

LAS CLAVES DE LA PUERTA TOCAN
 a la fundacion y fundamientos de el
 vinculo sobre que se funda, son



Las siguientes:



Complido y cumplido de mi testamento, è las
 mandado y mandados en el contenidas: en el
 manifiesto que pongo, e quedare de todos mis

bienes raizes, y muebles, derechos, y acciones,
 e specialmente un cortijo que yo tengo en el Ca-
 yllar, con la casa, e caserías, y aguas, e pas-
 tos, e prados, e montes, segun que yo lo tengo, y tenido, e me perte-
 necen que sitada to el cortijo del Pozuel, que es del may y llure
 señor Marqués Conde de Teudilla: que todo lo aya, y herede con
 el dicho remaniente de mis bienes, e derechos, Maria de Loarte,
 hija de Christoval de Loarte, mi hermano, que es una sobri-
 na, con tales cargos, e gravámenes, que si yo sobredicha falliere
 sin ser casar, y no tener hijos legitimos herederos de este mismo matrimo-
 nio, que en tal caso, todo el dicho cortijo, e caserías, y mis bie-
 nes que quedaren, sean, e queden para que los muebles se vendan,
 e se compre renta de censo. Y con la renta que el dicho cortijo ren-
 tare en cada un año, se saje una, o dos donzellas huerfanas, honestas,
 hijas de buenos padres, y de honrada gente, pobres, y que estas
 sean las que el muy Reverendo señor Capellan Mayor de la Ca-
 pillilla Real desta Ciudad, que es, e siempre fuere, nombraren, e se-
 ñalaren, y a su parecer, e discrecion, e que en un año, de cada un año,
 para esta obra tan justa, pueda acensurar, y dar a censo el dicho
 cortijo, e tierras, e casas de el, e comprar de censos de los maravedis
 porque se vendieren los bienes muebles, y el remaniente de mi ha-
 zienda, e nombrar persona que lo cobre, allegue para que su mer-
 ced lo mande dar, e de a las huerfanas que el nombrare, e señalar e
 despues de estar desposadas, e que aliende del galardón que Dios
 Nuestro Señor, e su Santa, e Bendita Madre por esto le daran,
 quiero que aya, e tenga de renta para siempre, en cada un año, diez
 pares de perdizes.

Item quiero, y es mi voluntad, que si la dicha mi sobrina è
 quien yo dexo por heredera, en la forma que es dicha, huviere hijos
 legitimos: mando, que ella, ni los hijos, e nietos que Dios le diere,

don Pedro y su padre. Será el primer Punto ponderar estos defe-
ctos, prouendo de si q̄ no puede excluir el Pedro al dicho substiti-
tuto. Y el segundo sera fundar que a llegado el caso de la substitui-
cion de la Obra pia, y así de uer se confirmara la sentencia de inferior.

PUNTO PRIMERO



L Cosa clara, y que se vé en las cláusulas refe-
ridas, que los llamamientos de este vincu-
lo a quien esta substituida la Obra pia, son
de los descendientes de la primera llama-
da, así por la serie de sus palabras, *ut supra*
por casa los hijos de la dicha obra substituida
unigenitas. De quibus Dom. Castell. *5. controu. cap. 93.*
como por mayor razon de la substitucion de la Obra pia, hecha
siempre á descendiente, que necesariamente limita la institucio-
n á solos los que tienen la qualidad de tal, no y como asi siendo sido
puestos los descendientes en condicion para la substitucion, co-
mo de dichas palabras se colige, tenet *Surd. conf. 568. num. fin.*
Ripp. & Perignio. & alij ab eo citati, num. 16. Surd. conf. 6. in §. 9.
per text. in l. in agris. ff. de acquir. rer. dom. Y más euidentem-
te, porque en la tercera cláusula en que habla de los posse-
dores del vinculo descendiente, de la primera llamada, en caso de
cometer delito porque merezcan confiscacion de bienes, no lla-
ma colaterales, sino buelue á substituir la Obra pia, como parte oc-
ad sensum de dicha cláusula, q̄ solo haze mención de descendientes.
¶ Y por esta causa don Pedro, auiendo primeramente
lado ante el inferior parentesco solamente, en esta segunda instan-
cia artículo para prouar descendencia de unos mismos abuelos, co-
la yltima poseedora, reconociendo tocarle prouar la qualidad de
descendiente para poder excluir la Obra pia, segun la doctrina de
el text. in l. 1. ff. de probat. l. 1. §. *idem Iulianus. l. si quis à liberis.*
§. vel separens. ff. de agnoscendis liberis. l. fin. C. eodem. y del se-
ñor Castell. *lib. 5. controu. cap. 104. num. 3.* Pacianus conxi-
naueris ab eodem citatis adductus à Dom. Castillo *ibid.* Mas esta
tan lexos de prouar la descendencia, que por sus prueuas, é instru-
mentos presentados, aun no prueua parentesco, como era neces-
sario para excluir la Obra pia substituida, antes semejantes pro-
uanças genericas, y confusas la excluyen de su pretension, y hazē
lugar á la Obra pia substituida, porque se interpretan contra pro-
ducentem, lo qual se prueua ex seqq.

3

3 ¶ Primó, porque es doctrina llana que la prueua de descendencia, y parentesco en las cosas que son de grande perjuyzio de tercero, no á de ser genérica, sino específica, no confussa, si no determinada, no dudosa, sino cierta, y con distincion de grados, hasta entroncar, junto con las demas calidades de la l. 20. tit. 9. part. 4. Y la l. 29. tit. 16. part. 3. Todo lo qual sientan por común, y constante Noguez. *alleg. t. 25. num. 285. post decisiones Rota Marchia 88. § 107.* quas late explicat Mantica in cis, Lotharius *de re beneficiaria, lib. 2. quest. 11. nu. 97. § seqq.* Trentacinq. *lib. 1. var. resol. num. 13. fol. 97.* Gratian. *tom. 5. cap. 969. nu. 10. § 13.* Ricio *in praxi iuris patronatus, resol. 155. num. 1.* Que todos dizen, que la prouança de otra manera, nullius est momenti.

4 ¶ Sed sic est, que estando substituida la Obra pia, y pretendiendo excluir la don Pedro, que es cosa tanti præiudicij; su prueua es solo 1. *generica*, que los testigos dizen solamēte de auer oydo, que descien de don Pedro, y su padre, de vnos mismos abuelos, que doña Maria de Colmenares, vltima poseedora. 2. *confusa*; porque no dizen los testigos quien son los tales abuelos. 3. *dudosa*; porque dizen, que todos descien de vna Maria de Loarte, vezina de Pinto, siendo como son dos Marias de Loarte, Fundadora, y primera llamada, vezinas de Granada, donde viuieron, hizieron testamento, suuieron, y dexaron hazienda, casas, Capilla, y entierro, como todo consta de la fundacion del vinculo presentada, y de los instrumentos, que estan desde el fol. 105. presentados por don Pedro, que son del año de 1574. en adelante. 4. *sin distincion de grados, y sin entroncar*; porque no se articula demas personas que de don Pedro, y de don Diego de Loarte su padre, sin que los testigos passen a dar mas razon, que de estos dos grados. Ergò, &c.

5 ¶ Este discurso, vt iacet, bastaua para exeluyr á D. Pedro, como bastò en la primera instancia; mas para mayor claridad la iremos ampliando per partes. Primer defecto de las prouanças, es, *generica probatio*: y dezir los testigos que han oydo dezir decien de vnos mismos abuelos, sin dezir quien son, nihil concludit, si no distinguen los testigos las personas, y las especifican. Mascard. *de probat. tom. 2. conclus. 994. in fin.* Marfilius *in Rubrica, C. de probat. num. 350. § seq.* Craueta *conf. 95. nu. 3. ibi: Genus parit obscuritatē, § testes deponere debent in specie, aliàs non probant.* Lo mismo dize *in conf. 157. num. 9. § num. 10. § 12. § 13.* y lo prueuan los textos de la l. *in tradendis 7. ff. de commissa pradoriam, l. quidquid 10. ff. eodem, l. Diuus 15. §. 1. ff. ad l.*

6 ¶ Y para que se vea con evidencia la generalidad, y falta de especificación de la prueba de Don Pedro, en quanto dicen los testigos auer oído, que descien del dicho don Pedro, y doña Maria de Colmenares, vltima poseedora de vnos mismos abuelos, se haze este dilegma, que descaremos vcr como se le responde, por que, ó la palabra, *abuelos*, la toman los testigos en toda su latitud, y así queda genérica, como la descamos, y se puede entender de los segundos, terceros, quartos, ó quintos abuelos: y así no provara nada del caso, por que se sale de la linea de la doña Maria de Loarte, primera llamada, dentro de la qual linea no ay mas que tres grados hasta la vltima poseedora, por ser la dicha doña Maria de Loarte abuela de la doña Maria de Colmenares, y el que esta fuera de la linea, aunque venga de vnos mismos ascendientes, no se admite a la sucesion del vinculo. *D. Castillo lib. 5. controuerf. cap. 92. num. 25. Et seqq. cum ab eorelatis.*

7 ¶ Y si no passamos a los segundos, ni terceros abuelos, por no dar en el inconveniente antecedente, y dicen los testigos aquella palabra, *abuelos*, como suena, y en su rigor esto es patris, vel matris, pater, & mater (en el qual sentido sin duda se deue tomar para que prouasse especificamente la descendencia, ex dictis num. antecedenti, que si así la prouara, quedaua su justicia clara, y excluida a la obra pia.) Tunc ecce absurdum: si así explican esta palabra, *abuelos*, se infiere que don Pedro es nieto del Capitan Salazar, y de Maria Loarte, abuelos paternos de doña Maria de Colmenares (los maternos no son del caso, por que no viene por esta linea el vinculo) de quien, de quien los testigos tener los mismos abuelos don Pedro que ella, lo qual es notoriamente incierto, y no lo dirá don Pedro, pues tuue confesado en petició de 11. de Nouiembre del año pasado de 662. ser nieto de Diego de Loarte, aunque no lo ha querido articular, porq̄ quedasse mas confusa esta palabra, *abuelos*, que como lleuamos probado, con su generalidad no concluye nada.

