segunda, y tercera, y vitima, que es donde recibe fuerza como hemos dicho, es presentar el instrumento manco, y mutilado, que son los terminos de que vsò Menochio en otro semejante, conf. 506. nu. 108. Genua dict. dubio 7. num. 56. Pegas num 87.

68 A estos vicios visibles, y patentes, se llegan otros; que llamamos extrinsecos, que no son menos eficaces, y por sí bastantes para que el instrumento quede sin estimacion alguna; como es el no averse presentado el pleyto original donde se sacò el dicho traslado, y parecido el dicho tra sumpto en poder de otro Escrivano de distinta, y diversa jurisdiccion, porque en los autos processales, lo que sirve regularmente de protocolo, es el pleyto original, y à donde se ha de recurrir para reconocer qualquier duda que aya, leg. 8. *Et 9. tit. 19. part. 3.* ibi: *Por esso la mandamos escribir en el registro, porque si la carta se perdiere, O VINIERE ALGVNA DVDA SOBRE ELLA, que se pueda mejor probar por alli, cap. quoniam contra, de probat. vbi Abbas num. 4; celebris glos. in cap. vt caterum, distinct. 9. verb. greci, ibi: Es hinc argumentum, quod quantumcumque autenticam sit aliquod instrumentum, si tamen de ipso aliquid in dubium revocetur semper exhibendum sit illud à quo originem ducit, Menoch. de adipiscend. poss. rem. 4. num. 654. Farinac. de falsit. quæst. 153. num. 133. vsque ad num. 145. D. Castill. lib. 2. controvers. cap. 16. num. 47. Pareja tit. 1. resolut. 3. §. 1. per tot. *Et præcipuè n. 33. Et 41.* D. Salg. de supplic. ad Sanctis. 2. part. cap. 30. §. 3. num. 17. Y estando, como està el dicho traslado tan sospechoso, el medio que el derecho previene; que es el recurso al original, no le tenemos, ni se ha manifestado por las partes que le presentaron. Antes bien con afectacion, constando que se entregò el dicho traslado à Pedro de Ogirando, num. 18. y que debia parar en poder de sus hijos, para darle la autoridad que no tiene, se puso en poder de Alonso de Vrrutia, Escrivano de otra Provincia, y jurisdiccion distinta, de à donde*

palsò

61  
pásò el dicho pleyto: Circūstācia que la alegò Mascardo de  
probat. conclus. 171. num. 4. Pegas ubi supra, num. 93.

69 Y así advierten los Autores, la diferencia que ay  
de las escrituras que se entregan à las partes, como es la original,  
los traslados, los testimonios de resguardo, y otros semejantes, las  
quales deven residir en poder de los mismos interesados; pero  
los protocolos, y pleytos originales, estos han de estar como en  
su centro en los officios de los Escrivanos, à donde por las leyes se  
previene el que residan, dict. cap. quoniam contra, de probat. ibi:  
Itaque originalia p̄scriptores remaneant; cap. fin. eodem tit. D.  
Covarrub. pract. cap. 19. num. 1. §. 2. Paz in praxi, 1. part. anno-  
tat. ultim. num. 28. Menoch. conf. 42. nu. 7. Gracian. discept. 162.  
num. 52. Barb. in collect. in dict. cap. quoniam contra, num. 12. §. 13.  
Pareja dict. tit. 1. resol. 3. §. 1. nu. 42. y el defecto de dicho pley-  
to original, constituye en terminos de sospechoso el dicho tras-  
lado, maximè, no se probando la perdida de dicho processo ori-  
ginal con algun accidente, leg. si creditor 4. C. de pignoratitia act.  
ibi: Vel non probat manifestis rationibus, se perdidisse, leg. testium,  
ibi: Causam per emptionis probantibus, leg. illata 4. ibi: Si ob  
amissorum instrumentorum casum probatione deficeris, Cod. de fi-  
de instrum. cap. cum olim, de privileg. ibi: Ut super amissione testes  
reciperet, leg. 10. vbi D. Gregor. Lopez tit. 14. partit. 3. Gracian.  
disceptat. forens. cap. 262. numer. 18. Mascard. Pacian. Avendaño,  
Menoch. & alij, quam plures laudati latissimè à Pareja dict. re-  
sol. 3. §. 1. num. 47. versic. Quarta conclusio.

70 Otra congetura extrinseca resulta de la poca esti-  
macion que dà el derecho à los traslados, y trasumptos, de que  
no ay original, cap. 1. de fide instrum. ibi: Si instrumentum auten-  
ticum non habemus ad exemplaria nihil facere possumus, leg. 2. ff. eo-  
dem, leg. ultim. ff. quemadmodum testamenta aperiantur, Authenti-  
ca si quis in aliquo documento, C. de edend. leg. 2. tit. 14. part. 6. leg. 44.  
§. 114. tit. 18. partit. 3. latissimè Noguero, ex D. Covarr. Parlad.  
allegat. 25. num. 306. Barb. in collect. in dict. cap. 1. de fide instrum. §.  
in sub collect. ad eundem textum, tom. 6. plenissimè Pareja dict. tit.  
1. resol. 3. §. 3. num. 4.

71 Y aunque se pudiera replicar, que Pedro de Orue-  
ta diò el traslado, remitiendose à el original que parava en su po-  
der, por aver ido à su officio en grado de apelacion ante el Alcal-  
de mayor de la tierra de Ayala, incidimos en otra dificultad

mayor; que no se ha comprobado la firma del dicho Pedro de Orueta, ni sabemos si la que se halla en el retazo, pegada en la ultima oja, es suya, ò no, y aunque el Abogado contrario pretendiò fanear en sus alegatos esta falta, con dezir, que quando se ganó la provision de el Consejo, se legalicò, y justificò, que el dicho Pedro de Orueta avia sido Escrivano, fiel, y legal. Esta especie de comprobacion fuera bastante si estuviéramos solo en terminos de la redarguycion ordinaria; pero quando el instrumento tiene por si sospechas, y vicios visibiles, ò ab extra, que le constituyan sospechoso, no basta que se pruebe que el Escrivano fue fiel, y legal, y es necesario el que se compruebe la firma, vt doctè animadvertit Geronim. Gonç. in Reg. 8. Chancelar. glos. 64. num. 6. ibi: *Si verò altera pars opponeret contra tale instrumentum non esse verum, nec à Notario publico confectum, & signatum: tunc regulariter, quamvis nullum vicium visibile contineat, erit recognoscendum, & comprobandum, scilicet quod fuerit confectum, & signatum à publico Tabellione, seu Notario pro tali reputato: vel quod saltem testes de super examinati recognoscant, MANVM IPSVIS NOTARIj: QVIA EST SIBI VALDE NOTA: VEL PER LITTERARVM COMPARATIONEM CVM ALIJS SIMILIBVS INSTRUMENTIS AB EODEM NOTARIO CONFECTIS. Et sic onus istius comprobationis incumbit parti producenti dictum instrumentum ita probat expressa, lex Hisp. &c. vbi Greg. Lopez in glos. no es Escrivano publico, optimè traddit Bald. in Authentica sed novo iurè, num. 5. Cod. si certum petatur, benè Pareja dict. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 34. à donde dizze, que dos requisitos se han de comprobar, el vno, la legalidad, y que fue tal Escrivano, y el otro su signo, y firma, ibi: *Quod simile instrumentum confectum fuit, & in publica forma redactum ab eo qui pro publico tabellione fait habitus, ET ETIAM QVOD EIVS SIGNVM, ET SVBSCRIPTIONEM AGNOSCANT, QVIA MANVS TALIS NOTARIj EST SIBI VALDE NOTA, aut per comparationem litterarum aliarum escripturarum ab ipso confectarum.* Nogueroi allegat. 25. num. 253.*

Sin que desta comprobacion, y por lo menos, la que regularmente se haze de la comparacion de letras, con otros instrumetos, se pueda excusar el dicho traslado por ser antiguo, porque ademàs de no serlo, la comunion resolucion es, que los instrumentos antiguos no se excusian por su antiguedad, de la

comprobacion saltim, con la comparacion de letras, aunque fue-  
ra de muchos mas años, porque qualquiera pudiera forjar vn  
pleyto, ò instrumento, con color, y sobre escrito de antiguedad,  
como lo advierte Noguerol *allegat. 25. num. 254. ibi: Nec obsta-  
vit dicere antiquitatem scripturarum illas sufficienter, comprobare abs-  
que alia verificatione, quia excedit centum annos. Primo, quia de anti-  
quitate scripturarum debet constare aliter, quam ex earum inspectio-  
ne quia, qui instrumentum falsum fabricas efficere potest, ut ita confi-  
tetur, ut apareret videatur antiquum Rosa per Putentum, decis. 186. n.  
2. lib. 3. in secunda dictione, ibi: Quia quod instrumentum esset anti-  
quum non probatur ex sola data, cum potuisset fieri de novo sub illa  
data, sequitur Alexand. Ludivis. decis. 393. n. 2. & ibi Addicio-  
nator, littera A. Rota decis. 187. num. 10. & 11. tom. 5. in recent.  
Burato decis. 290. num. 8. & ibi Additionator, littera C. y mas  
copiosamente Pareja de instrum. edict. tom. 1. tit. 1. resolut. 3. §. 2.  
num. 39. ibi: Cum certissimum sit in iure quod data quatenunque  
antiqua, non probet instrumenti antiquitatem; cum possibile sit instru-  
menta confici, qua antiqua videantur in data; cum tamen recen-  
ter scripta fuerint, ut rectè considerant Aymon Craveta, &c. y lo  
mismo funda, y afirma, tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 81 Garcia de no-  
bilitate, glos. 4. a num. 32. vltra, de que la ley de la Partida no excep-  
tua los instrumentos antiguos: y aun abstrayendo deste funda-  
mento, quando agitur de re gravi, & de magno tercij prout dicitur, no  
suple nada la antiguedad Gonç. ad Reg. 8. glos. 64. num. 13. Pare-  
ja tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 49. & 54. vbi plures.*

73 De todo lo qual se infiere la poca estimacion, ò  
ninguna, que puede darse à dicho instrumento en materia de  
tanto peso, y autoridad, como es la presente, y en vn juyzio de  
propiedad, à donde se deve mirar el derecho de las partes con to-  
da justificacion, arreglada à la disposicion legal.

74 El quarto instrumento es de peor calidad que el  
antecedente, porque se reduce à vna informació hecha en el año  
de 1650. ante la Iusticia Ordinaria del Valle de Gordojuela, en  
que parece, que Sebastian de Chavarria, como marido, y conjun-  
ta persona de Doña Juana de Ogirando, num. 20. è hija de Pedro  
Sanz de Ogirando, num. 11. presentò pedimiento para que se le  
recibiesse informacion del parentesco que tenia con D. Miguel  
de Ogirando, num. 17. fundador deste mayorazgo, para efecto  
de gozar de vnas obras pias que el mismo fundador avia dexado  
para

para sus parientes, y en la relacion que haze del dicho parentesco, y ascendencia, asienta que el dicho Pedro de Ogirando, num. 11. fue hyo de San Iuan de Ogirando, num. 2. y de Maria Sanz de Iusquica, que parece corresponde à la del num. 9. con este pedimiento se despachò requisitoria para citar à Don Miguel Domingo de Ogirando, num. 23. ultimo possedor deste mayorazgo, que respondiò se citasse à otros, nombrando à los testamētarios, y estos pidieron se citasse à Antonio de Ogirando, n. 26.

75 Con estas citaciones fueron examinados quatro testigos, y los tres de ellos concluyen que el dicho Pedro de Ogirando, num. 11. fue hijo del dicho San Iuan de Ogirando, num. 2. y de Doña Iuana de Salazar su muger, y el quarto, la nombra solo Doña Iuana su muger, sin especificar el apellido.

76 La autoridad que tiene este instrumento, es vn traslado que se dize averle sacado de otro traslado original, que parece parava en poder del dicho Sebastian de Chavarria, num. 20. quien se le entregò à vn Pedro de la Pressa, Escriuano, para que le sacasse, ò copiasse, pendiente ya el pleyto de tenuta en el Consejo, sin citacion de Don Francisco Antonio de Virtusausegui, num. 34. que estava litigando, ni provision de el Consejo, ni auto de luez alguno; y aunque se redarguyò de falso, y se recibì el pleyto à prueba despues de presentado en tenuta, y dos vezes en la Chancilleria, ante el luez Mayor, y en la Sala de suplicacion, con tan prolongados terminos no se ha legalicado, ni comprobado algunos de los Escriuanos, ni tiene otra justificacion mas que la referida.

77 A vista de estas circunstancias, no necessitamos al parecer, de ponderar mas de lo que decide nuestra ley de la Partida, 115 tit. 18. part. 3. en la qual se previene, que redarguyendose el instrumento de falso, y no se comprobando en la forma que dexamos referida en los numeros antecedentes, no merece estimacion, y queda en terminos de vn papel simple, *ex pradiet. leg. Regia. Paz in praxi, 1. tom. part. 4. cap. 3. num. 16. in fin. Parlad. lib. 2. rer. cotid. cap. fin. 1. part. §. 11. n. 14. Menoch. lib. 2. presumpt. 78. num. 2. Pacian. de probat. lib. 2. cap. 21. num. 23. Gonç. in Reg. Chancel. dict. glos. 64. num. 6. Azeved. in leg. 1. num. 134 tit. 11. lib. 4. Recopil. copiosè Nogueroi allegat. 25. num. 253. Pareja de instrum. edict. dict. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 33* sin que se pueda salvar este defecto, por ser formal de las leyes en vn instrumento tan

moderno, con ponderaciones algunas, además de no averlas, por donde se pueda relevar de semejante formalidad.

78 Y este requisito es mas indispensable en el caso presente, porque el dicho instrumento es traslado de traslado; fin que aya parecido el original, ni se aya exhibido; conque tiene contra si el principio inviolable de todos quantos Doctores han tomado la pluma, que vno ore afirman, quod exemplum exempli nullam fidem facit, Bald. in leg. sancimus 3. Cod. de diversis rescript. Decius in cap. 1. num. 2. de fide instrum. Et in cap. quonian contra num. 70. de probat. Bartul. Alvan. Alexand. Et communiter repetentes in authentica si quis in aliquo documento, Cod. de edend. Dom. Paz de tenuta, 1. part. cap. 26. num. 93. Dom. Valenz. Velazquez conf. 100. num. 85. latissimè Pareja dict. tit. 1. resolut. 3. §. 4. à num. 1. cum sequentib. à donde por repetidas ampliaciones dà extension à esta regla, y concluye, que si la copia de donde se sacò el segundo exemplar, se halla autorizada con fee indubitada, en ningun caso el traslado de el traslado tiene la mas leve estimacion: pues que dixeran estos Doctores, si vieran que este instrumento se saca, y transcribe de vn traslado que manifestò vn interessado ante vn Escrivano, que ni sabemos si lo es, ni si tiene los requisitos de saber si es fiel, y legal, ni sea persona publica, materia indigna de representarse à tan gran Senado.

79 Y si en el derecho tambien se nos enseña, que incivilibus præsumptio falsitatis pro falsitate habetur, vt agnoscunt omnes Doctores. in leg. iubemus, C. de probat. quos cumulât, Nogue rol allegat. 26. num. 149. cum sequentib. Dom. Larrea dict. allegat. 96. num. 3. Barbof. dict. voto 68. num. 7. Pareja dict. resolut. 3. §. 2. num. 26. Marinis lib. 2. resolut. cap. 78. num. 1. Dom. Crespi obseruat. 32. num. 2. Et 3. Pegas dict. cap. 19. num. 20. que mayores presunciones se pueden ponderar que hallarse dicho instrumento, con la resistencia de las leyes mismas, destituido de toda probabilidad, ni porque medios se podrán suplir estos defectos?

80 Pero menudeando vn poco, y discurriendo sobre la substancia del, està tan mal forjado, y discurrido su contexto, que el mismo manifesta su inconsequencia, porque quando se quiera suplir por yerro, y nos lugetemos à tolerar que dicho Sebastian de Chavarria, por falta de noticias herrasse el nombre de la abuela de su muger, no se puede suplir el que le herrassen tambien los testigos, llamandola à boca llena vniformemente,

lua-



Iuanã de Salazar, sin à ver àlgunõ que ençõntrasse con su propio apellido de Mendivil, sin que hallemos rastro por donde se moviessen à dar semejante renombre; porque los padres de la dicha Iuana de Mendivil, consta à verse llamado Ochoa de Mendivil, y Maria Sanz de Castaña, que estàn en la letra C. del arbol, como se quiere, ò pretende justificar en contrario; y nadie puede dudar, que los nombres, y los cognombres, y àpellidos, son los que demuestran la identidad de las personas, *leg. i. de iur. iur. ff. de supellect. legata, leg. insula 56. §. 1. in fin. de acquir. rerum domin. leg. stigmata, Cod. de fabricenfib. cum adductis à Escobar de puritat. 1. part. quæst. 16. §. 3. per tot.* y es materia insolita, y contra derecho, el que se ayen de suplir tantos yerros, à vna informacion que se halla con tan vehementes presumpciones.

Llegasse à lo referido, que los dichos testigos que depusieron en dicha informacion, concluyen vn hecho antiquissimo; porque aunque nõ se sabe quando murió la dicha Iuana de Mendivil, emperõ consta, que San Iuan de Ogirando, numer. 2. avia muerto en el año de 1564. por instrumentos presentados en este pleyto por las mismas partes contrarias; conque quando llegaron à deponer dichos testigos, avian pasado mas de 86. años: conque para deponer por la palabra saben, no tiene ninguno de ellos edad; y en hecho tan antiguo, para concluir la dicha filiacion, avian de deponer de oídas, nombrando personas, *cap. licet ex quadam de testib. Garcia de nobilit. gloss. 1. nu. 49. D. Valenc. cons. 90. numer. 77. latissimè D. Castillo controvers. cap. 122. num. 2. Escobar de purit. 1. part. quæst. 9. §. 4. n. 71. §. 72. Barb. & D. Gong. in dict. cap. licet ex quadam, num. 1. §. penè per tot.* y arrojar se los dichos testigos sin dar raçon ninguna, à dezir que Pedro, num. 11. fue hijo de dicho San Iuan de Ogirando, sin citar à nadie, ni averle podido conocer, tambien influye la falsedad de este instrumento.

Y porque demos fin à estos papeles, no se puede dexar de extrañar, el que se quiera persuadir à tan gran Senado; en vna materia de tanta consequencia; està probada la dicha filiacion con vnos instrumentos tan deviles, y sospechosos, y que se ha tenido tiempo en tres instancias para comprobarlos, ò por otros que sean fidedignos, ò con testigos, ò con los mismos originales de donde se sacaron los dichos traslados, y que estos no se ayen manifestado, constando que el vno de ellos le exhibieron

Las partes contrarias al Escrivano para que le copiase, es todo ello fortissimo argumento, de que no son dignos de verse, ni salir a luz, y que se ocultan porque dañan: Circunstancia en que exclaman Farinacio, D. Larrea, Barbossa, y los Autores referidos en los lugares citados. *83.* Recurrese vltimamente por Doña Iuana, y demás confortes, à la deposicion de los testigos, que dize tiene examinados en el juyzio de tenuta, los quales concluyen de oídas, el que dicho Pedro de Ogirando fue hijo de dicha Iuana de Mendivil, num. 3. y del dicho San Iuan de Ogirando, num. 2. y que lo mismo concluyen los testigos examinados, y presentados por Ignacio Jacinto de Ogirando, numer. 31. y Ioseph de Ogirando, num. 32. en sus probanças que hizieron litigando el mismo juyzio, pretendiendo persuadir ser bastantes, por ser filiation tan antigua, *ex leg. si arbitet 28. ff. de probat. leg. in summa, §. idem labeo, ff. de aqua plubiali arcenda, l. 29. tit. 16. part. 3.* ex Hostiensis, Iuana Andraea Abbate *Et communiter repetentib. in dict. cap. licet ex quadam, de test.* Farinacio *dict. tractat. quest. 69. num. 125.* D. Valenguela *conf. 92. num. 190.* Barb. *voto 50. num. 36. Et 39.* Escobar *de paris. 1. part. quest. 9. §. 14. num. 23.* Garcia *de nobilit. gloss. 18. §. 1. num. 6. Et 7.* D. Castillo *cap. 122. num. 27. vbi legem Regni octavam, tit. 11. lib. 2. Recop. expendit in illis verbis: Pero si el abuelo fuere tan antiguo. Et c.*

*84.* Pero hablando con ingenuidad, à vista de dichos instrumentos tan sospechosos, hazen muy poca fuerça toda esta especie de probança, y asì se llama fragil por los Doctores, aunque sea en materias antiguas, vt rectè ratiocinant Craveta *de antiquit. tempor. 1. part. sect. viso de fama, num. 9.* Menoch. *de arbitr. lib. 2. cas. 475. num. 7. Et seqq.* Farinac. *in dict. quest. 69. num. 101. num. quia de facili inveniuntur testes qui dicunt sic, Et sic rem audivisse, vt animadvertit Anchar. conf. 194. volum. 2.* Craveta *in dict. sect. viso de fama, num. 9. Et 12.* Petra *de fideicommissis, quest. 13. numer. 82.* Menoch. *in dict. cas. 475.* Cuman. *conf. 77. column. 2. versu. Ad quartum. Tunc, quia dictum vnus etiam sine ratione, Et causa facile sequitur multitudo, cap. cum iniubentur 12. versu. Sciens, vbi gloss. verb. Facile sequitur, de purgat. Canonica, Malcard. de probat. conclus. 748. num. 7.* D. Valenc. *conf. 90. num. 74. Vbi ab omnibus sic ratiocinatur, quia sicut ex se facile est audire, ita facile est credere quamuis, nec fundamentum, nec veritatis*

tramitem, quod dictum est capiat. Eo quod sunt homines prava natura, & faciles ad credendum, leg. 1. §. dolum, ff. de eo. per quem factum erit, cap. Deus 2. quast. 1. cap. quam vis 75. i. 1. quast. 3. cap. indicantem 30 quast. 5. cap. si quid verò 86. distint. à quibus si ratio non exquiratur, sic ille mendacia cooperientur; & sicut vera sequerentur, ut pluribus observat, & exornat Escobar de puritat. & nobilitat. 1. part. quast. 9. §. 4. num. 35. & 36.

