

A-31-149

Librería	149
Sección	A
Estado	31
Título	
Número	149



DE LA LIBRERIA
 DEL REAL COLEGIO MAYOR
 Reunido de Santa Cruz, y
 Santa Catalina.
 E. C. N.

POP
 DONA ANA LUY
 SA DE HERRERA
 Melgarejo, viuda de
 ga, Calle
 Santiago

de Ortega
 de señor
 Ciudad



DO
 HE

CO DE
 DE LEON
 y Azales, en
 Herrera la
 Ciudad

co Sanchez, en
 de 1672

12-12-81

12-12-81



ALTA de obser-
vancia en las con-
dicioncs del mayo-
razgo que fundó
Luis de Herrera,
Venticuatro que
fue de la ciudad de
Sevilla, por el tes-
tamento que otorgó en ella en primero de Setie-
bre del año pasado de 605, es la controversia de
este pleyto, afirmando en el don Fracisco de Her-
ra, como Actor, tocarle los bienes de dicho mayo-
razgo, por no averle casado con pariente de la fa-
milia del fundador doña Ana Luysa de Herrera, y
por estar casada fuera della al tiempo de la va-
cante, segun por las clausulas de dicha fundacion,
dize, quedò cautelado, siguiendo a Ciceron
*lib. 2 Philipic. In publicis actis, nihil est legè
gratius in privatis firmissimum est, testamen-
tum.* Y la repuesta que despues hallamos en *Quin-
tiliano de declamot. 308. Et in more civitatis. Et
in legibus positum est, ut quoties fieri potuerit de-
functorum testamento situr,* posibilidad que si en
algo se halla defectuosa, no corre con toda la legu-
ridad que comunmente el derecho considerò, y
notò Quintiliano, ser poco afortunada la disposi-
cion que por si sola no podia correr, sujeta a la for-
tuna de lograrlo auxiliada, o disminuyda, *Miser-
hercule conditio mortalitatis, quando omnibus
iura qua agimus. Et dispensatus videtur opus
esse testatione, aut diminutione,* ley que dixo
Seneca ser siempre necessaria para la perfeccion
de qualquiera acto, y en especial la del tiempo, que
suele alterar, y mudar con qu
accidente las disposiciones, *lib. 1. de senectute. Necesse
est, ut in navigatione ex
tempore, quæ raris incen-
sibus, et opprimis, pl
temporis, quæ. a mutat.*

... fuera corto ac-
... necesaria es,
... essaria lex

Doña

cion hizo Luys de Herrera, y clausula della hañ
de regular la controversia deste pleyto, y aunq̃
nostrum seire, no puede asegurar qual dellas
por si sola sea la mas necessaria (*quis credat
eius conditionis esse tura vlla vt aliquid non si-
ceat. Et necesse sit. Quintilian. declamat. 249.*
quedádo reservado al arbitrio de los señores luc-
zes que han de determinar, *non est nostrum esti-
mare casar, quem supra ceteros, et quibus de ca-
sis extollas, tibi summum rerum iudicium. Dñ de
dere nobis obsequi gloria relicta est*, dixo Ta-
cito lib. 6. *annual.* hablando de Marco Terencio,
Cauallero Romano, referiremos de la dicha fun-
dacion las principales, entre las quales, la prime-
ra es la que se refiere en el memorial num. 3. lla-
mádo a don Francisco de Herrera Melgarejo ca-
sa 10.

4 ¶ Primeramente fundo este mayó-
razgo en la persona de don Francisco de Herre-
ra Melgarejo mi sobrino para que lo posea, y go-
ze por todos los dias de su vida, y después de sus
hijos, y hijas varones, y hembras, y descendientes
dellos, de legitimo matrimonio nacidos de unos en
otros, perpetuamente, para siempre jamás, prefirién-
do el mayor al menor, y el varon a la hembra, y
aunque sea el varon menor en dias, y la linea del
ultimo poseedor a todas las otras lineas.

5 ¶ Semejante al llamamiento preced-
dente ay otros cinco, que son, el de la casa 12, 12.
13, 14, y 15, este fecho a don Francisco de Her-
ra, abuelo de don Francisco que litiga casa 24, y
a falta deste, y de sus hijos, y descendientes haze
llamamientos en los transversales, y en el nu. 15:
del memorial se pone la clausula siguiente:

6 ¶ Con condicion, que el successor, ó su-
cessores en el no se puedan casar, ni casen sin expres-
sa voluntad de sus padres (sentencia fue de Julio
Paulo in lib. fentent. cap. 2. de nuptil. *Eorum qui
in potestate patris sunt sine voluntate eius mat-
rimonia iure non contrahitur*) y si no tuvieran pa-
dres

dre, ni madre sea con voluntad de los otros tres
Patronos legos (estos lo son de vnos Patronatos
que ay en su familia) & ibi: Y que precisamente,
aunque suceda la dicha licencia, no se casen, ni
puedan casar los dichos suessor, y suessores si no
fuere con persona hidalgo, honrada, y de buena
vida, fama, y costumbres, y virtuosa, y todo quã
to en contrario de lo susodicho en todo, o en par-
te, o alguna cosa dello hiziere, o intentare sea en
si ninguno, y no valga, y por el mismo caso los di-
chos suessor, y suessores que no lo cumplieren seã
excluydos, y los excluyo deste mayorazgo, y su
possession, como si no buuieran sucedido, y como si
naturalmente dos, o tres dias antes buuieran fa-
llecido.

7 ¶ La clausula que mira a la formali-
dad de los casamientos, para con las mugeres, di-
ze así: Item, con condicion, que la dicha persona,
o personas que sucedieren en este mayorazgo, sien-
do muger sea obligada precisamente a casar y que
se case con persona de mi linage Alcañã, y apellido,
y que se llame Luys, o Francisco de Herrera Mel-
garejo, y trayga mis armas segun, y como esta dis-
puesto, y lo tengo ordenado en la condicion que so-
bre elibitara, y si autendo persona de mi linage cõ
quien poder casar no tuuiere el dicho nombre Al-
cañã, apellido, y armas, permito que llamandose,
y firmandose el dicho nombre de Luys, o Francis-
cõ de Herrera Melgarejo, y trayendo las dichas
armas, segun, y debaxo de los vinculos, y firmeças
que estan dispuestas en la dicha condicion que so-
bre ello trata se pueda casar, y case con el tal mu-
ger suessor a este mayorazgo, y si no huuiere per-
sona de mi linage con quien poderse casar, se case,
y pueda casar con otra persona con que sea Ca-
nallero principal, hijo de algo notorio, y cõ que prece-
da licencia de su padre de la tal muger, y sino le tu-
uiere, de su madre, y a falta suya, de las demas
personas congnidas en el capitulo antes deste que
trata en razon de los casamientos de los varones

4
sucessores en este mayorazgo, y debajo de las mismas prohibiciones, vinculos, y exclusion, y efectos contenidos en el dicho capitulo antes deste, por que lo mismo hago, y ordeno, y dispongo, y se ha de entender, y entienda en lo que toca a casarse las mugeres con voluntad de sus padres, y demas personas contenidas en el capitulo antes deste, que he aqui por expreso, y todo lo que en contrario de lo aqui contenido se hiziere, y intentare, demas de ser ninguno, y de ningun efecto, y valor lo anulo, y renoco, y desde luego excluyo, y he por excluydas de la sucesion deste mayorazgo a las tales persona, o personas que contra lo aqui contenido fueren, o vniere, y no lo cumplieren con efecto, y sean privados de la posesion, y del usufruto, y del derecho de suceder, y passe al siguiente en grado.

8 ¶ Item, con condicion, y declaracion, que si la sucesion deste mayorazgo lo care, y perteneciere una, y mas vezes a muger, y quando sucediere se hallare casada con hombre que no sea descendiente de mi linage, en tal caso se excluyo, y he por excluyda de la sucesion deste mayorazgo, y no tenga derecho, ni causa a el, y passe al siguiente en grado, porque mi voluntad determinada me es, que este mayorazgo se perpetue en personas de mi linage, nombre, y apellido, y quiero, y mando que la persona siguiente en grado que sucediere en siguiente grado a la muger que se hallare casada como dicho es, le de a ella por los dias de su vida della mil ducados en cada un año del usufruto deste mayorazgo, viendose casado la muger con voluntad de sus padres.

9 ¶ Item, que por quanto es bien, y conviene que el successor que sucediere en este mayorazgo, y sus hijos sepan las condiciones que estan obligados a guardar, y les pare el perjuizo que arriba esta referido, mando, que sean siempre obligados a tener en su poder el tanto de las condiciones, vinculos, y firmezas con que le instituyo, para que esten advertidos de las obligaciones que tienen,

tienen, y el padre este obligado a advertir dellas a sus hijos para que no las ignoren.

10 ¶ Con estas clausulas, auirndo discurrido la succion desde don Francisco primero llamado (casa 10.) a don Diego Ortiz Melgarejo (casa 17.) por auer premuerto segundo, tercero, y quarto llamados antes que don Francisco de Herrera (casa 10.) posesyò don Diego Ortiz Melgarejo, hermano de doña Ana Luisa de Herrera (casa 19.) Rca en este pleyto, la qual por auer muerto su hermano sin hijos, ni descendientes, y auer fallecido atsimismo doña Juana Ortiz su hermana (casa 18.) sin ellos, obtuvo la tenuta deste mayorazgo.

11 ¶ En aquel juyzio litigò don Francisco de Herrera Ponce de Leon, Actor deste pleyto, juzgando tocarle la succion deste mayorazgo por nieto que dixo ser de don Francisco de Herrera (casa 10.) siendo nieto de don Francisco de Herrera (casa 15.) sexto llamado, y aunque este error se repitiò varias vezes, como parece del memorial num. 60. corrió el pleyto atribuyèdo el yerro a los Abogados, en el hizo sus prouanças, aunque no bastantes a que pudiera obtener.

12 ¶ Puesta en la possession del mayorazgo referido doña Ana Luisa de Herrera en virtud de la carta executoria obtenida por la susodicha en el juyzio de tenuta, el pleyto se traxo a esta Corte por el año de 64. en ella don Francisco de Herrera y Pineda puso demanda en la propiedad pidiendo se declarasse por legitimo succion del mayorazgo, cuyas clausulas quedan referidas por auer llegado a caso del sexto llamamiento de don Francisco de Herrera (casa 15.) de quien dize es nieto de (pues de advertido del error referido, afirmando auer contravenido doña Ana Luisa de Herrera a lo dispuesto por Luis Ortiz en la fundacion de este mayorazgo, por casarse con don Alonso de Ortega, Cavallero del Orden de señor Santiago, no siendo de la familia del fundador, pues en ella

dize

3
dize auiá patientes con quien poder contraer en observancia de lo dispuesto en la fundacion, y que advertida de las calidades della, despreciandola, se casó, y por la contrayencion, ó sin ella, por estar casada la dicha doña Ana de Herrera la mayor suera de la familia, tambien le tocava la sucesion, segun la clausula que queda referida num. 8.

13 ¶ Y para excluir don Francisco de Herrera y Pineda a doña Ana Luysa de Herrera la menor, entre otras razones se funda, en que auiendo contravenido doña Ana Luysa de Herrera su madre, no queda ella capaz de suceder, advertencia que consta del memorial fol. 15. B.

14 ¶ A tanta preuencion de alegaciones se opuso doña Ana Luysa de Herrera (casa 19.) alegando de la fundacion la ignorancia, ser lo dispuesto en ella en quanto al grauamen de casarse con pariente solo a los transversales, no estar obligada a guardarla, no auer pariente q̄ por derecho, fuerte, ó precepto del fundador pudiera tocarle por marido, que el hallarse huérfana, pobre, según su calidad, educada en un Convento, no auerla perdido pariente alguno q̄ de derecho ó ella se pudiese casar, le obligó a aceptar por marido al que la pidió, que fue don Alonso de Ortega, Cauallero de la Orden de señor Santiago, noble, y rico. Que auiendo celebrado este matrimonio por el año de 644. no tenía esperança de suceder, porque entonces poseia don Francisco de Herrera (casa 10.) primero llamado, y que faltando este, tenia delante a don Francisco de Herrera (casa 11.) a don Diego Francisco de Aualos (casa 13.) y en la linea de don Fernando de Medina, quatro llamado (casa 12.) su padre, se hallaua precedida de don Diego Ortiz Melgarejo, y doña Juana Ortiz Melgarejo, sus hermanos mayores (casas 17. y 18.) y que en esperança tan larga no se podia dar animo de contrayencion, ni desprecio de la voluntad del fundador, y que dado que por algun medio don Francisco de Herrera pudiera suceder, se halla no-

todo con dos defectos. El primero, que por hijo de
doña Luyfa Niño (casa 20.) conforme la alega-
cion que dexa hecha para excluir a doña Ana Luy-
fa de Herrera la menor, que queda notada en el nu.
13. deste alegato, es a excludo por auerse casado
su madre con don Iuan de Pineda, Cavallero es-
traño de la familia, y si la falta de licincia que
opone a doña Ana Luyfa de Herrera para casarse
le obsta (este es el segundo defecto que el padece)
pues se casó en ella, teniendo mas obligacion a sa-
ber de la fundacion, las calidades, y no querirlas
corregir por correra su conveniencia, alterando
del fundador la disposicion, no se casó segun lo
mandó el fundador: deste lance cree que hizo mé-
cion Marc. Tul. Cicer. 3. in verrem, *solus tu in-
ventus est, cui non satis fuerit corrigere volunta-
tes virorum pro utilitate propria nisi etiam rescin-
deres mortuorum*, de su pretension se conoce la
oposicion que haze a la fundacion, y de su prouan-
za se verá abaxo como la ha querido corregir.

¶ Mejor linea, y en la que se halla en
troncado este mayorazgo, apellida doña Ana Luy-
fa de Herrera (casa 19.) por hallarse en ella her-
mana del ultimo poseedor, poseedora en virtud
de la execucion de tenuta, no estar don Francisco
de Herrera en grado que pudiera contraer matri-
monio con ella, si en aquel tiempo los dos estuie-
ran libres, no ser para ella legitimo marido don
Pedro de Etquibel, a quien los testigos de don Frá-
ncisco abonan para tal, quando por el pleyto con-
fite estava casado con doña Juana Ortiz Melgarejo
(casa 18.) hermana de doña Ana Luyfa de Herre-
ra, demandada en este pleyto, observancia que lo
otorgo lugar entre los Thesalonienfes, segun Tit.
Lib. 10. dec ad. 4. nota que en el Senado Ro-
mano se opuso a Cecilo Metelo por auerse casado
cum sorore prioris uxoris de mortua, y lo reprueva
Tiraquel. un. 7. *connubial. glos. 2. part. 7. num.*

30.

¶ Con estos alegatos, la formalidad del

del

6

del pleyo se ha observado en el sustanciar se. Recibi-
bióse a prueba, concluyóse, y está visto en vista, y
para ajustar la legitima defenfa del derecho que
asiste a doña Ana Luysa de Herrera, se fundarán
los discursos siguientes.

* * * DISCURSO PRIMERO. * * *

17 **E** Neste discurso se ajustará, que doña Ana
Luysa de Herrera (casa 19.) no tuvo no-
ticia real de la fundacion, y condiciones par-
ticulares que hizo Luys de Herrera en el mayor
razgo sobre cuya sucesion se trata, y que asiendo
padecido ignorancia dellas no puede ser excluyda
de la sucesion del.