8 ¶ Y que esta afectada disimulacion esté fundada, pater ad sensum, pues por ser Ministro de el Santo Oficio, no puede ignorar quica sean sus abuelos. Imò se presume que lo sabe, por las prouas que necessariamente se hizieron por si, y por su hermana, y padre, y por auer sido Ministros del Santo Oficio. *Malcad. de probat. tom. 2. num. 14. Menoch. de recuper. possess. 15. rem. n. 4. cum adductis ab istis.* Y mayormente siendo tan necessario en este caso, declarar los para entroncar en la linea llamada, siendo como es la fundación hecha por transversal, y el primer llamado trans

versal,

20

verfal, docet D. Castill. *lib. 5. controuers. cap. 93. nu. 25. Et seqq.*
ex doctrina Riminald. *conf. 74. num. 2. Et 22. libr. 7. eiusdem,*
& ex doctrina aliorum, quos refert lato calamo D. Castillio *ibidē,*
num. 32. Y viendo que no convenia declarar los nombres de sus
abuelos por la razon referida, quiso mas que quedasse expuesta la
prueua á la generalidad, que articula los, siendo por esta causa ge
nerica, y sin prouecho, ex dictis. & ex text. in *l. neque natales. C.*
de probat. Et l. non hoc. C. unde legitimi. Peregrin. de fidei. comm.
ars. 43. num. 11. cum alijs.

9 ¶ Pero aunque esta presuncion la juzgamos conclu
yente, no era necesario recurrir a ella, basta que por sí la generali
dad de la palabra, *abuelos*, es tan grande, que comprehende todos
los grados dellos in infinitum, ita Ruin. *conf. 166. num. 8. libr. 1.*
donde dize, que la *Authent. matri, Et auia, habet locum in. pro*
auia. Fuffarius *de substitutionib. quast. 313. nu. 3.* Surdus *de ali*
ment. tit. 1. quast. 13. num. 10. Barbof. *de verb. signif. appell. 30.*
in princip. y á vista de tanta generalidad se conoce que no con
cluye la prouança de don Pedro, ita in terminis Dom. Valencuel.
tom. 1. conf. 90. num. 152. Et conf. 8. num. 29. Alexand. conf. 133.
num. 13. vol. 7.

10 ¶ El segundo defecto es, *confusa probatio*, que es mu
cho mas diminuyente qualidad de prueua que la passada, y conclu
ye menos: *textus, in dict. l. non hoc. cap. in presentia de probat.*
y en que no se determina á que individuo, especie, ó genero se re
duce lo que se prueua, como assi se colige del *dict. cap. in presen*
tia de probat. l. certum, ff. de confessis, l. duo sunt Titij, ff. de tes
tam. tur. l. si fuerit, ff. de rebus dubijs, l. neque natales. l. non nudis
l. non epistolis, l. ad probationem 2. C. de probation. Aymon, conf.
276. num. 4. Rolando, conf. 46. num. 29. libr. 3. Innocenc. in cap.
tua, el 1. ad finem, de decim. Abb. in dict. cap. cum in tua, num. 4.
Rebuff. in tract. de decim. q. 14. n. 9.

11 ¶ Y esto tiene en terminos lugar en la prouança de
don Pedro, que ni determina individuos, ni articulando quien
sean sus abuelos, ni especie, porque los testigos no dizen si son los
abuelos de quien decien den don Pedro, y doña Maria de Colme
nares comunmente los paternos, ó los maternos, ni el genero: por
que no dizen si son primeros, ni segundos, ni otro grado de abue
los, como queda visto.

12 ¶ Y prueua deste genero no es de momento alguno,
ni bastante á excluir á la obra pia, *Ancarran, conf. 5. num. 3. Za*
barrela, conf. 139. num. 17. Alex. conf. 66. num. 12. libr. 7. Tobias
Nonius, conf. 71. num. 5. Menoch. conf. 233. num. 7. Et conf. 288
num.

num. 12. lib. 3. Alciat. conf. 203. num. 6. lib. 9. Barbaria, conf. 10.
num. 4. lib. 3. Raphael Fulgofius, conf. 162. num. 3. Et conf. 200.
per totum, in suis criminalib. consil. Surd. conf. 513. num. 13. Et
conf. 534. num. 40. lib. 4.

13 ¶ El tercero defecto es, *dubia probatio*, en la qual se
contiene terminos dudosos, y equiuocos, y que conuienen a mu-
chas, y diuersas personas, Dom. Valençuel. conf. 110. per totam,
facit textus, in l. duo sunt Titij 17. ff. de testament. intel. l. tutor
incertus, ff. eodem, & vtrobiq. Glosa, & DD. que inferen a otros
muchos textos, Binius conf. 2. num. 23. Angel. in l. in tempus 62.
§. quoties, num. 1. ff. de hered. instituend. idem Angel. in l. quo-
rises 30. num. 4. ff. de verb. oblig. Anton. Faber. lib. 6. ration. tit. 1.
§. 5. pagin. 400. Farinac. per decis. Rota 277. tom. 1. part. 2. No-
gueroi. allegat. 25. num. 311. La qual no prueua, ni concluye na-
da, etiam in fauorabili materia late Dom. Valençuel. conf. 92. n.
217. cum seqq. innumeros citans.

14 ¶ Lo que parece deponen los testigos de don Pedro
es, que doña Maria de Colmenares, vltima poseedora, y don Pe-
dro, y su padre, descenden de vnos mismos abuelos, y de vna Ma-
ria de Loarte, vez, inà de Pinto. Y es de advertir, segun el mismo
dō Pedro tiene articulado, y prouado con mucho numero de tes-
tigos, que aura solos eincuenta años que vino su padre a esta tier-
ra. Y en peticion de 12. de Setiembre de 663. afirma don Pedro,
que su padre vino a Granada con el Inquisidor don Pedro de Ci-
fontes furio, de las villas de Elquiñias, y Pinto, junto a Toledo, de
cincuenta años a esta parte.

15 ¶ Y por peticion de 11. de Nouiembre de 1662. pre-
tendiendo prouar su descendencia de la Maria de Loarte, prime-
ra llamada, dice. Y este grado no puede ser transfusal, respecto
de la dicha Maria de Loarte, primera llamada, por auer la fun-
dacion en su tiempo de ciento y treynta años: y porque el dicho he-
redamiento, y Cortijo (sobre que esta fundado este Mayoraz-
go) fue merced de los Señores Reyes Catolicos, à el Capitan Iuan
de Loarte, padre de la dicha Maria de Loarte, Fundadora, en
remuneracion, y paga de muy grandes seruicios, que el hizo à
los dichos Señores Reyes Catolicos en la Guerra de Granada; y
esta merced cayó en la dicha Maria de Loarte, Fundadora. Con
que se reconoce, que de el dicho Iuan de Loarte, y de la dicha
Maria de Loarte, Fundadora, no hubo descendencia, y que de
Christoual de Loarte, primo hermano, que fue de la dicha Fun-
dadora, tampoco hubo mas descendencia, que la dicha Maria
de Loarte.

16. **¶** Ecce, la forasteria del padre de don Pedro, tres mu-
geres de vn nombre, y apellido; la primera en Pinto de junto a To-
ledo, que es vna de las villas de donde viene el linage de dō Pedro
de cincuenta años a esta parte, y dos en Granada la Fundadora, y
su sobrina primera llamada, que es cierto fuerō vezinas de Gra-
nada de eicienty treinta años a esta parte, como consta de los ins-
trumentos presentados por don Pedro, fol. 105. & seqq. del pley-
to, y del testamento de la Fundadora, que se otorgó año de 1533
en Granada, donde viuia su sobrina tambien, y donde casó su tu-
yo hijo, y lo marido suyo en la guerra del señor Emperador con-
tra los Moriscos del Alpuzarra, como todo parece de dichos ins-
trumentos.

17. **¶** Bien dudoso queda qual de estas Marias de Loar-
te dá por tronco y ascendiente comun don Pedro, que sin duda es
la materia de los textos citados, num. 10. y que le viene bien la
doctrina del señor Valençuela, *conf. 92. num. 217. & num. 219.*
*depet. interpretatio fieri contra eum qui se inuat dubijs de postio-
ribus, l. veteribus, ff. de pactis, l. labeo, ff. de contrah. emptio. t.*
quid quid, ff. de verbor. oblig. Alex. cor. f. 54. num. 8. lib. 5. Cratice-
ta *conf. 863. num. 1. & seqq. lib. 5.* Petrus Gregor. *sent. agm. part.*
3. lib. 48. cap. 9. num. 15. Ioan. Francisc. Purpurat. *conf. 116. nu.*
11. & conf. 244. num. 1. etiam si materia non esset, vt est odiosa,
Decius *in l. non hoc, C. vnde cognati, num. 7.* Surdus, & Salcedo
ibidem à D. Valençuela citatus. Y mas haze dudas la forasteria de
el padre de don Pedro, como la prueua, diciendo que vino de fue-
ra de Granada de cincuenta años a esta parte.

18. **¶** Y en cosa que tan notoriamente es dudosa, y que
no demuestra don Pedro quando vino la Maria de Loarte de Pin-
to junto a Toledo à Granada, ni prueua la identidad, nihil probat,
Noguerol, *allegat. 25. a num. 269. ibi. Quia cum sit Didacus de*
Cuerua vicinus, & originarius oppidi de Valiecas, & familia
de Cuetua, de qua descendit testatrix, habeat originem Matri-
ti, presumuntur familia diuersa, vt per Menoch. l. 6. presump.
5. num. 49. qui loquitur in duabus familijs eiusdem ciuitatis, &
cognominis, quia presumuntur diuersa, & non coniuncta inter
se ex aliqua demonstratione diuersificatiua. Galganc. *de condi-*
tion. lib. 2. qua est. vlt. numer. 22. pulchrè Ciriac. dict. controuerf.
1281. nu. 28. vsque ad 32. ubi loquitur de duabus familijs diuer-
sarum ciuitatum, & ait, quod si non probatur vnā ex alia deri-
uari, presumuntur diuersa. Vcafe este Autor, desde el num. 269.
hasta el citado. Y en el num. siguiente: *Denique, vt ait Lotberius*
lib. 2. dict. qua est. 11. num. 120. est necessarium identitatem perso-

na peccasse probans sine illo equiuocationis scrupulo, facillime
enim potest accidere, quod inueniantur à multis annis duo homi-
nes eiusdem nominis, quod in nostro casu defuit, nomen enim est pro-
bata identitas Didaci de Cuerua. Lugar en que no faltò si no
dezir los nombres de los lugares, y personas de nuestro phyto. Y
dezir que determine don Pedro qual de las villas de Esquiuias, ò
de Pinto es su origen, porque aun en effortione que dudar esta des-
cendencia.