85 Y porque estas materias antiguas, se prueban con mas eficacia por instrumentos, leg. testium 18. Cod. de testibus, glos. Magistralis, in cap. tertio loco, de probat. Peregr. de fideicommiss. art. 44. num. 19. Bald. conf. 420. num. 4. volum. 1. Roland. à Valle conf. 2. num. 59. lib. 1. D. Lara de Annivers. lib. 2. cap. 4. nu. 57. & 58. D. Otalora de nobilit. 1. part. tertia partis principalis, cap. 7. num. 17. in fin. Garc. de nobilit. glos. 4. num. 33. Gutierrez. lib. 3. pract. quast. 13. num. 23. pulchrè, & elegantèr Escobar de purit. & nobilit. 1. part. quast. 15. num. 10. quia scriptura constans, & perpetua est, & testium lingua varia, & inconstans, & labilis, ut docet Iustinus in leg. hac consulti, versic. At cum humana fragilitas, Cod. de testam. & quia presumitur in facto antiquo plentorem rei notitiã fuisse, apud eos qui tunc instrumenta confecerunt, quam in testibus, qui nunc de eadem re testantur cum magis rei, de qua queritur, accesserint, argum. textus in leg. si ita testamento 15. §. melior, in fin. ff. de instrum. legat. leg. 1. §. 1. ff. de flumin. cum latè adductis ab ipso Escobar ubi proximè, à num. 7. cum seqq. maximè, quando lo que se trata se puede probar por escrituras; pues no era verosimil faltassen velaciones, libros de Bautismo, capitulaciones, testamentos, u otros instrumentos de este genero, y se haze sospechoso el que no los presenta pudiendo, y no se vale de ellos, Carleb. de indic. tom. 2. lib. 3. disputat. 13. num. 5. ibi: Quia aduersus eum qui vult testibus probare, quod potest probari instrumentis presumitur calumnia, & falsitas, Bellamera decis. 610. num. 1. Craveta conf. 134. num. 30. & conf. 178. num. 5. Menoch. conf. 207. num. 37. lib. 3. & de presumpt. lib. 5. presumpt. 20. num. 22. Curtius Iunior conf. 54. num. 4. lib. 1. Nogueroi alleg. 26. num. 128.

86 Y porque aviendose presentado dichos instrumentos sospechosos, tiene efficacissima presumpcion contra si la parte de Doña luana, y consortes, para que sus probanças se presumã afectadas, y solicitadas; porque huvo gravissimos Doctores que defendieron, que el que se vale de instrumentos supuel-

tos;

tos, no solo le perjudica para el negocio principal, sino que cae á causa, y se le puede castigar con pena extraordinaria *saltem*, Camillus Borrelus *conf.* 23. *num.* 55. *§* 56. *Genúa de script. p. tributa, lib. 1. quast. 4. num.* 47. *Marta conf.* 51. *num.* 2. *Mastrill. decif.* 231. *num.* 26. *§* *decif.* 244. *num.* 21. *Farinac. conf.* 108. *n. 7.* *§* *conf.* 160. *num.* 10. *Pegera decif.* 80. *num.* 16. *ubi ita iudicatum refert.* do 20 diti

87 Todas estas doctrinas, hazen siempre sospecho-  
sa la probança de oídas, en materias de filiacion, y mas quando la parte no se vale de instrumentos legitimos, y se niega á preferir los que deve, y es de su obligacion; y para que se vea que se practica en este caso esta inconsequencia, y facilidad de deponer, y la poca fee, y estimacion que tienen, y deve darse á los testigos de oídas, hemos notado en las probanças contrarias las circunstancias siguientes.

88 Dos probanças hallamos hechas por Ignacio Laci-  
cinto de Ogirando, num. 31. La primera, pendiente el pleyto en el Consejo, ante la Justicia ordinaria de dicho Valle de Ayala, en que fueron examinados veinte y quatro testigos, los quales afirman aver conocido á Pedro de Ogirando, num. 18. y á Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. abuelo, y visabuelo del litigante; y tambien afirman conocieron á Juan de Ogirando, num. 13. siendo assi que consta de los autos, que el dicho Juan de Ogirando, num. 13. avia muerto el año de 1607. como resulta de las fees de difuntos presentadas en el pleyto; y mirado el tiempo en que deponen, que fue en el año pasado de 1678. los mas de ellos no tienen edad para poderle conocer, y algunos que son de sesenta á setenta años, deponen de conocimiento de quien avia muerto antes que naciessen.

89 De estos veinte y quatro testigos, examinados los doze de ellos ante el Receptor de los Consejos, despues en plenario, reconociendo el arroso de sus dichos en la dicha informacion, hallamos que se emiendan, y solo deponen de oídas lo que antecedentemente avian de puesto de vista.

90 Entre las cosas tambien que concluyen ocho de estos testigos, es, que Pedro de Ogirando, num. 18. fue mayor que San Juan de Ogirando, num. 19. por averlos conocido á entrambos hermanos, y que en el aspecto, y representacion de la persona, demonstrava ser mayor, y que el dicho San Juan de Ogirando, n. 19. respetava al dicho Pedro de Ogirando, reconociendolo por tal.

La

La probança de Ioseph de Ogirando, num. 32. se compone de doze testigos, y en ella trata de probar su filiacion como los demás; y entre las cosas que articula, es, que su abuelo dicho San Iuan de Ogirando, num. 19. fue mayor que el dicho Pedro de Ogirando, y nueve testigos concluyen la dicha mayoria, y afirman lo contrario que los antecedentes, assentando, que en el aspecto, y canas, se reconocià que San Iuan era mayor que Pedro de Ogirando, y que el susodicho le tratava como à mayor, concluyendo à la letra totalmente con vnas mismas señas, y palabras, lo contrario.

92. Todas estas contrariedades, è inconsequencias, nacen de la gran facilidad conque se arrojan los testigos à depòner en las filiaciones antiguas; y assi con justa razon Escobar, y todos los Autores que llevamos citados, menosprecian, y tienen en poco semejantes dichos, reduciendo la perfecta probança à los instrumentos, porque hallan regularmente, que en materias antiguas, cada vno prueba lo que quiere.

93. Alientasse mas este discurso, con el reparo que hemos hecho en estos autos, de que por Doña Iuana, y consortes, no se haze mencion de cinco informaciones que presentaron en el Consejo: la vna del año de 52. otra del año de 1653. y otra de el año de 1654. y las dos vltimas, casi por el mismo tiempo, para goçar de las memorias fundadas por Iuan Perez de Zubiete, nieto de Andrés de Vrrutia, num. 5. por los ascendientes de los dichos litigantes, y en estas informaciones para entroncar con el dicho Iuan Perez de Zubiete, articularon, que el dicho Andres de Vrrutia, num. 5. abuelo del fundador de dichas memorias, y Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. y Iuan de Ogirando, nu. 13. fueron hermanos de padre, y madre, è hijos de San Iuan de Ogirando, num. 2. y de Iuana de Mendibil, num. 3. y constando ser falso lo referido, porque el dicho Andres de Vrrutia, num. 5. fue hijo de Antonia de Vrrutia, num. 1. y que solo era medio hermano de parte de padre de los dichos Pedro, y San Iuan de Ogirando (como se pretède al presente por Doña Iuana, y consortes) sin embargo los testigos con grã galanterià, y facilidad, concluyen vna falsedad, y suposicion, y afirman que todos tres, fueron hijos de vn padre, y vna madre, y de dicho vltimo matrimonio.

94. Esto es en substancia lo que han calificado, y probado los descendientes de Pedro de Ogirando, num. 11. para de-

zir, y fundar, que proviene de el segundo matrimonio de San Juan de Ogirando, num. 2. y que tienen la calidad de la duplicidad del parentesco con el fundador; pero tan mal probado, tan dudoso, y tan poco coniguiente, y con tan sospechosos instrumentos, que esperamos no se ha de hazer estimacion de esta circunstancia, que ponderandose por tan relebante en vna materia tan grave, la hallamos destituida de fundamento veridico, y legal, estando nuestra filiacion legitimamente justificada sin ambages, dudas, ni cõtroversia alguna. Conque podemos dezir muy justamente lo que dixo el Juris. Consulto Paulo *in leg. ordinaria 24. ff. de liberati causa, §. si is qui quarto*, ibi: *Ne melioris conditionis sit qui dubia libertatis est, quam qui cert*

95 Con este premisso, passamos à discurrir sobre el punto principal del mayorazgo; y aunque se nos ofrecià el tratar sobre la exclusion de la filiacion de Don Francisco de Ogirando, num. 33. nos ha parecido escusado gastar el tiempo, porque el instrumento principal conque pretende entroncar con San Juan de Ogirando, nu. 2. que parece ser su testamento, otorgado en el año de 1572. en que declara por su hijo mayor à Juan de Ogirando, està convencido de falso, y por tal se manifestó en la Sala à los señores luezes por el mismo, y por los instrumentos, que persuaden; que quando fuena su otorgamiento estava ya muerto el testador ocho años antes, omitimos este punto, porque nos llaman los principales deste pleyto, que son los siguientes.

### Articulo tercero.

Fundasse, que Don Pedro Vrtusaustigui, num. 35. tiene à su favor la línea de sucession, y por hallarse en ella, se ha de preferir en este mayorazgo regular.

96 **E**N este discurso hemos de procurar manifestar con evidencia, que Don Pedro se halla a sstido con todas las prerrogativas de derecho, para vencer en este mayorazgo, por el derecho de la representacion; y demás fundamentos que procuraremos representar con brevedad, dando con toda claridad satisfacion separadamente à las excepciones que se oponen en contrario por Doña Juana de Ogirando, n. 20.

97. Todas las partes vãn conformes, en que la fundación deste mayorazgo es regular; porque en todas las clausulas, y llamamientos, no tiene calidad alguna que persuada, ni pueda influir en contrario dictamen: porque en la primera, y segunda clausula, llama el fundador, que fue Don Miguel de Ogirando, num. 17. à sus hijos, y descendientes legitimos, si los tuviere, y en falta de ellos à los naturales.

98. En la tercera clausula, no teniendo sucesion legitima, haze segundo llamamiento en Don Miguel Domingo de Ogirando, numer. 23. hijo de su medio hermano Gabriel de Ogirando, y Doña Maria de Zaldo, num. 16. y à sus hijos, y descendientes legitimos, ò naturales.

99. El tercero llamamiento, fue faltando la dicha descendencia del segundo llamado, llamar à Doña Iosepha de Ogirando, num. 24. y sus hijos, y descendientes legitimos, y no los aviendo, à los naturales, hijos de varon.

100. En quarto lugar, faltando hijos del antecedente llamado, llamó à Doña Maria Francisca de Ogirando, nu. 25. en la misma forma, y con las mismas palabras que los antecedentes: y concluye los dichos llamamientos en la clausula sexta, con las palabras siguientes, ibi: *Que en falta de todos los llamados, succeda el pariente mas cercano de parte de padre, ò de madre del fundador, prefiriendo los de parte de padre à los de madre, y el mayor al menor, y los de la linea del ultimo poseedor à todos los demás, y los hijos, y descendientes legitimos de los parientes de el fundador mas cercanos, siendo uno solo el poseedor.*

101. El discurso de la sucesion deste mayorazgo, fue solo en el primer llamamiento, por aver muerto Don Miguel de Ogirando, num. 23. sin hijos, y descendientes, y tambien Doña Iosepha, y Doña Maria, numer. 24. y 25. y aver llegado el caso del llamamiento generico, y vnico de los parientes del fundador, y de la linea del vltimo poseedor, en el qual Don Pedro de Vntusaustegui, num. 35. se halla incluido, por estar en la linea contentiva, y tranversal de dicho vltimo poseedor, como descendiente de Andres de Ogirando, num. 5. hermano mayor de parte de padre del dicho Don Miguel de Ogirando, fundador; num. 17. y del abuelo del vltimo poseedor, numer. 23. sin que le pueda competir opositor alguno, por ser todos los demás que hã salido, quando sea cierta su filiacion, de lineas inferiores, y que

pretenden deribar de Pedro Sanz de Ogirando, nú. 11. y de Iuan de Ogirando, num. 13. hermanos menores del padre de dicho fundador.

102 Porque en semejante mayorazgo regular, es inviolable proposicion, que se ha de suceder por las observaciones de la linea, grado, sexo, y edad, conforme à nuestra ley de la Partida 2. tit. 15 part. 2. que es la que dà norma, y exemplar para todas las successiones de mayorazgos regulares, no aviendo contraria disposicion de el fundador, vt magistraliter docuit Dom. Molina de Hispanor. primogen. lib. 3. cap. 4. n. 13. § 14. vbi Addentes, y entre ellas la observacion de la linea es la principal, y a la que se sugetan, y rinden las del grado, sexo, y edad, ex vulgari textu in cap. 1. de natura successionsis fœudi. ibi: *Ad solos, & a omnes qui ex ea linea sunt ex qua iste fuit. & ibi: Sed omnibus ex hac linea deficientibus omnes alia linea equaliter vocantur*, notant D. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 12. § lib. 3. cap. 6. num. 31. § 32. Dom. Valenc. conf. 97. num. 13. § 14. D. Castell. 5. controvers. cap. 93. num. 3. § 4. Marius Cutelus ad leges Sicilia Martini Regis, notabili 52. num. 56. Suelbes conf. 95. num. 2. Dom. Vela disertat. 49. numer. 76.

103 Y el que tiene la linea à su favor, tiene quanto necessita para vencer, y assi excluye à los que pretenden obtener en fuerza del grado, ò por razon del sexo, y edad; porque ninguno de ellos puede medir sus calidades con la linea, como lo dixeron admirablemente los Additionadores à Dom. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 13. § 14. ibi: *Es hinc insertur, quod cum lex privilegiaet lineam postea gradum statim sexum, deinde et aatem, non est curandum de gradu, nisi in linea, nec de sexu, nisi in gradu, nec de aate, nisi in sexu, vt inquit Marinus, &c. & paulo post, ibi: Tandem pro regula statuendum censeo, quod in successione maioratus ratione linea præsertur quis omnibus præsentibus etiamsi sint proximiores in gradu, & in alijs qualitatibus*, Soussa in leg. fœmina, pars. 1. numer. 279. ubi hoc inserte ex cap. 1. de natura successionsis fœndij, § hac sententia in praxi, § vsu forensi recepta est, secundum ipsam naturam maioratus, elegantè Rojas de incompatibil. 4. part. cap. 1. num. 72. Casanate conf. 38. num. 114. Gabriel Pereyra de Castro decis. 57. num. 7. y esta misma illacion hizo el señor Castillo lib. 5. cap. 93. numer. 5. ibi: *Septima conclusio, seu regula communis est, quod in successione maioratus finita una linea, non consideremus personam proximiorum, sed lineam proximiorum*, Pa



104 Para el reconocimiento de la línea, en quien está semejante prerrogativa, y de la persona que la introduce dandola la calidad de sucesiva, aviendo faltado la efectiva, y de posesion, que naturalmente desciende del ultimo poseedor, se busca la linea transversal en quien la sucesion se introduce; porque como la naturaleza del mayorazgo es perpetua, Dom. Molin. lib. 1. cap. 4. per tot. D. Gregor. Lopez in leg. 2. tit. 15. part. 2. gloss. 18. D. Covarrub. lib. 3. variar. cap. 5. numer. 3. & 4. D. Vela disertat. 48. num. 86. & disertat. 49. num. 24. y 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 extinta, vt advertit D. Greg. Lopez *ubi supra*. D. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 13. & 14. Gutierr. conf. 13. num. 11.

105 Que para hallarle, se ha de buscar el ascendiente comun, mas proximo, è immediato, de quien aya descendencia, y ver las lineas que de èl se deducen, anteponiendo para la sucesion (si fueren muchas) aquella en quien se hallate la ventaja de la primogenitura, y faltando esta, la inmediata, & sic de las demás, docent ex textu in leg. pronuntiatio 195. ff. de verbor. significat. ibi: *Qua ab eiusdem ultimi genitoris sanguine profisciscuntur*, D. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 40. ibi: *In cuius legis intellectu observandum est, quod verba illa ultimi genitoris in eadem, legè apposita intelligenda sunt retro computando, vt ibi optimè advertit Alciat. verb. Ultimi. Ideòque tantumdem erit, quod Iuris-Consultus dicat, ultimi genitoris, ac si dicat primogenitoris, is enim qui facièndo computationem ab eo, qui ex eius familia descendit, ultimus est: si ab ipso computatio fiat primus erit: sic que pari ratione omnes qui ex progenitore totius familia descendunt. Sub hoc nomine maioratus comprehenduntur, si ve hi descendentes institutoris, si ve transversales sint.*

106 Elegànter Dom. Castill. lib. 5. cap. 24. num. 49. ibi: *Nam linea dupliciter consideratur, effectivè scilicet, & contentivè, effectiva linea dicitur, quam pater fecit, & propterea ex ea linea non dicuntur, nec sunt nisi hi qui a patre ipso descendunt, at vero si contentivè accipitur, tunc omnes dicuntur de linea paterna, qui sunt sub ea in qua pater continetur, & hoc modo de linea paterna dicuntur etiam transversales, explicat Rojas de incompatibilit. 1. part. cap. 6. §. 19. num. 29.*

107 Idem Dom. Castill. lib. 5. cap. 93. num. 14. ibi:

Rurfus ad sextum in cap. 1. de natura successiois feud. quatenus probat, quod in feudo mortuo ultimo possessore absque filijs ascenditur ad primum stipitem, & si ex eo, descendentes non existant, ascenditur ad aliam immediatam illius linea, & sic deinceps per patres, avos, & pro avos usque ad ultimum in illo genere qui primus, & capud illius linea est, & quo usque omnes ex illa procedentes deficient non intrat alia linea, animadvertendum in quam erit ad eum textum id quod, ibi statuitur, in primogenitorum successione quoque simul esse observandum, Bald. conf. 200. num. 2. volum. 5.

108 Rojas de incompatib. Regnorum, & maiorat. 1. part. cap. 6. numer. 295. ibi: At verò in successione maioratus succedunt etiam omnes transversales institutoris, & primi acquirentis, & cuiuscumque possessoris ex parte fundatoris, quandocumque deficient descendentes ultimi possessoris, quia omnes comprehenduntur sub linea contentiva, & in defectum descendentium ultimi possessoris ascenditur querendo continuationem linea, nõ solum usque ad primum acquirentem, sed etiam usque ad suos patres, & ascendentes qui sunt de sua linea contentiva ex parte fundatoris, & ita gradatim usque ad ultimum de familia.

109 De forma, que à quel ocupa la linea de successio que la constituyò primero, por ser el primogenito de aquel ultimo genitor, de à donde se deriba la linea del ultimo possedor, y àsi el hermano mayor de dicho ultimo possedor, entre los transversales dezimos que tiene la linea de successio, y no aviendo hermanos, el tio primogenito, y de esta manera todos los demás transversales, por el mismo orden que los descendientes, leg. 2. tit. 15. part. 2. leg. 40. Tauri, leg. 11. tit. 7. lib. 5. Recop. & nosant prædicti Doctores.