18 ¶ San Ambrosio en el Psalmo 118. há
de acreditar este primero discurso: *Ordinis igno-
rantia conturbat negotiorum naturam formam
que meritorum, statuta facere contraria; non est
intelligere, seu ignorare.*

19 ¶ Está en las disposiciones *mero fac-
ti alieni*, tiene efecto esclusivo de qualquiera co-
travencion que se quisiera considerar, regulando
se el acto; *ac si pure factus esset*. Sin que obste el
precepto por la ignorancia que se padece, notole
por los lrisconsultos *in l. 3. §. si quis ignorans ff.
ad Sylaman. l. si in drem ff. de condit. & demõs.
l. statuta liberos, §. si quis heredi ff. de statu lib. l.
si heredi, C. eod. l. 2. in fine, ff. de condit. & de-
monstrat. Craueca consil. 6. num. 73. Cephal.
consil. 390. num. 11. lib. 3. Tiraquel. de pænis
semper and. causa 11. Bertrand. consil. 148. num.
1. lib. 1. part. 2. Plotus consil. 87. à num. 3. inter
consilia matrimonialia diversorum, & consil. 15.
num. 4. Menochij consil. 1011. nu. 6. Antonius
Gabriel tom. 3. de consensu oppinon. lib. 6. de
reg. iur. consil. 5. & 6.*

20 ¶ Y porque esta alegación no quede
solo in fide Doctoru allegatoru, y se pueda o mas
facilmente formar el concepto, referirè las palabras
de

de algunos, cuya autoridad es notoria, y su senten-
 pudiera ser ley, los Adicionadores al señor Lays
 de Molina de primog. lib. 2. cap. 13. n. 30. dicen, pro
 sequitur Pater Molina tractatu 2. disp. 614. n.
 3. ubi refert, & sequitur, & hoc iuri: ratione cõ-
 probatur, nemo enim priuari debet ob contrauen-
 tionem, nisi dolose contraueniat ex adductis ab
 Hondedeo consil. 68. num. 18. & in specie tenet
 Rot. Rom. decis. edita sub consilio Hondedei 96.
 lib. 1. & in contractibus, id ipsum probant Mā-
 del. Albenf. consil. 97. num. 33. & 36. lib. 1. ex
 l. Titia, §. si ea conditio. ff. de legat. 2. l. qui cum-
 que, C. qui admitti, quod verisimum profitemur
 ex adductis supra numeris precedenteibus, ubi
 iustum impedimentum grauatam excusat, & ig-
 norantia probabilis inter iustas causas impedimẽ-
 ti connumeratur, Ancharr. conf. 174. num. 4.
 & qualibet probabilis causa producit excusatio-
 nem pœna etiam conventionalis Bald. in l. final
 quest. 11. C. de contrahend. Iason in l. qui Ro-
 ma, §. duo fratres, num. 19 ff. de verb. obligat.
 & in l. Iulianus, num. 22. ff. conditione in de-
 bitis; Alexand. consil. 115. num. 14. vsque ad fi-
 nem, lib. 4. Tomas Nonas consil. 111. num.
 80.

21 ¶ Sigue este dictamen Menochius
 in consil. 425. a num 16. tratando del precepto
 de Casar. ibi: In casu nostro clarum est, quod ha-
 filia ignorauit patris dispositionem, si entre la dis-
 posicion de padre a hijo se da ignorancia del pre-
 cepto q̄les auia puesto, ut certa forma nubere, et
 para que no que de priuada, con mas razon auia le-
 gitima causa de escusa en la disposicion de vn trãl-
 uersal, cuyas noticias son mas remotas, consulta-
 do sobre ello Fontanela en disposicion de padre a
 hija, de pactis nuptialibus, claus. 6. golo. 3. part.
 5. num. 69. para excusar a la hija de ignorancia
 dize, ad id enim debebat de hoc instrumentum esse
 confectum, & postea legi, & ostendi filia, vel sal-
 tem coram testibus explicata per patrem eius vo-
 luntas

7
tantas alias; non tenebatur alijs id dicentibus
dere modo aliquo, juxta 12. in l. si quis infirmatus;
ff. de possi. Clementina causam de electione, con
la misma elegancia continúa el intento, que por no
alargar no repito todo el lugar, y le devé ~~ser~~ uea.

22 ¶ Muchos refiere a este intento El
cobar del Corro de paris. *sanguis. 1. pars. quast.*
4. §. 7. num. 127. noster Rokas de incompati-
bilit. part. 3. cap. 1. notabili §. num. 38. Ciriac.
Nigr. tom. 3. contro. 4. §. num. 97. vbi plures
D. Ioan. de Larrea tom. 2. decis. 59. num. 17. los
quales hablan en el caso de que tratamos.

23 ¶ Menoch. *dist. cons. 425. no. 16.*
refiere las causas de ignorancia, que se pueden con
siderar en la mugeres. *Primo pro eis fiat iuris pra-*
sumptio praeiudicatur enim filio ignorare disposita
à patre in testamento, l. eius qui in fine, ff. scer-
tum petatur, & tradunt omnes in l. qui Romæ,
§. duo fratres, ff. de verb. obligat. ibi post alios
Cres. num. 99. Ripa num. 30. & communem
esse affirmant Crauia in cons. 193. num. 6. &
reliqui à DD. consultiis allegati, siendo mu
ger doña Ana, corrè cō mas razón eña ponderaciō.

24 ¶ La segunda causa de ignorancia,
que con mas veras parece assiste a doña Ana de
mas de no conocer al fundador, ni hallarle al tiem
po que hizo la fundacion en su casa, ni ser nacida
aer estado encerrada en el Convento de san Leand
ro de la ciudad de Seuilla al tiempo, y quando se
casi, esto le lo prouea don Francisco de Herrera
en la pregunta 10. de su interrogatorio, que aun
que el dize en ella estaua en casa de su hermano,
los testigos deponen lo contrario, como son, don
Juan de Guzman num. 126. del memorial, don
Fernando de Esquibel num. 127. y otros testigos
en el num. 129. y lo mismo afirma don Pedro Ber
readona n. 132. Mucha ignorancia es de vn Caua
llo de tantas partes como dō Francisco no sabe
quien fue su abuelo, como dexamos notado en el
num. 11. de este alegato, y aqui ignora en que par-

te asistia su prima, poca comunicacion de via de tener con los parientes, quien padecia semejantes ignorancias, lugar a donde las noticias entre mugeres se conocen con dificultad. *quia sub custodia sunt*, a imitacion de la muger de que haze mencion Menoch. *dict. cons. 425. num. 17.* que estaua debaxo de la curaduria de su abuela, y esto bastò para excusarla de la contravencion de no casarle, ibi: *Tertio quia erant sub cura auita paterna, Et ideo equiparabantur pupilis, l. si curatorem habens, C. de integrum restitut. Et manifeste tradit Ripas. l. 1. §. fuis quasitam, num. 14. ff. ad Trebi. & ibi: Qui respondit, non sufficere scientiam praesentem minoris, cum agitur de iuris remissione, no se duda que doña Ana era menor, pues por los autos consta tendria hasta ventiquatro años, Malcard. de probat. conclus. 880. n. 2. entre las conjeturas que tiene por bastantes para que se de ignorancia, pondera la ausencia, ibi: *Ex his coniecturis ista est, una ut ignorantia probetur probata absentia, vel alia causa, qua soleat iuxta causam praesentem, Menoch. de arbitrar. casu. 186. num. 16. DD. & Glos. in cap. praesumitur, verli. Quando probatur, de reg. iur. in 6. vbi Bald. & Abbas num. 10. Et in cap. cognoscen-tes de constitut. vbi Felin. num. 19. Berol. num. 54. cap. 5. Decio num. fin. Et cons. 460. nu. 27. verli. Quia propter absentiam.**

¶ La tercera causa de ignorancia, es la mesma voluntad de Luys Ortiz fundador, pues en la fundacion que hizo, no se contentò, que por noticias vagas, y advertencias inciertas pudieffen ser culpados los q̄ tuieffen derecho de suceder, si no es en caso q̄ la ciencia de lo q̄ auia dispuesto fue fereal, todo el asunto se prueua de la clausula que dexamos citada en el num. 9. obliga a los padres por ella a que tengan en su poder la fundacion de este mayorazgo para hazerla notoria a sus hijos, y no puedan alegar ignorancia por tener el instrumento en su poder; advertencia fue que hizo An-
charrano

chartano *consil.* 170. n. 6. Aretin. *consil.* 15. *in fin.*
 Decius *consil.* 267. *in fine*, Petrus Bencintendis
decijs. 61. num. 7. Menoch. *plures allegans lib.* 6.
de presumptionib. presumpt. 23. num. 64. Afflic-
 tis *decijs.* 13. num. 11. Crauera *consil.* 193. num.
 7. *verf.* *Similiter*, con que faltando esta circun-
 tancia de no auer sucedido el padre de doña Ana
 en este mayorazgo, ni tener la fundacion jamas
 en su poder, costa, y sin efecto se juzgara la cien-
 cia que pudo tener de las calidades de la fundacio
 por muger recogida en vn Conuento, que para
 obstarle era necessario, *quod denuntiatio facta*
esset ad dominum quae ignorantiam allegans habi-
teat, palabras son de Roberto Maranta *in l. is*
potest. ff. *de acq. hered.* num. 294. citando a Bal-
 do. *in l. si tutor. petus*, C. *de peric. tutor.* Iason
in §. sed iste. colum. 8. *Instit. de actioib.*

26

¶ La casa en que habitaua doña
 Ana era el Conuento de san Leandro, a donde
 por claustrada, por la poca conuersacion que tenia
 con los parientes, la aseguran de noticias de la dis-
 posicion, siendo cierto que vna de las causas que
 excluye la ignorancia en esta materia de contra-
 vencion, *ut nubat in familia*, es, que no esté re-
 tirada, y que tenga trato con los parientes della,
 aduertencia fue de Mascardo *de probat. conclusi.*
 1299. num. 9. *ibi*: *Copijatur esset scientia si*
fuerit quis consanguineas domesticus; vel commē-
salis conuersans cum aliquo, hoc aut, C. unde cog-
nati. l. *de tutela.* C. *de integram restitutione*, l.
si vicinis, C. *de nuptijs.* cap. *quando de presump-*
tionibus Corro. *consil.* 85. num. 12. lib. 3. Crauec.
consil. 36. num. 3. Baldo *consil.* 295. colum. 1. lib.
 2. Ancharran. *consil.* 170. colum. *fin.* Baldo. *in l. is*
potest. num. 18. ff. *de acq. hered.* §. *in l. 1.* num.
 11. *verf.* *presumitur*, C. *de eductis solend.* *ibi*:
Scientiam presumi ex assidue conuersatione, Ale-
 xand. *in l. Titius.* §. 1. ff. *de liber.* §. *posthum.*
 §. *consil.* 103. colum. 2. *verf.* *Pro hac.* lib. 4. con
 que si doña Ana, como de los autos consta, estaua
 pri:

privada de aquellos de quien podía tomar las noticias reales, no deve aver lugar con travencion.

27 ¶ Poca armonia deve hazer en este caso la prouaça que en esta instancia ha hecho dō Francisco de Herrera, pretendiendo en la pregunta 9. que doña Ana Luysa de Herrera tubo noticia al tiempo de su casamiento de las condiciones de la fundacion de Luys Ortiz, y que fue advertida por su hermano, y otros parientes, para que no se casara con don Alonso de Ortega, porque auia de perder este mayorazgo.

28 ¶ Digno es de reparo, de que en la prouança que hizo en Seuilla don Iuan, litigandote allí la possession, ni tampoco en el juyzio de tenuta, no articulasse esta ciencia en doña Ana Luysa de Herrera; campo nos dexa para discurrir, ò que los testigos no estauan prevenidos, ò que en tores juzgò tener derecho a este mayorazgo solo con hallarse varon; y porque con cada vno de ellos se debe hazer discurso a parte para que se conozca la verdad con que deponen, por aora solo passo con lo referido, reservando asimismo para sus testigos la desicion 302. de Sesse. n. 3.

29 ¶ Que don Diego de Ortiz, vltimo possedor, y hermano de doña Ana, dizea le advirtio no se casara, por auer de perder el mayorazgo si lo hazia, así afirma los testigos cõ particularidad, y q̄ no la auia de hablar, por q̄ se auia casado contra la fundacion, y como esta ponderacion de los testigos es de hecho sin sacarles las contradicciones que padecõ. oygale la clausula del testamento del dicho don Diego Ortiz Melgarejo, vltimo possedor, y a quien doña Ana sucediõ, en que declara tocar la sucession deste mayorazgo a doña Ana Luysa de Herrera su hermana, y a falta della a su hija mayor, otorgado en Lopera en seys de Octubre de 61. (consta del memorial num. 25.) no conviene con esta declaracion facta in extremis, lo que los testigos deponen de la pendencia, y disgustos que tubo año de 44. quando el casamiento. Y dado

30 ¶ Y dado que fuera cierta dicha in-
 terpelacion, que negamos, si huvieran ley de fo-
 rancia de pactis non scriptis, claus. 6. glos. 3. par-
 5. num. 74. reconocieran que la inreperelacion
 prouada oy, indica entonces ser in cierta, y cautela,
 pues no se hizo como el derecho dispone. ibi. In
 his qua nobiscum gesta non sunt. (habla en el
 caso de que tratamos) non sufficit verbalis inter-
 pelatio, sed notificatio scripta, quom est necessaria.
 sequitur Suro. consil. 22. num. 27. §. 13. Y el mis-
 mo Fontadela, ita indicatum refert illo partici-
 pante, quando en el num. 54. a Suro. 19. consil.
 425. num. 43. lib. 3. Sforcia Oddus consil. 79.
 num. 26. a donde refiere otro caso semejante al
 que disputamos, y resuelve lo mismo, y de como
 obtuuo en el negocio.

31 ¶ Afseguran este sentir, demas de lo
 referido, las razones siguientes, atendiendo a las
 dos calidades, que son necesarias para que aya lu-
 gar la contravencion. La primera es la ciencia
 real. La segunda quod ab aliquo de familia
 petatur, seu interpelator, nada hallamos en este
 litigio, y aunque para obrenet, solo nos bastara la
 ignorancia como de xantos dicho, y que auiendo
 esta, no pudo auer ciencia, pues la generica no da
 calidad, ni tampoco asegura contravencion, por
 ser necesaria muy especial para que pueda obrar
 efecto alguno.

32 ¶ Ponderacion es de Ciriaco Nigro
 tom. 5. contro. 289. num. 36. ibi: Licet enim
 quis habeat scientiam de aliquo facto negotio, vel
 scripturam genere ex hoc iure non inferitur, nec
 probatur habuisse scientiam omnium eius qualita-
 tum, cum scientia vnus cum ignorantia alterius
 fieri possit Beroy. consil. 160. num. 6. §. 7. lib.
 2. Becclio, consil. 111. num. 30. Suro. decis. 216.
 num. 43. Et qui facit factum in genere ignorat
 autem qualitates, §. circumstantias facti, scire
 non dicitur, Cephal. consil. 347. num. 35. Mal-
 card. de probat. conclus. 45. num. 49. §. conclus.

1299. num. 13. Breguin. decis. 12. num. 37. part.
2. Surd. decis. 265. nu. 19. Quia scientia explicita,
et indubitata requiritur in praesudicialibus,
Rota decis. 621. num. 1. et 6. part. 1. in nouis-
sim. apud Farinat. nec sufficit praesentia, ubi agi-
tur de amissione iuris, et incurfione poena. Rota
decis. 95. num. 2. et decis. 111. num. 7. et decis.
261. in fine, et decis. 307. part. 1. apud Farinac.

33 ¶ Si falso la notoriedad del testamē-
to, por vctura el derecho, ò la politica, empeña a al-
guno a que creydo dexa de creer el conçejo bueno,
ò malo que le dñan: *Credenti aut non credenti nu-
lla procella nocet*, dixo el satirico, y Fontancla en
el lugar arriba referido num. 75. dize assi: *Inter-
minis loquentem quando alicui, sub poena erat in-
iuratum, quod cum certa persona nuberet sub poe-
na amissionis relictæ* (habla de Oddo consil. 79.
num. 26.) *dicit enim, et resoluit quod, et si in-
terpeletur, sed non ostenditur ei id in quo consistet
ar dictam præceptum, non tenetur credere, nec
contrafaciendo incidit in poenam*, Surd. consil. 22.
num. 11. vers. *Et non obstat*, vbi pluribus citatis,
figue esta razon.