19 ¶ Pues aun no sabiendose por lo que prueua don Pe-
dro, si es de Pinto su padre, ò de Esquiuias, tampoco es cierta la
descendencia que pretende prouar de Maria de Loarte la de Pin-
to, como ni tampoco califica la legitimidad, que tambien se pide
en los poseedores deste vinculo. Noguerol *dict. allegat.* 25. nu.
267. que dize, que el auer en España tantas diferencias de lina-
ges debaxo de vn apellido, obliga a semeiante prueua: plures ci-
tat num. 268. y aun aprieta, mas en el num. 311. que fuera de la di-
uersidad de las Patrias, obliga à prouar la identidad de las perso-
nas, el auer estado vno mismo casado con diferentes mugeres, por
juzgarse diuersa persona: sequitur Dom. Valençuela, *conf.* 110.
num. 24.

20 ¶ Y el señor Valençuela *conf.* 110. *ex num.* 10. dize
las mismas conclusiones en terminos, ibi: *Solam nominis simili-
tudinem ad confirmandum casusque originem sufficiens non est.*
Y en el num. 11. 12. 13. y todo el dicho consejo, es en terminos
lo mismo que lleuamos prouado, y concluye, y concluyamos esta
parte con las palabras de su num. 16. *Identitas rei, vel persona,
est probanda ab eo qui eam allegat, vel in ipsa se fundat. Felin.
Abbas, &c. Et infra num.* 17. *Alias succumbit, qui specificè nõ
probat identitatem persona.* Y despues de muchos Doctores, que
alega, dize en el num. 18. la razon que vamos prouando, de hoc ra-
tione incertitudinis, cum probatio debeat esse certa, alias non re-
ferat, *dict. cap. in presentia de probat. dict. l. certum, ff. de confes-
sis, l. si fuerit, ff. de rebus dubijs.*

21 ¶ Pero por los mismos instrumentos presentados por
don Pedro, el vno del año de 574. en que se hizo prouança de los
seruicios del Capitan Salazar, para que el Rey premiaße a su mu-
ger, y hijos, que quedauan pobres por su muerte; y otra informa-
cion en vna successión abintestato del año de 606. consta, que el
apellido de la Fundadora, y primera llamada, y toda su gente, es
Olarre, y el de don Pedro es de Loarte, como consta del titulo de
la Capellania presentado, y lo mismo deponen muchos testigos
de la prouança de esta parte: y así se excusa de gastar en prouar la

iden-

8
27
idéntidad de las personas hasta prouar la de los apellidos. Galcaneo
conf. 8. per totum. Barbosa *axiom. 74. vers. Diuersitas*; ex Baldo,
de alijs ab eo citatis.

¶ Quarto defecto de las prouanças de don Pedro, que no distingue grados para entonces, lo qual tanto es mayor defecto, quanto a y menos numero de personas hasta la primer llamada con quiza deue entroncar, o con alguno de sus descendientes, porque solo ha auido tres grados desde que murió la Fundadora, que fue el primero Maria de Olarte, sobrina de la Fundadora, doña Catalina de Olarte, hija de la dicha sobrina, y Doña Maria de Colmenares, nieta de la dicha sobrina, y don Pedro en vna cosa tan clara, y breue, y que consta de los instrumentos presentados desde el fol. 105. en adelante, no halla por donde entroncar con ninguno de tres grados, ni dar mas passos en su genealogia, q de su persona, y de su padre, y en nuestro derecho se tienen por pocos grados, y por prouança facil, la que solo tiene de declarar hasta el quarto grado. *ic. licet ex quadam de testibus, ibi: Cum iam quartum gradum prohibitio non excedat*. Y de antes, como consta de aquel texto, se pedia prouança de septimo grado, hasta el qual llegaua la prohibicion, el qual texto se entiende, no solo en los matrimonios, si no en todo genero de proua. D. Castillo *cum pluribus, tom. 2. cap. 122. ex num. 9. Et num. 24. Nogueroi dict. alleg. 25. num. 288.*

23
¶ Y en nuestro caso siendo solos tres grados, no proua por grados distintos como deuia, Mantica, *decif. 88. num. 2. ibi: Et quidem, ut descendencia probetur, singuli gradus distincti probari debent, ad id ut si deficiat probatio unius gradus aliorum etiam graduum consequentia destruitur, cap. licet ex quadam ibi: Singulos gradus, de testib.* Bald. post Innocent. in cap. series, *num. 1. Et 3. eodem tit. Cœpol. conf. 43. nu. 3. Et 4. in eiuslibus. Decius conf. 321. num. 6. Et 7. Et fuit resolutum in causa Sutrina Beneficij, coram Dño Pamphilio, die 18. Decembris 1587. ibi: Unde licet probatum esset Antiochum esse filium Angeli, qui fuit filius Philippi Maria non tamen hac probatio concludit, nisi etiam probetur, quod Philippus Maria descendat ab his, quibus fuit ab ipso concessum ius patronatus.*

24
¶ La misma decision en terminos trae Riccio, *de iur. patron. decif. 155.* y Nogueroi, *dict. allegat. 25. num. 290.* que es en terminos nuestro pleyto, y segun ella, conduce poco señalar por tronco a Maria de Loarte la de Pinto, si no demuestra por grados la descendencia para entroncar con ella, ni con la Maria de Olarte la de Granada: y el no hazerlo en tanta certedad de descen-

dencia, como es hallarse el vinculo en nieta de la primera posee-
dora, y pretender don Pedro la sucesion por su muerte, sin mos-
trar por donde deciendo de la abuela, de la madre, o de la nieta en
grado distinto, y claro, bastante para excluir al substituto: text.
in cap. tua nos de consanguin. & affinis. está declarando no ser
de esta familia, ni tener la qualidad de descendencia, la qual era ne-
cessaria, y no basta parentesco in genere, ex proximè dictis; y del
señor Castillo; lib. 5. *controuerf. cap. 92. num. 25. & seqq. cum
relatis ab illo.*

25 ¶ Hazese demonstracion, de que es imposible que
haga distincion de grados para entroncar, con lo que referimos
de la probança del año de 1606. presentada por don Pedro en el
pleyto, fol. 112. Muchos años antes que vuisse en Granada el li-
mage de don Pedro, se pidió por parte de los nietos de la primera
poseedora, hijos de doña Catalina de Loarte, hija de la primera
llamada, con quien pretende entroncar don Pedro, la herencia ab
intestato de vna tia suya, hermana de su madre, y hija de la dicha
primera poseedora; y para obtenerla, prouaron los dichos nie-
tos, como eran los parientes mas cercanos de la dicha su tia difun-
ta, y obtuvieron en virtud de la dicha probança, como vnicos he-
rederos en aquel grado abintestato. De que se sigue con claridad,
que aunque tuvo cinco hijas, y quatro hijos la primera llamada
por el año de 1574. treynta y dos años antes que se hiziesse dicha
provança, como consta de la presentada por el dicho don Pedro,
fol. 105. el año de 1606. no auia ninguno de los dichos hijos, ni
otros nietos que los dichos, que vno de ellos fue la vltima posee-
dora, y es euidente, que si huiera alguno otro nieto, o descendie-
te de la dicha Maria de Loarte, por lo menos por representacion
auia de suceder abintestato, por la l. 6. de Toro, y esto en concur-
so de los hijos de la primera llamada, si alguno entonces huiera
quedado: conhdetacion que deseamos verla disuelta, porque
cierra la puerta en fuerça de los instrumentos presentados por D.
Pedro, para que no solamente no sea descendiente; pero ni aun pa-
riente de la primera llamada, ni de su tia la Fundadora.

26 ¶ Compruualo el texto de la l. *seo tempore, C. de
remis. pign. Barr. in l. rem qua. ff. de acquir. possess. & in l. cum res
C. de probat.* y hablando del caso Noguer. *dict. alleg. 25. nu. 295.*
*ibi: Ex quo euidenter coniscitur nullum fuisse consanguineum,
& remansisse exclusos, qui nunc consanguinitatem prouendant.*
Y es cierto, que si dentro, o fuera de Granada huiesse algun parie-
te, lo depondrian los testigos; porque todos dicen auer conocido
à la primera llamada, y à todos sus hijos, quando se trataua de la
heren-

7

herencia de vna, que era doña Ynes de Loarte, y deponen ser estos los vnicos a quien pertenecia esta herencia abintestato, a la qual se sucede *ex graduum conjunctione, & consanguinitate, ut est per se notum, & vulgare iure.*

27 ¶ Y por vltimo se colige, auendonos valido de los instrumentos presentados por la parte contraria, y demostrado con razones la insuficiencia de la prouança de su pretension, qua lexos está de prouar con los requisitos que se pide para excluir al substituto: mayormente con distincion de grados, como comunmente asientan todos los Doctores que ex professo han escrito la materia de mayorazgos, vinculos, y Patronatos, Castillo apud ipsam, & ipse, *lib. 6. cap. 122. a nu. 2.* similiter Mier. *part. 2. quest. 7. a num. 58. vsque ad 64. idem Castell. lib. 5. cap. 93. a num. 54.* y quan insuficiente es prouança con tantos defectos, que deuiendo ser el modo de prouar en semejante caso concluyente, ex dictis *ex num. 3.* y los medios con que se prueue *instrumentis, & argumentis, l. 2. C. de testib. l. quarto 58. §. fin. ff. de adlit. edict. capit. cum causam, de probat.* nos valemos de sus mismos instrumentos y argumentos para excluirle, y deshazer su prouança.

28 ¶ Mas por donde pretende euadirse don Pedro es, diciendo ser este hecho muy antiguo, y que no es de su obligacion prouar mas grados que el suyo, y de su padre, y que no tiene noticia de mas, como lo protesta en diuersas peticiones en el pleyto, que es en esta segunda parte concedernos todo lo que lleuamos dicho. Y en quanto a la primera, que por ser hecho antiguo, no tiene obligacion de mas, es el Aquiles del fundamento que traxo en Estrados su primero Abogado, juntandolo con la doctrina del señor Molina en el *lib. 1. de primog. cap. 4.* en fuerza de la palabra, *mayorazgo*, dize, que por darle esse nombre la fundadora, se ha de juzgar ser bastante que parezca pariente deste linage; pero de señalanos esta doctrina de el señor Molina, y el fundamento de ser hecho antiguo, que dize le releua de prouar con dichas qualidades.