110 Sin que sea necessario el que aya de existir, y exista aquel que forma la linea primogenita, y de successio; porque qualquiera descendiente suyo, tiene el mismo derecho por el que le dà la representacion, segun la disposicion de nuestras leyes del Reyno, las quales militan no solo en los descendientes, sino es tambien en los transversales perpetuamente: porque aun que de derecho comun, y por la ley de las doze Tablas, no se admitia representacion, sino entre los descendientes abintestato, como lo prueban los textos in leg. 2. §. hæreditas, & §. legitima ff. de suis, & legis. hæred. leg. ut in testato, leg. si defunctus, Cod. eodem tit. §. item verustas, institut. de hæred. qua abintest. deferuntur, §. si plures instituta

*stitutionum*, de legitim. agnat. successione; y después por las Autenticas de Iustiniano se amplió este derecho antiguo, dando el derecho de representacion á los hijos de hermanos, en competencia de sus tios, *Authent. de heredib. ab intest. venientib. §. si figur defunctus, collat. 9. Authent. ut fratrum filij eadem collat. Authent. post fratres i. §. 2. Cod. de legitim. heredib. cum vulgat. iurib.*

111 Pero esta representacion, que entre los transversales, por las nuevas constituciones, fue limitada á los hermanos, y sus hijos, en las successiones abintestato, la dispusieron perpetua nuestras leyes Reales, en la succession de los mayorazgos de España, mandando se guardasse con ellos el mismo derecho que entre los descendientes, *dict. leg. 40. Tauri*, ibi: *Lo qual no solamente mandamos que se guarde, y practique en la succession del mayorazgo en los descendientes; PERO AVN EN LA SUCCESSION DE LOS MAYORAZGOS A LOS TRANSVERSALES*, y mas claro en la ley 14 y final, tit. 7. lib. 5. *Recopill.* ibi: *Declaramos, y mandamos, que en la succession de los mayorazgos, vinculos, patronazgos, y aniversarios que de aqui adelante se hizieren, assi por ascendientes, como por transversales, ò extraños, se guarde lo dispuesto en las dichas leyes de Partida, y Toro, y se succeda por representacion de los descendientes á los ascendientes, en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, en que los ascendientes ayan muerto antes de succeder en los tales mayorazgos, aunque la muerte aya sido antes de la institucion de ellos, sino es que el fundador huviere dispuesto lo contrario. Y mando, que no se succeda por representacion, expresandolo clara, y literamente, sin que para ello basten presunciones, argumentos, ò conjeturas, por precisas, claras, y evidentes que sean, lo qual se guarde sin distincion, ni diferencia alguna, no solamente en la succession de los mayorazgos á los transversales; y no solo á los transversales del ultimo poseedor, sino tambien en los que fueren del instituidor.*

112 Conque á vista de estos textos decretorios, assi antes de dicha ley nueva, promulgada en el año de 1615. como solo en fuerça de dicha ley de Toro, no es materia de duda, ni de controversia, tener lugar la representacion perpetuamente en los transversales, vt docent Acolta *in questione patris, & nepotis circa medium*, D. Covarr. *practic. question. cap. 38. nu. 10. versic. Tertio ad intellectum*, D. Molin. *lib. 3. de Hispan. primogen. cap. 7. rum. i. i. vbi Gomecium, & D. Gregor. Lopez. merito reprobat Robles de representat. lib. 2. cap. 29. usque ad numer. 26. & dict. lib.*

cap.

cap. 30. per tot. *§ lib. 2. cap. 24. num. fin.* *§ lib. 3. cap. 4. tot.* vbi contrariis argumentis satisfacit, & respondet D. Lara de *Annu. vers. § Capellanijs. lib. 1. cap. 5. num. 8. § 9.* Pater Molin. de *iustitia, § iure, tom. 3. disputat. 627. numer. 8.* Gutierr. *lib. 3. practic. quest. 67. num. 23. § quest. 66. numer. 13. § 24. § 33.* Avendaño in *leg. 40. Tauri. glos. 6. § 7.* Fuffar. de *substit. quest. 485. ex num. 17.* D. Anton. Pichard. de *hæredit. qua abintest. deferuntur, § 3. nu. 31.* More quech. de *divis. bonorum, cap. 6. num. 52.* D. Castill. *controvers. lib. 3. cap. 19. num. 91. 92. § 86.* cum alijs innumeris adductis ab Addentibus ad D. Molin. *dict. lib. 7. cap. 7. ad num. 10. § 11. 21. § 22.* Hector Capicio *Latro consultat. 143. num. 23. § 24.* vbi mentionem facit legum Regiar. Rosas de *incompatib. maiorat. 1. part. cap. 6. §. 18. nu. 282. cum seqq. part. 8. cap. 5. num. 23. § numer. 42.* Reynoso *observat. 26. per tot.* Modern. in *veritatib. iur. 6. n. 10.*

113 Cuya doctrina, que en la materia de mayorazgos es elemental, è inviolable, y se halla acreditada con repetidas decissiones de todos los Tribunales de España, sin que se pueda motivar el mas leve escrupulo, procede no solo quando el transversal que formò la linea primogenita viue al tiempo de la vacante, sino tambien quãdo murió antes de succeder, ni aver adquirido derecho ætural, y real en el dicho mayorazgo, *dict. leg. 40. Tauri, ibi: Aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, es de aquel à quien pertenece, & infra: Lo qual no solamente mandamos que se guarde, y practique entre los descendientes; pero en la succession de los mayorazgos à los transversales, y lo mismo literalmente se manda en la ley 14. y final referida, ibi: Y se succeda por representacion de los descendientes à los ascendientes en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, en que los ascendientes ayan muerto antes de succeder en los tales mayorazgos.*

114 La razon es, porque para este fin necesitan de la representacion, la qual de su naturaleza por privilegio, y prerrogativa de derecho, tiene eficacia, y fuerça de subrogar la persona existente en lugar de aquella que murió, y que no llegó à succeder, estimandola como si estuviesse viua, y assi doctilsimamente Robles de *representat. lib. 1. cap. 3. num. 3.* definiendo la representacion en los mayorazgos, dixo ser *ius huius regni concessum, quo filius in locum patris, tam ad ascendendum, quam transversalium in infinitum successione vocatur;* y su etimologia lo demuestra, porque representar, no es otra cosa que hazer presente lo

lo que nõ existe; y que aquella persona que se representã se esti-  
me por viua, que es lo que dixo la *novela* 118. *cap. 1. §. cap. 3.* y  
todos los textos de derecho, y leyes de estos Reynos, que discurriõ  
el mismo Robles *dict. lib. 1. cap. 8.* y discurrierõ D. Molin. *dict.*  
*lib. 3. cap. 6. num. 29. 30. §. 31.* D. Castill. *lib. 5. cap. 92. nu. 50. §. 51.*  
porque no necessitarã de representacion el descendiente, ò trans-  
versal, si su padre, ò el que formò la linea huviera llegado à suc-  
ceder, respecto de que radicado en ellos la successiõ actual, ya  
no succedieran por privilegio, ni prerrogativa alguna, sino por  
su derecho propio, conque nuestras leyes de Partida, de Toro, y  
del Reyno, admitiendo, como admitieron la representacion,  
fue preciso que hablassen en terminos habiles, de que el padre, ò  
el que formò la linea huviesse muerto antes de succeder en di-  
cho mayorazgo.

115 Pero aunque la ley de Toro fue tan clara, y baf-  
tava su decisiõ para resolver todas las questiones, que se ofre-  
ciesen semejantes à las comprehẽdidas en sus literales palabras,  
se dificultò entre los Doctores de España, si avia de admitirse el  
derecho de representacion, quando el transversal que formò la  
linea, y à quien se trata de representar, murió antes, no solo de  
poder succeder, sino de fundarse el mayorazgo, como succediò  
en nuestro pleyto, que Andres de Vrrutia, num. 5. hermano de  
padre del fundador, murió antes que dicho Don Miguel de Ogi-  
rando, n. 17. fundasse el dicho mayorazgo sobre que se litiga.

116 La duda desta questiõ, consiste en los funda-  
mentos que propuso Velazquez Avendaño *in leg. 40. Taur. glos.*  
*6. n. 8. vsque ad num. 12.* y despues de èl, Dom. Castill. *lib. 3. dict.*  
*cap. 19. nu. 196. vsque ad num. 200.* que en substancia se reducen à  
fundar, que quando la persona que formò la linea muere antes  
de la institucion del mayorazgo, no tuvo derecho alguno radi-  
cado, futuro, ni presente, ni tampoco esperança alguna cierta  
que poder transmitir à sus successores; conque no tienen que re-  
presentar, ni hubo linea, respecto del poseedor del mayorazgo;  
el qual no tenia existencia, y así no pudo dicho ascendiente dar  
principio à linea alguna digna de representarse.

117 Por el contrario militavan razones muy efi-  
caces, para admitir la representacion en el caso referido; porque  
aunque es verdad que aquel ascendiente que murió antes de fun-  
darse el mayorazgo, no tenia derecho alguno, ni esperança de

succeder, no se puede negar, que si viviera al tiempo de la vacante sucediera en dicho mayorazgo, y esto solo basta para dar á sus ascendientes el derecho de la representacion, porque por ella, y su prerrogativa, tienen ellos el mismo derecho que tuviera el ascendiente representado, si viviera, por considerarle vivo, y existente en qualquiera de sus descendientes. Y finalmente, porque la ley de Toro, no buscò derecho radicado, sino solamente aquella posibilidad, y prelación, que tuviera de suceder el hermano mayor, si estuviere vivo; y por dezirlo mas claro, la posibilidad, y capacidad sucesible, como resulta de sus palabras.

118. A vista de estos fundamentos, resolvió á favor de la representacion Dom. Castillo *dict. cap. 19. numer. 198. circa fia.* entré los descendientes del fundador, de manera, que aunque muriese el hijo primogenito antes que el padre fundasse el mayorazgo, sus hijos, y descendientes seria preferidos á otro hijo segundo que nació despues de dicha fundacion; porque dize este Doctor, que ademàs de los fundamentos que persuaden, como hemos dicho, la representacion, milita la presumpcion de la voluntad del padre, quien siempre se presume que amò mas á su linea primogenita, aunque fuesse formada antes de dicha fundacion, que no á la segunda genita, nacida despues de dicha institucion del dicho mayorazgo.

119. En el num. siguiente 199. versic. *Sed alium casum valde necessarium.* entra discurrendo, si ha de proceder lo mismo en los transversales, de forma, que aunque el ascendiente del transversal del ultimo possedor que murió sin hijos, no estuviere nacido quando se fundò el mayorazgo (que es el caso de nuestro pleyto, como dexamos prevenido) aya de tener derecho de representacion; y despues de aver propuesto para la decision de este punto, por la parte negativa, los fundamentos contrarios, que son los mismos que tenemos referidos. Concluye replicando contra ellos, sin resolver la question, afirmando requiere mucha consideracion, y que tiene gran dificultad, ibi: *Nisi in quoque replices etiam hunc casum videri comprehensum sub dispositione legis Taur. 40. Et verbis illius sub secunda parte ipsius, adeo generaliter appositis, de manera, que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos por su orden, representen la persona de sus padres, aunque sus padres no ayan sucedido en los dichos mayorazgos. Verba namque ipsa videntur quoque in casu proposito verificari, item, Et illa*

in

*in prima parte legis eiusdem scripta; al hijo del dicho tenedor, ò de aquel à quiè el dicho mayorazgo pertenecière. Plane si sisse trāsversales hodie viueret; ad eum pertineret successio: Ergo videtur, quod representatio procedere debeat, eo maxime, quod in eadem, leg. nō dicitur: En la successiō del mayorazgo ya hecho, ò ya instituido, sed dumtaxat scribitur. En la successiō del mayorazgo. Et iterum in secunda parte; pero aū en la successiō de los mayorazgos à los trāsversales, Sic in omni successione, maioratus videtur innuere lex ipsa, quod si procedat absolute, si uè maioratus institutus tunc esset, cum is hodie ad quem pertineret, si uiueret, prae defunctus fuit, si uè iam eo mortuo. ID CIRCO (Vt dixi) MATVRE RES HÆC COGITANDA, ADQVÈ DELIBERANDA, Et vide infra num. 212.*

120 Todas estas dudas que motivò Don Iuan de el Castillo, y Avendaño, fueron las que decidid el señor Rey Don Felipe Tercero, en la Pragmatica referida, ò ley final de dicho titul. 7 lib. 7. Recop. porque declarando la ley de Toro, y deseando cortar semejantes quèstiones, decidid expressamente, que no solo se admitièsse la representacion quando el descendiente, ò tranversal que se pretendia representar, huvièsse muerto antes de suceder en el mayorazgo, sino tambien quando murièsse antes de su fundacion, ò institucion, como lo dizen su literales, y expressas palabras, ibi: *Declaramos, y mandamos, que en la successiō de los mayorazgos, vinculos, patronatos, y aniversarios que de aquí adelante se hizieren, assi por ascendientes, COMO POR TRANSVERSALES, O EXTRAÑOS, se guarde de lo dispuesto en las dichas leyes de Partida, y Toro, y se succeda por representacion de los descendientes en todos los casos, y tiempos, lineas, y personas, en que los ascendientes ayan muerto antes de suceder en los tales mayorazgos, AVNQUE LA MVERTE ATA SIDO ANTES DE LA INSTITVCIÓN DE ELLOS,* y prosigue, que no se admita la exclusion de la representacion, sino por palabras expressas, y que no basten argumentos, ni congeturas, y concluye con las palabras siguientes: *Lo qual se guarde sin distincion, ni diferencia alguna, no solamente en la successiō de los mayorazgos. A LOS TRANSVERSALES, y no solo en los tranversales al ultimo possedor, sino es tambien los que fueren de el INSTITVIDOR, y nos admiramos mucho, que para resolver estas quèstiones, no hiziesse memoria de esta Real Pragmatica, y ley de el Reyno*  
Dom.

Dñm. Castillo en los lugares citados, siendo así que haze men-  
cion de ella en otras partes, y queſtiones.

121 Por cuya razon, excitando esta misma queſ-  
tion Rojas de incompatibil. maiorat. 1. part. cap. 6. §. 18. de linea  
transverſali, num. 287. afirma ser ya eſcufada, è inutil, por estar  
decidida en dicha ley decretoria, ibi: *Ex indè venit decidenda illa  
ardua quaſtio, quando contentio ſit inter duos de duabus lineis aequali,  
& in equali à parte poſteriori, ideſt in extremo AD QVOD, verum  
filius, vel alius descendens ex fratre maiore præ defuncto ante maio-  
ratus inſtitutionem præferri debeat eius patruo nato poſt eiusdem ma-  
ioratus fundationem.*

122 Super qua quaſtione, variè, & diſſuſe ſe habue-  
runt Tiraquell. de primogenijs, quaſt. 31. D. Greg. Lop. in leg. 2.  
tit. 15. partit. 2. gloſ. 10. in princip. Velazq. de Avend. in leg. 40. Tau-  
ri, gloſ. 6. à num. 8. uſque ad num. 12. D. Ioann. à Caſtill. lib. 3. cap.  
19. à num. 196. uſque ad num. 200.

123 Sed iam hodie ceſſat difficultas, adque omnis al-  
tercatio, & impugnatio ex deciſ. noſtra Pragmatica ſanctionis edita  
diſt. anno Domini 1615. qua ex lex 14. tit. 7. lib. 5. Recopill. ibi: *Y ſe  
ſucceda por representacion de los descendientes à los ascendientes, en  
todos los caſos, tiempos, lineas, &c. En que los ascendientes ayan muer-  
to antes de ſucceder en los tales mayorazgos, aunque la muerte aya  
ſido antes de la inſtitucion de ellos, Robles de Salçedo de represent.  
lib. 2. cap. 5. & cap. 30.*

124 Lo mismo dixo eſte Doctor diſt. cap. 6. nu. 51.  
ibi: *Hinc proxima eſt alia ſecunda quaſtio, an filius, vel nepos primo-  
geniti mortui ante fundacionem maioratus, ſit in linea recta ad hoc, ut  
præferri debeat patruo, vel alio filio genito poſt inſtitutionem maio-  
ratus.*

125 In hac quaſtione Mieres part. 2. quaſt. 4. illat. §.  
num. 3. reſolvit, quod non: per text. in leg. ſancimus la 1. Cod. de nupt.  
& alia iura. Idem videtur ſenire D. Ioann. à Caſtill. lib. 3. cap. 19.  
num. 199. maxime: *Dum dixit quamvis ſemper ratio illa fortiffimè  
ad ſtringat, qua deducitur ex defectu initij linea in eo, qui ut primo-  
genitum ſe includere non potuit, deſiciente maioratu nondum inſtituto, &  
ſic ſubiecto, in quo incluſio daretur, & ſic quoq; videtur deficere ratio  
illa deciſiva, diſt. leg. 40. Taur. &c.*

126 Sed de iure noſtro Regio contrarium eſt verius, pro ut  
tenet, & probat Robles de Salç. de repræſentat. lib. 2. cap. 5. per tot. ex  
diſt.



dict. leg. 40. Taur. & Regia Pragmatica promulgata die 5. Aprilis anno 1615. qua est leg. 14. tit. 7. lib. 5. Recop.

127 Pero con mas elegancia en el §. 13. num. 153. tratando el mismo Rojas de la linea habitual, y de primogenitura, pone primero la conclusion elemental en los mayorazgos, de que despues de la linea actual de el vltimo poseedor, succede la linea habitual, que formò el inmediato primogenito del primer poseedor ascendiente, conforme à la doctrina de Dom. Molina lib. 3. cap. 6. num. 29. & cap. 8. numer. 17. Y despues passa à definir, qual se diga linea habitual primogenita, y resuelve, que aquella es la linea inmediata de primogenitura, la que constituyò el pariente transversal del vltimo poseedor, descendiente de el primogenito, como la del hermano mayor; y no aviendo avido hermanos, la del tio primogenito, lo qual procede aunque estos ayã muerto antes de succeder en el mayorazgo, ò antes de su fundacion, porque no es del caso el que murieffen, sin aver possido, ni tiene dependencia con la formaciõ de la linea, lo qual basta conforme à nuestras leyes Reales, para dar derecho de representacion à todos los que provienen de ella, ibi: num. 154. *Observandum itaque, quod linea primogenitura est illa, quam sibi constituit, & suis descendentibus, quilibet primogenitus statim, quod natus est, si vè primogenita eius nascitur, in exclusione secundo geniti, licet præcedat in vita possessoris, VEL ANTE, VEL POST INSTITUTIONEM MAIORATVS: quod ex iure nostro Regio probatur in leg. 40. Taur. & hodie in leg. 14. tit. 7. lib. 5. Recop.*

128 Passa en el num. 155. à poner las razones de dudar, que parece hazen dificultosa esta proposicion: Lo primero, porque aviendo muerto el que formò la linea de primogenitura, *ANTE INSTITUTIONEM MAIORATVS*, no parece que tenia derecho alguno que transmitir, *nec in actu, nec in habitu*, por no aver mayorazgo, ni esperar se el que se fundasse, *ex leg. unic. §. in primo, & §. seqq. Cod. de caduc. tollend.* Lo segundo, porque el nacer primero, y el ser mayor, es *quid personalisissimum*; conque se ha ze dificultoso el que sea transmisible, ni representable, *cum nemo sanè mensis dixerit a patrem filij esse a patrem patris, leg. si pater, §. fin. ff. de adopt. leg. ex plurib. ff. de administrat. tutor. Barc. Bald. Ancharr. Card. Tusch. & ab eo plures laudati Doctores, y assi se haze dificultoso, que la linea habitual, sucesible, y de substancia, la constituya aquel ascendiente, que mu-*

rió muchos años antes que se fundase el mayorazgo.