34 ¶ Ajustandonos mas al caso de nuef-
tro pleyto, y del precepto de casar, de q̄ vamos tra-
tando: Ploto. in consil. 87. num. 3. (hallarale en-
tre los conçejos matrimoniales de Zileto) dize lo
siguiente: *Secundo dico, quod dato, et non con-
tente, quod constaret, quod ipsa magnifica D. Cla-
ra de Plotis nupserit absque licentia consensu, et
arbitrio patris magnifici Beonardini, et quod
non nupserit digniori, quod nihilominus dicta
magnifica domina Clara debet habere uniuersam
eius patris hereditatem, quia dicta D. Cla-
ra excusatur ab omni poena, et culpa, qua eadem
posset impariari, si non seruauit patris sui testamē-
tam, EX QVO ANTE QVAM NV-
BERET, NON FVIT EI NOTIFI-
CATVM, NEC INTIMATVM PA-
TRIS SVI TESTAMENTVM.*

Hija

35 **¶** Hija era esta magnifica doña Clara del testador, en su casa criada, le vio morir, hacer el testamento, y no bastó todo para q' la oírion, *ut nuberet*, por no averla guardado le oíraste; y tambien p'dero, que de las palabras de arriba cōta ser hija vnica, y que alsi el padre no le podría privar de toda la herencia; y que ella sola era la que auia de suceder, y con quien solo auia de hablar el testamento, & his omnia non ebstantibus, por auer faltado el no auerle requerido, con el se tuuo por de poco fundamento el precepto, tod' al contrario se halla en doña Ana Luys de Herrera, no ser hija de Luys Ortiz, no estar en su casa, ni ser nacida al tiempo de la fundacion, habitar quando el casamiento en vn Convento, apartada de sus parientes, y solo conuiene en que como a doña Clara no se le notifico el testamento, a ella tampoco se le hizo notaria la fundacion, y los cláusulas.

36 **¶** Que culpa, que dolo, o que contravencion p'cede auer a donde faltan resistencias a la voluntad del fundador, y sobran de derecho; la razon es para la excusa? acreditando con ellas tanto la ignorancia para excluir (digo mal) para no presumir culpa, ni dolo en doña Ana Luys de Herrera, quanto para desacreditar la pretensio de don Francisco de Herrera y Pineda, por ser necesario *quod detur declinatio voluntaria a bono ex malitia*, segun santo Thomas *in summa, part. 1. quest. 48. art. 5. Et in 1. 2. quest. 21. a. 1. 2. Et 2. 2. quest. 34. art. 2. Et lib. 2. sententiar. distinct. 3. quest. 1. cap. 2.* nada desto ay en doña Ana, y se prueua por los medios siguientes.

37 **¶** El primero pecado que le oponen, es, que se casó. Esta proposicion nadie la reprobara (por ser mal? ante) en casate hizo vn acto santo, y justo, celebró el matrimonio con don Alonso de Ortega, Cavallero del Orden de se nor Santiago, noble, y rico, con que mas diremos en este caso, que observado la disposicion de derecho no contravino a la voluntad del fundador, antes si la obler:

obseruò como se verá en el discurso deste papel; y si mas a lo temporal miramos, y con dictamen cauteloso doña Ana Luysa de Herrera despreciara las supuestas aduercencias que con cautela industriosa le han querido oponer, solo el mirar a los daños que los pleytos ocasionan, era bastante para excluyr qualquiera dolo, ò malicia que se le quisiera imputar.

38 ¶ Bien considerò este daño del litigio Bernardo de Bustis *part. 1. sui rosarij, serm. 9. similes esse lites moribus demonum*, a quien siguiò Paul. Montan. *de iustel. cap. 33. num. 256.* turban la sociedad humana, y son castigo de los hombres, segun refiere Rebuf. *in Regula. de subrogandis colatigantibus*, de Ytocrates se refiere en su Arcopagético: *Laudare priscos Atbemenses, quod foro fugerint, nec eo descenderint unquam nisi coacti, Et magno pudore erubescant videri litigiosi*, y se nota en la Clement. dudum de sepulch. con que no es de creer, que a tener noticia Real de la fundacion de Luys Ortiz de Herrera, doña Ana Luysa de Herrera se expusiera despreciandola a los daños, è inquietudes, que por esta causa esta experimentado.

39 ¶ Mas adelata el discurso el comũ dictorio q̄no es de presumir, q̄ninguno desprecia las conveniencias, y mas quando pueden se decorolas, como se notò *in l. cum de indebito 25. vers. Qui non soluit, ff. de probat.* y con muchos, Tiraquei. *in l. si unquam, verb. Donatione largit. us, num. 206. C. de reuocand. donat.* y tener esperança cierta en el tiempo que celebrò matrimonio de suceder en este mayorazgo, era mas apreciable el deseo de conseguirle, no la tenia por los muchos que le precedian, ignorancia que padecia, con que no es de creer la ponderacion que en esta parte hazen los testigos de don Francisco de Herrera.

40 ¶ Tambien confidesan los DD. legitima causa de disculpa para que corra la igno-
fancia

rancia, y este la contravencion, quando al graua-
do se le obliga a que con sobrado cuydado, y espe-
rança incierta imbestiguo la causa que deve ex-
cluyr la ignorancia, vt notat glo. in cap. motuit,
verb. Ignorantiam de electione, & in cap. dura,
verb. Evadere, & glof. 1. & 2. in cap. ad falsi-
riorum de falsi, Malcard. de probat. concla. 879.
a num. 7. vbi plures, si ex vna muger pudieramos
dar causa de que estuauisse, obligada a imbestigar
disposiciones agenas, o ~~de~~ ^{de} papeles por don-
de pudicisse, como conuincimento. se podria ex-
cluyr la ignorancia; mas si estas, segun lo vulgar
del derecho, ab his omnibus accetur libre se halla
doña Ana de la culpa q se le quiere imputar, pues
a vna muger, menor, y encerrada, no le toca hazer
indagaciones, ni buscar noticias, que solo compe-
ten a aquellos que por razon de su officio lo deven
hazer, como mas largamente se puede ver en el
misimo Malcardo ~~de~~ ^{de} conlus. 819. a num. 8. y
si en doña Ana exetora esta obligacion, hallara de
lanteley personas que se precedian, como de ra-
mona doña, y con esperança tan remora, que prá
imposible pensar podria suceder en este mayoriaz
go; y esto dato que tuuiera ciencia real de las qua-
lidades de la fundacion, que negamos.

41 La segunda calidad que dexamos
advertida en el mismo y ves de que la grauada, vt
nubet in familia interpretetur, & petatur, para que
aya lugar la contravencion; y ves de advertir que
los DD. hazen diferencia; *inter pr acceptum & her-
editatem in persona*, & cod per loña in dicitur & *ex her-
editate in familia*. Esta segunda parte, y condition
esta de que el inphyto, por muy grande la confi-
dero Antonio Gabriel *rebol. a 2. a num. 11. lib. 2.*
si pelada, con Gutier. Nig. contrav. q. 5. a
num. 1. q. 2. Est admodum auerata, quia. excludit
in statu in mente totum mundum. excepta in statu in
quatuor. P. a. m. quando inuenerit a persona si de
signa a iure possit cum minor, de decore virginit
requit. ab aliquo bonestari. mada. alla persona. m

velit contrahere matrimonium cum ea, & denun-
ciare illi alias alteri nupturam. Et ibi: Sed quan-
do conditio debet, adimpleri cum uno ex consue-
ta ciuitate tunc potest uirginis, non conuenit pu-
blitari proclama an aliquis uelit, cum ea contra-
here matrimonium, &c. Con que siendo la fami-
 lia llamada, y no persona cierta, respecto de fal-
 tar el auct sido pedida por alguno della, cessa qual-
 quiera contravencion, como en terminos lo dis-
 puta Ciriaco dice lo citando a muchos, y esto
 en caso que constara, y le huiera prouauo que do-
 ña Ana tenia noticia real de la fundació para que
 le casasse in familia, y no fuera della, ibi nu. 105.
Non probato quod fuerit requisita ab aliquo cui
nubere possit licet et alteri nubere, Galvanet. de
condictionibus. & demonstrat. part. 1. num. 8.
Et non tenet ut expectare requisitionem tempo-
ris oportet.

7. 42. ¶ No solo con el lugar referido de-
 xamos excluir de la contravenció, por no auer sido
 pedida doña Ana por ninguno de la familia por si
 lo queria casar, o no con el, si no tambien respecto
 del tiempo incierto, an ventura esse dies, en que
 pudo esse suceder en el mayorazgo, pues podia mo-
 rirse ante quam dies legati cederet, ex l. cedere
 dnm. de verb. significat.

7. 43. ¶ Tambien se halla con otra asisite-
 cion doña Ana Luisa de Herrera para escusarse de
 qualquiera contravencion que se le quiera impu-
 tar. Vio casada de primero matrimonio a su her-
 mananza yor doña Juana Ortiz Melgarejo (casa
 18.) con don Gaspar de Viedma, Cauallero del
 Orden de S.º Santiago, y a doña Luisa Niño
 de Herrera (casa 20.) madre de don Francisco de
 Herrera, que ligó con don Juan de Pineda, extra-
 ño de los dos de la familia, quien duda qvra muger
 (y aun un hombre capaz que fuera) no tuuiera
 por observancia, y inteligencia comun aquello
 que ya observado en sus parientes, y a quienes
 hermanas, y prima, *in culpa est in una negligentia*
ideb,

*excommunicat. cap. cum intus a 6. qui matrim. non
 fare pot. ibi: Nisi proprio firmaverit iuramento,
 cap. pastoralis 4. de exceptionib. cap. presentium
 3. de testib. cap. inotust. glol. verb. Ignorantia,
 in fine, de elect. Oldrad. consil. 286. dubio 4. nu.
 4. Guido Papa consil. 136. Roman. consil. 398.
 a num. 5. Andreas Gail. lib. 2. practicar. obser-
 vation. 48. a num. 23. Sebastian. de Medicis de
 casib. fortustis, part. 1. quest. 3. nu. 14. Seraphin.
 de privileg. iuramenti, privileg. 4. num. 1. Mal-
 card. de probat. conclus. 638. § 881. in utraque
 num. 1. § 2. Honded. consil. 55. nam. 61. tom.
 1. Cephal. consil. 242. num. 17. lib. 2. Ciriac. Ni-
 ger. contro. 519. num. 7. Menoch. casu 186. Y
 la razon que dan comunmente todos, es, que co-
 mo la calidad de la ignorancia, pende ab animo,
 contra quien se opone, basta su juramento, solo
 para que le excluya la ciencia, a esto alude la ley de
 Numa Pompilio, de que haze mencion Festo
 Pompeyo lib. 14. de antiquitate Roman. ibi:
 Praestito iuramento, y que con esse se purgaba la
 ignorancia, lo qual mas largamente refiere Polibio
 lib. 3. y Tito Libio decad. 2. lib. 10.*

46 ¶ Con que segun este primer discurs
 en que doña Ana Luisa de Hectors (casa 19.)
 fundava la ignorancia, regulada por ser muger, y viue
 claustrada en un Convento, no hallarse en casa del
 fundador (por no ser nacida quando se fundo este
 mayorazgo) no tener padres que le advirtieran de
 la fundacion, ni haver llegado el caso en que le pa-
 diera advertir, ni aver particione que entonces
 con la fundacion le notara de sus calidades, por
 ser asy de derecho, y mandato del fundador, la pi-
 diera, y advertiera, por ser llamada la familia toda,
 no ser decoroso a las mugeres, por proclama, que
 fere maritum, ver a su hermana, y su prima sin este
 pregon, casadas fuera de la familia, y que asimis-
 mo con su proprio juramento abona doña Ana
 su ignorancia, deve cessar qualquiera causa de con-
 trayencion.

47 ¶ Ser, ò no el precepto de casar en la familia valido auemos de ajustar en este discurso, porque aunque los DD. le admiten con distinciones, de que referimos las que pueden tocar a este caso, siguiendo en el solo aquella que segun el estado presente excluye el tal precepto, y condicion, ya don Francisco de Herrera y Pineda de lo que pretende.

48 ¶ La resolucion de las DD. en el discurso presente, motiva a que la disputa en el pueda ser larga, pues muchos tienen, *quod pr. capsum nubendi in familia est iustum*, otros que no deve correr, si no es en caso que el testador diga, *nabat in familia, si Papa dispensauerit*, este caso distinguen otros, diciendo, que la condicion se deve poner, si el deudo entre los contrayentes es in secundo gradu, mas que si está in tertio, aut quarto gradu, que no es necesaria la condicion *si Papa dispensauerit*, a todos se opuso el señor don Iuan del Castillo *lib. 3. contraq. cap. 7. per totum*, a muchos cito, y de nuestra ley del Reyno de Çapaxo haremos especial mencion, siguió la resolucion consiliandose a si mismo *in tom. 6. cap. 115. & cap. 126.* al señor Molina *de primog. lib. 2. cap. 13.* y al de le. *Et iur. tract. 2. disp. 6 13.* Mier. *de maio ratu, 1. part. quest. 50.* Thom. Sanch. *de matrimon. lib. 5. disput. 5.* Ioan. Guiter. *cod. tract. cap. 10.* y otros que en este discurso citaremos.

49 ¶ La clausula que mira a este discurso queda citada en el num. 7. por la qual se ordena, que la muger que huviere de suceder precisamente se aya de casar, y case con pariente del linage del fundador, y de su aicuña, y apellido, y a falta dellos con persona que sea Cavallero principal, y para correr con el discurso no podemos negar, que segun derecho Canonico está prohibido contraer matrimonio los parientes intra quartu gradu, segun el decreto del Concilio Lateranense,

mencionado in cap. non debet de consanguinit,
y nota el P. Thomas Sanchez de matrim. lib. 7.
disput. 53. num. 1. Basil. Ponce eod. tract. cap.
38. vers. Præterea, a donde refiere treynta y ocho
Consilios que decretan lo propio, Bonazin. de
matrim. quæst. 3. punto 5. §. i. nu. 7. Gutierrez
consil. 28. à nu. 6. Clement. vnicade consanguinit.
Es affinit. Es in cap. 5. Ses. 24. Sacri Consil.
Trident. de reformat. aunque antes del Consilio
Lateranense citado corria esta prohibicion hasta
el septimo grado.

50 ¶ Per derecho civil se menciona
tambien esta prohibicion, segun la Glos. verb.
Consubinam, in l. vter ex fratribus ff. de condit.
institut. ibi: Sed secundum Canones constat ta-
lem conditionem, pro non à dicta debere haberi
cum interdictum sit tale matrimonium, figuò
todo lo referido nuestra ley del Reyno 14. tit. 4.
part. 6. a donde auiedo tratado de la condicion
nubendi cum certa persona, por vltima limitaciõ
a la misma ley pone las palabras siguientes: fueras
ende si aquel con quien le mandaua ^{causas} que fuesse pa-
riente della, ò tal hom. con quien no podia, ni de-
nucasar.

51 ¶ Simon de Pretis interpretat. vlti-
mar. voluntat. lib. 4. inter pretat. 2. Dubio 1.
num. 7. sigue esta verdad, ibi: Quod si in muni-
cipio, vel familia non reperitur aliquis cui talis
mulier honeste nubere, Et cõmode possit, quia om-
nes, vel sunt nuptijs suis indigni, vel sunt consan-
guines in gradu prohibito ad contrahendum se-
cum matrimonium, tunc impare possit alijs nu-
bere resecta conditione, Et præcepto huiusmodi.
vbi matrimonij impeditiuo, dict. l. cum ita lega-
tum, Et dict. l. hoc modo cum allegatis, Et in ter-
minis Abbas consil. 65. Et primo, colum. 3. in
princip. lib. 2. Ioan. Bapt. Piot. inter Consilia ma-
rimonialia 87. num. 9. Et 18. Nec habenda esset
ratio, quod possit obtineri à Summo Pontifice dis-
pensatio, contrahendi matrimonij cõ consanguineo

14
neo aliqua alijs digno, quia conditio huiusmo-
di, & precepti verba sunt intelligenda naturali-
ter, & non civiliter, nec ficto, & dispensatio mo-
do, l. si ita quis in testamento, § final, ff. delegat.
2. Bart. & Bald. in l. final, C. de his qui veniam
petunt. Decius consil. 531. colum. 3. nu.
13. vers. Secundo dato, & num. 14. & in specie
Cursius iunior. consil. 54. colum. 4. num. 13.
& 14.