29 ¶ Visto el señor Molina en todo el *capit. 4.* se ve claramente que habla de los mayorazgos regulares, en los quales no se halla restricción alguna, *ut videnti patebit*; mas no dize palabra de los mayorazgos irregulares, en los quales ay substituciones, y clausulas restringentes en que precisamente nos hemos de regular por ellas, como palabras del testador, y no por lo dispuesto generalmente por las leyes de los mayorazgos, ni por las doctrinas conformes a ellas, en lo qual consiste la distincion de mayorazgos regular, y irregular, qual es el de nuestro pleyto.

razon de lo restrictiuo de sus clausulas, y substitutiones en el pue-
stas, y en este sentido lo explica Dom. Vela *dissert. sur. tom. 2. dis-
fert. 49. num. 45.* de que se vé quan poco haze la doctrina del se-
ñor Molina, que habla en diuerso caso, y materia, pues no se ha
de regular el discurso en este vinculo por las leyes, sino por la vo-
luntad de la testadora, y las substitutiones que expresse.

30 ¶ *L. in conditionib. 19. ff. de condi. et demon. trat. licum ita legatur, S. in fideicommiss. de legat. 2. l. 1. C. de Sacrosf. Authent. de nuptys. §. disponat. l. 27. l. 40. ibi: Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el q fundo el mayorazgo, §. l. 45. Tauri, idem Dom. Molin. cod. lib. 1. cap. 4. num. 19. Dom. Castill. lib. 5. cap. 93. §. 6. a num. 1. §. cap. 144. a num. 40. §. cap. 181. a num. 1. Surdus cons. 448. num. 21. §. 22. volum. 3. Additionar. ad Do-
min. Molin. in dict. cap. 4. num. 19. lib. 1. que es el lugar de la do-
ctrina de que se vale.*

31 ¶ Mas porque este es el fundamento principal contra-
rio, tomado de la palabra, *mayorazgo*, de las clausulas, se le da á
satisfacion en concluyendo con lo restante de esta euasion al fin de
este primer punto, desde el *num. 52.* y vamos a la prueua in facto
antiquo, de que dize Mascard. *de probat. conclus. 790.* que ha de ser
concludens, y dize el Abogado contrario, que basta la que tiene
por su parte, con todos los defectos ponderados.

32 ¶ Todos los testigos de sus dos prouanças, no se fun-
dan en mas que en auer oido vnosel tratarse de pacientes, el pa-
dre, tio, y hermano de don Pedro, y el mismo don Pedro con do-
ña Maria de Colmenares, y don Pedro de Colmenares su herma-
no. Otros, en que han oido de zir a los dichos, que todos descien-
den de vnos mismos abuelos, y de vna de la D. Maria de Loarte, ve-
zina de Pinto, las quales deposiciones de que eficacia sean, se verá
por los lugares siguientes, que parecen hablan en propios termi-
nos: y antes dellos quien no vé de qué antigüedad deponen los te-
stigos de don Pedro: pues doña Maria de Colmenares, y su herma-
no don Pedro de Colmenares, son los vltimos descendientes, y nie-
tos de la primera llamada, que ha muy poco que murieron, y dellos
han oido todo esto, y quan futil sea esta prueua de derecho, y en
este nuestro caso diganlo los siguientes Doctores.

33 ¶ Enquanto al tratarse de pacientes, Noguer. *dict. allegat. 25. num. 323.* contradicit ibi: *Prater ea, quia solus tractatus consanguinitatis leue adminiculum est.* Gloss. *in cap. transmissa qui pl. sint legit. cap. per tuas, de probat.* Glos. communiter aprobata, & text. *in l. non epistol. l. non nudis, C. de probat.* Gloss. *in cap. Michael, de filijs presbyter. cap. illud, de testam.* Mascard.

vol. 2. conf. 790. vers. *Nec illa*, num. 2. Mart. vol. 26. num. 12.
 § 13. Trentacinq. lib. 1. varias. resol. 1. de filiat. n. 14. vers. *Quar-*
tus casus, Paschal. de patr. potest. p. 2. c. 2. n. 16. Castill tom. 5. cap.
 104. n. 12. c. 2.

34 ¶ Y da la razon en el numero siguiente, ibi: *Cum fa-*
milis res sit propter diversos respectus, aliquem, fratrem, sobrinum,
vel consanguineum appellare, ut per Mascard. dict. concl. 790. n. 3.
 Lup. de illegit. comment. 2. §. 3. n. 44. vers. *Sed ratio ea sit, & vers.*
Extenditur etiam.

35 ¶ Y para deshazer mas la pretension de don Pedro, y
 demostrar quan fútiles para excluir la Obra pia, la dicha tracta-
 cion, y nominacion de parientes que deponen los testigos de su
 parte con los nietos de la primera llamada, que ha sido en estos
 tiempos, y de muy pocos años a esta parte, como lo denotan los
 papeles que ha presentado, de que hablaremos despues: prosigue
 el dicho Autor, num. 325. y dice: *Et quando agitur de re graui,*
 § *præiudicio: erit, planissimum est, hanc appellationem, seu*
vocationem nihil operari. Y prosigue prouandolo con muchos
 Autores, de que se vé la poca eficacia de esta prueua de trata-
 mientos.

36 ¶ Ni la adelantan el auer la testadora, que fue vlcima
 poseedora del vinculo, llamadole en vn testamento, sobrino,
 porque demas de auerlo hecho contra su voluntad, y por cumplir
 el desseo de don Pedro, de que asile llamasse, de que haremos de-
 mostracion infra, no le ayuda en nada cõtra la Obra pia, idẽ Nog.
 num. 326. ibi: *Et in hoc casu sumus in causa maioratus, in qua*
sicut possessor non potest suo facto præiudicare successoribus, ita
ne recognoscendo aliquem consanguineum potest facere eum ca-
pacem successionis. Alciat. resp. 201. num. 57. § resp. 625. ad fin.
 vers. *Item quia non est stanaum,* Jass. conf. 106. col. 1. vers. *Secun-*
do, § *adhuc,* lib. 1. Gratus conf. 140. n. 44. lib. 2. qui dicit, quod
ita est firma opinio, &c.

37 ¶ Ni tampoco las cartas que afectadamente han ido
 juntando don Pedro, y su hermano para esta ocasion, en que les
 trata de primos, no le ayudan para dicha prueua, expresse per text.
 in l. non epistolis 13. ibi: *Non epistolis necessitudo consanguini-*
tatis, sed natalibus, vel adoptionis solemnitate coniungitur. §
 l. non nudis 14. ibi: *Non nudis assenerationibus, nec mentita pro-*
fessione, licet utriusque consentiant, &c. C. de probat. Dom. Casti-
 llo tom. 5. cap. 104. num. 12. Ya la afectacion de juntarlas junto
 con la declaracion de la misma testadora, que referiremos en los
 numeros siguientes, deuemos tambien el que nos ayuda a presu-
 mir

mir que no ay parentesco, por que *nimia cautela, & repetitio actum ad aliquid confirmandum, falsi atis praesumptionem parit.* Farinac. decif. 366. n. 5. tom. 2. conf. crim. Menoch. lib. 5. praesumpt. 20. num. 24. Genua de script. priuat. lib. 1. quasi. 6. principal. dubitat. 7. num. 14. pag. 48. Noguer. allegat. 26. num. 129. y no se manifesta poco por el cuydado tan afectado de juntar papeles.

38 ¶ Mas las cartas se deuen interpretar por quien las escriuió, y a su inteligencia se deue estar, *l. cum de indebito, §. in omnibus, ff. de probat. ibi: Nisi ipse specialiter, & c. Bald. cōf. 313. num. 1. volumin. 4. ibi: De animo autem suo interrogari quis debet, & stabitur sine responsioni, & nulla melior est declaratio, quam qua prouenit ab eodem fonte.* Ita post Decium, & Barr. animaduertit Aluens. conf. 134. num. 32. volumin. 1. Surd. decif. 216. num. 33. & decif. 29. num. 1. Y así, abre mos de recurrir a la declaracion que de dichas nominaciones de sobriño, de palabra, y de escrito tiene hechas la dicha testadora, y vltima poseedora del vinculo, de quien deponen los testigos de oídas en esta parte. Estas son.

39 ¶ En testamento cerrado, que otorgò la dicha doña Maria de Colmenares, vltima poseedora deste vinculo, a primero de Febrero de 1650. que se abrió con toda solemnidad despues de muerte la susodicha, en 31. de Octubre de 1662. años, ante Juan de Naua, escriuano publico desta Ciudad, presentado en el pleito por esta parte, declara la dicha doña Maria de Colmenares, no solamente el sentido destas cartas, sino todo el derecho de las partes, con las declaraciones siguientes: *Declaro, que de ninguno de los matrimonios que he tenido, y deste, no he tenido, ni tengo hijos, ni herederos forcosos, ni ningun deudo, ni pariente, para que se sepa, y para que qualquiera que pretendiere serlo, no se admita, porque sera supuesto.*

Declaro, que yo soy, y he sido usufructuaria de vn vinculo en que sucedi por muerte don Pedro de Colmenares y Salazar mi hermano, como vltima heredera, y sucessora en el, porque por auer acabado en mi la sucesion, y herencia del dicho vinculo, luego q̄ yo fallerca, no se ha de entrar ninguno en el, porque en mi se acabaron los herederos, y sucessores. Declarolo por discargo de mi conciencia, y porque no estorue ninguna persona, con titulo de que es pariente, el que se cumplan las Obras pias, que suceden en el, faltando herederos, conforme a su fundacion, como con efecto han faltado, y faltan, luego que yo fallerca, los titulos, y papeles de la fundacion del dicho vinculo, paran, y estan en poder de los Beneficiados

25

dos de la Iglesia de señor San Joseph, y en el archivo de ella, y allí se hallaran, mando que se este, guarde, y passe por la voluntad de los Fundadores de el dicho vinculo, porque ya à llegado el caso luego que yo fallezca, para que el señor Capellan Mayor, que es, ofuere de la Real Capilla desta Ciudad, como Patron, haga tafar huérfanas, y tome possession de la hacienda, sobre que està fundado.