129

Pero sin embargo de estas razones de dudar, desde el num. 157. *verfic. Sed nihilominus*, passa à dar las razones de decidir de las leyes del Reyno, que todas ellas son elegantísimas, sacadas de Dom. Molina, D. Covarrub. Paulo de Castro, y otros Doctores, que prosigue refiriendo hasta el num. 163. y en este pone la suya, que en substancia se reduce à dezir, que como en los mayorazgos por las mismas leyes se previene, que la linea del primogenito sea preferida, y que no se succeda con la consideracion à los grados, sino à las lineas, aviendo descendientes de aquel primogenito que la formò primero, es preciso que estos ayan de entrar ad instar *Ædicti successori*; con la misma prelación que les diò la linea, aunque aya muerto ante *successionem maioratus*; porque el que muera el que formò la linea, aviendo *successores* que la representen, y que la tengan, estos son los llamados por la ley: porque los demás parientes no los pueden excluir sino es por el grado, el qual no es de consecuencia en la estimacion de las mismas leyes, *ibi: numer. 164. Ideo licet præmoriatur primogenitus, qui est caput lineæ primogenituræ, vel eius filius, vel nepos, vel alius descendens, per quos lineæ continuatur, dummodo tempore delatæ successions aliquis remaneat, cum lineæ primogeniti succedere debeat tamquam primogenitus, qui successurus erat, si adhuc vivens; quippè, ut dictum est NON PER GRADVS, SED PER LINEAS SVO ORDINE SVCCEDITVR.*

130

Estas proposiciones, en el num. 165. las califica, y afirma se prueban con la ley de Toro, y particular, y expressamente con las palabras de la dicha ley 14. que buelve à poner à la letra, y las pondera doctamente con las siguientes, *ibi: Ex quibus verbis luculentè colligitur, quod dispositum est, quod successio maioratus decurrat per lineas, & de lineæ in lineam integram, ETIAMSI CAPVD LINEÆ, NEMPE PRIMOGENITVS, VEL ALIÆ SVPERIORES LINEÆ, A QVIBVS EXORDITVR, ET PROGREDITVR, DEFECERINT ANTEQVAM INSTITVTVS SIT MAIORATVS, vel antequam successerint, vivente institutore, vel quocunqve alio ultimo possessore, quia lex non respexit ad gradus prout dictum est, sed ad lineas per suos gradus, per quas, sicut per canales describitur, in descendentes sanguis primogeniti, cuius sanguis licet sit corporis præ defuncti, nihilominus ipsemet est inqualibet alio eius descendente, cum illa*

illa primogenitura prerrogativa transfusa, quam defunctus, tunc habuit, & nunc haberet, si adhuc tempore successione esset in eam natura, nam qualitas primogenitura, qua in sanguine transit, nunquam moritur, D. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 20. & eius Additionat. in dict. lib. 1. cap. 6. super num. 21. Bald. conf. 89. num. 8. lib. 2. dicens: Quod est ius in dignitate innata, que transmittitur iure sanguinis, quia filius est aliquid patris sui, unde pater in filio est, & quia dignitatum innatarum qualitates transmissibiles sunt, leg. 1. Cod. de Episcop. & Cleric. Iason, Alex. & Cynus.

Pudieramos repetir otros muchos lugares de este Autor, y especialmente en la 8. part. cap. 5. num. 23. pero nos parece escusado à vista de ser terminantes los referidos, y hallarse en ellos la viua razon de derecho en que consiste la representacion, que es en suma, que el derecho de primogenitura que adquirió el ascendiente, que formó la linea contentiva del ultimo poseedor, y que basta el que si viuiera al tiempo de la vacante pudiera suceder, y sucediera en dicho mayorazgo, para que este derecho se represente por todos sus sucesores, cuya doctrina, y fundamento primordial, nos le puleo con magisterio antes de la ley del Reyno novissima, y sin averla alcanzado D. Molin. de Hispanor. primog. dict. lib. 3. cap. 7. num. 11. porque para demostrar quando se deve admitir la representacion, no busca mas que la capacidad en el representado, hoc est, que si viuiesse pudiesse succeder, ibi:

Prima igitur conclusio sit in maioratus successione solum in eo casu representationem filio concedendam esse, quo eius pater si viueret, posset in maioratu succedere. Cum enim ea successio ex representatione persona patris deferenda sit, consequens est, ut pater, qui non est vocatus, **NEC POSSET ETIAMSI VIVERET IN MAIORATU SVCCEDERE**, non possit à filio representari.

Clarius Addentes, cum plurib. ibidem numer. 4. in fine principij, ibi: Satis denique est, quod filius ab eo descendat, qui si viueret, tunc esset successurus, etiamsi in eo ius firmiter radicatum non sit, sed potencialiter tantum de futuro; & in spe consistens. Et eòcludunt eo loci, vers. fin. in his verbis: Verum cum Auctore censemus, quod si nunquam habuit aliquam probabilem spem succedendi, eo quod semper, & in omni tempore incapax fuisset, in eius filio, vel nepotè ius representationis non datur, quia tunc radix, à qua origo successione adimpletur.

To.

134 Todas estas doctrinas, se verifican en nuestro caso para el derecho de la representacion, sin dificultad, ni controversia alguna; porque Andres de Vrrutia, numer. 4. que es la persona representada por Don Francisco Antonio Vrtusaustegui, y Don Pedro de Vrtusaustegui, num. 35. su hijo, no tuvo incapacidad alguna para suceder, y si viviera al tiempo de la vacante, se hallava hermano mayor del padre del fundador, y del abuelo del ultimo poseedor San Juan de Ogirando, num. 8. y esto es lo que todos estos Doctores consideran para estimar el derecho de la representacion, que es mirar a la persona representada, y esta si viviera sucediera, sin atender a que aya muerto antes, ò despues de fundado el mayorazgo.

#### Articulo quarto.

Satisface a las objeciones, que en el punto antecedente de la representacion se oponen por Doña Juana de Ogirando, num. 20. y demas consortes.

135 **D**IZESE lo primero por Doña Juana, que el derecho de la representacion cessa aviendo voluntad contraria, porque la misma ley de Toro expressa, y literalmente dize, ibi: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente instituyó, y ordenó el mayorazgo, y en la Pragmatica nueva, ibi: Sino es que el fundador hubiere dispuesto lo contrario, y que aviendo llamado a los parientes mas cercanos en la clausula 6. en falta de los llamados, prefiriendo los de parte de padre a los de madre, fue visto excluir la representacion.*

136 La razon de este fundamento consiste, en que quando se trata de suceder a transversales, en fuerza de llamamiento general de parientes mas cercanos del fundador, muchos Doctores de la Jurisprudencia llevaron, y defendieron solo, tener preferacion el grado, y no la linea, D. Gregor. Lopez *in leg. 2. glos. 18. quast. 1. in fin. tit. 15. part. 2. Avend. in leg. 40. Taur. glos. 14. a num. 25. Mieres de maiorat. 2. part. quast. 6. a num. 31. en la primera impresion, y en la ultima a num. 136. Y lo mismo defende, y prueba abundantissimamente D. Valenc. Velazq. *conf. 231.**

*ubi latè, & doctè, y reprùeba la opinión del señor Molinà, y sus sequazes, y es del mismo sentir Flores de Mena in addiccion. ad Gamm. decis. 93. versic. Septima conclusio;* donde hablando de caso semejante al de este pleito, de disputarse entre transversales en virtud de llamamiento generico, en que expressamente se dize, que à falta de los llamados succeda el pariente mas cercano del fundador, con termino tan estrecho, como dize, *pariente mio mas cercano*, asienta, y asegura ser cierta su opinion, y que es falsa la de Gutierrez, y sus sequazes, y que asi lo ha visto determinar en el Consejo, segun su opinion; y à la verdad es cosa muy terrible, que aviendo muerto, como es cierto murieron num. 4. y su hija, ascendientes de num. 34. muchos años antes de la fundacion de este mayorazgo, y asi sin tener derecho alguno para la succession de el, se les quiera representar para excluir à vna prima hermana del fundador, y tia segunda de el ultimo poseedor, que nació el año de 1609. y al presente vive, como vno, y otro resulta llanamente de los autos.

### Satisfactio.

137 Esta objeccion es de muy poco fundamentò, y no tiene cuerpo, ni subsistencia en el derecho; porque aunque es cierto que los Autores citados, quisieron hazer opinion contra el señor Molina, defendiendo se excluà el derecho de la representacion, que reside en los descendientes del primogenito transversal, en este caso esta sentencia està reprobada, y menospreciada por todos los Tribunales de España, como lo advierten Pater Molina tom. 3. de iustit. & iur. disputat. 629. nu. 2. versic. *Dubium deinde*, Ioann. Gutierrez. *practic. lib. 3. quast. 68. per tot.* Avenañ. *male in contrarium citatus, in leg. 40. Taur. glos. 2.* Robles de *representat. lib. 3. cap. 11. n. 33. & 34.* Fuffar. de *substitut. quast. 485. num. 40.* latissimè plura fundamenta adducens, & respondens contrariis D. Ioann. del Castill. *dict. lib. 3. cap. 19. à n. 302. & 259.* & de huius opinionis vera praxi testimonium addibent Addentes cum suo Molin. *dict. lib. 3. cap. 8. à num. 11. vsque ad 15.* versic. *Secunda verò sententia, vsque ad fin.* Rojas de *incompatibilit. part. 4. cap. 1. n. 104.* Menoch. *conf. 1059. per tot.* Hector Capicius *Latro consultat. 147. num. 69. & consultat. 75. num. 60. & 120. laudati à*

Maldon. ad D. Molin. *dict. nam. 11.* que todos àfirmà n, ser desti-  
tuida la opinion de Flores de Mena, y Dom. Valenç. aunque el  
fundador vsasse de palabras relativas à su persona, y llamasse al  
pariente suyo mas cercano, ù dixesse de mi el fundador; porque  
el mas cercano en la estimaciõ de derecho del fundador, es aquel  
à quien llama la ley, y le tiene por tal, *neo aliud est dicere SVC-*  
*CEDAT PROXIMIOR, quam exprimere qualitatem, qua de*  
*essentia. Et natura successione maioratus in successore debet in esse. Et*  
*ita verba intelligenda sunt secundum ius Regni, nempe de proximo*  
*cognato iusta ordinem in hoc Regno præscriptum ad succedendum in*  
*maioratibus,* que son las palabras de los Adicionadores, tan se-  
rias, y doctas, como corresponden à hombres tan grandes.

138 Y assi no tiene que admirarse Doña Juana, y su  
Abogado, de que aunque sea parienta mas cercana la excluya D.  
Pedro de Vrtusastegui; porque no deve atender al grado, sino à  
la linea, y medir por ella la cercanía, y hallará, que si viviera An-  
dres de Vrrutia, num. 4. al tiempo de la vacante, fuera mas cerca-  
no, y con la ventaja de primogenito, y hermano mayor del pa-  
dre del fundador, y que à ella, y su padre los avia de vencer, por  
ser esta la providencia de las leyes, y el efecto grande de la re-  
presentacion, que dexamos fundado.

139 Ni tampoco es del caso, que sea el llamamiẽto  
genérico de parientes de padre, ò madre del fundador, prefi-  
riendo los de padre à los de madre, porque en estos mismos ter-  
minos de llamarse à los parientes mas cercanos del fundador del  
mayorazgo generalmente, hablan los Doctores citados, como  
se puede reconocer en los Adicionadores Dom Molin. y Dom.  
Castill. y todos los demás; y assi tiene muy poca fuerça la ponde-  
racion contraria, que no dilatamos mas, por estar quanto se pue-  
de dezir prevenido en los lugares citados.

## Obiectio secunda.

*Sobre el derecho radicado, que pretende Doña Juana ser ne-*  
*cessario para la representacion.*

140 Toda la ansia de los Abogados de Doña Juana;  
es fundar, que Andres de Vrrutia murió sin esperança de poder  
suc-

succeder próximā; ni remotā, por aver muerto mucho tiempo antes que se hiziesse la fundacion de este mayorazgo, y que no pudo comprehenderse èl, ni su linea en el llamamiento vago, y general de parientes de parte de padre, ò madre del fundador.

141 Las razones de esta objeccion son, porque todas las vezes que el fundador del mayorazgo dispone llamamientos ciertos, para ciertas, y determinadas personas, y despues de acabados los dichos llamamientos, llama generalmente al pariente mas propinquo, fue lo mismo que ordenar, y dar forma para que los especificamente llamados, solamente formassen sus lineas efectivas, y assi seràn tantas, como personas, y llamamientos, conque fue esto excluir las demás que no expreso, y no la pueden tener los parientes comprehendidos despues de los llamados en el llamamiento general, por ser vago, y incierto el pariente que ha de suceder, y de èl no se puede inferir mas de que aya de ser vno indeterminado, *leg. Sempronius 26. ff. de usufructu legato. leg. qui habeat 47. ff. de vulg. & pupill. leg. qui plures 23. leg. sed, & si plures 10. ff. eodem tit. leg. cum hares 4. ff. quando dies legati cadat, leg. qui Roma, §. duo fratres. ff. de verb. obligat. Dom. Molin. lib. 3. cap. 7. num. 1.* conque no siendo el transversal descendiente de alguno de los especificamente llamados, no puede en fuerza del llamamiento general, como indeterminado, y incierto, y vago, pretender derecho adquirido que representar, Molina Guzman *veritate 6. num. 22.*

142 Alientase esta razon, porque la naturaleza de la representacion, no es mas que vna subingresion en el derecho, y lugar de aquel que si viuiera fuera preferido en la sucesion del mayorazgo, *ut constat ex novella 118. de hered. ab intestat. venientib. cap. 3. cum tradit à Barb. in leg. post dotem 41. ff. soluto matrimonio, num. 53. & à Robles de representat. lib. 1. cap. 2. num. 5.* y en el caso del llamamiento general, como vago, y incierto, no puede considerarse persona representable, por no la aver auido cierta, y determinada, *exempli causa: Andres de Vrrutia* determinado mas que otro qualquier pariete, y assi no pudo dar principio à la linea que quiere al presente que se formase Don Pedro de Vrrutia *autstegui.*

143 Lo segundo, porque aquel derecho que se ha de representar, es necessario que existiesse, vel in potentia, vel in actu, ni vno, ni otro tuvo Andres de Vrrutia, no in actu, porque  
nunca

nunca llegó à suceder, nõ en potencia, porque erã vnã esperança vaga, y incierta la que le asistia, assi por no estar fundado el mayorazgo, como porque se avian de acabar primero todos los llamados, y sus lineas, conque venia à ser vn derecho remotissimo, y de tan distante fortuna, que no se puede poner en consideracion, y que por estos fundamentos, despues de aver defendido Robles *lib. 2. de representat. cap. 29.* en las addiciones que se dize aver sacado despues de su tratado, en el año de 1632. corrigiò, y retractò todo lo que avia dicho en su libro en esta materia, defendiendo, que en el caso presente, à donde despues del llamamiento especifico de algunas personas, se llama generalmente à parientes del fundador, no ay representacion, cuya sentencia procura defender por nueva Molina Guzman *integra veritate 6.* poniendo el mismo caso de nuestra clausula.

### Satisfactio.

144 Bien escusado erã responder à este fundamento, porque tienen respondido por nosotros todos los Senados de España, que con repetidas decissions han desestimado la opiniõ de Guzman, y de Salçedo, si es que fue suya, porque no hemos podido conseguir ver semejante addiccion, y lo que podemos dezir es, aver oïdo repetidas vezes, que la dicha llamada verdad 6. la escribiò con el sentimiento de averse desestimado en el Consejo dos pleytos que el defendiò, con los mismos fundamentos que refiere (que todos los sacò de Avendaño *in leg. 40. Tauri, glos. 20. à numer. 16. usque ad 21.* y despues de averlos propuesto, lleva lo contrario) y aunque pudieramos con esta advertencia escusarnos de dar satisfacion à los fundamentos contrarios, que todos ellos se reducen à vna razon muy debil, sin embargo por gusto la parte, mas que por necesidad, lo harèmos cõ brevedad.

145 Dezimos pues, que para el derecho de la representacion no es necessario aquella potencia de suceder, que pide Guzman, esto es, que la persona del ascendiente que se intenta representar, aya sucedido en el mayorazgo, ò tenga llamamiento individual, y que basta el general de pariente del fundador: Lo primero, porque para el derecho de la representaciõ, solo se deve mirar, y atèder la posibilidad de suceder en aquel ascen-



ascendiente, y que si viuiera al tiempo de la vacante, succediera en el mayorazgo, y no tuuiera incapacidad, ni exclusion de el fundador, como lo advierte D. Molina de Hispanor. primog. dict. lib. 3. cap. 7. num. 1. cuyos lugares, aunque los pusimos supra, los boluemos à repetir, por venir muy al caso, para delvanecer estos reparos, ibi: *Prima igitur conclusio sit in maioratus successione solam in eo casu representationem filio concedendam esse, quo eius pater, si uiueret, posset in maioratu succedere, cum enim ea successio ex representatione persona patris deferenda sit, consequens est, ut pater, qui non est uocatus, NEC POSSET ETIAMSI VIVERET IN MAIORATU SVCCEDERE, non possit à filio representari.*

146 *Clarius Addentes cum plurib. num. 4. in fin. principij.* ibi: *Satis denique est, quod filius ab eo descendat, qui si uiueret, tunc esset successurus, etiamsi in eo ius firmiter radicum non sit, sed potentialiter tantum de futuro, & in spe consistens. Et concludunt eo loci versic. fin. in his verbis: Verum cum Auctore censemus, quod si nunquam habuit aliquam probabilem spem succedendi, eo quod semper, & in omni tempore incapax fuisset, in eius filio, vel nepote ius representationis non datur, quia tunc radix, adque origo successionis adimpletur.*

147 *Y profiguen en el versiculo final, explicando à Dom. Molina con toda elegancia, y claridad, ibi: Verum cum Auctore censemus, quod si nunquam habuit aliquam probabilem spem succedendi EO QVOD SEMPER, ET IN OMNI TEMPORE INCAPAX FVVISSET, IN EIVS FILIO, nec nepote ius representationis non datur,* como si descendiera de hembra excluida, ad id quod ipse Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 412 docet, conque hallandose Andres de Vrrutia, num. 5. con la capacidad de poder succeder, por no tener exclusion, ni incapacidad alguna personal, ni lineal, y que si viuiera, succediera en este mayorazgo sin disputa alguna, esta posibilidad le basta para causar en sus descendientes derecho representable, y no es necesaria la que pide Guzman.

148 *Lo segundo, porque su opinion es contra las leyes del Reyno expressas, y especial à lo decidido en la ley 14. tit. 7. lib. 5. que hemos puesto à la letra, ibi: Ise succeda por representacion de los descendientes à los ascendientes, en todos los casos, tienpos, lineas, y personas, en que los ascendientes ayan muerto antes de*

52  
suceder en los tales mayorazgos; aunque la muerte aya sido ANTES DE LA INSTITVCIÓN DE ELLOS, lo qual se guarda sin distinción, ni diferencia alguna, no solamente en la sucesión de los mayorazgos à los transversales; y no solo à los transversales al último poseedor, sino tambien en los que lo fueren DE EL INSTITVADOR. En cuya decission se deven reparar dos cosas: La primera, que la ley Real concede el derecho de representacion, respecto de los ascendientes que murieron antes de fundarse el mayorazgo; de que se infiere, no ser necessario el llamamiento que buscò Guzman, pues no le pudo tener aviendo muerto antes, sino generico, y por razon de la sangre, y basta solo huviessen formado linea efectiva, ò transversal, respecto de dicho fundador, con el nacimiento, ò mayoría: La segunda, que la posibilidad, aunque fuesse incierta, tambien es bastante, porque dependiendo su derecho de vn mayorazgo que no estava fundado, y aviendo muerto el ascendiente antes que se fundasse, le habilita la ley, y admite llamamente, como no sea incapaz de suceder, si viviera, como lo considerò el mismo Robles dict. lib. 2. cap. 29. § 30. numer. 5. § 6.

149 Ni conduce para nada la respuesta que pretende dar Guzman en el numer. 26. diziendo, que las leyes del Reyno se han de entender en terminos habiles, y en suposicion de que sea el derecho de el ascendiente cierto, y radicado, y que este no le ay en el pariente transversal, que se halla llamado generalmente, como pariente, y que nunca llegò à formar linea de primogenitura, nec ius firmum, & radicatum. Porque esta respuesta es inconsequente, y contra las leyes, que no requieren el derecho radicado, sino solo aquella posibilidad, como hemos dicho, y potencia de suceder, & illud ius futurum non delatum, como lo es el que puede tener aquel pariente que muere ANTES DE LA INSTITVCIÓN DE LOS MAYORAZGOS; y si la ley del Reyno à este le estima por capaz de formar linea, quien le persuadiò à Molina Guzman, ni le enseñò à buscar mas derecho radicado, que el que disponen las leyes?