52 ¶ Concedida la prohibicion referi-
da, y que estos preceptos son contra ley Canonica,
y demas amas la hallamos Canonizada en la ley
del Reyno, mencionada, enpeño a los DD. a hazer
las distinciones referidas en el num. 48. y que ma-
nifiesta Simon de Prætis en el precedente por poco
honesto, y invalida la llamó el señor don Iuan del
Castillo lib. 3. contro. cap. 7. num. 32. citando
a Bart. Cuman. Cin. Alberic. Salicet. Velapertic.
Cursius iunior. Mantie. Morosio y otros muchos
que se pueden ver.

53 ¶ En esta disposicion hallamos un
precepto de casar en la familia sin caidad alguna
en lo natural, como dize Simon de Petri, vbi su-
pra, vale esta condicion, que es casarse los parien-
tes q̄ se hallaren fuera del quarto grado ¶ Mantie:
de consuet. lib. 11. tit. 18. num. 6. & 7. mas no
los q̄ estuieren dentro del, quia respuitur, como aba-
xo se verá, y este sentir es de todos los q̄ quedan ci-
tados, y viendose apretados con la ley del Reyno
(quando la sancion Canonica es la que mas obli-
ga en esta materia) procuran evadirle queriendo
que valga la condicion, *nubendi cum consanguineis*,
quando el testador pone la condicion que le
caden si *Papa dispensauerit* in secūdo gradu en la
disposicion de Luys Ortiz, solo se halla el precepto
de casar sin el aditamento de la dispensa; luego el
precepto que aqui se pretende ha dexado de cum-
plir doña Ana Luyza no vale, por ser contradere-
cho.

54 ¶ Todo el discurso ciñe Mantica
de

de coniectur. lib. 11. tit. 17. num. 6. a quoniam hanc
mas fuerca la razon Canonica, q̄ no nuestra ley
del Reyno (porque no la alcanço) (similiter etiam
conditio respicitur si nuptia a iure Pontificio sunt
prohibita, vel uti si testator dixerit, si nupserit ti-
tio consobriño suo, nam licet inspecto iure civilibus
conditio debeat adimpleri, l. 2. de Institut. Et
substitutus. l. vter ex fratribus ff. de condict. institut.
quia scilicet eo iure huiusmodi nuptia sunt permis-
sa, l. celebrandis, C. de nuptiis, §. duorum fra-
trum instit. eod. tamen inspecto iure Pontificio
quod sine dubio in copulandis nuptiis magis quā
ius civile seruari debet, cap. 1. de sponsa impuber.
cap. tuam de ordine cognit. huiusmodi conditio
tamquam turpis rejicitur, quia plus quam mani-
festū est tales nuptias esse prohibitas, cap. non debet
de cōsang. Et affinit. Et ibi: Vnde etiā hac cōditio si
nupserit alicui de familia debet, intelligi in gradu
permissio a iure Canonico nō autē prohibito, tamen
si fortassis posset fieri dispensatio a Summo Pontifice,
quia verba testamenti intelliguntur secundum
ius commune, non speciale quod per dispensationē
posset obtineri.

55 ¶ Croto in consil. 87. num. 18. no
con menos elegancia tiene esta opinion por ver-
dadera, y permite a la grauada le pueda casar sin
temer la contravencion, ibi: Sexto, quia in fami-
lia de Plotis, ex qua illa erat non poterat alijs de
illa commode habere quia, vel erant pauperiores
partim, Et partim distiores matorem dotem meren-
tes, vel erant impediti cohēre tale matrimonium
pura vxoratis, vel sanguine coniuncti, ergo non obs-
tante patris testamento potuisset impune habere
extra familiam de Plotis, Et nihilominus legata,
Et uniuersam consequi hereditatem sibi relictam
si haberet in familia de Plotis, per text. in l. hoc
modū legato, Et l. si ita legatum, ff. de condictio-
nib. Et de monstrat. (este consejo está entre los
de Zilco como arriba se advirtió.

56

¶ Bien discanta toda la disposicion

de

de Luys Ortiz el consejo citado, ya un alcanca a la provanca que don Francisco de Herrera ha hecho en esta instancia; juzga el Autor por bastante, el ser la nobia pobre, ò rica para que no se cale en la familia; si pobre, porque no la querran los que en ella huviere; si rica porque ella no querra casarse con ellos, siendo doña Ana pobre, trata don Francisco de Herrera con testigos de oydas de hazerla rica, diziendo tener 200. ducados, y a los parientes de la familia pobres, como exemplifican en don Pedro de Elquibel, con que en una, y otra fortuna cessa la contravencion, pues por rica, ò por pobre, no estava obligada a nada, y mas quando pudiendo requerirla para que se casara con alguno rico, ninguno la pidió, como queda advertido, y abaxo se notará, y siendo cierto el deudo que ay entre el dicho don Francisco de Herrera, y doña Ana Luysa tambien por su parte queda excluydo.

57. ¶ Si ala razon de lo referido se atiende, ella sola bastava para excluyr de don Francisco de Herrera la preencion, aunque Manuel de Acosta *select ar, cap. 8. lib. 1. num. 14.* en atencion de la distincion que hazen los DD. de que la condicion: *si Papa dispensaverit*, basta se ponga en el primero, y segundo grado, y que no es necesaria en el tercero, y quarto, queriendo que la ley del Reyno *l. p. tit. 4. part. 6.* hablasse solo de primero, y segundo grado (no haciendo ella, ni la gloria tal distincion, por vltimo en todos casos dice ser necesaria, *ibi: Sed si in conditione adiecerem si Frisco non perit ex dispensatione Summi Pontificis, tunc nemo dubitaret quin conditio valeret, videlicet quia in eo gradu* (hablando de tercero, y quarto, *Pontifices non sint diffisiles in dispensando sed, et si Lucretia consobrina Francisci* (hablando de segundo grado) *in qua specie diffisilis est dispensatio, ad huc mihi videatur conditionem valere.* Con quo obstante la distincion referida en ambos casos pide la condicion.

58 ¶ El Padre Luys de Molina in tract.
de iust. & iur. tom. 3. tract. 2. disp. 613. num. 2.
verf. *Uti quid*, pone el caso siguiendo la misma
diferencia. *Duobus modis posse aliquem vocare ad
maioratum, aut ad aliquid aliud, sub conditio-
ne, si contrahat cum consanguinea adendo si dis-
pensauerit Summus Pontifex, altero nibi adde-
do in priori aucta consentiunt, Acosta nu. 24.
Molin. uniu. 8. quibus concinit, Covarrub. in
apostomo, part. 2. cap. 3. in princip. num. 8. si
consanguinei sint. solum in 4. aut 3. in quibus,
non est difficile admodum, solet enim Summus
Pontifex dispensare, conditionem censendam esse
possibilem, ac proinde habendam non esse pro non
apposita aucta. apud Iulianū, §. constat, ff. le-
git. i. si interdict. ff. de condi. & demonstrat. Si
vero consanguines sint in secundo gradu in quo
esse admodum, & difficile dispensat Summus
Pontifex quamuis eatenus ea conditio dici possit
impossibilis. Et ibi: *Ac proinde habenda erit pro
non apposita, con queiaunque este Auctor hanc iuy-
zio con la opinion referida, aqui aprietam as el
caso, pues atendiendo a la disposicion del Sagrado
Conssilio, tiene esta condicion por imposible en el
segundo grado, que es en el que está don Francis-
co de Herrera con doña Ana Luysa, como abaxo
se ve.**

59 ¶ El señor don Luys de Molina de
prienag. lib. 2. cap. 13. nu. 10. viendo se apretado
con la ley del Reyno citada, que absolutamente
excluye. *praeceptum nubendi intra quartum gra-
dam, quicquid practicarla, y encederla con la condi-
cion si Papa dispensauerit, ibi: Quibus adijci-
tur illud quod dixit illustrissimus D. Covarr. de
sponsalibus, 2. part. cap. 3. in principio, ubi in-
quit valene matrimonium inter consanguineas,
tertium consanguinitatis gradu contractos adiecta
condicione si Papa dispensauerit, sic que limit-
tanda est, sicut. d. 14. part. esta no se halla en la
fundacion de Luys Ortiz, luego la condicion no
podria valer.* El

60 ¶ El señor Peto de Lara, de *vita hominis, cap. 2. num. 33.* hablando de mero y resolviendo con mas facilidad, dice: *Sic, & mero ratio potest relinquit, cum conditione contrahendi cum consanguinitate, si Papa dispensaverit. Molin. de lib. 2. de primog. cap. 13. nu. 7. & post lib. de primog. num. 11.* Ya donde este Autor llanamente sigue esta opinion retractandose de lo q de baxo de distinciones suya seguido en el dicho *cap. 13. Mieres de matoras. 1. part. quash. 50. num. 2. Fathor. lib. 3. contrav. cap. 36. ubi respondet ad cap. final de condit. possit.*

61 ¶ Basilio Ponce *in tract. de matrim. lib. 3. cap. 15.* tratando del consentimiento condicionado entre las partes con la condicion, *si Papa dispensaverit*, dice, que todas las vezes que los contrayentes siendo parientes tratan de casarse no poniendo dicha condicion quedan incurtos, luego no se librara de esta nota a qual que pusiessse precepto a los parientes de que entre si contraygan matrimonio, *simpliciter sine illa conditione*, obstruccion fue tambien del Padre Thomas Sanchez *lib. 5. de matrim. disp. 5. num. 17.* cuya autoridad quedan excluydas las razones de algunos DD. que dixeron, que aunque no se expresasse dicha condicion valdria el precepto, *quia conditio tacite intelligitur.*

62 ¶ Por reconocer lo dicho en el nu. precedente, tan seguro en derecho solamente Obiter noto que la condicion, *Es qua tacite sub intelligitur*, es aquella que *vel ex natura rei, vel ex legu dispositione procedit*, luego pudiendose dar matrimonio, como se da sin dispensacion, no se puede dezir que la tal condicion es *de natura rei*, que no lo sea patet per se, que no sea, ni proceda *ex dispositione iuris*, es constante, segun el derecho Canonico.

63 ¶ Francisco Molino *in tract. de ri. su nupiar. lib. 2. diferen. 2.* citando a muchos, y las distinciones que hazen resuelve, que la condi-



cion absolutamente no vale, *ut nubat in familia*,
y siguiendo esta opinion, o la de los referidos, assi
por no hallarse puesta a la fundacion de Luys Or-
tiz la condicion *si Papa dispensauerit*, como por
hallarse con Francisco de Herrera en tercero con
segundo grado de consanguinidad con doña Ana
Luisa de Herrera, teniendola no auer valido el
precepto, *ut nubat in familia*, lo mesmo repite el
el mismo Autor, referido a cruz ser. y proprio tra-
tado *lib. 3. quest. 29. a num. 30.* haciendo men-
cion de nuestra ley del Reyno, teniendo por segu-
ro lo en ella decretado sin la interpretacion diui-
natoria de q̄ preceda puesta la condicion *si Papa
dispensauerit*, como la quito entender el señor Mo-
lina, Mieres, y los demás citados, Sanchez de ma-
trim. *lib. 5. a num. 29.* Gutierrez *consil. 18. a
num. 9.* con lo qual parece queda la materia sin
controversia para que la condicion puesta por
Luys Ortiz, *ut foemina nubat in familia*, no valga
por la prohibicion de derecho Canenico, y ley del
Reyno, considerada en la forma que queda referi-
do, y aunque sea con la inteligencia de los DD.
pues estos lleuan el que valga, *ad dicta condicione
si Papa dispensauerit*, con que no auendole puel-
to, cessa por todos medios, y queda la dispensacio
para para que doña Ana Luisa pudicse casar con
quien quisiere.

*** DISCURSO TERCERO. ***

64 ¶ A dos medios se ha de reducir este
tercero discurso. El primero, que dado caso que
la condicion, *ut familia nubat in familia*, valie-
ra en ella, no huuo pariente con quien pudicse co-
traer matrimonio doña Luisa de Herrera la ma-
yor, no obstante la prouaçã fecha por don Fran-
cisco de Herrera en la pregunta 11. El segundo
medio, q̄ aunque lo hubiera, por no auerlos de la
familia observado lo que el testador dispone,
no estubo obligada doña Ana Luisa a guardar di-
cha

cha condicion, caso que pudiera tener substancia.

65. ¶ El primero medio prometido de que doña Ana Luisa de Herrera (dado que tuviere noticia real de toda la fundacion, y estuviere obligada a guardar las condiciones della, al tiempo, y quando contraxo matrimonio con don Alonso de Ortega, Cavallero del Orden de señor Santiago) no estava obligada a casar con pariente de la familia, es constante en el hecho, atendiendo a la clausula referida en el num. 7. deste alegato, ibi: *Et si auendo persona de mi linage con qualquier poder, casar: no tuviere el dicho nombre. Alconia, apellido, y otras, permito: que llamandose, y firmandose el, dicho nombre de Luys, ò Francisco de Herrera, & ibi, se pueda casar, y case con ella tal muger.*

66. ¶ No es dudable que don Francisco de Herrera, el mayor fundamento que tendrá para lançar la causa de litigar, será la voluntad del fundador, y que por ley se deve observar, vulgar es la conclusion, a la qual llamò Quintil. *declamar. 343. humanarum rerum vinculum*, aunque sujeta esta voluntad al común axioma del *text. in l. nemo. potest delegat. 2.* y así dezia Plinio *lib. 4. epist. 10.* que el buen heredero, *secundum ius*, devia obedecer la voluntad del difunto, *solemnis religioissima custodire defunctorum voluntatem, quam bonis hereditas intellexisse pro iure est.* y así lo entien de Claudio Minois en las notas a dicha epistola, ibi: *Quod ex viri boni officio est, & iura praeiungunt, con que ficto pro, según derecho, & boni viri officio, se deve regular lo dispuesto.*

67. ¶ Si Luys Ortiz de Herrera por la clausula que queda citada manda se case con pariente que se llame Luys, ò Francisco, será preciso que en su obsequancia se verificara esta calidad, y en simili observat Menoch. *cons. 413. num. 2.* vb. i. cita Alexand. *cons. 82. lib. 1.* Decius *cons. 29. col. 2. viso, difficultas est, & cons. 1. num. 303. lib. 1.* En la pregunta 11. articulo don Francisco de

Herrera, litigante en este pleyto, que los parientes que auia eran don Pedro, y don Fernando de Esquibel, don Iuan de Guzman y Aualos, y esto lo prueua añadiendo los testigos que asimismo auia don Manuel de Guzman, don Antonio de Godoy, don Iuan Rodrigo de Neyra, y don Bernardo de Pineda, y que todos eran parientes de la familia.

68 ¶ Dos defectos hallo en esta prouaça. El primero, que ninguno de los referidos consta se llamasse, ni llame Luys, o Francisco de Herrera, y si por quien son pretendian el casamiento o razon era que mudado el nombre que tenian en los que mandò el testador lo hizieran notorio a doña Ana Luysa de Herrera, pues vemos que en el tiempo del casamiento ninguno dixo soy pariente, y quiero mudarme el nombre, esta ca. idad de mudança de nombre, y apellido consistia en la voluntad intrinseca de los referidos, y como dexamos fundado num. 41. vsque ad 45. quando la familia in genere està llamada la grauada, no està obligada, *querere maritum, nec voluntatē illius, quia in matrimonij contrahendis non solum quod licet, sed quod honestum est considerari debet, ut constat ex l. semper in conuentionibus. ff. de ritu nupt.* quando solo es obligacion de los varones el pedir las para q̄ cesse la indecencia en las mugeres, y auisarlas, lo q̄ no fuera si solo vno se hallara pueito o ca la condicion, como queda advertido num. 44.