40 ¶ Y mas abaxo, auiendo hecho relacion de los medios, y extorsiones, conque por parte de vn hermano de don Pedro se le obligò a disimular quando prouò ser pariente, para obtener la Capellania que oy tiene D. Pedro, à titulo de pariente en perjuizio del Dean, y Cabildo desta Santa Iglesia, Patrono della, haze la declaracion siguiéte con animo de descargar su conciencia, dize asì: Declaro, que en el susodicho, ni el dicho don Diego de Loarte su padre, no son mis deudos, ni parientes en ningun grado legitimo, ni transue. sat. y asì de mi voluntad lo declaro, y juro por Dios, y vna Cruz, en forma de derecho, y como Christiana, vna, dos, y tres vezes, que los susodichos, ni sus hijos, ascendientes, ni descendientes, no han sido, ni son mis deudos, ni parientes en grado ninguno. Y mas abaxo: Mas debo à Dios, y à mi Alma, no es bien, que por hazerles bien me venga mal à mi, y à los que han sido, son, y fueren interesados. Conque qualesquiera otras declaraciones, testamentos, codicilos, cartas, o uilletes, donde este escripto judicial, ò extrajudicialmente lo contrario, es nulo, y incierto, y contra toda verdad, porque todo lo que no es, lo que declaro, ha sido cortesia, y respetos humanos. f. circa, y violencia de mi voluntad, y asì para mayor firmeza dello. y que no me la contrasten, como hasta aqui lo auian hecho, è tomado por medio el hazer este testamento cerrado.

41 ¶ Y para confirmar la sinceridad, y verdad destas deposiciones, le puso clausula derogatoria à este testamento, que no se halla repetida, ni puesta especialmente en otro testamento, ni codicillo, como se requeria; pues no basta generalmète reuocada ni repetida, doct. Dom. Couarruv. in rubr. de testament. 1. part. conclus. 3. cum adductis à tanto viro, y dexò en el legados à D. Maria de Loarte, y à doña Eluira de Loarte, hermanas de D. Pedro, y al dicho su hermano que era tambien Presbitero, como D. Pedro, cantidad de Missas, para que las dixera por su persona, manifestas señales todas de que no tuvo otro motiuo mas que el de la verdad, para descargar su conciencia, como lo manifesta tambien el juramento interpuesto en vna disposicion vltima, de cuya eficacia, Saluian. libr. 3. de Eccles. Cathol. pag. 391. relatus à

Dom. Valençuela, *conf. 102. num. 108.* qui de hac re elegantér
plura congerit.

42 ¶ Y para lo que vamos prouando, no ay mas que de-
fear, que la declaracion de quien escriuió, y dixo ser su paciente,
que tan concluyentemente se deduce, y tan a fauor desta parte, y
de la obra púa que no obsta, que el Escribano ante quien se otor-
gó este testamento, diga, que estaua buena, y sana, quando hizo
este testamento, y que declara en diferentes partes del estar cer-
cana à la muerte, y el oficial que escriuió este testamento depo-
ner diuersamente contra él, y la misma Testadora en otros co-
dicilos, y el testamento nuncupatiuo, vltimo que otorgò auerle
buelto a nombrar patiente, y sobrino à D. Pedro, porque el Escri-
uano da fe en el testamento, dentro, y fuera d'él, porque lo escri-
uió todo, y lo cerrò, que estaua enferma la Testadora, y en seme-
jante caso vale la primera fe del Escriuano, y la segunda deposi-
cion es falsa, y se tiene por perjurio en el segundo dicho, *cap. sicut,*
cap. testimonium, de testiv. ES. cap. parvuli 22. quest. 5. Y se està
à lo primero, y no à lo segundo, *cap. cum in tua 44. circa finem,*
de testib. cap. persuas. de probat. ibi: Cum nimis indignum sit
in iura legitimas sanctiones, et quod sua quisq; voce dilucide pro
testatus est in eundem casum propria valeat testimonio infirma-
re, prosequitur D. Valençuela, conf. 102. art. 1. per tot.

43 ¶ Y lo mismo milita contra el oficial, porque fue
testigo à la subscripcion del dicho testamento, y no auiendo mas
que los dos dichos testigos, y el vno de ellos estar tan impugna-
do, *ex dictis numer. antecedenti.* no concordando tampoco los
dos, como no concuerdan en dichas deposiciones; porque dice di-
ferente vno de el otro, que da singular el otro, y la testadora no
auiendo repetido en los codicilos, y testamento vltimo la clau-
sala derogatoria e específicamente, *ut ex ipsis patet nunguno otro*
vale, si no el escrito, si quis in principio, de leg. 3. cum vulgat.
Couarruy. late in rubr. de testam. 1. p. concl. 3.

44 ¶ Quien puede dudar deste discurso, que hasta aqui
hemos seguido, desde el num. 31. que probando no concluyr na-
da, tampoco el se genere de prouança, de que se vale don Pedro;
pues hablando de Mascard, *de probat. concl. 790. num. 14.* dize:
Intelligo tamen, ut hoc ampliatio ita demum vera sit, si actus
tractatus non sunt legitime probati, ES. concludenter alioqui secus,
Secundum sequitur Paulus de Castro, consil. 15. volum. 1. Gratian. dis-
ceptis cor. 18. n. 4. ibi: Non obstant nominationes facta de fra-
tris, et per iudicant. Tiraquel. de retract. lign. glossi 16. num. 2.
Y deste genero de tratar se por mera facilidad de animo en nom-
bre

bre de primos, sobrinos, como en España se usa, se puede decir lo que Quintiliano exclama, *declamat. 32. l. adeo in anciam nomen*, *Est umbra quadam naturae, videtur simile amicitiae nomen imponere alicui fer el nombre mas estrecho de hermanos, de quo Minutio Felix, en su octauio. Sic nos, quod inuidetis Fratres vocamus, ut cognis Dei parentis homines, ut consortes fidei ut sper, Est cogitades.*

45 *J* Boluamos à la prueua en hecho antiguo, que ciera tocumple muy poco con ella los testigos de D. Pedro; pues todas sus oydas son de don Pedro de Colmenares, y doña Maria de Colmenares hermanos, vltimos poseedores del vinculo, que toda esta Ciudad les conoció, y murieron muy poco à, sin q digan lo han oydo à otros mas antiguos; pero solamente la qualidad de testigos de oyda, les deuilita, y quita la eficacia que podian tener no dando mas razon, dexo las doctrinas comunes, y passo solo à las qualidades de semejantes testigos.

46 *J* Se accepisse à maioribus, quod deponunt, dize el cap. licet ex quadam, que ya prouamos arriba, entendi se en todo genero de prueua antigua, Cornuc *conf. 78. num. 7. Nata, conf. 170. nu. 5. volam. 1. Non utique ab uno*, prosigue el mismo texto, *cum non sufficeret ille si viseret. Innocentius, in cap. veniens, Est in cap. quod per nouale, de verb. sign. Socinus, in l. Gallus, §. albedius, de liben. Est postb. y que ay an de fer personas graues, y fidedignas, Decius, conf. 595. num. 3. y esto no en general, si no nombrandolos por sus nombres, Curtius Iunior, conf. 17 y si todos lo han oydo de vnas mismas personas, son singulares todos *cap. licet ex quadam, ibi: Nec tamen si vnus, Est c. Alexand. conf. 82. num. 3. vol. 1. Decius, conf. 321. a numer. 3. Est maxime num. 11.* Vcase como no passando los testigos de los dos dichos hermanos la noticia, como se verificaran estas condiciones, y qualidades de estos testigos de oydas, que todos son singulares, por que todos lo han oydo de estos mismos dos hermanos, y no de sus mayores, requisitos con otros, necesario precissamente en prouança de hecho antiguo, *Domin. Castillo, tom. 6. capit. 122. ex num. 9. qui omnes DD. hac tractantes recenset, & de concordia opinionum in hoc puncto. Noguez dict. allegat. 25. n. 284.**

47 *J* Ya la verdad es tan achacosa esta prouança de testigos de oydas, que Garcia *de nobilit. glos. 18. §. in n. 4. vers. 1.* hablando de esta materia, dize, que testigos deste genero no hazen fe en España, por la ley 29. *lib. 6. part. 4. Lotharius, de re beneficiaria, que §. 1. num. 198. Marcellus, lib. 1. var. cap. 70. num. 8.* Pues de mas deste ay contra estos testigos la presuncion que arriba estable-

tableciamos de la misma diligencia en juntar papeles, y amontonar nominaciones de primo, y de sobrino en publico, que es indicio de falsedad, y en terminos de esparcir rumores, para que digan con verdad los testigos, auer oydo haze la misma presuncion, y la funda Abb. *in dist. cap. licet ex quadam de testib. nu. 3. vers. Item limitarem*, Campegius *de testib. regul. 205. fallent. 2. Gabriel, de testib. lib. 1. conclus. 3. nu. 10. plures congerit Farinac. de testib. quasi. 69. nu. 53.*

48 ¶ Y lo que mas es, que quando ay alguna presuncion en contrario, no se dà fé a estos testigos de oydo, aun en hechos antiguos. Aymon. *conf. 29. num. 1. § 2. mayormente en cosas graves, como la presente, Bartol. in l. 3. §. eiusdem quoque, nu. 2. ubi additior. ff. de testib. Couar. in epis. de spons. cap. 8. §. 3. numer. 9. part. 2. per totum. fol. in meis 197. y en perjuizio de la obra pia no se le deue credito. Abb. in cap. transmissa, num. 10. que filij in leg. y en caso de duda, qual resulta de tantas cosas, como contra la fé de estos testigos estan ponderadas, los testigos se entienden *contra producentem, ex dict. supr. & ex Tiraquel. de retractu lignag. §. 1. glos. 16. n. 3. fol. mibi 336.* y asi aun que sea verdad, que lo han oydo, mas no es verdad lo que oyeron.*

49 ¶ Mas la eficacia de las declaraciones de la Testadora arriba referidas, es tan grande, que no solo hazen dudosa la prouança contraria, mas la falsifican, y segun ellas se ha de juzgar en fauor de la obra pia, como elegantemente lo discurre el señor Molina, *de primog. lib. 1. cap. 8. num. 38. ex multis*, y para la duda de nuestro caso, si alguna ay en el derecho de patronato de esta obra pia, dice estas palabras, ibi: *Ultimus possessor poterit dubiam dispositionem institutoris maioratus interpretari designando in suo testamento, quem arbitratur maioratus institutorem in eiusdem successione preferre voluisse, ea que interpretatio, si verisimilis sit à iudicibus sequenda, vel saltem summe consideranda, atque assumenda erit.*