150 La razon es, porque no ignorò el Legislador; (qui omnia iura in sinu pectoris habet) como dizen los textos, que en la Jurisprudencia se hallan tres derechos futuros: vno que se llama ius delatum, y que ya està existente, el qual solo depende de nuestra voluntad el aceptarle, y adquirirle, como es la herencia

cia deferida, *leg. de lata. ff. de verbor. significat. leg. 1. §. decretalis. ff. de successorio edicto. leg. qui actionem. ff. de reg. iuris*: el otro que se llama ius futurum ex causa de presentis, vel de præterito, como el que tiene el acreedor, ò el legatario condicional, el qual tambien se estima, como in bonis nostris, y es transmisible, y celsible, *leg. cui subconditione. ff. de obligat. §. action. leg. si quis 57. ff. de verbor. obligat. §. ex condicionali. instituta, de verbor. obligat.* el tercero, y ultimo, es el que llamamos ius futurum ex causa de futuro, que consiste en vnaesperança remota, y en vna posibilidad accidental, como el que tiene qualquier pariente en que otro deudo le institua por su heredero, ò que le llame à vn mayorazgo en caso que le funde, cuyo derecho futuro se dize ser de fortuna, por depender à voluntate alterius viventis que subsistere, vel non subsistere potest, à cuya especie refieren los Doctores la *ley fin. Cod. de pactis*, y de todas estas tres especies trataron magistralmente Paulus Galerat. *de renuntiat. tom. 1. lib. 4. cap. 3. à num. 38. §. tom. 2. centur. 1. nu. 1. Philipp. de fideicommiss. familiar. illustri. num. 32. Capon. de pact. quest. 5. num. 1. Giurb. de feud. §. 2. glos. 10. num. 85. versic. Respondeo primo, D. Olea de cess. iur. tit. 3. quest. 10. à num. 1. usque ad 5. D. Cresp. obseruat. 24. n. 24.*

151 Lo que estimaron pues nuestras leyes del Rey no para admitir la representacion, fue qualquier derecho, aunque fuesse de la tercera especie, y solo aquel que podia competir de futuro, porque bastò en la estimacion legal la esperança de succeder, en caso de fundarse el mayorazgo, porque aunque sea derecho remoto, es transmisible, y celsible, y considerable, *leg. 1. Cod. de pact. leg. 1. leg. nam hoc modo. ff. de hereditat. vel actione vendita. leg. iactum rectis. ff. de action. empt. leg. nec emptio 8. ff. de contra. bnda emption. leg. filius familias. ff. quibus ex causis in possessione ma. leg. verbum illud 18. in fin. ff. de verb. significat. Tiraq. de retractat. lign. §. 26. glos. 3. num. 4. Abbas, & Decius, relati à Mier. de maiorat. 1. part. quest. 23. num. 115. Capic. Latro decis. 34. numer. 146 plenissimè, & latissimè D. Olea dict. quest. 10. num. 13. vbi Dom. Larream, Dom. Solorç. Hermos. & alios, y assi, ni buscò mas en el ascendiente, porque lo digamos en vna palabra, que la capacidad de succeder, si viuiera, y la fortuna de aver nacido primero entre los parientes del fundador, como si estuviera llamado, acabadas las lineas de los nombrados expeticamente para la succession, porque como entonces la misma ley ha de suplir los llama-*

ma-

151  
mamientos, y dar la inteligencia de los generales; y ábsolutos, los quiso suplir por sus mismas reglas, dando la representacion perpetua, y eterna en aquel transversal, que en su estimacion se hallava con la prerrogativa del nacimiento, y mayoria, aunque no huviesse tenido derecho alguno radicado.

152 De que se infiere, quan imaginarias son las doctrinas de Molina Guzman, suponiendo, que para la formacion de la linea se neccsiste de llamamiento expreso, y determinado, ò possession actual en alguno de aquellos ascendientes del que se trata de representar, porque esta Jurisprudencia no hallamos nadie que la diga, sino èl, y lo cierto es lo que èl se opone en el numer. 28. que no es neccsario llamamiento expreso para formar linea, porque basta el legal, y el que tienen los de la sangre, por la naturaleza del mismo mayorazgo; y aunque este no sea determinado, es cierto, porque la misma ley le determina, arreglandose à la voluntad del fundador, la qual se presume, que quando haze llamamientos generales de parientes, ò funda solo mayorazgo, sin passar à dar llamamientos especificos, que dexò la fundacion à la disposicion de derecho, la qual es cierta, y no vaga, como dize este Autor.

153 Passose à discurrir otrā extraordinaria salidā à nuestra ley del Reyno, opuesta toda à sus palabras literales, que fue en substancia dezir, que dicha Real Pragmatica, ibi: *Aunque la muerte aya sido antes de la institucion de ellos, se aya de referir à los mayorazgos fundados por los ascendientes, y no en los fundados por los transversales, de cuya inteligencia se dà por Autor à Robles, en las addiciones que hemos referido; pero estan desesperada, y fuera de los terminos de la ley Real, que no merece respuesta, ni es neccsario mas para desvanecerla, que poner sus palabras à la letra, porque en ella estā comprehendidos, no solo los mayorazgos fundados por los ascendientes, y transversales, sino los fundados por los extraños, y en vnos, y otros se decide lo mismo, ibi: *Con nos consultado, fue acordado, q̄ deviamos mandar, y declarar, como declaramos, y mādamos, q̄ en la successiō de los mayorazgos, vinculos, patronazgos, y aniversarios q̄ de aqui adelante se hiziere, así por ascendientes, COMO POR TRANSVERSALES, ò extraños, se guarde lo dispuo por dichas leyes, y se succeda por representacion de los descendientes à los ascendientes, en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, en q̄ los ascendientes ayan muerto antes de succeder**

en los tales mayorazgos, aunque la muerte aya sido antes de la institucion de ellos, y no sabemos como aya aliento para oponerle à vnas palabras tan expresas, queriendo divinatoriamente referirgillas à vn caso solo, quando su Magestad manda, que todo lo referido se guarde, asi en los mayorazgos que se hizieren por ascendientes, como por transversales, ò extranos, y que buelve à repetir en la conclusion de lo decisivo, ibi: Lo qual se guarde sin distincion, ni diferencia alguna, no solamente en la sucesion de los mayorazgos à los transversales, y no solamente en los transversales al ultimo poseedor, sino en los que fueren del instituidor, y asi es inconsequente semejante interpretacion.

### Articulo quinto.

Que no se excluye el derecho de la representacion con la duplicidad del parentesco, y viringue conjuncon, que alegan Doña Juana, num. 20. y los demás consortes de los numeros 31. 32. y 33.

154 **N**O hallando motivos legales, como dexamos fundado en el articulo antecedente, para excluir la representacion de la linea de Andres de Ogirando, num. 5. hermano de padre del fundador, recurre la parte de Doña Juana, y sus consortes à otro medio de defensa, que es dezir, que se hallan con la prerrogativa de tener duplicado parentesco con el fundador, y ultimo poseedor de este mayorazgo, porque Pedro Sanz de Ogirando su padre, y vilabuelo respectivè de los litigantes, fue hermano entero de San Juan de Ogirando, num. 8. padre de dicho fundador, num. 17. y abuelo de Don Miguel Domingo de Ogirando, ultimo poseedor, num. 23. y que entre ambos à dos fueron hijos de San Juan de Ogirando, num. 2. y de Juana de Mendibil, num. 3. conque hallandose Andres de Ogirando, num. 5. solo hermano, ex vno latere del padre del fundador, no puede competir con dicha Doña Juana, y los demás, ni nunca pudo formar linea representable, ni transmitir derecho alguno à todos sus successores.

Este fundamento, que ha sido de los principales en que han insistido los litigantes contrarios, fuera, y es cas



paz

12  
paz de la disputa, en caso que se estimara estar probada, y justificada la dicha duplicidad de parentesco; pero no lo estando, como hemos fundado en el segundo articulo, y no constando, como no consta, que dicho Pedro Sanz de Ogirando, numer. 11. fuesse hijo de Iuana de Mendibil, num. 3. parecia escusada esta question; pero cediendo a la parte de Doña Iuana lo que pretende, y dando por asentada la filiacion, sin perjuizio de la verdad, hemos de convencer al parecer con fundamentos inevitables, no tener justificacion esta pretension.

156  
Y para proceder en este punto con toda claridad, y passar a proponer los fundamentos que nos asisten en el punto individual de derecho, es preciso hazer supuesto de todo lo que determina la disposicion de el derecho comun, y leyes de las Partidas: y en vnas, y otras disposiciones, lo que hallamos decidido, y determinado, es, que en las sucesiones abintestato, solo se considera vtrinque conjuncion entre hermanos, e hijos de hermanos, sobrinos del difunto: De manera, que concurriendo hermanos enteros, o sobrinos hijos de hermanos de parte de padre, y madre, se prefieren al hermano, y a sus hijos, ex vno latere tantum, como expressamente lo determinan los textos *in authentica de heredibus abintest. veniens. §. si igitur defunctus el 2. collat. 9. authent. de consang. §. vter. fratrib. §. quia vero, versic. Vltimo autem, collat. 6. authent. cesante, versic. fin. Cod. de legitim. hered. authent. post fratres la 1. eodem titul. 3. partit. 6.* a donde tratando de la sucesion abintestato, faltando los descendientes entre los transversales, passa a discurrir como suceden igualmente los hermanos de parte de padre, o madre, y los sobrinos, por el derecho de representacion in stirpes, y con la misma igualdad con sus tios; y en la vltima parte concluye el señor Rey Don Alonso, limitando la doctrina general con las palabras siguietes, ibi: *Esobre todo, decimos que si este que asi muriese, oviesse otros hermanos, que non le perteneciesen, sin non de parte de su padre, o de su madre, que estos nin los hijos de ellos no deven aver la herencia del finado, con los hermanos que le pertenecen de parte de padre, e madre, nin con los hijos de ellas. si los padres fuesen muertos, en cuyas palabras quedaron explicadas todas las Authenticas de Iustiniano, y en substancia se reducen a dezir, que la duplicidad del parentesco, da prelación abintestato a los hermanos enteros, y sus hijos, en competecia de los medios*

her-

hermanos, y los suyos, & sic in terminis docent D. Greg. Lopez in dict. leg. glos. fin. D. Covarrub. in epitome successionum, num. 7. Anton. Gom. in leg. 8. Taur. num. 7. Mieres plures referens, de maioratib. 2. part. quasi. 7. num. 5. D. Castill. lib. 5. controvers. cap. 67. num. 29. Rojas de incompatib. maioratum, 1. part. cap. 6. n. 264.

157 Pero esta duplicidad de parentesco, la concedieron las leyes en las succesiones abintestato, limitada à los mismos grados que expreslan, esto es à los hermanos ex utroque latere, y à sus hijos, *vi probatur in dict. Authentica. Et in dict. leg. 5. ibi: Non deven aver herencia del finado, con los hermanos que le pertenecen de parte de padre, è madre, ni con los hijos de ellos.* De cuyas palabras, y decissions civiles, infier en los Doctores, que dicha duplicidad de parentesco, no se estiende à otros grados, y personas, y assi si la concurrencia fuesse entre otros parientes mas remotos, que no fuesen hermanos, ni sobrinos de el difunto, no ay duplicidad de el parentesco; y assi si concurriessen dos tios à succeder à vn sobrino abintestato, aunque el vno de ellos fuesse de parte de padre, y madre, no tiene prelación al otro que fuesse solo ex vno latere tantum: Y porque lo expliquemos con claridad, harèmos la demonstracion con el arbol, *exempli gratia*: que huviesse muerto abintestato Don Miguel de Ogirando, numer. 17. sin descendientes, ni ascendientes algunos, y que en aquel tiempo viviesse Andres de Ogirando, num. 5. tio solo de parte de padre, y Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. tio del difunto ex utroque latere, no tiene dificultad, ni controversia alguna, que entrambos tios avian de succeder por iguales partes en la herencia de su sobrino, y que no fuera preferido Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. aunque fuesse tio ex utroque latere, por no ser hermano, ni hijo de hermano del difunto, y hallarse fuera de los grados que tienen esta qualidad prelativa.

158 Esta doctrina la tenemos expresa, y literal en la Authentica de Iustiniano *de hered. abintest. cap. 3. dict. §. si igitur defunctus el. 2. versic. Huiusmodi verò.* à donde despues de aver tratado de la prelación que tienen los hijos de hermano, ex utroque latere, respecto del tio, aunque estèn en tercero grado, dize Iustiniano, *ibi: Huiusmodi verò privilegium in hoc ordine cognationis satis praevenimus fratrum masculorum, et feminarum filis, aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant. NULLI ENIM ALI OMNINO PERSONAE EX HOC ORDINE*  
VE.

**VENIENTI HOC IVS LARGIMVR.** Demañera, que vltra fratrum filios, aunque provengan ex eodem ordine succedendi, no ay semefante prelación.

159 Y por esta causa el señor Gregorio Lopez *in dict. leg. 5. glos. 1.* advierte poniendo el mismo exemplo que dejamos de mostrado con el arbol, que los tios no tienen prelación por la duplicidad del parentesco, en competencia de otros tios, porque ya están fuera del grado en que se concede este privilegio, ibi: *In patris tamen succedentibus nepoti, seu sobrino suo non consideratur ISTA DVPLEX CONIUNCTIO, SED ADMITTUNTUR PARITER, si vè fuerint coniuncti patri nepotis eorum fratri ex utroque latere, si vè ex vno tantum, ut tradit Bartolus in leg. post. consanguineos. §. legitima. ff. de suis. & legitim. hered. HÆC NAMQVE CONIUNCTIO CONSIDERATUR TANTVM CVM AGITVR DE SVCCESIONE FRATRIS, VEL PATRVI, ut in Authent. de consang. & veterin. fratrib. collat. 7.* y à villa de su grande autoridad, podíamos escuchar de mas alegaciones, pues vemos limitada la qualidad de la vtrunque conjuncion entre los hermanos, y sobrinos respecto de el tio.

160 **Antonius Gomez in leg. 8. Taur. numer. 8.** ibi: *Vnum tamen in hoc singulariter est notandum, quod ista maior qualitas coniunctionis non est attendenda, nec consideranda vltra prædictos fratres, & filios fratrum, vnde si quis deceat ab intestato non relictis descendentibus, nec ascendentibus, nec fratribus, nec filiis fratrum: sed relicto patruo qui fuerat frater sui patris vtrunque coniunctus, & alio patruo qui fuerat frater sui patris, ex latere patris tantum, vel ex latere matris tantum ille patruus vtrunque coniunctus non præfertur alteri ex vno latere coniuncto, sed omnes pariter admittuntur, quia sunt in pari gradu, QVIA ILLA QV ALITAS DVPLICIS CONIUNCTI ONIS VLT RA FRATRES, ET FILIOS EIVS NON CONSIDERATVR.*

161 **D. Covarrubias in tractatu de success. ab intest.** si vè in epitome successionum, tratando de la successión de los tios respecto de los sobrinos, assienta, que si el sobrino que muere deja dos tios hermanos de su padre, ò madre, estos succeden igualmente pro æquis portionibus, aunque el vno de dichos tios sea vtrunque conjunto, porque las Authenticas de Iustiniano referidas, se restringen à la successión de los hermanos, y de los sobri-



nos del hermano difunto, en concurrencia del tio; ibi: *Ad hanc enim successionem admittuntur patris a quis portionibus, & ad bona qua defunctus habuit, & reliquit, SIVE PATRVI SINT FRATRES CONSANGVINEI, SIVE VTERINI PATRIS IPSIVS NEPOTIS, QVI MODO IN TESTATO DECESSIT*: ea ratione, quia Authentica de consanguineis, & vterinis fratribus qua dictam conclusionem probat in §. hac igitur expressim statuit *ILLAM CONSTITVTIONEM ESSE SERVANDAM IN ILLO CASV NEMPE QVM AGITVR DE SVCCESIONE FRATRIS.*

162 Con mucha claridad, y elegancia Matienço in leg. 5. tit. 8. lib. 5. Recopilat. glos. 1. numer. 7. ibi: *Septima conclusio, qualitas coniunctionis ex parte patris, & matris non attenditur, nec consideratur vltra fratres fratrumque filios, vnde si quis abintestato deceserit nullis relictis descendentibus, nec ascendentibus, nec fratribus, nec fratrum filijs, sed relicto nepote ex filio ex filio fratris vtrinque coniuncti, qui est in quarto gradu iuxta, & ius civile, & Regium, quod consideratur in successione abintestato, & non Canonicum, vt in leg. 3. tit. 6. partis. 4. & relicto similiter alio nepote ex filio fratris consanguinei, vel vterini tantum admittentur aequaliter in capita ad successionem patris magni, ET IDEM IN CÆTERIS REMOTIORIS GRADVS AGNATIS, SEV COGNATIS, QVIA AMBO SVNT IN PARI GRADV, ET QVALITAS DVPLICIS coniunctionis non consideratur vltra fratres fratrumque filios, &c.*

163 Avendaño ad leg. octau. Taur. glos. 3. nu. 3. ibi: *Hac tamē qualitas maioris vinculi, & coniunctiois, an scilicet vtrinque coniunctus sit patris, vel consobrini non consideratur vltra fratres, & filios fratrum, sed omnes vterini, & consanguinei, vel vtrinque coniuncti aequaliter ad bona defuncti consanguinei admittuntur; hac est doctrina Iacobi de Vellovis. in Authent. de hered. abintestato venient. §. si verò, nec quast. penult. & Azor. in summa, Cod. communia, de succession. quam sequitur Paulus in dict. Authent. post fratres 1. num. 4. vbi Corneus columna 1. Anton. Rubens dicens communem cons. 102. Curtius Iunior. cons. 46. columna 2. singulariter Alexander cons. 166. super proposita quast. vu. 2. cum alijs lib. 5. Goçadin. cons. 19. num. 20. Socin. cons. 89. num. 4. Gregor. ex nostratibus, verb. O heremana, in leg. 5. tit. 13. Covarr. &c.*

164 Parladorius rerum quotidianarum, lib. 2. cap. 5. P. dis.

disputa la questión comun, si los primos del difunto han de concurrir á la successión con el tio, hoc est, si los hijos de otros tios tienen derecho de representacion con el tio, y resuelve, que el tio deve ser preferido por estar mas cercano en grado. Y no darle representacion, sino solamente á los hijos de hermanos, *ex vulgari doctrina, ex dict. leg. post fratres, Cod. de legit. hered. leg. 6. tit. 1. 3. partit. 6. leg. abunculo, Cod. communia, de successioneib.* lo qual advierte procede, aunque el tio solo lo sea de parte de padre, ò madre, y los primos tengan la vtrinque conjuncion, ibi: *Quod accipias velim, & si patruus ex vno tantum latere sit coniunctus fratres autem patruales ex utroque latere defuncto attingant: nam post fratres fratrumque filios, hac qualitas coniunctionis non ex petatur. Antonius Com. 6.*

165 Lo mismo resuelve Gomez Bayo *in praxi, 33 part. lib. 2. quaest. 126. numer. 4.* despues de aver assentado la regla misma que Parladorio, de que el tio se prefiere en la successión del sobrino abintestato á otros primos, hijos de otros tios, afirma, que esta doctrina se deve entender, aunque los primos tengan duplicidad de parentesco, ibi: *Sed omnia iura supra citata, & exempla relata loquuntur, & procedunt tantum in fratribus defuncti, & in filijs dictorum fratrum, vel sororum: nõ verò ultra fratres, & filios patruum, vel sororum veluti est in patruis defuncti, vel in reliquis deinde proximis, ET SICISTA MAIOR QUALITAS CONIUNCTIONIS NON EST ATTENDENDA, NEC CONSIDERANDA VLTRA PREDICTOS FRATRES, ET FILIOS FRATRUM.*

166 Y en el num. 8. lo estiende á los primos segundos, ibi: *Rursus idem tenendum si in successione concurrerent filij ex filis fratrum qui sunt in quarto gradu, que se llaman primos segundos, nam aequaliter succedunt patruo magno LICET ALIQUI EORVM DESCENDANT A FRATRE VTRINQUE CONIUNCTO, ET IDEM EST A FORTIORI, DE SINGVLIS IN VLTERIORIBVS GRADIBVS.*

167 Donatus Antonius de Marinis *lib. 2. resolut. iur. cap. 216. num. 71.* ibi: *Quid autem dicemus in vinculi duplicitate, an, & quomodo in successionebus prevaleat, ita ut qui duplici vinculo cum defuncto coniungitur, vincat illum qui vno tantum obstringitur. Dic, vinculi duplicitatem de iure, tunc locum habere, quando tractatur de succedendo fratri carnali patruo, sive abunculo carnali, ita*

ut frater utrinque coniunctus in alterius fratris successione consanguineum tantum vincat, & nepos ex fratre utrinque coniuncto in patris successione alium patrum ex uno tantum latere defuncto coniunctum excludat, ita Alex. cons. 186. ante num. 1. & sub numer. 2. lib. 5. Rub. Alex. cons. 102. num. 1. Casall. cons. 10. numer. 19. part. 2. Ann. cons. 125. num. 54. Et tamen converso patrum utrinque coniunctus in successione nepotis non excludit patrum ex uno tamen latere coniunctum, &c.