69 ¶ El segundo defecto es, que los testigos que deponen, el interese, y rencor que tiene cōtra doña Ana Luysa de Herrera (no es del año de 1644. quando se casò porq̄ entòces era pobre, casòse con dō Alonso de Ortega, si moderno, porq̄ la vieron por el año de 61. rica, y heredada) y omitiendo esto passo a lo siguiente. Lo primero, los testigos que deponen son, don Iuan de Guzman, padre, y hijo, don Fernando de Esquibel, y don Fernando de Godoy per de la familia se tiene, y como no ignoran la contravencion de don Frá-

cisco de Herrera y Pineda, que liriga, y la de su madre doña Luyfa Niño, casandose fuera de la familia, han jugado el lance, sino como capaces en el derecho, advertidos si en la conveniencia por si don Francisco de Herrera puede obtener en este pleyto contra doña Luyfa con la misma causa, excluyr ellos al dicho dō Frãncisco. *Nallū habet maius malū cupiditas quam quod ingrata est, nec mo quis vincit, sed a quibus vincatur aspicit. Et illis non tam iucundum est multos videre post se quam graue aliquem, antese habere tantum instabilis est verū cupiditas incipit a fine,* dixo Seneca *epist. 27.* el verse preferidos de doña Ana darà motiuo a este discurso el ser tan ageno de la familia don Francisco de Herrera como ellos les mouid a jurar, no por si para ellos mismos, y satisfazer su esperança.

70 ¶ Lo segundo porque la calidad de pariente en la forma que ellos deponen es muy vaga sin distincion de grados, que en este caso son precisos en observancia del *cap. licet ex quadam de testibus*. Lo vno, porque si con parientes de otro del qual grado les obsta todo lo que dexamos fundado en el discurso segundo. Lo otro, porque el pariente de la familia que huiera de ser elegido, y con quien la hembra se auia de casar ha de ser descendiente del linage del fundador, esto se prueua claramente de las palabras de la clausula citada num. 8. deste alegato, ibi: *Quando succedere se hallare casada con hombre que no sea descendiente*, luego distincion de grados era necesario que don Francisco de Herrera prouara en aquellos que dize eran capaces para casarse con doña Ana Luyfa de Herrera para conocer si eran parientes, y descendientes, el grado en que estauan por si les obstaua la ley del Reyno referida, y disposicion del derecho Canonico.

71 ¶ Vno de los examinados es don Juan de Guzman y Aualos, de edad de 70. años, y que

que es pariente fuera del quarto grado, afirma, el segundo don Iuan de Guzman y Aualos su hijo, de edad de 47. años, pariente dentro del quarto, notese de estos testigos el zelo, y la poca razon con que deponen, pues el hijo se halla pariente dentro del quarto grado, y el padre fuera del, esto consta del pleyto, y memorial fol. 30. ello monstrua fidad parece q̄ el padre es en grado mas remoto, y el hijo en grado mas proximo, argum. tex. §. *inl. adoptio. ff. dept. minorem natu maiorem non posse adoptare*, quando el padre deue estar mas proximo, verbi gratia, in tertio gradu, filius autem in quarto mas, que hijo es en tertio, y el padre fuera del quarto, est actus impossibilis à natura.

72 ¶ Creo que el desco en estos testigos de excluir a doña Ana Luysa de Herrera, ò de tener esperança de excluir a don Francisco de Herrera y Pineda, dà motiuo aquella impossibilidad, prefiriendo el hijo en el deudo al padre, ò por vltimo es el vaticinio que refiere Tucides lib. 4. *Homines plus, ò certa cupiditate, quam certa providentia tribuere solent. Et ad id quod placent, et quod appetunt inconciderat spe animis inclinare*, si el fin destas dos deposiciones, es el referido, disculpaticien en estos testigos, propter inconsideratam spem, pues zelo de la verdad, ni razon parece no les asistió.

73 ¶ Y es de sentir que Caualleros de tanto lustre como estos que han jurado nos den motiuo, acordamos del adagio que refiere Scife deus. 302. num. 3. de que el estado de los tiempos ha llegado a terminos que solo se duda de lo que se deue articular, mas lo q̄ se ha de prouar no por ser esto mas facil, por la llaneza con que todos oy deponen, y testifican, exclamacion fue de Iubenal satira 3.

*Tanta facile, et primum est superos conuincere
testes.*

Si mortalis idem nemo sciat aspice quantum

Voce negat qua fit filii constantia vultus.

Per solis radios Trapesaque felixima iurat.

Mucho se quejó contra ellos Cicer. *in oratione pro flaco*, no menos Magon. *de cl. Pedemont. 22. num. 2.* y Pedro Griego. *lib. 48. synagogas. cap. 14. num. 21.* y como ellos siempre quedan subordinados a la estimacion de los señores jueces, segun la l. 3. §. *tu magis. ff. de testib.* no me alargo a notarles con el nombre que les dà Farinac. *quasi. 67. num. 126. ubi facile quis videre poterit.*

74 ¶ Permite Luys Ortiz en la clausula referida, que sucediendo hembra en este mayorazgo, que si no hubiere pariente descendiente que se llame Luys, ò Francisco, que se pueda casar, y case con qualquiera de los parientes descendientes, llamandose el dicho nombre de Luys, ò Francisco, y el apellido de Herrera, ninguna destas calidades se halla en ninguno de los parientes referidos por los testigos en la pregunta 11. Luego ni don Francisco de Herrera tiene derecho para lo que pretende, ni ellos para aver de pacto lo que vagamente consta de los autos, y dexamos referido, y doña Ana Luysa quedò con facultad libre para poderse casar con quien fuesse su voluntad, prueualo por las razones siguientes.

75 ¶ Primò, porque la voluntad de Luys Ortiz (conforme a la clausula del num. 8. deste alegato) es, que este mayorazgo se perpetue en personas de su linage, nombre, y apellido, no negará don Francisco de Herrera el que es extraño de la familia, pues la conuencion de doña Luysa Niño su madre diò motivo a que sea hijo de don Iuan de Pinada, extraño della, haciendose por el calamiento de la familia del marido, l. *seruina 8. l. nupta 12 ff. de Senatoribus, notatur. in*

J. f. final; C. de incolis, lib. 10. l. vltima; C. cod. l. 32. tit. 2. part. 3. ibi: Por razon del casamiento, plures Tirzquel, ad l. 1. conubialem, a num. 28. plures D. Amaya in l. cives 7. a num. 26. C. de in dotis, con que no puede comprehenderse de baxo de la clausula referida.

76 ¶ Confirmase lo dicho, respecto de hallarse don Francisco varon cognato en el qual no se puede conservar la agnacion que el testador preuio en la clausula precedente nu. 75. porque entonces en el llamamiento de la familia, y parientes, no se comprehenden los de la hembra, ni el descendiente della, vt notauit Socin. Senior in l. Gallos; §. nunc de lege, colum. vltim. ff. de liber. Et posth. Cursius iunior. consil. 154. num. 12. Et consil. 172. colum. 2. Ruin. consil. 24. num. 4. Et consil. 110. num. 14. lib. 2. Crauet. consil. 180. num. 1. Et consil. 306. num. 5. Præcis de interpretat. vltimar. voluntat. fol. 293. num. 67. Peregrin. de fideicom. art. 22. num. 25. Et consil. 23. nu. 10. lib. 3. quos, & alios refert Fularius de substitut. quast. 363. a num. 2. y en la quast. 352. num. 10. tiene por constante, citando mas de quarenta Autores, quedar excluyda la hembra quando se trata de conservar la familia; o algo en ella, como en el caso presente, en que Luys Ortiz quiso que en su familia se conseruassen sus bienes con la calidad de nombre, y apellido.

77 ¶ Tambien es digno de reparo, que teniendo doña Ana Luysa de Herrera por si vna asistencia tan clara de derecho como el no poder contrâer matrimonio con don Francisco de Herrera, ni su hermano, que son los que tienen grado conocido (caso que no obstará el ser descendientes de hembra) insista en la prosecucion deste pleyto siendo cierto, como dexamos fundado, que la condicion *vt nubat in familia*, no vale, y queda el acto puro para que no pueda darse lugar a contravencion, quando aquellos con quien se auia de contrâer se hallan en el segundo grado de consanguinidad,

nidad, y en especial en este caso, en que no huviera
 condición si *Papa dispensaverit*. Que don Francisco está en segun-
 do grado de consanguinidad con doña Ana Luysa
 de Herrera, consta, porque don Diego Francisco
 Dávalos (casa 13.) es hermano de doña Juana Mel-
 garejo, mujer de don Francisco de Herrera (casa
 5.) abuela de don Francisco de Pineda, esta y di-
 cho don Diego su hermano son primos hermanos
 de don Fernando de Medina (casa 12.) padre de
 doña Ana Luysa de Herrera (casa 19.) que litiga,
 la qual es prima segunda de doña Luysa Niño
 (casa 20.) madre de don Francisco de Herrera y
 Pineda, con que la dicha doña Ana Luysa de Her-
 rera se halla en segundo grado con tercero de con-
 sanguinidad con el dicho don Francisco, y su her-
 mano, caso que fueray, que este parecer sea cier-
 to, lo articula, y prueva don Francisco de Pineda
 en la pregunta quinta de su interrogatorio, como
 parece del memorial num. 104. y 105. luego no
 hallandose la condición *ut Papa dispense* que es
 toda la enfiñeta que los DD. quisieron dar, don
 Francisco de Herrera se halla sin derecho alguno
 en toda esta disposición para pretender la sucesión
 por la contravención que pretende.

78 ¶ Por el segundo medio considerò
 las palabras de la clausula referida, que son las si-
 guientes: *Y si auiendo persona de mi linage con
 quien poder casar no tuviere el dicho nombre Al-
 cuña, apellido, y armas, permitto, que llamandose,
 y firmandose el dicho nombre de Luys, o Francis-
 co de Herrera, e ibi, se pueda casar, y case con el
 tal muger*, todos los que han querido entrar en
 esta sucesión, pidiendo, o jurado, ninguno se ha-
 lla con el tal nombre de Luys, o Francisco, ni aun
 el apellido si quiera de Herrera, o Melgarejo, co-
 mo consta de los nombrados en este papel num.
 67. y a tenerlo, o tomarlo, dize el testador, *ibi:
 Sepueda casar, y case con el tal muger*, aqui no
 ay precepto necesario de casar en la familia, ni
 obli:

obligacion de que las hembras lo hagan, si sola
yna advertencia para que auiedo aquellas calida-
des de Fracisco, o Lays en los varones, ellas puedan
casarse si quisieren con alguno dellos.

80 ¶ Este discurso es constante (de mas
de que hasta aora no ha auido Francisco, ni
Lays como queda dicho) atendiendo a la signi-
ficacion, y concepto que los Doctores hazen de la
palabra, pueda casarse, que es de libre arbitrio, y
no de precepto, porque la palabra pueda en toda
disposicion afirmatiua no induze necesidad, por
que para induzirla auia de correr las palabras de la
clausula, diciendo: *No se pueda casar con otro si
no con los de la familia*, mas disponiendo afirma-
tiuamente, ibi: *Pueda casarse*, no induze necesi-
dad, ni precepto alguno.

81 ¶ *Sape audi* cessarem nostrum di-
centi hac rescriptioe eum qui Prouincia praesbe-
dre potest, non imponi necessitatem pro consuli,
vel legato eius, vel praesuli Prouincia subscipienda
cognitionis, sed eum scire debere, ipse cognoscere
an iudicem dare debeat. dixo Iuliano in l. *sape
audis* §. ff. de officio Praesidis, lo mismo dispo-
el Emperador Antonino in l. 1. C. quomod. Et
quand. iudex. ibi: *Id enim eo pertinet, ut etiam
absentem damnare possis, non ut omnimodo ne-
cesse habeas.* glos. in cap. statusum de rescript. verb.
Possit, DD. in cap. 1. de fid. instr. cap. factas ho-
mo 22. quasi. 2. glos. verb. *Quod potest*, Clement.
sape. vbi glos. verb. *Poterit*, de verb. significat.

82 ¶ Phoebe. decis. 9. part. 1. n. 6. verb.
Et quoties, &c. *Et quoties cumque verbum pos-
sit poniatur affirmatiue in leg. vel in alia disposi-
tione facultatem significat. Et non necessitatem
vbi plures.*

83 ¶ Tiraquel. post leges connub. glo].
4. dum. 1. ita licet verbum potest, non sit neces-
sitatis. *sape*. Et ibi glos. Et l. sequenti, ff. de officio
Praesid. l. non quis quis. ff. iudicij, Et l. 2. C. quo
mod. Et quand. iud. Et notat. in Clement. 2.

di san. dabo a los un. f. o. lib. s. f. m. en. f. i. l. l. i. t. a. n. g. a. z.
 m. e. d. i. t. i. u. m. n. e. g. a. t. i. o. p. r. a. t. i. o. n. e. c. e. s. s. a. t. e. m. i. n. d. a. c. i. t.
 m. e. d. i. t. i. u. m. p. o. t. e. n. t. i. a. m. c. o. t. o. l. o. m. g. l. o. s. n. o. t. a. b. i. l. i. s.
 S. i. m. o. n. i. b. u. s. n. a. t. a. v. o. c. a. p. 1. i. n. q. u. e. r. b. o. n. e. n. p. a. t. e. s. d. e.
 r. e. g. d. i. i. u. n. l. i. b. 6. d. e. s. t. e. l. e. n. t. i. s. l. o. n. M. o. r. l. a. i. n. e. m. p. o. r.
 s. o. p. a. r. t. 1. l. i. b. 2. n. u. m. 1. 8. G. u. i. e. r. e. d. e. i. n. t. e. l. l. 1.
 p. a. r. t. 1. c. a. p. 7. n. u. m. d. e. S. a. n. c. h. e. z. A. s. m. a. r. r. i. e. n. l. i. b. 6.
 d. i. s. p. u. t. 38. n. u. m. 20. A. u. e. n. t. a. d. i. n. l. e. z. 7. T. a. u. r.
 g. l. o. s. 22. n. u. m. 6. v. o. l. Q. u. a. n. t. a. t. e. l. D. o. m. G. a. l. l.
 l. i. b. 2. c. a. p. t. r. a. n. s. i. c. i. p. 30. n. u. m. 1. 2. S. 1. 4. p. 1. 2. 4.
 n. u. m. 5. 5. A. n. g. u. l. d. e. v. e. l. l. a. n. a. i. n. l. 4. g. l. o. s. 9. n. u.
 m. 1. 1. 1. 5. l. i. b. 5. R. e. c. o. p. T. h. e. l. l. o. F. e. r. n. a. n. d. e. z. i. n. l. 27.
 T. a. u. r. s. a. n. c. o. 1. 2. A. n. u. l. e. P. r. a. e. t. o. r. c. a. p. 3. g. l. o. s. P. a. e.
 d. a. n. s. s. e. g. u. n. d. o. q. u. a. l. n. o. h. a. l. l. a. m. o. s. o. b. l. i. g. a. c. i. o. n. p. r. e.
 c. i. s. a. m. i. n. e. c. e. s. s. a. r. i. a. d. e. q. u. e. l. a. s. h. e. m. b. r. a. s. a. s. a. t. a. d. e. p. a.
 r. i. e. m. e. s. d. e. l. f. u. n. d. a. d. o. r. y. i. n. s. u. f. a. m. i. l. i. a. c. o. m. o. a. q. u. i. n. o.
 h. a. y. s. e. c. a. s. o. c. o. n. e. l. p. a. t. i. e. n. t. e. q. u. e. s. e. m. u. d. a. r. e. e. l. n. o.
 b. r. e. q. u. e. r. y. u. i. e. r. e. e. n. e. l. d. e. L. u. y. s. a. d. o. F. r. a. n. c. i. s. c. o. p. o. r. q. u. e.
 e. n. e. s. t. e. c. a. s. o. e. s. e. l. a. c. t. o. v. o. l. u. n. t. a. r. i. o. e. n. l. a. g. r. a. u. a. d. a. d. e.
 c. a. s. a. t. i. d. o. n. o. c. o. n. e. l. h. a. m. o. r. i. s. i. n. l. i. b. 2. c. a. p. 1. 1.
 o. 84. s. u. p. e. l. 9. T. a. m. b. i. e. n. s. e. c. o. r. r. o. b. o. r. a. l. o. r. e. f. e. r. i. d. o.
 d. e. q. u. e. n. l. a. p. r. o. u. a. n. c. a. q. u. e. h. i. z. o. d. o. ñ. a. L. u. y. s. a. d. e. H. e. r.
 r. e. r. a. e. n. l. a. t. e. n. t. a. d. e. q. u. e. a. l. t. i. e. m. p. o. y. q. u. a. n. d. o. c. o. n.
 t. r. a. x. o. m. a. r. i. t. i. m. o. n. i. o. q. u. e. f. u. e. e. l. a. ñ. o. d. e. 1. 6. 4. 4. n. o.
 a. u. i. a. p. a. r. i. e. n. t. e. a. l. g. u. n. d. d. e. l. l. i. n. a. g. e. y. v. a. r. o. n. i. a. d. e. l. f. u. n.
 d. a. d. o. d. e. y. e. s. t. o. l. l. e. a. c. r. e. d. i. t. a. c. o. n. d. e. p. o. s. i. c. i. o. n. d. e. d. i. e. z. y.
 o. c. h. a. t. e. r. l. i. g. u. s. s. e. g. u. n. e. l. a. r. e. m. o. r. i. a. l. f. o. l. 17. B. p. r. e.
 g. u. n. t. a. q. u. i. n. t. a. y. e. n. e. s. t. a. i. n. s. t. a. n. c. i. a. c. o. n. o. t. r. o. s. d. i. e. z. y.
 s. e. y. s. q. u. e. a. u. n. q. u. e. d. e. e. l. l. o. s. e. n. t. a. t. e. n. t. a. s. e. e. x. a. m. i. n. a.
 r. o. n. s. i. e. t. e. q. u. e. d. a. n. l. i. b. r. e. s. t. o. d. a. v. i. a. h. u. e. d. e. s. e. h. a. l. l. a.
 n. v. e. y. n. t. e. y. s. i. e. t. e. r. e. s. t. i. g. o. s. q. u. e. a. f. i. r. m. a. n. e. n. t. o. d. o. l. a. f. a. l. t. a.
 d. e. p. a. r. i. e. n. t. e. s.
 N. o. m. e. n. s. e. p. r. u. e. u. a. c. o. n. q. u. e. n. i. n.
 g. a. n. a. d. e. l. o. s. o. f. e. r. i. d. o. s. p. o. r. d. o. n. F. r. a. n. c. i. s. c. o. d. e. H. e. r.
 r. e. r. a. e. n. l. a. p. r. e. g. u. n. t. a. l. i. p. a. r. a. l. o. g. r. a. r. l. a. e. l. e. c. c. i. o. n. d. e.
 m. a. n. d. o. (l. o. s. q. u. a. l. e. s. e. n. t. o. n. c. e. s. n. o. p. i. d. e. r. o. n. y. a. o. r. a.
 j. o. r. a. n. d. e. x. e. d. e. s. e. r. d. e. f. a. m. i. l. i. a. s. e. t. r. a. ñ. a. s. c. o. m. o. s. u. s.
 a. p. e. l. l. i. d. o. s. l. o. m. a. n. i. f. e. s. t. a. n. d. o. s. s. e. l. l. a. m. a. n. E. s. q. u. i. b. e. l. e. s.
 v. n. o. d. o. n. J. o. a. n. R. o. d. r. i. g. o. d. e. M. i. e. r. a. P. o. r. t. o. c. a. r. r. e. r. o.
 e. t. e. r. o. d. o. n. A. n. t. o. n. i. o. d. e. G. o. d. o. y. y. e. l. v. i. t. i. m. o. d. o. n. M. a.
 n. u. e. l.