50 ¶ Y esta interpretacion, de la Testadora, vltima poseedora, no solamente en dicho testamento cerrado, sino en el vltimo con que murió, de que se vale don Pedro, en que repite lo mismo que en el cerrado, es tan clara, y tan manifiestamente, dize, que ha llegado el caso de la substitution de la Obra pia, como la sentencia del inferior, y asi toda la prouança contraria, efficitur dubia, por la regla general, que quando ay instrumentos contra la deposicion de testigos de oydo, similis probatio eualescit, Dom. Valençuel. *conf. 92. num. 195. Cuman. conf. 18. Ciria. tom. 2. controuers. 281. num. 27. Garcia, de nobilist. glos. 18.*

11
§. *num. 13. qui de probatione in antiquis tenet, debere effectos-
tantem, perpetuam, perpetuo tenore sine contrarietate, & repug-
nantia, & maxime corruit ex manumetis, & instrumentis co-
trarijs, per text. in l. census, & instrumenta ff. de probat. lic. No-
guer. vbi supr. n. 3. 15.*

¶ Mucho menos prueua la fama de que deponen,
que así por las dichas deposiciones, y declaraciones de la testado-
ra, como por la prueua desta parte, que con mucho numero de
testigos, conuence no ser pacientes, queda dudosa, y no iustifican-
de à ella, por el encuentro que con ella resulta de auer prouado es-
ta parte, ser el apellido de la linea deste vinculo, diferente de el de
D. Pedro, y ser el vno *Olarte*, y el otro *Loarte*, en el qual caso fa-
ma euanesce; Bald. in l. conuenticula, num. 8. C. de Episc. & Cle-
ric. Garcia, de nobilit. glos. x6. cap. 1. nu. 13. Escob. de purit. sang.
quest. 10. part. 1. §. 4. num. 6. cum seqq. Y auiendo traydo origen
de la tractacion, que queda impugnada, mucho mas, cap. quali-
ter, & quando, de accusat. Cevallos, commun. contra commun.
quest. 900. num. 90. Dom. Valençuel. conf. 90. num. 177. Fari-
nac. lib. 1. conf. 14. num. 3. tom. 7. ibi: *Ideo nisi fuerit solida fama
inconcussa, crescens, in nullo labefactata, non leuis, non vaga, nã
contraria illius testimonium facile prosternitur*, de quo latè idẽ
Dom. Valenç. conf. 92. num. 195. vsque in fin.

52 ¶ Y porque prometimos dar la satisfacion à los Abo-
gados contrarios, sobre la palabra *Mayorazgo* de que usó la Fu-
dadora deste vinculo, de que infieren, que don Pedro deue exclu-
ir la obra pia, como si huiera prouado la consanguinidad, como
era necessario, para que tuuiesse lugar la doctrina del señor Moli-
na, de que se valen, y referimos arriba; pero esta no tiene lugar
en este caso, como vimos breuemente en el nu. 29. y 30. y aqui se
verà mas largamente, y con claridad, ex seqq.

53 ¶ Si en la fundacion de el mayorazgo son llamadas
ciertas personas, y lineas, sin pasar el discurso, ni la voluntad adelã-
te, ni reconocerse della lo que deue hazerse de los bienes vincu-
lados, es questioñ reñida entre nuestros Doctores, quid iuris in co-
euentu? A que personas deue pertenecer? Y esta es la hipotesi de
nuestras clausulas, hasta las palabras en que comiença à llamar à
la obra pia la Fundadora, y poniendo a parte dicho llamamiento
de la obra pia, como si no estuyera hecho, y suponiendo, que no
dixo mas que las palabras de los llamamientos de los hijos, y des-
cendientes de Maria de Loarte su sobrina, como con efecto no
dixo mas que estas dos cosas (que es lo sumo que se puede hazer)
para satisfacer con toda claridad à la duda, y fundamentos contra

rios) Responde segun diuersas sentencias, vnos, que fucederan en el vinculo despues de todos los llamados los restantes de la familia; por ser la palabra *mayorazgo* genetica; que es la doctrina del señor Molinos en el *lib. 1. cap. 4. vbi addentes qui plures referunt*, de que se valen por fundamento los Abogados contrarios.

54 ¶ Otros llevan, q̄ en el vltimo posscedor quedará los bienes libres, y podrá ad libitum disponer de ellos, *ex l. cum pater, §. liberis ff. de legat. 2. l. quis solidum, §. pradium eod. tit. gloss. in l. pater, §. fratre, verb. Familin. ff. eod. l. Mutiana 7. in fin. ff. de condit. et demonstrat. Auth. de restit. fideicommiss. §. hac autem, collat. 9. Palac. Rob. in reper. cap. per vestras, de donat. int. §. 26. num. 20. Gregor. Lopez, in l. 2. tit. 15. part. 2. verb. El mas propinquo, ibi: Si quis faceret maioratum in filium maiorem, et in ipsius defectum in alium filium, et sic in alios filios, et eorum descendentes si contingat, quod omnes moriantur exspirabit maiora.*

55 ¶ Peralta, in l. 3. §. qui fideicommissum, a num. 55. ff. de hered. instit. ibi: Est quippe iure certissimum, quod vbi non superest persona de uocatus gradatum, et successiue ad maioratus successionem tale vinculum, seu talis maioratus exspirat, et bona illius permanent libera. Roder. Suar. in l. quoniam in prioribus, limitat. 2. nu. 26. Simanc. de primog. cap. 25. Burgos de Paz, cõf. 34. num. 12. §. 35. Angulo, in l. 11. tit. 6. libr. 5. Recop. gloss. 11. a numer. 5. Miccs, de maioratib. 4. part. cap. 19. precipue a nu. 17.

56 ¶ Segun la qual opinion pudieramos dezir muy seguramente, que la vltima posscedora pudo muy bien disponer de los bienes deste vinculo, porque dexò de serlo, auicndo sido la vltima descendiente, y no dexò hijos, y assi parece lo hizo en el testamento, de que se vale don Pedro; pues en el dispuso à favor de la obra pia, porque despues de auer hecho la relacion del estado, que oy tenia la linea llamada, y que era ella, la vltima della dize: *Quero, y es mi voluntad, que luego que yo faller, ca se de cuenta de ello al Capellán Mayor, y se le entregue un traslado deste testamento, y de la fundacion del dicho patronato, que esta en poder del dicho D. Agustín de Loarte mi sobrino, para que se cumpla en todo, &c.*

57 ¶ Mas porque en el segundo punto se ha de ponderar mas esta clausula, contentandonos por aora con que se vea quanto se limita por ella la generalidad de la palabra *mayorazgo*, solamente concluyremos este punto, diziendo, que es constante entre todos los Doctores, que en el caso de la question, quãdo

quando el fundador hizo llamamientos lineales, y despues declaro su animo, declarando que se conuirtiesen los bienes en Patronatos, o Obras pias (como en el caso presente) sin que nadie ayadudado que se deua observar literalmente la disposicion, *l. cum virum, C. de fideicom. l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebelian. ibi: Cum in fideicommissis voluntate in spectare conueniat, & in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat. expresse l. 27. & l. 40. Taurabi; Saluosiota a cosa est uicere dispueta por el factador del mayorazgo, vbi Regnicola, præcipue Auend. glos. 18. à num. 1) D. Castill. som. 4. c. 5. n. 3. & passim DD.*

§ 8. ¶ Y corona esta punto lo que se colige de todo lo dicho en el que por no prouar don Pedro su intencion, estando en posesion esta parte, que es Reo en segunda instancia, deue determinarse a su favor por lo general, quia ius metimur ex persona Actoris, non ex persona rei, *l. 1. in princip. ff. si pars heredis petas. profequitur ex alijs textib. Barbof. in axiomat. iur. axiomat. 10) num. 3. & num. 4. ibi: Amplia primo procedere, etiam si reus nihil prouaberit, & num. 6. ampliat. 3. In petitorio, & in possessorio, & tam in prima, quam in secunda instantia, plures DD. referens; pero fuera de todo lo dicho, se veran los fundamentos possituios desta parte en el Punto siguiente.*

¶ PUNTO SEGUNDO. ¶

59 **R**EMITIMOS à este lugar el fundar possitiuamente la justicia desta parte, por seguir el orden cõ que en Estrados se habló. Y aunque del punto primero resultan muchos fundamentos, tambien possituios, fuera de los muchos negatiuos que comprehende para excluir a don Pedro de Loarte de su pretension, quales son, la declaracion del testamento cerrado, y la disposicion testamentaria del nuncupatiuo que referimos a la letra, por los quales, por resultar dellos prouança hecha por instrumentos que preualece a la de testigos, de cuya eficacia latê Matienç. cum alijs, in l. 9. tit. 17. libr. 5. Recopil. glos. 4. per tot. no solamente parece, segun el señor Molina, que citamos en el num. 49. & ibi Addentes, se deue juzgar a favor desta parte, sino que en virtud de la dicha disposicion testamentaria, y voluntad expresa, se deue confirmar la sentencia dada en primera instancia. Pero a mayor abundancia prouaremos tum ex clausularum foundationis uerbis, tum ex apertis coniecturis,

ris, de la voluntad de la fundadora, auer llegado el caso de la substitucion de la Obra pia.

EX CLAVSVLARVM. VERBIS.

60 EN la primera, ibi: *Si la dicha mi sobrina falliere sin se casar, y dexar hijos legitimas, herederos de legitimo matrimonio, que en tal caso, &c.* Y substituye sub hac conditione la Obra pia de que hablamos.

Y en el fin de la clausula segunda, tocante a la prohibicion de enagenar lo que dexa para la Obra pia, ibi: *Lo aya la dicha mi sobrina, e sus descendientes, sin se partir, ni enagenar, e que si se huieren de partir, sea solamente la renta del, e si por caso sus hijos de la dicha mi sobrina no huieren hijos, mando que el dicho cortijo sea, e quede para lo que tengo dicho, y ordenado. Que es la Obra pia.*

En la tercera, ibi: *Si la dicha mi sobrina, e sus hijos, e nietos, herederos (hase interpuesto en el original, de nueva letra, y tinta vna T de que no ventilaremos, aunque es bien reprehensible, y en otra contingencia de la presente, en que dexò su alma por heredera la vltima poseedora, fuera esta letra muy reparable) como tieren algun delito, &c.* en esse caso, sin acordarse de transverales substituye la dicha Obra pia.