168. Pudieramos citar para esto mismo otros muchos, como son Tello Fernandez in leg. 8. Taur. num. 5. Gomez Arias num fin. Franch. decis. 26. numer. 6. & 8. Boer. decis. 302. numer. 2. Mantic. de coniect. ultim. lib. 8. tit. 13 per tot. D. Valenc. Velazq. cons. 63. num. 165. Mier. de maiorat. 2. part. quest. 7. n. 18. pero en materia tan clara, y principio tan asentado, por los mismos textos, y leyes que tenemos prevenidas, fuera en vano discurrir en mas dilatadas alegaciones.

169. Con este supuesto claro, y elemental de derecho, entramos en la question, que se tiene por de las principales en este pleyto, la qual se reduce a discurrir, si no teniendo Doña Juana, como no tiene por la duplicidad de parentesco, prelación ni derecho de representacion en la succession regular, y abintestato, respecto de que si viviera Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. su padre, quando murió Don Miguel, num. 23. ultimo poseedor, o el fundador, num. 17. no fuera preferido a Andres de Vrrutia Ogirando, numer. 5. si la ha de tener en la succession de este mayorazgo. Y si puede ser de consequencia la dicha duplicidad de parentesco, para dar prelación a Doña Juana, y consortes, contra la linea primogenita para excluir la de la succession

170. Y en este punto, en nuestro corto dictamen, la mas cierta, y segura sentencia es, maxime, en el caso presente de succession de mayorazgo, y que no nos hallamos en terminos de descendientes de hermanos del fundador de dicho mayorazgo, ni del ultimo poseedor, sino de descendientes de tíos, que no ha lugar, ni puede aver qualidad prelativa, por la duplicidad de parentesco.

171. Y para fundar esta sentencia con las razones decretorias de derecho, nos ha parecido el discurrir los fundamentos ex auctoritate Doctorum, & ratione iuris, con toda distincion, y claridad, que hazen evidente este dictamen, y verdadera resolucion.

Et

172 Et primò ex Doctorum monumentis, se prue-  
ba, que la duplicidad del parentesco no es qualidad prelativa en  
los mayorazgos, y por tal la desestimaron Doctores gravissimos,  
como fueron Tiraquelo, D. Greg. Lopez, y otros, que con con-  
cission cita, y sigue Iuan Parladorio 3, tom. different. 24. §. 1. num.  
7. & 8. à donde tratando las diferencias legales, que se hallan en  
el derecho entre la succesion abintestato de los bienes libres, à la  
succesion de los bienes de mayorazgo, dize, ibi: *Præterea in bo-  
nis liberis præfertur frater utrinque coniunctus, ut in Authent. cessan-  
te, Cod. de legit. hered. NON ITA IN MAIORATV, vt  
constat ex Tiraq. de retract. lignagier. §. 11. glos. 1. nu. 14. & exem-  
plo demonstrat Greg. Lopez in leg. 5. tit. 13. part. 6. glos. fin. in fin.*

173 Dom. Perez de Lara de Annivers. & Capellan.  
lib. 2. cap. 3. à num. 36. disputando la question en las Capellanias,  
sobre si es qualidad prelativa la duplicidad de parentesco, y avié-  
do assentado con Zevallos, Matienço, Bartulo, Raudense, y otros  
Doctores, que dicha qualidad induce regularmente prelación,  
*cum duplex vinculum potentius sit, & fortius, ex cap. 1. de reg. & pa-  
ce, leg. 1. ff. de privileg. credit. §. sed hodie instituta, de adopt. passa à li-  
mitar esta doctrina en el num. 36. en los feudos, y en los mayo-  
razgos, ibi:*

174 *Sed quando tractatur de successione feudi, non at-  
tenditur an aliquis frater sit utrinque coniunctus, sed an sit coniunctus  
ex illa parte, ex qua feudum defertur, Baldus in leg. 1. Cod. de suis, &  
legit. hered.*

175 **ET IN MAIORATIBVS**, quia fratre mor-  
tuo alter arate maior admittetur, **LICET EX VNO SOLO  
LATERE**, & præfertur fratri minori utrinque coniuncto, vt tra-  
dit Greg. Lop. in leg. 5. tit. 13. part. 6. glos. fin. in fin. quam sequitur  
Parlad. dict. different. 24. num. 8.

176 Mieres de maiorat. 2. part. quest. 7. n. 19. assen-  
tando primero los principios de derecho, y casos en que la vtrini-  
que coniunction es qualidad prelativa advierte que todo lo refe-  
rido no procede en los mayorazgos de España, ibi: *Ex quibus ad  
nostrum propositum insertur, quod in successione maioratum NON  
EST ATTENDENDVM, QVOD FRATER SIT  
VTRINQVE CONIUNCTVS, VEL EX VNO LATE-  
RE TANTVM; quia frater ex vno latere tantum excludit alios  
fratres utrinque coniunctos; dummodo sit filius, vel nepos eius ad  
quem*

quem ultimo loco successio maioratus peruenit, & vocatus apparuit.  
**ET SIC EX EO LATERE VNDE BONA PROVE-  
NIUNT.**

177 Blas Robles de Salcedo in tractatu de representat.  
rat. lib. 2. cap. 21. cumpliendo con su tratado, y tratando por todo  
el capitulo la disposicion de la *Authent. cessante, Cod. de legis. ha-  
redib.* que hemos propuesto en el ingreso de este discurso por la  
qual se da prelación a los hermanos vtrinque coniuñctos, res-  
pecto de los demás consanguineos, & ex vno latere tantum, y  
que la misma prelación tienen por derecho de representacion  
los hijos del hermano vtrinque conjunto, en el numer. 12. Limita  
toda esta doctrina en los mayorazgos, ibi: *Tertio limita IN MA-  
IORATIBVS NOSTRIS, secundum Gregor. Lop. in leg. 5.  
glos. fin. tit. 13. partit. 6. Avendaño in leg. 8. Taur. glos. 13. num. 15.  
Mieres dict. 2. part. quaest. 7. numer. 19. Celsum Hugon. conf. 119.  
num. 4. pro quo faciunt dicta per Cardin. Mant. lib. 8. de connect.  
ultim. tit. 13. num. 4.*

178 Ludovicus Avendaño in dict. leg. 8. Taur. glos.  
3. num. 5. ibi: *Tertio hinc deducitur non considerari eam qualitatem  
maioris coniunctionis, seu vinculi, in successione fideicommissi, SEV  
MAIORATVS A PATRVO DELATA, cum testatori, &  
non ipsi succedatur, ex traditis à Greg. in quadam subtit. fideicom-  
missaria, in dict. leg. 5. &c.*

179 Melchior Fæbus Lusitanæ Iure-Consultus tom.  
1. decis. 44. num. 13. ibi: *Secundo principaliter non contradicit, quod  
actor primo institutori, & ultimo possessori fuerit ex utroquo latere  
coniunctus; Emmanuel verò tantum ex parte patris Canonici qui  
huius laurorum familia caput fuit. Respondetur enim, quod institutor  
huius maioratus nihil aliud magis voluit, quam conservationem no-  
minis, & familia laurorum, & ad illius memoriam, & perpetuitate  
solammodo respexit, quo casu tenent omnes futilem esse, & minus  
necessariam matris coniunctionem, vel illius parentis, de cuius successio-  
ne, & conservatione non agitur, vt elegantè tenet Pelaez de ma-  
iorat. quaest. 7. num. 8. part. 2. &c.*

180 Sigue a los dos antecedentes Sousa Macedo  
Iurif-Consultus etiam Lusitanus decis. 1. num. 55. ibi: *Et simili-  
ter non dant prelaciónem ad maioratum, Mieres, & Fabus in dict.  
locis (num. 36.) nam secundum eosdem Doctores respondetur id spe-  
cialiter procedere quoniam funda ad solam agnationem, i. est, ad so-*

Q

los

los paternos consanguíneos pertinens, cap. i. versic. Ad cognatos, de  
successione fratrum in vrbibus fauor. (num. 37) item maioratus per  
unicam lineam, unde venit, Et ad conseruationem primogenitura  
ipsum deribatur in particulari forma; de qua Molina de primogen.  
lib. 3. cap. 4. num. 13. Et 14. quos fit, ut non possit verificari casus in quo  
vinculum per vtrumque parentem sit eficaz, imò semper vnum debet  
esse impertinens, &c.

181 Lo segundo, se prueba por razones invencibles  
el dictamen de todos estos Doctores, porque en los mayorazgos  
tenemos nuestras leyes especiales, las quales no corresponden à  
la successione abintestato, porque no se gobiernan por la proximi-  
dad del grado del parentesco, sino por la linea, que es la pri-  
mera observacion, y à quien ceden el grado, sexo, y edad, ve latè  
probat D. Molina lib. 3. cap. 4. num. 13. Et 14. Et cap. 6. num. 32. Et  
lib. 1. cap. 3. num. 12. D. Castillo *controvers.* cap. 93. cum adductis  
suprà num. y esta prelación de la linea la dà el nacimiento, y la  
mayoria, como lo dize la ley 2. tit. 15. partis. 2. ibi: *Mayoría, na-  
cer primero es muy gran señal de amor, que muestra Dios à los hijos de  
los Reyes à aquellos que la dà entre los otros sus hermanos; y así esta  
primogenitura que dà principio à la linea successible, la llamò  
Antonio Gomez in leg. 40. Taur. n. 85. dignitas cui est ius successio-  
nis, Et prelationi annexum quæ de iure Diuino, Et humano descendit  
impòsteros, cap. quam periculosum 7. quæst. 1. cap. significauit, de rescrip-  
tis, cap. Ioseph de verb. significat. Tiraq. de primogen. quæst. 34. n. 37.  
D. Covarrub. lib. 3. variar. cap. 5. num. 5. Giurb. de success. fauda-  
li, §. 2. glos. 8. num. 7. D. Molin. dict. lib. 1. cap. 13. num. 2. Rojas de  
incompat. 1. part. cap. 6. num. 169. Et præcipue num. 154. ibi: *Linea  
primogenitura est illa, quam sibi constituit, Et suis descendentibus qui-  
libet primogenitus S' FATIM QVOD NATVS EST, siuè pri-  
meua eius natiuitate in exclusionem secundo geniti licet præcedat in  
vita possessoris, vel ante, vel post institutionem maioratus, ex leg. 40.  
Taur. leg. 14. tit. 7. lib. 5. Recop. Y este derecho de primogenitura  
que formò la linea, y que causa derecho de representacion en to-  
dos los que descienden de ella, estan invariable, y eficaz, que no  
bastan presumpciones, ni argumentos para excluirlè, dict. leg.  
14. Et fin. ibi: *Y mando que no se succeda por representacion, expres-  
sandolo clara, y literalmente, sin que para ello basten presumpciones,  
argumentos, o congeturas, POR PRECISSAS, CLARAS, Y  
EVIDENTES QVE SEAN.* Luego la duplicidad de paren-  
tesco,**

tesco, no puede ser bastante para desvanecer el derecho de primogenitura; y que adquirió Andres, num. 5. por aver nacido primero que su hermano Pedro, num. 11. y el que en su representación adquirió su línea, y descendencia.

La razon de este fundamento, al parecer concluye, porque la duplicidad de parentesco, solo es vna prelación presuntiva, y vna calidad prelativa, que nace de concepto congetural, por presumirse mayor afección del testador en la persona que concurren duplicados vinculos de sangre, y así en los casos que la admiten los Doctores, es en las Capellanias, obras pias, y fideicomissos, en que se succede por el grado quando concurren dos en igual; que entonces, si el vno se halla con dicha duplicidad de parentesco, deve ser preferido, D. Lara lib. 2. de Anivers. cap. 3. num. 32. ibi: *Sed non immerito inter consanguineos existentes in EO DEM GRADU ille preferri devee qui duplici consanguinitatis nexu est coniunctus*, Zevallos *communium contra communes*, lib. 3. quest. 761. à numer. 69. versic. *Ex qua doctrina*, Guzman *in veritatibus iuris* 24. num. 7. & 8. Silba *de qualitatib. prelativib.* num. 30. Garcia *de benefic.* 7. part. cap. 15. nu. 22. D. Castillo 5. *controvers.* cap. 67. numer. 29. versic. *Tertio principaliter*, Francisc. Mostaço *de causis pijs*; lib. 3. cap. 7. num. 45. porque como entonces no ay razon legal de prelación, respecto de ser iguales los dos que concurren, justamente se estima por qualidad prelativa la dicha duplicidad de parentesco; y aunque no tenga el sugeto prelación de grado, tiene aquella circunstancia mas del doblado vinculo, *quod fortior ex estimatione iuris est*, del mismo modo que la edad, la literatura, el Sacerdocio, y el grado de Doctor, y otras que por presunta voluntad, dan la misma prelación; pero no aviendo igualdad de parentesco, no se admite alguna de las referidas, conque si concurriera à vna obra pia, Aniversario, ò Capellania, vn pariente ex vno latere, mas proximo al fundador, y otro mas remoto vtrinque conjunto, no huviera calidad prelativa, ni fuera del caso (*extra fratres, & fratrum filios*) sed sic est, que en los mayorazgos el que tiene la línea, como hemos fundado, no se puede dezir que es igual cõ los demás parientes vtrinque conjuntos, porque en los mayorazgos por el derecho de la representación, es mas cercano al fundador el que proviene del hermano del que nace primero, vt ex *Addendis probavimus supra numer.* Ergo *duplicitas cognationis non potest esse qualitas exclusiva lineæ.*

Ful.

183 Fulcitur hæc ratio, porque para considerarse  
qualidad prelativa à la duplicidad de parentesco, es necesario  
suponer igualdad entre los competidores, como la ay en las Ca-  
pellanias, y memorias, vinculos, ò Aniversarios en que se llama  
à parientes colectivamente, y que concurren muchos, ò muchas  
en el mismo grado de consanguinidad, que como hemos funda-  
do, son los terminos de todos los Doctores, y esta igualdad no se  
puede dar, ni considerar en los mayorazgos, porque no se defie-  
ren por cercanía del grado, sino de la linea, y así es imposible  
el formar qualidad prelativa, porque fuera darla de gradu ad  
lineam, haciendo irregular el mayorazgo contra la voluntad del  
fundador, y disposicion de las leyes, y excluir la representa-  
cion por congeturas, y por presumptiva voluntad contra la misma  
ley del Reyno, y esta fue vnicamente la razon que tuvo Dom.  
Perez de Lara, para no admitir duplicidad de parentesco en los  
mayorazgos, porque como varon tan docto, considerò que en  
las Capellanias, y memorias militava distinta razon, respecto en  
ellas no ay observacion de linea, ni se considera la prerrogativa  
del nacimiento, y fortuna de la primogenitura, que ponderò la  
ley de la Partida; y aunque conociò la fuerça de la duplicada san-  
gre, y la ponderò con todos los textos del Derecho, no la exten-  
diò à los mayorazgos.

184 Lo segundo se prueba este dictamen, no con  
menos evidencia para el caso de este pleyto, por los textos, y de-  
cisiones del Derecho comun, aunque las quisiessemos aplicar à  
los mayorazgos, porque como dexamos fundado, las Authenticas  
de Iustiniano, y la ley de la Partida, y todos los Doctores que  
con cuidado pusimos à la letra en el ingreso de este discurso, no  
admiten en la succession abintestato prelación, por razon de  
vtrinque conjuncion, mas que entre hermanos, è hijos de her-  
manos del difunto, de cuya herencia se trata; de manera que fue-  
ra destes grados, siendo sobrinos segundos, ò tios del difunto, ò  
otros qualesquiera parientes transversales, no ay prelación por  
razon de vtrinque conjuncion, y todos succeden igualmente; y  
los estiman las leyes por iguales en sangre, y en parentesco: Er-  
go, siendo como es nuestro caso fuera de los grados referidos,  
porque Andres de Vrrutia, num. 5. y Pedro Sanz de Ogirando,  
num. 11. no eran hermanos, ni hijos de hermanos del fundador,  
num. 17. ni del vltimo possedor, num. 23. quo fulchro, aut qua



rati6ne, aut qu6 fundamento legali, se podr6 excluir la representacion, ni adaptar la dicha duplicidad de parentesco, sino es que queramos fingir otras leyes, y borrar las doctrinas que las explican, y est6der esta prelati6n de parentesco para todos los grados, y lineas, contra las doctrinas, y autoridades de los primeros Padres de la Jurisprudencia, cuyas sentencias llevamos puestas a la letra, y no repetimos por no molestar.

185 Ni es de consecuencia, ni fundamento, que si viviera Pedro de Ogirando, num. 11. y Andres de Vrrutia, n. 5. formara la linea de sucesion dicho Pedro de Ogirando, por concurrir en 6l duplicada sangre, *saltem ex tacita voluntate testatoris*, porque este fundamento es falso, y destituido de derecho.

186 La razon es clara, porque Andres de Vrrutia si viviera con el dicho Pedro de Ogirando, aunque fu6ssee tio ex vno latere tantum, succediera igualmente con Pedro de Ogirando, num. 11. en la herencia regular, y abintestato del fundador de dicho mayorazgo, conque no tenia prelati6n ninguna en su concurrencia el dicho Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. y no aviendo prelati6n por la vtrinque conjunci6n, no ay rastro de fundamento, para que Pedro de Ogirando aya de formar la linea, y que se excluya a Andres, a qui6 por naturaleza, y derecho de primogenitura le compete esta prerrogativa, por nuestras leyes de Partida, y disposici6n regular de los mayorazgos de Espa6a. Ni tampoco encontramos esta congetura, 6 presumpci6n, de que el fundador por tacita voluntad, presumamos quisiese que formasse la dicha linea el hermano segundo genito, porque si las mismas leyes fundadas en razon natural, no estimaron semejante presumpci6n para deferir la herencia abintestato, mas q̄ entre los hermanos, 6 hijos de hermanos, y la excluyen en los otros grados de tios, primos, y sobrinos segundos, ces6 la causa de dicha duplicidad de parentesco; y si las leyes no hallaron esta presumpci6n para dar la dicha prelati6n a los parientes vtrinque coniuictos en la herencia abintestato, no parece que ay vestigio, ni indicio para poderla dar, sin mas fundamento que la duplicidad de sangre en los mayorazgos.

187 Esfuergasse este fundamento, porque aunque la sucesion abintestato depende de la disposici6n de derecho, y tiene por causa a la misma ley; pero toda ella se arregla a la verosimil voluntad del difunto, y se gobierna por aquellos principios

pios naturales, que son conformes à la razón; porque en substancia faltando el testamento, y vltima disposicion, la ley misma le suple, defiriendo la succession ex verosimili defuncti voluntate, *leg. conscriuntur* 8. ff. de iur. codicil. *leg. quidam referunt*, ff. eodem tit. *leg. cum Patrono*, ff. de honor. possess. *secundum Tabulas*, Menoch. lib. 4. de presumpt. 27. *Surd. conf. 572. numer. 62. cum sequentibus*, lib. 4. *Dom. Castill. controvers. tom 6. cap. 158. pene per tot.* De que se infiere, que si en la succession abintestato fuera de los hermanos, la ley no presumió que la vtrinque conjuncion era qualidad prelativa para la dicha succession, reprobò notoriamente esta congetura; porque de otra forma, si fuera natural, y conforme à la voluntad del difunto, y derecho de sangre, huviera dado la dicha prelación à todos los parientes que la tuviesen, sed sic est, que no la concede, ni la concedió à los tios; luego Pedro Sanz de Ogirando, nunca tuvo derecho, ni le pudo tener representable; ni transmisible.

188 Lo tercero, porque los mayorazgos en todo à quello que no se oponen à sus observaciones, se gobiernan, y rigen por las reglas de la succession abintestato, y se defieren por ella, *ex leg. fin. C. de verb. signific. glos. in leg. cum ita legatur, §. in fidei commisso*, verb. *Moreretur*, ff. de legat. 2. *Alex. Ruynus, & alij Doctores*, laudati à *D. Molina lib. 3. de primogen. cap. 9. numer. 11. D. Solorzano de iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 17. numer. 16. Rojas de incompatibilis. maiorat. 1. part. cap. 6. num. 263. Fuffar. de substit. quest. 79. num. 16. §. quest. 48. num. 1. §. quest. 484. num. 11. Gam. decis. 206. num. 25.* sed sic est, que Pedro Sanz de Ogirando, ni su linea, respecto del fundador, ni del vltimo poseedor, en la succession abintestato no tuvieron, como hemos fundado, calidad prelativa alguna, en competencia del dicho Andres de Vrrutia, numer. 5. aunque fuessse vtrinque conjunto (como ya dexamos probado repetidas vezes) sino que fueran iguales en dicha succession; luego se convence con evidencia, que la dicha vtrinque conjuncion, no puede servir de nada en el caso presente, como no sirviera, ni sirve para la succession abintestato.