noel de Guzman, quien dada, quod diversitas no-
minum, & pronominum diversam familiam in-
dicant, segun la l. si in nomine 4. C. de testam.
l. ad recordandos 10. C. de ingenuis, & manu
miss. l. vbi. C. de mutas. nominis Calaneus in Ca-
thala. glossa in unid. 1. part. considerat. 48. coeh. 7.
pbrtol. D. Perez de Lara de vna homio, cap. 13. a
num. 42. & de Capellan. 2. part. cap. 4. num.
177. Sracha de mercatur. 2. part. num. 75. Me-
noch. de arbit. caso 318. hallandose obligados
por ley nomén paternum accipere, haziendo mas
evidere lo estãnos q̄ son desta familia, ex l. ux-
orem, ff. de manumiss. testam. ibi: Nominis patris
vocatur est, y lo mesmo consta de la l. 3. in 21.
part. 2. ibi: Porque siempre los omes el nombre
del padre ponen primeramente, porque el que usa
del nombre, y apellido de su padre, arguit de illius
familia, & pro genie natū, Cabed. dec. 73. n. 17. D.
Molina de pro gen. lib. 2. cap. 14. nu. 13. sien-
do cierto que los hijos siempre deuen apellidarse
de la familia de sus padres, que es sola la que les to-
ca, como no es Speculador in 11. de feud. §. quo-
niam, quast. 5. per text. in cap. 2. Et ibi glot. De
convers. coniug. l. con legitima. ff. de stat. hom.
l. 11. ff. ad municipali. l. eos, l. nullus, l. exemplo.
C. de Decurionibus lib. 10. con que se manifesta
no ser alguno de la familia de los Herreras, y Mel-
garejas.

¶ Observa Diodor. Sicul. lib. 2. que
avia ley entre los Egipcios, qua nullus ex eis gen-
tus patrius habebatur etiam, si ex serua esset gen-
tus, quia solum docebant patrem esse generis Au-
thentem, matrem nutrimentum, con atencion a que
ninguno faltarle a seguir del padre el apellido, mu-
chos refiere a este proposito, Tiraquel. de primo-
gen. cap. 18. a num. 22. con que hallamos en este
caso prouado cō testigos no auer parientes cō quie-
do sea Anapodiera cōtraer matrimonio (si el tal pre-
cepto fuera valido, o si ella a ello estuiera obliga-
da como dexamos prouado) y cō los apellidos cō q̄
te

le firmaban, y firman los escibos de don Francisco de Herrera, e diferentes de los de la familia llamada.

DISCURSO QVARTO

87 Una inteligencia literal la cláusula que queda puesta en el nom. 7. de este alegato ha de ser de rima en rima de letra, suponiendo que segun su letra se hallan en ella las oraciones precisas, y dispositivas, mandadas guardar por el fundador, y en ellas no aya exclusion de las hembras que no se casaren en la familia, con que doña Ana Loyza de Herrera, dado que huviera parientes, podra casarse con quien quisiera por no estar excluyda en defecto de casarse.

88 En la primera oracion manda, que la hembra obligada a suceder precisamente se case, y sea obligada a casarse con persona de su linage. ibi: Siendo mujer, sea obligada precisamente a casar, y que se case con persona de mi linage, y que trayga sus armas, y se llame Luys, o Francisco, como lo dexa ordenado.

89 Lo que ordena en esto consta de la cláusula que esta en el memorial fol. 5. nu. 13. en la qual manda, pena de exclusion absoluta, que el que sucediere se llame Luys, o Francisco, y lo mesmo se observe en las hembras, y todos los demás que sucedieren, con que en toda ella no trata de exclusion en defecto de casarse, si solo que trayga el nombre de Luys, o Francisco.

90 La segunda oracion, es, que si el varon que huviere en la familia no tuviere dicho nombre, apellido, y armas, quando delde Luys, o Francisco, se case con ella hembra, ibi: Y si auerda persona de mi linage (habla con la hembra) con quien poder casar, no auer el dicho nombre, apellido, y armas, por esto, que llamandose, y firmandose el dicho nombre de Luys, o Francisco de Herrera Melgarejo trayenda las dichas armas,

armas, segun, y debajo de los vinculos, y firmes a
que estan dispuestas en la dicha condicion, que so-
bre ello se trata.

91 ¶ La clausula que refiere aqui, es
la que dexamos citada en el memorial fol. 5. nu.
13. excluyendo al que no se llamare Luys, ò Fran-
cisco, y que traygan el cudo, y armas de los Herre-
ras, y Melgarojos, en la qual menos trata de casa-
miento, ni de pena a las muger, si solo de esta mu-
dança de nombre.

92 ¶ La tercera oracion, es, dar facul-
dad a la hembra quando llegue el caso de heredar,
y se casare, si no houiere pariente en la forma refe-
rida en las dos oraciones precedentes, que se pue-
da casar con otra persona estraña, como sea Ca ual-
lero, y preceda la licencia de sus padres, y demas per-
sonas contenidas en la clausula que dexamos cita-
da en este alegato num. 6. y en ella es cierto que
ay exclusion del que se casare sin licencia, esta es
la mesma que esta en el memorial mas por exten-
so fol. 5. B. num. 15.

93 ¶ Por manera, que ay tres casos di-
ferentes en esta fundacion, y clausula, en los dos
primeros no ay exclusion alguna que mire a este
p.º y to.º, pues solo se manda que la hembra se case
con pariente que se llame Luys, ò Francisco, y
que siendo el pariente que puede ser elegido de
otro nombre, se le mude en Luys, ò Francisco, re-
firiendose en estas dos oraciones a las clausulas
que dexamos citadas.

94 ¶ Solo en el caso de que la hembra
no pida licencia para casarse con estraño, la excluye,
luego no se podrá extender a los dos primeros
casos en que no ay pena, ni exclusion, y para que
se vea que la pena del fundador solo fue contra
aquellos que no pidieran licencia, consta de la
misma clausula, ibi: *Y con que preceda licencia de
su padre de la tal muger, y si no le tuviere de su
madre, y a falta suya, de las demas personas con-
tenidas en el capitulo antes deste* (hasta aqui en
esta

esta clausula no ay pena alguna de exclusion) ²³
trata en razon de los casamientos de los varones
sucessores en este mayorazgo, y debajo de las
mismas prohibiciones, vinculos, y exclusion, y efectos
tos contenidos en el dicho capitulo antes deste (en
el solo se trata de la licencia para casar, con exclu-
sion, y no otra cosa) porque lo mismo hago, y orde-
no, y dispongo, y se ha de entender, y entienda en lo
que toca a casarse las mugeres con voluntad de
sus padres, y demas personas contenidas en el ca-
pitulo antes deste que he aqui por expreso (alli
solo ay pena por faltar licencia) y todo lo que es
contrario de lo aqui contenido se hizo, y inten-
tare, demas de ser ninguno, y de ningun efecto, y
valor, lo anulo, y renoco, y de adelante luego excluyo, y
he por excluydas de la sucession deste mayorazgo,
los que contra lo aqui contenido fueren, o vintie-
ren, y no lo cumplieren con efecto.

95 ¶ El juyzio de la clausula toda es,
que la pena de la exclusion de las hembras, es solo
en caso que no pidan licencia, ibi: *En el capitulo
antes deste, & ibi: Y demas personas contenidas en
el capitulo antes deste, en el ay pena de exclusion,*
quando no se pidiere licencia (que es solo lo que
alli se trata) a este solo capitulo se refirió el funda-
dor en esta clausula, luego la pena del, solo aurà
lugar en dicho caso, mas no en caso de no casar
en la familia, y esto es evidente, leyendose la clau-
sula con atencion.

96 ¶ Todo lo referido se comprueua,
con el vulgar axioma, quod ex disparibus non fit
illatio, ex l. naturalium, §. nihilominus, ff. de ac-
quirend. poss. y con muchos notò Cancero, parti-
2. quartar. cap. 5. num. 131. Sardo. conf. 150. num.
94. Es conf. 460. num. 59. Tùm sic, la pena se
puso al casar sin licencia del padre, madre, o Patro-
nos, a cuya clausula se refirió el testador; luego
no se ha de extender al caso en que quieren que

La hembra estuviere grauada a casar con pa-
ciente, y como penal no admite extension mas q̄
el caso en que habla, notóse in *l. factum eiusque. §.*
in pen alibus. ff. de regul. iur. cap. in panis eod. tit.
lib. 6. Burgos de Paz *conf. 8. nu. 2.* Stephan. Grat.
discept. Forens. cap. 972. nu. 13. *Surd. de aliment.*
lit. 1. q̄ast. §. 1. num. 12. Scaccia *in tract. de comer-*
tijs. §. 7. glos. 2. num. 43.

97 ¶ Item, aunque en esta clausula se
exanda a las hembras se casen en la familia, fue
sin pena, como queda dicho, y dar vna dispensa
al paciente, para que no teniendo el nombre de
Luis, ó Francisco lo pudiesse tomar, y la hembra
se casara con el, teniendo las calidades de nom-
bre, apellido, y armas, y entonces la hembra se ca-
sara con licencia, y solo por falta della se impuso
la pena en la tercera oracion que dexamos adver-
tida, con relacion a la pena que en el mismo caso
quedava puesta al varon en la clausula antece-
dente.

98 ¶ Demas de lo qual, en la segunda
oracion se da facultad a la hembra para casarse
fuera de la familia (a falta de parientes) y este es el
caso mas proprio de que habla la clausula, por
estar inmediata la pena a esta premision, con q̄
teniendo casos en que poder verificarse la disposi-
cion, la pena no deve extenderse a otros.

99 ¶ Ni obsta lo que con facilidad nos
podran oponer, de que segun lo discurrido en la
interpretacion de la clausula referida, aunque do-
ña Ana Luysa de Herrera podia casarse libremē-
te con quien quisiere, para ello necessitava de li-
cencia de su padre, ó madre, si lo tuuiera, de los
Patronos, de los patronatos mencionados en la
clausula, ó del Duque de Arcos, y porque la res-
puesta sea concluyente a la duda, es preciso refe-
rir la clausula que ordena sepida dicha licencia,
para que segun ella, la respuesta corra con mas
claridad, ibi.

Con

100 ¶ Con condición que el suceso de
 sucesores en el, no puedan casar, ni en su pre-
 fessa voluntad de sus padres, y si no tuvieran pa-
 dre, ni madre, sea con la voluntad de dichos tres
 patronos legos, & ibi: De manera que con la vo-
 luntad de dichos tres patronos legos, ó la mayor
 parte de ellos, se ha de casar, & ibi: En cosa que
 estén en pareceres desiguales, sea con licencia de el
 señor Duque de Arcos. Y en la clausula siguiente
 repite lo mismo el fundador.

101 ¶ Aunque en este caso en la opi-
 nion de algunos se reconocio ser de urbanidad
 esta condicion, todos relucyen ser contra dere-
 cho, y no deuerse observar, quedando la disposi-
 cion pura, la materia es muy textual, si arbitraria
 Titij. Sed a nuptijs hujusmodi sancta mandata
 vino, etiam Titio, sine arbitrio Titij, eam nubent-
 i, et legatum accipere respondendum est, dixo la
 licentia de. §. si arbitraria. ff. de condit. et demost.
 en la explicacion de ella Manuel de Acosta en la
 vltima ampliacion hizo tantas ponderaciones q
 el referir las fora largo, todas en exclusion de la co-
 dicion, y en fauor de la muger, ut libere nubere
 valeat, & legatum accipere, lo mismo consta, ex
 l. filia mea, et d. in l. i. de p. §. i. ff. de legat. 1.