61 Que esta palabra, *hijos*, y *hijos de hijos*, en su latitud sea transcendental, y sin termino, es vulgarissimo, y mayormente quando como dize el text. *in l. liberorum 220. de verb. signif. vers. At ubi, ibi. At ubi non personis certis, non quibusdam gradibus prestatur, sed omnibus qui ex eodem genere orti sunt liberorum appellatione comprehenduntur, idem in l. 2. tit. 15. p. 2. cum vulgatis.* Y assi es en este caso, segun aquellas palabras de la segunda clausula, ibi: *Mi voluntades, que siempre lo aya la dicha mi sobrina, y sus descendientes, &c.* Y assi, no señala grados con que tenemos llano que en esta fundacion no ay cosa que estorve la infinitud, latitud, y transcendencia desta palabra, *hijos de hijos*, y en materia de mayorazgo, que se aya de vsurpar assi, cū omnium sententia tenet D. Molin. *de primog. lib. 1. c. 6. n. 28.* & ibi copiosè Addentes. Becc. *conf. 221. num. 22. vol. 2. affirmat. totam Iurisprudentiam esse huius sententia.* Mantica. *de soniet. lib. 8. tit. 8. num. 20.* Peregrin. *art. 22. num. 50.* y los que refiere el señor Castill. *lib. 5. cap. 66. num. 26.* y lo que él mismo discurre *in cod. lib. cap. 92. à num. 38.* & præ omnibus Iosephus de Rusticis

in comment. ad l. cum avus. ff. de condit. et demonstr. lib. 6. cap. 11. ex fol. 818.

62 ¶ Y assi se infiere que verificandose la condicion de la substitucion *si sine liberis debeat*, en qualquiera tiempo, aunque ayan precedido muchos grados de descendencia, y que falten descendientes legitimos de la primera llamada, se haze lugar a la Obra pia, sin que se pueda dezir, que es limitada, y restringida la substitucion a dos grados solamente, que son hijos, y nietos, aviendo usado de las palabras *hijos*, y *hijos de hijos*, que son sin limitacion, y mas auientolos puesto en condicion para la substitucion, como en propios terminos ex doctrina Simonis de Prætis, tradit Dom. Castill. dict. cap. 66. num. 39. vers. *Secundus casus*, et numer. 40. ad finem. Y auiendo faltado la descendencia en doña Maria de Colmenares, vltima poseedora deste vinculo, es aver llegado el caso de la substitucion, aunque fuera descendiente esta vltima poseedora, en grado mas inferior, y remoto de la primera llamada. Y porque en punto tan celebre, y substancial como el que vamos tocando, no es bien que le dexemos de la mano sin firmarlo de las que mas ricamente lo exornarõ, y ilustraron a nuestro favor, sin que dexen sombra de duda, en el, breuemente apuntaremos sus doctrinas.

63 ¶ El señor Molina dict. cap. 6. num. 18. assienta por conclusion constante, que esta condicion, y substitucion se juzga por repetida en todos los demas descendientes, sin que se limite a grados algunos, ibi: *Hæc conditio* (habla de la de nuestro caso) *in ipsis filiis, ac etiam nepotibus cæteris que descendentibus repetita censenda est*. Lo mismo repite en el num. 20. in fin. Lo mismo en el num. 26. et 28. cum seqq. afirmando *cum omnibus citatis ab addentibus*, nu. 36. q̄ el consejo de Oldraldo no tiene lugar en los mayorazgos, y que no basta *extitisse filios tempore mortis vltimi possessoris, si tamẽ postea decedant*, porque tiene lugar el substituto, Flores de Mena Addit. ad Gam. decis. 225. per tot. Parisio conf. 18. vol. 2. n. 43.

64 ¶ El señor Castillo in dict. lib. 5. cap. 89. num. 30. idẽ tenet latissimẽ. Pero por mas breue, y que prueua el intento con gran numero de Autores, y dezide en terminos la question, y pleito presente, trairemos el num. 13. *illius capituli*, vers. *Tertio obseruandum*, post medium ibi: *In conditione negatiua sufficet quænt documque liberos non extare sicut concludunt, et latius comprobant Socinus in dict. l. solemus, ad fin. ff. de cond. et demonstrat. Alexand. in conf. 43. col. 3. vol. 3. et conf. 103. col. 3. lib. 7. Mantica lib. 11. dict. tit. 6. num. 7. Peregr. dict. art. 29. num. 9. per tot.*

qui in de infert, nam. 10. Quod si testator in defectum descenden-
tium suorum mandat Capellan construi, quando cumque etiam
post mille annos casus euenti, et locus erit relicto, et citat Baldi de
exclusionum in terminis Castrensem, etiam Ruthnam, Socin. in. 10. et
Gabriellam, et tenentes.

¶ Profigue (hotelo:) Infert etiam nam. 11. quod si testator de-
cedere filio suo herede sine liberis, et eius liberis, sine liberis sub-
stituta agnatos, vel locum priorem substitutum, si locus erit in omni
tempore quo contingat, liberos desicere, sicut tenent Baldus, Sal-
cetus, Alexand. Curtius in. Parisi. Ruinus, Doctianus, et alij
ibi commemorati. Que mas claro púesces nuestro caso en terminos.

¶ Veo aora el segundo Abogado si le caduco la sub-
stitucion, por auer muerto con hijos la primera llamada, y otra su
hija, cuya hija fue la vltima poseedora, y nieta de la primera lla-
mada, pues es constante que en todos censuero repetita la misma
condicion, y substitucion *si sine liberis decesserit*, pero aun por me-
jor se tuuiera en el caso del pleyto auerle caducado, y de vaneci-
do la substitucion, segun ponera oamos arriba, num. 56. porque
tuuiera lugar el que quedassen libres estos bienes del vinculo, y
pudiera de ellos disponer la vltima poseedora, como se vé en el
mismo num. 56. que dispuso, sin que por este medio de que se va-
lió en Estados, y y de nada a la defensa de don Pedro, pues dispu-
so la vltima poseedora a favor de la Obra pia. Respeto de lo qual,
fuera de lo dicho, no puede auer caducidad, ni de el testamento ad piú opus
in causam caduci possunt cadere, ita Perogr. cum multis in tract.
de fideicom. art. 1. num. 64.

¶ Mas dificultad pudiera hazerle el que la condicio-
que está puesta, y repetida en los hijos de los hijos, dize, *no haue-
ren hijos*, que es diferente condicion de la primera llamada, que
dize, *si falleciere sin se casare, dexar hijos*, como advertió el señor
Castill. de ff. cap. 89. num. 1. y fue asi como confiesa la vltima
poseedora en la clausula del testamento que citamos supra nu-
mer. que tuuo hijos, y murieron pequeños, en el qual caso pa-
rece auer fallado la condicion de la substitucion; mas porque asse-
gura bastante mente a esta parte la misma clausula, pues en ella
manifiesta su voluntad la testadora a favor de la Obra pia, no fa-
risaremos con mas latitud a esta dificultad, que hasta aora no la
ha alegado la parte de don Pedro, basta que el señor Castillo in lo-
co citato la trate a favor desta parte, cum Doctores ab eo cita-
ris, que es bien de reparar, que ni auer mudado se el estilo de la con-
dicion le es dañoso a la Obra pia, como es doctrina de Bart. & se-
quarum relatorum ab eod. D. Castill. d. n. 11.

38

67 ¶ Y volviendo á las doctinas tan graves que hem de
 sentado de donde salimos para la breue digresion antecedente,
 infiere se de ellas, que ay tantas substituciones hechas en favor de
 la Obra pía, quantos de los ordinarios tiene la primera llamada, por
 que en qualquiera se puede verificar la condicion, *si non genuerit
 libero, & c.* *si decesserit, si non libero*, que para este efecto, como vi-
 mos en el §. antecedente, es lo mismo. Y es constante, que estando
 vna substitucion pendiente de la otra, como aqui es, que fal-
 te vna no falte la que se sigue, ni la antecedente. *Nam tunc eard
 primo substitutio non graduatorem nullo modo caducatur, nisi
 que extinguatur, h. unica, §. profouido, §. si si non uero, sub sti-
 ditione, de caducis testam. §. quando u. l. 3. §. h. si autem, y de
 Bart. ff. de adquis. hered. Dom. Molina, lib. 3. cap. 6. h. n. 39. An-
 tonius Faber, in C. suo, lib. 6. tit. 8. de fin. 14. Anton. Gom. lib. 1.
 de arbor. cap. 3. num. 10. §. 2. §. 8. Thesaur. decis. 86. numero 6.
 Dom. Castillo, lib. 2. cap. 15. num. 45. §. lib. 5. cap. 89. num. 156.*
 Y asi en qualquier grado que faltasen hijos, entrase la obra pía.

68 ¶ Infiere se tambien por ser tan cierto, que ay tantas
 substituciones, como descendientes en los mayorazgos de Espa-
 ña, que se interpretó por esta causa, la clausula del testamento del
 Rey Don Henrique, de qua in l. 1. tit. 7. lib. 5. Recopi. (que es la
 misma que la de nuestro caso) *Libre Que les ay a por mayora-
 zgo, y sin que al hijo legítimo mayor de cada uno de ellos, y si mu-
 riere sin hijo legítimo, &c.* Auante de entenderlo mismo en el títu-
 lo, vizieto, *Sec. in infinitum*, sin embargo de que parecia perso-
 nal, limitado, y restringido el llamamiento; muchos mas que el
 de este pleyto, Dom. Mohr. *de primogen. cap. 5. num. 21. §. 22.
 §. cap. 6. h. n. 21.* Gutierrez *pract. quæst. lib. 2. quæst. 52. per totam*,
Palac. Rub. in repetit. libr. 69. num. 21. §. seqq. Mathe-
 40, *pturescitans, in dict. l. 1. per totam, à fortiori*, se autá de ex-
 tender mas en nuestro caso, por que mas expresión de llama-
 mientos.