189 Sin que se pueda replicar, que Pedro Sanz de Ogirando, num. 11. à quien quieren representar la dicha Doña Juana, y cuya linea afirman tienen la dicha calidad prelativa, si compitiera con el dicho Andres de Vrrutia Ogirando, por lo menos succediera igualmente, y que esso le basta para que for-

masse

masse dicha linea, y causasse el derecho de representacion; porque esta replica es inconsequente, y no prueba nada à favor del dicho Pedro Sanz de Ogirando, y sus descendientes, porque no les basta el que dicho Pedro de Ogirando, num. 11. succediesse abintestato igualmente con el dicho Andres de Vrrutia, para causar derecho de representacion, no teniendo calidad prelativa que excluyesse al dicho Andres, num. 5. La razon es clara, porque concurriendo los dos igualmente en dicha succession abintestato, es preciso huviesse de preferir el que tuviesse la linea à su favor, respecto de que entonces por no ser divisible la successiõ, era inevitable recurrir à las observaciones, y reglas privativas de los mayorazgos, y deferirla en igualdad de grado al mayor, que se hallasse con la linea. Porque en este caso cessava la dicha succession regular, como quando compiten dos hermanos, los quales, aunque abintestato sean iguales en la succession, la lleva el mayor.

190. Y si se replica, que Doña Juana, y consortes, no quieren succeder por el derecho de representacion de su ascendiente dicho Pedro de Ogirando, num. 11. sino es por su propria persona, y como parientes mas cercanos vtrinque conjuntos, desvanecen totalmente todo su intento, porque les se responde con lo que dexamos fundado en el articulo antecedente, ser falso el que tenga proximidad de grado successible en los mayorazgos, porque en ellos, como latamente discurremos, por su especial essencia, y naturaleza, no se estima el grado en competencia de la linea, porque por el derecho de la representacion le tiene Don Pedro de Vrrutia, porque la ley le subroga en el mismo grado, y lugar, que tuviera Andres de Vrrutia, num. 5. si viviera, por la fuerza, y eficacia de dicha representacion, segun la disposicion de la ley de Partida, de Toro, y del Reyno, conque la dicha duplicidad de parentesco, y proximidad del grado por su persona, no le puede aprovechar à la dicha Doña Juana, y consortes; respecto de que ni el grado, ni la qualidad referida dan ventajas à la linea; y pretenderla formar ella de nuevo, es un absurdo notorio, que le dexamos convencido con todos los Doctores mas graves de nuestra Jurisprudencia.

191. Lo quarto, por las disposiciones de los textos *in cap. unico, in princip. Et §. fin. de success. f. aucti, cap. unic. de successio- ne fratrum, vel gradibus succedentium in f. aucti, en cuyos textos se deci-*

decide, que en la materia feudal no se dá prelación por la vtrina que conjuncion, & est communis resolutio Doctorum, vt docet Baldus in dict. cap. vnic. num. 1. § in leg. 1. nu. 1. Cod. de legit. hered. § conf. 304. num. 3. volum. 2. ex Tirag. Alexand. Cafaneo, Parisio, Curtio, & alijs Menoch. conf. 498. num. 13. § 22. Rosental de feudis, cap. 7. conclus. 57. D. Lara dict. cap. 3. num. 36. Salcedo dict. lib. 2. de representat. cap. 21. num. 10. cum alijs adduct. à Rojas cap. 6. num. 255. Giurba de feudis. §. 2. glos. 13. num. 30. Y en todo aquello que no se oponen los feudos à los mayorazgos, vale el argumento, y tienen eficacia las decisiones, y textos feudales, D. Molina de primogen. lib. 1. cap. 7. n. 5. versic. Pro vera, plenissimè D. Castill. tom. 6. controvers. cap. 141. nu. 12. D. Valenz. conf. 113. num. 49. tom. 2. Mieres de maioratib. 2. part. quæst. 6. num. 20. optimè D. Solorc. de iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 1. num. 80. vbi infinitos D. Vela dissertat. 49. num. 21.

192

Lo quinto, porque lo mismo procede en los fideicommissos de los transversales, vt docet Castrensis in leg. 1. num. 2. Cod. de impub. substit. Aretin. in leg. Lutius, num. 6. post mediam, ff. de vulg. & ibi Iason num. 3. in fin. Crasus de successione in §. fideicommissum, quæst. 12. num. 6. Surd. conf. 31. num. 15. cum seqq. tom. 1. Menoch. conf. 841. per tot. Mantie. de coniect. vltim. lib. 8. tit. 13. num. 7. Peregr. de fideicom. art. 20. num. 12. Fachin. controvers. cap. 87. toto, Grac. discept. 661. à nu. 1. Bellon. de iur. accrescendi, cap. 5. quæst. 56. num. 15. Barry de successione lib. 7. tit. 3. sub num. 1. Buratus decis. 772. numer. 7. vbi eius Additionator Ferentil, Marinis resolut. iuris, lib. 2. cap. 216. num. 21. Y tampoco se puede dudar, que de los fideicommissos de sangre, à los mayorazgos, sus textos, y decisiones hazen argumento, y consecuencia, porque en substancia los mayorazgos son vnos fideicommissos de sangre, vt notavit D. Palacios Rubios in cap. per vestras de donat. inter num. 3. 4. § 5. Peralta in leg. 3. §. qui fideicommissum, ff. de hered. instit. num. 91. D. Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 1. num. 7. Parlador. lib. 3. different. 18. D. Castill. controvers. 5. cap. 65. num. 84. § cap. 89. num. 44. Addent. vbi supra, ad dict. nu. 7. D. Vela dict. dissertat. 49. num. 24.

193

Sin que sea de consecuencia el responder à estas doctrinas, que hablan en feudos, y fideicommissos de agnación, en los quales, como se atiende à la calidad agnaticia, no se tiene consideracion el parentesco de parte de madre, ni la vtrinque

con

conjuncion es calidad relevãnte para causar prelación; y porque en semejantes disposiciones agnaticias, vnicamente predomina la voluntad, y no se arreglan à la disposicion de derecho comùn, y sucesiones abintestato: porque aunque concedamos, que el feudo, ò fideicommissio sea agnaticio, no por esso cessa la fuerza del argumento, respecto de que concurriendo dos agnados, y hallandose el vno ex vno latere tantum, y el otro con la duplicidad de parentesco, en entrambos se verificava la calidad agnaticia, y si fuera calidad prelativa la dicha vtrinque conjuncion, y duplicidad de sangre, no huviera fundamento legal para que no se atendiesse, verificandose en entrambos la voluntad del fundador, sed sic est, que vemos que en semejantes fideicommissos, y feudos, no se prefiere el vtrinque conjunto: Luego inferese, que la razon vnica consiste, en que la dicha qualidad no es prelativa en los dichos feudos, y fideicommissos de sangre.

§. Primo.

*Satisfacese à los fundamentos contrãrios?*

194 Mas claro serà nuestro derecho, con la respuesta que tenemos prevenida à los motivos que se representaron por parte de Doña Juana, y consortes, que vnicamente se reducen à los que propuso D. Hermenegildo de Rojas *de incompatibilit. maiorat. dict. 1. part. cap. 6. in §. 17. à num. 254.* y porque procedamos con claridad en esta question, que solo este Doctor motiva, para reconocer si sus doctrinas en el caso que èl disputa, y en el presente ( que es distinto, y totalmente diverso ) propondrèmos la disputa conforme se contiene en el §. referido.

195 Dize pues Rojas, que entre las questiones que se le ofrecieron discurrir, y disputar, sobre la sucesion de los transversales en los mayorazgos, fue *utrum præferatur, qui fuerit ex linea transversali fratris minoris vtrinque coniuncti, vel ille ex linea transversali fratris maioris consanguinei tantum; in successione maioratus INSTITUTI PER EORVM FRATREM.* y pone el exemplo, que vn fundador tenia dos hermanos: El vno menor; pero ex vtroque latere de parte de padre, y madre: Y el otro consanguineo, & ex vno latere tantum, llamó à la successiõ

S à

à sus hijos, y descendientes con las clausulas regulares; murió el dicho fundador sin sucesion legitima, y entraron à competir los dos hermanos, el vtrunque conjunto menor en dias, y el consanguineo mayor: Pregunta Rojas, qual de los dos, y su linea aya de ser preferido.

196 En esta duda entra desde el num. 255. proponiendo los fundamentos, y Doctores que defienden, y asisten al hermano mayor, dandole la prelacion en la sucesion del dicho mayorazgo, y propone algunos de los que dexamos prevenidos, que concluye en el num. 261.

197 En el numer. 262. dize, que en la especie propuesta re vera tenendum est, se deve preferir el hermano vtrunque conjunto menor, al hermano mayor, ex vno latere, y toda su linea, lo qual dize que se prueba por los fundamentos siguientes.

198 El primero, y principal, porque quando no ay especial providencia de la ley, y del testador que lo impida, es regla inviolable, que aquel deve succeder en el mayorazgo, que tiene el derecho de succeder abintestato al fundador, ò al vltimo poseedor de èl; ex doctrina glossæ, verb. *Moreretur, in leg. cum ita* 32 § *in fideicomiso*, ff. de legat. 2. Gamma decis. 206. n. 25. Pereyra decis. 5. num. 4. D. Molin. lib. 3. cap. 9. nu. 11. D. Solorç. tom. 2. lib. 2. cap. 17. num. 16. Fuffar. & alij Doctores ab eo laudati, y que no aviendo duda de que por derecho comun, en la sucesion abintestato se prefiere el hermano vtrunque coniuñcto, ex dict. *Aurhent. cesante*, Cod. de legitim. heredib. & ex dicta leg. 5. tit. 13. partis. 6. cum iuribus à nobis supra traditis, se infiere por legitima consequencia, que se deve preferir el dicho hermano menor vtrunque conjunto, y su linea en la sucesion del mayorazgo, porque el fundador devemos presumir que se conforma siempre con la disposicion del Derecho Comun, ex leg. *heredes mei*, § *cum ita*, ff. ad Trebellian. & ibi Bartul. & Bald. Alexand. Ripa, & communiter Scribentes, &c.

199 Este es en suma el fundamento principal, que propuso este Doctor para preferir al hermano menor vtrunque conjunto, y à su linea, y descendècia; y aunque à nosotros no nos haze mucho al caso (como despues diremos) mirandole à las luzes de la verdadera lurisprudencia, peca tanti viri; peca en los principios legales, porque aunque no dudamos ser cierta la doctrina, de que quando no ay especial providencia de la ley, ò del fun-

fundador, se deva suceder en los mayoreszgos por las reglas de la succession abintestato, y que es cierta la doctrina de la glosa *in dict. leg. cum ita. §. in fidei commisso*, que refiere D. Molin. *dict. cap. 13. num. 11*. D. Solorzano, y los demás; pero lo que negamos es, que absiente Rojas llanamente, que en el caso presente no aya especial providencia de la ley para los mayorazgos, contraria à la succession abintestato, quando la tenemos en la ley de la Partida, y en las leyes de Toro, y del Reyno, por las quales, como hemos fundado, se dà la prelación à la linea, y la forma aquel que nace primero, como el mismo Rojas lo confiesa con las mismas leyes, explicando la linea de primogenitura en el §. 13. *num. 154*, que pusimos à la letra suprà, en nuestros fundamentos, cuya observacion, no solo milita en los descendientes, sino tambien en los transversales, *ex dict. leg. 40. Taur. 65 ex dict. leg. 14. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* y lo conoce el mismo Rojas en el §. 18. tratando de la linea de los transversales, *num. 285*. à donde afirma, que el hermano mayor por las mismas leyes del Reyno, aunque aya muerto en vida del possedor, constituye linea de succession para excluir à los descendientes del hermano menor, y que finalmente la linea de primogenitura se lleva el derecho de la representacion, como latamente fundamos en el tercer articulo deste discurso legal.

De que se infiere, ser incierto el que no aya especial providencia de la ley, y el que ayamos de recurrir à la succession abintestato por falta de disposicion especial, porque nadie versado en la Jurisprudencia ignora, que la primera regla de los dichos mayorazgos, es la linea, y que à ella se sujetan, y ceden las regulares de la succession abintestato, como son la cercania del grado, y las demás que juntò Dom. Molina *lib. 3. cap. 4. nu. 133* & *ibi eius Addentes*, & *communitèr omnes Doctores Hispani sic statunt adque defendunt, ergo stante tali providentia iuris Hispaniè recurrendum non est ad regulas successions abintestato*, y no se deve creer, ni presumir, que el fundador de el mayorazgo se conformasse con las reglas de succession hereditaria, sino con aquellas que predominan, y rigen el acto que se executa; y assi quando estamos en duda de la especie de succession que dispuso el fundador, siempre se interpreta la voluntad, de forma que no discrepe de las reglas dispuestas por nuestras leyes de Partida, y de el Reyno, y sus observaciones regulares, Anton. Gomez *in leg. 40.*

Taur.

Tapr. num. 59. versic. Ex quibus noviter, & num. 64. versic. Sed  
in hoc articulo, D. Covarrub. lib. 3. variar. cap. 5. num. 1. D. Molina  
lib. 1. cap. 3. ex numer. 5. Avendaño in dict. leg. 40. Taur. glos. 1.  
num. 29. & glos. 10. numer. 3. D. Castill. contravers. tom. 2. cap. 22.  
num. 1. & tom. 3. cap. 12. num. 70. & tom. 5. cap. 37. & tom. 6. cap. 145  
in princip. & in §. vnic. à num. 2. Hermosilla in leg. 44. tit. 5. part. 5.  
glos. 5. num. 15. Nogueroles allegat. 9. nu. 14. 15. & 59. & allegat. 25.  
num. 104. D. Vela disertat. 49. num. 38. versic. Qui nimo inspecta  
receptissima Hispania consuetudine, que todos vniformemente  
conviene, que quando el fundador no haze llamamientos, y  
funda mayorazgo, es visto arreglar se à los que se disponen por  
nuestras leyes, y no à los de la succession abintestato; porque fue-  
ra materia ridicula ocurrir à la succession del Derecho Comùn, y  
hereditaria, dexando la linea, que es la peculiar de los mayoraz-  
gos, y la representacion in infinitum del que la formò, y esto no  
lo dize la glossa, ni el señor Molina, ni Dom. Solorçano, ni todos  
los demás Autores que el cita, que hablan en los terminos de que  
no se alteren las dichas reglas próprias de dichos mayorazgos;  
exempli causa, como para que el nieto en la misma linea no se  
prefiera al padre, ni el viznieto al nieto, & sic deinceps, porque  
en la misma linea ay capacidad de observarse el orden de succe-  
der iure hæreditario; pero llegando à querer excluir la linea pri-  
mogenita, cessan las Authenticas de Iustiniano, conque tambien  
se desvanece el fundamento referido, negando, como hemos di-  
cho la vassa de el.

Sed sine præiudicio veritatis, y concediendole  
à Rosas todo quanto quisiere, y supone en su fundamento, por  
su propria doctrina hemos de convencer la Justicia que nos as-  
siste para este mayorazgo, porque quando sea cierto que la linea  
del hermano vtrinque conjunto se prefiera, aunque sea menor à  
la del primogenito consanguineo, segun las disposiciones de di-  
chas Authenticas cesante, Cod. de legitim. hered. y demás textos ci-  
tados, y que aquella duplicidad de parentesco cause el derecho  
de prelación, y de representacion à toda la dicha linea, esto no es  
adaptable à nuestra question; porque no estamos en terminos de  
hermano vtrinque conjunto, ni tampoco de lineas de hermanos  
del fundador, porque dicho Andres de Vrrutia, num. 5. y dicho  
Pedro Sanz de Ogirando, numer. 11. no fueron hermanos, sino  
hijos de dicho fundador, los quales, como fundamos en el discurso  
de



de este artículo; no tienen prelación abintestato para suceder ellos, ni toda su línea: y así por el mismo fundamento de Rojas se haze manifesta la justicia de Don Pedro.

202 La razon es invencible, porque si Rojas se mueve para dar la prelación al hermano, vtrunque coniuñcto menor, y à toda su línea; porque este fuera preferido en la successión hereditaria abintestato, si *incurrera* con el hermano mayor ex vno latere, y que aquel deve formar la línea, que tiene la asistencia de derecho, en el caso presente que Pedro de Ogirando, num. 11. no tenia derecho de prelación alguna abintestato, como podia Rojas darle à él, y à su línea semejante prerrogativa? porque le falta el arrimo, y la sombra que tienen los hermanos vtrunque coniuñctos para dar principio à la successión, y formar cabeza representable para todos sus descendientes; y así, mientras no verifica re Doña Juana, y demás consortes, que Pedro de Ogirando su causante, en la successión abintestato, y hereditaria, tuviese prelación à Andres de Vrrutia, y su línea, en vano sus Abogados se valen desta doctrina.

203 El segundo fundamento de Rojas, se reduce à fundar desde el num. 266. que siempre se deve preferir en la successión del mayorazgo la persona mas amada del fundador, y la línea mas predilecta. Cuya predilección, procede del orden de la sangre, y que segun ella se ha de regular la successión, como lo asientan Zevallos, *quæst. 778. à num. 33.* Petrus Surd. *cons. 244. num. 2.* Alexand. Raudens. *cons. 1. num. 95.* D. Castill. *lib. 5. controuers. cap. 67. num. 29.* cuyo assumpto, dize, que se persuade de la razon de decidir à la *Auth. casante, Cod. de legit. hered.* en la qual el hermano vtrunque coniuñcto, se prefiere al consanguineo, por ser el vinculo duplicado de sangre, y que deve obrar con mas eficacia, *cum duplex vinculum fortius legit, ex leg. penult. §. si verò, ibi: Quia in vnâ personam concurrunt, & naturalia, & adoptionis iura, Cod. de adopt. §. sed odie, vbi gloss. verb. iura institut. ead. tit. leg. si domus 20. ff. de seruitutib. rustic. prad.* y que por este axioma, resuelven los Doctores muchas quæstiones de derecho, que se recopilan en el num. 268.

204 Concluye este fundamento en el numer. 269. ponderando el lugar de D. Castill. *lib. 5. controu. cap. 67. num. 29.* à donde hablando de vnâs memorias, y fundacion ad pias causas para casar huérfanas, pone siete fundamentos à favor de vna pa-

rienta, que era vtrinque coniuñcta con el fundador, y assegura  
procede lo mismo en los aniverfarios, y fideicomifos perpetuos  
de que infiere Rojas, fe deve observar lo mismo en los mayoraz  
gos instituidos por el vtrinque coniuñcto; y todo lo dicho afir  
ma procede en el num. 270. en la hermana ex vtroque latere, la  
qual concuriendo vn hermano varon ex vno latere tantum: aun  
que tenga contra si las reglas de la linea, y el sexo, es tanta la fuer  
ça de la vtrinque coniuñction, y doblado vinculo, que siempre  
deve vencer.

205 Las doctrinas que contiene este fundamento, las  
reconocemos, y confessamos por ciertas; pero lo que siempre he  
mos dudado, es el que correspódan, y se apliquen à los mayoraz  
gos de España: porque aunque es verdad, que en las fuccesiones  
abintestato entre hermanos, è hijos de hermanos se prefiera el  
vtrinque coniuñcto; y que en las Capellanias, y dotaciones con  
curriendo dos parientes en igual grado, tenga la misma quali  
dad prelativa el que se halla cõ doblado vinculo, y que esto mis  
mo proceda en los fideicomifos perpetuos, y vinculos, que no se  
regulan, ni tienen llamamientos ad instar maioratus, y en los re  
traçtos de sangre por la razon que ponderamos en nuestros fun  
damentos, de que hallandose dos parientes en igual grado, avien  
do de ser vno el que aya de llevar la dotacion, ò Capellania, fidei  
comiffo, ò aniverfario, y que no tiene mas el vno, que el otro,  
por hallarse en vn mismo grado, entonces se prefiera el que tie  
ne duplicidad de parentesco por el doblado vinculo, es muy cõ  
forme a los principios de Derecho, como lo reconocen D. Lara,  
Pascual, Scacia, D. Castillo, Mieres, Garcia, Mostazo, Silva, Ma  
rio Antonino, y todos los demàs que cita Rojas, num. 268. y cita  
mos nosotros, (*supr. num.*) pero en los mayorazgos en que el  
pariente vtrinque conjunto, nunca tiene igualdad, ni la puede te  
ner con el que se halla asistido de la linea, y su representacion,  
son applicables.