102 ¶ Zephal en el conf. 319. n. 38. trae
 el caso individual de quando el testador mando q
 el matrimonio se celebrasse de voluntate nupti-
 aur plurimum, y en el num. 40. cierra con estas pa-
 labras: Secundum omnes sit reprobata, & utetur
 fur. Anton de Gambr. de iur. 314. tratando della,
 puesta por el padre en el num. 3. cierra la resolu-
 cion, his verbis: Dicunt conditionem istam, si ar-
 bitria Titij, et tempore nuptie, si filia mea remitt-
 itur, non sequitur, citado a Alexandro y Acosta, con q
 si el arbitrio del padre, y la madre en este caso se
 desprecia, y queda el campo libre al hijo, ó hija,

ut nobat prout voluerit, quid in extraneis? y con
individualidad en nuestro caso, a dōde doña Ana
Luisa de Herrera, nec patris, aut matris preceptū
contemnit, ni dellos deuia aguardar la volun-
tad, ni de la disposicion de Luys Ortiz tenia no-
ticia, para que de cortès, y noble, pudiera sin obli-
gacion parentibus consulere, si los tuuiera, quan-
do se casa

103

¶ Con palabras muy conformes
a las deste pleyto, ibi: *No se pueden casar sin ex-
pressa voluntad de su padre, o madre, &c.* se ajuf-
tō el padre, Thom. Sanch. *de matrim. lib. 1. disp.*
34. num. 19. a este sentir, ibi: *Septima conclusio,*
non tamen conditio non in eundi matrimonium
reijcitur alegato, sed etiam conditio in eundi arbi-
tratu, vel consensu tertij, & ratio est, quia qui te-
netur consensum, vel licentiam alicui petere tene-
tur sequi, atque ita matrimonij libertas impedi-
tur hac conclusio habetur expresse, in l. cum tale,
§. rescriptum, ff. de condit. & demonstrat. atque
ita docent vniuersi, nec admittenda est aliquorū
limitatio, quos refert Acoſta, ea lege, cum tale, §.
si arbitrato ampliat. vlt. num. 2. & 3. qui intel-
ligunt hoc quando arbitrium dicit meram volū-
tatem, secus quando prudentiale iudicium, ho-
nestum enim est in matrimonio illud sequi, sed me-
rito Acoſta, ibi num. 7. Molin. lib. 3. de primog.
cap. 23. nu. 35. cum alijs quos referunt id repro-
bant, quia cum ea conditio obliget ad sequendum
arbitrium, illud repugnat matrimonij libertati.

104

¶ Y aunque el derecho fiō tanto
del consejo de los Padres, por ser para la utilidad
de los hijos el mas seguro, ex l. *isti quis dē. ff. quod*
metus causa, l. nam, & si parentibus, ff. de liber.
& posthum. Crauer. conj. §. a num. 2. no quiso en
este caso cometer a su arbitrio el estado de los hi-
jos, y así continuando el discurso el mismo Pa-
dre Thomas Sanchez, ita ait: *Infertur (inquam)*

*Eam conditionem minimè valere, quamvis in
honestum, sit filios in matrimonijs contrahendi
voluntatem paternam amplecti, in ea, tamen om-
ni modo matrimonij libertati consulere, voluntate
omnes conditiones, illi quo cumque modo admo-
sas rei ceterunt. sic Acost. dicit. ampliat. vlt. nu.
13. Suarez lib. 3. for. tit. de los calamientos, l.
2. num. 21. Et sequentib. Molin. de primog. lib. 2.
cap. 13. num. 35. Gamus. decis. 314. ex Theolog.
Pater Henriquez lib. 11. de matrim. cap. 6. num.
6. Et cap. 12. nu. 6. Molin. tom. 1. de iust. tract.
2. disput. 207. fol. 264. Emanuel tom. 1. sum.
in 2. aditione, cap. 133. num. 6. conlic euidencia
no auer lugar la condition, vt quis nubat arbitrio
voluntate, aut de licentia alterius, aunq̄ sea pater-
nal este arbitrio quando. es conferido en alguna
tercero.*

105. ¶ Y aunque los Doctores hizieron
distincion inter arbitrium, & in consilium, como
fue Mantica de coniectur. lib. 11. tit. 18. à nam.
10. Molin. Marefcot. con muchos que abaxo se
citaran; no corre en este caso la distincion de que
siendo el precepto de consilio, valga. Lo primero
porque por las palabras de las clausulas no consta
tal, antes si, que es de arbitrio absoluto, ibi: *No se
puedan casar, sin expressa voluntad de su padre,
o madre* ibi: *Con la voluntad de los Patronos*, Et
ibi: *Y sea con licencia*, con que por las palabras de
la fundacion, se excluye dicha distincion.

106. ¶ Secundo, mas clara se manifiesta
del testador, esta voluntad de que los matrimo-
nios fuesen absolutamente de consensu arbitrio,
aut licentia, & voluntate tertij, con lo dispuesto
en la clausula, en que manda Luys Ortiz, que a
falta de padres el Possedor que quisiere casarse,
sea con consentimiento de los Patronos, y dispone
que si en dar el consentimiento estuieren discor-
des, o compareceres iguales, se recurra al Duque
de Arcos, segun la clausula que esta en el memo-
rial fol. 6. num. 15. ibi: *Y en caso que esten en pa-*

veceres iguales, *sen cō licencia del señor Duque, cō*
q̄ nots precepto vt nubat de cōsilio, por q̄ pedido,
dado, ó no dado, el grauado no está obligado a se-
guirle, y absque metu poenæ, se puede casar con
quien quisiere, Mantica dicto loco, num. 10. ibi:
Sed si dictum fuerit si nupserit cum consilio talis
conditio ad implenda est, quia nuptijs non est,
impedimentum non enim tenetur se qui consiliū,
solum requirere, quia posset eam in suam senten-
tiam trahere, addit. ad Molina dict. lib. 2. cap.
13. num. 35. citando al Padre Molin. disp. 314.
num. 4. vers. Si autem conditio cened. Collect.
58. num. 6. Marescot. lib. 1. vers. cap. 73. nu.
3. Marta in votis decis. voto 50. plures Molin.
de ritu nupt. part. 3. cap. 29. per tot. Castrenf.
ita Consulente cons. 300. num. 1.

107

¶ El fundador manda, que precisa
mente se siga el voto de los patronos, y iguales,
dexcluydo alguno por interesado se recurra pre-
cisamente al Duque, y que de otra forma no se ce-
lebre el matrimonio, sub poena amissionis maio-
ratus, luego no es de consejo dicho precepto, si
grauamen preciso, vt in arbitrio alterius confera-
tur matrimonium, que es nuestro caso, y lo que
repugnan todo derecho, y autores que se siguen
Ioan. Gutierr. de matrim. cap. 21. à num. 18.
D. Ioan. del Castill. quotid. lib. 5. cap. 126. à nu.
3. Cabed. part. 2. decis. 31. num. 5. vbi citat Nat-
tam. Crauet. & Mench. Mastrill. decis. 223. nu.
2. lib. 3. Anton. Faber. lib. 6. eod. tit. 23. difinit.
18. Cancer. variar. tom. 3. de pact. cap. 7. num.
279. vsque ad 283. vbi laudat Bart. Decium, Ale-
xandr. & Ioan. Andream, Riccius in collect. de-
cis. collect. 1351. citando vna decisio de la Rota
tempore quo gubernabat Ecclesiam Catholicam, la
Santidad de Clemente Octauo, Franc. Viuius
decis. 48. num. 3. & 8. Francisc. Molin. de ritu
nuptiar. lib. 3. quest. 29. à num. 22. vbi num.
26. passa al caso de casar con pariente intra quar-
tum gradum, Mart. in votis decis. voto 50. Gui-
llcr.

26
Her. Benedic. in cap. *Rabuninus*, par. 3. vob.
Qui cum alia, num. 87. de testam. Ioan. Gra-
tiani. reg. 83. num. 2. vbi citat Bernard. reg. 115.
Daeñas reg. 113. y este es leuatur comun; multo
dempto, que por no cantar no robico mas.

* * * DISCURSO QUINTO. * * *

EN QUANTO A LA CLAUSULA

de la exclusion de la hembra

108 **O**rdena Luys Orúz, que si alguna hem-
bra se hallare casada al tiempo de la va-
cante, y le tocare la sucesion, si no está
viere casada con hombre que sea descendiente de
su linage, la excluye, y que passe al siguiente en
grado, porque quiere, que este mayorazgo se per-
petue en personas de su linage, y aunque la clausu-
la queda referida en el num. deste alegato, co-
mo con ella se ha de hazer juyzio, me es preciso se
petir lo necessario, para con mas salidad se corra
a su inteligencia, &c.

109

¶ Y con condicion, y declaracion q
si la sucesion deste mayorazgo tocare vna, y mas
vezes a muger, y quando sucediere se hallare ca-
sada con hombre que no sea descendiente de mi li-
nage, en tal caso la excluyo, y he por excluyda deste
mayorazgo, y no tenga derecho ni causa a él, y pas-
se a el siguiente en grado, porque mi voluntad de-
terminadamente es, que este mayorazgo se perpe-
tue en personas de mi linage, nombre, y apellido, y
no en otros.

110

¶ Toda la disposicion de Luys Or-
úz en las clausulas precedentes a esta, es, de que
los matrimonios de las hembras se hagan con dos
calidades que dexamos fundadas. La primera, que
se casen con parientes. Y la segunda con consenti-
miento de los padres, o parientes (que estas dos
condiciones no valgan, es cierto, y dexamos fun-
dado) si lo dispuesto en esta clausula corre con las
mes;

mismas calidades, lo ordenado en ella no se
deuera guardar por ser contra derecho.

111 ¶ Si ha de correr contra la muger
que ignorò la clausula, no se deue admitir por la
ignorancia que della tuuo doña Ana Luyfa de Her-
rera, segun las autoridades que dexamos alegadas
en el discurso primero.

112 ¶ Sino auiendo pariente descen-
diente de Loys Ortiz, con quien ella pudiera ca-
sarse, ni por necesidad en ella, ha de quedar
el mayorazgo como fundaremos.

113 ¶ Si siendo don Francisco de Her-
rera extraño de la familia por ser hijo de don Juan
de Pineda, puede excluir a doña Ana Luyfa de
Herrera, que es de la familia, y el no, como dexa-
mos advertido en el discurso tercero à num. 85.
en que se prouea no ser parte para ello.

114 ¶ Si auiendo en don Francisco de
Herrera, contravenciones para que no suceda,
aunque quiera oponer las mismas a doña Ana
Luyfa de Herrera, podrá tener lugar viua, y hallã
dose poseedora deste mayorazgo, es preciso ne-
gar.

115 ¶ Con razon muy generica corre
lo dispuesto en todas las clausulas desta fundaciõ,
para que sin mucho discurso entendamos estar
vnidas vnas con las otras, tomando entre si reci-
proca interpretacion, segun lo vulgar, quod vna
per aliam interpretatur, notese in l. 1. C. de liber.
preterit. cap. secundo requisitis 42. cap. de appellat.
Sanch. de matrim. lib. 6. disput. 22. à num. 14.
conque si Luys Ortiz en las clausulas precedentes
graua a los poseedores, vt nubãt de concõsio tertij.
y en las hembras añade vt in simul nubant in fa-
milia, lo mesmo quiso en esta vltima clausula las
dos calidades referidas respuontur, como dexa-
mos fundado, luego la disposicion quedò pura, vt
patet ex dictis.

116 ¶ In hac hipotisi, ha llegado el ca-
so, solo al lance de auerle casado doña Ana Luyfa
de

27

de Herrera con Cavallero extraño de la familia, para que puedan dezir que llegó su exclusion, quod negamus ex sequentibus. *Primo*, porque doña Ana de Herrera solo pudiera ser excluyda, si testatis voluerit, *patentium*, como de xamos fundado, *à dy. 17. § lo resuelve en caso semejante Menoch. cas. 1011. num. 7. in fin. ibi: Cum ergo non constet, Dominam Margaritam fuisse requisitam, Et interpellatam nubere in familia, in casu sequitur dicendum, non dici privatam à successione, Et hereditate paterna.*

118 ¶ La interpelacion faltò, como arriba fundamos, que la huiera, ad hoc, es seguro el derecho de doña Ana, porque don Francisco de Herrera no puede, ni pudo contraer con ella matrimonio por estar los dos en segundo, y tercero grado de consanguinidad, falta la condicion si l'apa dispelauerit, no ser de la familia, como todo queda advertido, los demas que à titulo de patientes juran, no ser de tangune, ni de la familia del fundador, y así dize Menoch. *dist. loco, num. 10. Vnum hoc est quod Dominus Bernardinus, Et alij dicta Margarita aduersarij, tanquã non vocati nullum ius in hac hereditate habent*, ellos no son descendientes, con que no son llamados, ni de la familia, vt extat dictum, luego non debèta dmitti, ni alegar, huyo contravencion en doña Ana, Don Francisco de Herrera no es assimismo de la familia, con que no podrà suceder en caso de contravencion, si solo en el caso del llamamiento. *Nec repugnat quod obijci audio uno D. Bernardinum, Et reliquos esse vocatos, etiam in hoc casu privationis sicut vocati fuere in casu mortis, Et in terminis respondeo, conf. 458. num. 29. lib. 5. Vbi dixi, ob rationem sicut quod bona conferretur in agnatione, Et familia vocatum in casu mortis, ad casum privationis argui, sed diuersum est, in casu nostro in quo constat, in casu privationis*

○

nis

nis fuisse vocatos descendentes, es de Menoch. *lib. 1. loco num. 10. Et* vi. con que sien el caso de la priuacion, don Francisco de Herrera no se halla con llamamiento, si no solo en el caso de la muerte, no admitira extencion su pretenfion al caso generico en que no está llamada la familia, si solo siguiente en grado, como consta de la clausula, *ibi: Passet al siguiente en grado*, quando la vacante, y el litigio se hallana, y halla preferido en el grado por doña Ana Luysa de Herrera la menor, con que siendo esta la voluntad del fundador, *adhuc ex vi voluntatis, & verborum está excluydo.*

119 ¶ Y porque siendo la disposicion modal, & condicional, *obligatus ad factum*, como se quia casar en la familia, el que pretendiere estar llamado en el caso de la contravencion, deue interpelar, y constituyr en mora a la grauada, intertinis notat Menoch. *cons. 131. num. 5. ibi: Primo mouet me iuris regula quae est, quod obligatus ad factum ita demum incidit, in penam si interpellatus non facit, quod facere debet*, a donde cita a muchos, y resuelve por todo el no auer lugar la pena, *ni si constet de requisitione, Et mora*, nada obrò don Francisco de Herrera y Pineda en este caso, luego no aura lugar a la pena, y priuacion que pretende, mas individual es el lugar de Ciriaeo Niger. en el caso de que tratamos en la controversia 451. *per totam, vbi refiere doze fundamentos para excluyr esta contravencion en otro caso semejante, preferit a num. 96. usque ad num. 139.*

120 ¶ El siguiente en grado es el llamado en el caso de la contravencion deste pleyto a auerla, no lo es don Francisco de Herrera, que lo sea doña Ana Luysa de Herrera la menor, es constante, y assi lo resuelve Menoch. *cons. 1011. num. 10. ibi: Quod si esset D. Margarita primata admitti ad eam debet eius filius habilis tempore delatae hereditatis, Rojas de incompatibilitat. pari.*

*part. 4. cap. 1. num. 7. ubi plures in individuos queda con esta opinion num. 88. eo q̄na se hade hazer extencion de persona ad personam nec de caso ad casum, quando ay en quien poderse verificar la disposicion sin hazerla, y en especial en las ultimas voluntades, por restituira el derecho, *in sane de privileg. Abbas. cons. 97. colun. penult. lib. 1. Ialozia l. cum res. volun. 3. num. 6. ff. de legat. 1. Deccius. cons. 85. colun. 1. 15. cons. 92. colun. 3. C. cons. 218. colun. 4. Alexand. cons. 81. colun. 1. ad fin. quot. & alios refert. Cabed. part. 1. decis. 140. a nu. 2. D. Molin. de primea lib. 1. cap. 4. num. 25. ad med.**

121 ¶ Si fuera cierta la contravencion, y no fuera la siguiente en grado doña Ana Luisa de Herrera la menor, don Francisco pudiera mostrarle parte en este litigio, afirmando el, y sus Abogados el serlo, no obstante le obstan los medios siguientes.

122 ¶ El primero, no ser de la familia, como varias vezes dexamos repetido, con que se halla sin accion au litigandum, y abaxo se vera, & quia non est de vobis, y ser hijo de hembra, como citando muchos lo observa Vicencio Fusario *quest. 352. a num. 29. usque ad 56.* en que resuelve (sub distinctione, que estando la hija casada, desiste esse de familia, y sus hijos para que asi no puedan suceder, y en especial quando ay palabras en la fundacion, por las quales se puede colegir que el testador quiso que los bienes se conservassen en su agnacion, y familia, porque en este caso corre la exclusion para que el hijo de la hembra no tenga lugar, y asi lo resuelve el mismo Fusario *disc. quest. 25. num. 44. C. 45. y Olasco en la decis. Piedemontana 127. num. 7.* haze esta exclusion mas segura, quando la hembra, de quien descende el varon cognato, es transversal del fundador, y no descendiente luya, con q̄ siendo doña Luisa Niño, madre de don Francisco, descendiente de un primo hermano del fundador, corre lo referido

60
fendido con mayor seguridad, ita Fusarius *quest.*
346. num. 17. 18. 32. 33. Et 34. ibi: Sed quo
id descendentes etiam masculos ex femina, ut
non veniant pro absoluto habeo.