69 ¶ Infiere se tambien, que la decisión de la *l. cum
 auus, ff. de condit. & demonst. del test. in l. cum auus, §. si mi,*
C. de fideicommissis, l. generaliter, §. cum auus, C. de inst. §. subfi-
rit. l. 10. tit. 4. part. 6. tiene lugar en los vinculos, y mayorazgos
 porque aunque no expresse el Fundador, ó ya sea ascendiente, ó
 era anterior la condicion *si sine liberis*, se juzga repetida en todos
 los descendientes del Fundador, ó de la linea traouersal llamada
 tra expresse Dom. Couarruv. *in practicis, cap. 38. nu. 12. in prin-*
cip. Dom. Castillo, *lib. 4. contron. cap. 9. num. 67.* Peregrin. *con-*
silio

folio 39. per totum, Vbescimbechijs, consil. 94. per totum, vol. 2.
Robles Salcedo, de repres. lib. 3. cap. 4. nu. 9. § 10.

70 ¶ Y así destas ilaciones, como de las doctrinas de donde salen, queda precisamente fundada la justicia de esta parte en las cláusulas de la fundacion, pues es llamada la obra pia en defecto de sucesion; la qual condicion no solamente la expresa la fundacion en sus cláusulas, si no que el mismo derecho, como por estas ilaciones parece la juzga, pro adiecta ipsismet institutionibus, y auiendo llegado el caso oy, como lo declara la vltima poseedora, y como consta por lo que no prueua la parte contraria, y por las mismas palabras de la fundacion, parece no queda duda alguna, para que estorue á que se haga lugar á la obra pia substituyda, y al derecho de patronato en el Capellan Mayor, aunque huvieran precedido mas numero de descendientes, porque á todos está hecha la substitucion, y en defecto de la descendencia de Maria de Olarte primera llamada, que acabó en D. Maria de Cobmenares vltima poseedora.

EX CONIECTVRIS.

71 **P**OR todos caminos se ofrecen fundamentos nuevos, para asegurar mas la justicia de esta parte, y aunde los mismos que le vale la parte contraria, se coligen como hemos visto por sus instrumentos en el punto primero, aora se ve por sus discursos, porque es coniectura, non contennenda, el que se le aya de preferir la obra pia, ver que la fundadora tan pocas substituciones expressasse para llamarla, que solamente pretendió para que se lo-grasse, y se diese la limosna á las huérfanas que muriesse sin hijos, su sobrina sin llamar á otro transfuersal en esse caso, y lo mismo en todos los descendientes, como tenemos visto, y recibe nueva fuerza la coniectura de la vltima cláusula, que habla de los delitos, porque en caso de caer en alguno la persona que poseyesse el vinculo, que tuviessse por pena perdimento de bienes, no llama transfuersales, si no la Obra pia, cosas que manifiestamente hazen coniectura, de que tuvo mas afeccion á ella que á sus parientes, argum. text. in l. si feruus plurium, §. vltim. ff. de legat. 1. l. Aurelius, §. Titius, ff. de liber. legata, l. penult. in princip. ff. de alim. §. sib. leg. l. Titius, ff. de hered. insti. Pacian. consil. 9. num. 32. Azuec. conf. 16. ex num. 14. Casanat. conf. 10. nu. 42. §. conf. 47. num. 27. y quando huviera alguna duda en el llamamiento, por razon desta afeccion, que mostró á la Obra pia, es constante de-
ue preferirse.

Text.

92. ¶ *Text. in dist. l. Aurelius. §. Triquetram. ff. de liberat. legat. l. capienda. 168. §. 1. ibi: Quod factum est, cum in obscuro sit ex affectione cuiusque capit interpretacione. ff. de reg. iur. l. si emptorem. 36. ff. de minorib. prolequitur late D. Castille, lib. 5. controu. c. 85. ex n. 13.* Y siendo tan clara la afeccion a la obra pia, que el primer paso queda en la disposicion, es vna disunctiua de vna sobrina legada, y en defecto de tener hijos la obra pia, y que en ningun caso admite transuocales, ni llama otras lineas las demas substituciones, se deuen interpretar segun esta afeccion, como lastamente discurre el señor Molina, hablando de la quantidad masculinitatis, lib. 3. c. 5. n. 35. cum ab eo citatis.

73. ¶ Y este genero de investigar en caso dudoso la voluntad del testador, y que arguitur, conite de ella, aun sin llegar a terminos de obra pia, de quo postea, estan eficaz como lo dize el texto de la *l. cum virum, C. de fideicommissis. l. penultima, ff. de legatis. 1. l. cum proponeretur, §. l. qui solidum, ff. de legatis. 2. l. si quis locuples, in fine, ff. de manumissis testam. plura cumulat Parisius, cons. 35. num. 12. cum seqq. libr. 3.* y lo que por coniecturas consta induze efectos de expresa voluntad, *l. licet Imperator, vbi Bartolus, & communiter Scribentes, ff. de legatis. 1. l. quidam testam. ff. de vulgari, l. Tusa, §. lucrum, ff. de legat. 2. l. si tutor, vbi Gloss. Inquit, presumptiones, & coniecturas, quae ex verbis testantis deducuntur esse liquidiissimas probationes, C. de periculis tutorum.*

74. ¶ Por la misma causa de afeccion declarada desde el principio de la fundacion, de que tuviere lugar la obra pia, ex praesumptio, & coniectura iuris, que tiene lugar la substitucion en todos los descendientes, hasta saltar sucesion, para que sabien que de probado por coniecturas el assumpto de la primera parte deste punto segundo, ex text. in *l. in ratione. 1. §. filia, ff. ad l. falci diam, ibi: Si plures substituit, sub ducta persona pupilli, reuocandi sunt ad intellectum institutionis, text. in l. scia, ibi: Propter legem in exordio datam, ff. de donationibus causa mortis. Præcis. de ultim. voluntat. libr. 1. interpret. 2. dub. 2. solut. 14. num. 27. & 28.*

75. ¶ Egrege in hac parte Fontanet. decis. 151. num. 17 ibi: *Addunt denique Doctores verosimilem testatoris mentem, quod si de hoc casu interrogatus fuisset, est sine dubio, quod respondisset se velle gerere filios posteros in conditione, & ex vniuersis vocatos: quia alias bona deuenire non possent ad proximiores postea vocatos, nec ad causas pias, quas vocauerat in defectum illorum, Rust. cons. 1. num. 46. Rota, in nouiss. part. 1. decis. 698.*

num. 10. C. de Barz. inconst. v. m. post decis. iur. n. 143.
Es decis. num. 15. ubi, quod ex hac verosimiliter datur re-
petito, seu ex tenore fidei commissi de una persona ad aliam, &
etiam quia non est datur rationem, cur magis voluerit gravare o-
mnem restitutionis nepotes, quam ex alio; quod
illos magis voluerit gravare, &c.

76 ¶ Y la razon porque la vltima poseedora deste vin-
culo, que murió sin sucesion, se ha de juzgar más obligada, y gra-
uada con la restitucion del fidei commissio, que los antecedentes
poseedores, como en estas palabras finales, dize Pontancia, es,
porque si teniendo más afeccion à la sobrina, primera llamada, la
deixó gravada sub conditione, *si sine liberis decesserit*, à favor de la
Obrapia, à fortiori, los nietos de la primera llamada, lo deven en-
tar, y por consiguiente tiene lugar la substitucion en la vltima
poseedora, como nieta, pues no solo la misma, sino mayor razon
le assiste, ita Fular. de substit. quest. 320. num. 36. Perey. de re-
novat. emphiteus. cap. 14. num. 26. Sardi. quest. 36. num. 38. Man-
tic. lib. 8. tit. 8. num. 17. Decian. conf. 88. nu. 62. lib. 2. Y que fuesse
mayor la afeccion de la sobrina, primera llamada, que de la nieta
vltima poseedora, est ipsa luce clarius, porque aya nacido la so-
brina, y la conoció antes que muriesse la Fundadora, y la nieta no
la conoció, ni pudo conocer, de lo qual dimana la especial afeccion.
Carr. lun. conf. 111. num. 9. Menochio, conf. 1035. num. 2.
lib. 11. Maurica, ubi supr. num. 15. y 16. Y es filiofonia llana, nihil
volitum, quim præcognitum.

77 ¶ Concluy moseste papel, ponderando la razon es-
pecial de favor que à esta parte assiste por razon de la causa pia-
dosa que defiende, pretendiendo que se gasten los frutos deste vin-
culo, segun la voluntad de la Fundadora en casar huérfanas; en el
qual punto comprehendiendo todos los cabos que hasta aqui he-
mos seguido, discute dict. Fontan. decis. 589. num. 9. hac ratio-
ne: *Secunda limitatio est favore alimentorum, causa pia, pauperum,*
anima, dotis, & similitum favorabilium causarum: tunc
enim caducato præcedenti casu, semper admittuntur vocati, si-
ue nominatim, siue alias sit onus ab alio iniunctum, & onus ha-
betur pro repetito. Barr. post. Glos. in l. 4. §. fin. de alim. & cibari-
regal. Sued. de aliment. privileg. 15. num. 2. Peregrin. artic. 16.
num. 60. Y fuera de estos Doctores, exorna copiosissimamente
este mismo punto Gratian. discept. forens. capit. 503. ex num. 13.
cum seqq.

78 ¶ Y aunque pudieramos juntar todos los singula-
res que los Doctores discuten acerca del favor de las piadosas cau-
sas,

fas, nos valdremos solamente, de que caso que tuviesse alguna du
 da el derecho de esta parte, por esse mismo caso merece el favor, y
 la gracia de los señores Iuezes, pues defiende la Obra pia de doctes
 de Huérfanas, *l. sunt persona. ff. de Relig. et sumpt. funer. Ro-*
man. in authent. similiter, C. ad l. falcid. Surd. de aliment. tit. 2.
quast. 15. nu. 164. cum seqq. y siendo tan deuido à la piedad Real,
 y Católica, que en los señores Iuezes superiores resplandee. *Ege-*
nis prospicere, ac dare operam, ut pauperibus alimenta non de-
sint: palabras de los Emperadores Valentiniano, y Marciano, en
 la *l. privileg. C. de Sacrosant. Eccles.* esperamos, que la sentencia
 sea tan fauorable à la liberal piadosa, y loable memoria de los Fú-
 dadores deste vinculo, como las palabras finales de dicho texto,
ibi: Liberalitatisque huic promptissime perpetuam tribuimus fir-
mitatem. S. V. D. C.

Doctor Don Iuan
de Leyua.