206 La razon desta diferencia, es à nuestro entender  
concluyente, si miramos la naturaleza de el mayorazgo, por la  
qual se estima el que tiene la linea mas cercano en sangre con el  
fundador, aunque el vtrinque conjunto, y otro qualquiera tenga  
mas proximidad de grado, como lo dixeron admirablemente  
los Addicionadores à D. Molin. *lib. 3. cap. 8. num. 11. versic. Se  
cunda verò sententia*, à donde tratando aquella celebre question,  
de

de que llevamos hecha mención, sobre si quando el fundador de el mayorazgo llama al pariente mas cercano fuyo, se excluye la representacion, y se deve preferir el que tiene à su favor el grado al que se halla con la linea en mas remoto: la refuelven con la doctrina del Padre Molina, Avendaño, Gutierrez, Robles, Farinacio, Fufario, y otros à favor de la linea, afirmando, que el que se halla en ella, tiene la proximidad de sangre, y quantas prerrogativas se pueden desear para suceder, ibi: *Et quod vocato proximiori censetur vocati illi omnes qui ordine prescripto successionis proximiores sunt. Nec aliud est dicere succedas proximior quam exprimere qualitatem, quæ de essentia, et natura successiones maioratus in successore debet in esse: quæ verba intelligenda sunt secundum ius Regni, nempe de proximo cognato, iuxta in ordinem in hoc Regno prescriptum ad succedendum in maioratibus, id est, de primogenito in primogenitum, ET DE PROXIMO PER REPRESENTATIONEM IUXTA EADEM REGNI DISPOSITIONEM.*

De manera, que la qualidad de la vtrinque conjuncion, no puede tener privilegio alguno; porque sin embargo de que al pariente vtrinque conjunto, le ayamos de considerar con doblado vinculo, como este no puede preponderar à la cercania, que causa la representacion por la disposicion de nuestras leyes del Reyno, y naturaleza peculiar, y propria de los mayorazgos, es inutil, y impertinente, y no es de consecuencia: Y porque lo demostramos con evidencia, supongamos que en vna dotacion, obra pia, ò Capellania, concurrifse vn pariente mas cercano del fundador, con otro mas remoto en grado que fuesse vtrinque conjunto, y se hallase con duplicado parentesco; en este caso, ninguno de los Autores da prelación al remoto, aun que se halle con dicho duplicado vinculo, porque todos admiten esta qualidad prelativa aviendo igualdad de grado, ant naturalmente, aut per representationem; sed sic est, que en los mayorazgos, nunca puede tener igualdad el vtrinque conjunto de linea inferior, aunque estè en grado mas cercano con el fundador en competencia del que tiene la linea, porque este, como dizen los Adicionares, *ex dispositione legum Regni proximior sanguine est*, porque la primogenitura causa la proximidad legal, como lo conoce tambien el mismo Rojas 1. part. cap. 8. numer. 25. ibi: *Primogenitus licet in pari gradu cum fratre tertio genito proximior fratri sangu-*

*gundogenito repotatur, ut probatur, in leg. 2. tit. 15. part. 2.* Ergo, si el derecho de la primogenitura que forma la linea, constituye, y causa esta proximidad; de manera que el grado no la constituya; inferesse, que nunca puede la duplicidad de parentesco vencer à la linea, porque no concurre con ella con igualdad, que es lo que era necesario para que se adaptasen al caso presente las doctrinas de los Doctores referidos.

208 Y por esta razon, Doctores tan graves, como D. Lara, Robles, Mieres, Avendaño, y los que llevamos citados, sin embargo, de que reconocen la fuerza de la duplicidad de parentesco en las Capellanias, y obras pias, y en las herencias abintestato en igual grado, sive verè, sive representativè: Y que tuvieron delante de los ojos todos los textos, que se citan en contrario por no se poder adaptar à la naturaleza del mayorazgo, y considerãdo la eficacia de la linea, y que siempre en el que la tiene avia mayor cercanìa de sangre, despreciaron justamente semejante qualidad; y gobernados por dichos principios, defendieron no ser aplicable al caso de la sucesion de los mayorazgos de España.

209 Procurã coadjubar su intento Rojas en el número referido 269. con la autoridad de D. Castell. *dist. cap. 67. n. num. 39.* à donde tratãdo de las memorias que fundaron Gaspar Ruiz de Montoya, que es el caso que da motivo à la cõtroversia, concurren dos parientas à pedir la dotacion que estava vaca entrambas à dos en vn mismo grado; porque la vna, y la otra, eran hijas de prima hermana de la madre del fundador: pero la vna, que se llamava Doña Paula Bravo, provò ser tambien parienta por parte de padre de dicho fundador, à cuyo favor se decidió la causa en el Senado de Sevilla, por la autoridad de D. Lara, Zevallos, Garcia, y los demàs que llevamos citados; à cuyas doctrinas aña de siete fundamentos, que discurre hasta el n. 30.

210 Este lugar nos pudiera dar muy poco cuydado por lo que tenemos ya dicho, respecto de ser materia de memorias, y entre parientas de igual grado, y solo nos le pudiera causar el ver que en el septimo fundamento, y el versic. *Denique*, refiere en defensa de esta decisïon à Mieres 2. part. de *maiorat. quest. 7. sub numer. 6.* assentãdo, que este Doctor afirma que procede lo mismo en los mayorazgos, y alegãndole como le alega, generalmente se puede inferir subscribe su dictamen.

Pero

211 Pero mirando vno, y otro Autor à la letra, no favorece nada à la opinion de Rosas; porque lo que resuelve Mieres, y con el D. Castillo, no es aplicable à nuestro caso: dizen pues estos Doctores, para esforçar la qualidad prelativa de la duplicidad del vinculo, entre parientas iguales en vn mismo grado; que si vn fundador de vn mayorazgo llamase à dos parientes de manera, y con tales clausulas, que huviesse duda qual de los dos tenia llamamiento en estos terminos, aquel devia ser preferido; que se hallase asistido de derecho, y de voluntad, al que solo tuviesse à su favor la voluntad: Las palabras de Mieres, son las siguientes, que corresponden en la nueva impresion al num. 10. ibi: *Ex his etiam infereram conclusionem (videri meo) valde singularem, quod si ad sit contentio inter duos pro successione alicuius maioratus, & dubium sit, quis sit vocatus, QVIA AMBO FORSAM APPARENT VOCATI PER TESTATOREM debet in successione praeferri ille qui secundum iura, & dispositionem testatoris vocatus apparet: & est anteponeendus ei, qui solummodo ex testatoris dispositione vocatus est: quia pluribus vinculis copulatus est.* Las mismas palabras con poca diferencia refiere D. Castillo, aunque con alguna generalidad, y extension, para probar, que en igual grado deve ser preferida la parienta vtrinque conjunta, en la dotacion de dichas memorias.

212 Y todos estos lugares, no califican, ni sufragan la prelación del vtrinque conjunto, en competencia del pariente que tiene la linea; porque el que Mieres en los terminos que pone diessse prelación al vtrinque conjunto, es muy conforme à razon; por ser caso muy diverso, por suponer, como supone, que los dos parientes tuviessem igual llamamiento, de manera que al vno, y al otro le asistiesse la voluntad del fundador, y solo se dudasse quié avia de ser preferido, ibi: *Et dubium sit, quis sit vocatus, quia ambo forsam apparent vocati,* y como alli no avia prelación de la linea, porque entrambos se hallavan con llamamiento literal, y la duda consistia respecto de aver de ser solo vno el successor, à qual de los dos se avia de deferir el mayorazgo, en esta duda, y controversia non est mirandum, el que se prefiera aquel que tiene la voluntad, y juntamente alguna qualidad prelativa, como la duplicidad de parentesco, porque no aviendo por la disposicion, fundamento para darle el mayorazgo al vno mas que al otro, y no pudiendo rastrear de la voluntad, quien de los dos

V. qui:

quiso el testador preferir: para dar éxito à dicha disposicion dudosa, es muy razonable el recurrir à vna qualidad prelativa aprobada por el Derecho para otros casos de la misma especie.

213 El exemplo de la doctrina de Mieres, es dificultoso el ponerle en practica, y le tenemos por casi imposible, y así el mismo le dificultò, y le tuvo por muy irregular, y le significò con aquella dición *forſam*, que fue lo mismo que dezir, que si por algun accidente, ò acaso succedieſſe el que dos tuvieſſen llamamiento à vn tiempo; y esto pudiera succeder en diferentes clausulas, como si en vna llamasse à Pedro à la ſucceſſion del mayorazgo, y en otra llamasse à Iuan à la misma ſucceſſion, y no pudiéſſemos distinguir con claridad à quien de los dos huvieſſe querido anteponer, entonces como no ay linea que conſtemplar porque esta se ha de formar, y tener principio de el primer llamado, y aviendo llamamiento expreſſo, es la primera obſervacion la voluntad, merito en esta duda, se deve determinar lo mismo q̄ en las Capellanias, obras pias, y demàs casos en q̄ como hemos dicho, es qualidad prelativa la vtrinque conjunciò; pero quando no ay duda en los llamamientos, ò quando han ceſſado los expecificos del fundador, como en estos casos tiene la ley dada la forma de prelation por la calidad de la linea, no se puede aplicar el caso de Mieres, porque no ay duda, ni la pude aver quando tenemos la ley de la Partida; y las demàs de el Reyno que la deciden.

214 Como en nuestro caso lo podemos demostrar, porque el llamamiento de parientes mas cercanos, como dexamos fundado en el articulo tercero, y en este repetidas vezes, no es caso dudoso ya; por las repetidas deciſiones, que han estimado ser aquel que tiene à su favor la linea, por ser mas cercano, exſtimatione iuris; luego ſino aviendo duda entre los dos llamados en el ſentir de Mieres, no militarà la prelation de la duplicidad de parentesco, y es conſequecia infalible, que este lugar, y doctrina, no solo no es contrario; pero antes bien à contrario ſenſu, es todo à nuestro favor.

215 Vltimamente trata Rojas de limitar su ſentencia en el numi. 273. y llevando el mismo tema de los hermanos; y su linea, dize lo primero, que su ſentencia no procediera. Lo primero, quando la duplicidad del parentesco no proviene de parte del fundador, ſino respecto del vltimo poſſeedor. La segunda;

quan-

quando el m̄ayorazgo fuesse irregular, y de agnacion, en cuyos terminos afirma, que el hermano vtrinque conjunto no tendrá prelación alguna à la semejança de los feudos, y que será impertinente, è inutil la dicha qualidad duplicada. La tercera, quando expressa, ò tacitamente el fundador del mayorazgo llamò igualmente à los dos hermanos, *quia tunc cum vterque frater succedere possit frater vtrinque coniunctus minor non praesertur maiori consanguineo*, ex Peregr. Surdo, & Fuffario.

216 De estas tres limitaciones en que se restringe Rojas, solo son dignas de reparo las dos vltimas para nuestro caso, porque en quanto à la segunda, de que en los mayorazgos de agnacion, ò irregulares, no se aya de atender à la duplicidad de parentesco, y que en esta especie de mayorazgo sea impertinente, se ofrece luego la dificultad à los ojos, porq̄ quando concurren dos hermanos agnados, vno consanguineo mayor, y otro vtrinque conjuto, en entrambos se halla la calidad q̄ pide el fundador, por ser vno, y otro agnado, y además de ella la duplicidad de sangre en el que tiene la duplicidad de parentesco, igitur, si en este caso no causa prerrogativa la vtrinque conjuncion, en el sentir de este Autor parece que en ninguna otra especie de mayorazgo, y que con su misma limitacion se convence Rojas.

217 La razon es al parecer concluyente, porque aunque en los mayorazgos de agnacion, ò masculinidad predominan las qualidades agnaticias, ò de varonia; pero nadie ha dudado, que entre los mismos agnados se observa la prelación de la linea, representacion, y mayoría, y otras regulares, y así si el vltimo poseedor dexasse de vn hermano mayor descendientes varones de varones, estos serian preferidos absque dubio à los descendientes varones del hermano menor, porque solo en el mayorazgo irregular se sale de las reglas de sucesion ordinarias, quando no se halla en la linea del vltimo poseedor la qualidad que pide el mayorazgo; de que se convence, que si en el mayorazgo de agnacion hemos de observar la disposicion de derecho, todas las vezes que no se altera el concepto de la voluntad de el fundador, parece que en este caso por los mismos fundamentos de Rojas que èl refiere, para admitir la vtrinque conjuncion, *dict. §. 17. numer. 263.* se devia preferir el agnado vtrinque conjunto; porque además de la qualidad agnaticia, tenia todos los requisitos, y congeturas de la voluntad, que èl mismo pone en los demás mayorazgos regulares. Cou-

Convénese esta misma limitación, con la sentencia que él aprueba en el mismo *cap. 6. num. 36.* à donde afirma (tratando de la linea de agnacion) que si vn fundador de vn mayorazgo llamasse à sus agnados mas cercanos, y cõcurriessen dos, el vno mas proximo al vltimo poseedor por vna hembra agnada; pero mas remoto *per virilem, & rigurosam agnationem,* y el otro mas cercano, *ratione agnationis,* afirma, que el agnado mas remoto *ratione agnationis,* deve ser preferido, por hallarse mas proximo por la hembra, cuya opinion refiere ser de Alvaro Velasco, Fuffario, y Barbosa, à quienes cita, ibi: *Quid iuris, quando institutor vocavit proximiorum agnatum, & eveniat, quod ex una parte contēdat agnatus remotior, attamen proximior ex eo quod descendat à femina eiusdem agnationis: quod contingit quando femina est nupta vni de sua agnatione, & ex altera alius agnatus qui per virilem sexum sit proximior, an successio maioratus ad agnatum remotiorum, attamen per feminam factum proximiorum, vel ad alium proximiorum agnatum pervenire debeat; & eam resolvunt in favorem agnati descendenti à femina proximiori.* Veget. *conf. 63.* Alvar. *conf. 86. 87.* Fuffar. *quæst. 357. n. fin. & conf. 18. & 19.* Barb. *appellat. 13. verb. Agnati, num. fin.*

De cuya doctrina se infiere, que entre los mismos agnados diò prelación este mismo Autor al pariente mas cercano por parte de hembra, aunque mas remoto por parte de varon, y de linea agnaticia inferior. Y no pudo ser otra la razon, mas de que concuriendo dos que tuviessen la qualidad agnaticia, aquel se estimasse ser preferido que tenia la proximidad de la sangre, aunque fuesse por hembra, y se hallava tambien con la qualidad de agnado, aunque mas remoto: Ergo, en los mayorazgos de agnacion prepondera en el dictamen de Rojas la sangre, aunque sea por hembra; y assi se desvanee con evidencia la dicha limitación, y que si este Doctor en los mayorazgos irregulares, no estima la duplicidad de parentesco por qualidad prelativa, tampoco la devid estimar en todos los demás.

La vltima limitación de Rojas, que se reduce à la congetura de llamar à vnos, y à otros parientes, ex vno, vel ex duplici latere, la tenemos à nuestro favor: Lo vno, porque el llamamiento que se disputa es el generico, y vniversal de parientes de parte de padre, ò madre, y quando el llamamiento es assi general, y absoluto, se comprehenden vnos, y otros, *leg. Iur. Con-*



*subl. §. secundo gradu. ff. de gradib. ibi: Frater quoque per utrumque parentem accipitur, id est, aut per matrem tantum, aut per patrem tantum, aut per utrumque, id est, ex utroque eodem parente,* y en el llamamiento individual de parientes, lo dize expecificamente el texto *in leg. fin. ff. ad Senat. Conf. Treb. Alciat. in leg. coheredi, §. qui discretas, num. 6. & 8. ff. de vulg. & pupil. substit. Menoch. de præsump. lib. 4. præsump. 75. num. 18. & conf. 839. v. 12. & con. 686. num. 10. Fuffar. de substit. quæst. 79. num. 4. & 43. Peregr. de fidei. commis. artic. 20. num. 20. & conf. 64. num. 15. versic. Respondetur, lib. 2. Paul. de Castro conf. 383. lib. 1. Y lo segundo, porque hallamos que el fundador haze su primero llamamiento en Don Miguel, numer. 23. sobrino hijo de vn medio hermano, y solo conjunto ex vno latere, y despues de èl en otras dos sobrinas de la misma especie, y teniendo presentes à los hijos de Pedro, numer. 11. y à otros primos segundos, que pretenden ser parientes ex utroque latere, no los llamó expecificamente, y solo se contentò con que succediessen los que fuessen, y deribasen su sangre de parte de padre, ò de madre, prefiriendo la linea paterna à la materna: de que se infiere, no quiso dar prelación por la dicha duplicidad de parentesco à ninguno de sus transversales, sino que succediessen segun la disposició de derecho, como parientes vnos, y otros; y así, aunque fuesse cierta la opinion de Rosas, y nos hallassemos en los terminos en que habla, por sus mismas limitaciones se deve deferir à nuestra pretension.*

221

Y en nuestro corto sentir, esto mismo estimò la senténcia de tenuta, porque en ella parece està claro el no averse hecho estimacion de la duplicidad de parentesco, si se considera que en la cabeça de la senténcia se ponen todos los litigantes, y à Doña Juana de Ogirando, num. 20. como cessionaria de Ignacio Jacinto, num. 31. y Ioseph de Ogirando, num. 32. y despues en la decisíon se dize, se declara averse transferido la posesíon civil, y natural en la dicha Doña Juana, y se le mandò dar la actual, y tenuta, en conformidad de las leyes del Reyno, de dicho mayorazgo, y todo esto no pudo ser, si se huviera estimado la dicha duplicidad de parentesco, porque estimandola el Consejo, era precíffo que huviera de declarar à vno de los dos, Ignacio Jacinto, ò Ioseph de Ogirando, num. 31. y 32. por sucesores en dicho mayorazgo, y no à la dicha Doña Juana, que era de linea inferior, y hembra, y que no podìa competir con los nie-

tos de sus hermanos mayores, num. 18. y 19. à los quales asistia la misma duplicidad de parentesco que pretendia Doña Juana, por deribarle este del dicho Pedro Sanz, numer. 11. y si la dicha sentencia se huviera governado por este fundamento, no pudiera tenerle para excluir la linea primogenita que formò Pedro, num. 18. ò su hermano Iuan, num. 19. y parecia que en dicha sentencia, solo se avia preferido Doña Juana por la proximidad del grado, porque todas las sentencias, y mas de Tribunal tan superior, las devemos entender arregladas à la disposicion de derecho, *ex notatis in leg. si quis ad exhibendum. §. in leg. miles. §. qui iudicari. ff. de re iudic. Bartol. in leg. si fundus. §. in venditione. ff. de pignori. Craveta cons. 64. num. 9. Hondedeu cons. 21. num. 45. lib. 2. Surd. cons. 312. num. 14. Ramon cons. 50. num. 8. §. 40. Capitius Galeota lib. 2. controvers. 35. numer. 38. D. Valenç. Velazq. cons. 169. num. 45. Barb. voto 126. num. 335. Escobar de puris. 2. part. quest. 4. artic. 1. num. 17. conque no aviendo el Consejo declarado transferir se en Doña Juana la possession, como cessionaria de los demàs litigantes que tenian la linea, la estimò por sucesora por si propria, y todo esto no pudo ser sino por aver estimado, como hemos dicho, la proximidad de el grado en aquel juyzio tenentario, el qual no causa perjuizio al de la propiedad en las materias de mayorazgo en nada, ; porque las leyes de el Reyno preservaron este conocimiento à las Chancillerias, à donde con mas conocimiento se deve examinar el punto legal, y la mente propria de la voluntad del fundador, *ex leg. 1. tit. 7. lib. 5. Recop. còm traditis à D. Molina lib. 3. de primog. cap. 13. num. 22. D. Paz de tenuta, cap. 43. penè per tot. Giurb. decis. 59. num. 20. D. Gresp. observat. 23. num. 168. Y asì por todos medios, se convene no tener intento Doña Juana de Ogirando para su pretension, y asistirle à Don Pedro de Vrtusufstegui, para que se revoque la sentencia del luez mayor, y se desiera à su pretension, declarandole por successor en dicho mayorazgo, como lo esperamos: **Salva in omnibus, D. V. D. C.****

Doñ. D. Agustin Garcia  
Ibañes,