¶ *123. num. 11.* ¶ Con mejor prerrogativa se halla
doña Ana Luyfa de Herrera la mayor por ser hija
de varon, nieta, y viznieta de tal, la qual a no te-
ner llamamiento expreso, como consta de los au-
tos, tiene asistencia de derecho, como notò Pere-
grino *consil. 47. num. 5. lib. 4. relato a D. Ioanne*
del Castillo lib. 5. cap. 91. num. final. vers. Ex
his ergo, in fine, Mieres de maioratu, 2. part. quest.
6. nu. 54. Roxas de incomp. part. 1. cap. 6. nu.
347. y mas ad extensum disputa la questio,
part. 3. cap. 4. a num. 21. con especialidad de
que la hembra, descendiente del varon, llamado
tiene prelación al varon descendiente de hembra
de otra linea, como en el caso presente.

124. ¶ Constante es por lo q̄ dexamos
fundado, q̄ don Francisco de Herrera y Pinceda no
es descendiente, segun la relacion de la clausula
del fundador, para que pudiera mostrarse parte en
este negocio, y asimismo se halla incapaz de suce-
der por su contravencion por pariente dentro del
quarto grado, y demas razones que quedan adver-
tidas, y abaxo fundaremos; y constante asimismo
es que oy doña Ana Luyfa de Herrera pretende cor-
rer con esta sucesion por llamamiento particular
del fundador, y no por el generico de los de la fa-
milia por no aver llegado, con este presupuesto no
es dudable, que aunq̄ el mayorazgo fuera de agna-
cion rigorosa, doña Ana, por estar en la linea lla-
mada, por no aver en las otras persona habil que
la pudiera excluir, aunq̄ en ella huiera cōtraven-
ciō, adhuc, deve ser preferida por faltar en dō Fran-
cisco habilidad para poder pretēder esta sucesiō.

125. ¶ Ad partes disputò el caso Roxas
de incompatib. part. 3. num. 16. a donde en el nu.
19. sigue esta opinion, citando al señor don Ioseph
Vela disceptat. 49. per totam, Et precipue num.

38. 670. ybi plures Menoch. *consil.* 173. 680. *num.* 43. *lib.* 9. *item* Rojas *num.* 7. lo dexa assi assentado por conclusion constar, tirando en el nono muchos Autores desta opinion, luego hallandose doña Ana con llamamiento con el mayorazgo en su linea, hermana del viero poseedor, no auer pariente habil que la pueda excluir, aunque huiera contravencion de parte de ella, ad huc in isto casu, deue tener, y tirar prelación al mayorazgo sobre que se litiga, y la razon da Pacian de *probat. lib.* 1. *cap.* 59. *nu.* 20. tratando de las contravenciones, y del dolo que en los dos litigantes puede auer, ait: *In pari causa turpitudinis, uel respectu lucri, uel respectu damni, ea quia uiciorum tractat de damno, uel de lucro uiam peioris effect causa possessoris.* l. 2. C. *de condit. obitup. caus.* l. cum par. ff. *de reg. iur.* l. si obturpem, in fine. ff. *de condit. obitup. caus.* Baxul. in *dist.* l. cum mulier, *num.* 3. & ibi Roman. *num.* 89. *verf.* Fallit tamen, ff. *solot. matrim.*

126. ¶ Advertido dezamos arriba n.º 12. la alegacion hecha por don Francisco de Herrera y Pineda, pretendiendo que doña Ana Luysa la menor ha de ser excluida, por que su madre contraxo calandose con don Alonso de Ortega (omito la extension de culpa por no ser deste juicio) dado que a doña Ana Luysa la menor le perjudique el calamiento de su madre, pues don Francisco lo repite, y alega tantas vezes, lo tendra por muy seguro; ni cuydado lo pregunta dos cosas. La primera, qual es la causa por que quiere que la contravencion que supone en doña Ana Luysa de Herrera la mayor obste a la menor, y quando lo madre del contravenido, calandose con don Juan de Pineda, que diferencia de gracia acredita su derecha, y que materia de pecado quiere excluir a las dos doña Anas, quando pari passu el se halla con la misma nora? La razon que diese a creditar acia conclusion, por que, ò se ha de esperar a este defecto, ò constar su propria exclusion

P

Que

¶ Que ella tenga por si, y no por su madre, es la segunda pregunta. Luego si a doña Ana Luysa de Herrera la mayor por auerse casado sin licencia; y si la fundación se mira, la clausula principal que toca a este particular (caso que se deua observar) habla con los varones, esta dexamos citada varias vezes, y es la del memorial num. 15. hasta aora don Francisco no ha presentado la licencia que deuidò pedir para casarse, conforme dicha clausula (bien podrá ser lo quiera prouar en revista con los testigos desta instancia) luego ad quid opond a doña Ana Luysa de Herrera la mayor, el que se caso sin licencia, quando en el se halla el mismo vicio, y así dado que quiera que estas contravenciones sean ciertas, y que en ellas incurriese doña Ana Luysa de Herrera la mayor, por casarse sin licencia, si en ella fue defecto, la suya no se libra de este achaque, argument. tex. *in l. 3. §. lege Julia*, verb. *Palam*, verſ. *Item. fallit. ff. de testib. pro qua facit text. in l. in arenam, C. de in iudicio testam. vbi Pater Arenarius nõ potest in proferare filio, quod sit Arenarius*, ni el por la contravención que padece lo puede oponer.

¶ En esta compensación de contravenciones, para que vna a la otra non noceat est de notar lo que observa la glos. *in l. 1. §. cum arse res. ff. si quadrup. paup. feciss. dicat. de duobus aquis vnus versus altum currentibus*, vbi El vno al otro se matò, *Imol. in l. cum mulier, num. 38. verſ. Sed certe hac responsio, col. 9. vbi Roman. num. 63. verſ. Præterea, ff. de solut. matrim. dize, que non detur, actio noxæ, si que cada vno corra con su fortuna, sin que por la culpa del vno tenga mejor lugar el daño del otro pues es igual, y si don Francisco de Herrera y Pineda, se halla con tres defectos que dexamos referidos, de no poder casarse con doña Ana Luysa de Herrera, propter gradus conuictionem no ser de la familia, ni alguno de los propuestos en la pregunta 11. de su interrogatorio. El segundo.*

do, auer contravenido su madre, y queret que esta contravencion obste a las hijas (esta segunda pōderacion solo corre con ella en quanto es alegaciō de don Francisco, y no mas) Lo tercero no auer mostrado licencia , si es que fue necessaria, como el dize para contraxer matrimonio, se sigue no poder seguir este joyzio, ni tener accion para litigar, quia si *damnum in casu noxae peti non potest*, quando es igual la culpa es auidente la exclusion de su pretension, ad quod facit, *l. si filium 37. C. de liberat. causa*, ibi: *Ignorantiam simulare non potest utriusque socij criminis, accusator de est*. Et notatur in *cap. intelligimus de adult.* plures Pacion, de *probat. lib. 1. cap. 59. à num. 2.*

129 ¶ Hallasse doña Ana Luysa de Herrera o poseedora deste mayorazgo, apra para poder contraxer matrimonio (caso que a ello este obligada) con pariente si le huuiere, tal qual el derecho dispone, observandose en ello las calidades de que los Doctores hazen mencion, que son ser requerida interpelada por varon agnato de la familia, como dexamos fundado, que aunque es cierto que el precepto afirmatiuo de nubendo in familia, segun lo vulgar de la *l. bonis 88. §. hoc sermone, ff. de verbo. significat.* se deue entender de primis nuptijs ex cōgestis à Tiraquel, in *dist. text.* esto no procede en este caso.

130 ¶ Lo primero, por autoridad del señor Luys de Molin. de *primog. lib. 2. cap. 13. num. 16. ibi: Quod probabile mihi uidetur dum modo tempore de lata successione, vel post illam de lata amem, alia aduersus institutoris maioratus voluntatem contrahat non enim à maioratus successione excludendus erit, ex eo quod antea cum alia contraxerit*, lo mesmo notan los Addit. in hoc loco.

131 ¶ Muy al case presente, son del señor Molina las palabras referidas, pues doña Ana Luysa de Herrera no se casó, *tempore de lata successione nec post eam de lata am.* en desprecio de lo dispuesto

puesto per el fundador, ni por contravenir a su voluntad, pues antes esta na casada conforme a la fundacion con don Alento de Ortega, Cavallero Militar, y esto fue tanto, por cumplir consigo mismo, por su mucha calidad, y partes, quanto per que ignorante de la fundacion elegiò aquel solo que la pidiò, con que hallandose huérfana, pobre claustrada en vn Conuento, no pedida por aquellos que pudieran tener causa para ello, si los huviera, en el casamiento que hizo, non elegit deteriore partem, y assi, pues, ha venido ad viduitatem, dado que el precepto de casar en la familia se deuiera entenderen este caso, oy se halla capaz, quia post delatam successorem non nupsit, ni conforme al señor Molina, debet excludi, *ex eo quod antea cum aliq nupta erat.*

132 ¶ *Bignime tamen dicendum est non duas impleram conditionem*, dixo el text: en l. *hac conditio* 10. ff. de *conditionib. Et demonst.* frate jaco es del texto el caso al que defendemos, y indispertandole los Doctores, dizen, quod si conditio opponatur in genere v.g. *nubat in familia*, que en este caso el precepto de casar potest ad impleri per secundas nuptias, lo que no sera, si specialiter, diga el fundador *nubat cum Maria*, porque en este segondo caso la disposicion se entienda de las primeras. ex Bald. Nouell. de *dote part. 6. prim. leg. 77. num. 3.* y la razon es, porque grauada la mujer, *ut nubat in familia*, solo se atiende a ella mas quando se pone especialmète, *ut nubat tito*, como la condicion es mixta, y mira la conveniencia de ambas partes y dize, el precepto se entenderà de *primis nuptijs.*

133 ¶ Buena asistencia, y fiador tiene la ponderaciõ referida en el cap. tanta qui filij sine legitimi, legitimando los hijos per nuptias subsequentes. Ho tiene en *summam ist. de filijs præbitor. §. ad finem*, pregunta, *quid agendum*, casandote los concubinarios con otras, y auiendo embudado se casan los dos, *an filij per istas secundas*

de las nupcias legitimi existant, afirma que si, segun
 do esta opinion Ioann. Andrezas *in dict. cap. 1. an*
ta. verbo, post contractum. vbi Cardinalis Floren-
tinus, circa medium, vers. Pone procreat quis fi-
lium, Ancharanus colum. 3. vers. secundo, facit
Abbas notabilis 3. Alexander, ibi colum. 10. vers.
Quero septimo, los quales cita Tiraquel. in dict.
de legitimis, membro 4. a. num. 7. 8. cita marte
 40. Autores de los modernos por esta resolucio,
 que por no casar, no los resfiero, con que si en
 vna disposicion legal, como es la del cap. tanta, y
 materia de priuilegio, y que el Pontifice en el
 texto hablo de matrimonio, por disposicion afir-
 matiuu hallamos, que los hijos se legitiman por
secundas nuptias, celebradas entre los concubi-
 narios, no obstante las primeras que con otros
 auian celebrado, con mayor razon en este caso,
 en que la familia toda de Luyz Ortiz erat inuica-
 ta, quando la hembra llegasse a succeder, para que
 hallandose habil, como oy se halla, se qualquie-
 ra causa de contrauencion que se quiera conside-
 rar, tambien se hallaran muchos en abono desta
 opinion, citados por Agustin Barbosa *in collect.*
add. cap. tanta qui filij sui legitimi, nu. 23. que se
 podran ver.

133
 ¶ Consideradas las causas de el-
 casas referidas, la aptitud en que se halla doña
 Ana Luyza de Herrera, va contrahere valeat auer
 sido el primer matrimonio aprouado por la fun-
 dacion, de que no auicando parientes se pueda ca-
 sar con Cavallero, Hijodalgo, juzga, y juzga bi en
 Tiraquel *in dict. 5. hoc sermone, last. 3. num. 1.*
 que respecto de ser tan fauorable por todo dres-
 cho, ius matrimoniorum, que no se ha de obser-
 var todo rigor, ibi: *Tertio limitat. Felix non pro-*
cedere in materia fauorabili. Et ibi. Sed primum
pro hac limitatone tibi est abo solutum, vbi. hoc

conditio filia ad fin. in verbis benigna tamen di-
condum est. ff. de condit. & demonstrat. quem tert.
in ad. ponderat. Francisc. Arcein. in l. ser. vi. electio-
ne in fin. primum. ff. de leg. 1. V. in illo casu actus
restituatur ex benignitate favore voluntaria.
Et primum regulariter esse. Con que con-
sentiendo en este caso las causas referidas. y que
doña Ana Luysa de Herrera no contraxo per-
primas nuptias. por la aptitud en q de presente le
halla. y que se debe referir el matrimonio. casan-
dole. deus est. lo que preticte don Francis-
co de Herrera. y Pineda.

134. De verdad. empeñan las pala-
bras de esta fundacion de Luys de Ortiz. a di scur-
rim. y juzgar de ellas lo que refiere Ciriacus Ni-
gatus *controuers. 360. num. 46.* que es relinquer e
successoribus. *perundinem uacuum*. con el dar. y
quitar que vemos en fus clausulas. motiuo a que
la causa que es en esta emparentare. si llegando
otro caso como el presente. o d' d' de si mismo.
y de su nobleza. o d' d' contra la del fundador.
notingara don Francisco de Herrera. y Pineda.
que si a su madre llegara la sucesion estando ca-
sada con un Cauallero tan noble. como don Iuan
de Pineda su padre. si otro le quisiera por esta cau-
quitar a su madre el mayorazgo. que sintiera d' o
Francisco de Herrera. cauallero entendido. y po-
litico. separando la causa de la utilidad que entre
nobles pela poco. *Et vos pars infima rerum cer-*
tamen deditis opes. (como dixo Titohbio) le fia-
ra el determinar la causa a vista de lo decoroso.

135. Si sera esta variedad del funda-
dor en tanto disponer. dando. y quitando. deba-
xado vna misma codicicō (de q la hēbra secase. y
cada pierda) ante vez vatecinio de Ciriac. Nig-
sontromer. *45. l. num. 70.* las palapras. ibi: *Et si*
discretur ad quid ergo seruiret hac dispositio. quae
non potuisset quam verificari dico. quod testa-

32

*101 voluit imponere. Et illudere proximioribus,
Et consanguineis affectantibus hanc hereditariam,
Et facere actum negatorium.* El lugar referido
es de otro precepto como el de nuestro pleyto, y
digno de verse, con que sus ponderaciones acre-
ditaran de doña Ana la justicia, y destas varieda-
des el poco valor.

136 ¶ Con lo referido damos fin a es-
te alegato, dexando el mejor discurrir al Lic. don
Juan Dominguez Moreno, que con vista del, sus
muchas letras acreditarán de doña Ana Luyfa la
justicia, y de la menor, a quien defiende, tener ref-
titucion por sus cortos años; caso que se pueda
dar lugar a contrauencion, quando en ella la
ignorancia de las clausulas es cierta, aunque liti-
giosas no auer sido interpelada, ni pedida, ver la
supuesta contrauenció que se opone a su madre,
no considerada por tal, despreciada si, segun la
sentencia de tenuta, y que por de tanto Tribunal
mas manifesta justicia, que contrauencion, vio-
lencia que padeció para cõtraher el matrimonio
que de presente goza; con lo qual se asegura de
madre, y hija el derecho, declarando tocarles el
mayorazgo sobre que se litiga. Et ita speratur.
Salua in omnibus, &c.

*Licenciado Don Antonio
de Morales y Noroña.*

